

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

5/2023

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPER

M. PITTIRUTI, <i>Un «rinvio pregiudiziale» per un processo penale efficiente. Luci e ombre dell'art. 24-bis c.p.p.</i>	5
F. MORELLI, <i>Osservazioni critiche sulla funzione dell'indagine alla luce della nuova udienza preliminare</i>	23
R. E. OMODEI, <i>Spunti di riflessione in materia di reati di gestione e traffico di rifiuti. Le necessità di un ripensamento normativo</i>	37
C. MELONI, L. PARISI, <i>L'impatto delle prime condanne in Germania per crimini di guerra e contro l'umanità commessi in Siria: qualche riflessione critica sull'applicazione domestica del diritto penale internazionale</i>	57
G. ROSSI, <i>Le novelle della riforma Cartabia ed il processo penale davanti al Tribunale in composizione monocratica: la nuova "udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta"</i>	69
E. TURETTA, <i>Diffamazione a mezzo stampa, autonoma portata diffamatoria del titolo e riflessioni sull'attualità del criterio della percezione del "lettore medio" nell'era del giornalismo online</i>	89
F. MORO, <i>L'art. 4-bis o.p. riformato dal d.l. 162/2022, conv., con modifiche, dalla l. 199/2022: un passo avanti e due indietro</i>	109
A. CARCHIETTI, <i>Sequestro preventivo di somme di danaro e periculum in mora: tra ossequio ai principi, salvaguardia dell'istituto e definizione degli oneri dimostrativi</i>	125

CONTRIBUTI E OPINIONI

G.L. GATTA, <i>Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento</i>	153
M. BONTEMPELLI, <i>Verso una trattazione efficiente delle impugnazioni penali per i soli interessi civili</i>	157
G.L. GATTA, <i>L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra "paura della firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione</i>	165
S. FINOCCHIARO, <i>Confisca allargata e ragionevolezza temporale nei delitti contro la pubblica amministrazione: note a margine di una pronuncia della Cassazione</i>	175
M. MOSSA VERRE, <i>La "messa alla prova" degli enti collettivi è esclusa anche dalla Cassazione a Sezioni Unite</i>	187
C. PAGELLA, <i>Caso ASSO 28: la Corte d'Appello di Napoli conferma la condanna per sbarco arbitrario e abbandono di minori o incapaci sulle coste libiche</i>	199
F. ALMA, <i>La Cassazione sul discrimen tra stalking aggravato dalla relazione affettiva e maltrattamenti contro conviventi: decisiva la cessazione o meno della convivenza</i> ...	203
G. FILOCAMO, <i>Nuovo art. 4 bis ord. penit.: il Protocollo operativo della DNAA e i risvolti applicativi del "regime probatorio rafforzato" per i condannati non collaboranti</i>	213
M. NICOLINI, <i>La Cassazione riafferma e sviluppa l'orientamento consolidato in tema di imputazione soggettiva dell'omicidio preterintenzionale</i>	223

UN «RINVIO PREGIUDIZIALE» PER UN PROCESSO PENALE EFFICIENTE. LUCI E OMBRE DELL'ART. 24-BIS C.P.P.

di Marco Pittiruti

Con l'interpolazione nel tessuto codicistico dell'art. 24-bis c.p.p., rubricato «rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione per la decisione sulla competenza per territorio», il legislatore ha tratteggiato un istituto evidentemente ispirato alla medesima prioritaria esigenza di efficienza che anima, più in generale, la riforma "Cartabia". Il contributo analizza l'inedito meccanismo in una duplice prospettiva: in primo luogo, vengono affrontati i dubbi interpretativi suscitati dalla nuova disciplina, con particolare riferimento alle cadenze procedurali del "rinvio" e ai poteri del pubblico ministero nell'ipotesi di regressione alla fase investigativa; in secondo luogo, vengono evidenziati gli aspetti critici dell'istituto, con precipuo riguardo all'assenza di ipotesi sospensive del processo.

SOMMARIO: 1. L'eccezione d'incompetenza territoriale come "bomba ad orologeria": dal Disegno di Legge C-1225 all'art. 24-bis c.p.p. – 2. Le cadenze procedurali del rinvio pregiudiziale. – 3. Rimessione degli atti alla Corte di cassazione e poteri del giudice procedente. – 4. La decisione della Suprema Corte e la trasmissione degli atti al pubblico ministero. – 5. (segue) Gli obblighi di comunicazione. – 6. Sospensione del processo, *ratio* efficientista e retaggi antigarantisti.

1. L'eccezione d'incompetenza territoriale come "bomba ad orologeria": dal Disegno di Legge C-1225 all'art. 24-bis c.p.p.

Nell'assetto originario del codice di rito, non era contemplato alcun meccanismo autonomo di risoluzione delle questioni relative alla competenza territoriale¹. Di conseguenza, la relativa eccezione d'incompetenza – sollevata dall'imputato entro i limiti temporali di cui all'art. 21, comma 2, c.p.p., rigettata dal giudice e successivamente

¹ Da un'analisi dei lavori preparatori al codice di rito, si ricava come la mancata previsione di un meccanismo preventivo volto a verificare la corretta attribuzione della competenza fosse da ascrivere alla necessità di evitare che «deduzioni defatigatorie di incompetenza potessero ritardare l'inizio del dibattimento». Cfr. la *Relazione al progetto preliminare del Codice di procedura penale*, in G.U., 24 ottobre 1988, n. 250 – suppl. ord. n. 93, p. 16. In dottrina, cfr. F. RUGGIERI, *Il codice di procedura penale non prevede il «regolamento preventivo di competenza»*, in *Riv. pen.*, 2000, p. 1034 ss.; G. BACCARI, *Fluidità dell'imputazione e competenza per territorio. I correttivi introdotti dalla Cassazione nel caso "S.M.E."*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 917 ss.; C. CARINI, *Le verifiche sulla competenza: presupposti e modalità di soluzione*, in M. MONTAGNA (coord.), *La giustizia penale differenziata. III. Gli accertamenti complementari*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 319. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. VI, 3 marzo 2011, Mastella, in *Proc. pen. giust.*, 2011, n. 4, p. 58 ss., con nota di E. ZANETTI.

ripresentata in sede d'impugnazione – rischiava di assumere le sembianze di una vera e propria “bomba a orologeria” in grado di minare le fondamenta del processo.

La sentenza con cui il giudice dell'impugnazione riconosceva la fondatezza dell'assunto difensivo, infatti, assumeva una portata «inevitabilmente distruttiva»², poiché essa comportava la regressione procedimentale³ alla fase delle indagini preliminari⁴. Ciò comportava, altresì, un significativo aggravio delle tempistiche procedimentale tale da rendere assai probabile la pronuncia di una sentenza di non doversi procedere, a causa dell'intervenuta estinzione del reato per decorso del termine prescrizione⁵.

La disarmonia di simile esito rispetto all'aspirazione di un processo efficiente⁶, con particolare riguardo a quel corollario dell'efficienza rappresentato dalla necessità di evitare il compimento di attività processuali “inutili” perché destinate ad essere travolte da una successiva sentenza di annullamento, suscitava preoccupazione nell'opinione pubblica⁷ e impegnava, già vent'anni or sono, il legislatore nella ricerca di possibili soluzioni. Tra queste, merita di essere segnalato il Disegno di legge C-1225⁸, il quale ipotizzava l'introduzione nell'art. 491 c.p.p. di due nuovi commi 5-bis e 5-ter, che prevedevano, rispettivamente, l'immediata ricorribilità per cassazione delle ordinanze che decidono, in sede di questioni preliminari, sull'eccezione di incompetenza territoriale e la sospensione del dibattimento per un massimo di sei mesi a seguito della presentazione di tale ricorso.

La proposta mirava appunto a ottenere, prima dello svolgimento di attività istruttoria, una decisione dei giudici di legittimità che identificasse con certezza il giudice competente per territorio. Il Disegno di legge in discorso, però, era destinato a trovare scarsa fortuna nelle stanze parlamentari, ove, con ogni probabilità, prevalse il timore che la sospensione obbligatoria del dibattimento avrebbe portato la difesa dell'imputato a formulare eccezioni e impugnazioni puramente dilatorie, in netta

² In questi termini G. FRIGO, *Sentenza inevitabilmente distruttiva che mette in luce le lacune del sistema*, in *Guida dir.*, 2006, n. 49, p. 73 ss.

³ Sul fenomeno regressivo nel processo penale, a livello monografico, v. R. DEL COCO, *La regressione degli atti nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2020.

⁴ Come noto, nell'architettura originaria del codice di rito, l'art. 24, comma 1, c.p.p. identificava il destinatario della trasmissione degli atti nel giudice competente per territorio. Tuttavia, la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità costituzionale di tale disposizione nella parte in cui disponeva che, a seguito dell'annullamento della sentenza di primo grado per incompetenza per territorio, gli atti dovessero essere trasmessi al giudice competente anziché al pubblico ministero presso quest'ultimo (Corte cost., 15 marzo 1996, n. 70, in in *G.U.*, 20 marzo 1996, n. 12).

⁵ Cfr. M. CECCHI, *Le impugnazioni riformate. Una ricalibratura della materia, tra efficienza e giurisprudenza*, in *Discrimen*, 7 dicembre 2022, p. 41.

⁶ Per alcune annotazioni sul tema dell'efficienza del processo nelle più recenti riforme del processo penale, cfr. L. MARAFIOTI – F. CENTORAME, *Prescrizione del reato e processo penale nell'esperienza italiana*, in *Discrimen*, 3 maggio 2021.

⁷ V., a tale proposito, le considerazioni di V. GREVI, *Se due sentenze non bastano*, *Il Corriere della sera*, 5 dicembre 2006, p. 52.

⁸ Disegno di legge C-1225, XIV Legislatura, *Modifiche al codice di procedura penale e al codice penale in attuazione dei principi del giusto processo*, d'iniziativa dell'on. Anedda, presentato alla Camera dei Deputati il 5 luglio 2001. Il testo della modifica proposta può essere consultato [qui](#).

controtendenza rispetto all'obiettivo, coltivato dal legislatore, di pervenire speditamente alla decisione definitiva⁹.

Proprio alla luce dello stretto rapporto tra *ratio* efficientista e meccanismi anticipatori della decisione sulla competenza, non desta sorpresa che l'idea di fondo del Disegno di legge C-1225 sia stata, a vent'anni di distanza, ripresa e ulteriormente sviluppata dalla Legge delega n. 134/2021¹⁰, finalizzata, come reso esplicito già in sede di rubrica, a dare nuova linfa all'«efficienza del processo penale [...] e [al]la celere definizione dei procedimenti giudiziari»¹¹.

Le similitudini tra il Disegno di legge C-1225 e la più recente iniziativa riformista, tuttavia, si arrestano qui, poiché quest'ultima, in luogo della soluzione in favore dell'autonoma impugnabilità dell'ordinanza del giudice dibattimentale che decide sull'eccezione di incompetenza territoriale, preferiva tutelare l'efficienza del processo tratteggiando un istituto «fortemente innovativo»¹².

Segnatamente, l'art. 1, comma 9, lett. n) della L. n. 134/2021 imponeva al legislatore delegato la creazione di un meccanismo finalizzato alla rimessione alla Corte di cassazione della questione concernente la competenza per territorio, azionabile dal giudice d'ufficio ovvero su sollecitazione di parte. L'indole essenzialmente efficientista dell'istituto emergeva chiaramente dalla previsione in base alla quale, «qualora non proponga l'istanza di rimessione della decisione alla Corte di cassazione, la parte che ha eccepito l'incompetenza per territorio non [può] riproporre la questione nel corso del procedimento». Infine, a completare lo scheletro del nuovo strumento, il legislatore delegante forniva due indicazioni quanto alla disciplina della fase da svolgersi dinanzi alla Corte di cassazione: quest'ultima avrebbe dovuto deliberare in camera di consiglio e, in caso di dichiarazione di incompetenza, avrebbe dovuto ordinare la trasmissione degli atti «al giudice competente».

A dare attuazione alla disposizione ora richiamata si è incaricato l'art. 24-*bis* c.p.p.¹³, rubricato «Rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione per la decisione sulla competenza per territorio». La denominazione del nuovo istituto – va detto subito – suona già ad un primo approccio stonata, per un triplice ordine di considerazioni.

In primo luogo, la scelta lessicale del riformatore rischia di provocare un'indebita confusione con il diverso, ma omonimo, istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, disciplinato dall'art. 19, comma 3, lett. b), del Trattato dell'Unione Europea e dall'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

In secondo luogo, il richiamo stesso alla nozione di «rinvio» – che evoca alla mente del processualpenalista il fenomeno della regressione procedimentale – appare

⁹ Cfr. G. BACCARI, *Fluidità dell'imputazione e competenza per territorio*, cit., p. 926, nt. 55.

¹⁰ Legge 27 settembre 2021, n. 134, *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 G.U., 4 ottobre 2021, n. 237.

¹¹ Per alcune annotazioni critiche sul «decisionismo efficientista» della riforma Cartabia, v. O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in Arch. pen. web, 2022, n. 2.

¹² Così M. GIALUZ, [Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia \(profili processuali\)](#), in questa Rivista, 2 novembre 2022.

¹³ Inserito dall'art. 4, comma 1, del Decreto Legislativo 10 ottobre 2022, n. 150,

ultroneo. Come a breve si dirà, infatti, il “cuore” dell’istituto è rappresentato non già da un «rinvio», bensì dalla «rimessione» (per usare la medesima scelta terminologica dell’art. 24-bis, comma 2, c.p.p.) degli atti alla Corte di cassazione al fine di consentire a quest’ultima di identificare il giudice competente¹⁴. La retrocessione del procedimento, invece, è soltanto eventuale, giacché si verifica qualora i giudici di legittimità dichiarino l’incompetenza del giudice che procede.

Infine, sembra che i redattori della disposizione siano incorsi in un equivoco allorché hanno definito «pregiudiziale» la rimessione degli atti ai giudici di legittimità al fine di risolvere la questione concernente la competenza territoriale¹⁵. Come noto, invero, questioni pregiudiziali in senso stretto sono unicamente quelle che riguardano «una questione diversa dal diritto penale, la decisione della quale rappresenti un antecedente logico e giuridico della risoluzione del rapporto penale»¹⁶. Per converso, la competenza per territorio appartiene al diverso *genus* delle questioni preliminari, questioni di rito che potrebbero, qualora accolte, impedire al giudice che procede di conoscere del merito¹⁷.

2. Le scadenze procedurali del rinvio pregiudiziale.

Il meccanismo descritto dall’art. 24-bis c.p.p. lascia impregiudicate le scadenze entro le quali dev’essere rilevata o eccepita l’incompetenza per territorio. Anche a seguito dell’intervento riformista, la relativa disciplina ha sede nell’art. 21, comma 2, c.p.p.¹⁸, il quale prevede a tal fine due diversi momenti. Vale a dire, entro la conclusione dell’udienza preliminare oppure, qualora essa manchi, nel dibattimento subito dopo l’accertamento per la prima volta della costituzione delle parti; momento, quest’ultimo, che è, altresì, l’ultimo utile per riproporre l’eccezione d’incompetenza respinta in sede di udienza preliminare¹⁹.

¹⁴ Per tale ragione, il nuovo strumento non può essere ricondotto al *genus* delle impugnazioni, come invece pare ritenere la [Relazione su novità normativa. La riforma Cartabia](#), n. 2/2023, p. 146, a firma dell’Ufficio del Massimario – Servizio penale della Corte di Cassazione, in questa *Rivista*, 10 gennaio 2023.

¹⁵ Nel medesimo senso F.N. RICOTTA, *I nuovi controlli sulla competenza per territorio*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Cartabia*, Pacini Giuridica, Pisa, 2022, p. 644.

¹⁶ In questi termini E. FLORIAN, *Diritto processuale penale*, III ed., Utet, Torino, 1939, p. 234.

¹⁷ Sulla distinzione tra questioni pregiudiziali e questioni preliminari, a livello monografico, v. G. BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 2.

¹⁸ Cfr. A. CAMON, *Gli strumenti di controllo sulla sede dell’indagine*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 38.

¹⁹ Per effetto di altra modifica operata dal D. Lgs. n. 150/2022, invece, una diversa disciplina vale oggi per le ipotesi di citazione a diretta a giudizio, poiché, in virtù del richiamo all’art. 491, comma 1, c.p.p. contenuto nell’art. 554-bis, comma 3, c.p.p., le questioni concernenti la competenza per territorio sono precluse se non sono proposte nell’ambito della nuova udienza di comparizione predibattimentale, subito dopo aver compiuto per la prima volta l’accertamento della costituzione delle parti.

Quanto all’operatività delle preclusioni temporali previste dal codice di rito anche con riguardo alla rilevanza dell’incompetenza territoriale *ex officio*, cfr. A. MACCHIA, sub *Art. 23*, in AA.VV., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, in E. AMODIO – O. DOMINIONI (diretto da), I, Giuffrè, Milano, 1989, p. 135. In giurisprudenza, sulla possibilità per il giudice dibattimentale di rilevare la propria incompetenza anche qualora non abbia deciso entro le scadenze dettate dall’art. 21, comma 2, c.p.p., Cass., Sez. I, 11 giugno 1992,

L'originalità del meccanismo descritto dall'art. 24-*bis* c.p.p. sta, piuttosto, nella previsione di un inedito potere, in capo al giudice procedente, di deferire alla Corte di cassazione la questione riguardante la competenza per territorio, entro i medesimi termini previsti a pena di decadenza per la rilevazione e l'eccezione dell'incompetenza²⁰.

La modifica risponde a uno scopo eminentemente pratico: «porre il processo “in sicurezza”»²¹. Deferendo immediatamente la relativa *quaestio* alla Corte di cassazione, il legislatore mira a evitare che l'errore del giudice dell'udienza preliminare o dibattimentale in tema di competenza territoriale possa venire riconosciuto “troppo tardi”, ovverosia in sede d'impugnazione e, soprattutto, nel corso dell'ultimo grado di giudizio, «con conseguente necessità di dover iniziare da capo il processo»²². Viceversa, una volta identificato il giudice territorialmente competente da parte della Corte di cassazione a seguito del rinvio pregiudiziale, l'art. 25 c.p.p. assegna a quella decisione il carattere della stabilità, con il solo limite della sopravvenienza di fatti nuovi che ne impongano un riesame²³. In sintesi, l'operatività congiunta del nuovo meccanismo e dell'art. 25 c.p.p. dovrebbe essere sufficiente, nelle intenzioni del legislatore, a mettere al riparo il processo dal pericolo di una regressione causata dalla successiva rilevazione dell'incompetenza territoriale.

Proprio per tale ragione, l'ambito temporale di applicazione del nuovo istituto è stato espressamente limitato alle prime battute della fase processuale. L'art. 24-*bis*, comma 1, c.p.p. è chiaro nell'indicare, quale *dies ad quem* per la rimessione della questione sulla competenza per territorio alla Corte di cassazione, la conclusione dell'udienza preliminare, ovvero, in mancanza di quest'ultima, il termine di cui all'art. 491, comma 1, c.p.p. Momenti ai quali va aggiunto, in via interpretativa, quello immediatamente successivo all'accertamento della costituzione delle parti nel rito

confl. comp. in proc. Gannuscio, in *C.E.D. Cass.*, rv. 191471, nonché Cass., Sez. VI, 24 gennaio 1998, De Mita, *ivi*, rv. 213343, secondo la quale la competenza territoriale rappresenta un «presupposto del potere decisionale».

²⁰ Va detto, tuttavia, che un congegno di tal guisa non rappresenta una assoluta novità nel nostro ordinamento. L'art. 24-*bis* c.p.p. sembra riprodurre soluzioni di marca processualciviltistica, presentando evidenti affinità con il regolamento preventivo di giurisdizione di cui all'art. 41 c.p.c., a mente del quale «finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado, ciascuna parte può chiedere alle sezioni unite della Corte di cassazione che risolvano le questioni di giurisdizione di cui all'articolo 37» c.p.c. Entrambi, infatti, sono rimedi a carattere preventivo la cui finalità è volta ad accelerare la soluzione di una determinata questione, vale a dire, nel caso dell'art. 24-*bis* c.p.p., l'identificazione del giudice competente per territorio e, nell'ipotesi di cui all'art. 31 c.p.c., una «pronta e definitiva pronuncia sulla individuazione del giudice avente giurisdizione sulla causa, ovvero sulla inesistenza di un qualsiasi giudice che abbia la potestà di conoscerne» (così Cass. civ., Sez. Un., 5 ottobre 1976, n. 3249, in *C.E.D. Cass.*, rv. 382046).

²¹ Così M. GIALUZ, *op. loc. ult. cit.*

²² In questi termini la [Relazione finale e proposte di emendamenti al D.d.l. A.C. 2435](#), a firma della Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello. (D.M. 16 marzo 2021 – Pres. Dott. Giorgio Lattanzi, Vice Pres. Dott. Ernesto Lupo e Prof. Gian Luigi Gatta), p. 40.

²³ In questo senso Cass., Sez. I, 14 febbraio 2013, Elzaky, in *C.E.D. Cass.*, rv. 255065; cfr. anche Cass., Sez. I, 29 aprile 2011, confl. comp. in proc. De Vito Piscicelli, *ivi*, rv. 250117.

monocratico nel corso della nuova udienza di comparizione predibattimentale, in virtù del richiamo all'art. 491, comma 1, c.p.p. previsto dal nuovo art. 554-*bis*, comma 3, c.p.p.

Il riformatore, dunque, ha inteso creare un perfetto parallelismo tra i termini entro cui rilevare o eccepire l'incompetenza territoriale e quelli entro i quali rimettere la relativa questione alla Corte di cassazione. Alla luce di questo rilievo, va escluso che la rimessione possa avvenire nel corso del dibattimento successivamente al termine di cui all'art. 491 c.p.p.²⁴, oppure addirittura in sede d'impugnazione²⁵. In quest'ultimo caso, per di più, l'ormai avvenuta celebrazione della fase istruttoria rende persino inutile il rinvio, la cui *ratio* consiste appunto nell'evitare un'inutile dispersione di attività procedimentali, specialmente quelle istruttorie.

All'opposto, nulla viene stabilito, a livello codicistico, quanto al *dies a quo* per l'attivazione del nuovo meccanismo. È lecito, pertanto, chiedersi se quest'ultimo possa trovare applicazione anche nel corso delle indagini preliminari.

A prima vista, il richiamo all'art. 27 c.p.p. contenuto nell'art. 24-*bis*, comma 5, c.p.p. potrebbe indurre a rispondere positivamente al quesito. Difatti, non può sfuggire che la tematica della rinnovazione della misura cautelare opera, di regola, proprio nella fase iniziale del procedimento. L'argomento, tuttavia, non è affatto decisivo: come chiarito dalla Corte di cassazione, la disciplina di cui all'art. 27 c.p.p. si applica anche qualora il giudice che ha disposto la misura sia diverso da quello che, in una successiva fase del medesimo procedimento, ha dichiarato l'incompetenza²⁶.

In realtà, considerazioni di carattere sistematico fanno propendere per la soluzione negativa²⁷. Come noto, l'art. 22 c.p.p. prevede che, nel corso delle indagini

²⁴ Stante la chiarezza sul punto della lettera dell'art. 24-*bis*, comma 1, c.p.p., deve escludersi, altresì, la possibilità di richiedere la rimessione degli atti alla Corte di cassazione – senza che ciò determini alcuna preclusione per la parte – nel corso del dibattimento, successivamente al mutamento dell'imputazione ad opera del pubblico ministero. Tale possibilità di sollevare la questione di competenza è ammessa da un orientamento giurisprudenziale: v. Cass., Sez. VI, 30 novembre 2006, Pacifico, in *Cass. pen.*, 2006, p. 4002 ss., con nota di G. SANTALUCIA, *Competenza per territorio e modifica dell'imputazione*, nonché in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 912 ss.; Cass., Sez. I, 12 dicembre 2007, confl. comp. in proc. Filippone, in *C.E.D. Cass.*, rv. 238381. In diversa prospettiva, però, cfr. Cass., Sez. I, 23 maggio 2013, confl. comp. in proc. Singh Balgit, *ivi*, rv. 256050, secondo cui sarebbe precluso al giudice di dichiarare l'incompetenza per territorio quando l'individuazione di un diverso *locus commissi delicti* consegua a un mutamento dell'imputazione intervenuto nel corso del dibattimento. Cfr. Cass., Sez. VI, 4 maggio 2006, Battistella, in *C.E.D. Cass.*, rv. 234347, secondo cui, in virtù del principio della *perpetuatio jurisdictionis (rectius, perpetuatio competentiae)*, va sempre esclusa la possibilità di sollevare l'eccezione d'incompetenza territoriale oltre la barriera temporale di cui all'art. 21, comma 2, c.p.p. In senso analogo, da ultimo, Cass., Sez. IV, 23 settembre 2020, S., n. 27252, in *C.E.D. Cass.*, rv. 279537. V. anche Cass., Sez. II, 4 marzo 2021, Pelizzari, *ivi*, rv. 281067, la quale sostiene che il giudice dell'impugnazione, a cui sia stata devoluta la questione della competenza territoriale, debba operare il controllo con valutazione *ex ante*, vale a dire avuto riguardo alle sole emergenze cristallizzate in sede di udienza preliminare o, in mancanza, a quelle acquisite non oltre il termine di cui all'art. 491, comma 1, c.p.p. Ciò appunto poiché tale verifica, essendo una questione di carattere preliminare, prescinderebbe dagli esiti dell'istruttoria dibattimentale.

²⁵ *Contra* F. RICOTTA, *op. cit.*, p. 651.

²⁶ Cfr. Cass., Sez. VI, 27 febbraio 2020, Pinna, in *C.E.D. Cass.*, rv. 278721.

²⁷ *Contra*, in sede di commento alla legge delega, A. MARANDOLA, *Il ridimensionamento e la conformità strutturale e procedurale dei mezzi ordinari d'impugnazione al modello accusatorio*, in EAD., "Riforma Cartabia" e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2022, p. 251.

preliminari, il giudice che riconosca la propria incompetenza pronunci ordinanza disponendo la restituzione degli atti al pubblico ministero²⁸; tale ordinanza, tuttavia, produce effetti limitatamente al provvedimento richiesto²⁹. Ciò in quanto, evidentemente, la necessaria fluidità dell'imputazione nel corso della fase investigativa si pone in termini incompatibili con qualsiasi statuizione in tema di competenza territoriale avente il connotato della stabilità³⁰. Se così è, se ne ricava, quale corollario, che il meccanismo del rinvio pregiudiziale, finalizzato appunto ad ottenere dai giudici di legittimità una decisione "salda" sulla competenza per territorio, postula un'imputazione già cristallizzata con l'esercizio dell'azione penale³¹.

3. Rimessione degli atti alla Corte di cassazione e poteri del giudice procedente.

Un'analisi congiunta dei commi 1 e 6 dell'art. 24-bis c.p.p. rende palese che il rinvio pregiudiziale può essere sollecitato dalle parti ovvero deciso *motu proprio* dal giudice. Le due ipotesi vanno, però, mantenute ben distinte. Solo in caso di rimessione della questione di competenza territoriale su istanza di parte, infatti, tale richiesta è elevata a presupposto indefettibile affinché la parte medesima possa coltivare la *quaestio* nel corso del processo. Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 24-bis, comma 6, c.p.p., se l'eccezione d'incompetenza è formulata dalla parte senza richiedere contestualmente la rimessione alla Corte di cassazione, la possibilità di una successiva riproposizione della medesima è preclusa³². Dunque, la disposizione in esame introduce un ulteriore

²⁸ Sulla validità degli atti compiuti dal pubblico ministero, a seguito della declaratoria d'incompetenza pronunciata dal giudice per le indagini preliminari, v. L. MARAFIOTI, *Contrasti tra uffici del pubblico ministero*, in *Giur. it.*, 1990, II, c. 397 ss.

²⁹ Per una critica a tale previsione, la quale consente «il protrarsi del procedimento da parte di un ufficio della pubblica accusa che diventa consapevole della sua mancanza di legittimazione territoriale», v. E. AMODIO, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 803. Cfr. anche G.M. BACCARI, *Il mancato rispetto della competenza territoriale durante le indagini preliminari: quali i possibili rimedi*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 196 ss.

³⁰ Basti pensare che, come rilevato dalla Corte di cassazione, qualora il giudice per le indagini preliminari rilevi, ai sensi dell'art. 22 c.p.p., la propria incompetenza, egli deve restituire gli atti al pubblico ministero, il quale, nondimeno, «conserva il potere di proseguire nell'indagine e [...] non è tenuto a trasmettere a sua volta gli atti al corrispondente ufficio presso il giudice indicato come competente». V. Cass., Sez. IV, 27 aprile 2021, Gjoni, in *C.E.D. Cass.*, rv. 281384.

³¹ Ad analoga conclusione giunge F. RICOTTA, *op. cit.*, p. 647, valorizzando la *ratio* dell'art. 24-bis c.p.p.

Del resto, se è vero che la giurisprudenza maggioritaria assegna alla pronuncia dalla Suprema Corte in materia di competenza territoriale carattere vincolante (ai sensi dell'art. 25 c.p.p.) anche se resa nell'ambito delle indagini preliminari, è altrettanto vero che tale efficacia incontra sempre un limite nella sopravvenienza di fatti nuovi che impongano un riesame della questione. A ulteriore conferma, allora, del carattere necessariamente provvisorio di ogni statuizione sulla competenza pronunciata nell'ambito della fase investigativa. V. Cass., Sez. I, 14 febbraio 2013, Elzaky, cit. *Contra*, nel senso che la pronuncia della Corte di cassazione resa nel corso delle indagini preliminari non ha gli effetti di cui all'art. 25 c.p.p., ma quelli più limitati del provvedimento *ex art. 22*, comma 2, c.p.p. cui si sostituisce, Cass., Sez. IV, 11 luglio 2003, Maule, *ivi*, rv. 225962; Cass., Sez. VI, ord. 23 ottobre 1991, Anastasio, *ivi*, rv. 189522.

³² Sul principio di preclusione, cfr. L. MARAFIOTI – R. DEL COCO (a cura di), *Il principio di preclusione nel processo penale (Atti del convegno. Teramo, 16 giugno 2011)*, Giappichelli, 2012.

requisito affinché la sentenza di annullamento per incompetenza territoriale possa essere pronunciata dal giudice dell'impugnazione su eccezione di parte: oltre alla tempestività di quest'ultima (la questione deve essere stata sollevata per la prima volta entro i termini di cui all'art. 21, comma 2, c.p.p.) e alla doverosa riproposizione nei motivi d'impugnazione (art. 24, comma 1, c.p.p.), è ora necessario che sia stata tempestivamente formulata – e, evidentemente, non accolta – la richiesta di rimessione alla Corte di cassazione entro i termini di cui all'art. 24-bis, comma 1, c.p.p.³³.

La domanda di parte non è, di per sé, sufficiente a trasferire la cognizione della *quaestio* alla Corte di cassazione. Difatti, dal dato letterale dell'art. 24-bis, comma 1, c.p.p. – «la questione concernente la competenza per territorio può essere rimessa» – si ricava che il giudice è tenuto a svolgere una fondamentale attività di selezione. Vale a dire, ponderare se deliberare egli stesso sull'eccezione ovvero deferire la questione alla Corte di cassazione.

A parere della Commissione Lattanzi³⁴, tale potere selettivo perseguirebbe un duplice obiettivo: da un lato, responsabilizzare il giudice investito della questione di competenza, dall'altro lato, impedire un uso strumentale – ovverosia a fini dilatori – dell'istituto da parte della difesa dell'imputato. Eppure, l'opzione legislativa appare criticabile, poiché affidare al giudice una così ampia possibilità di scelta rischia di frustrare le intenzioni efficientiste del nuovo meccanismo. Invero, non è previsto alcuno strumento di impugnazione autonomo attraverso il quale sottoporre a scrutinio sia il rigetto dell'eccezione sia la decisione di non rimettere la questione alla Corte di cassazione. Sicché, il funzionamento del nuovo meccanismo dipenderà in buona parte dalla volontà dei giudici di avvalersene o meno.

³³ Da tali rilievi pare emergere un argomento ulteriore per escludere l'operatività del congegno in esame nella fase investigativa. Qualora si sostenga che l'art. 24-bis c.p.p. debba trovare applicazione nel corso delle indagini, deve anche necessariamente ritenersi che in tale sede, laddove la difesa formuli – ad esempio in sede d'impugnazione di un'ordinanza genetica di una misura cautelare – una questione d'incompetenza territoriale, essa dovrebbe richiedere contestualmente la rimessione della questione alla Corte di cassazione, pena l'impossibilità di riproporre la questione stessa nel corso del procedimento. Il che appare del tutto inaccettabile, tenendo a mente che il pubblico ministero, allorché formula una richiesta cautelare al giudice per le indagini preliminari, conserva, nei limiti di cui all'art. 291, comma 1, c.p.p., un potere di ostensione o meno degli atti investigativi. Non occorre troppo senso pratico, allora, per comprendere che il pubblico ministero, attraverso tale opera di selezione, ben potrebbe impedire al giudice per le indagini preliminari, prima, e alla Corte di cassazione, poi, la corretta identificazione del giudice competente. In altre parole, sostenere l'operatività del meccanismo in esame nella fase investigativa significherebbe assegnare al pubblico ministero piena libertà nella determinazione della competenza territoriale per l'intero corso del procedimento: e ciò, in una materia presidiata dall'art. 25 Cost., va recisamente escluso.

In giurisprudenza, sulla possibilità di sollevare eccezione d'incompetenza territoriale nell'ambito dell'incidente cautelare, v. Cass., Sez. Un., 25 ottobre 1994, De Lorenzo, in *Giur. it.*, 1996, II, c. 352 ss., con nota di G. TERRANOVA, *Incompetenza del giudice che abbia provveduto in materia cautelare e sua deducibilità in sede d'impugnazione*. In dottrina, v. anche M. CIAPPI, *Sul come rilevare l'incompetenza territoriale durante le indagini preliminari*, in *Giur. it.*, 1993, II, c. 413 ss., nonché, da ultimo, F. ALVINO, [Incompetenza per territorio, urgenza cautelare e interesse del pubblico ministero alle relative contestazioni nelle impugnazioni de libertate](#), in questa *Rivista*, 2020, n. 9, p. 125 ss.

³⁴ Cfr. la *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.d.l. A.C. 2435*, cit., p. 40.

Per di più, non viene chiarito il parametro alla luce del quale selezionare le richieste di parte “meritevoli” di essere rimesse alla Suprema Corte. Il che, naturalmente, contribuisce a incrementare il tasso di discrezionalità insito nello strumento. Nelle intenzioni del legislatore, la rimessione dovrebbe operare soltanto «al cospetto di questioni di una certa serietà»³⁵, ma è del tutto ovvio che un innalzamento della soglia di accesso alla Corte di cassazione ineluttabilmente comporta un funzionamento al ribasso del nuovo istituto.

Al cospetto di simili scenari distorsivi, la mancanza di indicazioni precise nell’art. 24-*bis* c.p.p. circa il contenuto della richiesta di parte sembrerebbe, a un primo sguardo, inficiare ulteriormente l’operatività del nuovo istituto³⁶. La difesa, infatti, potrebbe ritenere preferibile sollevare – anche oralmente³⁷ – in termini generici la questione di competenza territoriale e contestualmente sollecitare il rinvio pregiudiziale. Ciò, senza argomentare in ordine alla necessità di tale rinvio o sulla “serietà” della questione e confidando, piuttosto, nel successivo accoglimento di quest’ultima da parte della Corte di cassazione, con i correlati effetti deflagranti in ordine all’attività processuale svolta sino a quel momento.

Per fugare almeno in parte tali perplessità, però, è sufficiente rammentare che i giudici di legittimità hanno teorizzato un contenuto “minimo” dell’eccezione di incompetenza, costituito dall’indicazione del foro ritenuto competente³⁸ e dalle argomentazioni che giustificano l’eccezione³⁹. Saranno tali indicazioni, dunque, a dare al giudice chiamato a decidere sull’eccezione d’incompetenza (e sulla contestuale richiesta di rimessione) la misura della serietà della questione proposta e a consentirgli di svolgere quel potere di selezione affidatogli dall’art. 24-*bis* c.p.p.

Una volta deciso nel senso della necessità della rimessione⁴⁰, il giudice pronuncia ordinanza con la quale dispone la trasmissione degli atti alla Suprema Corte (art. 24-*bis*, comma 2, c.p.p.)⁴¹. Va segnalato che la disposizione ora richiamata è stata chiaramente modellata dal riformatore sulle forme di proposizione del conflitto di giurisdizione e di

³⁵ Così, letteralmente, la *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.d.l. A.C. 2435*, loc. ult. cit.

³⁶ Cfr. F. RICOTTA, cit., p. 647.

³⁷ Invero, l’art. 24-*bis* c.p.p. non prevede che la richiesta di rimessione alla Corte di cassazione debba essere presentata con dichiarazione scritta, a differenza di quanto previsto dall’art. 30, comma 2, c.p.p. in tema di denuncia del conflitto di giurisdizione o di competenza.

³⁸ Cfr. Cass., Sez. I, 28 maggio 2019, Confl. comp. G.u.p. Trib. Piacenza, in *C.E.D. Cass.*, rv. 276317; Cass., Sez. II, 19 dicembre 2014, Carbone, *ivi*, rv. 262769; Cass., Sez. III, 9 settembre 2021, Guarnieri, *ivi*, rv. 282371.

³⁹ Come si ricava da Cass., Sez. II, 30 novembre 2016, Sacco, in *C.E.D. Cass.*, rv. 269212, secondo cui va escluso che, riproposta in sede d’impugnazione la questione territoriale respinta in sede di udienza preliminare o di questioni preliminari, la parte possa introdurre argomentazioni ulteriori e diverse da quelle presentate dinanzi al giudice dell’udienza preliminare o dibattimentale. Cfr. anche Cass., Sez. II, 13 dicembre 2013, Chiodi, *ivi*, rv. 258149.

⁴⁰ Va segnalata la tecnica deficitaria di redazione dell’art. 24-*bis* c.p.p., con particolare riferimento all’oggetto della rimessione, che nel primo comma è identificato nella «questione concernente la competenza per territorio» e nel secondo comma negli «atti necessari alla risoluzione della questione».

⁴¹ Va segnalata la tecnica deficitaria di redazione dell’art. 24-*bis* c.p.p., con particolare riferimento all’oggetto della rimessione, che nel primo comma è identificato nella «questione concernente la competenza per territorio» e nel secondo comma negli «atti necessari alla risoluzione della questione».

competenza di cui all'art. 30 c.p.p. Pure in sede di rinvio pregiudiziale, si prevede che alla Corte di cassazione debbano essere allegati solo gli «atti necessari alla risoluzione della questione». Anche il contenuto “minimo” dell’ordinanza di rimessione della questione di competenza territoriale è analogo a quello del provvedimento con cui si devolve alla cognizione della Suprema Corte il conflitto di giurisdizione o di competenza, vale a dire l’indicazione delle parti e dei difensori.

A differenza di quanto previsto dall'art. 30, comma 2, c.p.p. per l'ipotesi di conflitto denunciato dal pubblico ministero o dalle parti private, l'art. 24-*bis* c.p.p. non menziona la possibilità, per il giudice, di trasmettere alla Corte di cassazione «eventuali osservazioni». L'omissione, tuttavia, si spiega agevolmente considerando che, in tema di conflitto, il giudice è tenuto a trasmettere immediatamente alla Corte di cassazione la denuncia del pubblico ministero o delle parti private. All'opposto, nel caso di richiesta di rinvio pregiudiziale, il giudice ha la facoltà di selezionare le sole istanze di parte “meritevoli”. E poiché nelle ipotesi di rinvio su richiesta di parte così come in caso di rinvio *ex officio* la rimessione avviene con ordinanza, è ovvio che questa debba essere sempre motivata, in ragione della previsione generale contenuta nell'art. 125, comma 3, c.p.p.

4. La decisione della Suprema Corte e la trasmissione degli atti al pubblico ministero.

L'art. 24-*bis*, comma 3, c.p.p., nel tratteggiare la disciplina del giudizio dinanzi alla Corte di cassazione successivo alla rimessione, si limita a disporre che la decisione avviene in camera di consiglio secondo il modello di cui all'art. 127 c.p.p.⁴² e che, se dichiara l'incompetenza del giudice che procede, la Suprema Corte «ordina la trasmissione degli atti al pubblico ministero presso il giudice competente». Il provvedimento che chiude il giudizio dinanzi ai giudici di legittimità, come si evince dal successivo comma 4, riveste la forma della sentenza.

Due i profili degni di nota. In primo luogo, la disposizione in esame non prevede espressamente – a differenza dell'art. 32 c.p.p., il quale disciplina la risoluzione dei conflitti di competenza e di giurisdizione – che i giudici della Corte di cassazione possano assumere le informazioni e acquisire gli atti e i documenti ritenuti necessari. Tuttavia, non pare seriamente revocabile in dubbio che tali poteri spettino ugualmente ai giudici della Suprema Corte pure nell'ipotesi di rinvio pregiudiziale, qualora il materiale fornito dal giudice rimettente si riveli insufficiente⁴³.

⁴² E non, dunque, secondo il nuovo schema non partecipato di cui all'art. 611, comma 1, c.p.p., come modificato dall'art. 35, comma 1, lett. a), n. 1, del D. Lgs. n. 150/2022, bensì secondo quanto previsto dal nuovo art. 611, comma 1-*quinquies*, c.p.p.

⁴³ Naturalmente, come già rilevato dai giudici di legittimità con riferimento alla tematica del conflitto di competenza, alla Suprema Corte resta preclusa ogni valutazione, anche solo a livello prognostico, quanto alla fondatezza o meno dell'imputazione formulata dal pubblico ministero, poiché tale apprezzamento è riservato al giudice della cognizione, il quale resta libero, altresì, di mutare la qualificazione giuridica del fatto, ai sensi dell'art. 521, comma 1, c.p.p. Cfr. Cass., Sez. Un., 23 giugno 2016, confl. comp. in proc. Zimarmani, in *C.E.D. Cass.*, rv. 269586.

In secondo luogo, ponendo a raffronto l'art. 1, comma 9, lett. n), L. n. 134/2021 e l'art. 24-bis c.p.p., balza subito evidente che il legislatore delegato si è discostato dall'indicazione contenuta nella legge delega secondo cui la Corte di cassazione, riconosciuta l'incompetenza territoriale del giudice rimettente, avrebbe dovuto ordinare la trasmissione degli atti al diverso giudice ritenuto competente.

La modifica si è resa necessaria per la convinzione del riformatore⁴⁴ di dover ottemperare al *dictum* con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 23 e 24 c.p.p., nella parte in cui entrambi prevedevano – a seguito della declaratoria d'incompetenza territoriale da parte, rispettivamente, del giudice dibattimentale e del giudice di appello – la trasmissione degli atti al giudice competente anziché al pubblico ministero presso quest'ultimo⁴⁵.

Così, al prezzo di correre il rischio di una declaratoria d'incostituzionalità per eccesso di delega⁴⁶, il riformatore ha indicato, quale destinatario della trasmissione degli atti, il pubblico ministero presso il giudice competente (art. 24-bis, comma 3, c.p.p.). Simile regressione del procedimento alla fase investigativa, tuttavia, impone di farsi carico di un duplice interrogativo. In primo luogo, è necessario domandarsi se il pubblico ministero investito degli atti a seguito della retrocessione procedimentale conservi il potere di compiere attività investigative. In secondo luogo, occorre stabilire se il medesimo soggetto conservi libertà di scelta o meno quanto ai possibili esiti

⁴⁴ V. 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 G.U., 19 ottobre 2022, n. 245 – suppl. straord. n. 5, p. 340.

⁴⁵ Corte cost., sent. 15 marzo 1996, n. 70, cit. Segnatamente, i giudici delle leggi hanno ravvisato una violazione dell'art. 24 Cost. quale effetto del rinvio degli atti, a seguito della declaratoria d'incompetenza territoriale, direttamente al giudice competente, dinanzi al quale l'interessato riassume automaticamente la qualità di imputato. Invero, tale congegno era lesivo del diritto di difesa nella misura in cui privava l'imputato della possibilità di richiedere un rito alternativo premiale (nel caso di specie sottoposto allo scrutinio della Corte costituzionale, il giudizio abbreviato) al proprio giudice naturale nel corso dell'udienza preliminare.

Va evidenziato che analoga questione era stata dichiarata, viceversa, in precedenza non fondata da Corte cost., sent. 26 febbraio 1993, in G.U., 17 marzo 1993, n. 12. In tale occasione, poiché la questione d'illegittimità costituzionale era stata posta con riguardo ai diversi parametri degli artt. 102 e 112 Cost., la Corte aveva valorizzato la circostanza che l'azione penale fosse stata comunque esercitata da un pubblico ministero equiordinato rispetto a quello operante presso il giudice competente. Il *dictum*, nondimeno, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dei medesimi artt. 23 e 24 c.p.p. nella parte in cui disponevano che, a seguito di sentenza d'incompetenza per materia, gli atti dovessero essere trasmessi al giudice competente anziché al pubblico ministero presso quest'ultimo. Ciò in quanto «la declaratoria d'incompetenza rivela, di per sé, l'avvenuta violazione delle norme penali e processuali su cui si basa la ripartizione della competenza per materia: una violazione che - o dovuta ad una erronea applicazione delle disposizioni preposte al riparto della stessa o dovuta a una erronea qualificazione giuridica del fatto - riguarda non soltanto l'individuazione dell'organo chiamato in concreto a esercitare la giurisdizione, ma anche la sostanza stessa dell'azione penale». In tale scenario, secondo i giudici delle leggi, lede il diritto di difesa il precludere all'imputato «la possibilità di richiedere rispetto ad essa l'instaurazione di un rito che comporta notevoli benefici (soprattutto in termini sanzionatori) qual è il giudizio abbreviato. Un rito che, certo, l'imputato non aveva ritenuto di attivare [...], ma ciò sulla base di un errore [...] attribuibile al pubblico ministero».

⁴⁶ In questo senso A. CAPONE, *Le impugnazioni tra speditezza e garanzie*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 187, nt. 23.

terminativi dell'indagine. In altre parole, se questi sia tenuto a esercitare l'azione penale oppure conservi intatta la pletora di possibilità offerte dal Libro V del codice di rito, ivi compresa la formulazione di una richiesta di archiviazione.

Per fornire risposta a tali quesiti, è fondamentale comprendere se la trasmissione degli atti operata dalla Corte di cassazione integri o meno, per il pubblico ministero, una vera e propria «licenza ad indagare, idonea a reintegrarlo nella titolarità di tutti i poteri della fase preliminare»⁴⁷.

Su tale specifico profilo si sono registrate opinioni discordanti. Un primo orientamento ha ritenuto preclusa, in capo al rappresentante della pubblica accusa investito degli atti in seguito a una regressione, sia la possibilità di svolgere ulteriori indagini sia l'opzione in favore dell'inazione. Ciò si ricaverebbe dal principio di obbligatorietà dell'azione penale, da cui deriverebbe, quale corollario, l'ulteriore principio di irretrattabilità dell'azione⁴⁸. A sostegno di tale conclusione, si è rilevato che «l'esercizio dell'azione penale dà luogo di per sé solo al processo, anche se avvenuto ad opera di un pubblico ministero incompetente, atteso che l'incompetenza non spiega influenza alcuna sull'esercizio dell'azione penale»⁴⁹. Dunque, il pubblico ministero investito degli atti a seguito di una declaratoria d'incompetenza non potrebbe far altro che limitarsi a "reiterare" la richiesta di rinvio a giudizio già formulata dal rappresentante dell'accusa che lo ha preceduto⁵⁰.

In base a una diversa ricostruzione, invece, il pubblico ministero che ha ricevuto gli atti sarebbe privo di vincoli quanto all'attività investigativa da compiere e alle scelte da formulare in ordine all'esercizio dell'azione penale. L'atto con cui era stata esercitata l'azione penale da parte del pubblico ministero presso il giudice incompetente, invero, «assurge a mero precedente storico privo di rilievo giuridico, in quanto "defraudato" di efficacia per effetto della sentenza dichiarativa dell'incompetenza»⁵¹. Di conseguenza, a

⁴⁷ Così R. DEL COCO, *La regressione degli atti nel processo penale*, cit., p. 161.

⁴⁸ Cfr. M. VALIANTE, *Sulla trasmissione degli atti al giudice incompetente*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2087, secondo cui il pubblico ministero ricevente «non potrà svolgere altre indagini se il termine di esse è già scaduto [...]: dovrà quindi limitarsi a chiedere il nuovo rinvio a giudizio – quale che siano la conoscenza del caso e le convinzioni che egli abbia potuto acquisire con la mera lettura degli atti – salva la possibilità di svolgere attività integrativa successivamente all'emissione del decreto che dispone il giudizio [...]. Non potrà determinarsi altrimenti: così non potrà chiedere la proroga del termine, che non era stata ritenuta necessaria in precedenza, e tanto meno domandare l'archiviazione, una volta che gli atti prima acquisiti erano stati ritenuti sufficienti a sostenere l'accusa in giudizio». In giurisprudenza, cfr. *Cass.*, Sez. VI, 19 ottobre 1990, Sica, in *Cass. pen.*, 1991, p. 93; *Cass.*, Sez. VI, 11 marzo 2003, Chiesa, in *C.E.D. Cass.*, rv. 225531, la quale ha ritenuto abnorme il provvedimento di archiviazione disposto dal giudice per le indagini preliminari su richiesta del pubblico ministero cui gli atti erano pervenuti a seguito di declaratoria d'incompetenza da parte del giudice dell'udienza preliminare investito della richiesta di rinvio a giudizio.

⁴⁹ Così *Cass.*, Sez. II, 10 marzo 1998, Corbelli, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3326 ss., con nota di E. DI SALVO, *Principio di irrevocabilità dell'azione penale, regressione del procedimento e poteri del pubblico ministero*.

⁵⁰ Sia pure, eventualmente, esercitando l'azione con modalità diverse rispetto a quella prescelta dal pubblico ministero che lo ha preceduto, ad esempio decidendo in favore di un rito speciale, poiché è permesso all'accusa di operare le scelte processuali più opportune senza che esse incidano negativamente sul principio d'irretrattabilità dell'azione penale: v. *Cass.*, Sez. I, 10 aprile 2004, De Siena, in *C.E.D. Cass.*, rv. 219949, nonché *Cass.*, Sez. V, 12 luglio 2012, Di Martino, *ivi*, rv. 253762.

⁵¹ Così R. DEL COCO, *La regressione degli atti nel procedimento penale*, cit., p. 163. Nella medesima prospettiva

seguito della retrocessione degli atti, il rappresentante della pubblica accusa sarebbe tenuto a iscrivere nuovamente nell'apposito registro di cui all'art. 335 c.p.p. la *notitia criminis*, con decorrenza *ex novo* dei termini per la durata dell'indagine preliminare, alla cui conclusione sussisterebbe completa libertà di scelta quanto agli esiti terminativi.

Quest'ultima ricostruzione appare preferibile per due ordini di ragioni. In primo luogo, tale approdo sembra offrire un adeguato bilanciamento tra il principio di obbligatorietà dell'azione penale e le esigenze di economia processuale, alle quali – come si è rilevato – è improntato anche l'istituto di cui all'art. 24-*bis* c.p.p.

Non va dimenticato, in effetti, che la medesima riforma cui si deve l'introduzione del congegno in esame⁵², nell'ottica di una maggiore autoresponsabilizzazione dell'organo dell'accusa, ha modificato la regola di giudizio in ordine alla scelta tra azione e inazione per il pubblico ministero, nel senso che quest'ultimo è ora tenuto a richiedere l'archiviazione per infondatezza della notizia di reato «quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna» (art. 408, comma 1, c.p.p.)⁵³. Alla luce di ciò, appare difficile teorizzare l'esistenza di indagini “vuote” come quelle che seguirebbero alla declaratoria d'incompetenza territoriale, secondo l'impostazione di quanti ritengono che in siffatte ipotesi il pubblico ministero dovrebbe limitarsi a fungere, in sostanza, da “passacarte” esercitando immediatamente l'azione penale. Così come, nella medesima ottica, sembra mal conciliarsi col mutato quadro normativo un dovere di adesione acritica, in capo al “nuovo” rappresentante della pubblica accusa, rispetto alle conclusioni raggiunte da colui che lo ha preceduto.

In secondo luogo, milita in favore della ricostruzione qui condivisa un argomento di carattere sistematico. Com'è stato esattamente sottolineato in sede esecutiva, la sentenza con cui il giudice dichiara l'incompetenza territoriale si limita ad attestare l'esistenza di un dovere di astensione del giudice medesimo quanto alla decisione sul merito della reg Giudicanda, a causa dell'assenza di un presupposto processuale⁵⁴. Pertanto, tale pronuncia è inidonea, di per sé, a determinare l'avvio di un secondo processo, il quale richiede comunque un nuovo esercizio dell'azione penale affidato al pubblico ministero⁵⁵.

Sulla base di queste premesse, non è necessario, allora, appurare se la previsione della trasmissione degli atti al pubblico ministero a seguito della declaratoria d'incompetenza integri o meno un'ipotesi eccezionale di deroga al principio

M. MARGARITELLI, *Questioni nuove in rapporto alle declaratorie di incompetenza del giudice*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 700.

⁵² In particolare, l'art. 22, comma 1, lett. e), D. Lgs. n. 150/2022.

⁵³ V., sul punto, R. DEL COCO, *La verifica preliminare dell'accusa*, in A. MARANDOLA (a cura di), *“Riforma Cartabia” e rito penale*, cit., p. 169 ss.

⁵⁴ Cfr. R. DEL COCO, *La regressione degli atti nel procedimento penale*, cit., p. 164, la quale inquadra la decisione d'incompetenza nel *genus* dei provvedimenti di *absolutio ab instantia*.

⁵⁵ V., sul punto, F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 8° ed., 2012, p. 165. Cfr. anche V. PACILEO, *Ancora sui poteri del pubblico ministero a seguito della trasmissione degli atti per dichiarazione d'incompetenza da parte del giudice del dibattimento*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1279 ss.

d'irretrattabilità dell'azione penale⁵⁶. Del resto, tale ultimo principio, anche a volerne accogliere le premesse teoriche, resta pur sempre valido solo nella misura in cui «sia in atto un concreto esercizio dell'azione, e cioè quando alla persona chiamata a rispondere di determinate contestazioni si debba riconoscere veste formale di imputato [...], [poiché] si può revocare o ritrattare qualcosa che sia attualmente in corso, ed in grado di dispiegare effetto»⁵⁷.

Piuttosto, è l'autonomia strutturale che separa la "nuova" fase investigativa rispetto a quella precedente a giustificare la libertà di determinazione del pubblico ministero nello svolgimento delle indagini e della valutazione degli esiti di queste ultime⁵⁸. Se ne ricava, in definitiva, che nessun obbligo d'astensione dal compimento di atti investigativi o alcun obbligo di orientarsi nel senso dell'azione grava sul pubblico ministero, destinatario degli atti ai sensi dell'art. 24-bis, comma 3, c.p.p., in conseguenza dell'avvenuto esercizio dell'azione penale in merito a quel medesimo fatto da parte del pubblico ministero presso il giudice incompetente⁵⁹.

5. (segue) Gli obblighi di comunicazione.

Ai sensi dell'art. 24-bis, comma 4, c.p.p., l'estratto della sentenza con cui la Corte di cassazione decide sulla questione di competenza territoriale è notificato alle parti private e immediatamente comunicato al giudice che ha rimesso la questione, al «giudice competente», quando diverso dal primo, nonché «al pubblico ministero presso i medesimi giudici».

La disposizione, chiaramente plasmata sull'art. 32, comma 2, c.p.p. in tema di conflitti di giurisdizione e di competenza, è difficilmente intellegibile nella parte in cui impone, in caso di declaratoria d'incompetenza territoriale del giudice da cui provengono gli atti, un obbligo di comunicazione dell'estratto della sentenza al giudice competente. Ricalcando pedissequamente gli obblighi di comunicazione previsti per la diversa ipotesi dei conflitti, il legislatore non si è avveduto che, in quell'ambito, vi sono sempre almeno due giudici che «contemporaneamente prendono o ricusano di prendere cognizione del medesimo fatto attribuito alla stessa persona» (art. 28, comma 1, c.p.p.). Circostanza che, al contrario, non ricorre nella diversa ipotesi del rinvio pregiudiziale, ove vi è un solo giudice che dubita della propria competenza o di cui le parti eccepiscono l'incompetenza.

⁵⁶ Quesito sul quale, viceversa, si è a lungo interrogata la giurisprudenza, rispondendo infine, in epoca recente, in senso affermativo: v. Cass., Sez. II, 6 luglio 2017, p.o. in c. Landi, in *C.E.D. Cass.*, rv. 270649; Cass., Sez. V, 21 maggio 2019, Giarrusso, *ivi*, rv. 277254.

⁵⁷ In questi termini P. MICHELI, *Sentenza dichiarativa di incompetenza, trasmissione degli atti al pubblico ministero e (presunta) irretrattabilità dell'azione penale*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3466.

⁵⁸ Cfr. E. DI SALVO, *Principio d'irretrattabilità dell'azione penale, regressione del procedimento e poteri del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3331, secondo cui l'effetto caducatorio della sentenza d'incompetenza si estende alla richiesta di rinvio a giudizio.

⁵⁹ Nel senso del testo, nella giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. V, 21 maggio 2019, Giarrusso, in *C.E.D. Cass.*, rv. 277254.

L'assurdità di tale obbligo di comunicazione emerge con tutta evidenza tenendo conto che, come già chiarito, destinatario della trasmissione degli atti non è il giudice competente ma il pubblico ministero presso quest'ultimo. Dunque, il giudice per le indagini preliminari – non si vede a chi altro possa alludere la disposizione in esame – riceverà la comunicazione dell'estratto della sentenza della Corte di cassazione senza essere stato – e potrebbe non accadere neppure in seguito⁶⁰ – investito di richiesta alcuna da parte del pubblico ministero.

Sarebbe stato più opportuno, allora, limitare la comunicazione dell'estratto della sentenza al giudice competente alle ipotesi in cui quest'ultimo debba, ai sensi dell'art. 27 c.p.p., rinnovare l'ordinanza con cui era stata disposta dal giudice territorialmente incompetente una misura cautelare. Ipotesi che pure era chiara nella mente del legislatore, tanto che l'art. 24-bis, comma 5, c.p.p. se ne occupa espressamente, prevedendo che il termine di venti giorni per la rinnovazione, a seguito del quale le misure cautelari cessano di avere effetto, decorre dalla comunicazione dell'estratto della sentenza previsto dal comma 4 della medesima disposizione.

6. Sospensione del processo, ratio efficientista e retaggi antigarantisti.

Impegnato a perseguire ad ogni costo l'ambizioso obiettivo di economia processuale che permea la riforma, il legislatore non ha dettato alcuna ipotesi di sospensione nelle more della decisione della Suprema Corte. Dunque, in ossequio al principio di tassatività delle ipotesi di sospensione ricavabile dall'art. 50, comma 3, c.p.p.⁶¹, va escluso che l'avvenuta rimessione della questione di competenza territoriale da parte del giudice dell'udienza preliminare o dibattimentale possa provocare una stasi del processo.

Può dirsi subito che l'opzione legislativa appare fortemente criticabile, giacché in evidente controtendenza rispetto alla *ratio* efficientista dell'art. 24-bis c.p.p.: qualora la Corte di cassazione dichiari l'incompetenza territoriale del giudice che procede, la regressione del procedimento alla fase investigativa pone necessariamente nel nulla tutte le attività *medio tempore* compiute.

È altamente probabile che, nella scelta di non tratteggiare alcuna ipotesi di sospensione, abbia pesato il timore di possibili abusi da parte della difesa dell'imputato⁶². La previsione di un brusco arresto delle attività processuali quale conseguenza della rimessione degli atti alla Corte di cassazione avrebbe potuto, difatti, dare vita a impieghi del nuovo congegno con finalità meramente dilatorie.

⁶⁰ Ad esempio qualora il pubblico ministero non richieda alcuna autorizzazione o l'emanazione di alcuna ordinanza al giudice per le indagini preliminari, limitandosi, all'esito di queste ultime, a formulare richiesta di rinvio a giudizio.

⁶¹ Sul tema, in dottrina, sia pure nella vigenza del c.p.p. 1930, v. M. CHIAVARIO, *La sospensione del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 23 ss. In giurisprudenza, nella medesima prospettiva, Cass., Sez. V, 24 marzo 2005, La Delfa, in *C.E.D. Cass.*, rv. 231326.

⁶² Sulla necessità di evitare «usi strumentali del nuovo istituto», v. la *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.d.l. A.C. 2435*, cit., p. 40.

Si tratta, però, di paure prive di fondamento. Come si è avuto modo di evidenziare, la richiesta di rimessione non provoca di per sé l'intervento della Corte di cassazione, poiché il giudice procedente conserva la facoltà di selezionare le sole istanze caratterizzate dalla serietà della *quaestio*. Pertanto, simile potere di scelta affidato al giudice era, già di per sé, sufficiente a smorzare ogni incertezza circa usi distorti dell'art. 24-bis c.p.p.

Di più: dinanzi a tale giudizio di "serietà" della questione di competenza territoriale formulato dal giudice procedente, appare persino difficile giustificare, sotto il profilo della ragionevolezza, la mancata previsione della sospensione del procedimento. Viene da chiedersi, allora, quale sia l'utilità del nuovo congegno, tenendo conto che, nelle more del giudizio affidato alla Corte di cassazione, il giudice dibattimentale potrebbe addirittura pronunciare la sentenza che chiude il primo grado di giudizio⁶³. Con buona pace di ogni speranza "efficientista".

Sotto questo specifico angolo visuale, la decisione di «costruire il rinvio incidentale alla Corte di cassazione sul modello della proposizione e della risoluzione dei conflitti di giurisdizione e di competenza»⁶⁴ pare aver indotto in errore il riformatore. Vero che la disciplina in tema di conflitti non prevede ipotesi alcuna di sospensione. Altrettanto, vero, però, che sussiste una fondamentale differenza tra i presupposti della trasmissione degli atti prevista dall'art. 24-bis c.p.p. e quella disciplinata dall'art. 30, comma 2, c.p.p. Solo nell'ambito di quest'ultimo, l'assenza di meccanismi sospensivi si giustifica considerando che la denuncia dell'esistenza di un conflitto comporta, di per sé, il dovere in capo al giudice procedente di inviare gli atti alla Corte di cassazione⁶⁵. Ovverosia, senza che la fondatezza della denuncia di parte sia sottoposta ad alcun vaglio "preliminare"⁶⁶. Per converso, tale argomentazione non può essere utilmente spesa con riferimento all'istituto del rinvio pregiudiziale, caratterizzato dal potere selettivo del giudice procedente in ordine alla necessità di procedere o meno alla rimessione degli atti alla Suprema Corte.

Non basta. Anche a voler tenere conto dei timori del legislatore sugli effetti dilatori provocati dall'inserimento nel tessuto codicistico di una nuova ipotesi obbligatoria di sospensione del processo, una diversa e altrettanto valida opzione legislativa consisteva nella previsione di una mera facoltà di disporre tale sospensione,

⁶³ Manca, infatti, nell'art. 24-bis c.p.p. una previsione analoga all'art. 47, comma 2, c.p.p. in tema di rimessione del processo, che impone al giudice la sospensione del processo prima dello svolgimento delle conclusioni e della discussione «quando ha avuto notizia dalla Corte di cassazione che la richiesta di rimessione è stata assegnata alle sezioni unite ovvero a sezione diversa dall'apposita sezione di cui all'art. 610, comma 1», c.p.p. Sul punto, a livello monografico, v. L. GIULIANI, *Rimessione del processo e valori costituzionali*, Giappichelli, 2002, p. 257 ss.

⁶⁴ In questi termini M. GIALUZ, cit., p. 82.

⁶⁵ Cfr. A. CONFALONIERI, *Il conflitto di competenza come controllo senza alternative*, in *Giur. it.*, 1992, p. 1203.

⁶⁶ Proprio per tale ragione, la Corte costituzionale – pur invitando il legislatore a ripensare la disciplina – ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, comma 3, c.p.p. Segnatamente, secondo i giudici delle leggi, la mancata previsione di un effetto sospensivo della denuncia del conflitto di giurisdizione è giustificata dalla circostanza che la denuncia del conflitto fa sorgere in capo al giudice l'obbligo di investire la Corte di cassazione, senza che questi possa rivalutarne l'ammissibilità. V. Corte cost., sent. 8 febbraio 1993, in *G.U.*, 24 febbraio 1993, n. 9.

sulla falsariga del modello descritto per la rimessione del processo dall'art. 47, comma 1, c.p.p. da affidare alternativamente o cumulativamente al giudice che procede e alla Corte di cassazione⁶⁷. Una simile opzione avrebbe avuto il pregio di eliminare in radice ogni discussione su possibili abusi dell'istituto, dal momento che il potere di sospensione sarebbe stato affidato al giudice. Componendo, così, armonicamente l'esigenza di limitare le tempistiche di definizione del procedimento con la necessità di evitare la celebrazione di attività istruttorie "inutili".

Infine, la mancata previsione di un'ipotesi sospensiva, oltre a risultare sfornita di qualsivoglia valida giustificazione, pare più in generale rischiarare il retropensiero dell'azione riformista. Sullo sfondo dell'istituto si stagliano, infatti, le figure dell'imputato e del suo difensore quali veri responsabili delle lungaggini procedurali, come emerge chiaramente dall'introduzione di adempimenti aggiuntivi per poter coltivare l'eccezione d'incompetenza nel corso del giudizio⁶⁸. Si è detto, del resto, di come ogni prospettiva di modifica della disciplina in tema di incompetenza per territorio, dal Disegno di legge C-1225 alla più recente riforma Cartabia, prenda inevitabilmente le mosse dal senso di scoramento avvertito dall'opinione pubblica e dal legislatore di fronte a un processo che, dopo essere faticosamente pervenuto a due pronunce di merito, sia "costretto" a ricominciare per questioni avvertite, evidentemente, come di poco conto.

Pur volendo tacere dell'evidente errore che sconta una simile impostazione, la quale ignora le radici costituzionali della disciplina codicistica in tema di competenza⁶⁹, va rimarcato che siffatta visione antigarantista del processo riposa, a sua volta, sull'idea di stampo marcatamente giustizialista secondo cui l'imputato è un presunto colpevole e le regole processuali rappresentano null'altro che uno strumento per evitare all'imputato la "giusta" sanzione. Insomma, non sfuggono le ambiguità che si celano dietro l'intervento riformatore, che identifica l'imputato come l'artefice del fallimento del processo, laddove per fallimento s'intende la mancata conferma del teorema accusatorio. Si annida qui, forse, l'aspetto più criticabile del nuovo rinvio pregiudiziale, ben più della rilevata distonia dell'art. 24-bis c.p.p. rispetto al suo obiettivo funzionale.

⁶⁷ Analoga soluzione era stata prospettata *de iure condendo*, con riferimento all'ipotesi dei conflitti di giurisdizione e di competenza, da G. SPANGHER, *In tema di omessa previsione di sospensione dei procedimenti fino alla risoluzione del conflitto*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 434 ss.

⁶⁸ Si allude al già analizzato art. 24-bis, comma 6, c.p.p., che impone a chi voglia coltivare l'eccezione di incompetenza nel corso del procedimento di formulare in sede di udienza preliminare o di questioni preliminari la richiesta di rimessione della questione alla Corte di cassazione.

⁶⁹ Sui rapporti tra l'art. 25 Cost. e la disciplina codicistica della competenza, cfr. F. MORELLI, *Giudice naturale versus giudice precostituito*, in AA.VV., *Legge e potere nel processo penale* (Atti del Convegno. Bologna, 4 e 5 novembre 2016), Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2017, p. 211 ss. Cfr. anche U. NANNUCCI, *Le regole di competenza quali norme strumentali al principio del giudice naturale*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 461 ss.

OSSERVAZIONI CRITICHE SULLA FUNZIONE DELL'INDAGINE ALLA LUCE DELLA NUOVA UDIENZA PRELIMINARE

di Francesco Morelli

Il contributo prende in considerazione l'impatto che la regola per decidere l'esito dell'udienza preliminare, richiedendo una ragionevole previsione di condanna, può comportare sulla funzione delle indagini preliminari. Esse, già condizionate dalla richiesta di completezza, derivante dalla Corte costituzionale, potrebbero allontanarsi sempre di più da una ricerca funzionale di elementi volti a rendere utilmente esperibile il contraddittorio poietico nell'istruzione in giudizio e assumere la fisionomia di un vero e proprio accertamento preliminare, in grado di frustrare la qualità di quello dibattimentale. Infine si propone di riconfigurare il filtro dell'udienza preliminare in modo che esso sia più attento alla validità dell'imputazione, più che al suo fondamento cognitivo, dovendosi riconoscere che, storicamente, un filtro basato sulle potenzialità dimostrative dell'istruzione, che l'indagine fa presagire, non ha mai funzionato.

SOMMARIO: 1. La necessità di recuperare il rapporto perduto tra la finalità dell'indagine e il dibattimento. – 2. Come la nuova regola per decidere sull'esito dell'udienza preliminare rischia di condizionare le dinamiche delle indagini preliminari.... – 3. ...e quelle del dibattimento. Una visione realistica dell'uso strategico dell'indagine in dibattimento. – 4. Per un'udienza preliminare che tenga conto della direzione funzionale dell'indagine rispetto al giudizio.

1. La necessità di recuperare il rapporto perduto tra la finalità dell'indagine e il dibattimento.

Le connessioni funzionali tra l'indagine preliminare e il dibattimento sembrano oramai relegate ai margini del sistema. Esso, infatti, non sembra reggersi più sul rapporto configurato dall'originario impianto normativo del codice, il quale (forse per la prima e ultima volta) ha tentato di costruire la fisionomia della fase preliminare in coerenza con il ruolo centrale e insostituibile del dibattimento nel creare materiale cognitivo adatto alla formulazione del giudizio.

Non si allude al fatto che l'indagine preliminare è sede di formazione di vere e proprie prove, utilizzabili in dibattimento secondo le eccezioni normative autorizzate dall'art. 111 comma 5 Cost., o che esse forniscano materiale utile alla decisione definitiva nei riti speciali consensuali o, ancora, che da quella fonte spesso si attinge per

comprimere la libertà personale dell'imputato¹. Ciò che si vuole rilevare è l'alterazione della relazione tra indagine e dibattimento in un frangente preciso: quello in cui la prima serve a impostare l'attività nel secondo. Per queste ragioni si qualifica questo speciale rapporto come "funzionale": l'aspetto dell'indagine preliminare che qui si prenderà considerazione è solo quello rivolto a renderla utile "in funzione" del dibattimento, non tanto nel fondarne la necessità, quanto nel contribuirne, attraverso l'attività delle parti, alla gestione.

Simili questioni aprono immediatamente due scenari. Il primo riguarda la definizione dell'identità dell'indagine: essa appare probabilmente ipertrofica², ipernormata e sempre più centrale³, tanto che si è indotti a chiedersi se sia ancora attuale parlare dell'indagine preliminare come momento, almeno in una certa misura, preparatorio rispetto al dibattimento, siccome essa rappresenta l'unico strumento a disposizione del pubblico ministero per raccogliere informazioni volte a consentirgli decisioni *causa cognita* sull'*an*, sul *quid*, sul *quomodo* dell'accusa. In sostanza, è da verificare quanto ancora persista l'incidenza sistematica dell'art. 326 c.p.p. quando attinge a costruzioni concettuali del passato per assicurare sulla dimensione «non tanto istruttoria quanto preparatoria»⁴ dell'indagine⁵.

Il secondo attiene, com'è ovvio, all'udienza preliminare, ossia a quel momento in cui l'indagine cessa di essere utile per le determinazioni dell'accusatore sull'azione, ma passa nelle mani del giudice dell'udienza preliminare che la userà per giustificare o negare l'instaurazione del dibattimento: in questo secondo frangente, il peso dell'indagine è cresciuto progressivamente nel tempo, sino alla riforma degli artt. 425 e

¹ Erano questi gli argomenti usati da M. NOBILI, *Diritti per la fase che "non conta e non pesa"*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1998, p. 38 per negare con risolutezza che l'indagine preliminare rappresentasse solo un momento preparatorio del tutto innocuo.

² Lo segnala F. M. CASSIBBA, *L'"insostenibile leggerezza" dell'udienza preliminare*, in *Tavola rotonda. Il controllo sull'accusa nella fase intermedia del processo penale: condizione attuale e prospettive future*, in *Criminalia*, 2015, p. 70, il quale ammette che la selezione della conoscenza nel dibattimento «è ovviamente incapace di ridimensionare o di contenere l'ipertrofia investigativa».

³ Sono rilievi di A. CAMON, *La fase che "non conta e non pesa": indagini governate dalla legge?*, in A.V., *Legge e potere. Pensando a Massimo Nobile. Atti del convegno Bologna, 4 e 5 novembre 2016*, Cedam, Milano, 2017, p. 93-94, il quale afferma che «quando si cerca di capire e di descrivere cosa è accaduto al processo penale italiano negli ultimi trent'anni, di solito si guarda il peso che gli atti raccolti nelle investigazioni hanno avuto sul dibattimento»; «più passa il tempo più le indagini vengono disciplinate», anche se aggiunge, «"fare leggi" sulle indagini non basta, perché non tutte le leggi si equivalgono».

⁴ Sono le parole di F. CARNELUTTI, *Verso la riforma del processo penale*, Morano, Napoli, 1963, p. 18, al quale, nello stesso periodo storico, s'affiancava F. CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 66, che intendeva l'indagine, nell'attuazione di un modello accusatorio, come una «attività preprocessuale di parte», volta al reperimento di «informazioni...sfornite d'efficacia probatoria; esse sono lo strumento di cui l'organo dell'accusa si vale per saggiare il probabile fondamento di un'eventuale domanda».

⁵ Rievoca opportunamente questi passaggi normativi, come gli autentici criteri regolatori della funzione dell'indagine, E. MARZADURI, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in *Sist. pen.*, n. 5, 2020, p. 200 ss.

554 *bis* c.p.p.⁶, che l'hanno consacrata a strumento di prognosi ragionevole della condanna.

Nella misura in cui quest'ultimo criterio di decisione per l'esito dell'udienza preliminare evoca il giudizio finale (o meglio, un solo suo possibile sbocco), l'indagine preliminare sembra piombare in una crisi d'identità impossibile da celare e, forse, non risolvibile alla luce di una lettura sistematica delle norme: da un lato, essa avrebbe la funzione di consentire al pubblico ministero di pianificare le sue future mosse in rapporto all'azione, ma dall'altro dovrebbe consentirgli di consegnare al giudice dell'udienza preliminare un vero e proprio accertamento del reato e delle responsabilità il quale, se fosse replicabile in dibattimento con successo, porterebbe a condanna.

Ovviamente, questa aporia normativa corrisponde ad una crisi di identità dello stesso pubblico ministero: cosa ci si aspetta da lui, che si prepari al dibattimento e convinca l'ultimo giudice della fase preliminare che le sue *chances* sono buone, avendo indirizzato a questo fine l'indagine secondo la direttiva dell'art. 326 c.p.p., o che confezioni un pre-accertamento già utile alla condanna, del tutto esaustivo e differente da quello dibattimentale solo per l'assenza della partecipazione poetica della difesa?

È evidente che la nuova regola per decidere l'esito dell'udienza preliminare (e predibattimentale) è certamente idonea a operare "in avanti", in vari possibili modi, riducendo il numero dei dibattimenti – così la riforma, forse troppo ottimisticamente, ha certamente sperato⁷ – o aggravando il pregiudizio del giudice dibattimentale a seguito del rinvio a giudizio, come subito paventato⁸. Tuttavia, aspetto questo forse più grave, essa si ripercuote decisamente sulla funzione stessa dell'indagine, promanando significativi effetti «all'indietro»⁹.

Per verità, che la struttura e la funzione dell'indagine preliminare siano plasmate da fattori "esogeni" rispetto al dibattimento non è una novità dovuta alla recente riforma.

Se la strumentalità dell'indagine rispetto al dibattimento, sede esclusiva della formazione della prova nel contraddittorio e quindi dell'accertamento, era esaltata da chi tentava di delineare un futuribile processo di stampo *adversary*¹⁰, con il varo del codice che questo sistema avrebbe recepito, l'investigazione del pubblico ministero ha avuto sempre altri riferimenti: ora la decisione sul tema cautelare, ora l'eventualità del rito abbreviato, ora la natura e la profondità del vaglio preliminare sull'accusa. S'è

⁶ D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, attuazione della delega disposta con la l. 27 settembre 2021, n. 134.

⁷ In un'ottica di efficienza M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022, p. 50 ss. e M. BONTEMPELLI, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1149.

⁸ E. AMODIO, *Filtro «intraneo» e filtro «estraneo» nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 18.

⁹ Così S. RUGGERI, *Azione e inazione*, in D. Castronuovo-M. Donini-E. M. Mancuso-G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, Cedam, Milano, 2023, p. 661, il quale pone moltissima attenzione alle ripercussioni sistematiche sull'indagine della nuova regola per decidere l'esito in udienza preliminare.

¹⁰ Vedi retro, nt. 4.

immediatamente perduto quello che era il rapporto vitale, ossia la relazione di utilità funzionale tra indagine e giudizio¹¹.

E non si vuole evocare, parlando di questa particolare connessione tra attività investigativa e dibattimento, il flusso di elementi probatori da un fascicolo all'altro, tema che ha monopolizzato indiscutibilmente per anni ogni studio sul processo penale italiano. Si vuole significare invece la *tensione teleologica dell'indagine*, che permea tanto gli atti che poi costituiranno prova nel dibattimento quanto quelli che non lo saranno mai. In sostanza, è pensando all'obiettivo ultimo che il pubblico ministero sceglie se compiere un certo atto e quali atti compiere: se quell'obiettivo non è la preparazione adeguata al dibattimento, ma è costituito da altro, il rapporto funzionale originario indagine-giudizio è reciso¹² ed è a rischio la tenuta, forse non del sistema, ma del modello, che vanta oggi sostegni costituzionali¹³.

Converrà procedere ad alcuni esempi.

La completezza dell'indagine, tarata su obiettivi estranei alla sua strumentalità rispetto al dibattimento, ne ha snaturato la funzione: questo fine preciso non richiede necessariamente una indagine completa, mentre si è avuto gioco facile nel pretenderla in vista della possibilità astratta di celebrare il giudizio abbreviato, o della profondità del vaglio sull'accusa in udienza preliminare¹⁴. Nel primo caso, si è dovuto accogliere il paradosso per cui era l'eccezione a dettare la regola: l'intera indagine preliminare era asservita non all'ordinaria prosecuzione dell'*iter*, ma a quella eccezione specifica rappresentata proprio dall'alternativa cognitiva al giudizio partecipato, diametralmente opposta ad esso nei metodi e nei valori¹⁵. La funzione dell'indagine si è votata del tutto, per assurdo, alla strumentalità non con il dibattimento, ma con il suo esatto contrario¹⁶.

¹¹ Ben scandito, per vero, dall'abrogato art. 125 disp. att. il quale dettava il criterio per discriminare la notizia di reato fondata da quella infondata, evocando la «sostenibilità dell'accusa in giudizio». Il merito primario di questa norma era quello di riferire i risultati dell'indagine non all'accertamento, attività che vede accusa e difesa in posizione paritaria, ma all'attività di chi quell'indagine aveva svolto, assumendosene la responsabilità processuale, ossia il pubblico ministero chiamato, in giudizio, a sostenere l'accusa.

¹² Con cautela, T. RAFARACI, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, in *Dir. pen. proc.*, n. 1, 2023, p. 163 afferma che «non va escluso *a priori* che il sistema sia in grado di raggiungere un equilibrio accettabile, restando naturalmente marcato il divario logico e funzionale tra la cognizione preliminare e quella dibattimentale».

¹³ Il modello, quindi, è più importante del sistema: i sistemi possibili sono tanti, il modello è solo quello costituzionale, e non è variabile. Richiama l'attenzione su questo aspetto E. MARZADURI, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in *Leg. pen. (web)*, 25.1.2022, p. 28.

¹⁴ Lo mettono in luce E. MARZADURI, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali*, cit., p. 18 e D. NEGRI, *Il "nuovo" giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in F. Peroni (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Cedam, Padova, 2000, p. 460, da ultimo, S. RUGGERI, *Azione e inazione*, cit., p. 664.

¹⁵ Non è un caso che, secondo V. MAFFEO, *Tempi e nomina iuris delle indagini preliminari. L'incertezza del controllo*, Cacucci, Bari, 2020, p. 33, la l. 16 dicembre 1999, n. 479 abbia, forte di questa operazione concettuale, ampliato «la vocazione selettiva dell'udienza preliminare» e «tentato di rendere il giudizio abbreviato il vero e proprio rito ordinario, affrancandolo dalla necessità del consenso del pubblico ministero».

¹⁶ Fu Corte cost., 9 maggio 2001, n. 115 a pretendere dal pubblico ministero «un esaustivo quadro probatorio», inducendo gli studiosi ad affermare che «la completezza delle indagini va perimetrata in base alle "regole" del giudizio abbreviato» (F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*,

Del tutto opposte, quindi, risultavano le esigenze proprie di indagini dirette alla prova del fatto nel contesto dell'abbreviato, da un lato, o all'impostazione dell'accusa in dibattimento dall'altro. In un caso era necessario assicurarsi che su ogni elemento dell'accusa si potesse convincere il giudice di disporre di una prova che superasse ogni ragionevole dubbio; nel secondo caso, il pubblico ministero avrebbe dovuto individuare i percorsi investigativi che avrebbero garantito di forgiare, in dibattimento e nel fuoco dei tentativi di falsificazione, una prova di siffatto spessore. Non sono due attività equivalenti: la prima tende ad "esaurire" la fonte, la seconda tende a preservarla in vista del giorno in cui sarà utile alla formazione partecipata della prova¹⁷.

Se si vuole pensare ad un'indagine funzionale al futuro dibattimento, non si può coltivare una ricerca utile a fondare il giudizio nel rito abbreviato, poiché così facendo si perseguono due obiettivi tra loro incompatibili. Questa è la storia che racconta il principio di completezza, blindato dalla Corte costituzionale: probabilmente, invece, l'indagine avrebbe dovuto essere forgiata sulla sua utilità rispetto al giudizio dibattimentale, confidando poi negli spazi di integrazione probatoria in seno al rito abbreviato, quando se ne fosse rivelata la necessità concreta.

Analogamente, così come è necessario ridimensionare i rapporti dell'indagine con l'abbreviato, sembra parimenti utile abbandonare l'idea che l'udienza preliminare debba fungere da "filtro" rispetto alle accuse mal supportate.

Anzitutto, se l'idea è quella di ridurre il numero dei dibattimenti, un filtro posto esattamente a metà della procedura di primo grado è chiaramente tardivo¹⁸. Se occorre scremare, va fatto prima: se il sistema impone di indagare, con la profondità oggi richiesta, su ogni notizia di reato, non si può poi pensare che lo stesso sistema sia strutturato per impedire programmaticamente a quante più indagini possibile di esitare in dibattimenti. Ogni operatore, anche inconsciamente, si adopererà per dare un senso a quello sforzo iniziale, essendo incoerente che indagini approfondite non abbiano un seguito. È questa la realtà giudiziaria che abbiamo visto, che vediamo e che vedremo, a dispetto di ogni modifica normativa che si è succeduta nel tempo, perché la tensione

Giappichelli, Torino, 2005, p. 48). L'esistenza stessa del rito abbreviato esigerebbe qualche riflessione in più. Talvolta apprezzato per questo, esso suscita perplessità proprio perché si pone quale alternativa cognitiva al dibattimento, sminuendone l'esclusiva funzione di accertamento che il modello parrebbe attribuirgli. Da questo punto di vista sembrano convivere meglio con un sistema *adversary* i riti non cognitivi, o non completamente cognitivi, come il patteggiamento, che infatti rappresenta la procedura d'elezione, nei sistemi angloamericani, quando si voglia evitare lo *jury trial*.

¹⁷ Il rischio di cristallizzare una dichiarazione preliminare precisa in ogni dettaglio è quello di dover risolvere incoerenze che aumentano all'aumentare dei dettagli forniti dal dichiarante. Il rischio di cristallizzare accertamenti tecnici pur ripetibili è quello di usare metodi poi oggetto di profonde e fondate critiche, quando invece basterebbe una proiezione del risultato ottenibile per rimandare l'attività vera e propria al momento in cui si hanno tutti gli elementi per decidere come agire, primo tra tutti la prospettazione difensiva, oramai affacciata nel processo. Sembra che questo schema di pensiero, questa linea strategica, abbia abbandonato i pubblici ministeri, oramai unicamente preoccupati di coprire con quanti più elementi possibile ogni aspetto dell'imputazione. È anche così che muore la componente strategica dei dibattimenti i quali, per questa ragione, rendono meno di quel che dovrebbero, dal punto di vista cognitivo.

¹⁸ Un conto è costruire un ostacolo al torrente nei pressi della sua foce: l'impatto sarà minimo e la diga terrà. Ma se si lascia il corso d'acqua libero di prendere velocità e si tenta di fermarlo quando esso è oramai gonfio, prima o poi la potenza del torrente avrà la meglio.

teleologica del sistema sembra più forte di qualunque freno normativo le si voglia porre. Non si può programmare un sistema per ottenere un risultato e poi pretendere un altro¹⁹.

L'udienza preliminare, infatti, non sembra in grado filtrare alcunché, poiché la quantità esorbitante di atti che un'indagine produce non permetterà mai al giudice di sbarazzarsene con disinvoltura, per quanto chiare siano le direttive legali in merito. Quindi l'indagine non va pensata nell'ottica di questa sua preliminare verifica, ma unicamente nell'ottica della sua utilità al dibattimento.

Ancora una volta, è fonte di perplessità che l'indagine sia calibrata sulla fine della fase preliminare e non sul momento centrale del processo. Questa assolverà al suo compito, e svolgerà il suo ruolo. Starà poi all'udienza preliminare assumerne uno in modo autonomo ed indipendente, in relazione alla funzione sua propria²⁰.

Se il sistema vuole recuperare coerenza, probabilmente dovrà recuperare l'autentica sostanza del rapporto strumentale tra indagine e dibattimento, senza ulteriori condizionamenti. Ma qual è l'impostazione ideale dell'indagine preliminare in vista del dibattimento? Che cosa significa che essa deve essere funzionale rispetto al dibattimento e non altro?

2. Come la nuova regola per decidere sull'esito dell'udienza preliminare rischia di condizionare le dinamiche delle indagini preliminari...

Ciò che invece sembra accadere è proprio che la natura e la struttura dell'indagine, oramai dimentica del suo ruolo originario, si adatti per superare la verifica dell'udienza preliminare: si adoperi quindi per produrre un accertamento completo che verrà dismesso o perché la verifica predibattimentale non consente alcuna prosecuzione, o perché, passato con successo il vaglio, gli elementi utili al giudizio andranno formati in contraddittorio.

L'irrigidimento dei presupposti per ottenere il rinvio a giudizio potrebbe comportare significativi cambiamenti nell'indagine.

Non è detto che ciò che descriverò accadrà necessariamente, posto che già in parte accade²¹, ma è significativamente alta la probabilità che questo fenomeno prenda sempre più corpo e strutturi con regolarità la finalità e i metodi investigativi.

Anzitutto il pubblico ministero dovrà preoccuparsi di coprire ogni singolo aspetto della futura accusa, il che non garantisce una precisione chirurgica nell'azione

¹⁹ Forse l'udienza preliminare in qualità di filtro non funziona semplicemente per questo motivo.

²⁰ Riporta l'attenzione al «recupero di una corretta lettura dei rapporti tra oneri investigativi e configurazione complessiva del processo penale» E. MARZADURI, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in *Sist. pen.*, n. 5, 2020, p. 205.

²¹ La soglia del ragionevole dubbio in riferimento agli atti di indagine non è stata introdotta dall'ultima riforma dell'art. 425 c.p.p. ma dalla regola di giudizio del rito abbreviato, rispetto al quale l'indagine è sagomata da anni. Questa novella ha rafforzato e non inaugurato l'esigenza di un mini-accertamento investigativo.

investigativa²². Il pubblico ministero è, va riconosciuto, in una posizione non facile: il tempo non gli è amico, l'indagine ha limiti temporali²³, e una strategia facile e immediatamente attuabile è quella di raccogliere quanti più elementi possibile lungo tutto l'arco temporale concesso. Un accertamento completo, quando non si ha il tempo di ponderare ogni pista con tranquillità e indirizzare la ricerca verso un filone realmente pensato, potrebbe essere sinonimo di una ricerca spasmodica di ogni possibile elemento anche potenzialmente utile²⁴: prendere tutto ciò che si può garantisce di arrivare all'udienza preliminare avendo certamente sotto gli occhi ciò che servirà, anche se frammisto a elementi inutili e confondenti²⁵. Selezionare bene ogni elemento da acquisire significa correre il rischio di essere carenti su certi aspetti dell'accusa al cospetto del giudice²⁶. Ed in modo assolutamente irrazionale – è questo il punto centrale – non è data alcuna *chance* di colmare quella lacuna nell'unica sede in cui essa dovrebbe rilevare: il dibattimento.

Verosimilmente, sarà la quantità degli elementi acquisiti e non la qualità dell'investigazione a caratterizzare le indagini preliminari. Le conseguenze sulla tenuta dei diritti individuali nella fase preliminare e sulla qualità dell'accertamento saranno significative.

Del secondo aspetto ci occuperemo nel prossimo paragrafo. Quanto al primo, è facile ipotizzare che il pubblico accusatore ricorrerà con molta meno cautela a strumenti di indagine anche invasivi.

Si può ipotizzare una acquisizione persino smodata di documenti (anche contenenti dati riservati), la cui rilevanza è stata ben lontana dall'essere puntualmente verificata, o l'audizione di moltissime persone anche collateralmente intersecate con il

²² Secondo S. RUGGERI, *Azione e inazione*, cit., p. 667, la riforma solleva il problema delle «indagini viste come accertamento, ossia il problema della cognizione investigativa», ossia della sua estensione «parametrata anzitutto ai temi della *res iudicanda*», con una serie di importantissime implicazioni non solo sistematiche, ma anche attinenti a questioni puntuali, come l'applicazione di misure di sicurezza o l'accertamento della imputabilità. T. RAFARACI, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, cit., p. 161 nt. 10: «può dirsi che la riforma confermi e anzi rafforzi il principio di completezza delle indagini». Analogamente, F. TONDIN, *La nuova regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna*, in *Cass. pen.*, n. 2, 2023, p. 411 sottolinea che «la modifica del criterio decisorio rende ineludibile l'esigenza di completezza delle indagini». C. NAIMOLI, *Considerazioni sulla "ragionevole previsione di condanna" per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere*, in *Dir. pen. proc.*, n. 6, 2022, p. 847 segnala «l'appesantimento dei momenti anteriori [al dibattimento] in funzione del relativo epilogo».

²³ Sul punto, ampiamente, S. RUGGERI, *Azione e inazione*, cit., p. 664 ss. il quale conclude che l'innalzamento «della soglia probatoria valevole per l'esercizio dell'azione penale avrebbe dovuto essere accompagnata, per proporzionalità diretta, da una cornice temporale delle indagini preliminari complessivamente più dilatata» (p. 666).

²⁴ Non sembrano rilievi infondati se M. DANIELE-P. FERRUA, *Venti di riforma dell'udienza preliminare e del patteggiamento: un subdolo attacco al processo accusatorio*, in *Dir. pen. cont.*, n. 5, 2019, p. 80, segnalano «l'irresistibile attrazione, in capo a chi è chiamato ad accertare la responsabilità penale, per la formazione delle prove tramite la loro accumulazione, anziché mediante la loro selezione qualitativa con il filtro del metodo dialettico».

²⁵ Tornano in mente le riflessioni di M. NOBILI, *Diritti per la fase che "non conta e non pesa"*, cit., p. 40 ss. quando temeva che l'indagine perdesse quel formidabile freno alla sua invasività costituito dalla rilevanza.

²⁶ Rileva E. MARZADURI, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali*, cit., p. 21 che effetto della riforma potesse essere «l'inevitabile appesantimento ed allungamento delle indagini preliminari».

fatto. Ma è ben più grave preconizzare la persistenza di un uso amplissimo delle intercettazioni²⁷, o del captatore informatico in funzione di collettore atipico di dati non comunicativi²⁸, complice l'oramai consolidata slabbratura dei presupposti applicativi di tali atti²⁹. Analogamente non è difficile assistere ad accertamenti tecnici irripetibili per operazioni perfettamente differibili, e quindi idonee ad essere compiute con un apporto autenticamente partecipato delle difese. L'ansia di cristallizzare ogni accertamento, con un randomico accumulo di elementi, così che possano essere serviti in grande quantità al giudice per l'udienza preliminare, divora ogni altra possibile, e più fruttuosa, strategia investigativa.

Come in un domino, anche il giudice per le indagini preliminari potrebbe essere condizionato dal compito che si chiede all'accusatore. Ovvio che questa figura di garanzia ha la funzione precipua di applicare la legge con il massimo del rigore, ma l'ordinamento gli chiede di assumersi la responsabilità di bloccare l'iniziativa investigativa del pubblico ministero con il rischio di rendergli impossibile un accertamento completo sull'addebito. Alla luce del gravoso compito di quest'ultimo, il giudice per le indagini preliminari potrebbe concedersi di essere più indulgente nel valutare le richieste dell'accusatore, il quale deve completare un accertamento che faccia pronosticare una condanna in tempi definiti. Si pensi alla richiesta di autorizzazione per le intercettazioni e per i prelievi coattivi di materiale biologico: è pensabile che sia proprio nell'iniziativa riferita ad atti invasivi che si decida di concedere al pubblico ministero un ampio margine di libertà d'azione³⁰.

Ovvio, il presupposto è che si accetti di leggere il nuovo art. 425 c.p.p. come il consolidamento della necessità di un accertamento, fondato su atti preliminari, che superi ogni dubbio ragionevole. E non sembra difficile che sia così, invocandosi senza mezzi termini la condanna, che su quello standard si fonda³¹. Ma se anche così non fosse, è sempre possibile che il nuovo criterio per superare il vaglio predibattimentale possa in ogni caso costituire un alibi, per pubblico ministero e giudice nella fase preliminare, in grado di giustificare un'indagine diversa, bulimica, incontrollata.

Non è difficile pensare che lo stesso giudice dell'udienza preliminare, di fronte ad una mole così imponente di atti, sulla scorta di una fiducia "istituzionale" nel pubblico ministero, gli conceda il dibattimento senza approfondire troppo le questioni,

²⁷ Il cui captato, nella sua versione audio, l'unica attendibile, risulta ancora inaccessibile alle difese, posto che l'ascolto nei locali delle procure mai coprirebbe l'intero materiale. Ancora in questo stato versa la disciplina legislativa nonostante le univoche indicazioni di Corte cost. sent. 23 settembre 2008, n. 336.

²⁸ Non ancora smentita, nella sua terribile dirompenza, Cass., Sez. V, 14 ottobre 2009, Virruso, in *C.e.d.*, n. 246954.

²⁹ Per tutti E. MARZADURI, *Spunti di riflessione sui presupposti applicativi delle intercettazioni telefoniche a fini probatori*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4840.

³⁰ I questi precisi termini, E. MALINO, *Tutela della vittima e completezza delle indagini preliminari tra giurisprudenza EDU e prospettive di riforma della giustizia penale italiana*, in *Leg. Pen. (web)*, 25.7.2022, p. 18.

³¹ Lo rilevano E. MARZADURI, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali*, cit., p. 26 e F. ALVINO, *Il controllo giudiziale dell'azione penale: appunti a margine della "riforma Cartabia"*, in *Sist. pen.*, n. 3, 2022, p. 31 ss. M. BONTEMPELLI, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, cit., p. 1152 osserva come la riforma «fallirebbe l'obiettivo di livellare verso l'alto lo standard di giudizio dell'udienza preliminare, dati gli inevitabili limiti di un accertamento preliminare basato sulle conoscenze investigative».

se non – si spera – stimolato dai rilievi difensivi. Da un lato, egli non si spende, non dovendo motivare il decreto che dispone il giudizio, ed essendo quindi insindacabile ed incontrollabile la sua prognosi ragionevole di condanna. Dall'altro, sarebbe comunque rassicurato dall'imponente lavoro con cui l'accusatore si è presentato al suo cospetto³².

3. ...e quelle del dibattimento. Una visione realistica dell'uso strategico dell'indagine in dibattimento.

Giungere preparati al dibattimento significa essersi mossi, nell'indagine, dalla consapevolezza che la sede dell'unico accertamento sia proprio quella del giudizio. È lì che il pubblico ministero è chiamato a rendere ogni dimostrazione, perché non può esserci prova, né accertamento alcuno, se ogni attività cognitiva non viene svolta davanti al giudice che deciderà sull'imputazione da tutte le parti in posizione di parità: l'unico atto creativo della conoscenza giudiziale vive nell'istruzione dibattimentale e lì si consuma.

Se il momento probatorio è unico non si può evitare di consentire al pubblico ministero di sfidarsi in dibattimento e solo in dibattimento, essendo impossibile pretendere da lui un risultato probatorio completo e più forte di ogni dubbio ragionevole in frangenti anticipati. Un certo legittimo agnosticismo sui futuri esiti della sua attività in giudizio gli deve essere, quindi, riconosciuto.

Non si tratta di passare al vaglio del contraddittorio dati che hanno già iniziato a formarsi nella fase investigativa, e quindi, semplicemente, di saggiarne la tenuta. Il ruolo dell'istruzione dibattimentale è quello, al contrario, di creare elementi di conoscenza fino ad allora inediti, del tutto nuovi e mai esistiti prima. Si dovrebbe allora dire che è sempre e strutturalmente irragionevole prevedere la condanna nell'udienza preliminare, perché gli elementi che soli possono superare ogni dubbio ragionevole devono ancora venire in essere. Nel processo voluto dall'art. 111 Cost., l'attribuzione di responsabilità che, giunta inalterata alla fine dell'*iter* processuale, sconfigge la presunzione di innocenza, non si fonda sulla rappresentazione di un fatto resa dalla dichiarazione testimoniale o dall'esame peritale; essa si fonda invece sulla resistenza che quelle rappresentazioni hanno manifestato ai tentativi ripetuti di confutazione.

Scalfita questa convinzione, ne risentirà l'impianto complessivo, poiché la legge avrà riconosciuto *apertis verbis* che anche dati non forgiati nel contraddittorio possono essere capaci di attingere la soglia cognitiva da superare per ottenere la condanna.

Del resto, verrebbe istintivamente da chiedersi: ma perché mai inscenare il dibattimento se prima che esso inizi il suo esito non è più aperto, posto che un giudice ha già ragionevolmente previsto la condanna, sulla base dell'accertamento condotto unilateralmente dal pubblico ministero?

³² M. DANIELE, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, in *Sist. pen.*, n. 1, 2020, p. 135 si chiede «di fronte alla possibilità che un giudice dotato di risorse epistemiche ben più potenti si occupi della questione, perché, nel dubbio, prendersi la responsabilità di prosciogliere, oltretutto con il pericolo che la decisione sia riformata a seguito di un'impugnazione ex art. 428 c.p.p.?».

Se queste sono le premesse, la fiducia che l'ordinamento processuale ripone nel dibattimento, quale sede dell'accertamento, è oramai erosa.

Tuttavia, resta vero che il decreto che dispone il giudizio è ancora immotivato, così da non trasmettere il pregiudizio, e tutte queste suggestioni non dovrebbero scalfire affatto la mente del giudice del dibattimento, che si dovrebbe solo nutrire di ciò che vede accadere davanti a sé: dovrebbe «accettare, cioè, sino in fondo e senza riserve, che la prova si formi esclusivamente nel contraddittorio»³³.

Il punto, però, è un altro: da che tipo di indagine è supportato il pubblico ministero nell'affrontare la sfida del contraddittorio? E da quale modello di condotta processuale sarà ispirato?

Il tempo limitato dell'investigazione e il numero oramai indefinito di atti che vi si possono compiere dà l'impressione che il contenuto sia più grande del contenitore. Il che ha conseguenze precise, che si dipanano a lungo termine: avendo raccolto moltissimi dati senza elaborarli in modo compiuto, l'accusatore non sarà necessariamente pronto a portare avanti una strategia precisa. Annasperà infatti tra moltissime informazioni non tutte utili, che sarà difficile riportare ad un disegno comprensibile per il giudice del dibattimento. La sua strategia, per queste ragioni, potrebbe incentrarsi proprio sul recupero di quante più fonti preformate possibile, in modo da replicare nel giudizio l'attività che nella fase preliminare ha portato a termine con successo. Ciò significa che possono ridursi corrispondentemente spazi difensivi per l'imputato, il quale si vede erodere *chances* di esercitare il contraddittorio tutte le volte in cui il fascicolo del dibattimento si arricchisce di fonti estranee ad esso. Se il pubblico ministero avrà disposto intercettazioni a dismisura non potrà limitarsi in dibattimento a chiedere l'acquisizione di quelle poche conversazioni davvero rilevanti, ammettendo che è stato sproporzionato il ricorso massivo alla captazione, ma cercherà di giustificare la rilevanza di moltissimi altri dialoghi, magari ambigui, per puntellare la sua ricostruzione. La stessa condotta si potrebbe riscontrare con l'acquisizione dei documenti. Ogni accertamento tecnico si sarebbe già consumato nella fase preliminare, nella migliore delle ipotesi con l'incidente probatorio, e nel dibattimento ci sarebbe spazio solo per un'ulteriore perizia disposta dal giudice. L'accusatore tenterà, cioè, di riproporre in giudizio il suo primo accertamento³⁴.

³³ Per questa ragione D. NEGRI, *L'avvenire del processo penale: tre voci a confronto. Intervista di Paolo Ferrua a Marcello Daniele, Daniele Negri e Sergio Lorusso*, in *Leg. pen. (web)*, 10.4.2021, p. 18 difende la nuova configurazione del filtro, "scudo", nel suo lessico efficace, dell'udienza preliminare. Su questa base, forte dell'«impermeabilità del dibattimento agli atti della fase preliminare», afferma che «la logica interna al sistema vuole allora che il pubblico ministero, se non riesce a dissipare dubbi e a colmare le lacune probatorie, non sia ammesso a tenere oltre».

³⁴ Segnala il rischio P. FERRUA, *La lenta agonia del processo accusatorio a trent'anni dall'entrata in vigore: trionfante nella Carta costituzionale, moribondo nel reale*, in *Proc. pen. giust.*, n. 1, 2020, p. 12. Chiarissimo anche G. CIVITA, *Udienza preliminare: la nuova regola di giudizio per la sentenza di non luogo a procedere*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Cartabia*, Pacini, Pisa, 2022, p. 326: «si fa concreta a questo punto una rischiosa promiscuità funzionale tra giudizio e indagini, alla luce della quale queste ultime non sono più soltanto strumentali all'esercizio dell'azione penale, bensì ad un giudizio di colpevolezza».

Il giudice stesso potrebbe favorire una tale strategia, incentivando l'ingresso di atti preformati quanto più può, poiché se l'indagine del pubblico ministero ha dovuto far prevedere con successo la condanna, la sua sostanza appare cognitivamente significativa, quindi più frammenti se ne conoscono più completo sarà il quadro sul fatto. Si potrebbe dare anche una certa difficoltà nell'accettare che l'accertamento del pubblico ministero, che ha avuto successo nella fase preliminare, fallisca improvvisamente nel giudizio, facendo sorgere nel giudice indebite, e mai davvero sopite, tentazioni di supplenza probatoria in soccorso dell'accusatore³⁵.

Intendere l'indagine non come accertamento, ma quale preparazione ad esso significa, al contrario, come già accennato, che essa non dovrà esaurire la fonte probatoria al primo contatto, ma dovrà preservarla, dovrà selezionare quelle strategicamente utili all'obiettivo e dovrà predisporre l'azione volta all'unico, irripetibile accertamento, quello dibattimentale.

Essa richiede una raccolta dei dati ponderata e una forte elaborazione strategica, per cui ogni elemento rappresenta non necessariamente un risultato, ma un percorso da seguire nell'istruzione in giudizio: «quel che conta è che l'organo dell'accusa abbia almeno assunto elementi sufficienti per operare una prognosi ragionevole sulle tematiche bisognose di approfondimento probatorio e per potersi attivare adeguatamente sul piano delle richieste»³⁶.

La prospettiva è completamente diversa, gli esiti pure e ciò che qui c'è di ragionevolmente prevedibile non è la condanna, ma che l'alternativa tra condanna e assoluzione arriverà viva e accesa alle porte del giudizio. Lo sforzo ricostruttivo richiesto qui al pubblico ministero è massimo, e questi dovrà necessariamente essere ben preparato³⁷.

Non è dunque innocua per il giudizio dibattimentale un'indagine che non si sia mossa per preparare una strategia, ma per collezionare quanti più dati possibile. Per questa via, il potenziale cognitivo del dibattimento sarà tendenzialmente sempre dissipato.

4. Per un'udienza preliminare che tenga conto della direzione funzionale dell'indagine rispetto al giudizio.

L'impressione generale, data l'assenza di motivazione di quel provvedimento che si vorrebbe condizionare con una regola per la decisione, è che, ad onta di ogni

³⁵ È esperienza comune che, talvolta, un'indagine malfatta ed una conseguente istruzione zoppicante non sono presagio dell'assoluzione, ma della supplenza del giudice, il quale spesso interviene se si sente in grado di sopperire alle lacune della pubblica accusa.

³⁶ E. MARZADURI, *Indagini preliminari e modello processuale: profili di incoerenza originaria del codice Vassalli*, in A.V., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 226; poi in ID., *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, cit., p. 206.

³⁷ Secondo S. RUGGERI, *Azione e inazione*, cit., p. 664 «non sembra metodologicamente corretto, e ancor meno realistico, caricare il pubblico ministero dell'obbligo di approfondire sempre in via investigativa tutti i temi necessari per affrontare il giudizio sulla responsabilità».

modifica normativa succedutasi nel tempo, il giudice dell'udienza preliminare manda e manderà a processo ogni iniziativa del pubblico ministero, con l'eccezione di quelle per cui il proscioglimento o l'assoluzione rappresentino esiti inevitabili³⁸.

Benché oggi sia assolutamente distante dalle norme, questa linea di condotta ha un senso per il giudice dell'udienza preliminare: quello di lasciare che il pubblico ministero ottenga l'opportunità del dibattimento senza subire ostacoli preventivi al suo progetto³⁹. Se esso fallirà, ciò accadrà quando il massimo delle *chances* gli sono state date. In effetti, perché il giudice per le indagini preliminari e dell'udienza preliminare non abbiano assunto, nel tempo, il ruolo funzionale di censori delle iniziative del pubblico ministero è un quesito che avrebbe senso porsi.

Sta di fatto che non si può pretendere che lo diventino oggi a suon di norme.

Insomma, l'udienza preliminare non funziona da filtro per selezionare le accuse degne del dibattimento secondo la prospettazione del legislatore di volta in volta rilevante. Gli stessi sistemi di *common law* l'hanno abbandonata in questa prospettiva⁴⁰. Tanto vale allora pensare più realisticamente a un'udienza preliminare che svolga la sua funzione abbassando in modo funzionale lo standard del controllo, e soprattutto individuandolo in temi che non implicano la misura dell'evidenza dimostrativa degli elementi fin lì raccolti. La natura degli atti di indagine e quella delle prove con genesi dibattimentale, sulle quali sole si misura la possibilità concreta della condanna, sono troppo diverse.

Allora, il progetto che la legge avrebbe potuto forse perseguire⁴¹ sarebbe stato quello di assegnare al giudice per l'udienza preliminare il compito di far arrivare al dibattimento accuse confezionate in modo corretto, dal punto di vista delle corrispondenze tra fatto e diritto, comprensibili nella descrizione del fatto materiale e nella qualificazione giuridica di esso: un controllo, a grandi linee, simile a quello demandato al giudice del patteggiamento, incluso ovviamente quello che riguarda l'esclusione del ricorrere di cause di proscioglimento.

Ciò, però non dovrebbe significare che il giudice contribuisce alla correzione dell'imputazione, come oggi accade, ma che la dismette, e lo fa chiudendo il processo⁴².

³⁸ Ciò perché gli sarebbe impossibile emanciparsi dall'influenza di giudizi prognostici, come segnalano M. DANIELE, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, cit., p. 135 e M. BONTEMPELLI, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, cit., p. 1152.

³⁹ Illuminante l'analisi dei numeri condotta da M. GIALUZ-J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 102 ss., i quali esaminano l'andamento del numero dei rinvii a giudizio nel tempo, constatandone la quantità esorbitante che si riscontra nel momento attuale, e che gli autori attribuiscono, non potendosi ipotizzare altre spiegazioni, «alla maggiore tendenza dei GUP ad "appiattirsi" sulla posizione degli accusatori discostandovisi solo in casi rari».

⁴⁰ T. CHRISTOU, *Il progressivo abbandono dei "committal proceedings" nella procedura penale inglese*, in *Tavola rotonda. Il controllo sull'accusa nella fase intermedia del processo penale: condizione attuale e prospettive future*, in *Criminalia*, 2015, p. 81.

⁴¹ Sull'udienza preliminare molte idee si sono addensate, tutte raccolte da M. DANIELE, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, cit., p. 133 ss.

⁴² Non sembra pensabile, infatti, che dopo una indagine preliminare che vede il pubblico ministero titolare di così ampi poteri di ricerca, anche invasivi di diritti costituzionali, l'udienza preliminare debba essere «la

L'assetto di oggi, in effetti, non si riesce a comprendere a fondo: da un lato il legislatore vorrebbe cestinare imputazioni perfettamente configurate, adeguatamente descritte, fors'anche ben supportate dagli elementi raccolti, ma che non facciano prevedere ragionevolmente la condanna, in quanto magari sussiste una lacuna probatoria su un elemento dell'accusa, certamente colmabile in dibattimento, ma che allo stato degli atti non permette di garantire all'intera ipotesi ricostruttiva il massimo grado di evidenza.

Dall'altro, lo stesso codice riformato, davanti ad un'accusa zoppicante, descritta in modo ambiguo o insufficiente, giuridicamente mal configurata, insiste con pazienza affinché il pubblico ministero la corregga, prima di dichiararne la nullità (artt. 421, 423 comma 1 bis e 554 bis comma 6 c.p.p.). Il che non trasmette un'idea lineare su quale sia l'obiettivo che il legislatore intende perseguire: se vuole sfoltire i dibattimenti, l'accusa di cui sbarazzarsi immediatamente e per sempre è proprio quella mal strutturata.

Allora la rotta si potrebbe invertire. Una volta che si sia realisticamente rinunciato a vaticinare sugli esiti del dibattimento in ragione della capacità cognitiva del materiale d'indagine, si potrebbe abbandonare l'indulgenza attuale verso gli errori dei pubblici ministeri e farli tutti rilevare in udienza preliminare: se il pubblico ministero vuole accedere al dibattimento dovrà confezionare un'accusa chiara e precisa nella descrizione del fatto e tracciare le corrispondenze giuridiche tra questo e la norma prescelta in modo impeccabile; configurare le circostanze con precisione; indicare le misure di sicurezza come conseguenza del fatto descritto. Fallire questo suo compito gli costerà il processo: è qui che il pubblico ministero non deve avere alcuna *chance* a seguito dell'indagine, non nella ricostruzione del fatto ai fini del giudizio.

Accuse non correttamente confezionate, perché lacunose nella descrizione del fatto, dovrebbero essere causa immediata di sentenze di non luogo a procedere, dovendosi configurare questa nullità in modo che essa non comporti una regressione, ma una dismissione dell'accusa con sentenza, senza alcuna possibilità di correzione⁴³. Avendo il pubblico ministero confezionato male l'accusa, rendendola nulla, non sarà ammesso a ritentare l'instaurazione del processo in assenza di prove nuove, che sole possono scalfire la sentenza di non luogo a procedere: non sarà cioè favorito dalla regressione, ed abilitato quindi a riproporre l'imputazione emendandola dal vizio. Si intende bene che si tratta di proporre una deroga, solo in questo frangente, alla disciplina generale delle nullità, facendo confluire l'invalidità dell'accusa in una sentenza che dismette il processo: e tuttavia, se filtro deve essere, sembra opportuno che esso si

sede in cui l'addebito è definito in modo chiaro e preciso e può essere modificato, nel contraddittorio delle parti, in diritto o in fatto, al fine di farlo coincidere con le risultanze degli atti» (F. TONDIN, *La nuova regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna*, cit., p. 412). Confezionare l'accusa corrisponde ad un potere esclusivo del pubblico ministero, e già questo impedisce supplenze giurisdizionali, ma rileva anche come da questo potere sorga, corrispondentemente, una responsabilità, parimenti esclusiva, del pubblico ministero: una responsabilità che occorre lasciare che si assuma.

⁴³ Segnalava D. NEGRI, *Nota introduttiva*, in *Tavola rotonda. Il controllo sull'accusa nella fase intermedia del processo penale: condizione attuale e prospettive future*, in *Criminalia*, 2015, p. 53 come l'udienza preliminare avesse assunto l'esclusiva conformazione di «un luogo di collaborazione dispendiosa tra pubblico ministero e giudice per irrobustire l'accusa».

abbatta proprio sulle imputazioni che l'accusatore non ha saputo formulare, e che potranno ritrovare posto nel processo solo se esso tornerà ad essere reclamato dall'arricchimento sopravvenuto del quadro probatorio⁴⁴.

Allo stesso modo, andrebbe conservato il potere del giudice dell'udienza preliminare di pronunciare sentenza, rilevata una causa di proscioglimento. Ed è qui che potrebbero confluire le accuse elevate senza che neppure si possa scorgere un progetto probatorio a sostegno della dimostrazione futura degli elementi del reato. Alla stregua del criterio adottato dall'art. 129 c.p.p., i proscioglimenti chiaramente pronosticabili già dall'indagine non dovranno portare all'instaurazione del processo.

Resterebbe salva la possibilità di rilevare la diversità del fatto descritto nell'imputazione, rispetto a quello definibile dagli elementi d'indagine, attraverso la restituzione degli atti al pubblico ministero da parte del giudice, secondo l'art. 423 c.p.p. Di questa disposizione, forse, dovrebbe essere ripensato il comma 1 bis, quantomeno nella parte in cui permette al giudice di imporre al pubblico ministero la contestazione di una circostanza aggravante che non aveva originariamente configurato⁴⁵.

Nel resto dei casi, realisticamente, sarà davvero arduo portare i giudici dell'udienza preliminare a non disporre i dibattimenti. Tanto vale, allora, rafforzare un controllo che sia concretamente ottenibile. Esso, in realtà, potrebbe riservare molte sorprese, e dimostrarsi selettivo oltre ogni immaginazione. Se si lascia il giudice semplicemente a studiare la descrizione del fatto in rapporto alla norma incriminatrice, inasprendo al massimo questo suo controllo, potrebbero darsi effetti molto positivi, in futuro, sulla qualità delle imputazioni. E non è assurdo che il dovere rafforzato dell'accusatore di ipotizzare fondatamente imputazioni impeccabili sia esso stesso una causa di riduzione dei dibattimenti.

Se ciò che si vuole evitare è che l'imputato sia trascinato in giudizio senza che l'accusatore disponga di adeguati sostegni cognitivi per affrontare la fase di formazione partecipata della prova, va considerato come questo risultato possa essere ottenibile solo nel lungo periodo, quando il pubblico ministero sarà cauto nella prospettiva di non incorrere nella inesorabile *débâcle* dibattimentale dell'accusa. Per intanto, si potrebbe cominciare a fermare, una volta e per sempre, imputazioni geneticamente destrutturate.

⁴⁴ Potrà poi la nullità rilevare nel dibattimento, qualora anche il giudice dell'udienza preliminare avesse fallito il suo controllo. Probabilmente dovrebbe qui configurarsi una decisione di nullità che comporti una regressione al momento della richiesta di rinvio a giudizio. Nella sede della nuova udienza preliminare sarebbe giusto pensare di gravare il pubblico ministero di oneri particolarmente pesanti nell'affrontare questo snodo, quantomeno per garantire la parità con imputati che sono stati destinatari della sentenza di non luogo a procedere a causa della nullità dell'imputazione. È indicativo quanto accade nel processo angloamericano in cui, in certi termini, è il giudice del dibattimento che fa cadere prematuramente l'accusa, rilevandone dei vizi, a decidere se il pubblico accusatore sia o meno abilitato a riformularla, o se debba, invece, smettere di perseguire l'imputato per quel fatto, dovendosi ritenere sproporzionato l'ulteriore tentativo di formulare una imputazione corretta.

⁴⁵ Il rilievo è di T. RAFARACI, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, cit., p. 164 il quale giustamente lamenta «un'intromissione per certi versi eccessiva del giudice nel campo delle prerogative funzionali del pubblico ministero».

SPUNTI DI RIFLESSIONE IN MATERIA DI REATI DI GESTIONE E TRAFFICO DI RIFIUTI. LE NECESSITÀ DI UN RIPENSAMENTO NORMATIVO

di Riccardo Ercole Omodei

***Abstract.** Il presente contributo intende ravvivare la riflessione penalistica in merito al delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, attualmente disciplinato dall'art. 452 quaterdecies c.p. Nel far ciò, l'A. parte dall'analisi della struttura della fattispecie, mettendo in dubbio la sua natura di reato abituale, al momento dominante in dottrina e giurisprudenza, in favore di una lettura incentrata sul requisito organizzativo, individuato quale vero baricentro del disvalore del reato in commento. La centralità dell'elemento organizzativo è carattere ricorrente nella normativa antitraffico domestica, e la si riscontra, infatti, anche nel caso oggetto di interesse. Essa reca con sé l'applicazione delle misure processuali e preventive tipiche del contrasto all'associazione mafiosa. Nel contributo, sottolineate le distorsioni che possono derivare dall'estensione degli strumenti tipici di contrasto alla criminalità mafiosa al settore oggetto di studio, l'A. invoca un ripensamento della fattispecie, suggerendo la contestuale revisione dell'intero settore degli illeciti in materia di gestione e traffico di rifiuti.*

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine e piano del lavoro. – 2. Il delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti e il ruolo centrale del concetto di organizzazione. – 2.1. La fattispecie astratta di cui all'art. 452 quaterdecies c.p. – 2.2. Il concorso tra i reati di gestione illecita e di traffico illecito di rifiuti. – 2.3. L'organizzazione come fulcro dell'offesa del reato di attività organizzate. – 3. Il nesso tra la politica criminale antitraffico e l'organizzazione criminale. – 4. La marcata influenza della normativa eccezionale di stampo anti-mafioso. – 5. Conclusioni. La necessità di migliorare l'efficienza del sistema normativo di contrasto in materia di traffico di rifiuti.

1. Oggetto dell'indagine e piano del lavoro.

Il sistema dei reati in materia di rifiuti è, come noto, variamente articolato. Ad una visione d'insieme, esso risulta composto da una molteplicità di fattispecie astratte sanzionanti le più diverse attività: dall'inottemperanza all'ordinanza del Sindaco alle condotte di abbandono *tout court*, dalla combustione illecita sino alla gamma di violazioni in materia di gestione e spedizione illegale di rifiuti. Tale ultimo settore ha mostrato nella prassi una peculiare vitalità, in virtù dei suoi legami con la criminalità organizzata e con quella di impresa. I possibili margini di profitto della filiera dell'illecita gestione dei rifiuti si sono mostrati infatti particolarmente elevati, attirando gli attori

illegali e dunque l'interesse per una efficace azione di contrasto¹. Si può allora individuare, all'interno della macroarea dell'inquinamento da rifiuti solidi, un rilevante sottoinsieme, relativo alla gestione e al traffico illecito, degno di autonoma considerazione e composto dai reati di gestione abusiva di rifiuti e violazioni in materia di discarica e traffico.

Il presente contributo guarda solo a questo più circoscritto ambito, al quale si farà riferimento con l'etichetta di reati in materia di gestione e traffico di rifiuti².

Tale sottogruppo di illeciti costituisce da sempre un ambito peculiare del diritto penale ambientale, pur possedendone non pochi tratti distintivi. Da una parte, infatti, condivide con quest'ultimo – rappresentandone per di più una porzione rilevante – i limiti strutturali in punto di conformazione delle fattispecie, spesso accusate di pagare eccessivamente dazio alla regolamentazione amministrativa. Si addebita solitamente ai reati in materia di gestione dei rifiuti di rivestire un ruolo troppo ancillare nei confronti del diritto amministrativo, concludendo per la sostanziale inoffensività di alcune delle ipotesi sanzionate penalmente³. Dall'altra, però, tali reati sono divenuti la testa di ponte del diritto penale ambientale, che proprio con la repressione dell'inquinamento da rifiuti

¹ I numeri che emergono dall'ultimo report di Legambiente sul tema sono tutt'altro che rassicuranti: aumentano i reati contestati (+1,9%), gli arresti (+25,9%) e i sequestri (+15%). Cfr. LEGAMBIENTE, *Ecomafia 2022. Le storie e i numeri della criminalità ambientale in Italia*, San Giuliano Milanese, 2022, p. 121 s.

² Vengono presi in considerazione, dunque, tutte le fasi della filiera della gestione dei rifiuti: la raccolta, il trasporto, il trattamento e lo smaltimento. Data l'ampiezza della categoria, gli illeciti in precedenza elencati sono da intendersi in modo atecnico e, quindi, il concetto di gestione abusiva qui è adoperato in senso ampio, comprensivo non solo degli illeciti contenuti all'interno dell'art. 256 co. 1, 4 e 5 T.U.Amb. ma altresì delle violazioni in tema di tracciabilità dei rifiuti (art. 258 T.U.Amb.). Così come negli illeciti in materia di discarica sono inclusi non solo il reato di cui all'art. 256 co. 3 T.U.Amb., ma anche le violazioni previste dal d.lgs. n. 36/2003. Infine, nella categoria "traffico" sono considerati sia la contravvenzione di cui all'art. 259 T.U.Amb. sulla spedizione transfrontaliera sia il delitto di attività organizzate di cui all'art. 452 *quaterdecies* del c.p. Per una panoramica sulle fattispecie in materia di rifiuti contenute nel d. lgs. del 3 aprile 2006, n. 152 (T.U.Amb.) cfr. C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2021, p. 117 s.

³ Si rileva che le norme in questione, strutturate intorno alla mancata comunicazione all'autorità o al mancato ottenimento dell'autorizzazione etc., tutelino la funzione amministrativa di gestione dell'ambiente piuttosto che l'ambiente stesso. La critica è particolarmente condivisa in dottrina e riguarda la maggior parte delle contravvenzioni in materia. Per limitarsi a richiami essenziali sul tema, cfr. R. BAJNO, *La tutela dell'ambiente nel diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 357 s.; F.B. GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1097 s.; C. PATRONO, *I reati in materia di ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, p. 680 s.; A.L. VERGINE, *Ambiente, nel diritto penale (tutela dell')*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1995, p. 757 s.; critica ripresa anche tra le monografie recenti dedicate all'argomento v. G.M. PALMIERI, *La tutela penale dell'ambiente tra legislazione speciale e riforma del codice*, Napoli, 2019, pp. 157-167; G. DE SANTIS, *Diritto penale dell'ambiente. Un'ipotesi sistematica*, Milano, 2012, p. 231 s. Al riguardo, però, vi è chi ha sottolineato l'aridità di classificazioni estremamente formalistiche che sovente conducono a concludere in favore della carenza di offensività, in relazione al bene ambiente, di molte delle ipotesi contravvenzionali del settore oggetto di studio, senza adeguatamente considerare la struttura del pericolo tipizzato dal legislatore. Muovendo da una nozione di ambiente c.d. *ecocentrica moderata*, tale dottrina ha optato per chiavi di lettura sostanziali, che non si fermano al mero dato formale del rinvio alla fonte amministrativa, ma tengono per l'appunto conto delle modalità di tipizzazione dell'offesa concludendo, per esempio, per la caratterizzazione lesiva in relazione al bene ambiente di molte delle fattispecie in materia di rifiuti. Sul punto, su tutti, L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente*, Milano, 2007, p. 186 s.

ha sperimentato l'impiego della prima fattispecie di delitto⁴. Più in generale poi, sul versante politico-criminale, l'intero ambito oggetto di analisi ha da sempre destato particolare allarme sociale per i legami con la criminalità organizzata, anche di stampo mafioso⁵.

Sul versante normativo, la necessità di intercettare i traffici di rifiuti gestiti da organizzazioni criminali ha ispirato una disciplina repressiva sostanziale e processuale particolarmente rigida, che prevede il ricorso a sanzioni severe e agli strumenti tipici del contrasto alle mafie. La fattispecie di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, oggi disciplinata all'art. 452 *quaterdecies* c.p., è infatti soggetta al regime del c.d. "doppio binario processuale". L'inclusione nella lista di cui all'art. 51 co. 3 *bis* c.p.p. comporta, com'è noto, deroghe di rilievo alle classiche garanzie processuali, intaccando non poco i diritti del singolo, e la sua costante estensione pone seri dubbi all'interprete. Queste perplessità derivano, nel settore oggetto di studio, dal fatto che, come la prassi giurisprudenziale ha sovente dimostrato, l'ambito di applicabilità dell'ipotesi in commento è ben lontana, nella normalità dei casi, dal contesto mafioso, rivolgendosi prevalentemente al settore della criminalità economica e di impresa⁶. Ciò inasprisce il conflitto tra deroghe alle garanzie ed esigenze di repressione, imponendo all'interprete una riflessione in merito all'opportunità del ricorso, nel settore richiamato, a un tale sistema repressivo⁷.

A partire dall'analisi della recente giurisprudenza in materia di traffico illecito di rifiuti, il presente contributo intende sottolineare le distorsioni applicative di tale delitto,

⁴ Si fa riferimento all'art. 53 *bis* del c.d. Decreto Ronchi (d. lgs. del 5 febbraio 1997 n. 22), introdotto con legge del 23 marzo 2001 n. 23 e disciplinante il delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti. Disposizione confluita successivamente nell'art. 260 del T.U.Amb. e oggi contenuta nel codice penale all'art. 452 *quaterdecies*. Tra i primi commenti alla disposizione si rimanda a G. AMENDOLA, *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti: introdotto il primo delitto contro l'ambiente*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 708 s.

⁵ Già all'indomani dell'introduzione del Decreto Ronchi, sottolineava la necessità di risolvere il nodo del ciclo di gestione dei rifiuti da parte della criminalità organizzata A. MANNA, *La nuova normativa in materia di rifiuti e la criminalità organizzata*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p. 173 s. Su tale pericoloso collegamento ha richiamato l'attenzione la quasi totalità della dottrina che si è occupata dell'argomento. Al riguardo, seppur con accenti anche molto diversi, cfr. V. PLANTAMURA, *Ecomafia, reati associativi e diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, p. 73 s.; M. BELLACOSA, *Il contrasto in Europa al traffico illecito di rifiuti pericolosi su base transnazionale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2019, p. 76 s.; C. BONGIORNO, *La lotta alle ecomafie tra tutela dell'ambiente e dell'ordine pubblico: un equilibrio precario attraverso l'abuso di concetti elastici*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, p. 126 s.; M. TARZIA, *Attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti*, in *Leg. Pen.*, 2013, p. 369 s.; M. PALMISANO, *Il traffico illecito di rifiuti nel Mediterraneo: fenomenologie e strumenti di contrasto*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2018, p. 93 s.; ID., *Il reato di "attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti" nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Lexamb. Riv. trim. dir. pen. amb.*, 2022, p. 23 s.

⁶ In tal senso, tra gli altri, V. PLANTAMURA, *Ecomafia, reati associativi e diritto penale dell'economia*, cit., C. BERNASCONI – M. GUERRA, *Profili interpretativi del delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 355 s.; P. MOLINO, *Il nuovo reato di organizzazione di traffico illecito di rifiuti: luci ed ombre nella lotta all'ecomafia*, in *Riv. poliz.*, 2001, p. 337 s.; L. VERGINE, *A proposito dell'art. 53 bis d. lg. 22/1997*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, p. 1023 s.; A. GALANTI, *Il traffico illecito di rifiuti: il punto sulla giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 32 e la giurisprudenza ivi riportata.

⁷ Sul punto, di recente, anche R. LOSENGO, *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti e diritto vivente: ancora attuale e ragionevole la collocazione tra i reati di cui all'art. 51 co. 3 bis c.p.p.?*, in *LexAmb. Riv. trim. dir. pen. amb.*, 2020, p. 1 s.

generate da un'imperante lettura distorta della sfera di tipicità dell'illecito; e cioè, dall'erronea convinzione che esso miri a sanzionare specificamente le organizzazioni criminali dedite alle attività di gestione illecita del rifiuto. Il lavoro intende ravvivare un dibattito forse eccessivamente appiattito sulle posizioni giurisprudenziali per suggerire un cambio di prospettiva, che strutturi tale settore a misura della criminalità di impresa.

2. Il delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti e il ruolo centrale del concetto di organizzazione.

2.1. La fattispecie astratta di cui all'art. 452 quaterdecies c.p.

Per la dottrina maggioritaria, si tratta di una fattispecie monosoggettiva peculiare che punisce chiunque, *con più operazioni e attraverso l'allestimento di mezzi e attività continuative organizzate*, gestisce abusivamente ingenti quantitativi di rifiuti al fine di trarne profitto⁸. Viene dunque punito colui che, per il tramite di un'organizzazione di mezzi e attività continuative⁹, compia due o più operazioni di gestione di rifiuti¹⁰ in violazione di previsioni di legge o prescrizioni amministrative¹¹, purché il quantitativo di materia trattato sia ingente¹² e sussista il fine di profitto ingiusto.

⁸ La norma contiene un'elencazione corposa di condotte alternative (*cede, riceve, trasporta, esporta, importa*) che però si chiude con una formula conclusiva ed onnicomprensiva *"o comunque gestisce abusivamente"*, in grado di coprire ogni condotta relativa alla gestione illecita, diversa da quelle specificamente indicate nella disposizione.

⁹ Questa parte della norma richiama evidentemente la nozione di imprenditore di cui all'art. 2082 c.c., tanto che in dottrina vi è chi ha sostenuto la natura di reato proprio del delitto in questione. Si è quindi individuato nell'imprenditore il soggetto attivo della condotta, riconoscendo però pacificamente il possibile concorso dell'*extraneus*. Sul punto si rimanda a L. PRATI, *Il nuovo reato di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti: una norma problematica*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2001, p. 625 s.; sembrano propendere in tal senso anche L. RAMACCI, *Il "nuovo" art. 260 del D.Lgs. n. 152/2006, vecchie e nuove questioni*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2016, p. 168; A. VITA, *Delitto di "attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti": elementi costitutivi*, in *Riv. Pen.*, 2011, p. 478.

¹⁰ Il concetto di gestione è particolarmente ampio e comprende ogni forma di "movimentazione" del rifiuto. Al riguardo, si veda l'art. 183 co. 1, lett. n) T.U.Amb. e, tra gli altri, C. BERNASCONI – M. GUERRA, *Art. 452 quaterdecies*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2019, p. 3096.

¹¹ La nozione di abusività accolta in giurisprudenza è particolarmente ampia e comprende non solo le attività svolte in assenza di autorizzazioni o in presenza di autorizzazioni scadute o illegittime, ma altresì ogni operazione svolta in difformità da leggi statali, regionali o prescrizioni amministrative. Sul punto, si rimanda agli ampi riferimenti giurisprudenziali in A. GALANTI, *Il traffico illecito di rifiuti: il punto sulla giurisprudenza di legittimità*, cit., pp. 35-38. Più di recente, un'ulteriore conferma di tale oramai pacifico orientamento in Cass. pen., Sez. III, sent. n. 33088, del 15 luglio 2021 (dep. 7 settembre 2021). Dato che siffatta nozione ampia di abusività rischierebbe di riportare nella fattispecie in commento anche attività realizzate in presenza di difformità meramente formali e di poco conto rispetto all'autorizzazione ottenuta, in giurisprudenza è sorto un orientamento volto ad escludere dall'ambito del penalmente rilevante tali discrepanze burocratiche. Al riguardo, anche per gli opportuni riferimenti, cfr. C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., pp. 297-298.

¹² Per giurisprudenza consolidata, il requisito dell'ingente quantitativo non va parametrato alla singola operazione, ma deve essere valutato in rapporto all'attività continuativa nel suo complesso. Sul punto, di

Ad opinione pressoché unanime di dottrina e giurisprudenza, si tratta di un reato abituale proprio, per la cui consumazione è necessaria la reiterazione di più condotte, anche non penalmente illecite. È infatti soltanto il ripetersi nel tempo di queste ultime che realizza la messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma, individuato alternativamente nell'ambiente o nell'incolumità pubblica¹³.

Una parte della dottrina ha però cura di precisare come caratteristica del delitto in commento non sia tanto la reiterazione delle condotte, quanto la mera pluralità delle stesse e, per questo, suggerisce di accantonare l'inquadramento in termini di reato abituale e di qualificare il delitto come reato complesso¹⁴. Ciò che connota il fatto sarebbe dunque la pluralità di operazioni, non il contrassegno dell'abitualità. Siffatta considerazione rappresenta utile spunto per lo sviluppo dell'indagine, poiché permette di approfondire la questione cruciale dell'offesa sanzionata dalla norma.

2.2. Il concorso tra i reati di gestione illecita e di traffico illecito di rifiuti.

L'idea di concludere in favore del reato complesso appare guidata, nella dottrina che si commenta, dal fine di escludere il concorso effettivo tra il delitto in oggetto e le singole contravvenzioni previste dal T.U.Amb. Astrattamente, infatti, la medesima condotta può integrare al contempo la fattispecie ex art. 452 *quaterdecies* c.p. e le singole ipotesi di gestione illecita di rifiuti¹⁵ o di discarica abusiva¹⁶. Di fronte al dubbio se sussista nel caso di specie un concorso apparente di norme o un concorso di reati, la Corte di Cassazione ha peraltro sinora negato la sussistenza di un rapporto di specialità tra le fattispecie interessate, ed ha in genere riconosciuto il concorso effettivo dei reati. Si imputano così al medesimo autore sia il delitto ex art. 452 *quaterdecies* c.p., sia le singole contravvenzioni che lo compongono in continuazione tra loro¹⁷, con un'evidente duplicazione del rimprovero mosso al singolo.

La soluzione del reato complesso è senza dubbio invocata proprio per evitare una siffatta inopportuna conclusione¹⁸. Senonché, tale inquadramento suscita non poche

recente, cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. n. 39952, del 16 aprile 2019 (dep. 30 settembre 2019).

¹³ Al riguardo, per le differenti posizioni, cfr. M. TARZIA, *Attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti*, cit., pp. 375-380.

¹⁴ Per tutti, L. VERGINE, *Il reato di cui all'art. 260 TUA: reato abituale, permanente o complesso?*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2011, p. 621 s.

¹⁵ Punite all'art. 256 co. 1 T.U.Amb.

¹⁶ Punite dall'art. 256 co. 3 T.U.Amb.

¹⁷ Sul punto da ultimo cfr. Cass., sez. III, sent. n. 39706 del 3 dicembre 2021 (dep. 17 ottobre 2022), nella quale si afferma, in modo lapidario, che tra il reato di gestione di discarica abusiva e il delitto oggetto di analisi "non è configurabile un rapporto di specialità, sicché il ricorso nella fattispecie concreta sia degli elementi formali dell'uno (mancanza di autorizzazione) che quelli sostanziali dell'altro (allestimento di mezzi e di attività continuative organizzate), può dar luogo al concorso di entrambi i reati ai sensi dell'art. 81 co. 1 c.p." (ivi, pp. 26 e 27).

¹⁸ Si afferma testualmente: "sarebbe comunque scorretto, a nostro modo di pensare, contestare, in continuazione, la condotta complessiva dell'art. 260 e le [o alcune delle] singole violazioni di cui agli artt. 256, 258 e 259 TUA, norme alle quali sono indubbiamente riconducibili le varie attività di cessione,

perplessità, dato che non è facile ravvisare nell'art. 452 *quaterdecies* c.p. gli elementi che compongono la figura complessa.

In primo luogo, la struttura del delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti è caratterizzata da una pluralità di fatti di gestione, realizzati per il tramite di un'organizzazione di mezzi a ciò rivolta. Quest'ultimo requisito però, pur richiamando vagamente la nozione di associazione a delinquere, non rileva di per sé come reato. Ciò comporta che i singoli elementi costitutivi richiesti dall'art. 84 c.p. per la configurazione del reato complesso non possono essere riconosciuti nel requisito dell'organizzazione, ma vanno rintracciati in altri profili della fattispecie, ossia nella pluralità di violazioni tipiche del ciclo dei rifiuti.

Ma anche sul punto sorgono alcuni problemi.

Innanzitutto, vi è la possibilità che le singole violazioni siano omogenee. La reiterazione rilevante ai sensi dell'art. 452 *quaterdecies* c.p. non deve infatti essere necessariamente connotata da eterogeneità, ben potendosi concretizzare in condotte che violano la medesima fattispecie contravvenzionale (ad es. due diversi trasporti di rifiuti). Tale caratteristica, ad avviso della dottrina maggioritaria¹⁹, osterebbe alla configurabilità del reato complesso, che avrebbe come elemento implicito, per l'appunto, l'eterogeneità delle violazioni.

Tale obiezione sembrerebbe però sconfessata dalla formulazione letterale dell'art. 84 c.p., il quale si limita ad affermare che le disposizioni sul concorso di reati "non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per sé stessi, reato" e non vieta espressamente che nella figura complessa possano rientrare violazioni omogenee, purché avvinte da un determinato vincolo logico o teleologico²⁰.

Tuttavia, anche riconoscendo la sussistenza del reato complesso in presenza di violazioni omogenee, permarrebbero difficoltà per l'affermazione di tale ipotesi di unificazione giuridica rispetto al delitto di attività organizzate. Quest'ultimo, infatti, può essere integrato pure dalla ripetizione di atti non costituenti reato ma semplici illeciti amministrativi.

ricevimento, trasporto, esportazione, importazione o comunque gestione abusive di cui allo stesso art. 260 TUA. E detta, a nostro avviso un po' stravagante, contestazione in continuazione del delitto *de quo* e [di alcune] delle contravvenzioni che lo compongono, nasce da altrettanto discutibile, anche se frequente, riconduzione del reato in oggetto tra quelli abituali" (L. VERGINE, *Il reato di cui all'art. 260 TUA*, cit., p. 623). Sembra propendere per la soluzione del reato complesso anche C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 298.

¹⁹ Per tale chiave interpretativa, tra la manualistica, cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2003, p. 538-539, il quale esplicitamente esclude la possibilità del concorso omogeneo; F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2018, p. 527, dove si richiede la necessaria presenza di due comportamenti distinti e ciascuno corrispondente ad una fattispecie diversa; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2017, p. 476, il quale ritiene necessaria la presenza di almeno due reati; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2019, p. 732-733, dove si afferma la sussistenza di due o più figure criminose, T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2019, p. 477, che lo definisce come sintesi normativa fra ipotesi criminose.

²⁰ Conclude in tal senso, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2020, p. 713, richiamando l'esempio del delitto di strage.

Tutt'al più si potrebbe affermare che l'illecito in commento rappresenti un'ipotesi di reato eventualmente complesso, essendo possibile, ma non necessario, che le singole contravvenzioni divengano elementi costitutivi del delitto di attività organizzate²¹. In tal caso, si delinerebbe un rapporto di *continenza eventuale* tra le fattispecie incriminatrici, con conseguente applicazione solo della norma portatrice del maggior disvalore.

Nondimeno, la figura del reato eventualmente complesso, per quanto autorevolmente sostenuta, non è unanimemente accolta in dottrina ed in giurisprudenza, poiché ritenuta in contrasto con la lettera dell'art. 84 c.p. Nell'ipotesi in questione, infatti, il rapporto di continenza tra fattispecie è per l'appunto non necessario, non emergendo a livello di confronto tra ipotesi astratte ed impedendo, dunque, che la figura complessa possa considerarsi, a livello normativo, sintesi dei reati che la compongono²².

Ciò nonostante, si può pervenire alla medesima soluzione pratica a favore del concorso apparente senza scomodare la figura del reato necessariamente o eventualmente complesso, ma semplicemente valorizzando il principio che ne sta a fondamento: il *ne bis in idem* sostanziale²³. Ed infatti, non è arduo affermare che, nel caso specifico, le norme guardino al *medesimo quadro di vita*, e che tra le stesse sussista un *rapporto di valore* tale da far ritenere il disvalore di alcune di esse – le singole ipotesi di illecita gestione – del tutto ricompreso nell'offesa della norma più grave, cioè, il delitto di attività organizzate. Si sarebbe, in sostanza, in presenza di un esempio classico di rapporto di consunzione tra norme, la cui negazione comporterebbe un *ingiusto moltiplicarsi della sanzione*²⁴.

²¹ Sulla figura del reato eventualmente complesso, per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 477, il quale colloca tale figura all'interno di una più ampia categoria di reati a struttura complessa la cui *ratio* consiste nel dare concretizzazione al *ne bis in idem*. Ritengono degna di rilievo autonomo la figura del reato eventualmente complesso, seppur riportandola al criterio di consunzione, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2022, p. 623 s.; S. PROSDOCIMI, *Reato complesso*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1996, p. 216 s. Sempre sull'ammissibilità di tale figura, pur riconoscendone la parziale sovrapposizione con il reato progressivo, G. VASSALLI, *Reato complesso*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1987, p. 829 s.

²² Per tale critica, su tutti, G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, p. 83, il quale afferma "Quel che sembra indispensabile è, dunque, che a livello di fattispecie complessa sia presente il dato «astratto» con il quale possano essere confrontate le fattispecie che vanno a comporre, in qualità di elementi «semplici», il reato complesso; solo in questo modo si giustifica, in effetti, la «sintesi» legale cui è preordinata la disposizione dell'art. 84 c.p." (ivi, p. 83). La critica è condivisa dalla giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. Un., sent. n. 38402 del 15 luglio 2021 (dep. 26 ottobre 2021). Per un commento sui profili problematici di tale sentenza si rimanda, tra gli altri, a I. GIACONA, *L'aggravante dello stalking per l'omicidio e le lesioni personali al vaglio delle Sezioni Unite, tra reato complesso e disattenzioni del legislatore*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 1543 s.

²³ La declinazione sostanziale del *ne bis in idem* - da lungo tempo oggetto di riflessione nella dottrina penalistica (sul punto v. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 228) - ha di recente assunto un nuovo e più articolato significato, soprattutto in rapporto al suo alter ego processuale, grazie alla valorizzazione del suo nesso con il principio di proporzionalità. Sul punto si rimanda, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, a I. GIACONA, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, Torino, 2022, p. 157 e s.

²⁴ Sul rapporto di consunzione, per tutti, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 228 s. Il criterio di consunzione o assorbimento è accolto, seppur con diversità di posizioni, dalla manualistica corrente. Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 728 s.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto*

Non serve dunque ricorrere alla categoria, poco consona al caso concreto, del reato complesso, per sconfessare il criticabile indirizzo giurisprudenziale in commento, essendo sufficiente richiamare il criterio di consunzione e le istanze di *ne bis in idem* ad esso sottese.

Beninteso, si è consapevoli delle critiche anche aspre che la giurisprudenza maggioritaria e una parte della dottrina rivolgono al rapporto di consunzione, ritenuto eccessivamente discrezionale e fonte di gravi incertezze interpretative, ma in questa sede si intende non condividere tali riserve.

In primo luogo, il ricorso al mero criterio della specialità unilaterale non è in grado di regolare tutti i possibili rapporti tra norme rilevanti per l'applicazione di una pena coerente con i principi di colpevolezza, proporzionalità e rieducazione²⁵. Tale carenza è resa evidente, oltre che dal dato normativo²⁶, anche dal fatto che la dottrina ostile alla consunzione è costretta a “moltiplicare” le tipologie dei rapporti fra norme ricondotte al criterio della specialità, finendo così per snaturarne la matrice costitutiva, che è essenzialmente e rigorosamente logica.

È quello che accade, ad esempio, quando la scienza giuridica introduce i concetti di specialità reciproca bilaterale, per aggiunta e per specificazione²⁷, dove però, alla rigidità della logicità tipica del criterio della specialità, si finisce con il sostituire l'elasticità di indici di valore più o meno direttamente richiamati²⁸. O ancora quando, pur aderendo a posizioni moniste in punto di concorso di norme, si rilegge l'art. 81 c.p. ritenendo l'aumento di pena in esso previsto non obbligatorio, e dunque affermando che l'assorbimento dell'offesa, anche in questo caso fondato su criteri di valore, vada accertato in fase di determinazione della pena e non di individuazione delle norme applicabili²⁹.

In conclusione, chi scrive, pur comprendendo le problematiche in punto di certezza che pone il criterio di consunzione³⁰, ritiene che le istanze di giustizia insite nell'esigenza di non sottoporre due volte a pena lo stesso soggetto per il medesimo disvalore debbano prevalere sui bisogni di certezza delle soluzioni giuridiche, senza per questo rassegnarsi a scadere nel puro arbitrio del giudice. Dopotutto, si tratta di una discrezionalità *in bonam partem* non certo avulsa dal nostro ordinamento e che non a caso

penale, cit., p. 601 s.; B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, Milano, 1996, p. 265 s.

²⁵ Nonostante ciò, tale criterio appare l'unico largamente utilizzato ed accettato in giurisprudenza. Per una approfondita ricostruzione sul punto, anche in merito alle rilevanti eccezioni, v. I. GIACONA, *Concorso apparente di reati*, cit., pp. 36-95.

²⁶ È lo stesso articolo 15 c.p. che prevede la sua applicabilità “salvo che sia altrimenti stabilito”, per tale chiave di lettura v. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 222.

²⁷ Sul punto, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 474 s. e G. DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1988, p. 416 s. Sempre sul tema dei limiti dei criteri di valore cfr., di recente, Bin, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Torino, 2022, p. 160 s.

²⁸ Al riguardo, anche tra chi rigetta il criterio di consunzione, si afferma che *considerazioni di valore sono inevitabili* (A. VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato, Trattato teorico pratico*, Torino, 2011, p. 290).

²⁹ Cfr. C. SOTIS, *Il “concorso materiale apparente”: confine tra artt. 15 e 81 c.p.*, in *Giur. It.*, 2020, p. 189 s.

³⁰ Condivise dagli stessi sostenitori del criterio in questione, v. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 230 s.

ritorna, sotto altra forma, nelle impostazioni che propongono soluzioni alternative alla consunzione³¹.

Peraltro, tale discrezionalità, nel caso oggetto di studio, potrebbe essere limitata entro margini ragionevoli in virtù di un quadro normale di vita particolarmente saldo, il quale spinge ad affermare che, in un numero elevato di ipotesi, il delitto di attività organizzate si presenti in concorso con le varie contravvenzioni previste in materia di gestione dei rifiuti, potendo concludere dunque che già in sede di conformazione delle fattispecie astratte un disvalore abbia incluso l'altro.

In altre parole, una volta riconosciuto rilievo al criterio di valore, sarebbe possibile limitare in termini ragionevoli la discrezionalità dell'interprete grazie a un *grado di inferenza statistica* di quel determinato quadro di vita assai elevato³².

2.3. *L'organizzazione come fulcro dell'offesa del reato di attività organizzate.*

Tra le ragioni che hanno condotto una parte della dottrina ad optare per la figura del reato complesso o eventualmente complesso vi è stata - come segnalato - la difficoltà di rinvenire nel delitto di attività organizzate per il traffico illecito dei rifiuti gli estremi di un reato abituale, data l'assenza del requisito della reiterazione e la sussistenza di una mera pluralità di atti.

Nondimeno, l'idea che nel delitto in oggetto non ricorra l'elemento della reiterazione non appare condivisibile.

È sicuramente pacifico, in dottrina e giurisprudenza, che per l'integrazione della fattispecie di attività organizzate sia richiesta la presenza di plurime condotte anche non della stessa specie (ad es. una condotta di trasporto e una di ricezione), e che dunque il reato sussista anche in caso di violazioni naturalisticamente diverse. Ciò però non è di per sé sufficiente per escludere la natura di reato abituale, tenuto conto che il requisito della reiterazione si può ricavare dalla generale omogeneità del contesto in cui si realizzano le condotte punite, tutte attinenti al ciclo di gestione dei rifiuti. La reiterazione tipica dell'abitualità non richiede infatti l'identità delle condotte, ma la semplice omogeneità delle stesse³³, e si differenzia dalla mera pluralità delle azioni perché è in

³¹ Di norma, si incontrano molte meno obiezioni in termini di discrezionalità del giudice, anche tra la stessa giurisprudenza, quando si discute di possibili scriminanti non codificate. Eppure, tali vicende incidono alla medesima maniera sulla responsabilità penale del singolo. Non si comprende dunque il motivo di tale diffidenza, nell'ambito del concorso di norme, verso i criteri di valore. Perché, ad esempio, l'assorbimento riconosciuto in fase di commisurazione della pena ex art. 81 c.p. dovrebbe avere profili di criticità minori rispetto al medesimo criterio utilizzato in sede di individuazione delle norme incriminatrici applicabili?

³² Sul ruolo del grado di inferenza statistica nel rapporto di consunzione cfr. I. GIACONA, *Concorso apparente di reati*, cit., p. 125 s.

³³ Lo ricorda F. BELLAGAMBA, *Il reato abituale*, Torino, 2022, p. 85. Preme puntualizzare che il concetto di omogeneità qui è utilizzato in termini diversi rispetto al paragrafo precedente. Mentre in relazione alla sussistenza del reato complesso la nozione di omogeneità guardava alla violazione della medesima disposizione di legge, in questo caso si riferisce all'omogeneità del contesto all'interno del quale sono poste le singole condotte illecite, potendo dunque le stesse rivelarsi naturalisticamente differenti.

grado di comportare una *variazione qualitativa dell'offesa* arrecata dalla condotta abituale rispetto a quella tipica delle sue singole componenti³⁴.

Non vi è dubbio che nel caso dell'art. 452 *quaterdecies* c.p. vi sia una variazione qualitativa dell'offesa rispetto alle singole ipotesi contravvenzionali. Ad avviso di chi scrive non è però chiaro se tale variazione qualitativa derivi dalla pluralità delle condotte poste in essere, concludendo dunque nel senso del reato abituale, o se sia una conseguenza della struttura stabilmente dedicata a tale tipo di operazione. In quest'ultimo caso saremo invece in presenza di un'ipotesi permanente.

Ed infatti, entrambe le categorie hanno come elementi costitutivi il requisito della pluralità delle condotte, individuandosi il discrimine tra le stesse "non [...] sulla possibilità o meno di *interruzione* della condotta, naturalisticamente intesa, quanto e piuttosto dell'*offesa* che da quel comportamento origina"³⁵. Ciò comporta che, a prescindere dalla riproposizione di un dato comportamento, la natura permanente del reato va desunta dalla continuità dell'offesa realizzata dalla condotta del soggetto agente³⁶.

Assume al riguardo un rilievo primario l'allestimento di mezzi e attività continuative organizzate. Dalla lettera della disposizione incriminatrice si evince infatti che non basta il mero reiterare le attività di gestione perché si configuri il reato, potendo tali attività integrare le varie ipotesi contravvenzionali previste dal Testo Unico Ambientale, eventualmente nella forma del reato continuato. Le condotte assurgono a delitto solo se accedono a un apparato organizzativo illecito, continuativamente volto alla reiterata commissione delle stesse. In altre parole, l'esistenza di una stabile organizzazione di mezzi volta alla realizzazione di un numero indeterminato di reati di illecita gestione riempie di disvalore la condotta in questione, ed è capace di differenziarla dalle semplici contravvenzioni.

L'offesa penalmente rilevante ai fini del delitto è dunque quella generata dall'operare stabile e continuativo dall'apparato organizzativo, e che ciò sia vero lo dimostra la stessa giurisprudenza formatasi sulla consumazione di questo reato.

Di recente, per esempio, la Corte di Cassazione ha riconosciuto la sussistenza del delitto ex art. 452 *quaterdecies* c.p., *perfetto* ma non *consumato*, in presenza di una condotta meramente ideativa e organizzativa, priva di qualsivoglia elemento riconducibile al pur vasto ciclo di gestione dei rifiuti³⁷.

³⁴ Ivi, p. 123 s. L'argomentazione in realtà si pone nel più ampio confronto con un altro Autore (A. AIMI, *Le fattispecie di durata*, Torino, 2020) in merito alla attuale rilevanza dell'autonoma categoria del reato abituale, ma è ai nostri fini utile anche a prescindere dall'approfondimento di tale interessante questione.

³⁵ F. BELLAGAMBA, *Il reato abituale*, cit., p. 134, corsivi in originale.

³⁶ Impostazione certo non nuova, e che caratterizza il concetto di "permanenza" nella letteratura manualistica. L'idea che la fattispecie permanente sanzioni non solo la condotta di instaurazione dello status antigiuridico ma anche il mantenimento di tale status è affermata da A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 581 s.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 214 s.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 427 s.

³⁷ Cass. pen., Sez. III, sent. n. 14248 del 14 gennaio 2021 (dep. 16 aprile 2021) commentata da R. LOSENGO, *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti: il labile confine (anche territoriale) tra perfezionamento e consumazione*, in *rgaonline*, n. 22 – giugno 2021.

Si trattava di un caso in cui il ricorrente lamentava, di fronte ai giudici di legittimità, il mancato riconoscimento della forma di manifestazione del reato del tentativo, avendo egli preso parte alla sola attività di preparazione del capannone ove avveniva la gestione illecita, in concorso con gli altri indagati, ed avendo egli interrotto la propria partecipazione prima dell'inizio delle attività di gestione.

Al di là delle possibili obiezioni in punto di fatto sull'avvenuta dissociazione del ricorrente, la decisione appare rilevante proprio ai fini dell'argomentazione qui suggerita.

Ed infatti, i giudici di legittimità, dopo aver confermato la formula di stile secondo la quale si tratta di un reato abituale proprio, affermano che *"il reato stesso si perfeziona nel momento in cui le condotte poste in essere divengono complessivamente riconoscibili e che ciò avviene quando l'agente realizza un minimo di condotte tipizzate dalla norma incriminatrice, nella specie, dirette alla gestione abusiva di ingenti quantitativi di rifiuti"* (corsivi aggiunti). Ad avviso di chi scrive, tale argomentazione, che fa perno sull'individuazione della realizzazione della fattispecie già in presenza di una condotta meramente diretta alla gestione abusiva, è l'evidente conferma dello slittamento dell'offesa tipica del reato dalla reiterata gestione illecita alla partecipazione all'organizzazione volta al traffico di rifiuti. Come in un paradigma associativo vero e proprio, al sodale viene contestato di aver preso parte all'associazione al fine di realizzare i singoli atti di commercio illegale dei materiali di scarto, e sulla base della mera partecipazione viene fondata la responsabilità penale.

Una siffatta interpretazione sembra però in contrasto con il significato della disposizione, poiché finisce con il considerare una mera finalità ciò che in realtà è elemento della condotta illecita. È però un indice evidente della tendenza della giurisprudenza a concentrare il disvalore della fattispecie nell'elemento organizzativo, frutto delle stesse intenzioni del legislatore condensate in un dettato normativo alquanto incerto, all'interno del quale l'organizzazione svolge un ruolo preminente, ma non unico.

Tale veste prevalente è riconosciuta anche da quella parte della giurisprudenza che, sempre in tema del delitto in questione, si è occupata della problematica individuazione del *dies a quo* per la decorrenza della prescrizione. In primo luogo, risulta quantomeno poco chiara, con l'impostazione che considera l'illecito di attività organizzate un reato abituale, la formula ricorrente in molte sentenze di legittimità secondo la quale il reato si consuma *"con la cessazione dell'attività organizzata finalizzata al traffico illecito"*. Ma se è vero che il reato è composto da due elementi distinti – la gestione abusiva e reiterata e l'allestimento di mezzi e attività continuative organizzate –, allora la formula utilizzata appare poco intellegibile, in quanto pare rivolgersi al venir meno dell'allestimento di mezzi e attività continuative organizzate. Il che contrasterebbe con la presunta natura abituale del reato, la quale dovrebbe invece spostare la consumazione dello stesso all'ultima reiterazione del singolo atto di gestione realizzato.

I dubbi però aumentano se si guarda da vicino alle applicazioni che di tale confusa affermazione vengono fatte in giurisprudenza. Un caso recente è emblematico della tendenza dei giudici a riconoscere il disvalore del delitto in questione nella

struttura organizzata dedita alla gestione abusiva dei rifiuti. Nello specifico, i due imputati erano accusati di *aver ceduto* in più occasioni, a una ditta che si occupava di smaltimento illecito, un ingente quantitativo di rifiuti. I ricorrenti non contestavano i singoli atti di cessione, ma lamentavano in Cassazione la non corretta individuazione del termine iniziale per la decorrenza della prescrizione, identificato non nel giorno dell'ultima cessione accertata, bensì in quello del sequestro della struttura organizzativa dedita all'illecito smaltimento.

La Corte ha tuttavia rigettato il ricorso, affermando che “non è sufficiente aver riguardo al singolo atto compiuto dal concorrente abituale, atomisticamente considerato, ma occorre tener conto dell'intero contributo offerto dal medesimo e della proiezione di tale contributo ai fini della complessiva realizzazione della fattispecie. Invero, il contributo materiale del concorrente eventuale alla realizzazione del reato abituale, qualora sia stato significativo e protratto nel tempo, è idoneo ad integrare, *salvo il caso di manifestazione di esplicita o percepibile dissociazione dall'attività illecita*, anche un rafforzamento del proposito criminoso dell'autore della condotta principale nel proseguire nella stessa. In altre parole, *un contributo materiale di notevole rilevanza si traduce anche in contributo morale che, salvo il caso di percepibile dissociazione dall'attività illecita, si pone come concausa anche dei successivi atti antigiusuridici dell'autore della condotta principale anche per un apprezzabile periodo di tempo*” (corsivi aggiunti).

L'operazione ermeneutica compiuta dai giudici di legittimità è evidente: si è individuato un principio interpretativo di norma applicato al concorrente eventuale nel reato permanente, e in specie nel reato associativo di tipo mafioso, e lo si è esteso, senza argomentare approfonditamente sul punto, all'ipotesi di un reato formalmente abituale. Ciò costituisce senza dubbio un segnale ulteriore come sia la struttura organizzativa ad attirare su di sé l'intero disvalore del delitto, e come le reiterate condotte di gestione gravitino, nella sostanza, attorno a questo nucleo significativo.

La giurisprudenza tende cioè a ritenere che il delitto si esaurisca nell'attività di apprestamento dei mezzi e, per questo, ricostruisce la condotta del singolo in chiave di *relazione funzionale* rispetto alla dimensione organizzativa, la quale deve peraltro, per espressa volontà di legge, risultare stabile. È evidente, dunque, come la volontà della *law in action* sia quella di contrastare la complessità del fenomeno organizzato del traffico di rifiuti di per sé, ossia l'organizzazione illecita volta alla sua realizzazione, a prescindere dal fatto che questa abbia luogo³⁸.

A confermare tale tendenza, soccorrono anche gli orientamenti espressi in giurisprudenza con riguardo al luogo del commesso reato. Nonostante si rinvenga un'estrema confusione in punto di criteri utilizzati per l'individuazione del giudice

³⁸ In dottrina, non manca chi ha riletto il contrasto alle forme organizzate delle attività delittuose in chiave di relazione funzionale e valorizzando la complessità di tali sistemi (S. ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata*, Milano, 2005, pp. 15-64). In tale ottica, si è affermato che lo scopo principale del “sistema penale in confronto alle forme organizzate è di prevenire e reprimere queste aggregazioni e le relazioni che concorrono a costituirle” (*ivi*, p. 61) caratterizzando la responsabilità personale del singolo sodale in termini di *funzionalità* e *consapevolezza* rispetto al sistema complesso dell'organizzazione. Tale chiave di lettura si mostra qui particolarmente utile per mostrare come l'art. 452 *quaterdecies* c.p. sia in realtà una forma, per quanto atipica, di contrasto ad un'organizzazione delittuosa.

naturale, l'idea che il delitto di attività organizzate sia trattato alla stregua di un reato associativo trova riscontro nel frequente ricorso al criterio del giudice del circondario dove ha sede legale l'azienda che smaltisce il rifiuto, nonostante le singole condotte reiterate siano realizzate in altre parti d'Italia³⁹.

Al momento, dunque, dell'individuazione della consumazione del delitto, la giurisprudenza mostra notevoli difficoltà ad applicare il paradigma del reato abituale all'illecito in questione, rivelando l'inclinazione a letture sostanzialmente permanenti dell'art. 452 *quaterdecies* c.p. Tale propensione appare qui la più coerente con la norma in commento e deriva dalla confusa descrizione della fattispecie. Questa si presenta incentrata su un nucleo di disvalore ben saldo, l'allestimento di mezzi e attività continuative – e dunque una struttura organizzativa di soli mezzi dedita alla commissione di reati –, che però assurge a delitto solo qualora vi sia una minima reiterazione degli atti di gestione abusiva.

Una siffatta peculiare struttura dell'illecito para-associativo, ma formalmente monosoggettivo, appare figlia dell'impostazione sino ad oggi dominante nel contrasto ai traffici illeciti, e dunque anche al traffico di rifiuti.

3. Il nesso tra la politica criminale antitraffico e l'organizzazione criminale.

Nell'incipit del contributo, si è precisato come la disposizione in commento sia stata introdotta con lo scopo di combattere le c.d. "ecomafie". Al precedente paragrafo è emerso come l'esigenza di contrasto alle organizzazioni di mezzi stabilmente dedite alla commissione di reati in materia di rifiuti costituisca il fulcro della fattispecie incriminatrice in commento. Ciò però non sorprende affatto. Come già argomentato in altre sedi⁴⁰, la politica criminale domestica è solita considerare i traffici illeciti attraverso il punto di vista della lotta alla criminalità organizzata. Il che comporta in genere che il contrasto a tali fenomeni criminali venga impostato ricorrendo agli strumenti classici previsti dall'ordinamento per le associazioni a delinquere⁴¹. Sebbene un tale modo di affrontare il problema abbia un fondo di verità, visti i legami criminologicamente accertati tra le organizzazioni criminali, anche di stampo mafioso, e i mercati illegali, tuttavia, la sua estremizzazione rischia di innescare distorsioni rilevanti in punto di tutela dei diritti e di efficacia del contrasto⁴².

Un siffatto modo di impostare le politiche criminali avverso i commerci illegali trae verosimilmente origine dall'incerta nozione *criminologica* di criminalità organizzata.

³⁹ Sul punto, cfr. R. LOSENGO, *Conferme e dubbi nella ricerca del giudice naturale del reato di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti*, in *rgaonline*, n. 29 – febbraio 2022.

⁴⁰ I legami che nella nostra legislazione sussistono tra la politica criminale antitraffico e il contrasto alle organizzazioni criminali sono già stati sviscerati in R.E. OMODEI, *Il traffico dei beni culturali: un caso studio delle distorsioni e dei limiti nel contrasto ai traffici illeciti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 975 s., al quale si rimanda per gli opportuni riferimenti anche bibliografici.

⁴¹ *Ivi*, pp. 994-1010.

⁴² Sul punto sia consentito rimandare anche a R.E. OMODEI, *Il ruolo dell'organizzazione criminale nel contrasto al traffico di tabacchi lavorati esteri*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, p. 91 s.

Una prima definizione ha richiamato elementi quali la gerarchia, l'uso della violenza e la tendenza ad ottenere una posizione di monopolio nei mercati illegali⁴³. Una così rigida nozione, pensata su misura di Cosa Nostra americana, è stata ampiamente criticata da coloro che miravano a profilare un'idea maggiormente comprensiva di criminalità organizzata. Si è giunti così a proporre, da un punto di vista strutturale, di rileggere tale concetto come impresa illecita o come semplice partnership tra imprenditori illegali. Anche tale nozione però ha avuto vita breve, dovendo cedere il passo, agli inizi degli anni Novanta, all'idea del network criminale, vista come una struttura autogestita, completamente flessibile, capace di adattarsi ai cambiamenti e alle nuove opportunità⁴⁴.

Si è giunti, dunque, ad una definizione assolutamente vaga, inadatta a tracciare i confini tra l'associazione a delinquere e la mera attività criminale organizzata, quale per l'appunto il traffico illecito⁴⁵. Ogni azione criminale complessa, che consta nel suo insieme dell'apporto di diversi soggetti e che si suddivide in più fasi, rischia di essere classificata come organizzazione criminale.

Tale confusione di nozioni ha sicuramente contribuito alla sovrapposizione delle due tematiche, con la pressoché totale assimilazione della politica criminale antitraffico a quella contro l'associazione a delinquere.

Beninteso, non si intende in questa sede negare i legami, anche molto consistenti, tra criminalità organizzata in senso forte, e dunque le organizzazioni delittuose gerarchicamente strutturate di uomini e mezzi dedite alla commissione dei delitti, e i traffici illeciti⁴⁶, si intende solo porre in luce l'eccessiva dipendenza della strategia di contrasto a questi ultimi da quella dell'associazione a delinquere, che impedisce l'emergere di una politica criminale davvero efficiente, in quanto ritagliata sulle esigenze dei singoli commerci illegali.

Ad onor del vero, il legislatore italiano, proprio in merito al traffico di rifiuti, ha tentato una strada diversa rispetto a quanto fatto sino ad ora. Se, infatti, in relazione agli altri tipi di traffico, si è agito a livello legislativo secondo uno schema chiaro – introduzione di una fattispecie monosoggettiva a condotte alternative, volta a reprimere l'intero ciclo del commercio illegale, e aggiunta di una ipotesi associativa *ad hoc*⁴⁷ – per il fenomeno criminale in commento si è scelto di introdurre una fattispecie

⁴³ Al riguardo, D. CRESSEY, *Theft of a nation: the structure and operation of organised crime in America*, New York, 1969, passim.

⁴⁴ Per una ricostruzione approfondita dei concetti richiamati e per l'opportuna bibliografia, si rinvia a F. VARESE, *What is organised crime*, in S. CARNEVALE – S. FORLATI – O. GIOLO, *Redefining organised crime*, Oxford, p. 27 s.; J.O. FINCKENAUER, *Problems of definition: what is organised crime?*, in *Trends organ. crime*, 2005, p. 63 s.

⁴⁵ Tanto che la dottrina specializzata sul tema afferma che tale definizione "leaves readers unsure as to what it means" F. VARESE, *What is organised crime*, cit., p. 27.

⁴⁶ Anche se si concorda con quella parte della dottrina che nega che le organizzazioni criminali gerarchicamente strutturate abbiano un vantaggio competitivo nel settore dei commerci illegali, cfr. L. PAOLI, *The paradoxes of organised crime*, in *Crime law soc. chang.*, 2002, p. 51 s.

⁴⁷ Lo si è fatto per il traffico di stupefacenti (artt. 73 e 74 T.U.Stup), per il contrabbando di sigarette (artt. 291 bis e quater T.U.Dog.) e ancora per la tratta di esseri umani (artt. 601 e 416 co. 6 c.p.). Per un'analisi più dettagliata, v. R.E. OMODEI, *Il traffico dei beni culturali*, cit., p. 994 s.

monosoggettiva che, come visto, punisce l'organizzazione dei soli mezzi. Si potrebbe dire, dunque, che il legislatore italiano abbia in qualche modo tentato di conformare una fattispecie *ad hoc*, specificamente volta a contrastare il fenomeno del traffico illecito dei rifiuti.

La soluzione normativa individuata, ad avviso di chi scrive, non riesce però ad intervenire adeguatamente sulle carenze della normativa antitraffico classica, ossia l'eccessiva incidenza sui diritti del singolo e la poca considerazione delle caratteristiche del commercio illegale oggetto di contrasto, con evidenti ricadute in punto di efficienza.

4. La marcata influenza della normativa eccezionale di stampo anti-mafioso.

Come già anticipato, il delitto ex art. 452 *quaterdecies* c.p. è sottoposto al regime del doppio binario processuale, con deroghe rilevanti in materia di termini di prescrizione, ricorso alla misura cautelare del carcere, utilizzo delle intercettazioni etc. Tale inclusione, come visto, rappresenta un elemento caratteristico e ricorrente della normativa penale italiana antitraffico, come dimostra il fatto che siano comprese nella rigida disciplina di cui all'art. 51 co. 3 *bis* c.p.p. anche la criminalità organizzata in materia di stupefacenti, la tratta di esseri umani e il traffico di tabacchi lavorati esteri⁴⁸.

Differentemente però dalle altre ipotesi di traffico richiamate, l'art. 452 *quaterdecies* c.p. attiva il regime del doppio binario non in qualità di reato fine di un delitto associativo, ma a titolo autonomo⁴⁹, legittimando quindi l'adozione di misure di contrasto, anche extra-penali, particolarmente severe, capaci di incidere considerevolmente sui diritti dei singoli imputati.

Nuovamente, a titolo meramente esemplificativo, e guardando alle sole conseguenze extra-processuali, un procedimento per attività organizzate può comportare l'applicazione delle disposizioni del D.Lgs. del 6 settembre 2011 n. 159 (c.d. Codice Antimafia) in punto di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati, applicazione di misure di prevenzione personali o ancora di una interdittiva antimafia⁵⁰.

Tali conseguenze extra-penalistiche destano particolare allarme nel settore dei rifiuti. Questo, infatti, a differenza dei contesti economici richiamati in precedenza, non

⁴⁸ Sulle possibili distorsioni di tale inserimento, soprattutto se letto in combinato disposto con la disciplina di cui all'art. 4 bis o.p., si rimanda nuovamente a R.E. OMODEI, *Il ruolo dell'organizzazione criminale nel contrasto al traffico di tabacchi*, cit., p. 101 s.

⁴⁹ Correttamente la dottrina ha fatto notare come nell'art. 51 co. 3 *bis* c.p.p., l'elencazione dei reati fine dell'associazione che attivano il doppio binario processuale si arresti all'art. 602 c.p. e come dal 416 *bis* c.p. in poi i reati debbono considerarsi indicati a titolo proprio. Sul punto v. R. LOSENGO, *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti e diritto vivente*, cit., p. 5.

Si riporta il passaggio rilevante dell'articolo richiamato "Quando si tratta di procedimenti per i delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, sesto e settimo comma, 416 [...] realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, 600, 601 e 602, 416 *bis*, 416 *ter*, 452 *quaterdecies* e 630 del codice penale".

⁵⁰ Per una più completa ricostruzione del regime particolarmente rigoroso che si può applicare una volta attivato il meccanismo ex art. 51 co. 3 *bis* c.p.p., proprio in relazione al delitto in commento, cfr. R. LOSENGO, *op. ult. cit.*, pp. 6-9.

si caratterizza per essere un *mercato senza etica necessario*, ossia un ambito del tutto illecito dell'agire economico vietato perché contrario all'interesse collettivo⁵¹, quanto piuttosto un settore perfettamente legale all'interno del quale, come in ogni mercato, possono palesarsi comportamenti illeciti e infiltrazioni mafiose. Come emerso dalla prassi giurisprudenziale, a dispetto delle intenzioni del legislatore storico, la presenza delle ecomafie in questo ambito si è rivelata numericamente poco consistente, mentre il reato ha piuttosto riguardato l'attività di impresa *tout court*. Il fatto che il delitto ricorra soprattutto nell'ambito della criminalità economica ha così spinto a dubitare della ragionevolezza di una siffatta scelta di politica criminale⁵².

Le perplessità aumentano, nel campo del traffico di rifiuti, se si considera poi l'estrema facilità con la quale vengono utilizzati legittimi strumenti di tutela del tessuto economico legale dalle infiltrazioni mafiose. Il riferimento è, in particolare, alla documentazione antimafia e, nello specifico, alle informazioni antimafia interdittive; strumenti amministrativi preventivi ritenuti centrali nella lotta alla criminalità mafiosa, non privi però di conseguenze particolarmente rilevanti per il soggetto che ne è destinatario⁵³.

Ed infatti, in presenza di situazioni tassativamente individuate⁵⁴ o sulla base di accertamenti disposti di sua sponte⁵⁵, il Prefetto può attestare, ai fini che qui interessano, la sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa, con ampie ricadute sulla libertà economica del soggetto che le subisce⁵⁶. Secondo quanto disposto dall'art. 94 del Codice Antimafia, l'impresa attinta da un'informativa non potrà stipulare contratti o subcontratti con la pubblica amministrazione e, qualora tali rapporti già sussistano, sopraggiunge l'interruzione degli stessi. L'informativa, però, non accerta la sussistenza di un rapporto di contiguità o di vera e propria affiliazione degli esponenti aziendali all'associazione criminale, ma si limita ad accertare il rischio di condizionamento delle scelte societarie che deriva dal tentativo di infiltrazione mafiosa⁵⁷. Tale rischio può essere ad oggi desunto dalla mera sussistenza di un

⁵¹ In questi termini, in relazione alle organizzazioni poli-criminali che operano nel Mediterraneo nell'ambito del mercato di migranti, di droga e di tabacco, V. MILITELLO, *I traffici illeciti nel Mediterraneo e le organizzazioni criminali transnazionali*, in V. MILITELLO – A. SPENA – A. MANGIARACINA – L. SIRACUSA (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, Torino, 2019, p. 5.

⁵² Il riferimento è ancora a R. LOSENGO, *Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti e diritto vivente*, cit.

⁵³ Come riportato in G. AMARELLI, *Interdittive antimafia e valori fondanti della democrazia: il pericoloso equivoco da evitare*, in giustiziainsieme.it, 17 luglio 2020, la giurisprudenza amministrativa qualifica tali strumenti come frontiera avanzata contro l'antistato, oltre che una risposta forte per salvaguardare i valori fondanti della nostra democrazia. Su tali strumenti, si rimanda ad G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019.

⁵⁴ È il caso delle c.d. "interdittive specifiche" ex art. 84 co. 4 lett. a) del Codice Antimafia

⁵⁵ Si tratta dell'ipotesi, inevitabilmente più problematica, dell'informativa c.d. "generica" ex art. 84 co. 4 lett. d) del Codice Antimafia.

⁵⁶ Per una ricostruzione, sintetica ma esaustiva, della documentazione antimafia e delle conseguenze che comporta v. di recente, E. ZUFFADA, [Informazione antimafia: la Consulta dichiara inammissibile una questione relativa alla mancata previsione in capo al prefetto di un potere di modulazione degli effetti dell'informativa antimafia](#), in *questa Rivista*, 6 settembre 2022, p. 1 e ss.

⁵⁷ In tal senso, tra la giurisprudenza, *ex multis*, Cons. St., Sez. III, sent. n. 121 del 18 gennaio 2021 e T.A.R. Campania, Sez. I, sent. n. 1870 del 3 aprile 2019.

procedimento penale a carico dell'imputato per uno dei delitti di cui all'art. 51 co. 3 *bis* c.p.p., e quindi anche in presenza di un procedimento per attività organizzate per il traffico di rifiuti.

La giurisprudenza amministrativa è infatti ormai salda nel ritenere che l'emissione di una misura cautelare in un procedimento per il delitto di cui in oggetto costituisce *elemento da sé bastevole a giustificare l'emissione dell'informativa*, dato che il legislatore ha creato una *praesumptio iuris tantum* di collegamento tra il reato ex art. 452 *quaterdecies* c.p. e la criminalità organizzata, che può essere vinta solo se il soggetto attinto dalla misura riesce a fornire una prova tale da fugare ogni aspetto e ogni dubbio⁵⁸.

Tale *probatio diabolica* risulta ancor più problematica se confrontata con la prassi giudiziaria penale in materia di traffico di rifiuti. Come emerge dalla lettura della giurisprudenza, infatti, il presunto collegamento con la criminalità mafiosa è, nel settore specifico, caratteristica non così ricorrente, presentandosi invece la casistica giudiziaria come classico esempio di criminalità di impresa, spesso slegata dal contesto mafioso. Certo talvolta tali collegamenti esistono e l'impresa si presenta dunque quale effettiva proiezione delle associazioni a delinquere, ma, avverso queste ipotesi, è già di per sé possibile l'impiego dei normali strumenti, particolarmente incisivi, previsti contro la criminalità associativa.

La scelta di stabilire una presunzione di mafiosità rispetto alla partecipazione al delitto in commento finisce dunque con il travalicare le istanze di garanzia a tutela dell'individuo e, in qualche misura, tradisce le *rationes* stesse delle informative antimafia, quali strumenti di prevenzione amministrativa⁵⁹.

5. Conclusioni. La necessità di migliorare l'efficienza del sistema normativo di contrasto in materia di traffico di rifiuti.

Nel settore del traffico di rifiuti, il legislatore ha ritenuto, troppo semplicisticamente, di consentire un ampio ricorso agli strumenti, processuali ed extraprocessuali, previsti per il contrasto al fenomeno mafioso.

La disciplina nel suo complesso, data l'indiscriminata estensione di strumenti tanto rilevanti quanto invasivi, può essere accusata di scarsa efficienza, poiché delinea

⁵⁸ Sul punto, si leggano anche T.A.R. Campania, Sez. I, sent. n. 777 del 3 febbraio 2022 e T.A.R. Lazio, Sez. I, sent. n. 2771 del 10 marzo 2022.

⁵⁹ In tal senso, G. AMARELLI, *Interdittive antimafia e valori fondanti della democrazia*, cit.

Di recente, la Corte Costituzionale ha rigettato, con la sent. n. 118/2022, le questioni di legittimità costituzionale sollevate in merito all'art. 84 Cod. Antimafia in relazione all'applicazione dell'istituto della Comunicazione Antimafia all'ipotesi del traffico illecito di rifiuti realizzato in forma non associativa. Tale decisione, però, non rappresenta un ostacolo per l'argomentazione sostenuta nel testo. Infatti, dalla pronuncia riportata si evince come la Consulta non rigetti le doglianze del giudice rimettente in punto di merito, quanto piuttosto riconoscendo la carenza di argomentazione e l'eccessiva concisione dell'ordinanza di rimessione, quando non anche la sua contraddittorietà. La Corte, dunque, non prende posizione in merito alle questioni sollevate, ma si limita a dichiararle inammissibili. Inoltre, in questa sede non si sta sostenendo l'incostituzionalità del sistema delineato, ma se ne mette in discussione l'opportunità politico-criminale.

un'azione repressiva con costi eccessivamente elevati in termini di tutela per il singolo. È bene dunque ragionare, in queste conclusioni, sul come migliorare il “rendimento del motore” normativo attualmente a disposizione, per far sì che il medesimo “lavoro”, riletto in termini di contrasto efficace ad un fenomeno criminale che, per quanto spesso non mafioso, è comunque da combattere con vigore, venga prodotto con una minore quantità di energia, e quindi con costi inferiori per la collettività.

Ebbene un primo passaggio a tal fine necessario, almeno ad avviso di chi scrive, è la definitiva rottura del rapporto di assimilazione del traffico illecito di rifiuti al fenomeno delle mafie, plasticamente condensato nel termine “ecomafie”. Tale espressione ha sicuramente avuto il pregio di accendere i riflettori su un contesto illecito all'epoca particolarmente trascurato dall'ordinamento ma, come tutti i termini sensazionalistici, ha finito con lo sviare eccessivamente l'attenzione del legislatore dalla realtà che era chiamato a regolare, con conseguenze pratiche non irrilevanti.

A partire dall'elisione dell'accostamento, ad oggi presunto *iuris tantum*, tra mafia e traffico di rifiuti, occorrerebbe procedere all'eliminazione della fattispecie di cui all'art. 452 *quaterdecies* c.p. dall'elenco dei reati di cui all'art. 51 co. 3 *bis* c.p.p. Una volta abbandonata la simbiosi osmotica tra tali fenomeni, rimane però il problema della scelta della migliore tecnica di incriminazione per il contrasto al traffico illecito di rifiuti. Per individuarla, non si può che partire dai dati di realtà, interrogandosi su quali siano i fatti illeciti rientranti nel fenomeno e individuandone le ricorrenti modalità di realizzazione.

Come segnalato nelle pagine precedenti, dalla prassi giudiziaria emerge che la gestione illecita dei rifiuti presenta i tratti tipici della criminalità di impresa, ed è dunque connotata prevalentemente dalla logica della costante riduzione dei costi aziendali. Il continuo perseguimento del maggior profitto, in contesti imprenditoriali non interamente criminali, comporta l'adozione di politiche di impresa poco attente al danno ambientale, le quali di solito percepiscono tale danno come un costo necessario, inevitabile, per la conduzione dell'attività economica. Il traffico illecito di rifiuti rappresenta, cioè, il prodotto di scelte imprenditoriali chiaramente illegali ma figlie della logica capitalistica del “profitto ad ogni costo”⁶⁰.

È che il carattere della fenomenologia sia questo, lo attesta il recente Report di Legambiente sulle ecomafie, ove si osserva come *il crimine ambientale nel campo dei rifiuti sia essenzialmente un crimine di impresa, che rappresenta una forma esasperata, cinica, dell'economia mainstream sotto altra veste, ossia dell'economia articolata attraverso il sistematico sacrificio di biodiversità e bellezza naturale sull'altare del profitto*⁶¹. Peculiarità confermata anche dal costante ampliamento interpretativo delle maglie della fattispecie e dei suoi elementi costitutivi, inclusa la stessa nozione di organizzazione, intesa di

⁶⁰ Sulla natura di reati di impresa di molti degli illeciti ambientali, di recente, L. MALDONATO, *Il crimine ambientale come crimine delle corporations: cooperazione pubblico-privato e responsabilità indipendente dell'ente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2021, p. 504 s., alla quale si rimanda anche per gli opportuni richiami bibliografici.

⁶¹ LEGAMBIENTE, *Ecomafia 2022*, cit., dove il capitolo dedicato ai rifiuti è nominato *Rifiuti Connection*, richiamando la celebre inchiesta dell'F.B.I. “Pizza connection”. Sull'accostamento al crimine di impresa, in particolare, p. 147.

recente anche in termini meramente rudimentali⁶². Di fronte ad un fenomeno tanto variegato e complesso, difficilmente racchiudibile in un'unica tipizzazione di parte speciale, appare più che comprensibile la tendenza della giurisprudenza a dilatare l'ambito applicativo del reato, sino ad includervi la multiforme casistica afferente al traffico di rifiuti.

Senonché, tale approccio interpretativo non può che rivelarsi problematico. Esso interroga lo studioso sul senso di una fattispecie dai confini assolutamente incerti e che, dirigendosi al contrasto di una mera organizzazione di mezzi, rischia di divenire una sorta di "asso piglia tutto", capace di sanzionare penalmente qualsiasi condotta che interagisca, più o meno sporadicamente, con tale apparato organizzativo⁶³.

È pur vero, però, che, privato il sistema dell'art. 452 *quaterdecies* c.p., nulla, o quasi nulla, resterebbe a sanzionare le condotte di illecita gestione di rifiuti, dato lo scarso valore deterrente delle ipotesi contravvenzionali. Se non si vuole creare un'area di ingiustificata impunità, una riforma dell'articolo in commento non può allora prescindere da un ripensamento dell'intero settore di gestione e traffico di rifiuti.

In primo luogo, si potrebbe ridurre il raggio di azione della fattispecie delittuosa, limitandola alla sola fase dello smaltimento abusivo. Andrebbe dunque sanzionata più severamente solo tale porzione del commercio illegale, realizzata per il tramite dell'allestimento di mezzi e attività continuative organizzate. Andrebbe però eliminato il riferimento – non più rilevante se si limitano le tipologie di condotte tipiche – alla reiterazione delle attività.

Si avrebbe così una fattispecie più lineare: un'ipotesi di reato permanente che punisce l'imprenditore che destini la propria impresa, anche solo parzialmente, all'attività più pericolosa per l'inquinamento da rifiuti: lo smaltimento abusivo. Certo, restringendo l'ambito di operatività della fattispecie incriminatrice, sorgerebbe il problema di come colpire le reti di attività criminali che orbitano attorno alla gestione dei rifiuti.

Per colmare il vuoto, si potrebbe immaginare di prevedere un inasprimento sanzionatorio, con contestuale passaggio dalla forma contravvenzionale a quella delittuosa, per il reato di illecita gestione dei rifiuti che sia commesso dall'imprenditore. In tal modo, si permetterebbe di colpire l'intera rete criminale, seppur con l'opportuna differenziazione sanzionatoria, e di contestare, con maggiore facilità, anche le ipotesi associative laddove ne ricorrano i presupposti. Infatti, il passaggio alla forma del delitto permetterebbe di poter contestare l'illecito associativo, con l'intero armamentario di contrasto, colpendo dunque le reti criminali operanti nel settore.

⁶² Così, in Cass., Sez. III, sent. n. 43710 del 23 maggio 2019 con commento di M. PALMISANO, *Il reato di "attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti" nell'applicazione giurisprudenziale*, cit. Sottolinea i rischi derivanti dal (de)formante giurisprudenziale nel settore ambientale C. RUGA RIVA, *L'inquinatore nuovo tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1081 s.

⁶³ Come visto, infatti, non viene richiesto un vincolo associativo, ma una mera interazione – tra l'altro vagamente definita dalla norma visto il richiamo al concetto di gestione – che necessita di un minimo numero di ripetizioni per essere penalmente rilevante.

Al di là della ragionevolezza della modifica proposta, l'intento di queste pagine è stato quello di ravvivare un dibattito in merito alla riforma del delitto in commento, la quale non sembra all'agenda del legislatore né tantomeno della dottrina. Ciò è ad esempio dimostrato dalla proposta di riforma dei reati ambientali presentata dal gruppo di studio dell'AIPDP⁶⁴, la quale non si è occupata della disposizione in questione. Per quanto sicuramente dovuto al taglio e al contesto della proposta⁶⁵, tale dimenticanza dimostra come su questa tematica si sia raggiunto, a parere della dottrina, un equilibrio che, per quanto precario, è da preservare.

Pur condividendo l'importanza di norme dotate di una peculiare carica deterrente in tale settore, chi scrive è convinto che un ripensamento dell'intera disciplina della gestione e traffico di rifiuti, più puntuale e circoscritto nel suo ambito di applicazione, sia opportuno; revisione che non si limiti ad una sicuramente rilevante precisazione del contenuto della condotta tipica del delitto in commento⁶⁶, ma che si estenda a una rideterminazione dei confini e della natura delle varie fattispecie che interagiscono tra loro nell'ambito oggetto di studio.

⁶⁴ Per un commento a tale proposta cfr. L. SIRACUSA, *Note brevi a margine della proposta di riforma dei reati ambientali del gruppo di studio dell'associazione dei professori di diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2022, p. 137 s.

⁶⁵ In tal senso, L. SIRACUSA, *op. ult. cit.*, p. 157.

⁶⁶ Ivi, p. 158.

L'IMPATTO DELLE PRIME CONDANNE IN GERMANIA PER CRIMINI DI GUERRA E CONTRO L'UMANITÀ COMMESSI IN SIRIA: QUALCHE RIFLESSIONE CRITICA SULL'APPLICAZIONE DOMESTICA DEL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE

di Chantal Meloni e Lavinia Parsi

A gennaio 2022, la Corte Regionale Superiore di Coblenza (Germania) pronunciava la prima condanna all'ergastolo per crimini contro l'umanità commessi da un alto ufficiale del regime siriano di Bashar Al-Assad. A circa un anno di distanza, si contano oltre 60 procedimenti penali aperti in tutto il mondo per i crimini internazionali commessi in Siria, 19 dei quali giunti a sentenza in Germania. Alla luce di questi primi esiti, è possibile sviluppare alcune riflessioni sull'applicazione domestica del diritto penale internazionale quale parte fondamentale dell'articolato sistema di giustizia penale internazionale e sulla correlata necessità di una legislazione domestica adeguata e completa per la persecuzione dei crimini internazionali.

SOMMARIO: 1. Processi penali per i crimini internazionali commessi in Siria in applicazione della giurisdizione universale. – 2. La portata storica e le criticità del processo Al-Khatib. – 3. Un primo bilancio sull'applicazione domestica del diritto penale internazionale in Germania. – 4. La necessità di una legislazione adeguata sui crimini contro l'umanità.

1. Processi penali per i crimini internazionali commessi in Siria in applicazione della giurisdizione universale.

A circa un anno di distanza dalla prima storica condanna all'ergastolo pronunciata contro Anwar R. nell'ambito dell'ormai noto processo Al-Khatib di Coblenza¹, lo scorso 23 febbraio, la Corte Regionale di Berlino ha condannato all'ergastolo Mouwafak Al. D., membro di una milizia affiliata al regime del Presidente siriano, Bashar Al Assad, per crimini di guerra commessi nel 2014 nei confronti della popolazione siriana durante l'assedio dello storico campo dei rifugiati palestinesi di Yarmouk, presso Damasco².

¹ P. KROKER e F. LÜTH, [One Year On – Remembering the Al-Khatib Syrian Torture Case and Reflecting on the Documentation of International Crimes Cases in German Courts](#), in *EJIL:Talk!*, 12 gennaio 2023.

² Syrian Center for Legal Studies and Research, [A Press Release about the Verdict against Mouwafak Al. D.](#), 23 febbraio 2023.

Come il processo di Coblenza, anche il procedimento di Berlino si inserisce nel più ampio quadro investigativo che ha preso corpo in Germania grazie alla presenza di quasi un milione di rifugiati siriani accolti dal paese nell'ultimo decennio, che rappresentano circa il 60% dei rifugiati siriani presenti nell'Unione Europea. Come è stato ormai ben messo in luce da alcuni importanti studi, vi è una connessione diretta tra flussi migratori e apertura di procedimenti penali nel paese di "accoglienza" dei rifugiati, spesso sulla base del principio della giurisdizione universale³. Proprio grazie alla presenza di tanti siriani in fuga dal regime di Assad, le autorità giudiziarie tedesche hanno infatti potuto raccogliere diverse migliaia (si stima circa 2.800) di testimonianze concernenti la commissione di crimini internazionali da parte tanto di ufficiali del regime di Assad quanto di membri di gruppi armati parte del conflitto⁴; dall'altro lato, gli stessi indagati sono stati arrestati in quanto presenti sul territorio tedesco a loro volta quali rifugiati. È emblematico, anche su questo punto, il caso di Al-Khatib, nel quale i due imputati, giunti in Germania come richiedenti asilo, sono stati riconosciuti e segnalati alle autorità da Anwar al-Bunni, avvocato siriano e direttore del Syrian Center for Legal Studies and Research, sopravvissuto anch'egli alla detenzione e alla tortura nel centro di detenzione di Damasco, grazie alla cui denuncia il processo penale ha potuto avviarsi.

Gli atti investigativi, coadiuvati dall'azione di diverse organizzazioni per i diritti umani, siriane ed europee e dai fascicoli completi di dichiarazioni testimoniali e prove circostanziali formati dalla Commission for International Justice and Accountability (CIJA), una fondazione privata gestita da ex-dipendenti della Cpi e delle Nazioni Unite, sono stati eseguiti in Germania nell'ambito di indagini "strutturali" (*Strukturermittlungsverfahren*), che hanno portato a raccogliere oltre 200 testimonianze relative ad episodi specifici, che a loro volta hanno permesso di istruire oltre 34 procedimenti contro 40 imputati, di cui 19 già condannati⁵. Questi procedimenti costituiscono peraltro solo un esito parziale, su un totale di oltre 60 procedimenti penali aperti in diversi Stati, tra cui Austria, Canada, Danimarca, Francia, Irlanda, Kosovo, Norvegia, Olanda, Svezia, Svizzera e Stati Uniti negli ultimi sette anni⁶.

In particolare, le torture sistematiche del regime sono state oggetto di strutturate denunce presentate al Procuratore tedesco già a marzo 2017 da parte di alcuni

³ Su questo punto, si veda: F. MÉGRET, *The "elephant in the room" in debates about universal jurisdiction: diasporas, duties of hospitality, and the constitution of the political*, in *Transnational Legal Theory*, 2015; L. JOHNS, M. LANGER e M.E. PETERS, *Migration and Demand for Transitional Justice*, in *American Political Science Review*, 2022; e da ultimo, specificamente sulla situazione tedesca rispetto ai rifugiati siriani, P. ESCHENHAGEN, *When Perpetrators and Victims Meet Again: Examining Germany's Exercise of Universal Criminal Jurisdiction from a Hospitality Perspective*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht / Heidelberg Journal of International Law*, 2022.

⁴ C. MELONI e M. CRIPPA, *Torture di Stato in Siria. I procedimenti in corso in Germania per crimini internazionali commessi sotto il regime di Bashar al-Assad*, in questa Rivista, 7/2020: 129.

⁵ Questi i dati relativi ai soli casi conclusi o pendenti nel 2022, secondo quanto riportato dal Syria Justice and Accountability Center.

⁶ Per i dettagli dei casi, si veda l'Allegato II all'ultimo report realizzato dal Syria Justice and Accountability Center, pubblicato il 9 marzo 2023 e disponibile online al seguente link: <https://syriaaccountability.org/the-state-of-justice-in-syria-2023/>.

sopravvissuti, assistiti da avvocati siriani e tedeschi⁷, che hanno indicato come responsabili sei alti funzionari governativi. Le dichiarazioni oggetto dell'esposto sono state ulteriormente corroborate dal deposito, a settembre 2017, dei c.d. "*Caesar Files*", un insieme di 55.000 fotografie scattate, trafugate e diffuse da un fotografo militare, dopo avere disertato nel 2013, le quali ritraggono i corpi di più di 10.000 persone torturate e uccise all'interno di vari centri di detenzione segreti gestiti dalle forze di sicurezza del regime⁸. Oltre alle immagini, i file depositati contengono i relativi metadati, grazie ai quali è stato possibile risalire ad informazioni ulteriori quali il luogo ed il momento in cui le fotografie sono state scattate.

A novembre 2017, altri due esposti sono stati presentati contro sette alti ufficiali siriani, inclusi il Ministro della Difesa e il Procuratore Militare e funzionari di alto grado dell'ufficio di sicurezza nazionale e dell'intelligence dell'aeronautica, responsabili di torture, omicidi ed altri crimini commessi contro i detenuti del carcere militare di Saydnaya⁹. A seguito di tali denunce, a giugno 2018, la Corte Federale di Giustizia tedesca ha emesso un mandato d'arresto nei confronti di Jamil Hassan, capo dei servizi di intelligence dell'aeronautica militare, presentando contestualmente una richiesta per la sua estradizione dal Libano, dove si trovava per ricevere cure mediche. Più recentemente, il 15 luglio 2021, il Procuratore Generale Federale ha presentato richiesta di rinvio a giudizio nei confronti di Alaa M., un medico operativo tra aprile 2011 e la fine del 2012 presso il Branch 261¹⁰ e presso gli ospedali militari di Homs e di Mezzeh, dove furono scattate le foto dei già menzionati Caesar Files. Già arrestato in Germania a giugno 2020, l'imputato è attualmente sotto processo presso la Corte Suprema Regionale di Francoforte¹¹, dove deve rispondere all'accusa di avere commesso crimini contro l'umanità quali sterilizzazione forzata, tortura e omicidio contro suoi connazionali, detenuti siriani.

⁷ Risale a marzo 2017 il primo esposto depositato in Germania da parte di sette persone offese, insieme agli avvocati siriani Anwar al-Bunni del Syrian Center for Legal Studies and Research e Mazen Darwish del Syrian Center for Media and Freedom of Speech e all'European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR). Deposito del primo esposto di questo tipo volto a denunciare i crimini internazionali commessi da parte di alti ufficiali dell'intelligence e della polizia militare siriana. L'esposto è stato presentato dal Caesar Files Group e l'European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR).

⁸ Per ulteriori informazioni si veda il sito: <https://caesar-fsg.org/about/>.

⁹ Il centro detentivo di Saydnaya, nei pressi di Damasco, noto quale luogo di tortura e detenzione illegale, ma anche di esecuzioni di massa (tra il 2011 e il 2016 si stima siano state così effettuate almeno 13.000 esecuzioni). Nonostante l'accesso all'area sia proibito e non vi siano immagini pubbliche, un progetto congiunto di Forensic Architecture e Amnesty International ha saputo, a partire dai ricordi principalmente uditivi delle vittime ivi detenute, ricostruire la struttura della struttura, rendendola per la prima volta visibile dall'esterno. Per maggiori informazioni si veda: <https://forensic-architecture.org/investigation/saydnaya>.

¹⁰ Il Branch 261 è una divisione dell'intelligence militare siriana, situata a Homs e nota per le atrocità commesse nei confronti degli oppositori del regime, che dopo essere stati arbitrariamente arrestati vengono qui detenuti e torturati spesso sino alla morte. Un dettagliato report dedicato alle violazioni commesse nel Branch 261 è stato realizzato già nel 2014 dal Violations Documentation Center in Syria ed è disponibile al seguente link: <https://www.vdc-sy.info/index.php/en/reports/1395194519#.ZBmq-zMKWA>.

¹¹ Per i particolari del caso e gli ultimi sviluppi, è possibile consultare la dettagliata osservazione del processo pubblicata regolarmente dal Syria Justice and Accountability Center.

2. La portata storica e le criticità del processo Al-Khatib.

Quanto al noto processo Al-Khatib, cui si è già fatto cenno in apertura, celebrato a Coblenza contro Anwar R. e Eyad A. per i crimini commessi contro i detenuti del centro di Al-Khatib di Damasco, questo si è chiuso con la condanna dei due imputati, le cui posizioni erano state separate il 17 febbraio 2021, rispettivamente pronunciate in data 24 febbraio 2021 e 13 gennaio 2022. Secondo la ricostruzione degli inquirenti, entrambi gli imputati facevano parte dell'Unità Investigativa dei Servizi Generali di Intelligence del Branch 251, noto altresì come Branch al-Khatib, dal nome dell'omonimo quartiere di Damasco, e in tale veste sarebbero stati responsabili, a titolo diverso, di crimini di guerra e contro l'umanità, tra cui sequestri, tortura, stupri e anche omicidi, commessi tra il 2011 e il 2012.

Nell'ambito del processo, iniziato ad aprile 2020, sono stati sentiti oltre 80 testimoni, tra sopravvissuti e periti, di cui 14 ammessi quali parti civili; sono state sottoposte a valutazione forense ed acquisite le fotografie rese disponibili dai Caesar Files, oltre a numerosi altri documenti di prova, sulla base dei quali entrambi gli imputati sono stati ritenuti colpevoli.

Ad esito del processo, la Corte ha pronunciato sentenza di condanna a 4 anni e 6 mesi di reclusione¹², confermata in appello ad aprile 2022, nei confronti di Eyad A., in quanto responsabile di aver facilitato i crimini contro l'umanità di sequestro e tortura (ex §7(1) n. 5 e n. 9 del Codice penale internazionale tedesco, *Völkerstrafgesetzbuch* o VStGB) nei confronti di 30 persone, avendo contribuito all'arresto delle vittime ed al loro trasporto presso il Branch 251. L'imputato nel corso del processo ha parzialmente ammesso i fatti, sostenendo tuttavia che la sua appartenenza alla fede sunnita, la stessa della maggior parte degli autori della rivoluzione, lo avrebbe reso di per sé sospetto e pertanto allontanato dalle decisioni rilevanti o sensibili e potenzialmente controllato segretamente dai suoi stessi colleghi¹³. Alla luce di questa situazione, l'imputato ha sostenuto che rifiutare di adempiere agli ordini avrebbe significato venire arrestato e ucciso¹⁴. Anche la fuga immediata, a detta dell'imputato, non sarebbe stata percorribile, in quanto avrebbe esposto sua moglie ed i suoi figli ad arresto e torture, finché egli stesso non fosse tornato per essere sottoposto alla medesima sorte¹⁵. Per questo, Eyad A. avrebbe deciso di rimanere in servizio alle condizioni imposte, finché una regione vicino al confine non si fosse liberata dal regime, così da potersi recare con la propria famiglia

¹² La sentenza, in forma redatta, è stata tradotta in arabo ed in inglese dall'International, Impartial and Independent Mechanism delle Nazioni Unite (IIIM), istituito al fine di assistere le indagini e la prosecuzione dei responsabili dei più gravi crimini internazionali commessi in Siria da marzo 2011. La sentenza nelle due versioni tradotte è liberamente consultabile al seguente *link*: <https://iiim.un.org/documents/court-judgements/>.

¹³ Corte Regionale Superiore di Coblenza, Sentenza 1 StE 3/21, 24 febbraio 2021, p. 40 [testo liberamente tradotto in italiano dalle autrici, a partire dalla versione inglese pubblicata dal IIIM].

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

e di lì fuggire, come effettivamente ha fatto il 5 gennaio 2012¹⁶. I giudici non hanno però accolto lo stato di necessità invocato dalla difesa, ex §35 del Codice penale tedesco, ritenendo che non sussistesse “alcuna necessità soggettiva, nel senso di una situazione di *duress* da cui l'imputato avrebbe voluto sfuggire. Inoltre, da un punto di vista oggettivo, non sarebbe stato irragionevole agire secondo la legge; non è evidente che sarebbe stato impossibile per l'imputato, o possibile solo esponendosi ad un inaccettabile rischio, astenersi dal commettere i reati”¹⁷.

Con separata sentenza, i giudici di Coblenza hanno condannato l'altro imputato, Anwar R., all'ergastolo¹⁸ per avere concorso nella commissione di crimini contro l'umanità, in particolare nella forma di omicidio, tortura, detenzione illegittima, stupro e violenza sessuale, con riferimento a 27 omicidi, 25 casi di lesioni gravi, due stupri aggravati, 14 sequestri di persona, due prese di ostaggi e tre violenze sessuali. Anwar R. si trovava infatti a capo del Dipartimento Investigativo del Branch 251, dove dirigeva e supervisionava le attività del centro di detenzione. Proprio in forza di tale ruolo, i giudici hanno ritenuto che, nonostante non abbia preso parte direttamente alla commissione materiale dei fatti, Anwar R. abbia contribuito alle 27 uccisioni e 4.000 casi di arresti illegittimi e torture avvenute nella struttura detentiva, episodi rispetto ai quali deteneva poteri decisionali e di comando. Anche in questo caso, l'imputato ha sostenuto di non avere avuto di fatto autorità all'interno del suo dipartimento, e che essendo a sua volta di fede sunnita doveva limitarsi ad obbedire agli ordini dei superiori alawiti. Analogamente al caso di Eyad A., la difesa ha invocato lo stato di necessità, basata sulla circostanza che disertare prima avrebbe posto l'imputato e la sua famiglia a rischio di vita a causa di possibili ritorsioni da parte del regime. I giudici, tuttavia, hanno anche in questo caso respinto tale tesi, ritenendo che Anwar R. avrebbe potuto fuggire ben prima del dicembre 2012 e che, alla luce della gravità dei crimini commessi, l'imputato avrebbe dovuto in ogni caso rifiutarsi di concorrervi, anche a costo di esporsi a rischi personali.

Il processo Al-Khatib ed i relativi esiti sono stati accolti favorevolmente dalle vittime e dalla comunità siriana in genere, che tuttavia non hanno mancato di sottolinearne anche diverse criticità. Anwar al-Bunni ha definito la sentenza nei confronti di Anwar R. come “storica” e “una vittoria per la giustizia e per le vittime”, “per i siriani e per il futuro della Siria”.¹⁹ Mazen Darwish, altro prominente avvocato siriano per i diritti umani e direttore del Syrian Center for Media and Freedom of Expressions, ha affermato: “Questa non è ‘la’ giustizia. Ma è importante perché è la prima volta che una corte indipendente si occupa di questo. (...) Una corte afferma la sussistenza di torture sistematiche in Siria.”²⁰. Più nette le dichiarazioni di Wafa Mustafa, attivista e rifugiata politica, che commentando la decisione contro Anwar R. ha

¹⁶ *Idem*, p. 41.

¹⁷ *Idem*, p. 165.

¹⁸ La sentenza, avverso la quale è stato presentato appello da parte della difesa, non è stata ancora pubblicata né tradotta integralmente.

¹⁹ Il video dell'intervista è disponibile online: <https://www.france24.com/en/video/20220113-germany-sentences-syrian-ex-officer-to-life-in-prison-for-crimes-against-humanity-it-s-an-historic-verdict>.

²⁰ C. SCHAEER, [As a Syrian torturer is jailed, a debate on justice begins](#), in *AlJazeera*, 17 Gennaio 2022.

sottolineato la progressiva disillusione che ha accompagnato lei ed altre vittime nel corso del processo²¹.

Oltre al rilievo che Eyad A. fosse “solo un piccolo ingranaggio nel vasto apparato di tortura siriano”²² e che entrambi gli imputati avessero disertato il regime prima di abbandonare il paese, critiche sono state inoltre mosse alle modalità con cui i procedimenti sono stati condotti. Significativamente, dirimenti per le indagini sono state le dichiarazioni rese spontaneamente dagli imputati prima del processo e senza che venissero loro fornite le necessarie garanzie di difesa. Anwar R. si è infatti rivolto di sua sponte alla polizia tedesca fornendo informazioni sulla sua professione in Siria, cercando protezione in quanto temeva di essere seguito da servizi di intelligence russi o siriani, mentre Eyad A. aveva volontariamente fornito descrizioni riguardo alle proprie mansioni all’interno dei servizi di intelligence nel corso del procedimento di asilo presso l’Ufficio Federale per l’Immigrazione e, successivamente, alla Polizia Federale in qualità di persona informata sui fatti, prima di venire indagato a sua volta. Le difese hanno pertanto più volte reclamato l’inammissibilità delle dichiarazioni autoincriminanti, sostenendo che le stesse fossero state rese senza i dovuti avvisi né l’assistenza di un avvocato. Con una decisione che ha destato non poche critiche, i giudici hanno tuttavia ritenuto che le dichiarazioni all’Ufficio per l’Immigrazione fossero pienamente ammissibili, in quanto rese in un momento in cui non erano ancora emersi elementi indicativi di potenziali responsabilità penali²³. Rispetto alle dichiarazioni rese da Eyad A. in veste di testimone, la Corte ha ritenuto che fossero parzialmente ammissibili, e cioè solo fino al momento in cui, nel corso dell’audizione, sono emersi dettagli che hanno reso evidente il suo coinvolgimento diretto nell’arresto dei manifestanti successivamente trasportati al Branch 251²⁴.

Un problema centrale è stato inoltre l’assenza di interpretazione in arabo per il pubblico e di traduzione in arabo (o in inglese) di comunicazioni e documentazioni ufficiali nel corso dei quasi due anni di processo. Questa mancanza di trasparenza avrebbe portato, secondo alcuni, a diverse incomprensioni rispetto al contenuto delle testimonianze, al ruolo degli imputati nel sistema di abusi e alla reale portata delle loro scelte²⁵. Inoltre, questa carenza rappresenta un grave *vulnus* alla legittimazione dei processi, avendo ostacolato una effettiva partecipazione da parte della comunità siriana e della comunità internazionale in genere. Altri osservatori²⁶ hanno contestato

²¹ Dichiarazioni riportate da A. MALEK, [How a Syrian War Criminal Was Brought to Justice – in Germany](#), in *The New York Times Magazine*, 25 Gennaio 2022.

²² Così Wassim Mukdad, superstite e persona offesa nel processo Anwar R. Si veda: <https://www.ecchr.eu/en/press-release/syria-trial-in-koblenz-german-court-convicts-eyad-a-of-crimes-against-humanity/>.

²³ Corte Regionale Superiore di Coblenza, Sentenza 1 StE 3/21, 24 febbraio 2021, p. 49.

²⁴ *Idem*, p. 50.

²⁵ Così ad esempio il Syria Justice and Accountability Centre, [After the Raslan Verdict: ‘Why is no one celebrating?’](#), 20 Gennaio 2022. Disponibile online: <https://syriaaccountability.org/updates/2022/01/20/after-the-raslan-verdict-why-is-no-one-celebrating/>.

²⁶ Si legga quanto riportato da M. MAASADEH, [One Court at a Time: Challenges of Universal Jurisdiction and Enhancing International Justice](#), in *Völkerrechtsblog*, 24 Gennaio 2022.

l'inadeguatezza e ambiguità del sistema di protezione dei testimoni, molti dei quali hanno espresso preoccupazione a riguardo, taluni fino al punto di ritirare le proprie dichiarazioni. Dal punto di vista della qualificazione dei reati, ulteriori perplessità sono state espresse sulla scelta di contestare agli imputati il rapimento e la detenzione degli oppositori politici, senza tuttavia qualificare tali atti come crimine di sparizione forzata²⁷.

Complessivamente, è stata riconosciuta ed enfatizzata la portata storica delle condanne pronunciate, le prime ad occuparsi di responsabilità penale per i crimini contro l'umanità commessi dai funzionari del regime siriano. È tuttavia evidente che ciò non rappresenti che un primo passo in un ben più ampio e complesso percorso di affermazione della giustizia, laddove, come i sopravvissuti hanno più volte sottolineato, sarebbe necessaria una radicale transizione di natura politica a livello interno ed internazionale. Usando le parole rese davanti ai giudici da Ruham Hawash, parte civile nel processo Al-Khatib, "[i]l verdetto che questa corte pronuncerà non porterà giustizia piena ai siriani, né può essere visto come una alternativa ad una soluzione completa e sostenibile alle problematiche connesse alla detenzione in Siria o al conflitto siriano in genere. Ma questo verdetto deve essere una chiamata urgente al governo tedesco e a tutti i governi nel mondo perché agiscano realmente per salvare coloro che sono ancora rinchiusi nelle segrete del regime e nella grande prigione che è la Siria di Assad"²⁸.

3. Un primo bilancio sull'applicazione domestica del diritto penale internazionale in Germania.

Le atrocità oggetto di condanna hanno costituito e continuano a costituire uno strumento ordinario e fondamentale per il regime siriano, al cui interno viene radicalmente negata ogni forma di dissenso politico nei confronti del presidente Bashar al-Assad. Sebbene questo tipo di repressione in Siria si rifaccia a tempi ben più risalenti²⁹, sotto Bashar al-Assad, ed in particolare in seguito alle proteste anti-regime scoppiate nel 2011, la situazione si è nettamente inasprita³⁰ arrivando a causare la morte di più di

²⁷ Così L. SCHMITZ-BUHL, *Enforced disappearances in Syria and the Al Khatib trial in Germany*, in *Völkerrechtsblog*, 27 Gennaio 2021.

²⁸ Dichiarazioni riportate in inglese da ECCHR: <https://www.ecchr.eu/en/case/trial-updates-first-trial-worldwide-on-torture-in-syria/>.

²⁹ Il predecessore di Bashar al-Asad, suo padre, Hafez al-Asad, presidente dal 1971 al 2000 era a sua volta noto per i metodi altamente repressivi e l'uso estensivo dei *mukhabarat*. Peraltro, anche i decenni precedenti, sin dalla liberazione dal dominio francese, furono costellati da colpi di stato e un susseguirsi di dittature militari.

³⁰ Tale dato è stato confermato anche da un punto di vista interno alle forze del regime: in più punti l'imputato Eyad A. ha infatti dichiarato che, per espresso ordine delle forze politiche, i metodi di repressione dal 2011 in poi si sono drasticamente inaspriti, tanto da portare lui ed altri ufficiali alla diserzione e alla fuga. Si vedano in tal senso le dichiarazioni riportate all'interno della sentenza.

200.000 civili³¹ e la fuga di milioni di persone³². Oltre che di attacchi indiscriminati nei confronti dei civili, le forze governative sono potenzialmente responsabili di altre gravissime violazioni quali la restrizione di accesso agli aiuti umanitari, la detenzione arbitraria, la tortura e sparizione forzata di decine di migliaia di persone (compresi operatori umanitari, avvocati, giornalisti, attivisti, critici del governo e oppositori, nonché loro familiari), il ricorso ad armi chimiche, assedi ed espulsioni forzate³³.

In questo contesto, l'accesso alla giustizia per le vittime di gravi crimini di guerra e contro l'umanità è evidentemente precluso. Come più volte riscontrato dall'apposita Commissione presso il Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite, "negli ultimi nove anni, la Commissione ha costantemente riscontrato che le corti nazionali siriane non sono un meccanismo effettivo tramite cui cercare giustizia"³⁴ e "[n]essuna parte del conflitto sembra essere intenzionata né in grado di soddisfare i propri obblighi di indagare e affermare le responsabilità dei colpevoli, o di fornire rimedi effettivi, inclusa la compensazione delle vittime"³⁵.

Al contempo, i meccanismi di giustizia internazionale non risultano accessibili alle vittime siriane. Da un lato, l'istituzione di un meccanismo di giustizia *ad hoc* da parte delle Nazioni Unite è impossibilitato dal veto posto da Russia e Cina all'interno del Consiglio di Sicurezza; dall'altro, un *referral* alla Corte penale internazionale (Cpi) è altrettanto escluso per via della medesima *impasse* ed in considerazione del fatto che la Siria non è parte dello Statuto di Roma³⁶.

Dal punto di vista del diritto penale, questi processi segnano quindi un momento storico per due motivi: da un lato, è la prima volta che individui appartenenti alle forze del regime di Assad vengono effettivamente condannati per crimini di guerra e crimini contro l'umanità commessi massivamente contro la popolazione civile siriana da oltre dieci anni; dall'altro, i procedimenti costituiscono un importante banco di prova per l'attuazione del codice penale internazionale tedesco del 2002, e del principio della giurisdizione universale in genere, mettendone in luce punti di forza e criticità.

³¹ Statistiche ricavate da Syrian Network for Human Rights (<https://sn4hr.org/blog/2021/06/14/civilian-death-toll/>), Syrian Observatory for Human Rights (<https://www.syriahr.com/en/217360/>), Violations Documentation Center in Syria (<https://vdc-sy.net/monthly-statistical-report-causalities-syria-november-2020/>). Per ulteriori dati si veda: <https://sn4hr.org/syria-map-snhr/>.

³² L'ultimo rapporto di Amnesty International riferisce 6.6 milioni di rifugiati, di cui più di 5 milioni fuggiti all'esterno del paese.

³³ Si veda, ad esempio: Syrian Network for Human Rights, *Eleventh Annual Report: The Most Notable Human Rights Violations in Syria in 2021. The State's Collapse and Society's Fragmentation*, 21 gennaio 2022; Amnesty International, *Amnesty International Report 2020/21*, pp. 345-349; Human Rights Watch, *Syria, Events of 2021*, in *World Report 2022*.

³⁴ Human Rights Council, A/HRC/46/54, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, 21 Gennaio 2021, p. 15.

³⁵ Così il report della Commissione d'Inchiesta delle Nazioni Unite: A/HRC/46/55, Report of the Commission of Inquiry of the Syrian Arab Republic, 11 Marzo 2021, p. 24.

³⁶ La giurisdizione della Corte Penale Internazionale, infatti, sussiste di norma qualora lo Stato coinvolto sia parte dello Statuto della Corte. Alternativamente, una situazione può essere sottoposta alla Corte tramite *referral* operato dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

In particolare, uno studio più approfondito è reso ora possibile dalla recente pubblicazione della traduzione della sentenza nei confronti di Eyad A., dei report integrali di osservazione del processo³⁷ e della documentazione analitica offerta dagli avvocati coinvolti quali difensori delle parti civili³⁸. In termini giuridici, e dalla prospettiva penalistica italiana in particolare, sono diversi gli aspetti degni di nota e gli insegnamenti da trarre in vista di future ulteriori applicazioni del diritto penale internazionale. Infatti, sebbene l'Italia non sia ancora dotata ad oggi di una legislazione per l'attuazione del diritto penale internazionale, il 22 marzo 2022 il Gabinetto della allora Ministra della Giustizia Cartabia ha istituito una Commissione per l'elaborazione di un progetto di Codice dei Crimini internazionali. All'esito dei lavori, la Commissione ha prodotto corpus normativo autonomo³⁹, che ha tratto diversi spunti dall'omologo codice tedesco, più volte citato in seno alla Commissione non solo per la qualità della sua componente normativa, ma anche per la sua applicazione pratica.

In particolare, dal punto di vista dei requisiti giurisdizionali, il procedimento di Coblenza è stato celebrato sulla base del principio della giurisdizione universale (ex §1, VStGB), in virtù del quale le autorità tedesche sono autorizzate ad indagare e perseguire crimini commessi all'estero anche in assenza di legami giurisdizionali con la Germania *ratione loci* o *ratione personae*. Nel caso della Germania, l'ampio scopo della norma è, tuttavia, controbilanciato dal §153f del Codice di procedura penale (*Strafprozessordnung*, StPO), il quale prevede che la Procura possa astenersi dalle indagini qualora il sospetto non si trovi sul territorio tedesco e non vi si troverà realisticamente in futuro. Sebbene quest'ultima previsione normativa limiti grandemente il numero di casi perseguibili e perseguiti in applicazione della giurisdizione universale, è pur vero che, date le limitate risorse della giustizia, un simile filtro consente di selezionare un numero ragionevole di casi secondo una logica di costi-benefici.

Proprio l'aspetto della selezione dei casi è peraltro un elemento di riflessione assolutamente centrale per vagliare la legittimità dei processi celebrati in applicazione della giurisdizione universale. Si sostiene che la selezione dei casi da perseguire secondo il principio del diritto internazionale può essere legittima solo se si tiene conto dell'opinione e delle decisioni della comunità internazionale. Se intendiamo la volontà della comunità internazionale dal punto di vista del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e della Corte penale internazionale, i primi dieci anni di applicazione pratica del diritto penale internazionale in Germania poggiavano su una solida base di legittimità, essendo essenzialmente limitati alle situazioni in cui uno dei due organi era intervenuto. Questo approccio, che potremmo definire contenuto e Stato-centrico, è cambiato in

³⁷ Si veda la documentazione integrale pubblicata dal Syria Justice and Accountability Center, disponibile al seguente link: <https://syriaaccountability.org/the-trial-of-anwar-raslan-and-eyad-al-gharib/>.

³⁸ A febbraio 2023, ECCHR ha pubblicato la documentazione relativa al procedimento Al-Khatib, comprensiva tra l'altro dei report delle udienze, delle conclusioni del Procuratore e delle Parti Civili, delle conferenze stampa indette dalla Corte all'apertura ed alla chiusura dei procedimenti. Si veda: ECCHR, *Torture in Syria on Trial in Koblenz: A Documentation of the Al-Khatib Proceedings*.

³⁹ La relazione conclusiva del codice è disponibile sul sito del Ministero della Giustizia: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_PALAZZO_POCAR_relazione_finale_31mag22.pdf.

modo drastico con l'apertura dei processi per i crimini commessi in Siria. Come già accennato, in questo caso l'attivazione della giurisdizione universale è stata infatti stimolata proprio a fronte della paralisi del Consiglio di Sicurezza e della mancanza di giurisdizione della Cpi. Ulteriori interrogativi si pongono rispetto a potenziali indagini relative all'aggressione russa nei confronti dell'Ucraina: in questo caso, non solo ci si trova in assenza di appoggio del Consiglio di Sicurezza e di giurisdizione della Cpi, ma inoltre l'aggressione non è un crimine previsto dal VStGB.

Sotto questo aspetto, non si può tuttavia evitare di notare che, a fronte dei casi aperti dalle Procure tedesche, molte altre condotte che costituiscono potenziali crimini internazionali sono state ampiamente documentate e denunciate e, ciò nonostante, il Procuratore federale ha ritenuto di astenersi dall'esercizio dell'azione penale⁴⁰. Tale dato porta a sottolineare la problematica mancanza di un meccanismo di appello efficace nei confronti delle decisioni di non procedere da parte del Procuratore, così come la mancanza di un meccanismo di revisione giudiziaria nei confronti di queste decisioni.

4. La necessità di una legislazione adeguata sui crimini contro l'umanità.

In secondo luogo, nei casi tedeschi, l'impostazione del procedimento (e delle più ampie indagini) in termini di diritto penale internazionale anziché meramente domestico ha consentito di sussumere i fatti entro le fattispecie di reato previste quali forme di crimini contro l'umanità. Per qualificarsi quale crimine contro l'umanità, il fatto deve essere connotato anche dal cosiddetto "elemento di contesto", ovvero è necessario che le condotte (di omicidio, tortura, violenza sessuale) siano state commesse quale parte di un attacco diffuso o sistematico nei confronti della popolazione civile. Tale elemento costitutivo, comune a tutte le fattispecie di crimini contro l'umanità, nei casi oggetto del presente articolo, è emerso solidamente da una serie di fonti di prova: si pensi alle già menzionate foto di Caesar, in cui a ciascun cadavere si vede essere stata metodicamente assegnata un'etichetta che riporta il numero corrispondente alla struttura dei servizi di sicurezza dove è avvenuta la morte; ai documenti verificati raccolti dal Syria Justice and Accountability Center e dalla Commission for International Justice and Accountability, i quali attestano esplicitamente le policy e direttive impartite dal regime sin dal 2011; o ancora alle dichiarazioni del testimone P14, addetto alla sepoltura dei cadaveri raccolti su camion refrigerati dalle varie strutture di detenzione dell'intelligence, compresa quella di al-Khatib⁴¹.

Oltre a riconoscere ai fatti in oggetto la dovuta contestualizzazione e gravità, la qualificazione dei fatti in termini di crimini internazionali ha richiesto agli inquirenti tedeschi di elaborare una solida ricostruzione del più ampio contesto tramite le già

⁴⁰ A titolo esemplificativo, si citano il caso Kunduz, relativo all'uccisione di civili in Afghanistan nel 2009, ed il caso Kilani, riguardante l'uccisione di civili nell'operazione militare israeliana "Protective Edge" effettuata a Gaza nel 2014.

⁴¹ La testimonianza completa tradotta in inglese è resa disponibile su: <https://syriaaccountability.org/updates/2020/12/10/inside-the-raslan-trial-state-secrets-and-mass-graves/>.

menzionate indagini strutturali, così ponendo le basi per lo sviluppo di ulteriori procedimenti a carico di altri funzionari del regime siriano⁴².

Ciò costituisce un altro spunto normativo importante per l'Italia, ad oggi completamente priva di un quadro normativo di diritto penale internazionale, e pertanto incapace di valorizzare l'elemento di contesto. Infatti, anche laddove sono stati celebrati processi relativi a potenziali crimini contro l'umanità⁴³, l'autorità giudiziaria si è vista costretta a sussumere le condotte in esame sotto fattispecie di diritto penale domestico. Oltre a causare in questo modo una *diminutio* di natura simbolica rispetto ai reati perpetrati, tale lacuna ha conseguenze importanti, ad esempio, in termini di cornice edittale della pena, termini di prescrizione e potenziale estensione delle indagini, nonché di comprensione del fenomeno criminoso nel suo complesso.

Quest'ultimo aspetto merita di essere sottolineato in questo momento in cui, proprio nelle more della pubblicazione del presente contributo, il Consiglio dei Ministri, in data 16 marzo 2023, ha inaspettatamente modificato in sede di approvazione il disegno di legge per l'introduzione del Codice dei crimini internazionali italiano escludendone in toto i crimini contro l'umanità e (alcune fattispecie?)⁴⁴ di genocidio⁴⁵. Come ben dimostra l'esempio dei processi celebrati in Germania, dove le più importanti condanne per atrocità di massa sono state pronunciate proprio con riferimento a crimini contro l'umanità, una legislazione incapace di ricomprenderli sarebbe drammaticamente incompleta e non potrebbe che realizzare una giustizia a sua volta incompleta, parziale ed inadeguata alla realtà.

⁴² È altresì importante notare come questa attività sia dichiaratamente stata uno dei punti di forza maggiori per l'esito del processo contro Eyad A.: i giudici hanno infatti precisato che, in quel caso, la condanna è stata resa possibile grazie alle dichiarazioni fornite da Eyad A. all'ufficio immigrazione, mentre le restanti prove raccolte sono state necessarie e sufficienti al fine di ricostruire adeguatamente l'elemento contestuale richiesto per sostenere l'accusa di crimini contro l'umanità. Si veda: Syria Justice and Accountability Centre, *Reflections on the Eyad Al-Gharib Judgment*, 4 Marzo 2021.

⁴³ Anche in questo caso, si veda come esempio principale: Matammud (Corte Assise Milano, sentenza 10/17 del 10.10.2017), Condé *et al.* (Tribunale di Messina, sez. GIP/GUP, sentenza n. 149/2020 del 28.05.2020) e Corte d'Assise di Agrigento, sentenza n. 1/18 del 12.06.2018.

⁴⁴ Data la genericità del comunicato stampa che ha accompagnato l'approvazione del disegno di legge, non è chiaro in che termini il crimine di genocidio sarà ricompreso nella legislazione futura. Il comunicato stampa è consultabile al seguente link: <https://www.governo.it/it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-25/22114>.

⁴⁵ Per una critica completa si veda: M. CRIPPA, *L'approvazione di un codice dei crimini internazionali 'dimezzato': Le ragioni di un (dis)atteso intervento normativo*, in *Questione Giustizia*, 21 marzo 2023.

LE NOVELLE DELLA RIFORMA CARTABIA ED IL PROCESSO PENALE DAVANTI AL TRIBUNALE IN COMPOSIZIONE MONOCRATICA: LA NUOVA “UDIENZA DI COMPARIZIONE PREDIBATTIMENTALE A SEGUITO DI CITAZIONE DIRETTA”

di Giovanni Rossi

Ancora una volta, nell'impossibilità di attuare una seria ed organica riforma di depenalizzazione per i reati bagatellari, il legislatore della riforma Cartabia, in un'ottica di deflazione dei processi penali "inutili", passa la palla alla magistratura, alla quale demanda la risoluzione di tutti gli annosi problemi dell'attuale giustizia penale: dalla durata dei processi, al sovraffollamento delle carceri, all'esistenza stessa del processo. A tal fine, con il nuovo art. 554 bis c.p.p., è stata introdotta nell'ordinamento una inedita "udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta", ormai già ribattezzata e a tutti nota come "udienza filtro", con cui il legislatore delegato ha tentato di anticipare il più possibile il momento di arresto dei processi penali inutili, perché comunque non destinati ad una "ragionevole previsione di condanna", e nella quale il giudice dovrà immediatamente accertare l'eventuale presenza di una rapida via d'uscita dal processo in favore dell'imputato.

SOMMARIO: 1. Uno sguardo d'insieme. – 2. La funzione della nuova “udienza di comparizione predibattimentale” o cosiddetta “udienza filtro”. – 3. Gli accertamenti prodromici del giudice dell’udienza filtro. – 4. Il controllo sulla correttezza e completezza dell'imputazione. – 5. Gli esiti dell’udienza predibattimentale. – 6. Il nuovo giudizio prognostico sulla “ragionevole previsione di condanna”. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Uno sguardo d'insieme.

In attuazione della legge delega del 27.9.2021, 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), è stato adottato dal Governo Draghi il recente D.lgs. 10.10.2022, n. 150¹ – cosiddetta riforma Cartabia, dal nome del Guardasigilli proponente - attraverso il quale sono state introdotte delle importanti modifiche sia al codice penale che al codice di procedura penale, con

¹ È il D.lgs. 10.10.2022, n. 150, pubblicato nella gazzetta ufficiale n. 243 del 17.10.2022 – supplemento ordinario n. 38, la cui entrata in vigore, originariamente prevista per l'1.11.2022, è stata differita al 30.12.2022 ex art. 6 del D.L. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito in L. 30.12.2022, n. 199. In merito all'entrata in vigore ed alle modifiche legislative intervenute con il D.L. 162/2022, si veda A. MARANDOLA – L. EUSEBI – M. PELISSERO, *Entrata in vigore, regime transitorio e differimento della riforma*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 1/2023.

ripercussioni immediatamente operative anche per il procedimento penale davanti al Tribunale in composizione monocratica (oltre che in sede di udienza preliminare e, ancor prima, in sede di indagini preliminari).

In particolare, tra le tante novità legislative della riforma Cartabia, è importante evidenziare preliminarmente - seppur sinteticamente - quelle di maggiore rilievo e di immediato impatto in relazione al processo penale.

È stato inserito nel Codice penale un nuovo art. 20 *bis*, con il quale sono state introdotte le “pene sostitutive delle pene detentive brevi”, che sostanzialmente vanno a rimpiazzare le vecchie “sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi” di cui alla l. 24.11.1981, n. 689².

Le nuove pene sostitutive sono 4: *i*) la semilibertà sostitutiva; *ii*) La detenzione domiciliare sostitutiva; *iii*) il lavoro di pubblica utilità sostitutivo; *iv*) la pena pecuniaria sostitutiva.

Rispetto alle precedenti sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, quindi, sono state eliminate la “semidetenzione e la libertà controllata”.

Segnatamente, secondo quanto dispone il nuovo art. 20 *bis* c.p., letto in combinato disposto con il nuovo art. 545 *bis* c.p.p., è stato previsto che, in caso di condanna a pena detentiva (della reclusione o dell’arresto) per la quale non è stata ordinata la sospensione condizionale della pena e comunque non superiore a quattro anni, il giudice possa applicare: a) la pena pecuniaria sostitutiva, in caso di condanna a pena detentiva non superiore ad un anno (art. 20 *bis*, ult. co., c.p.); b) il lavoro di pubblica utilità sostitutivo, in caso di condanna a pena detentiva non superiore a tre anni (art. 20 *bis*, co. 3, c.p.); c) la detenzione domiciliare sostitutiva o la semilibertà sostitutiva, in caso di condanna a pena detentiva non superiore a quattro anni (art. 20 *bis*, co. 2, c.p.).

Tuttavia, fermo restando il potere discrezionale del giudice nell’applicazione e nella scelta delle pene sostitutive (di cui all’art. 58 l. 689/1981³) e pur accertata l’insussistenza di eventuali condizioni soggettive ostative alla loro concessione (previste dall’art. 59 l. 689/1981), la reale ed effettiva applicazione di tali pene sostitutive”, ai sensi dell’art. 545 *bis* c.p.p., sarà rimessa prevalentemente – se non esclusivamente – alla

² Per le prime considerazioni sulle nuove pene sostitutive, nonché, più in generale, sull’estensione delle possibilità di definizione del processo con strumenti alternativi al carcere, cfr., E. DOLCINI, [Dalla Riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive](#), in questa *Rivista*, 10 agosto 2022; in termini sostanzialmente critici sull’effettiva incidenza delle pene sostitutive sull’inflazione carceraria, cfr. anche T. PADOVANI, *Riforma Cartabia, intervento sulle pene destinato a ottenere risultati modesti*, in *GAD*, n. 41, 5 novembre 2022.

³ Nell’esercizio del potere discrezionale nell’applicazione e nella scelta delle pene sostitutive, ai sensi dell’art. 58 l. 689/1981, il giudice dovrà considerare quale di esse risulti concretamente più idonea sia alla rieducazione del condannato che alla prevenzione del pericolo che lo stesso commetta altri reati, anche mediante l’imposizione a quest’ultimo di opportune prescrizioni. Nella scelta dalla singola pena sostitutiva da applicare nel caso di specie, poi, la medesima disposizione normativa prevede una chiara gradualità della pena sostitutiva (dalla pena pecuniaria o dal lavoro di pubblica utilità alla detenzione domiciliare o semilibertà), imponendo al giudice, da un lato, di individuare quella che garantisca il minor sacrificio possibile della libertà personale, dall’altro, l’obbligo di indicare le specifiche ragioni che giustificano l’applicazione della detenzione domiciliare o della semilibertà piuttosto che la pena pecuniaria o il lavoro di pubblica utilità.

volontà concretamente manifestata nel caso di specie dal singolo imputato, il quale, fatta eccezione per la sola pena pecuniaria sostitutiva (applicabile dal giudice anche d'ufficio), dovrà sempre prestare il relativo previo consenso alla sostituzione della pena detentiva con una pena sostitutiva.

Contestualmente all'introduzione del nuovo art. 20 *bis* c.p., poi, come già anticipato, è stato inserito il nuovo art. 545 *bis* del Codice di Procedura Penale, con il quale è stata dettagliatamente disciplinata la peculiare, innovativa ed articolata procedura che deve essere seguita dal giudice della cognizione nel momento in cui, in caso di condanna, ricorrano le condizioni – oggettive e soggettive – per l'applicazione di una delle citate pene sostitutive⁴.

Con la riforma Cartabia, poi, è stato modificato l'art. 131 *bis* c.p.⁵

Da un lato, infatti, è stata estesa la possibilità dell'applicazione della peculiare causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto per tutti i *“reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni”*, sostituendo così l'originario parametro legislativo del limite edittale della pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni⁶.

⁴ Con il nuovo art. 545 *bis* c.p.p., in particolare, si prevede un sistema abbastanza farraginoso per l'applicazione delle pene sostitutive all'esito del dibattimento (che forse disincentiverà la loro concreta applicazione): una volta celebrata tutta l'istruttoria dibattimentale (tra prove testimoniali e documentali), il giudice che condanna a pena non sospesa, e comunque fino a 4 anni di pena detentiva, deve leggere un primo dispositivo con il quale quantifica ed irroga la pena, informando la parte se ricorrono le condizioni per le pene sostitutive; tuttavia, pur acquisito il consenso dell'imputato all'applicazione della pena sostitutiva (consenso che però non è necessario per la pena pecuniaria), quando non è possibile decidere immediatamente (cosa che dovrebbe avvenire nella maggior parte dei casi), il giudice non potrà redigere subito le motivazioni della sentenza, in quanto contestualmente dovrà sospendere il processo fissando un'altra udienza – non oltre 60 giorni – in attesa delle necessarie informazioni, dall'UEPE e dalla polizia giudiziaria, utili per decidere sulla scelta delle pene sostitutive; solo una volta acquisite tali informazioni (sulle condizioni personali, sociali ed economiche del condannato), il giudice potrà redigere un altro dispositivo integrato, con il quale determinerà la pena sostitutiva concessa in concreto, ovvero confermare il precedente dispositivo alla pena detentiva originariamente irrogata. Ebbene, a prescindere dalla loro difficile attuazione in concreto, si pensi, in particolare, al lavoro di pubblica utilità fino a tre anni (che, per essere effettivo, non dovrebbe essere eseguito secondo le modalità e le dinamiche delle attuali MAP), è evidente che tale riforma vuole risolvere, a costo zero, le congestioni e le carenze di organico presso i Tribunali di Sorveglianza (per i cosiddetti “liberi-sospesi”), così finendo per accollarle ai giudici monocratici del dibattimento. A nostro avviso, però, sembra che in tal modo si accavallino impropriamente e pericolosamente funzioni e compiti, in quanto il giudice della cognizione, tenuto conto soprattutto dei notevoli carichi di lavoro da cui è gravato (atteso l'elevatissimo numero dei procedimenti penali pendenti davanti al Tribunale in composizione monocratica), verosimilmente non potrà svolgere contemporaneamente, in maniera compiuta e puntuale, anche i delicati compiti di giudice dell'esecuzione della pena sostitutiva (come è previsto proprio per il lavoro di pubblica utilità, ai sensi dell'art. 63 della L. 24.11.1981, n. 689), compiti tradizionalmente riservati alle competenze della magistratura di sorveglianza.

⁵ Cfr. G. ROSSI *Il nuovo istituto della “non punibilità per particolare tenuità del fatto”: profili dogmatici e scelte di politica criminale*, in *Diritto penale e Processo*, n. 4/2016.

⁶ In tal modo, confermando che la gravità imprescindibile che l'ordinamento ricollega al reato si concretizza essenzialmente nella pena edittale minima, il legislatore ha recepito quanto già affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 156 del 21.7.2020, con la quale era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 131 *bis* c.p., nella parte in cui non consentiva l'applicazione della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto ai reati “per i quali non è previsto un minimo edittale di pena

Dall'altro, è stato ampliato il ventaglio delle fattispecie incriminatrici per le quali l'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, secondo una presunzione legale assoluta – sottratta alla discrezionalità del giudice – cristallizzata dal legislatore nell'elenco tassativo dei reati di cui al nuovo terzo comma dell'art. 131 *bis* c.p., che si affiancano a quelli già indicati nel precedente secondo comma.

A titolo esemplificativo, si ricordano i delitti consumati o tentati: di peculato di cui all'art. 314, co. 1, c.p.; di concussione di cui all'art. 317 c.p.; di corruzione di cui agli artt. 318, 318 bis e 318 ter e induzione indebita a dare o promettere utilità di cui all'art. 319 quater; i reati di violenza sessuale di cui all'art. 609 bis, 609 quater; atti persecutori di cui all'art. 612 bis c.p.; di rapina aggravata ex art. 628, co. 3, c.p.; estorsione di cui all'art. 629, usura di cui all'art. 644 c.p.; riciclaggio e impiego di denaro o beni di provenienza illecita di cui agli artt. 648, bis e 648 ter c.p.).

Infine, quale ulteriore innovazione legislativa apportata all'art. 131 *bis* c.p., è estremamente significativo evidenziare che, dopo la riforma Cartabia, ai fini della valutazione della particolare tenuità del fatto, diversamente dal passato, il giudice potrà e dovrà prendere in considerazione anche la “condotta susseguente al reato”; ciò al chiaro fine di valorizzare normativamente – come già sostenuto da una parte della giurisprudenza di merito – anche i comportamenti eventualmente riparativi e/o restitutori posti in essere dall'imputato dopo il fatto, attraverso i quali evidentemente l'imputato può eliminare, ridurre o comunque ridimensionare l'entità del danno o del pericolo da lui arrecato.

Ancora, è stata riformata la disciplina del processo in assenza di cui agli artt. 420 ss. c.p.p. (sulla quale ci soffermerà più oltre) ed è stata introdotta, con il nuovo art. 420 quater c.p.p., una innovativa “sentenza di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato”.

È stato poi esteso il catalogo delle fattispecie criminose di cui all'art. 550, co. 2, c.p.p. per le quali è possibile esercitare l'azione penale mediante la citazione diretta a giudizio⁷. Tra le tante fattispecie ivi introdotte, meritano di essere segnalate: la falsa

detentiva”.

⁷ Il Governo, nell'esercizio del potere legislativo delegatogli, ha esteso tale catalogo dell'art. 550 c.p.p. selezionando ed inserendovi specifiche figure di reato, senza generalizzazioni legate alla pena edittale, nel pieno rispetto del principio e criterio direttivo che a tal fine era stato fissato dalla legge delega n. 134 del 2021, che consentiva al legislatore delegato di estendere le ipotesi di citazione diretta ai delitti puniti con la pena edittale fino a 6 anni e che, contestualmente, non implicassero particolari difficoltà di accertamento. Infatti, secondo quanto stabilito testualmente dall'art. 1, comma 9, lett. l) della legge n. 134/2021, il governo aveva avuto delega per: «estendere il catalogo dei reati di competenza del tribunale in composizione monocratica per i quali l'azione penale è esercitata nelle forme di cui all'articolo 552 del codice di procedura penale a delitti da individuare tra quelli puniti con la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni, anche se congiunta alla pena della multa, che non presentino rilevanti difficoltà di accertamento». Come sottolineato dalla Relazione Illustrativa del Governo sullo Schema del decreto legislativo (d'ora in avanti, anche Relazione Illustrativa), con tale criterio direttivo il Parlamento non aveva voluto estendere indiscriminatamente l'esercizio dell'azione penale mediante citazione diretta, ai sensi dell'art. 550 c.p.p., a tutti reati puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni, bensì aveva delegato il Governo di selezionare ulteriori reati da inserire nel catalogo di tale disposizione, scegliendoli sulla base di due criteri: quello formale, della pena detentiva edittale non superiore a sei anni; quello sostanziale, della non particolare complessità

testimonianza (art. 372 c.p.), l'intralcio alla giustizia mediante violenza (art. 377, co. 3, c.p.) l'evasione aggravata da violenza e minaccia (385, co. 2, prima parte, c.p.), l'indebito utilizzo, la falsificazione, la detenzione o la cessione di carte di credito (artt. 493 ter c.p.), la truffa aggravata (640 cpv. c.p.) la frode in assicurazione (art. 642 c.p.), l'appropriazione indebita (art. 646 c.p.), la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con obbligo o il divieto di soggiorno (art. 75, co. 2, del codice antimafia di cui al D.lgs. 159/2011), le false attestazioni o certificazioni di presenza del lavoratore dipende della P.A. (art. 55 *quinquies* Dlgs. 165/2001).

Ne è derivata, di conseguenza, come immediato precipitato, l'estensione anche dei casi di possibile "sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato" di cui all'art. 168 *bis* c.p., che rinvia espressamente proprio ai delitti indicati dall'art. 550, co. 2, c.p.p.

Tra le altre cose, infine, è importante segnalare che con la Riforma Cartabia è stato aumentato il numero delle "ipotesi di reato" procedibili a querela di parte (anche introducendo il nuovo istituto della "contravvenzione a querela di parte") ed è stata prevista per la prima volta nel nostro ordinamento una disciplina complessiva ed organica della giustizia riparativa⁸, anche mediante l'introduzione del nuovo art. 129 *bis* c.p.p., che consente l'accesso ai programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento⁹.

2. La funzione della nuova "udienza di comparizione predibattimentale" o cosiddetta "udienza filtro".

Con l'inserimento del nuovo art. 554 *bis* del Codice di procedura penale, è stata introdotta una inedita "udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta", ormai già ribattezzata come "udienza filtro", proprio in ragione della funzione che il legislatore ha inteso attribuire alla stessa, trattandosi, sostanzialmente, di una sorta di vecchia "udienza preliminare" per tutti i reati a citazione diretta di cui all'art. 550

dell'accertamento. La medesima Relazione Illustrativa, di conseguenza, ha chiarito che sono state inserite nell'elenco dei reati a citazione diretta tutte le fattispecie che presuppongono una condotta commessa in pubblico, alla presenza di più persone potenziali testimoni, e quelle il cui accertamento si basi essenzialmente su circostanze di fatto, tutte non implicanti particolari difficoltà investigative.

⁸ In relazione a tale argomento, tuttavia, è opportuno segnalare che, secondo quanto disposto dal comma 2 *bis* dell'art. 92 D.lgs. 150/2022 (introdotto dall'art. 5 *novies* del D.L. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito in L. 30.12.2022, n. 199), tutte le disposizioni in materia di giustizia riparativa si applicheranno soltanto decorsi sei mesi dall'entrata in vigore del D.lgs. 150/2022, ovvero dall'1.7.2023.

⁹ Per una prima lettura della nuova disciplina organica della giustizia riparativa introdotta dalla riforma Cartabia, v. R. MUZZICA, [Il ruolo dell'autorità giudiziaria nei percorsi di giustizia riparativa](#), in questa *Rivista*, 2/2023, p. 21 ss.; cfr. M. DEL TUFO, *Giustizia riparativa ed effettività nella Proposta della Commissione Lattanzi*, in *Arch. pen. web*, 2021, 2; per una valutazione sistematica della mediazione penale in generale, cfr. S. MOCCIA, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Critica del diritto*, 4, 2004, 344; S. MOCCIA, *La mediazione come alternativa alla sanzione penale*, in M. FERRARA – C. PUCCIARELLI – C. TROISI (a cura di), *Mediazioni, conflitti e società complesse*, 2006, 41 ss.

c.p.p., da celebrarsi in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del PM e del difensore dell'imputato ex art. 554, *bis*, co. 1, c.p.p.

Dovendo approfondire in questa sede proprio quest'ultima innovazione legislativa dell'udienza di comparizione predibattimentale o udienza filtro, occorre innanzitutto analizzare, in maniera specifica, il dato testuale della disciplina normativa di cui al nuovo art. 554 *bis* c.p.p., coordinata sia con il nuovo art. 553 c.p.p. che con il nuovo art. 554 *ter* c.p.p.

Infatti, già attraverso una prima lettura di queste tre disposizioni normative, si riesce a comprendere pienamente quale sarà il delicato e fondamentale ruolo che dovrà essere ricoperto in concreto dal giudice della nuova udienza filtro, almeno così come inteso nell'ottica del legislatore della riforma.

Più in particolare, dovendo raggiungere l'obiettivo della riduzione del 25% della durata media del processo penale nei tre gradi di giudizio entro il 2026, così come imposto dal P.N.R.R.¹⁰, il legislatore della riforma, in materia di reati a citazione diretta a giudizio, ha introdotto nel Codice di procedura penale la nuova udienza predibattimentale, sulla falsariga dell'istituto dell'udienza preliminare, con il chiaro ed evidente intento di realizzare un duplice scopo: a) da un lato, quello di evitare il più possibile la celebrazione di "processi inutili" (sia per ragioni processuali che sostanziali); b) dall'altro, quello di ridurre drasticamente i tempi del processo penale, consentendo al giudice della cognizione di potersi dedicare, in maniera esclusiva o almeno prevalente, all'attività di raccolta delle prove nel contraddittorio delle parti, durante l'istruttoria dibattimentale, ed alla successiva fase della deliberazione¹¹.

Soltanto in tal modo sarà possibile per il giudice della cognizione programmare ed organizzare l'attività istruttoria, così come prevede il nuovo primo comma dell'art. 477 c.p.p., secondo il quale, dopo aver provveduto sull'ammissione delle prove, il giudice deve anche stabilire *"il calendario delle udienze, assicurando celerità e concentrazione e indicando per ciascuna udienza le specifiche attività da svolgere"*.

Di conseguenza, nel tentativo di perseguire il primo obiettivo (ovvero quello di evitare processi inutili), il legislatore della riforma Cartabia ha previsto che il processo penale dovrà arrestarsi già davanti al giudice della nuova udienza predibattimentale, in linea generale, quando ricorrano le ipotesi riconducibili alle seguenti cinque macrocategorie.

¹⁰ È il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, che costituisce sostanzialmente il filo conduttore di tutta la riforma Cartabia, così testualmente nella Relazione Illustrativa, cit.: *"Il filo conduttore degli interventi di riforma è rappresentato dall'efficienza del processo e della giustizia penale, 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."*

¹¹ Sulle elevate aspettative (forse troppe) di concreta deflazione processuale che si attendono da questa inedita udienza predibattimentale, v. la Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione n. 2/2023, del 5.1.2023, anche per il rinvio in essa alle lungimiranti considerazioni di: G. CANZIO, *Il modello "Cartabia": una riforma di sistema tra rito e organizzazione*, in GAD, 42/2022; A. GAITO – R. LANDI, *L'altare e le (forse inevitabili) vittime. Osservazioni sul processo penale à la Cartabia*, in Arch. Pen., 2, 2022; M. GIALUZ, [Per un processo penale più efficiente e giusto: guida alla lettura della riforma Cartabia](#), in questa Rivista, 2 novembre 2022, che individua nella nuova udienza filtro la vera *"scommessa pragmatica"* della riforma.

- I. In primo luogo, quando il giudice accerti che non sia possibile celebrare un “giusto processo” nei confronti di un imputato che non sia effettivamente a conoscenza della pendenza del processo (cioè nel caso in cui non sia possibile dichiarare l’assenza dell’imputato in base alla nuova disciplina di cui agli artt. 420 ss. c.p.p., come richiamata dal nuovo art. 554 *bis*, co. 2, c.p.p.).
- II. In secondo luogo, quando il giudice accerti che, pur a seguito di invito rivolto al PM di riformulare o modificare l’imputazione, ricorra un’ipotesi di nullità dell’imputazione perché il fatto-reato e le relative circostanze aggravanti non siano stati enunciati in forma chiara e precisa – sia in fatto che in diritto – o comunque non corrispondano a quanto emerge dagli atti delle indagini preliminari contenuti nel fascicolo del PM (*ex art. 554 bis*, co. 5 e 6, c.p.p.).
- III. In terzo luogo, quando il giudice accerti immediatamente la sussistenza di una causa di estinzione del reato, una causa di improcedibilità dell’azione penale o una causa di proscioglimento nel merito dell’imputato (cioè “*se risulta che il fatto non è previsto dalla legge come reato ovvero che il fatto non sussiste o che l’imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o che l’imputato non è punibile per qualsiasi causa*”); in tali casi, infatti, ai sensi del combinato disposto di cui agli art. 554 *bis*, co. 4, e 554 *ter*, co. 1, primo periodo, c.p.p., il giudice dell’udienza predibattimentale deve pronunciare sentenza di non luogo a procedere, a meno che non ritenga che dal proscioglimento dovrebbe conseguire l’applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca.
- IV. In quarto luogo, quando l’imputato intenda definire il processo con uno dei riti alternativi (dell’abbreviato, del patteggiamento, della sospensione del processo con messa alla prova e dell’oblazione), che devono essere proposti a pena di decadenza, ai sensi del nuovo art. 554 *ter*, co. 2, c.p.p., proprio davanti al giudice dell’udienza predibattimentale prima della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere;
- V. In quinto ed ultimo luogo, ma non per importanza, quando il giudice accerti che, sulla base di quanto risulta dagli atti delle indagini del fascicolo del PM, “*gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna*”; anche in tal caso, infatti, il giudice dell’udienza predibattimentale deve pronunciare una sentenza di non luogo a procedere ai sensi dell’art. 554 *ter*, co. 1, secondo periodo, c.p.p.).

Soltanto nel caso in cui non ricorrano le condizioni di nessuna delle ipotesi riconducibili a queste 5 macrocategorie in cui il processo possa essere definito già in sede di udienza predibattimentale, il giudice dovrà fissare la data dell’udienza dibattimentale davanti ad un giudice diverso “*per la prosecuzione del giudizio*”, disponendo la restituzione del fascicolo del pubblico ministero (così come prevede espressamente il nuovo art. 554 *ter*, terzo comma, c.p.p.).

Questo riferimento espresso alla restituzione del fascicolo del PM impone di evidenziare in questa sede, come sopra già anticipato, la particolare importanza anche del nuovo testo dell’art. 553 c.p.p., che delinea di fatto il perimetro e l’oggetto della cognizione del nuovo giudice dell’udienza predibattimentale.

A tenore del nuovo art. 553, comma 1, c.p.p., infatti, *“Il pubblico ministero forma il fascicolo per il dibattimento e lo trasmette al giudice, unitamente al fascicolo del pubblico ministero e al decreto di citazione immediatamente dopo la notificazione”*¹².

Per espressa previsione legislativa, quindi, il giudice della nuova udienza predibattimentale o udienza filtro potrà – *rectius* sarà tenuto a – conoscere e valutare tutti gli atti delle indagini preliminari contenuti nel fascicolo del PM, e sulla base degli stessi dovrà accertare – in una fase evidentemente ancora preliminare all’apertura del dibattimento – se ricorrano in concreto tutte le condizioni normative che consentono la celebrazione di un giusto processo nei confronti dell’imputato.

3. Gli accertamenti prodromici del giudice dell’udienza filtro.

Ciò premesso, passando all’esame puntuale del testo del nuovo art. 554 *bis* c.p.p., la prima condizione indispensabile che il giudice dell’udienza filtro è tenuto ad accertare per la celebrazione di un giusto processo è la regolare costituzione delle parti.

A tal fine, infatti, ove sia necessario, ai sensi dell’art. 554 *bis*, co. 2, c.p.p., il giudice dell’udienza predibattimentale dovrà anche ordinare *“la rinnovazione degli avvisi, delle citazioni, delle comunicazioni e delle notificazioni di cui dichiara la nullità”*.

Pertanto, nonostante il nuovo art. 553 c.p.p. sopra citato ribadisca che il decreto di citazione diretta a giudizio debba essere trasmesso al giudice – unitamente al fascicolo del PM – *“immediatamente dopo la notificazione”*, resta pur sempre onere del giudice – questa volta dell’udienza predibattimentale – verificare la regolarità delle comunicazioni e delle notifiche.

Solo dopo aver accertato la regolarità delle notifiche, dunque, il giudice potrà verificare se ricorrano i presupposti normativi per poter procedere in assenza dell’imputato, secondo i requisiti della nuova disciplina legislativa prevista dall’art. 420 fino all’art. 420 *sexies* c.p.p.¹³

Difatti, come prevede l’ultimo periodo del medesimo comma 2 dell’art. 554 *bis* c.p.p., *“Se l’imputato non è presente si applicano le disposizioni di cui agli articoli 420, 420-bis, 420-ter, 420-quater, 420-quinquies e 420-sexies”*.

Questo significa che, quando l’imputato non è presente, come attualmente prevede espressamente il novellato art. 420 c.p.p., il giudice potrà verificare la

¹² Inoltre, la trasmissione del fascicolo del PM al giudice comporta anche che, come previsto dal novellato art. 552, lett. g), c.p.p., l’imputato deve essere avvisato che il fascicolo delle indagini preliminari è depositato presso la cancelleria del giudice; quindi, non più presso la segreteria del PM, come invece era originariamente previsto dalla vecchia norma. A tale proposito, v. Relazione dell’Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione n. 2/2023, del 5.1.2023, che evidenzia come tale avviso all’imputato sia funzionale alle esigenze del contraddittorio, completando la *discovery* degli atti di indagine a beneficio delle difese.

¹³ Per un approfondito e puntuale esame della nuova disciplina sull’assenza, cfr. L. KALB, *La nuova disciplina del processo in assenza dell’imputato: la ricerca di una soluzione equilibrata per il superamento di problemi ancora irrisolti*, in G. SPANGHER (a cura di), *La Riforma Cartabia, Codice Penale – Codice di Procedura Penale – Giustizia riparativa*, Pacini Editore, Pisa, 2022.

sussistenza dei requisiti per poter procedere in assenza dell'imputato, ai sensi del nuovo art. 420 *bis* c.p.p., soltanto *"in caso di regolarità delle notificazioni"* e non ricorra nessun legittimo impedimento a comparire dell'imputato di cui all'art. 420 *ter* c.p.p.¹⁴

Più in particolare, secondo quanto prevede il nuovo art. 420 *bis* c.p.p., si potrà procedere in assenza dell'imputato nei seguenti casi.

Ai sensi del comma 1: a) quando l'imputato ha ricevuto la notifica del decreto di citazione diretta *"in mani proprie o di persona da lui espressamente delegata al ritiro dell'atto"*; b) quando l'imputato ha espressamente rinunciato a comparire o, sussistendo un legittimo impedimento (*ex* art. 420 *ter* c.p.p.), ha rinunciato espressamente a farlo valere.

Ai sensi del comma 2, invece, quando il giudice *"ritiene altrimenti provato"* che l'imputato *"ha effettiva conoscenza della pendenza del processo e che la sua assenza all'udienza è dovuta ad una scelta volontaria e consapevole"*¹⁵.

Ai sensi del comma 3, in caso di imputato dichiarato latitante o che si è in altro modo volontariamente sottratto alla conoscenza della pendenza del processo.

In presenza di questi casi il giudice potrà dichiarare l'assenza dell'imputato ai sensi dell'art. 420 *bis*, co. 4, c.p.p. e l'imputato sarà rappresentato dal difensore, salvo che la legge disponga diversamente.

Viceversa, se non ricorra nessuna delle ipotesi appena citate, prima di pronunciare la nuova *"sentenza di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato"* di cui al nuovo art. 420 *quater* c.p.p., il giudice dovrà disporre che il decreto di citazione diretta a giudizio ed il verbale d'udienza siano notificati personalmente all'imputato tramite polizia giudiziaria (*ex* art 420 *bis*, co. 5, c.p.p.¹⁶).

¹⁴ Si riportano qui di seguito i nuovi commi 2 *bis* e 2 *ter* del novellato art. 420 c.p.p.:

«2-*bis*. In caso di regolarità delle notificazioni, se l'imputato non è presente e non ricorre alcuna delle condizioni di cui all'articolo 420-*ter*, il giudice procede ai sensi dell'articolo 420-*bis*.

2-*ter*. Salvo che la legge disponga altrimenti, l'imputato che, dopo essere comparso, si allontana dall'aula di udienza o che, presente ad una udienza, non compare alle successive, è considerato presente ed è rappresentato dal difensore. È altresì considerato presente l'imputato che richiede per iscritto, nel rispetto delle forme di legge, di essere ammesso ad un procedimento speciale o che è rappresentato in udienza da un procuratore speciale nominato per la richiesta di un procedimento speciale».

¹⁵ Secondo quanto prevede la disposizione normativa appena citata, *"A tal fine il giudice tiene conto delle modalità della notificazione, degli atti compiuti dall'imputato prima dell'udienza, della nomina di un difensore di fiducia e di ogni altra circostanza rilevante"*. In tal modo, dunque, il legislatore della riforma ha eliminato quegli *"indici di conoscenza"* del processo elencati nel vecchio testo dell'art. 420 *bis*, co. 2, c.p.p., recependo sostanzialmente l'orientamento della giurisprudenza di legittimità formatosi in materia secondo il quale non si trattava di presunzioni legali, bensì di situazioni di fatto comunque da vagliare caso per caso da parte del giudice, al fine di verificare se l'imputato fosse effettivamente a conoscenza della pendenza processo e, quindi, assente *"volontario"*. In questi termini, da ultimo, cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 17.8.2020, n. 23948, Rv. 279420 – 01, in CED, anche in relazione all'ampia ricostruzione normativa dell'origine del processo penale in *absentia*).

¹⁶ Il nuovo comma 6 dell'art. 420 *bis* c.p.p. consente la restituzione nel termine dell'imputato che compare e prova di non aver avuto effettiva conoscenza del processo; il comma 7, invece, prevede in ogni caso la revoca, anche d'ufficio, della dichiarazione di assenza, con rinotifica del verbale e del rinvio a giudizio all'imputato, se risulta che le condizioni dell'assenza non erano originariamente soddisfatte.

Sempre in merito alla preliminare attività di accertamento della regolare costituzione di tutte le parti, poi, è molto importante rilevare in questa sede che, a seguito del riformato art. 79 c.p.p., in caso di reati a citazione diretta a giudizio, la costituzione della parte civile deve avvenire, a pena di decadenza, proprio davanti al giudice dell'udienza predibattimentale di cui all'art. 554 *bis* c.p.p. (diversamente, in caso di udienza preliminare, di giudizio immediato o di giudizio direttissimo, la costituzione deve avvenire comunque *“prima che siano ultimati gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti”*).

Accertata così la regolarità delle notifiche, la regolare costituzione delle parti e dichiarata l'eventuale assenza dell'imputato secondo la nuova disciplina di cui agli artt. artt. 420 ss. c.p.p., il giudice dell'udienza predibattimentale o udienza filtro, ai sensi dell'art. 554 *bis*, co. 3, c.p.p., sarà poi tenuto a decidere immediatamente tutte le questioni preliminari di cui all'art. 491 c.p.p. e quelle che devono essere proposte entro i termini di cui all'art. 491 c.p.p.

Difatti, come espressamente previsto dalla disposizione normativa appena citata, tutte le questioni preliminari devono essere proposte, a pena di decadenza, subito dopo aver compiuto, per la prima volta, l'accertamento della regolare costituzione delle parti, e non possono essere riproposte nell'udienza dibattimentale.

Più in particolare, secondo quanto dispone testualmente il terzo comma del nuovo art. 554 *bis* c.p.p.: *“3. Le questioni indicate nell'articolo 491, commi 1 e 2, o quelle che la legge prevede siano proposte entro i termini di cui all'articolo 491, comma 1, sono precluse se non proposte subito dopo compiuto, per la prima volta, l'accertamento della costituzione delle parti e sono decise immediatamente. Esse non possono essere riproposte nell'udienza dibattimentale. Si applicano i commi 3, 4 e 5 dell'articolo 491”*.

Di conseguenza, in tutti i processi penali instaurati dopo l'entrata in vigore della legge Cartabia (e per i quali sarà operante la nuova udienza filtro in virtù della data di esercizio dell'azione penale, in base al principio *tempus regit actum*¹⁷), tutte le questioni preliminari dovranno essere proposte davanti al giudice dell'udienza predibattimentale,

¹⁷ Per quanto riguarda la operatività temporale della nuova udienza filtro, è appena il caso di rilevare che il legislatore, pur non essendo assolutamente necessario, in quanto la soluzione era già ampiamente sostenibile argomentando dai principi generali in materia di successione di leggi nel tempo, ha espressamente previsto, con il nuovo art. 89 *bis* del D.lgs. 150/2022 (introdotto dall'art. 5 *octies* del D.L. 160/2022, convertito in L. 199/2022), che le disposizioni *“relative all'udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta, si applicano nei procedimenti penali nei quali il decreto di citazione a giudizio e' emesso in data successiva a quella di entrata in vigore del presente decreto”*. In questo senso, infatti, già la circolare del Ministero della Giustizia - Dipartimento per gli Affari di Giustizia del 20.10.2022, avente ad oggetto proprio *“l'udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta”*, richiamando il generale principio del *tempus regit actum*, aveva avuto modo di evidenziare che *“l'avvenuto esercizio dell'azione penale costituisce lo “spartiacque” della fase procedimentale e, quindi, può essere inteso come punto di riferimento per operare la selezione degli affari soggetti alla previgente od alla nuova disciplina processuale”*.

Nello stesso senso, cfr. la Relazione n. 68/22 del 7.11.2022 dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, § 18, pp. 56 ss., la quale, richiamando i principi dell'irretrattabilità dell'azione penale e del *tempus regit actum*, ha sostanzialmente ribadito che la normativa processuale vigente va individuata nel momento dell'esercizio dell'azione penale da parte del PM con l'emissione del decreto di citazione diretta a giudizio.

subito dopo l'accertamento della regolare costituzione delle parti, e saranno decise dal medesimo giudice, non potendo le stesse essere ripresentate successivamente davanti al diverso giudice dell'istruttoria dibattimentale.

Accertata la regolare costituzione delle parti e decise immediatamente tutte le questioni preliminari, quindi, il giudice dell'udienza filtro, per tutti reati procedibili a querela di parte ed in caso di presenza in udienza anche del querelante, sarà tenuto a verificare se ricorrono in concreto le condizioni necessarie e sufficienti per integrare la speciale causa estintiva del reato costituita dalla remissione di querela con accettazione da parte del querelato, di cui all'art. 152 c.p.

Infatti, ai sensi dell'art. 554 *bis*, comma 4, c.p.p., *“il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, verifica se il querelante, ove presente, è disposto a rimettere la querela e il querelato ad accettare la remissione”*.

In merito a questa peculiare attività di controllo preliminare sulla possibile estinzione del reato per remissione di querela da parte del querelante (accettata – esplicitamente o implicitamente – dal querelato), in realtà già prevista dal vecchio testo dell'art. 555 c.p.p. ed ora demandata al giudice dell'udienza filtro, è opportuno evidenziare che con la Riforma Cartabia sono diventate procedibili a querela di parte diverse fattispecie di reato che costituiscono numericamente l'oggetto di gran parte dei processi penali pendenti davanti al Tribunale in composizione monocratica, ampliando così notevolmente la possibilità che all'esito di tale attività di controllo il processo possa essere definito già davanti al giudice dell'udienza predibattimentale¹⁸.

4. Il controllo sulla correttezza e completezza dell'imputazione.

Sempre dopo l'accertamento della regolare costituzione delle parti e dopo aver deciso tutte le questioni preliminari, poi, ai sensi del combinato disposto di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 554 *bis* c.p.p., il giudice dell'udienza filtro sarà chiamato ad operare anche un vaglio (o giudizio) preliminare sulla correttezza e completezza dell'esercizio dell'azione penale da parte del PM.

Più in particolare, secondo quanto prevede il comma 5 del nuovo art. 554 *bis*, c.p.p., qualora il giudice ravvisi i presupposti che integrano gli estremi del classico vizio della “genericità ed indeterminatezza dell'imputazione”, in quanto il fatto reato non sia stato correttamente descritto “in forma chiara e precisa”, né in relazione agli elementi fattuali della condotta, né in relazione all'esatta indicazione delle norme penali che dalla stessa si ritengono violate (come prescritto dall'art. 552, co. 1, lett. c) c.p.p.), il giudice

¹⁸ A titolo meramente esemplificativo, tra i nuovi reati procedibili a querela di parte vi sono: la violenza privata non aggravata ex art. 610, co. 1, c.p., a meno che non sia commessa nei confronti di persona incapace, per età o per infermità; la truffa, a meno che non ricorra un'aggravante dell'art. 640, co. 2, c.p.; il furto di cui art. 624 c.p., salvo che la p.o. non sia incapace, per età o per infermità, ovvero quando ricorra taluna delle circostanze aggravanti di cui all'art. 625, n. 7, salvo che il fatto si commette su cose esposte a pubblica fede, e 7 *bis*; la contravvenzione di molestia o disturbo alle persone di cui all'art. 660 c.p., a meno che non sia commessa nei confronti di persona incapace, per età o per infermità).

dell'udienza filtro, sentite le parti, sarà tenuto a invitare il PM a riformulare l'imputazione¹⁹. Di conseguenza, se il PM non provveda a riformulare l'imputazione, il giudice dell'udienza predibattimentale dichiarerà la nullità dell'imputazione e disporrà la restituzione degli atti al PM.

Difatti, ai sensi del citato comma 5 dell'art. 554 *bis* c.p.p., *“In caso di violazione della disposizione di cui all'articolo 552, comma 1, lettera c), il giudice, anche d'ufficio, sentite le parti, invita il pubblico ministero a riformulare l'imputazione e, ove lo stesso non vi provveda, dichiara, con ordinanza, la nullità dell'imputazione e dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero”*.

Come si desume dalla lettura della disposizione normativa appena citata, è particolarmente significativo evidenziare che l'invito a riformulare l'imputazione può e deve essere avanzato dal giudice anche d'ufficio, senza necessità di alcuna sollecitazione da parte della difesa dell'imputato, la quale, tuttavia, unitamente al PM, deve essere sempre preliminarmente sentita durante la stessa udienza predibattimentale.

In buona sostanza, si può dire che l'accertamento di cui al comma 5 dell'art. 554 *bis* c.p.p. sia un accertamento che il giudice dell'udienza filtro dovrà compiere in maniera approfondita e penetrante sulla corretta stesura del capo di imputazione ad opera del PM, sia in fatto che in diritto²⁰.

Diversamente, ai sensi del successivo comma 6 dell'art. 554 *bis* c.p.p., qualora verifichi che il fatto-reato descritto nell'imputazione, la sua qualificazione giuridica e le circostanze aggravanti contestate non corrispondano pienamente agli elementi presenti negli atti di indagine contenuti nel fascicolo del PM, *“il giudice, anche d'ufficio, sentite le parti, invita il pubblico ministero ad apportare le necessarie modifiche e, ove lo stesso non vi provveda, dispone, con ordinanza, la restituzione degli atti al pubblico ministero”*²¹.

Qualora, viceversa, a seguito dell'invito rivolto dal giudice, il PM intenda modificare l'imputazione, egli procederà alla relativa contestazione direttamente in udienza e la modifica dell'imputazione sarà inserita nel relativo verbale d'udienza.

¹⁹ È stato esteso, in tal modo, anche al giudice dell'udienza filtro il generale “potere-dovere” del giudice dell'udienza preliminare di richiedere al PM, con apposita ordinanza interlocutoria, di provvedere alle opportune correzioni, precisazioni e integrazioni del capo di imputazione, al fine di assicurare la corretta e costante corrispondenza dell'imputazione a quanto emerge dagli atti delle indagini; tale “potere-dovere” del giudice dell'udienza preliminare, infatti, era stato riconosciuto dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione già dalla sentenza 20.12.2007, n. 5307, Battistella, Rv. 238239, e poi ribadito a più riprese dalla medesima giurisprudenza di legittimità; cfr., nello stesso senso, *ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. III, 25.2.2019, n. 8078.

²⁰ Attraverso tale accertamento, peraltro, si eviterà l'epilogo processuale della restituzione degli atti al PM ex art. 521 c.p.p., ovvero quando, all'esito del dibattimento, il fatto risulti diverso da come descritto nell'originaria imputazione; in tal senso, cfr. Relazione dell'Ufficio del Massimario n. 2/2023 cit.

²¹ Come si è notato da più parti, è proprio nell'ipotesi del mancato accoglimento da parte del PM dell'invito rivoltagli dal giudice di riformulare e/o modificare l'imputazione che si coglie la persistente sostanziale differenza tra i poteri del giudice dell'udienza predibattimentale e quelli – più penetranti ed invasivi – del giudice dell'udienza preliminare; difatti, soltanto a quest'ultimo, e non anche al primo, sarà consentito di disporre e, quindi, ordinare al PM ulteriori attività integrative di indagine, ai sensi dell'art. 421 *bis* c.p.p.

Di conseguenza, in caso di assenza dell'imputato in udienza, il giudice sospende il processo e rinvierà ad una nuova udienza, disponendo che il verbale d'udienza sia notificato all'imputato assente almeno 10 giorni prima della successiva udienza così fissata (*ex art. 554, co. 6, secondo e terzo periodo, c.p.p.*).

Ai sensi dell'art. 554 *bis*, co. 7, c.p.p., se a seguito della modifica dell'imputazione ad opera del PM *"il reato risulta attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale anziché monocratica, l'inosservanza delle disposizioni sulla composizione del giudice è rilevata o eccepita, a pena di decadenza, immediatamente dopo la nuova contestazione"* ovvero, nel caso di imputato assente, *"prima del compimento di ogni altro atto nella nuova udienza fissata"* per la notifica del verbale all'imputato assente.

Entro gli stessi termini (cioè immediatamente dopo la modifica dell'imputazione o prima del compimento di ogni altro atto nella successiva udienza) e sempre a pena di decadenza, inoltre, deve essere sollevata anche l'eventuale eccezione della mancata celebrazione dell'udienza preliminare, se, a seguito della modifica dell'imputazione, risulta un reato per il quale era prevista l'udienza preliminare (art. 554 *bis*, co. 7, ultimo periodo).

5. Gli esiti dell'udienza predibattimentale.

Eseguite, dunque, tutte le attività di verifica o controllo preliminare sopra descritte (circa la regolare costituzione delle parti, la decisione delle questioni preliminari in senso stretto e la correttezza e completezza dell'imputazione), il processo penale potrà essere comunque definito già davanti al giudice dell'udienza filtro, ai sensi del nuovo art. 554 *ter* c.p.p., senza l'ulteriore aggravio della successiva istruttoria dibattimentale, nelle seguenti 3 ipotesi.

a) In primo luogo, quando dagli atti delle indagini preliminari presenti nel fascicolo del PM (trasMESSO *ex art. 553 c.p.p.* ed oggetto di valutazione da parte del giudice) il giudice rilevi immediatamente la sussistenza di una causa di estinzione del reato o di improcedibilità dell'azione penale (*"che non doveva essere iniziata o non deve essere seguita"*) oppure accerti una evidente causa di proscioglimento nel merito dell'imputato (e cioè che *"il fatto non è previsto dalla legge come reato ovvero che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o che l'imputato non è punibile per qualsiasi causa"*): in tutti questi casi, ai sensi dell'art. 554 *ter*, co. 1, c.p.p. il giudice dovrà pronunciare una *"sentenza di non luogo a procedere"*.

b) In secondo luogo, quando il giudice ritenga che, sempre sulla base delle risultanze emergenti dagli atti delle indagini contenuti nel fascicolo del PM, *"gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna"*.

Sulla nozione di ragionevole previsione di condanna torneremo tra breve.

Anche in questo caso, tuttavia, ai sensi dell'art. 554 *ter*, comma 1, secondo periodo, c.p.p., il giudice dovrà pronunciare analoga *"sentenza di non luogo a procedere"*.

In ogni caso, come prevede testualmente l'art. 554 *ter*, comma 1, ultimo periodo, c.p.p. (mutuando una regola che era già prevista dal vecchio testo dell'art. 425, co. 4,

c.p.p. per il giudice dell'udienza preliminare), in entrambe le ipotesi appena richiamate - sia quella sub a) che sub b) - il giudice dell'udienza predibattimentale *“non può pronunciare sentenza di non luogo a procedere se ritiene che dal proscioglimento dovrebbe conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca”*.

c) In terzo ed ultimo luogo, quando la parte abbia fatto istanza di accedere ad uno dei riti alternativi, dell'abbreviato, del patteggiamento, della sospensione del processo con messa alla prova o dell'oblazione. Tali istanze, segnatamente, devono essere proposte, a pena di decadenza, prima della sentenza di luogo a procedere (ai sensi dell'art. 554 *ter*, co. 2, c.p.p.)²².

In merito alla definizione del procedimento penale tramite rito alternativo, è importante segnalare che, sempre ai sensi del nuovo art. 554 *ter*, co. 2, c.p.p., entro lo stesso termine (ovvero prima della sentenza di luogo a procedere), l'imputato ed il PM possono concordare anche l'applicazione di una pena sostitutiva (di cui all'articolo 53 della legge 24 novembre 1981, n. 689), ed *“il giudice, se non è possibile decidere immediatamente, sospende il processo e fissa una apposita udienza non oltre sessanta giorni, dandone contestuale avviso alle parti e all'ufficio di esecuzione penale esterna competente”*²³.

In conclusione, come già anticipato, ai sensi dell'art. 554 *ter*, comma 3, c.p.p., soltanto nel caso in cui non sussistano le condizioni per adottare una sentenza di non luogo a procedere o comunque il processo non sia stato definito mediante uno dei riti alternativi, il giudice fisserà la data dell'udienza dibattimentale *“per la prosecuzione del giudizio”* davanti ad un giudice diverso, disponendo la restituzione del fascicolo del PM.

Ai sensi dell'art. 554 *ter*, co. 4, c.p.p., tra la data del provvedimento e la data della successiva udienza dibattimentale – fissata dal giudice dell'udienza filtro – dovrà intercorrere un termine non inferiore a venti giorni (ma non è prevista alcuna comunicazione o notificazione all'imputato assente)²⁴.

²² In relazione a tale nuovo termine entro il quale è previsto che debbano essere proposte *“a pena di decadenza”* le eventuali istanze di accesso a riti alternativi, normativamente fissato dall'art. 554 *ter*, co. 2, c.p.p. nell'udienza di comparizione predibattimentale, è opportuno segnalare che una parte della dottrina processualista considera tale termine di natura decadenziale soltanto per la proposizione della prima richiesta di rito alternativo (patteggiamento/abbreviato); infatti, in caso di mancato consenso del PM o di rigetto della prima richiesta di accesso a rito alternativo da parte del giudice dell'udienza predibattimentale, secondo tale linea interpretativa, una lettura sistematica ed organica delle disposizioni di cui agli artt. 438, co. 5 e 6 *ter*, e 448 c.p.p. consentirebbe ancora all'imputato di *“rinnovare”* la richiesta di accesso al rito alternativo anche davanti al giudice della cognizione – post udienza predibattimentale – prima della formale apertura del dibattimento.

²³ La disposizione in esame prosegue prevedendo espressamente che *“Si applica, in quanto compatibile, l'articolo 545-bis, comma 2”*, con ciò comportando che il giudice possa richiedere l'acquisizione sia della relazione dell'UEPE sulle condizioni sociali, personali ed economiche del condannato, sia l'informativa P.G., al fine di accertare eventuali condizioni soggettive ostative alla concessione della pena sostitutiva.

²⁴ Per completezza, si riporta il testo delle disposizioni dell'art. 554 *ter* c.p.p. appena citate: *“3. Se non sussistono le condizioni per pronunciare sentenza di non luogo a procedere e in assenza di definizioni alternative di cui al comma 2, il giudice 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. 4. Tra la data del provvedimento e la data fissata per l'udienza dibattimentale deve intercorrere un termine non inferiore a venti giorni”*.

6. Il nuovo giudizio prognostico sulla “ragionevole previsione di condanna”.

Orbene, volendo fornire una prima interpretazione a questo nuovo giudizio prognostico sulla “ragionevole previsione di condanna” che deve essere eseguito dal giudice dell’udienza filtro, allo stato degli atti (contenuti nel fascicolo del PM), non si può non rilevare che la terminologia utilizzata dal legislatore (“ragionevole [previsione di] condanna”) richiami sostanzialmente alla mente la fondamentale regola di giudizio della prova della responsabilità penale – e quindi della condanna – dell’imputato “al di là di ogni ragionevole dubbio” dettata dall’art. 533 del c.p.p. (che cristallizza un principio di civiltà giuridica storicamente ben noto ed applicato dalla giurisprudenza anche prima della riforma della l. 20.2.2006, n. 46 che ha modificato tale disposizione).

Secondo tale regola di giudizio della prova “oltre ogni ragionevole dubbio”, un fatto può dirsi processualmente “provato” quando non vi siano ragionevoli dubbi sulla sua sussistenza²⁵.

L’aggettivo “ragionevole” tempera e riduce la pretesa di verità storica all’interno del processo penale; infatti, non essendo possibile escludere ogni dubbio astrattamente ipotizzabile ai fini della prova processuale di un fatto-reato, ci si limita ad escludere solo i dubbi “ragionevoli”.

Questa regola della prova “oltre ogni ragionevole dubbio”, come affermato dalla migliore dottrina processualistica, rappresenta al tempo stesso la soglia massima e le soglia minima della prova processuale.

Da un lato, infatti, segna il livello massimo della prova, data l’impossibilità di ottenere nel processo penale una prova che vada al di là di ogni possibile dubbio, e che rappresenti quindi una sorta dimostrazione matematica dei fatti; ma, al tempo stesso, segna anche il livello minimo della prova, perché, se si abbassa ulteriormente la soglia della prova sino a renderla compatibile con la presenza di ragionevoli dubbi, si cade inevitabilmente nella zona delle ipotesi più o meno plausibili, delle illazioni, delle congetture, dei sospetti, totalmente incompatibili in uno Stato di diritto.

In altre parole, è una evidente contraddizione in termini affermare che un fatto possa ritenersi “provato” anche quando vi siano ragionevoli dubbi sulla sussistenza dello stesso.

Sulla base di queste argomentazioni, dunque, può affermarsi che il giudizio prognostico sulla “ragionevole previsione di condanna” del giudice dell’udienza filtro (ma il discorso non cambia per il giudice dell’udienza preliminare) debba concretizzarsi in

²⁵ Si discute in dottrina se questa regola di giudizio della prova “oltre ogni ragionevole dubbio” sia volta (o destinata) ad agevolare più le assoluzioni o le condanne, ma senza dubbio rappresenta in concreto per il giudice un severo monito a riflettere attentamente prima di deliberare una sentenza di condanna. Allo stesso tempo, però, la medesima regola vuole sottolineare anche un altro aspetto. E cioè, se il quadro probatorio processuale è assolutamente orientato nel senso della responsabilità dell’imputato, senza alcuna significativa smentita - sulla base degli atti - a favore dello stesso, la circostanza che sia sempre possibile ipotizzare - in linea puramente teorica, astratta e non provata - una versione alternativa dei fatti, compatibile con l’innocenza dell’imputato, non deve impedire al giudice di pronunciare una sentenza di condanna; altrimenti, ogni processo penale sarebbe destinato a concludersi con l’assoluzione.

un accertamento, allo stato degli atti (del fascicolo del PM), sull'effettiva presenza di un "ragionevole dubbio" – sulla sussistenza del fatto-reato o sulla punibilità del suo autore – che all'esito dell'istruttoria dibattimentale non consentirebbe comunque l'adozione di una sentenza di condanna da parte del giudice del dibattimento²⁶.

A tal fine, è evidente che nell'oggetto di valutazione del giudizio prognostico sulla ragionevole previsione di condanna debbano rientrare, senza dubbio, anche gli elementi fattuali che siano "ragionevolmente" indicativi della sussistenza della particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* c.p., quale probabile causa di non punibilità in concreto dell'imputato, e, dunque, quale "ragionevole" causa di proscioglimento dello stesso.

Solo in questi termini potrebbe sostenersi che il giudizio prognostico sulla "ragionevole previsione di condanna" costituisca anche un vaglio preliminare sulla "fondatezza della notizia di reato" da parte del giudice dell'udienza filtro; non trascurando, tuttavia, che la notizia di reato può essere anche "fondata", mentre la nuova regola di giudizio è finalizzata proprio ad evitare un processo penale inutile, dal quale – secondo una prognosi ragionevole – non potrebbe derivare comunque una sentenza di condanna²⁷.

7. Considerazioni conclusive.

Alla luce della breve analisi sopra esposta in merito all'innovativa udienza predibattimentale o udienza filtro, coordinata con le ulteriori novità normative di maggior impatto sul processo penale, delle pene sostitutive, della giustizia riparativa, dell'estensione della non punibilità per pericolare tenuità del fatto, si possono formulare le seguenti prime considerazioni conclusive.

Ancora una volta il legislatore, nell'impossibilità di attuare una seria ed organica riforma di depenalizzazione per le fattispecie di reato cosiddette bagattellari (essa sì vero volano per un'effettiva deflazione dei processi penali inutili), passa la palla alla magistratura, alla quale demanda sostanzialmente la risoluzione di tutti gli annosi problemi dell'attuale giustizia penale: dalla durata dei processi, al sovraffollamento delle carceri, all'esistenza stessa del processo.

Segnatamente, un ruolo centrale e nevralgico viene affidato al giudice monocratico, in particolare al nuovo giudice dell'udienza predibattimentale, che deve essere uno e trino, pensando contemporaneamente a tutte e tre le fasi della pena,

²⁶ In generale, cfr. C. SANTORIELLO, *Le nuove regole di giudizio della Riforma Cartabia, tra una positiva sinergia e una possibile eterogenesi dei fini*, in *Arch. Pen.*, 2022.

²⁷ Giova rilevare che la medesima regola di giudizio della "ragionevole previsione di condanna" ora deve essere osservata sia dal PM per formulare la "richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato", ai sensi del nuovo art. 408 c.p.p. (essendo stato anche abrogato l'art. 125 disp. att. c.p.p., che consentiva la richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato "perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio", ovvero per la non sostenibilità dell'accusa in dibattimento), sia dal GUP per pronunciare sentenza di non luogo a procedere ai sensi dell'art. 425, co. 3, c.p.p.

comminazione, irrogazione ed esecuzione (attraverso la nuova prognosi della “ragionevole previsione di condanna” e l’eventuale applicazione delle nuove pene sostitutive), passando per l’accertamento preliminare della regolare costituzione delle parti e della correttezza - formale e sostanziale - dell’esercizio dell’azione penale da parte del PM.

Nella consapevolezza che la cancrena dell’attuale sistema giudiziario penale è rappresentata dagli innumerevoli ed inutili procedimenti penali pendenti davanti al Tribunale in composizione monocratica (frutto però del panpenalismo normativo degli ultimi decenni e dell’obbligatorietà dell’azione penale), il legislatore della riforma ha trasformato radicalmente il rito a citazione diretta di cui agli artt. 550 ss. c.p.p.

In particolare, il legislatore delegato ha tentato di anticipare il più possibile il momento di arresto definitivo dei processi penali inutili (perché comunque non proiettati ragionevolmente ad addivenire ad una sentenza di condanna all’esito di un’istruttoria dibattimentale, che pertanto sarebbe inutile), introducendo a tal fine nel sistema penale l’inedita udienza di comparizione predibattimentale o udienza filtro, nell’ambito della quale il giudice dovrà immediatamente accertare l’eventuale presenza di una rapida via d’uscita dal processo in favore dell’imputato, così garantendo a quest’ultimo quello che illustre dottrina aveva ormai da tempo definito come il “*diritto al non processo*”²⁸.

Nell’udienza predibattimentale, infatti, oltre ad accertare preliminarmente l’effettiva conoscenza del processo da parte dell’imputato (requisito fondamentale per la dichiarazione della sua assenza), il giudice dovrà: sollecitare eventualmente la remissione di querela da parte del querelante presente e l’accettazione della stessa da parte dell’imputato (così compulsando la formazione di una causa estintiva del reato); accertare la correttezza formale e sostanziale dell’imputazione, se del caso con invito al PM di riformulare e/o modificare l’imputazione stessa, con conseguente restituzione degli atti al PM quando quest’ultimo non accolga tale invito; verificare la possibilità di definire il processo mediante i riti alternativi richiesti dall’imputato o tramite programmi di giustizia riparativa; verificare la presenza di eventuali altre cause estintive del reato o di proscioglimento nel merito, con conseguente adozione della relativa sentenza di non luogo a procedere; infine, ma non per importanza, formulare un giudizio prognostico sulla ragionevole previsione di condanna, allo stato degli atti contenuti nel fascicolo del PM.

Anche in questo caso, come spesso accade per le novità normative processuali, il successo più o meno esteso dell’innovativa udienza filtro dipenderà dalla linfa che ad essa sarà portata concretamente nelle aule di giustizia da tutti gli operatori del diritto coinvolti²⁹. Primi tra tutti i difensori degli imputati, i quali, attraverso le istanze di

²⁸ In questi termini, cfr. Relazione dell’Ufficio del Massimario n. 2/2023, cit., nonché la circolare del Ministero della Giustizia - Dipartimento per gli Affari di Giustizia del 20.10.2022, cit.

²⁹ Sulle non facili sorti che inevitabilmente devono affrontare istituti processuali inediti, quali possibili inneschi di un cortocircuito sistematico, tra cui rientra senza dubbio anche la nuova udienza filtro, cfr. G. SPANGHER, *L’udienza predibattimentale e il giudizio abbreviato condizionato: dalla Relazione Lattanzi due discutibili novità*, in ilpenalista.it.

accesso a riti alternativi/pene sostitutive/programmi di giustizia riparativa, le eccezioni di nullità dell'imputazione e le insinuazioni di ragionevoli dubbi sulla responsabilità penale dell'imputato, magari anche con tempestive produzioni documentali utili a tal fine, certamente potranno essere determinanti per la realizzazione, in tempi più o meno rapidi, dell'ambizioso obiettivo di deflazionare i processi penali inutili.

Purtuttavia, a prescindere dalla meritoria attività di impulso delle difese, che sicuramente non mancherà, è di solare evidenza il ruolo assolutamente centrale che verrà rivestito in concreto dal giudice dell'udienza predibattimentale, soprattutto se si considera la potenzialità espansiva – in termini deflattivi – del nuovo giudizio prognostico sulla ragionevole previsione di condanna.

Anzi, si può forse sostenere che la fortuna dell'udienza predibattimentale sarà direttamente proporzionale alla fortuna che troverà la effettiva applicazione della regola di giudizio della "ragionevole previsione di condanna" da parte del giudice dell'udienza filtro; previsione – di ragionevole condanna – che quest'ultimo dovrà compiere sicuramente proiettandosi nella fase dell'istruttoria dibattimentale e seguendo le regole probatorie tipiche della fase della cognizione, di cui all'art. 533 c.p.p. (ovvero della prova del fatto oltre ogni ragionevole dubbio), ma certamente avendo come oggetto di valutazione e, quindi, prendendo in considerazione soltanto il contenuto degli elementi acquisiti al fascicolo del PM e quelli – eventualmente – già prodotti dalla difesa³⁰, ma non anche le possibili integrazioni dibattimentali ulteriori (quali, ad esempio, le eventuali attività integrative di indagine sopravvenute o l'ammissione di nuove prove *ex art.* 507 c.p.p.).

Di conseguenza, nel caso in cui emergano, già allo stato dagli atti delle indagini preliminari contenuti nel fascicolo del PM, dei "ragionevoli dubbi" sulla sussistenza del fatto-reato, sull'attribuibilità dello stesso all'imputato o sulla punibilità di quest'ultimo, poiché, ad esempio, vi è una carenza/incompletezza delle indagini per assenza di riscontri estrinseci sulla realizzazione della condotta criminosa o sulla sussistenza dell'evento del reato, il giudice dell'udienza predibattimentale, rispettando pienamente lo spirito deflattivo-garantista del legislatore della riforma Cartabia e non potendosi sostituire al potere integrativo di indagine del PM, potrà indubbiamente adottare una sentenza di non luogo a procedere per assenza di una ragionevole previsione di condanna, senza preoccuparsi degli eventuali – ma soltanto ipotetici, futuri ed astratti – ulteriori riscontri esterni che potrebbero essere introdotti dal PM in sede di istruttoria dibattimentale.

A conferma di quest'ultima interpretazione, che limita l'oggetto di valutazione del giudizio prognostico sulla ragionevole previsione di condanna soltanto a quanto già risulta emergente dagli atti presenti nel fascicolo del PM (e a quelli che la difesa intenderà far affluire), sembra orientato lo stesso dato letterale dell'art. 554 *ter*, co. 1, secondo periodo, c.p.p., che richiamata espressamente soltanto "*gli elementi acquisiti*" nel fascicolo del PM, quindi, in quanto tali, in esso già contenuti.

³⁰ A tale riguardo, merita di essere segnalato l'orientamento di una parte della dottrina secondo la quale la difesa interessata, nell'esercizio delle generali prerogative del diritto di difesa, potrebbe produrre la relativa documentazione difensiva anche nel corso dell'udienza predibattimentale.

In conclusione, se sulla base degli atti vi è una carenza o incompletezza delle indagini che comporti la presenza di un ragionevole dubbio, il giudice dell'udienza predibattimentale non dovrà avere alcuna remora processuale nell'adottare la nuova sentenza di non luogo a procedere per assenza di ragionevole previsione di condanna di cui all'art. 554 *ter* c.p.p., non potendosi preoccupare neanche di una ipotetica dispersione della prova, dovendo invece ben rammentare che, ai sensi dell'art. 554 *quinqüies* c.p.p., la predetta sentenza di non luogo a procedere è pur sempre revocabile, su richiesta del PM, quando quest'ultimo abbia acquisito nuove fonti di prova determinanti per l'utilità del giudizio.

Se l'ottica della riforma è quello di arrestare il più possibile i processi penali inutili e, più in generale, di ridurre drasticamente la durata dei processi, allora anche la nuova regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna dovrebbe essere interpretata in tal senso.

**DIFFAMAZIONE A MEZZO STAMPA, AUTONOMA
PORTATA DIFFAMATORIA DEL TITOLO E RIFLESSIONI
SULL'ATTUALITÀ DEL CRITERIO DELLA PERCEZIONE
DEL "LETTORE MEDIO" NELL'ERA DEL GIORNALISMO ONLINE**

*Nota a Cass. Pen., Sez. 5, 13 ottobre 2022 (dep. 10 gennaio 2023), n. 503,
Pres. Scarlini, est. Belmonte*

di Emma Turetta

Abstract. Con la sentenza che si annota, in tema di diffamazione a mezzo stampa, la Corte di Cassazione ha ribadito il principio di diritto per cui è da escludersi il carattere diffamatorio della pubblicazione che sia incapace di ledere o mettere in pericolo l'altrui reputazione per la percezione che ne possa avere il "lettore medio", intendendo con tale ultima espressione il soggetto che, lungi dal fermarsi alla mera lettura del titolo, vada ad esaminare, seppur senza particolare sforzo o arguzia, il testo dell'articolo e gli altri elementi che concorrono a delineare la pubblicazione. La decisione, che senz'altro costituisce rinnovata occasione per affrontare il tradizionale tema del bilanciamento tra libertà di parola e reputazione individuale, dà altresì l'opportunità di ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale di un criterio, quello della "percezione del lettore medio", che, fin dagli anni Novanta, funge da ago della bilancia per individuare il confine tra lecito esercizio del diritto di cronaca giornalistica e illecita offesa all'altrui reputazione. In particolare, si avrà modo di porre in evidenza come l'utilizzo di tale criterio, nato con riferimento alla diffamazione a mezzo di giornali cartacei, debba oggi fare i conti con le peculiarità del giornalismo online e con le mutate abitudini dei suoi fruitori. Una breve disamina del fenomeno, non scevra da considerazioni di carattere sociologico, permetterà di comprendere le ragioni per cui, quando la diffamazione a mezzo stampa si trasferisce su Internet, la suindicata concezione di "lettore medio" appalesa i propri limiti, impedendo di assicurare un'adeguata tutela alla reputazione, specie laddove – come accade nella vicenda oggetto della sentenza in esame – la lesione all'altrui reputazione sia localizzata nel solo titolo dell'articolo di giornale.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La vicenda *de qua*. – 3. La reputazione individuale: un bene giuridico dalla connotazione relativa e graduabile. – 4. Il criterio del c.d. "lettore medio" come sede del bilanciamento tra tutela della reputazione e diritto di cronaca giornalistica. – 5. L'autonoma portata diffamatoria del titolo: una questione da risolvere con l'impiego del criterio del lettore medio. – 6. La motivazione della Cassazione nel caso di specie: il lettore medio non è assimilabile ad un lettore frettoloso. – 7. Il nuovo volto del giornalismo nell'era del *web 2.0*: riflessioni sull'attualità del criterio del lettore medio in tema di diffamazione a mezzo stampa *online*.

1. Introduzione.

Con la decisione che si annota¹, la Corte di Cassazione ha confermato un recente arresto² in tema di diffamazione a mezzo stampa in base al quale “deve escludersi il carattere diffamatorio di una pubblicazione quando essa sia incapace di ledere o mettere in pericolo l’altrui reputazione per la percezione che ne possa avere il lettore medio, ossia colui che non si fermi alla mera lettura del titolo e ad uno sguardo alle foto (lettore c.d. “frettoloso”), ma esamini, senza particolare sforzo o arguzia, il testo dell’articolo e tutti gli altri elementi che concorrono a delineare il contesto della pubblicazione, quali l’immagine, l’occhiello, il sottotitolo e la didascalia”.

La sentenza in esame suscita interesse perché, nel ribadire il criterio della “percezione del lettore medio”³, ripropone il tradizionale tema dei limiti da apporre alla libertà di manifestazione del pensiero e, in particolare, al diritto di cronaca giornalistica, per effetto del bilanciamento con il bene, di pari rilevanza costituzionale, della reputazione individuale. In particolare, questa pronuncia, relativa ad una vicenda di diffamazione perpetrata tramite un articolo di un giornale *online*, costituisce un’importante occasione di riflessione rispetto all’attualità del citato criterio, che, nato negli anni Novanta con riferimento ai giornali cartacei, deve oggi fare i conti con le peculiarità dell’informazione *online* e dei suoi fruitori.

2. La vicenda *de qua*.

La vicenda *de qua* nasce dalla pubblicazione, su un quotidiano *online*, di un articolo dal titolo: “M.M., il politico imputato per tangenti, scopre il business turistico. Ma debutta con una multa per abusivismo”⁴. Il pezzo-inchiesta affrontava alcuni aspetti della vita del politico, soffermandosi sulle attività imprenditoriali svolte dallo stesso nonché sulle inchieste giudiziarie che avevano visto coinvolta la sua famiglia, includendo anche – per ciò che interessa in questa sede – una multa inflitta dalla Polizia locale ad una società gestita dai suoi familiari.

Per effetto della querela proposta dal politico e imprenditore, si apriva un procedimento penale, all’esito del quale il Tribunale di Milano perveniva alla condanna, anche agli effetti civili, dell’autore dell’articolo per il reato di diffamazione aggravato dall’utilizzo del mezzo della stampa *ex art.* 595, co. 3, c.p.⁵; insieme al predetto, veniva

¹ Cass. pen., Sez. V, 10 gennaio 2023, n. 503.

² Cass. pen., Sez. V, 14 novembre 2019, n. 10967.

³ Tra le altre, si vedano: Cass. pen., Sez. V, 10 luglio 2019, n. 47041; Cass. pen., Sez. V, 27 giugno 2019, n. 39059; Cass. pen., Sez. V, 16 maggio 2006, n. 39135; Cass. pen., Sez. V, 24 novembre 2004, n. 46858; Cass. pen., Sez. V, 7 febbraio 1995, n. 3214.

⁴ Il medesimo articolo veniva peraltro ripubblicato dallo stesso autore su un settimanale *online* lo stesso era direttore responsabile.

⁵ Ai sensi dell’art. 595, co. 3, c.p. “Se l’offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a cinquecentosedici euro”. Il termine “stampa” costituisce un elemento normativo che presuppone

ritenuto responsabile anche il direttore responsabile della testata, reo di aver omesso di esercitare il controllo necessario ad evitare l'offesa all'altrui reputazione *ex art. 57 c.p.* La condanna veniva confermata dalla Corte di appello di Milano, che riconosceva gli imputati responsabili dei reati agli stessi ascritti, condannandoli alla sanzione penale pecuniaria ritenuta di giustizia, nonché al risarcimento del danno non patrimoniale sofferto dalla persona offesa.

In particolare, la Corte di appello rinveniva la lesione alla reputazione della persona offesa nella frase, contenuta nel titolo, "ma debutta con una multa per abusivismo", rilevando come il termine "multa", specie laddove accostato al fenomeno dell'"abusivismo", fosse tale da evocare nella mente del lettore "una violazione rilevante sul piano penale", precisamente in materia edilizia. Ad avviso del giudice di secondo grado, il registro linguistico usato nel titolo dell'articolo era da ritenersi idoneo ad ingenerare nei lettori l'erronea convinzione che la persona offesa si fosse resa responsabile di un illecito penale, specificamente nel settore dell'edilizia, quando invece la sanzione a cui faceva riferimento il titolo non solo non aveva natura penale, ma non riguardava nemmeno la materia degli abusi edilizi; senza considerare che della stessa non era stata destinataria la persona offesa, bensì la società gestita dai familiari di quest'ultima.

Da qui l'intervento della Cassazione, chiamata a verificare l'impermeabilità della sentenza di merito rispetto alle censure di entrambi gli imputati – l'autore dell'articolo e il direttore del giornale *online* – i quali, con un unico ricorso, affidavano le proprie doglianze a sei motivi. Con il solo motivo ritenuto fondato dagli Ermellini, i ricorrenti lamentavano l'erronea applicazione dell'art. 595 c.p. in ordine al carattere diffamatorio dell'inciso contestato. In particolare, ad avviso dei ricorrenti, la Corte di appello, nel ritenere che i termini "multa" e "abusivismo" fossero tali da far credere al lettore medio che la persona offesa avesse commesso un illecito penale di natura edilizia, sarebbe giunta a sostenere la carica diffamatoria delle citate espressioni soltanto per il tramite di un'ingiustificata forzatura dei limiti formali e concettuali risultanti dal testo palese dell'articolo, in violazione del divieto per il giudice di integrare il pensiero dell'agente ricercandovi significati inespressi e a lui sfavorevoli. Ritenuto il motivo fondato e valutatolo assorbente rispetto agli altri, la Suprema Corte annullava senza rinvio la sentenza di condanna resa dalla Corte di appello di Milano e conseguentemente assolveva gli imputati per insussistenza del fatto.

Prima di affrontare la motivazione fornita dai giudici di legittimità – che hanno colto l'occasione per ribadire il più recente indirizzo giurisprudenziale in tema di percezione del lettore medio, quale criterio per valutare l'offesa alla reputazione – si ritiene opportuno inserire, senza pretese di esaustività, alcune considerazioni di carattere generale sul bene giuridico tutelato dal delitto di diffamazione, con particolare attenzione al suo rapporto con la libertà di manifestazione del pensiero. In particolare,

il rinvio all'art. 1 della L. 8 febbraio 1948, n. 47, "Disposizioni sulla stampa", in cui essa viene identificata in "tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione, cui si deve aggiungere qualsiasi altro mezzo di pubblicità realizzata utilizzando un qualunque strumento destinato ad un numero indeterminato di persone".

si darà atto dell'evoluzione del criterio della percezione del lettore medio nella giurisprudenza di legittimità, quale "ago della bilancia" per individuare il confine tra tutela della reputazione individuale e libero esercizio del diritto di cronaca giornalistica.

3. La reputazione individuale: un bene giuridico dalla connotazione relativa e graduabile.

Come noto, il bene giuridico tutelato dal delitto di diffamazione è costituito dalla "reputazione", che, a sua volta, rappresenta un peculiare aspetto del più ampio concetto di "onore", da intendersi come l'insieme delle qualità morali, intellettuali e fisiche da cui dipende il valore della persona nel contesto sociale in cui vive⁶. Nel testo originario del Codice Rocco, la protezione penale dell'onore era affidata ai delitti di ingiuria⁷ e di diffamazione⁸, posti a tutela di due distinti profili del medesimo bene giuridico. Così, secondo l'opinione tradizionale, l'ingiuria tutelava l'onore in senso c.d. "soggettivo" o

⁶ Cit. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, vol. I, XVII ed. aggiornata a cura di A. ROSSI, Milano, 2022, pp. 202 ss. L'onore, che dà peraltro il titolo al Capo II del Titolo XII del vigente Codice penale, è stato anche definito come un bene giuridico dall'anima fragile e inafferrabile "a causa dell'indeterminatezza e della varietà della sua essenza pregiuridica" (cit. M. SPASARI, *Diffamazione e ingiuria* (voce.), in *Enc. Diritto*, XII, 1964). Trattasi di un bene giuridico immateriale "non definibile una volta per tutte, per ogni tempo e per ogni luogo" (cit. E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974): per tale motivo, la dottrina e la giurisprudenza sono state a lungo impegnate nel tentativo di riempirlo di contenuti.

⁷ Come noto, il reato di ingiuria è stato abrogato ad opera del D.lgs. n. 8/2016, che, in attuazione dell'art. 2 della L. di delega n. 67/2014, lo ha contestualmente trasformato in un illecito civile assistito dalla sanzione del risarcimento del danno. Tale intervento legislativo, ispirato al principio di sussidiarietà del diritto penale e volto a ridurre l'area del penalmente rilevante, ha abrogato o depenalizzato una serie di reati in ragione della loro scarsa offensività o della loro natura bagatellare: in particolare, le fattispecie depenalizzate sono state poste sotto la competenza dell'autorità amministrativa, mentre invece quelle oggetto di abrogazione – come, appunto, l'ingiuria – sono state assistite da inedite sanzioni pecuniarie civili. Cfr. L. ROCCATAGLIA, *I decreti sulle depenalizzazioni in Gazzetta Ufficiale. Ecco cosa cambia*, in *Giurisprudenza penale web*, 2016, 1, 28 gennaio 2016. Rispetto alle disposizioni abrogative del reato di ingiuria è stata recentemente sollevata questione di legittimità costituzionale per la pretesa violazione degli artt. 2 e 3 Cost.: si è rilevato che declassare l'ingiuria ad un illecito civilistico, riducendo la tutela penale dell'onore al solo delitto di diffamazione, non sarebbe sufficientemente garantistico di tale bene giuridico, che trova peraltro tutela costituzionale agli artt. 2 e 3 Cost. La Corte costituzionale ha ritenuto la questione inammissibile: il diritto all'onore, pur essendo un diritto fondamentale costituzionalmente tutelato, non è oggetto di obblighi di incriminazione, di origine costituzionale o sovranazionale, tali da limitare la discrezionalità del legislatore nella determinazione della modalità della sua tutela. Quest'ultima, pertanto, può ben essere affidata – oltre che al tradizionale rimedio penalistico – anche a sanzioni pecuniarie di carattere civile. Si veda: Corte Cost., 23 gennaio 2019, n. 37, nota a sentenza di O.M. PALLOTTA, *The first duty of intelligent men is the restatement of the obvious: ovvero l'abrogazione del reato di ingiuria sul tavolo della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto dei media*, 1 agosto 2019.

⁸ Per aversi diffamazione, e non ingiuria, occorre che la comunicazione offenda l'onore di una persona assente: è proprio nell'assenza del soggetto leso che risiede la maggior capacità lesiva di tale delitto rispetto a quello di ingiuria, nell'ambito della quale – a differenza di quanto avviene nel delitto di cui all'art. 595 c.p. – al destinatario dell'espressione ingiuriosa è quantomeno data la possibilità di difendersi da quest'ultima, essendo presente nel momento in cui viene pronunciata. Cfr. G. CASSANO – M. SGROI, *La diffamazione civile e penale*, Milano, 2011, p. 96.

“interiore”, da intendersi come sentimento che ognuno ha di sé e della propria dignità morale, mentre invece la reputazione, quale specifico bene giuridico tutelato dal delitto di diffamazione, stava ad indicare il profilo “oggettivo” o “esteriore” dell’onore, quale considerazione e stima di cui l’individuo gode presso gli altri consociati⁹.

Tale ricostruzione teorica postulava una concezione “fattuale” dell’onore, considerato come sentimento del proprio o dell’altrui valore, ma recava con sé il rischio di un’eccessiva relativizzazione della tutela penale: accedendo a questa impostazione, infatti, si rischiava di subordinare l’applicazione delle fattispecie in esame, nel caso dell’ingiuria, all’opinione del soggetto passivo del reato o, nel caso della diffamazione, a quella dei membri del gruppo sociale cui lo stesso apparteneva¹⁰.

Prendendo atto di tali obiezioni, si è sviluppato in dottrina un filone c.d. “normativo”, in base al quale l’onore sarebbe da intendersi non più come un fatto, bensì come un “valore presente in ciascun uomo in quanto discendente direttamente dalla sua personalità”¹¹. In questa impostazione, l’onore non è altro che un attributo originario dell’essere umano e, come tale, dev’essere tutelato oggettivamente, a prescindere dall’effettiva percezione dell’offesa da parte del soggetto passivo e della collettività.

Il principale problema della concezione normativa attiene all’astrattezza del concetto di onore come “valore”, che determina la necessità di individuare dei parametri di riferimento per riempirlo di significato. Questa criticità è in parte venuta meno con l’entrata in vigore della Costituzione, la quale ha portato ad una lettura in chiave personalistica e costituzionalmente orientata di tale bene giuridico, in virtù della quale lo stesso, pur non essendo espressamente previsto nel testo costituzionale, sarebbe

⁹ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. 2, tomo 1, *I delitti contro la persona*, Zanichelli, 2020, p. 95. Così, anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, cit., p. 202, secondo cui “il riflesso soggettivo (dell’onore) è costituito dall’apprezzamento che l’individuo fa delle sue doti e, in sostanza, dal sentimento del proprio valore sociale; il riflesso oggettivo è rappresentato dal giudizio degli altri, e precisamente dalla considerazione in cui l’individuo è tenuto dal pubblico e dalla reputazione di cui gode nella comunità”.

¹⁰ Sui limiti della concezione “fattuale” dell’onore e della reputazione, si veda G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., p. 96, che osserva che, accedendo a questa impostazione, sarebbero esclusi dalla tutela penalistica tutti i soggetti incapaci di percepire il significato offensivo dei termini espressi contro di loro (per esempio, i minori e gli infermi), ma anche i soggetti privi di reputazione, o perché “disistimati” dalla collettività (per esempio, la prostituta o il criminale) oppure semplicemente perché non conosciuti. In tutti questi casi, mancando una reputazione o essendo totalmente negativa, non si potrebbe nemmeno configurare l’offesa al bene giuridico e, di conseguenza, neanche il reato.

¹¹ Cit. E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, cit., p. 35. Per la concezione normativa dell’onore, si veda anche A. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale: le alternative di tutela*, Padova, 1989, pp. 69 ss.: più precisamente, quella anzidetta è la definizione di onore secondo la variante c.d. morale della concezione normativa dell’onore, che si contrappone alla variante normativo-sociale di tale concetto. Mentre nella variante morale l’onore scaturisce dal valore intrinseco di ogni uomo in quanto tale, a prescindere dalla sua appartenenza ad una comunità, secondo la variante sociale, invece, esso presuppone l’integrazione dell’individuo in società e deriva dai meriti comunitari acquisiti dallo stesso. Accedendo a quest’ultima impostazione, l’onore diviene un parametro etero-indotto dalla società, che, pur consentendo di porre in risalto le particolarità dell’individuo, determina però il rischio che l’onore venga interpretato esclusivamente con riferimento alla posizione sociale ricoperta dal soggetto, con la conseguenza che gli individui privi di stima sociale resterebbero del tutto privi di tutela. Per tale ragione, la concezione normativo-sociale è stata abbandonata ed ha finito per prevalere la variante morale.

comunque da intendersi tutelato agli artt. 2 e 3 Cost., come fondamentale espressione della dignità umana e del principio di eguaglianza¹².

Quest'ultima è la concezione accolta dalla giurisprudenza di legittimità che, in tema di bilanciamento tra reputazione individuale e libero esercizio del diritto di cronaca giornalistica – oggetto di tutela dell'art. 21 Cost. in quanto peculiare forma espressiva della libertà di parola – è consolidata nel ritenere che esista un nucleo inviolabile di dignità umana da riconoscersi a ogni persona, a prescindere dal grado di considerazione sociale di cui la stessa gode¹³. Da tale principio deriva che la tutela penale assicurata dal delitto di cui all'art. 595 c.p. si estende anche ai soggetti il cui onore sia già stato per vari motivi compromesso o che addirittura siano completamente privi di stima presso la rispettiva comunità di appartenenza. Per altro verso, accedendo integralmente a questo filone – in base al quale l'onore è un valore intrinseco all'essere umano in quanto tale – risulta impossibile porre in risalto le particolarità dell'individuo, con la conseguenza che la tutela di questo bene giuridico sembrerebbe non poter essere diversificata a seconda delle caratteristiche della persona offesa¹⁴.

È per tale motivo che la giurisprudenza di legittimità non ha abbandonato del tutto la prospettiva fattuale, riconoscendo che l'onore, lungi dal poter essere inteso in senso statico e assoluto, si configura quale bene giuridico complesso, tale da includere tanto il valore interno di ciascun uomo quanto la sua considerazione agli occhi della comunità in cui lo stesso si inserisce. In definitiva, la definizione di onore accolta in dottrina e giurisprudenza è il frutto di una c.d. variante mista o normativa-fattuale di tale concetto, all'interno del quale convivono inscindibilmente una componente valoriale ed una fattuale¹⁵. Nella pratica, ciò comporta che, per stabilire l'idoneità offensiva di una data espressione, si adotti un criterio di "media convenzionale" che fa riferimento "alle personalità dell'offeso e dell'offensore, nonché al contesto in cui detta espressione sia stata pronunciata ed alla coscienza sociale"¹⁶.

¹² G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, p. 95. Vi è chi rinviene la tutela costituzionale della dignità umana, oltre che negli artt. 2 e 3 Cost., anche nell'art. 36, co. 1, Cost. (nella parte in cui prevede che la retribuzione del lavoratore deve garantire un'"esistenza libera e dignitosa") e nell'art. 41, co 2. (che cita la "dignità umana" con la quale l'iniziativa economica privata non può essere in contrasto): in questo senso, si veda A. PACE – M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Bologna, 2006, pp. 111-112.

Va peraltro richiamata l'esistenza di un orientamento dottrinale minoritario che nega qualsiasi caratura costituzionale al bene giuridico dell'onore. In questo senso, cfr. A. FALZEA, *Riflessioni su un'equazione: ingiuria = reato presunto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, pp. 580 ss., che afferma "La norma che incrimina l'ingiuria è uno degli ultimi baluardi di una feticistica considerazione della persona improntata su valori formali che non reggono più alla stralciante revisione della contingenza storica".

¹³ Si vedano, tra le altre: Cass. pen., sez. V, 27 marzo 2015, n. 19090; Cass. pen., sez. V, 4 luglio 2008, n. 34599.

¹⁴ E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 44 e ss.

¹⁵ P. SIRACUSANO, *Ingiuria e diffamazione*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 32.

¹⁶ Cit. Cass. pen., sez. V, 18 giugno 2015, n. 35027. La concezione di onore fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità sembra dunque collocarsi a metà strada tra la concezione fattuale e la concezione normativa: l'onore costituisce un bene giuridico complesso, composto sia da elementi di fatto che da elementi di valore, che dev'essere valutato all'interno di un orizzonte personalistico e costituzionalmente orientato; in quest'ottica, l'onore è sì un diritto della personalità, ma ha altresì natura relazionale, consistendo nel "rapporto di riconoscimento" che rende possibile l'autonomia dei singoli e il conseguente sviluppo

L'introduzione di tale correttivo fattuale alla concezione normativa, pur permettendo di mitigare l'astrattezza del concetto di onore, per altro verso, fa sì che la valutazione giudiziale rispetto alla sussistenza di un'offesa all'altrui reputazione assuma una connotazione graduabile e relativa, potendo una certa espressione risultare diffamatoria nei confronti di un soggetto e non di un altro, ovvero in un determinato contesto e non in un altro¹⁷. È importante chiarire che questo relativismo incontra pur sempre un argine nel rispetto del principio costituzionale della dignità umana, che impone di considerare quale limite invalicabile la sussistenza di un "onore minimo", che va riconosciuto a chiunque per il solo fatto di essere una persona: ne consegue che il carattere diffamatorio di una certa espressione potrà dipendere dal contesto in cui la stessa si inserisce o dalle caratteristiche personali dell'offeso solo ed esclusivamente laddove sia rispettato questo *minimum* di tutela costituzionale¹⁸.

personale all'interno di una comunità di eguali. Sul punto: E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, p. 145 e ss.

¹⁷ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale, cit.*, p. 205. Con riferimento ad espressioni o epiteti ingiuriosi, vengono in rilievo numerose sentenze della giurisprudenza di legittimità in cui si è ritenuto necessario procedere ad una valutazione del contesto verbale ed ambientale per verificare la sussistenza di un'offesa alla reputazione: tra queste, in Cass. pen., Sez. V, 31 marzo 2008, n. 13565 si è affermato che "il reato di diffamazione oggettivamente configurabile nel fatto di definire taluno come *furfante* o *responsabile di furfanterie* può ritenersi scriminato in virtù dell'art. 51 c.p. quando detta definizione si collochi in un contesto di polemica politica, significando il ritenuto disvalore di scelte che si assumano compiute in contrasto con l'interesse collettivo". Analogamente, in Cass. pen., Sez. V, 25 agosto 2006, n. 29436, si è sostenuto che "sussiste la scriminante di cui all'art. 51 c.p. (esercizio del diritto di critica) nella condotta di un giornalista ambientalista che – nel corso di una trasmissione televisiva a difesa dei beni naturali – utilizza l'espressione *uomini squalo* nei confronti dei responsabili di speculazioni edilizie, considerato che, data per accertata la non rispondenza agli strumenti urbanistici dell'opera realizzata, il termine *squalo*, ancorché aspro, non è volgare né paragonabile, nel contesto in cui è inserito, all'insulto gratuito o all'invettiva libellistica e nemmeno può considerarsi sproporzionato o sovrabbondante rispetto all'interesse preordinato a risvegliare nonché all'indignazione dovuta alla circostanza che l'autore di tale speculazione – che aveva aggirato le regole a presidio dei valori ambientali – era per di più un magistrato". Nello stesso senso, anche Cass. pen., Sez. V, 29 novembre 2016, n. 50659, che, relativamente alla portata offensiva del termine "omosessuale", ha chiarito che "è da escludersi che lo stesso abbia conservato nel presente contesto storico un significato intrinsecamente offensivo come, forse, poteva ritenersi in passato, essendo entrato nell'uso comune. A differenza di altri appellativi che veicolano il medesimo concetto con chiaro intento denigratorio secondo i canoni del linguaggio corrente, il termine in questione assume infatti un carattere di per sé neutro, limitandosi ad attribuire una qualità personale al soggetto evocato".

¹⁸ Ciò significa anche che determinate modalità espressive sono da considerarsi offensive, e quindi inaccettabili, a prescindere dal contesto in cui sono pronunciate e dalle caratteristiche della persona a cui sono rivolte; si tratta di espressioni che manifestano un'intrinseca carica di disprezzo o che rivelano la volontà di umiliare il destinatario. Così, Cass. pen., sez. V, 27 marzo 2015, n. 19070. Sono tali le espressioni "con cui si disumanizza la vittima, assimilandola a cose, animali o concetti comunemente ritenuti ripugnanti, osceni, disgustosi": così si è espressa Cass. pen., sez. V, 29 settembre 2011, n. 42933. Così, anche C. App. Palermo, sez. III penale, 6 febbraio 2015, n. 538, secondo cui "la valutazione del contesto in cui la condotta si colloca [...] non può in alcun modo scriminare l'uso di espressioni che si risolvono nella denigrazione della persona di quest'ultimo in quanto tale". Ancor più recentemente, Cass. pen., 2021, n. 8898, che, in tema di diffamazione tramite *social network*, ha precisato: "Ai fini del legittimo esercizio di critica, si deve tener conto non solo del tenore del linguaggio utilizzato, ma anche dell'eccentricità delle modalità di esercizio della critica, restando fermo il limite del rispetto dei valori fondamentali, che devono ritenersi sempre superati quando la persona offesa, oltre che al ludibrio della sua immagine, sia esposta al

4. Il criterio del c.d. “lettore medio” come sede del bilanciamento tra tutela della reputazione e diritto di cronaca giornalistica.

La connotazione relativa e variabile del concetto di lesione alla reputazione – che richiede quasi¹⁹ sempre una valutazione del contesto in cui il messaggio diffamatorio si colloca e del destinatario a cui lo stesso è rivolto – ha portato la giurisprudenza di legittimità ad elaborare, in ossequio ai principi di legalità e tassatività propri della materia penale, un criterio per valutare se, in tema di diffamazione a mezzo stampa, le forme espressive usate siano da ritenersi offensive dell'altrui reputazione. Trattasi del canone della “percezione del lettore medio”, in base al quale, in tema di diffamazione a mezzo stampa, la carica diffamatoria della condotta espressiva non dipende tanto dalla forma grammaticale o sintattica delle frasi in sé considerate, quanto invece dall'idoneità della condotta a ledere l'altrui reputazione *secondo la percezione del lettore medio*: ne deriva che il reato *de quo* sarà integrato anche quando il contesto della pubblicazione sia tale da determinare il mutamento del significato apparente di una o più frasi, altrimenti non diffamatorie, attribuendo loro un contenuto allusivo *percepibile* dal fruitore medio di quella pubblicazione²⁰.

Come anticipato, il citato criterio si concreta in uno strumento ermeneutico in grado di guidare il giudice nella delicata operazione di bilanciare il diritto di cronaca giornalistica con la tutela della reputazione individuale. In particolare, nella prassi giudiziale, esso disvela la propria utilità su due fronti: da un lato, permette di verificare la sussistenza del fatto tipico del delitto di diffamazione, obbligando il giudice ad assolvere per insussistenza del fatto laddove l'offesa all'altrui reputazione non sia percepibile agli occhi del lettore medio; dall'altro, una volta verificata l'integrazione del fatto tipico, tale criterio guida la valutazione giudiziale relativamente alla sussistenza

pubblico disprezzo”.

¹⁹ La giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato come determinate modalità espressive siano da considerarsi di per sé diffamatorie a prescindere dal contesto in cui sono inserite e a prescindere dal destinatario cui sono rivolte, in quanto lesive di quel *minimum* di onore che spetta a ciascuno per il fatto di essere uomo (si veda la nota precedente).

²⁰ Cit. Cass. pen., Sez. V, 18 maggio 1999: imputato era un giornalista che, pur avendo riferito circostanze vere, quali le accertate parentele della persona offesa e la sua origine siciliana, aveva utilizzato tali espressioni in un contesto narrativo tale da indurre nel lettore il sospetto che la persona offesa fosse legata a qualche organizzazione mafiosa. Nello stesso senso si era già pronunciata Cass. pen., Sez. V, 17 settembre 1998, n. 9839, che aveva affermato il principio per cui “in materia di diffamazione a mezzo stampa, è necessario, perché si perfezioni il reato, che il contesto determini un mutamento del significato apparente della frase altrimenti non diffamatoria, dando alle stesse quantomeno un contenuto allusivo, percepibile dal lettore medio”. Nello stesso senso, più recentemente, Cass. pen., Sez. V, 19 dicembre 2005, n. 45910, che, in tema di diffamazione a mezzo stampa, ha chiarito che la pubblicazione di una notizia falsa, ancorché espressa in forma dubitativa, è idonea a ledere l'altrui reputazione “allorché le espressioni utilizzate nel contesto dell'articolo siano ambigue, allusive, insinuanti ovvero suggestionanti, e perciò idonee a ingenerare nella mente del lettore il convincimento dell'effettiva rispondenza a verità dei fatti narrati”.

della scriminante del diritto di cronaca giornalistica, in particolare sotto il profilo del criterio della continenza del linguaggio.

È infatti noto che la tutela penalistica dell'onore incontri un limite nell'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, sancita all'art. 21 Cost. e all'art. 10 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU)²¹. La libertà di parola, definita "pietra angolare del sistema democratico"²², permette di ritenere non antigiuridiche determinate condotte astrattamente conformi al tipo legale della diffamazione, dando luogo all'applicazione della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p. In particolare, nell'ambito dell'attività giornalistica viene in considerazione l'esercizio del diritto di cronaca²³, il quale, per giurisprudenza consolidata²⁴, esplica la propria efficacia

²¹ L'art. 10 CEDU infatti tutela "la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera" (par. 1); tale libertà fondamentale, comportando "doveri e responsabilità", può essere sottoposta, ai sensi del par. 2 della norma in esame, "alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui".

²² Cit. C. Cost, sentenza n. 84 del 1969, in cui si è affermato che la libertà di espressione è "condizione del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto, culturale, politico e sociale". Analogamente si è espressa la Corte europea dei diritti dell'uomo, che, in *Handyside v. the United Kingdom* (5493/72), 7 dicembre 1976, ha affermato che la libertà di manifestazione del pensiero "costituisce una delle essenziali fondamenta di una società democratica", nonché "una delle condizioni basilari per lo sviluppo della persona umana. Secondo G. GOMETZ, *L'odio proibito: la repressione giuridica dello hate speech*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 2017, p. 36, la libertà di parola "permette ai cittadini di esercitare un pieno diritto di voce, dando loro almeno qualche chance di influire sulle opinioni politiche dei *listeners* e dando, per contro, a questi ultimi la possibilità di cambiare idea grazie agli argomenti di quello"; così, il cittadino può partecipare ai processi di formazione delle scelte pubbliche "in un gioco democratico che risulta sempre aperto a possibilità di rivincita", in quanto "l'opinione che si riveli minoritaria in un certo tempo ha sempre la possibilità di riaffermarsi divenendo maggioritaria in futuro".

²³ Quest'ultimo può essere definito come "il diritto di informare la collettività tramite il mezzo della stampa su accadimenti di pubblico interesse", cfr. E. MUSCO, voce *Stampa (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1990, p. 645.

²⁴ Questi criteri sono stati affermati per la prima volta in Cass. civ, Sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259, c.d. "sentenza-decalogo" e si sono consolidati nella giurisprudenza successiva. Una volta chiarito che il diritto di cronaca giornalistica e la tutela della reputazione individuale trovano entrambi copertura costituzionale – il primo all'art. 21 Cost., quale estrinsecazione della libertà di manifestazione del pensiero, e la seconda agli artt. 2 e 3 Cost. – e che, quindi, l'eventuale conflitto tra gli stessi non può essere risolto in termini di gerarchia, si è reso necessario individuare dei criteri su cui fondare il giudizio di bilanciamento tra tali beni giuridici: la giurisprudenza ha dato una risposta a tale interrogativo nella suddetta sentenza-decalogo, che, da un lato, ha riordinato i criteri emersi fino a quel momento in giurisprudenza ed in dottrina e, dall'altro, è stata una sorta di faro rispetto alle successive pronunce giudiziali in materia. Cfr. G.E. VIGEVANI, *Il diritto di cronaca e di critica*, in G.E. VIGEVANI e altri (a cura di), *Percorsi di diritto dell'informazione*, pp. 47-65.

Tra le sentenze successive che fanno applicazione dei principi dettati nella suddetta "sentenza-decalogo", possiamo menzionare: Cass. pen., Sez. V, 16 dicembre 2020, n. 9566; Cass. pen., Sez. V, 17 ottobre 2019 n. 42755; Cass. pen., Sez. I, 3 ottobre 2013, n. 40930; Cass. pen., Sez. V, 22 novembre 2011, n. 43264; Cass. pen., Sez. V, 26 marzo 2010, n. 11897; Cass. pen., Sez. V, 10 marzo 2010, n. 9634; Cass. pen., Sez. V, 13 novembre 2009, n. 43403; Cass. pen., Sez. V, 23 febbraio 2007, n. 7662; Cass. pen., Sez. V, 7 marzo 2006, n. 8042; Cass. pen., Sez. I, 5 dicembre 2005, n. 44395; Cass. pen., Sez. V, 6 aprile 2005, n. 12859; Cass. pen., Sez. V, 23 settembre 2004, n. 37435; Cass. pen., Sez. V, 5 febbraio 2004, n. 4568; Cass. pen., Sez. V, 20 agosto 2001, n.

scriminante rispetto al delitto di cui all'art. 595 c.p. soltanto laddove siano rispettati una serie di requisiti, quali la verità del fatto narrato, la pertinenza della notizia (ossia l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto) e la continenza espositiva²⁵.

A dar luogo ai maggiori problemi interpretativi è proprio quest'ultimo requisito, in base al quale l'espressione potenzialmente diffamatoria deve rivestire una "forma espositiva non ingiustificatamente sovrabbondante rispetto al concetto da esprimere"²⁶, ove tale valutazione dev'essere effettuata considerando la percezione ed il punto prospettico del lettore medio della pubblicazione in cui si trova l'espressione considerata. Ne consegue che, nel caso in cui un giornalista voglia utilizzare una locuzione in senso improprio o allusivo, lo stesso è gravato dall'obbligo di "chiarire adeguatamente i confini semantici entro cui intende contenerla"²⁷: se non compie questa operazione, impedendo così al lettore medio di contestualizzare tale espressione, non potrà dirsi rispettato il criterio della continenza e, conseguentemente, l'autore della

31957; Cass. pen., Sez. V, 13 marzo 2001, n. 10331; Cass. pen., Sez. I, 16 giugno 2000, n. 2128; Cass. pen., Sez. V, 23 febbraio 2000, n. 2144; Cass. pen., Sez. V, 21 ottobre 1999, n. 12028; Cass. pen., Sez. V, 6 marzo 1997, n. 2113; Cass. pen., Sez. I, 29 febbraio 1996, n. 2210; Cass. pen., Sez. V, 24 febbraio 1994, n. 2329; Cass. pen., Sez. V, 27 ottobre 1992, n. 10257; Cass. pen., Sez. V, 6 luglio 1992, n. 7632; Cass. Pen., Sez. V, 17 aprile 1991, n. 274; Cass. pen., Sez. V, 31 maggio 1990, n. 7843.

²⁵ Per approfondire, si veda: M. PELISSERO, *Diritto di critica e verità dei fatti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 1227. Va sottolineato come tali criteri vadano valutati diversamente a seconda della forma espressiva che viene in rilievo: oltre alla cronaca giornalistica, che si configura quale registrazione impersonale e non interpretativa di fatti accaduti, si conoscono anche la critica e la satira. Quanto alla critica giornalistica, tale genere, consistendo nell'analisi soggettiva ed interpretativa dell'autore, non dovrà rispettare pedissequamente il requisito della verità dei fatti, pur dovendo rimanere il più possibile ancorata a quest'ultima, ma potrà limitarsi a "non contenere gravi omissioni o una ricostruzione tale da sconvolgere la dinamica o il significato" di quanto accaduto. La satira, invece, che costituisce una modalità corrosiva e spesso impietosa del diritto di critica, può essere definita come la critica sarcastica di personaggi o avvenimenti con uno scopo di denuncia sociale: essa, nella misura in cui esprime, tramite il paradosso o la metafora surreale, un giudizio ironico su un fatto, è sottratta all'obbligo di riferire fatti veri, pur restando soggetto al limite della continenza e della funzionalità delle espressioni usate rispetto allo scopo di denuncia sociale perseguito. Si veda: G. DAMMACCO, *Riflessioni sul diritto di satira e i suoi limiti*, in *Studia z Prawa Wyznaniowego* 23, 30 dicembre 2020, pp. 105-115.

²⁶ Cit. Cass. pen., Sez. I, 13 giugno 2014, n. 36045; in questo senso anche Cass. pen., Sez. III, 16 maggio 2007, n. 11259, in cui si è sottolineato che "il giudizio di liceità della cronaca non può limitarsi ad una valutazione degli elementi formali ed estrinseci, ma deve estendersi anche ad un esame dell'uso di espedienti stilistici, che possono trasmettere ai lettori, anche al di là di una formale – ed apparente – correttezza espositiva, giudizi negativi sulla persona che si mira a mettere in cattiva luce". Secondo A. GULLO, *Delitti contro l'onore*, in *Reati contro la persona, Estratto dal VII volume del Trattato teorico-pratico di Diritto penale* diretto da F. PALAZZO e C.E. PALIERO, II ed., Torino, 2015, p. 190, tale criterio "individua un rapporto di proporzione tra il diritto di cronaca e il registro linguistico utilizzato".

²⁷ Così, Cass. pen., Sez. V, 14 novembre 2002, n. 2372, ma si vedano anche: Cass. pen., Sez. V, 18 maggio 1999, relativa alla vicenda di un giornalista che, pur avendo riferito circostanze vere, quali le accertate parentele della persona offesa e la sua origine siciliana, non aveva chiarito i confini semantici di tali espressioni, collocando al contrario le stesse all'interno di un contesto narrativo idoneo a indurre nel lettore medio la convinzione che la persona offesa fosse collegata a qualche organizzazione mafiosa; Cass. pen., Sez. V, 5 agosto 1992, n. 8848, in cui si afferma che "le espressioni dubitative, come quelle insinuanti, allusive, ambigue, suggestionanti, possono essere idonee ad integrare il reato di diffamazione quando, per il modo in cui sono poste all'attenzione del lettore, fanno sorgere in quest'ultimo un atteggiarsi della mente favorevole a ritenere l'effettiva rispondenza a verità dei fatti narrati".

pubblicazione non potrà giovare della scriminante del legittimo esercizio del diritto di cronaca, venendo così chiamato a rispondere di diffamazione a mezzo stampa.

Per altro verso, il “lettore medio” si presenta quale parametro multiforme, permettendo al giudice di valutare la portata diffamatoria di una certa espressione tenendo conto non solo della percepita offensività della forma linguistica usata, ma anche del livello di attenzione mediamente prestato nella fruizione dell’articolo. Come noto, infatti, gli articoli di giornale (tanto cartacei quanto *online*) sono caratterizzati da una struttura peculiare, essendo costituiti, oltre che dal vero cuore della pubblicazione, ossia il corpo, anche da una serie di altri elementi visivi – le immagini, l’occhiello, il sottotitolo e la didascalia – volti a riassumere il significato dell’articolo nonché a catturare l’attenzione del lettore. Ebbene, le logiche del giornalismo, che richiedono l’impiego di elementi in grado di catturare l’attenzione del pubblico e di solleticarne la curiosità, sovente impongono l’utilizzo, specialmente all’interno del titolo o del sommario, di espressioni colorite, suggestive o sensazionalistiche, idonee ad indurre nei lettori l’erronea credenza della verità dei fatti che dalle stesse sembra trasparire.

Si pone dunque un interrogativo: il delitto di diffamazione può essere integrato dalle affermazioni contenute nel solo titolo²⁸ di un articolo di giornale, laddove una completa lettura di quest’ultimo, con tutte le parti di cui esso si compone, sarebbe sufficiente a smentire la falsa credenza che quel titolo suggestivo aveva indotto nella mente del lettore?

5. L’autonoma portata diffamatoria del titolo: una questione da risolvere con l’impiego del criterio del lettore medio.

Come anticipato, la Cassazione risponde a tale interrogativo facendo leva sul livello di attenzione prestato dal “lettore medio” nella fruizione dell’articolo, ma l’impiego di questo criterio, lungi dal dare luogo ad una soluzione univoca, ha dato adito, nel corso del tempo, a soluzioni contrastanti.

In alcune pronunce, la Suprema Corte sembra più propensa a riconoscere l’attitudine del titolo ad assumere autonoma valenza diffamatoria a prescindere dalla completa analisi dell’articolo cui il titolo stesso si riferisce. Già negli anni Novanta, la Cassazione affermava come il carattere diffamatorio dell’informazione a mezzo stampa potesse emergere, oltre che dalla complessiva valutazione dell’insieme dell’articolo, anche in relazione a singole parti di esso; in tal caso, il delitto di diffamazione sarebbe stato integrato anche nel caso in cui dalla lettura dell’intero articolo fosse stato possibile ottenere una corretta visione della realtà, “atteso che i lettori del giornale ben possono prestare soltanto una frettolosa attenzione alla notizia data da titolo, sottotitolo e sommario, senza approfondire il contenuto dell’intero testo”²⁹.

²⁸ Analogo interrogativo si presenta nel caso in cui l’elemento suggestivo, ed idoneo a indurre una falsa credenza nel lettore, non sia costituito dal titolo, ma da altro elemento immediatamente visibile da parte del lettore, per esempio una frase contenuta nel sommario oppure l’immagine di accompagnamento all’articolo.

²⁹ Cit. Cass. pen., Sez. V, 7 luglio 1998, n. 8035. Così, anche Cass. pen., Sez. V, 8 febbraio 2011, n. 4558, che ha

Questo atteggiamento emerge anche in una recente sentenza della Cassazione penale, resa nel febbraio 2019³⁰, in cui il lettore medio viene assimilato espressamente ad un “lettore frettoloso”, che si sofferma sulle parti graficamente più accattivanti dell’articolo, omettendo di leggerne il contenuto; in quest’ottica, il titolo di un articolo, specie laddove caratterizzato da espressioni forti e lapidarie in grado di orientare il lettore trasmettendogli un’informazione compiuta, è ben suscettibile di assumere autonoma valenza diffamatoria³¹.

In altre pronunce anche risalenti³², invece, la Suprema Corte sembra essere meno propensa a riconoscere la possibilità che il titolo possa integrare *ex se* il delitto di cui all’art. 595 c.p., sulla base del rilievo che la valutazione del carattere diffamatorio di un articolo, lungi dal poter conseguire ad una lettura atomistica delle espressioni in esso

affermato che “...il titolo di un articolo di stampa può assumere carattere diffamatorio non solo per il suo contenuto intrinseco ma anche per la sua efficacia suggestiva rispetto al testo dell’articolo, in specie ove esso ne travisi e amplifichi il contenuto”. Altre sentenze in cui la Suprema Corte ha assimilato il lettore medio ad un lettore frettoloso sono: Cass. pen., Sez. V, 27 novembre 2018, n. 3107, relativa alla pubblicazione e distribuzione presso private abitazioni di un volantino contenente affermazioni non veritiere tali da offendere la reputazione del sindaco e degli assessori del comune di Arzergrande: la Suprema Corte ha annullato con rinvio la sentenza di assoluzione pronunciata dalla Corte di Appello di Venezia, ritenendo che, in un volantino composto da quattro fitte pagine con caratteri di diversa grandezza (di cui alcune parti sottolineate ed altre in grassetto), “l’attenzione del lettore, cui non può certo pretendersi una lettura attenta di tutto il contenuto, fosse attratta dalle parti evidenziate in grassetto o comunque sottolineate e con caratteri più grandi”.

³⁰ Cass. pen., Sez. V, 7 febbraio 2019, n. 6110. Nel caso di specie, la Corte di Cassazione veniva chiamata a pronunciarsi su un ricorso avverso una sentenza di condanna per omesso controllo nei confronti del direttore responsabile di un quotidiano a tiratura nazionale, in relazione al titolo ritenuto diffamatorio di un articolo, la cui valenza offensiva riguardava il candidato di un partito politico alle elezioni regionali in cui gli si contestava di aver accettato di difendere un noto boss mafioso.

³¹ Questo principio di diritto è stato peraltro richiamato dalla stessa V Sezione della Cassazione penale qualche settimana dopo, nella sentenza 21 febbraio 2019, n. 739, relativa alla pubblicazione di un articolo dal titolo “Disastro ambientale, condannati in undici, pagavano i contadini e seppellivano i rifiuti in campagna”; nel caso di specie, l’articolo era accompagnato dalla foto di undici condannati, tra cui quella della persona offesa, nonostante questa fosse stata assolta per i reati concernenti i rifiuti; la Suprema Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dal giornalista avverso la sentenza di condanna sulla base del rilievo che “dalla combinazione tra il titolo e la foto della persona offesa il lettore medio avrebbe potuto trarre la convinzione che anche il ricorrente fosse stato condannato per disastro ambientale”, nonostante dalla lettura completa del corpo dell’articolo emergesse chiaramente che la persona offesa era stata assolta da quell’addebito.

³² In questo senso, Cass. pen., Sez. V, 12 febbraio 1992, n. 1486: “Ai fini dell’accertamento della sussistenza del reato di diffamazione a mezzo stampa, deve essere valutato [...] il complesso della informazione rappresentata dal testo, dal titolo, dalle immagini e dal modo di presentazione, di modo che se dal complesso di questi elementi viene agevolata una interpretazione del testo letterale piuttosto che un’altra, deve tenersi conto di tale situazione per la valutazione del contenuto diffamatorio della notizia pubblicata”. Così, anche Cass. pen., Sez. V, 1 febbraio 1993, n. 843: “In tema di diffamazione a mezzo stampa, la genericità del titolo, per la vaghezza dei termini usati, va risolta mediante analisi del contenuto dell’articolo”. Ancora, in Cass. pen., V Sez., 26 aprile 2010, n. 16266, si legge che “...la valenza diffamatoria di una affermazione è quella che il lettore ricava dall’intero corpo delle notizie che la compongono, indifferente essendo la contiguità grafica delle varie componenti o la possibilità che la lettura del titolo stampato in prima pagina e quella del testo pubblicato in altra pagina dello stesso quotidiano richiedano, in concreto, una attenzione maggiore e prolungata dell’interessato alla notizia stessa”.

contenute, richiederebbe al giudice di svolgere un giudizio complessivo che prenda in esame tutti gli elementi di cui l'articolo si compone: questo è l'approccio che sembra emergere dalle più recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità.

In particolare, con una sentenza di novembre 2019³³, di pochi mesi successiva a quella *supra* richiamata, la Quinta Sezione della Cassazione penale ha offerto un'interpretazione correttiva del concetto di "lettore medio", così disconoscendo l'interpretazione fornita dal giudice di seconde cure, ad avviso del quale tale espressione si riferirebbe ad un "lettore frettoloso" che si limita "ad una rapida e sommaria lettura dell'articolo, senza alcun approfondimento o riflessione sul contenuto di quanto appreso". Ad avviso della Suprema Corte, sarebbe dunque indebito l'accostamento del lettore medio ad un soggetto "privo della capacità di sapersi orientare nella comprensione dell'articolo stesso", nonché "facilmente influenzabile da un semplice accostamento visivo di immagini, seppur per nulla afferenti a quanto argomentato nell'articolo". A ben vedere, infatti, il lettore medio non si fermerebbe alla mera lettura del titolo e ad uno sguardo alle foto, ma esaminerebbe, seppur "senza particolare sforzo o arguzia, il testo dell'articolo e tutti gli altri elementi che concorrono a delineare il contesto della pubblicazione, quali l'immagine, l'occhiello, il sottotitolo e la didascalia"³⁴.

6. La motivazione della Cassazione nel caso di specie: il lettore medio non è assimilabile ad un lettore frettoloso.

Proprio dalla richiamata sentenza del 2019³⁵, in cui il concetto di "lettore medio" viene definito *a contrario* come un lettore "non frettoloso"³⁶, la V Sezione penale della Cassazione trae le mosse per argomentare la decisione di ammissibilità del ricorso nel caso *de quo*. Più precisamente, nella motivazione fornita dalla Suprema Corte il criterio del "lettore medio" è impiegato nel duplice senso di cui si è dato conto nel paragrafo precedente: da un lato, come linea guida per determinare se le espressioni utilizzate

³³ Si tratta di Cass. pen, Sez. V, 14 novembre 2019, n. 10967. La vicenda nasceva dalla pubblicazione di un articolo di giornale dal titolo "Certificati al telefono, medico condannato", accompagnato da una foto raffigurante un medico nell'atto di mostrare a un paziente una lastra radiografica, avente il mero scopo di classificare *icto oculi* l'argomento trattato nell'articolo, senza che vi fosse alcuna attinenza tra il medico raffigurato e la vicenda oggetto dell'articolo. La Suprema Corte veniva investita del ricorso proposto dal direttore responsabile del giornale, condannato in secondo grado per il reato di cui all'art. 57 c.p., in quanto la Corte d'Appello aveva ritenuto che l'associazione visiva tra il titolo dell'articolo e la foto fosse tale da ingenerare agli occhi del lettore medio l'erronea convinzione che il protagonista della vicenda descritta fosse proprio il medico raffigurato nell'articolo.

³⁴ Nel caso di specie, dal momento che il lettore medio, procedendo a una lettura complessiva dell'articolo, sarebbe stato perfettamente in grado di avvedersi che la persona effigiata era estranea alla vicenda narrata nell'articolo, la pubblicazione non poteva che ritenersi inoffensiva; conseguentemente, la Suprema Corte ha dichiarato ammissibile il ricorso annullando senza rinvio la sentenza di condanna pronunciata dalla Corte d'appello di Milano, con la conseguente assoluzione del ricorrente.

³⁵ Cass pen., Sez. V, 14 novembre 2019, n. 10967.

³⁶ Vale a dire, come un soggetto che, lungi dal limitarsi ad un rapido sguardo agli elementi in risalto dell'articolo, legge, seppur senza particolare sforzo o arguzia, l'intero corpo dell'articolo.

siano percepite come offensive; dall'altro, quale criterio per stabilire il livello di attenzione ed approfondimento mediamente prestato nella fruizione dell'articolo considerato³⁷.

Va ricordato che i giudici di merito avevano fondato l'affermazione di penale responsabilità sulla presenza di due specifiche espressioni contenute nel titolo dell'articolo, ossia "multa" e "abusivismo", le quali, richiamando l'area dell'illiceità penale, finivano per indurre nel lettore l'erroneo convincimento – smentito nel corpo dell'articolo – che la parte offesa si fosse resa autrice di comportamenti penalmente rilevanti, nella specie reati di natura edilizia.

La Suprema Corte, dissentendo da tale percorso argomentativo, ha invece ritenuto che il lettore medio non abbia le competenze giuridiche necessarie per individuare nel termine "multa" la sanzione per un illecito penale, rilevando che, al contrario, nell'esperienza di qualsiasi cittadino, tale vocabolo evoca piuttosto una contravvenzione al codice stradale; la Corte ha ritenuto parimenti ingiustificato l'accostamento della parola "abusivismo" all'area degli illeciti edilizi giacchè, agli occhi del lettore medio, l'"abusivo" è, al massimo, chi svolge un'attività senza autorizzazione o accede senza titolo in qualche luogo. Ad avviso della Cassazione, i giudici di merito hanno dunque offerto di tali termini un'interpretazione che è frutto di una non consentita forzatura *in malam partem*, proponendo una lettura surrettizia del testo, del tutto estranea non solo al contesto comunicativo, ma anche al significato letterale ed al senso palese delle frasi incriminate.

In secondo luogo, e *a fortiori*, la Cassazione ha evidenziato che da una rapida lettura dell'articolo emergeva chiaramente che la parte offesa non fosse stata coinvolta in alcun procedimento penale; anzi, a ben vedere, tale circostanza veniva già riferita nel sommario, in cui si chiariva che la sanzione pecuniaria in questione era stata inflitta per una violazione amministrativa, nella specie per aver adibito un'area di sosta a parcheggio per camper senza aver preventivamente conseguito il rilascio delle necessarie autorizzazioni. Peraltro, il corpo dell'articolo si dilungava ad esplicitare le ragioni della sanzione amministrativa anche attraverso il richiamo ad un'intervista al Comandante della Polizia Locale, sicchè nulla autorizzava il lettore a giungere alla diversa conclusione che alla persona offesa fosse stata inflitta una sanzione penale per illeciti edilizi.

In definitiva, la Suprema Corte ha ritenuto l'inciso privo di carattere diffamatorio sulla base di due rilievi, entrambi fondati sul criterio del lettore medio: in primo luogo, il fruitore medio di quel giornale non avrebbe avuto le competenze giuridiche per accostare i termini "multa" ed "abusivismo" all'area del penalmente rilevante, ma, al contrario, avrebbe ricollegato tali termini ad un illecito di natura amministrativa; in secondo luogo, il lettore medio, essendo "non frettoloso", non si sarebbe limitato a

³⁷ Nello specifico, si tratta di determinare se il lettore medio si limiterebbe a guardare le parti in risalto, quali il titolo e le immagini, o se invece leggerebbe l'articolo nel suo complesso. Come anticipato, questa operazione si rende necessaria in quanto una determinata espressione, contenuta per es. nel titolo di un articolo, seppur percepita come offensiva dal lettore medio, potrebbe non integrare il reato di diffamazione laddove sia messa in relazione con le altre parti di cui l'articolo si compone.

leggere il titolo, ma avrebbe quantomeno letto il sommario, da cui emergeva chiaramente che alla persona offesa fosse stata sì irrogata una sanzione per un'attività abusiva, ma non di natura edilizia né tantomeno per un illecito avente rilievo penale.

7. Il nuovo volto del giornalismo nell'era del *web 2.0*: riflessioni sull'attualità del criterio del lettore medio in tema di diffamazione a mezzo stampa *online*.

Rimane da valutare se il criterio del "lettore medio", nato nella giurisprudenza di legittimità a partire dagli anni Novanta³⁸ in un contesto in cui la diffamazione a mezzo stampa avveniva prevalentemente tramite giornali cartacei, conservi la propria attualità in un periodo storico in cui il giornalismo ha cambiato volto, giovandosi anche di *social media* esterni per diffondere le notizie. Nell'era dell'informazione 2.0³⁹, infatti, un importante ruolo è infatti svolto dai c.d. "*link con anteprima*": molti servizi che fungono da aggregatori di notizie *online* (in *primis*, Google news, ma anche gli stessi *social network* quali Facebook o Twitter) offrono ai propri utenti la possibilità di condividere il collegamento ipertestuale (*link*) all'articolo di un giornale *online*; *link* che apparirà accompagnato da una c.d. anteprima, costituita dal titolo dell'articolo, ma anche da una porzione di testo e/o un'immagine tratti dall'articolo cui il *link* rimanda⁴⁰.

Ebbene, l'ultimo arresto della giurisprudenza di legittimità in tema di diffamazione a mezzo stampa⁴¹, che, privilegiando la libertà di cronaca giornalistica

³⁸ Tra le sentenze più risalenti in cui appare la dicitura "lettore medio" in tema di diffamazione a mezzo stampa, si vedano: Cass. pen., Sez. V, 17 settembre 1998, n. 9839; Cass. pen., Sez. V, 1 settembre 1999, n. 10372.

³⁹ Il giornalismo in rete è un tema che negli ultimi venti anni è stato al centro di un ampio dibattito e di profonde riflessioni relativamente al futuro dell'informazione nel mondo globalizzato. Se è vero che già negli anni Novanta le testate giornalistiche iniziavano ad interagire con la rete replicando la versione digitale della stampa cartacea, è anche vero che a partire dal 2000 ha avuto inizio una nuova era del giornalismo *online*: i prodotti in rete hanno iniziato a discostarsi progressivamente dalla loro variante cartacea, diventando una realtà a sé stante, caratterizzata da continui aggiornamenti, una diversa composizione dell'agenda ed un diverso risalto alle notizie. Tuttavia, è dal 2007 in poi che si è potuto osservare il distacco più significativo: in questa terza fase, il prodotto *online* si è definitivamente "scollato" dalla carta, e ciò anche grazie all'affermazione dei *Social Network*, i quali, agevolando la diffusione dei contenuti tra gli utenti e permettendo l'interazione tra questi ultimi, hanno fornito la linfa vitale per la nascita di nuove testate giornalistiche *online*, che sono riuscite a crescere proprio grazie all'ausilio dei *social network*. Cfr: P. MURIALDI, *Storia del giornalismo italiano, dalle Gazzette a Internet*, Il Mulino, 2021, Cap. 12, pp. 301-308.

⁴⁰ Questo servizio è stato peraltro recentemente oggetto di un intervento normativo dell'Unione Europea: si tratta della Direttiva "Sul diritto d'autore ed i diritti connessi nel mercato unico digitale", emanata il 26 marzo 2019, la quale, all'art. 15, tratta espressamente il tema dei *link con anteprima*. La presenza di tale disposizione si spiega per le tensioni mostrate da una parte degli editori delle testate giornalistiche *online*, i quali sostengono che l'uso, anche solo tramite i *link con l'anteprima* testuale e fotografica, dei propri contenuti dovrebbe essere considerato come un "riutilizzo" soggetto a *copyright* e, come tale, praticamente solo a seguito del pagamento di un compenso, specie nei casi in cui i gestori di tali servizi traggano un profitto da questa attività. Per approfondire, si veda: D. MARONGIU, *Il copyright su Internet: come proteggere la proprietà intellettuale su siti, blog e social network*, Maggioli Editore, maggio 2019, pp. 56 e ss.

⁴¹ Si tratta della sentenza in nota, Cass. pen., Sez. V, 10 gennaio 2023, n. 503, nonché della richiamata Cass. pen., Sez. V, 14 novembre 2019, n. 10967.

rispetto alla tutela della reputazione individuale, assimila il lettore medio al “lettore non frettoloso”, deve necessariamente fare i conti con questa mutata realtà. Senza richiamare i numerosi studi sociali che attestano come l’avvento dei *social network* abbia determinato una drastica riduzione della soglia di attenzione dei lettori⁴², basti menzionare, *ex plurimis*, una ricerca condotta dalla Columbia University insieme al French National Institute⁴³, dalla quale è emerso che il 59% dei *link* condivisi su Twitter non è stato effettivamente aperto – né *a fortiori* visionato o letto – dall’utente che lo ha ripubblicato. Ciò significa che la maggior parte degli utenti che “rilancia” le notizie su un *social network* come Twitter lo fa esclusivamente sulla base dei titoli delle stesse, senza leggerne l’effettivo contenuto. Da questi dati emerge un chiaro mutamento delle abitudini dei fruitori dei giornali *online*, i quali, diversamente dai lettori dei giornali cartacei, spesso si limitano a scorrere i titoli degli articoli per ottenere un’informazione sintetica circa le principali notizie⁴⁴.

A ciò va aggiunto che gli stessi giornali sfruttano il potere dei *social network*, elaborando, talora anche con l’ausilio di intelligenze artificiali in grado di incrociare i dati relativi alle preferenze degli utenti, titoli sensazionalistici ed allusivi (c.d. titoli *clickbait*⁴⁵) in grado di catturare immediatamente l’attenzione dei lettori, causandone lo

⁴² Tra gli altri, si richiama uno studio pubblicato sulla rivista *World Psychiatry* da un team di ricercatori della Western Sydney University, della Harvard University, del Kings College, dell’Università di Oxford e dell’Università di Manchester, che racconta come gli strumenti digitali che usiamo nella vita di tutti i giorni siano in grado di produrre alterazioni acute e prolungate in specifiche aree cognitive del cervello, migliorando le capacità di *multitasking* ma riducendo al tempo stesso i tempi di attenzione e concentrazione. I ricercatori osservano, per esempio, che il flusso continuo di notifiche che riceviamo sui nostri *smartphone*, se da un lato incoraggia la c.d. attenzione divisa – ossia la capacità di concentrarsi contemporaneamente su stimoli diversi – dall’altro, incide negativamente sulla capacità di mantenere la concentrazione su un singolo compito. Cfr. J. FIRTH e altri, *The “online brain”: how the Internet may be changing our cognition*, in *World psychiatry*, vol. 18, issue 2, pp. 119-129.

⁴³ Fonte: K. MARTINEAU, *New Study Highlights Power of Crowd to Transmit News on Twitter*, in *Columbia University Data Science Institute*, 15 giugno 2016.

⁴⁴ Si tratta di un circolo vizioso, in cui i giornali *online*, rincorrendo le preferenze e le abitudini di lettura degli utenti, modificano i propri prodotti per renderli quanto più possibile appetibili, ma, così facendo, determinano un progressivo abbassamento della qualità degli stessi. Questo tipo di giornalismo, caratterizzato dalla spasmodica ricerca della notizia più straordinaria e sensazionale e dal rilancio della stessa senza aver cura di procedere alle dovute verifiche fattuali, determina “danni progressivi e permanenti al pubblico, che progressivamente perde l’abitudine all’approfondimento, in un circolo vizioso”. Fonte: A. PULIFIATO, *Il giornalismo non è morto. ma cerca di suicidarsi online*, 13 aprile 2015, <http://www.albertopulifiato.it/giornalismo-online-morto-suicidarsi/>.

⁴⁵ Il termine *clickbait*, che deriva dalla combinazione delle parole inglesi *click* (cliccare) e *bait* (esca o espediente), è stato utilizzato per la prima volta negli anni Novanta in riferimento alle tecniche utilizzate dalle aziende di *marketing* per attirare i consumatori a cliccare sui loro annunci pubblicitari. Oggi invece indica quei titoli volutamente sensazionalistici utilizzati dai siti *web* o dai giornali *online* per attirare l’attenzione degli utenti, spingendoli a cliccare sul *link* che rimanda all’articolo completo. Si tratta di titoli formulati in modo tale da suscitare curiosità o emozioni forti, come rabbia o sorpresa, ma che spesso non rispecchiano accuratamente il contenuto. Essi fanno parte di una precisa strategia commerciale che punta ad aumentare il traffico di utenti sul sito *web* in questione al fine di generare entrate pubblicitarie, ma, oltre ad essere dannosi per la credibilità del giornale e del giornalismo in generale, possono anche deludere quei lettori che si aspettano un contenuto di qualità. Per approfondire l’argomento, si veda: R. HOLIDAY, *Trust Me, I’m Lying: Confessions of a Media Manipulator*, Portfolio, 2020: l’autore – che è stato coinvolto in diverse

sdegno o la curiosità e sollecitando gli stessi a condividere il *link* all'articolo con i propri *followers*⁴⁶, così da aumentare la visibilità della notizia. In questo contesto, in cui i titoli sembrano diventare essi stessi gli articoli, il rischio di danni reputazionali suscettibili di essere provocati dai soli titoli delle notizie diviene concreto, specie se si considerano l'estrema velocità e capillarità con cui le notizie si diffondono in rete grazie alla possibilità per gli utenti di condividere infinite volte i *link* alle notizie.

Alla luce di tali considerazioni appare più calzante, con riferimento al giornalismo *online*, quell'orientamento giurisprudenziale, affermato già a partire dagli anni Novanta⁴⁷, in base al quale, in tema di diffamazione a mezzo stampa, l'offesa alla reputazione dev'essere valutata alla stregua della percezione di un lettore frettoloso, che, lungi dal fruire dell'articolo nella sua interezza, si limita a leggerne le parti più in risalto o – nel nostro caso – si limita a scorrere i titoli condivisi sui *social network* tramite il meccanismo dei *link* con anteprima. Per converso, se si identifica – come ha fatto la Cassazione nel suo ultimo arresto⁴⁸ – il lettore medio in un lettore non frettoloso che fruisce, seppur senza particolare attenzione o arguzia, dell'articolo di giornale nella sua interezza, si determinerebbe forse un'eccessiva riduzione dell'area del penalmente rilevante a scapito della tutela della reputazione individuale. In altre parole, il rischio è che i giornali *online* possano sentirsi autorizzati ad utilizzare titoli volutamente ingannevoli o fuorvianti, ma già di per sé idonei a causare danni reputazionali, e che ritengano sufficiente, per andare esenti da responsabilità *ex artt.* 595 o 57 c.p., precisare o ridimensionare la portata della notizia all'interno del testo dell'articolo, facendo affidamento sul fatto che, nella valutazione giudiziale rispetto alla sussistenza dell'offesa all'altrui reputazione, si considererebbe come lettore-medio colui che clicca sul *link* per completare la lettura dell'articolo.

Tale ultima lettura, laddove calata in un contesto nel quale i *social media* hanno assunto la funzione di moderne "agorà"⁴⁹ e in cui l'opinione pubblica si forma

campagne di *marketing online* – offre un'analisi critica del mondo del giornalismo *online*, nel quale i titoli sensazionalistici, la disinformazione e la manipolazione delle notizie sembrano essere diventati comuni strumenti per ottenere l'attenzione degli utenti e generare traffico *online*, includendo altresì la pressione cui i giornalisti sono sottoposti per produrre contenuti in tempi sempre più rapidi, spesso a scapito della qualità e dell'accuratezza nella verifica delle fonti.

⁴⁶ Si tratta di un giornalismo caratterizzato da titoli "impressionanti" che promettono alla massa dei contenuti mozzafiato solo ed esclusivamente per catturarne l'attenzione, al fine ultimo di raggiungere quante più possibili visualizzazioni: questo nuovo volto del giornalismo è direttamente collegato a un certo tipo di modello economico, predominante all'interno del mercato editoriale *online*, in cui la ricerca spasmodica del successo economico esclude la possibilità di sviluppare un progetto editoriale di qualità nonché una fidelizzazione, nel lungo-medio periodo, dei lettori, paragonabile a quella dei giornali cartacei. Cfr. A. PULFIATO, cit.

⁴⁷ Cass. pen., Sez. V, 7 luglio 1998, n. 8035. Questo orientamento, come già menzionato, è stato recentemente affermato in Cass. pen., Sez. V, 7 febbraio 2019, n. 6110.

⁴⁸ Si tratta della sentenza in nota, Cass. pen., Sez. V, 10 gennaio 2023, n. 503, nonché della richiamata Cass. pen., Sez. V, 14 novembre 2019, n. 10967.

⁴⁹ Così si è espressa anche Cass. Pen., Sez. I, 11 luglio 2014, n. 37596: "Di fatto, sembra innegabile che la piattaforma sociale Facebook rappresenti una sorta di *agorà* virtuale; una piazza immateriale, che consente un numero indeterminato di accessi e visioni".

prevalentemente *online*⁵⁰, non pare accoglibile: occorre prendere atto del pressoché definitivo scollamento tra giornali *online* e carta stampata e che il lettore-tipo dei primi non è più assimilabile a quello della seconda, con la conseguenza che la portata diffamatoria del titolo di un articolo in rete non può essere valutata con lo stesso metro impiegato per la tradizionale diffamazione a mezzo stampa. Né, d'altra parte, l'impiego di titoli manipolatori e fuorvianti da parte dei giornali *online* potrebbe ritenersi giustificato dalle peculiarità del *web*, in cui le notizie più sensazionalistiche si diffondono con estrema rapidità e capillarità rimbalzando da un *social* ad un altro: la necessità per le testate *online* di raggiungere il più vasto pubblico possibile si connota infatti quale esigenza di carattere prettamente economico e, come tale, non potrebbe in alcun caso prevalere sull'urgenza di tutelare un bene giuridico di rilevanza costituzionale come la reputazione individuale⁵¹.

Queste riflessioni hanno trovato espressione in una recente ordinanza della Corte di Cassazione civile in tema di responsabilità risarcitoria derivante da diffamazione a mezzo stampa *online*⁵², in cui si è ammesso che "la lettura congiunta del titolo e dell'articolo rivesta un'importanza minore rispetto al passato" e che, quindi, il titolo in sé considerato possa assumere autonoma valenza diffamatoria, a condizione però che lo stesso rechi "un'affermazione compiuta, chiara, univoca e integralmente percepibile dal lettore". Da tale pronuncia traspare la volontà di adeguare il canone della percezione del lettore-medio alla mutata realtà cui lo stesso riferisce: se, con riferimento ai giornali cartacei, il lettore-tipo può ancora essere ritenuto "non frettoloso", invece, per quanto riguarda le testate *online*, non si può che prendere atto delle mutate abitudini degli utenti, i quali – per riprendere le parole della citata Cassazione civile – di frequente si limitano a scorrere i titoli delle notizie, magari attraverso la *homepage* presente in

⁵⁰ Con l'avvento del *Web 2.0* – espressione con cui si indica quella fase della rete in cui gli utenti divengono loro stessi autori della comunicazione, potendo creare in prima persona contenuti – si è infatti assistito ad un mutamento del concetto di sfera pubblica: quest'ultima, definita da Habermas come "lo spazio in cui si forma l'opinione pubblica e in cui sono discussi temi di interesse generale", oggi non è più popolata soltanto da soggetti istituzionalmente predisposti alla produzione di informazioni, ma anche da soggetti individuali e non professionisti che, ogni giorno, condividono *online* informazioni e contenuti. R. BORTONE, *L'hate speech al tempo di Internet*, in *Aggiornamenti Sociali*, Dicembre 2017, p. 819.

⁵¹ Che la tutela della reputazione individuale non possa soccombere rispetto alla necessità, puramente economica, dei giornali a raggiungere una maggior platea di lettori veniva già affermato in Cass. Pen., Sez. V, 22 novembre 2011, 43264, si è affermato che, in tema di diffamazione a mezzo di giornale televisivo, l'immediatezza della notizia non legittima il sacrificio dell'accuratezza del controllo in ordine alla verità della notizia e all'affidabilità della fonte, in quanto il sacrificio della reputazione [...] non è accettabile se giustificato dall'esigenza di diffusione e di ascolto o meri scopi di concorrenza ampliando l'area di lettori od utenti, trattandosi di esigenze preordinate a soddisfare scelte imprenditoriali di carattere commerciale, che non sono prevalenti sui diritti della persona *ex artt. 2 e 3 Cost.*."

⁵² Si tratta di Cass. civ., ord. 16 maggio 2017, n. 12012. Nella specie, la Suprema Corte ha cassato la sentenza impugnata, che aveva escluso il carattere diffamatorio di un articolo sulla base di una valutazione complessiva dello stesso, giudizio invero già espresso dalla pronuncia di primo grado, non impugnata sul punto, omettendo così di valutare l'effettivo argomento oggetto del motivo di appello, ossia se il titolo dell'articolo, affiancato dal sottotitolo e da due fotografie accostate ed allusivamente collegate tra loro tramite didascalia, avesse, o meno, autonoma capacità diffamatoria).

Internet, in vista di un'informazione sintetica che non obblighi ad una lettura dilatata nel tempo.

In definitiva, l'adeguamento del canone del lettore-tipo alle reali abitudini dei fruitori dei giornali *online*, nella misura in cui permetterebbe ai titoli di assumere più facilmente autonoma valenza diffamatoria slegatamente dagli articoli cui si riferiscono, se per un verso determinerebbe un allargamento delle maglie del reato di diffamazione a mezzo stampa con riguardo all'ambiente della rete, per altro verso spingerebbe i professionisti del mondo dell'informazione nella direzione di un effettivo *fact-checking*, che, nell'era delle *fake-news*⁵³ e della post-verità⁵⁴, dovrebbe costituire la ragion d'essere di ogni giornale *online*.

⁵³ Interessante è l'episodio della diffusione, nel novembre 2016, di una *fake news* per cui la CNN per errore avrebbe trasmesso un filmato pornografico per trenta minuti al posto della sua normale programmazione. La notizia, creata da un utente di Twitter, era stata immediatamente presa per vera dalla testata Independent, che l'aveva pubblicata sul proprio portale e, da qui, la bufala era divenuta virale in pochissimo tempo, tanto da costringere la stessa CNN a porgere, in via preventiva, le proprie scuse ai telespettatori dicendo che stavano cercando di risolvere il problema che aveva portato alla sospensione della normale programmazione. Cfr.: J. CARISSIMO, *CNN denies airing 30 minutes of hardcore porn*, New York, 25/11/2016, www.independent.co.uk.

⁵⁴ Con l'espressione "post-verità" si intende "un'argomentazione caratterizzata da un forte appello all'emozionalità che, basandosi su credenze diffuse e non su fatti verificati, tende a essere accettata come veritiera, influenzando l'opinione pubblica". Cfr: www.treccani.it.

L'ART. 4-BIS O.P. RIFORMATO DAL D.L. 162/2022, CONV., CON MODIFICHE, DALLA L. 199/2022: UN PASSO AVANTI E DUE INDIETRO

di Francesca Moro

Il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modifiche, dalla l. 30 dicembre 2022, n. 199, ha novellato l'art. 4-bis o.p., recante disposizioni in tema di divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti. La riforma prende le mosse dall'ord. n. 97 del 2021, con la quale la Corte costituzionale ha accertato – senza però dichiararla – l'illegittimità del c.d. ergastolo ostativo, statuendo la necessità di superare l'equazione “mancata collaborazione-pericolosità sociale-divieto assoluto di accesso ai benefici”. La nuova disciplina dell'art. 4-bis o.p., tuttavia, travalica il monito della Consulta, restituendoci un quadro normativo per molti versi peggiore rispetto al precedente.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Premessa: il discorso pubblico intorno all'ergastolo ostativo. – 3. Le modifiche di cui al comma 1: il nesso teleologico e (finalmente) l'eliminazione dei delitti contro la pubblica amministrazione dal novero dei reati ostativi. – 4. La scomparsa della collaborazione impossibile, inesigibile, irrilevante. – 5. Le nuove condizioni di accesso ai benefici penitenziari. – 6. Le prescrizioni connesse alla concessione dei benefici: il nuovo comma 1-bis.1.1. – 7. Le modifiche procedurali. – 8. Deroga all'obbligo di istruttoria “rafforzata”: il nuovo comma 2-bis.1. – 9. La partecipazione del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado: il nuovo comma 2-ter. – 10. Eliminazione del doppio binario procedimentale per la concessione dei permessi premio e l'approvazione del programma di lavoro all'esterno. – 11. Modifiche alla disciplina della liberazione condizionale e della libertà vigilata. – 12. Conclusione: un bilancio della nuova disciplina.

1. Introduzione.

Con l'entrata in vigore del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modifiche, dalla l. 30 dicembre 2022, n. 199, la disciplina in tema di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati c.d. ostativi, cristallizzata nell'art. 4-bis della legge sull'ordinamento penitenziario (d'ora in poi, o.p.), viene nuovamente e significativamente modificata¹. La novella, formalmente diretta al superamento delle

¹ Rammentiamo che la riforma *de qua* prende le mosse dall'ord. n. 97 del 2021, con la quale la Consulta ha accertato – senza però dichiararla – l'illegittimità del c.d. ergastolo ostativo, concedendo al legislatore un congruo tempo per intervenire nel merito. Per ricostruire il lungo e accidentato *iter* che ha condotto a tale decisione cfr. F. GIANFILIPPI, [Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021](#), in *Questione giustizia*, 27 maggio 2021.

preclusioni assolute che impediscono l'accesso ai benefici in caso di condanna per delitti "ostativi", travalica in realtà le indicazioni fornite in materia dalla Corte costituzionale e, a ben vedere, anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (di qui in avanti, Corte EDU), restituendoci un quadro normativo per molti versi deteriore rispetto al precedente.

Pare dunque opportuno passare in rassegna i singoli profili della disciplina su cui la riforma ha inciso, realizzando una sintesi tra le modifiche introdotte dal decreto-legge e gli aggiustamenti apportati in sede di conversione, al fine di comprendere se il nuovo e intricato scenario che si dischiude davanti al condannato "ostativo" possa davvero garantire quel diritto alla speranza² che una pena *de iure* o *de facto* irriducibile mira invece a cancellare.

2. Premessa: il discorso pubblico intorno all'ergastolo ostativo.

Innanzitutto, si vuole sgomberare il campo da un equivoco di fondo che spesso caratterizza il dibattito pubblico attorno all'ergastolo ostativo: abolire quest'ultimo non equivale ad un'automatica concessione agli esponenti dei sodalizi mafiosi di benefici penitenziari e misure alternative, liberazione condizionale *in primis*. L'integrazione di tutte le condizioni (peraltro, particolarmente stringenti) ora richieste dalla legge per superare la presunzione di pericolosità che pende sul non collaborante non comporta nessun *diritto* alla concessione dei benefici penitenziari, ma una mera *chance* di accedervi; l'accesso vero e proprio richiederà l'ulteriore vaglio della Magistratura di Sorveglianza in base ai singoli requisiti previsti per ciascun beneficio, compito che la giurisdizione *de qua* ha sempre esercitato con grande senso di responsabilità.

Il tema è certamente delicato e sensibile ma spesso avvolto da una fitta coltre di ingannevole propaganda che oscura il nocciolo della questione. L'ergastolo rimane quale sanzione applicabile nel nostro ordinamento per fatti gravissimi – come sono quelli mafiosi – ma tale pena deve essere declinata in maniera conforme a Costituzione. Tutti i condannati, quale che sia il reato commesso, foss'anche il più grave e turpe, hanno un diritto – questo sì – ad essere trattati dignitosamente al pari di qualsiasi persona umana, e la dignità, prima ancora che la rieducazione, postula un diritto «a percorsi penitenziari aperti alla speranza»³, sempreché, beninteso, siano stati recisi i collegamenti con la criminalità organizzata.

² Sul diritto alla speranza v. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *L'ergastolo e il diritto europeo alla speranza*, in (a cura di) E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, 221; D. GALLIANI, *The Right to Hope: la sentenza Vinter e altri v. Regno Unito della Corte di Strasburgo*, in *Studium Iuris*, 2014, fasc. 4, 404; E. FASSONE, [L'ergastolo e il diritto alla speranza](#), in *Questione giustizia*, 24 febbraio 2020.

³ Così D. PULITANÒ, [Problemi dell'ostatività sanzionatoria. Rilevanza del tempo e diritti della persona](#), in (a cura di) G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, fasc. n. 10, 2019.

3. Le modifiche di cui al comma 1: il nesso teleologico e (finalmente) l'eliminazione dei delitti contro la pubblica amministrazione dal novero dei reati ostativi.

Dal punto di vista dell'ambito di operatività del "regime ostativo" possiamo osservare due interpolazioni di segno opposto: una con effetti espansivi; l'altra, invece, diretta a ridimensionare il catalogo dei reati "ostativi".

L'estensione del perimetro applicativo dell'art. 4-*bis* o.p. si deve all'introduzione, in coda al primo comma, di una clausola generale che in sostanza deroga all'ormai pacifico criterio interpretativo dello "scioglimento del cumulo"⁴, prevedendo che l'area di "ostatività" possa inghiottire anche reati "comuni" purché collegati attraverso un nesso teleologico *ex art.* 61, n. 2 c.p., riconosciuto dal giudice della cognizione o dell'esecuzione, ai delitti di c.d. "prima fascia"⁵. Si apre così ad un'estensione potenzialmente indeterminata, e soprattutto ingiustificata del regime "ostativo", dentro al quale finiranno per confluire, ancora una volta, fattispecie che nulla hanno a che fare con la criminalità organizzata, terroristica od eversiva, nucleo originario del 4-*bis* o.p.

Da precisare che l'art. 3 del d.l. 162/2022, riconoscendo in detta aggiunta una modifica *in peius*, in linea con quanto stabilito dalla sentenza costituzionale n. 32 del 2020⁶, ne esclude l'applicazione quando il delitto diverso da quelli indicati nell'art. 4-*bis* comma 1 o.p. sia stato commesso prima della data di entrata in vigore del decreto stesso (31.10.2022).

Peraltro, non sono mancati i tentativi di restringere in via interpretativa, per quanto possibile, la sfera di operatività della clausola in questione. Per un verso, si è evidenziata la sua applicabilità ai soli condannati "ostativi" collaboranti, dal momento che essa è inserita nel primo comma, e non anche alle ipotesi di condannato "ostativo" non collaborante, figura ormai disciplinata separatamente e in via del tutto autonoma nei nuovi commi 1-*bis*, 1-*bis*.1 e 1-*bis*.2; per altro verso, si è detto che, in base alla formulazione letterale, essa sembra destinata ad operare a senso unico, e cioè solo nel caso in cui il reato comune sia commesso per eseguirne od occultarne uno "ostativo" o per conseguire o assicurare al condannato o ad altri il prodotto, profitto, prezzo ovvero l'impunità di un reato "ostativo", e non anche viceversa⁷.

⁴ Il criterio dello "scorporo delle pene" ha trovato avallo prima nella giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., Sez. Un., 30 giugno 1999, n. 14) e poi anche nelle pronunce della Corte costituzionale (cfr. sent. n. 361/1994 e più recentemente sent. n. 33/2022).

⁵ L'effetto estensivo della portata applicativa del regime "ostativo", quale conseguenza dell'inserimento della nuova clausola di cui al primo comma dell'art. 4-*bis* o.p. è indubbio, eccetto che nell'ipotesi di reati "comuni" aggravati dal c.d. metodo mafioso. Ante riforma, infatti, la prevalente giurisprudenza di legittimità consentiva ai Magistrati di Sorveglianza di ritenere "ostativi" anche reati "comuni" rispetto ai quali l'aggravante di cui all'art. 7, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. nella legge 12 luglio 1991, n. 203, relativa a fatti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p. o per agevolare l'attività di una associazione di tipo mafioso, non fosse stata oggetto di formale contestazione nella sentenza di condanna (Cass. pen., sez. I, 26 giugno 2019, n. 41235, Larosa, Rv. 277451-01). Sul punto cfr. anche L. CARACENI, *sub art. 4-bis o.p.*, in (a cura di) F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2019, 61-62.

⁶ Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 32, in www.cortecostituzionale.it.

⁷ Così, A. RICCI, [Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»](#), in

Si registra, invece, tra le poche note positive di questo intervento normativo, la cancellazione dall'art. 4-*bis* o.p. di quella folta schiera di delitti commessi a danno della pubblica amministrazione, il cui inserimento è avvenuto ad opera della c.d. legge spazza-corrotti (l. 9 gennaio 2019, n. 3)⁸. Rimossi questi, viene di conseguenza meno anche il riferimento alla collaborazione ex art. 323-*bis* comma 2 c.p. Non può passare certo inosservata questa modifica contenuta nella legge di conversione, con la quale, per la prima volta nella storia del 4-*bis* o.p., si assiste ad un'inversione di tendenza: il catalogo dei reati "ostativi" non viene dilatato, bensì, perde una costola⁹.

Quest'ultima operazione di sottrazione va certamente accolta con favore ma fa emergere un'incoerenza di fondo del disegno legislativo oggetto di analisi, il quale, da una parte, per l'appunto, espelle – a ragione – dal blocco "ostativo" i reati contro la p.a. e, dall'altra, consente, in virtù dell'esistenza di un nesso teleologico con i delitti "ostativi", di farvi rientrare un qualsiasi reato. Delle due l'una: o si prende finalmente atto della *ratio* originaria della disposizione volta a contrastare il crimine di stampo mafioso, terroristico o eversivo e si agisce di conseguenza, limitando a questi soli casi l'etichetta dell'"ostatività", o si continua a stratificare nella norma fattispecie del tutto avulse da questa logica, al solo fine di placare le inquietudini dell'opinione pubblica davanti a fenomeni che vengono di volta in volta percepiti come socialmente pericolosi.

4. La scomparsa della collaborazione impossibile, inesigibile, irrilevante.

Lascia decisamente perplessi l'integrale riscrittura del comma 1-*bis* che ha eliminato l'equiparazione tra collaborazione in senso proprio e collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante. Tale scelta, infatti, si pone in netto contrasto con le indicazioni fornite dalla Consulta, recentemente ribadite anche nella sentenza n. 20 del 2022, ove si evidenzia l'utilità di distinguere tra chi vorrebbe collaborare ma non può (silente suo malgrado) e chi potrebbe collaborare ma non vuole (silente per scelta)¹⁰. La necessità di mantenere in vita tale distinzione trova la propria giustificazione nel principio di uguaglianza che impone di trattare in modo diverso situazioni tra loro differenti. Non vi è dubbio che la posizione di chi non collabora per impossibilità differisca sostanzialmente da quella di colui che pur potendo collaborare non lo fa, e sembra ragionevole che tale differenza si rifletta anche sugli *standard* probatori richiesti e le procedure applicabili per la concessione dei benefici¹¹.

Giurisprudenza Penale Web, 2022, 11.

⁸ Si tratta, più precisamente, dei reati di cui agli artt. 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis* c.p.

⁹ L'inclusione dei delitti contro la p.a. nel catalogo dei reati "ostativi" è da sempre al centro di feroci critiche da parte della dottrina, per tutti, v. V. MANES, [L'estensione dell'art. 4-*bis* ord. penit. ai reati contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale](#), in *Dir. pen. cont.*, 2, 2019, 105.

¹⁰ Corte cost., 26 gennaio 2022, n. 22, in www.cortecostituzionale.it.

¹¹ In questo senso, D. GALLIANI, [Il decreto legge 162/2022, il regime ostativo e l'ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati](#), in *questa Rivista*, 21 novembre 2022, par. 6.

Così non sarà più dal 1° novembre 2022. A partire da questa data le opzioni sul campo saranno solo due: collaborare o non collaborare, *tertium genus non datur*. Le ragioni della mancata collaborazione potranno eventualmente essere fatte valere solo quale elemento cui parametrare l'onere di allegazione di «elementi specifici» che consentano di escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di un loro futuro ripristino, ferma la necessità di soddisfare gli ulteriori criteri stabiliti dalla legge (adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria, revisione critica, iniziative risarcitorie e riparative). A nulla varrebbe obiettare che la preclusione assoluta di accesso ai benefici penitenziari per i non collaboranti è caduta, poiché il silente suo malgrado, se prima disponeva di una procedura *ad hoc* attraverso cui far accertare alla Sorveglianza se versasse in una condizione di collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante, ora, per godere dei benefici, deve soddisfare gli stessi identici requisiti cuciti sul non collaborante per scelta, trattamento che appare fortemente discriminatorio, vista la diversa posizione in cui queste due figure si vengono a trovare.

Ad ogni modo, l'art. 3 del d.l. 162/2022 introduce una disposizione transitoria in virtù della quale l'istituto continua ad operare nei confronti del condannato non collaborante che abbia commesso il fatto "ostativo" prima dell'entrata in vigore della novella. In un primo momento la sopravvivenza dell'istituto era espressamente garantita solo in relazione all'accesso alle misure alternative e alla liberazione condizionale, con conseguente esclusione dei benefici penitenziari in senso stretto (permessi premio e lavoro all'esterno) ai quali, dunque, si sarebbe dovuta applicare fin da subito la nuova disciplina. Sul punto è intervenuta la legge di conversione che ha sostituito il riferimento alle misure alternative con il più generico richiamo ai «*benefici di cui al comma 1 dell'articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975*», tra i quali, ovviamente, figurano anche i permessi premio e il lavoro all'esterno.

L'utilità della norma di diritto intertemporale non si coglie tanto con riguardo alle misure alternative o alla liberazione condizionale, poiché in questi casi la disciplina della collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante avrebbe comunque continuato ad applicarsi agli autori di reati commessi prima dell'entrata in vigore del decreto-legge in base al *dictum* contenuto nella sentenza costituzionale 32/2020; la disposizione diventa invece fondamentale con riguardo ai benefici penitenziari, che, come noto, sono esclusi dal perimetro applicativo della suddetta pronuncia e, per i quali, dunque, salvo il principio di non regressione incolpevole nel trattamento operante per chi fosse già stato ammesso a fruire dei benefici, in assenza di indicazioni transitorie, avrebbe dovuto applicarsi fin da subito il nuovo (più sfavorevole) regime.

5. Le nuove condizioni di accesso ai benefici penitenziari.

La ridefinizione dei requisiti di accesso ai benefici penitenziari in senso lato, che costituisce il cuore della riforma, riguarda solo la categoria dei condannati "ostativi" non collaboranti che la novella ha suddiviso in due gruppi, a seconda che abbiano commesso

reati riconducibili al crimine organizzato (co. 1-*bis* e 1-*bis*.2)¹² o meno (co. 1-*bis*.1)¹³. A questa distinzione corrispondono condizioni di accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative parzialmente diverse.

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

Non vi sono vistose differenze di disciplina per i condannati ad uno dei delitti indicati nell'attuale co. 1-*bis*.1, se non che non viene richiesta l'allegazione di elementi che consentano di escludere i collegamenti con i gruppi criminali di appartenenza, né vi è spazio per dedurre ragioni a supporto della mancata collaborazione, e ciò comprensibilmente, visto che si tratta di fattispecie che nulla hanno a che fare con i sodalizi mafiosi, terroristici o eversivi.

Così tracciate le coordinate del nuovo sistema, è il caso di chiedersi se la presunzione legale assoluta di immanenza dei collegamenti per il non collaborante sia davvero saltata. È innegabile che, formalmente, essa sia stata relativizzata, ma il sospetto è che la *presumptio iuris tantum* da ultimo introdotta nasconda in realtà un meccanismo preclusivo semi-assoluto. Ciò accade tutte le volte in cui l'oggetto della prova (*rectius* allegazione) sia eccessivamente ampio o, al contrario, oltremodo ristretto, oppure ancora quando sia richiesto di provare un fatto negativo indeterminato¹⁴. In questi casi, il superamento della presunzione assoluta avviene solo sulla carta, mentre si dimostra particolarmente arduo da mettere in pratica. Questa è l'impressione che si ha leggendo i nuovi commi 1-*bis* e 1-*bis*.1 dell'art. 4-*bis* o.p.: i "paletti" introdotti con la riforma sono talmente rigidi da rendere molto difficile l'accesso ai benefici penitenziari per il non

¹² Nel nuovo comma 1-*bis* sono ricompresi i seguenti reati: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza; art. 416-*bis* c.p., nonché i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste; art. 416-*ter* c.p.; art. 12, co. 1 e 3, d.lgs. 25.07.1998, n. 286; art. 291-*quater*, d.p.r. 23.01.1973, n. 43; art. 74 d.p.r. n. 309/90. Il comma 1-*bis*.2 assoggetta alla disciplina di cui al comma 1-*bis* i condannati per il delitto di cui all'art. 416 c.p. finalizzato alla commissione di uno dei delitti elencati nel medesimo comma.

¹³ Il comma 1-*bis*.1 invece annovera i condannati per le seguenti fattispecie: art. 600 c.p.; art. 600-*bis*, comma 1, c.p.; art. 600-*ter*, co. 1 e 2, c.p.; art. 601 c.p.; art. 602 c.p.; art. 609-*octies* c.p.; art. 630 c.p.

¹⁴ Sui meccanismi presuntivi v. *amplius* F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, Torino, 2020, 38-39.

collaborante, alcune espressioni utilizzate dal legislatore appaiono di difficile interpretazione perché eccessivamente generiche e indeterminate; infine, appare fortemente irragionevole la previsione di condizioni omogenee applicabili indistintamente qualsiasi sia la misura per cui si fa istanza.

Ma andiamo con ordine.

Innanzitutto, salta subito all'occhio come la nuova formulazione delle condizioni di accesso ricomprenda al suo interno non più solo elementi che attengono al piano dell'ammissibilità della domanda – com'era in passato – ma anche fattori che rilevano sul piano della meritevolezza (in particolare, revisione critica e atteggiamento riparatorio), con conseguente indebita sovrapposizione di queste due fasi del giudizio¹⁵.

Entrando nel merito delle singole condizioni richieste, parecchi sono i dubbi interpretativi che affollano la mente del lettore.

L'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria costituisce un requisito particolarmente severo e impegnativo da soddisfare, non a caso, sino ad oggi richiamato solo in relazione all'accesso alla liberazione condizionale e alla riabilitazione, due istituti che intervengono al termine del percorso penitenziario e hanno effetti considerevoli (l'estinzione della pena e l'estinzione delle pene accessorie e di ogni altro effetto penale della condanna). Non appare altrettanto ragionevole, invece, pretendere tale adempimento per essere ammessi a godere di misure più contenute come, ad esempio, i permessi premio¹⁶. In alternativa, il d.l. 162/2022 fa comunque salva la possibilità di dimostrare «l'assoluta impossibilità di tale adempimento», senza però specificare se e come tale impossibilità «assoluta» differisca dalla semplice impossibilità di adempiere alle obbligazioni civili *ex art. 179 c.p.*

Al non collaborante è poi richiesta l'allegazione di elementi che consentano di escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di un loro futuro ripristino, anche indiretto o tramite terzi. Più nel dettaglio, deve trattarsi di elementi «diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza», il che dimostra una sostanziale sfiducia del legislatore nel sistema penitenziario di trattamento e rieducazione da cui queste informazioni provengono. Non basta però escludere l'attualità dei collegamenti con il crimine organizzato e il pericolo di un loro futuro ripristino, poichè il nuovo art. 4-bis o.p. richiede anche una cesura rispetto al «contesto nel quale il reato è stato commesso» e proprio questa locuzione appare fortemente nebulosa¹⁷. Se un distacco fisico dal luogo ove l'associazione esercitava il proprio

¹⁵ Cfr. A. RICCI, *Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022*, cit., 13.

¹⁶ In tal senso F. GIANFILIPPI, [Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso ad ostacoli per il condannato e per l'interprete Fabio Gianfilippi](#), in *Giustizia insieme*, 2 novembre 2022, par. 4.

¹⁷ Molte le incertezze della dottrina su questa espressione così sfuggente: cfr. R. DE VITO, [Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis](#), in *Questione giustizia*, 2 novembre 2022, par. 6 e E. DOLCINI, [L'ergastolo ostativo riformato in articulo mortis](#), in *questa Rivista*, 7 novembre 2022, par. 3.

controllo pare comprensibile nel caso di condanna per i tradizionali reati di “mafia”, per coloro che si trovano a scontare una pena per un reato “ostativo” che nulla ha a che vedere con il crimine organizzato, il rischio è quello di un ingiustificato sradicamento dal territorio sociale di riferimento, cosa che sarebbe assolutamente deleteria per la risocializzazione¹⁸.

L’onere di allegazione così delineato andrà parametrato in base alle «circostanze personali e ambientali», alle «ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione» (queste ovviamente solo per i reati di mafia), alla «revisione critica della condotta criminosa» e ad «ogni altra informazione disponibile». Si lascia così un certo margine di discrezionalità alla Magistratura di Sorveglianza, ma tra questi elementi di cui l’organo giudicante dovrebbe tener conto nella sua valutazione, uno appare alquanto problematico. Ci riferiamo alla previsione “secca” della «revisione critica della condotta criminosa», senza alcuna indicazione circa una possibile graduazione della stessa a seconda della tipologia di beneficio richiesto. Tale assetto si pone in contrasto con un consolidato orientamento interpretativo della Corte di cassazione che ammette la possibilità di individuare diversi “gradi” di revisione critica, a seconda del tipo di misura richiesta¹⁹.

Il giudice deve accertare «altresì la sussistenza di iniziative dell’interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa». Premesso che potrebbe risultare difficile la stessa individuazione delle vittime, pare comunque opportuno, se non necessario, considerare queste iniziative come fattori meramente eventuali, valutabili solo se presenti, a meno di non voler ignorare il fondamento di qualsiasi percorso riparativo che consiste nel libero consenso dei soggetti coinvolti.

Ciò che pare più grave, comunque, è l’aver stabilito un complesso di condizioni vevoli, senza distinzioni, per la concessione di benefici penitenziari, misure alternative e liberazione condizionale, istituti ontologicamente differenti, che richiedono livelli diversi di maturazione trattamentale, compatibili con residui di pericolosità sociale di diversa intensità, in rapporto anche al grado più o meno ampio di libertà che le singole misure comportano. Questo appiattimento verso l’alto delle condizioni di accesso indifferenziato per tutte le misure sconfessa apertamente il principio di progressione trattamentale, che discende direttamente da quello rieducativo, cristallizzato in Costituzione nell’art. 27 co. 3²⁰. Il fulcro dell’esecuzione penitenziaria dovrebbe proprio

¹⁸ F. GIANFILIPPI, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso ad ostacoli per il condannato e per l’interprete Fabio Gianfilippi*, cit., par. 4.

¹⁹ Cfr. Cass. pen., sez. I, 15 giugno 2020, n. 18881, in *Diritto & Giustizia*, 2020; Cass. pen., sez. I, 10 dicembre 2018, n. 1654, in *Diritto & Giustizia*, 2019.

²⁰ Si ricordi che uno degli argomenti che aveva portato alla declaratoria di incostituzionalità del c.d. ergastolo di terzo tipo era stato proprio «l’appiattimento all’**unica e indifferenziata soglia di ventisei anni per l’accesso a tutti i benefici penitenziari** indicati nel primo comma dell’art. 4 bis ord. penit.» (Corte cost., 11 luglio 2018, n. 118, in www.cortecostituzionale.it). Secondo la Consulta, una simile disciplina stravolgeva irragionevolmente la logica gradualistica che permea l’intero ordinamento penitenziario e che costituisce diretta «attuazione del canone costituzionale della finalità rieducativa della pena»; da qui, il contrasto con gli artt. 3 e 27 co. 3 Cost. Per un commento più approfondito sulla pronuncia si

consistere in un *iter* di reinserimento sociale graduale, che faccia ri-acquisire al soggetto spazi di libertà e responsabilità via via sempre più ampi.

6. Le prescrizioni connesse alla concessione dei benefici: il nuovo comma 1-bis.1.1.

La legge di conversione ha arricchito l'art. 4-*bis* o.p. di un nuovo comma 1-*bis*.1.1. che prevede, con il provvedimento di concessione dei benefici, la possibilità di stabilire prescrizioni «volte a impedire il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva o che impediscano ai condannati di svolgere attività o di avere rapporti personali che possono portare al compimento di altri reati o al ripristino di rapporti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva». L'utilizzo dell'espressione «*possono essere stabilite*» implica un'ampia discrezionalità del giudice in merito all'*an* dell'imposizione di tali prescrizioni, che dunque non sono obbligatorie. Ampia discrezionalità che si registra anche con riferimento al contenuto prescrittivo delle stesse. Tale aggiunta potrebbe forse considerarsi superflua dal momento che la concessione dei benefici è da sempre accompagnata, nella prassi, al rispetto di talune prescrizioni²¹.

7. Le modifiche procedurali.

Dal punto di vista procedurale, le innovazioni del d.l. 162/2022 sono numerose. Il legislatore ha infatti messo mano al comma 2 dell'art. 4-*bis* o.p. incrementando significativamente gli adempimenti istruttori gravanti d'ufficio sulla Sorveglianza. Se in origine, infatti, veniva semplicemente previsto che ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1, il Magistrato o il Tribunale di Sorveglianza acquisissero «dettagliate informazioni» dal C.p.o.s., attualmente, si prescrive che, nel caso di istanze provenienti da un condannato non collaborante (commi 1-*bis* e 1-*bis*.1), il giudice dovrà acquisire informazioni e pareri da plurime autorità e condurre una serie di accertamenti sul condannato e il suo nucleo familiare.

Nello specifico, dovrà assumere informazioni «dalla direzione dell'istituto ove l'istante è detenuto o internato» e, a seguito della legge di conversione, sarà sua cura acquisire anche «dettagliate informazioni in merito al perdurare dell'operatività del sodalizio criminale di appartenenza o del contesto criminale nel quale il reato è stato consumato, al profilo criminale del detenuto o dell'internato e alla sua posizione all'interno dell'associazione, alle eventuali nuove imputazioni o misure cautelari o di

rimanda a E. DOLCINI, [Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo \(e di rieducazione del condannato\)](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, fasc. 7-8, 145.

²¹ Così, A. RICCI, [Le modifiche introdotte dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199, di conversione, con modifiche, del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»](#), in *Giurisprudenza Penale Web*, 2023, 1, par. 3.

prevenzione sopravvenute a suo carico e, ove significative, alle infrazioni disciplinari commesse durante la detenzione».

Dovrà poi essere richiesto il «parere del pubblico ministero presso il giudice che ha emesso la sentenza di primo grado, se si tratta di condanne per i delitti indicati all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado e del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo».

Gli accertamenti che il giudice dovrà disporre riguardano, invece, le condizioni reddituali e patrimoniali, il tenore di vita, le attività economiche eventualmente svolte, la pendenza o la definitività di misure di prevenzione personali o patrimoniali dell'istante, degli appartenenti al suo nucleo familiare e delle persone ad esso collegate.

I pareri, le informazioni e gli accertamenti sopra indicati devono essere trasmessi dalle autorità competenti entro sessanta giorni, salvo proroga di ulteriori trenta giorni in ragione della complessità degli accertamenti stessi; decorso il termine, originario o prorogato, il giudice decide anche in assenza dei pareri, delle informazioni e degli esiti degli accertamenti richiesti.

Ora, se le informazioni e gli accertamenti, pur appesantendo l'iter decisorio, non destano particolari preoccupazioni, trattandosi comunque di elementi che concorrono a formare il libero convincimento del giudice, e che, anche in assenza di espressa previsione legislativa, già venivano presi in considerazione nella prassi, diverso discorso vale per i pareri. In primo luogo, perché il parere esercita una forma di condizionamento che implicitamente comprime la discrezionalità dell'organo giudicante; in aggiunta, si consideri che le procure sono apparati per loro natura orientati a sostenere ipotesi accusatorie, propensi ad individuare indici di pericolosità nel condannato e, all'opposto, scarsamente inclini a fornire elementi *pro reo*²².

Qualora dall'istruttoria svolta emergano indizi dell'attuale sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva o con il contesto nel quale il reato è stato commesso, ovvero del pericolo di ripristino di tali collegamenti, «è onere del condannato fornire, entro un congruo termine, idonei elementi di prova contraria». Tale onere probatorio era già stato delineato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 253/2019 a proposito dei permessi premio. Rimane, però, ora come allora, una criticità di base legata alle inevitabili difficoltà probatorie che incontrano i ristretti. Per porre rimedio a questa debolezza del detenuto, parte della dottrina ritiene doverosa una cooperazione istruttoria d'ufficio da parte del Magistrato di Sorveglianza²³.

Il legislatore ha poi sentito il bisogno di introdurre un obbligo di motivazione rafforzata in capo al giudice stabilendo che «in ogni caso, nel provvedimento con cui decide sull'istanza di concessione dei benefici il giudice indica specificamente le ragioni dell'accoglimento o del rigetto dell'istanza medesima, tenuto conto dei pareri acquisiti».

²² Si tratta di considerazioni già avanzate a proposito dei pareri provenienti dal C.p.o.s. Sul punto v. *amplius*, C. FIORIO, *Una nuova ingerenza dell'esecutivo nell'esecuzione penale: il caso dei comitati provinciali per l'ordine e la sicurezza*, in *Il giusto processo*, 1992, n. 14-15, 174.

²³ Così, R. DE VITO, *Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, cit., par. 9.

Ancora una volta, da queste previsioni traspare, neanche tanto velatamente, una spiccata diffidenza e sfiducia nei confronti della Magistratura di Sorveglianza.

Infine, in chiusura del nuovo comma 2 dell'art. 4-*bis* o.p., è stato introdotto espressamente il divieto di concessione di benefici penitenziari e misure alternative ai detenuti in regime di 41-*bis* o.p. Ora, che ai detenuti in regime speciale fosse nei fatti precluso l'accesso ai benefici penitenziari dipendeva dalla circostanza che la sottoposizione al 41-*bis* o.p. postula la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata e dunque una elevata pericolosità sociale. Altra cosa però è sancire un divieto nero su bianco. Si tenga a mente, infatti, che il provvedimento che assoggetta il detenuto al regime di cui al 41-*bis* o.p. è un decreto ministeriale. Il fatto che si ammetta *de iure* che un provvedimento ministeriale impedisca ad un giudice di entrare nel merito della questione e lo obblighi a dichiarare l'inammissibilità dell'istanza presentata, si pone in contrasto con le garanzie di cui all'art. 13 co. 2 Cost.²⁴.

8. Deroga all'obbligo di istruttoria "rafforzata": il nuovo comma 2-*bis*.1.

La legge di conversione ha introdotto l'ennesimo comma all'art. 4-*bis* o.p., il comma 2-*bis*.1, che contempla una deroga espressa agli obblighi istruttori di cui ai commi 2 e 2-*bis* dello stesso articolo quando al condannato sia stato concesso, da non più di tre mesi, un permesso premio o l'ammissione al lavoro all'esterno. Si ritiene, infatti, superfluo rinnovare la complessa istruttoria contemplata nella nuova formulazione del 4-*bis* o.p., quando, essendo trascorso un lasso di tempo limitato (tre mesi) dal provvedimento concessivo del permesso o legittimante il lavoro esterno, si può ragionevolmente supporre non si siano verificati mutamenti rilevanti.

9. La partecipazione del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado: il nuovo comma 2-*ter*.

Il comma 2-*ter* dell'art. 4-*bis* o.p., anch'esso di nuovo conio, ammette la possibilità che le funzioni di pubblico ministero «alle udienze del tribunale di sorveglianza che abbiano ad oggetto la concessione dei benefici di cui al comma 1 ai condannati per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p.» siano svolte «dal pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado». La l. 199/2022 ha ulteriormente previsto che se il p.m. «ha sede in un distretto diverso, può partecipare all'udienza mediante collegamento a distanza».

La *ratio* della disposizione dovrebbe essere quella di acquisire un parere qualificato dal p.m. che ha partecipato al giudizio di primo grado perché direttamente

²⁴ V. *amplius*, D. GALLIANI, *Il decreto legge 162/2022, il regime ostativo e l'ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati*, cit., par. 7.

informato sui fatti che hanno portato alla condanna, ma il legislatore mostra di non tener conto di tutta una serie di considerazioni e difficoltà di tipo organizzativo.

Innanzitutto, laddove il soggetto abbia subito plurime condanne per reati processati in sedi giudiziarie territorialmente diverse, non viene fornito un criterio per individuare quale p.m. sia legittimato a partecipare. In secondo luogo, non è raro che il pubblico ministero eventualmente chiamato a partecipare all'udienza non sia la persona fisica che ha conosciuto direttamente i fatti di reato. Non è chiaro, poi, il richiamo all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. che contiene al suo interno anche tipologie delittuose non riconducibili a quelle "ostative"²⁵.

10. Eliminazione del doppio binario procedimentale per la concessione dei permessi premio e l'approvazione del programma di lavoro all'esterno.

Va sicuramente salutata con favore la decisione del legislatore di cancellare la competenza del Tribunale di Sorveglianza in tema di approvazione del programma di lavoro esterno e concessione di permessi premio nel caso in cui la richiesta fosse stata presentata da un soggetto condannato per delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza; associazione di tipo mafioso; delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste.

Molte erano state le critiche che tale previsione si era attirata tra i primi commentatori, alcune di tipo pratico – queste modalità procedurali avrebbero decisamente allungato i tempi decisione e ingolfato ancor di più i Tribunali di Sorveglianza – altre di natura costituzionale (presunto contrasto con il principio di uguaglianza), dal momento che veniva di fatto eliminato un grado di giudizio di merito in funzione del titolo di reato e, quindi, del tipo d'autore, rimanendo possibile esclusivamente il ricorso per cassazione per soli vizi di legittimità²⁶.

Per fortuna il legislatore nella legge di conversione è tornato sui suoi passi e ha ripristinato la competenza dell'organo monocratico di Sorveglianza.

11. Modifiche alla disciplina della liberazione condizionale e della libertà vigilata.

Problematica è anche la modifica di cui al secondo comma dell'art. 2 del d.l. 152/1991, con la quale viene elevata da ventisei a trenta anni di reclusione la soglia di pena necessaria per l'accesso alla liberazione condizionale da parte dell'ergastolano

²⁵ Cfr. A. RICCI, *Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022*, cit., 33 s.

²⁶ Cfr. D. GALLIANI, *Il decreto legge 162/2022, il regime ostativo e l'ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati*, cit., par. 4; F. GIANFILIPPI, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso ad ostacoli per il condannato e per l'interprete Fabio Gianfilippi*, cit., par. 8; R. DE VITO, *Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, cit., par. 10.

“ostativo” non collaborante, e dalla metà ai due terzi della pena inflitta quella prevista per il condannato a pena temporanea. Si tratta di un arretramento non solo rispetto all’attuale limite fissato dalla l. Gozzini, ma anche rispetto alla precedente l. 1634/1962 che aveva esteso, per la prima volta, all’ergastolano la liberazione condizionale dopo ventotto anni di pena espiata. Le modifiche in *peius*, però, non si arrestano alla disciplina dei termini per accedere alla libertà condizionale, ma interessano anche la durata della libertà vigilata che a quest’ultima sempre si accompagna. Si prevede, infatti, che la pena dell’ergastolo inflitta al condannato “ostativo” non collaborante, si estingua in dieci anni dalla data del provvedimento di concessione della liberazione condizionale e che la durata della libertà vigilata disposta ai sensi dell’art. 230 comma 1 n. 2 venga corrispondentemente aumentata in anni dieci²⁷. Per tutta la durata della libertà vigilata è inoltre previsto un divieto di incontrare o mantenere contatti con soggetti condannati per delitti di cui all’art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. o sottoposti a misura di prevenzione in casi tassativamente indicati.

Apparentemente, l’innalzamento di pena da ventisei a trenta anni stabilito dal legislatore sembra trovare giustificazione nella volontà di diversificare le condizioni di accesso alla liberazione condizionale in base alla condotta collaborativa o non collaborativa dell’ergastolano “ostativo”, pena un’indebita equiparazione tra soggetti che si trovano in posizioni differenti. Tale argomento non convince e, infatti, come evidenziato da attenta dottrina, il caso in cui l’ergastolano “ostativo” collaborante acceda alla liberazione condizionale dopo ventisei anni è del tutto ipotetico, poiché il collaborante che entra nel sistema di protezione – cosa che avviene praticamente sempre – può presentare istanza di liberazione condizionale trascorsi dieci anni (art. 16-*nonies* d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, conv. in l. 15 marzo 1991, n. 82)²⁸. Se è vero questo, viene allora a crearsi un divario irragionevole *ex art. 3 Cost.* tra condannato “ostativo” collaborante e non collaborante proprio per effetto della novella²⁹, il che appare tanto più ingiustificato se si richiamano alla mente le parole della Consulta per cui: «l’assenza di collaborazione con la giustizia non può tradursi in un aggravamento delle modalità di esecuzione della pena, in conseguenza del fatto che il detenuto esercita la facoltà di non prestare partecipazione attiva a una finalità di politica criminale e investigativa dello Stato [...] un conto è l’attribuzione di valenza premiale al comportamento di colui che, anche dopo la condanna, presta una collaborazione utile ed efficace, ben altro è l’inflizione di un trattamento peggiorativo al detenuto non collaborante»³⁰.

²⁷ Vale la pena notare che sull’obbligatorietà e la fissità della libertà vigilata pende una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze (ord. n. 791/2022 del 15.02.2022).

²⁸ Cfr. ancora D. GALLIANI, *Il decreto legge 162/2022, il regime ostativo e l’ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati*, cit., par. 5.1., il quale evidenzia come l’unico caso in cui l’ergastolano collaborante potrebbe domandare la liberazione condizionale dopo ventisei anni di pena scontata sia quando «a fronte di più procedimenti [...] presta collaborazione in un caso durante la cognizione (e questo di norma evita l’ergastolo) e nell’altro dopo la condanna (ed è quindi mantenuto l’ergastolo), presupponendo che l’entrata nel sistema di protezione non avvenga nel secondo caso».

²⁹ Così secondo E. DOLCINI, *L’ergastolo ostativo riformato in articulo mortis*, cit., par. 3.

³⁰ Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, in www.cortecostituzionale.it.

Ma vi è un altro argomento che fa dubitare della legittimità di questo intervento a rialzo. La previsione di un limite così elevato contrasta con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che, nella sentenza *Vinter e altri c. Regno Unito*, ha indicato tendenzialmente in venticinque anni il termine entro cui riesaminare i progressi del condannato a pena perpetua, sicché potrebbe venire in rilievo un eventuale conflitto con l'art. 117 Cost., quale parametro interposto rispetto all'art. 3 CEDU³¹. La soglia dei venticinque anni trova, peraltro, riscontro anche in fonti internazionali come lo Statuto della Corte penale internazionale³².

Rimane un ultimo problema da affrontare, ovverosia la mancanza di una disposizione transitoria che regoli la portata applicativa, da un punto di vista temporale, dell'innalzamento a trent'anni del *quantum* di pena utile per accedere alla liberazione condizionale. L'art. 3 d.l. 162/2022, infatti, ha mantenuto il limite dei ventisei anni solo in presenza delle condizioni di impossibilità, inesigibilità e irrilevanza di utile collaborazione con la giustizia che, come sappiamo, continuano a sopravvivere esclusivamente rispetto a chi ha commesso il fatto prima dell'entrata in vigore del decreto-legge. Nel silenzio del legislatore, quindi, dovremmo concludere che la soglia dei trenta anni di reclusione risulti applicabile in ogni altro caso, anche a coloro che abbiano commesso il fatto prima del 1° novembre 2022. In realtà, una parte della dottrina sostiene che trattandosi di modifica evidentemente peggiorativa, dovrebbe soccorrere la portata della sentenza costituzionale n. 32 del 2020 e far sì che la soglia di pena espianda sia anche in questi casi di ventisei anni³³. Ora, non vi è dubbio che il nuovo limite per accedere alla liberazione condizionale integri una modifica deteriore rispetto alla disciplina previgente, tuttavia non si può trascurare che la novella *de qua* non si limita a questa variazione *in peius*, ma allo stesso tempo introduce una disciplina più favorevole perché permette all'ergastolano "ostativo" non collaborante di accedere alla liberazione condizionale, possibilità prima assolutamente preclusa. Proprio a partire da questo rilievo, altri interpreti hanno escluso la configurabilità di un contrasto con i principi della sentenza 32/2020, «non potendosi operare un collage tra gli aspetti più favorevoli della norma sostituita (la soglia edittale a ventisei anni) e quelli più favorevoli della nuova disposizione (la possibilità di ottenere la liberazione condizionale anche in assenza di collaborazione), pena il rischio di creare una nuova norma al banco del giudice»³⁴.

³¹ Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, ric. nn. 66069/09, 130/10 e 3896/10, in www.hudoc.echr.coe.int. In tale pronuncia, i giudici alsaziani hanno infatti chiarito che una pena perpetua *de iure* o *de facto* irriducibile integra un trattamento disumano e degradante vietato ai sensi dell'art. 3 CEDU. Prende così forma il c.d. diritto alla speranza del condannato, ovverosia il diritto ad una concreta prospettiva di riesame e di liberazione che renda 'riducibile' la pena inflitta a vita.

³² Nello specifico, l'art. 110 co. 3 dello Statuto della Corte penale internazionale recita: «Se la persona ha scontato i due terzi della pena, o venticinque anni di reclusione nel caso di una condanna all'ergastolo, la Corte riesamina la pena per decidere se sia il caso di ridurla. [...]».

³³ Di quest'avviso, A. RICCI, *Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022*, cit., 26-27.

³⁴ Cfr. R. DE VITO, *Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, cit., par. 11, che comunque non esclude un'applicazione irretroattiva della nuova norma in base ad una valutazione casistica, attenta soprattutto alle ragioni dedotte a fondamento della mancata collaborazione.

Il fatto che la norma in questione abbia, per così dire, una doppia faccia, più favorevole e più sfavorevole allo stesso tempo, non dovrebbe però escludere a priori, a nostro modo di vedere, un'applicazione irretroattiva degli aspetti svantaggiosi. Che l'ergastolo ostativo dovesse saltare l'aveva già chiarito una volta per tutte la Corte costituzionale nell'ord. 97/2021 e prima ancora la sent. *Viola c. Italia* della Corte EDU che ne aveva riconosciuto il carattere irriducibile e dunque contrario all'art. 3 della Convenzione³⁵. La possibilità in sé di ottenere la liberazione condizionale, anche in assenza di collaborazione, non è quindi in discussione e costituisce un punto fermo su cui l'ergastolano poteva fare legittimo affidamento già a partire dall'ord. 97/2021. Appurato questo, il legislatore è certamente libero di disciplinare discrezionalmente il *quomodo* dell'accesso alla liberazione condizionale da parte del non collaborante, anche alzando la soglia ad anni trenta³⁶, ma, ci sembra, solo *pro futuro*. Il volto favorevole della nuova disciplina si radica proprio nell'ord. 97/2021, che indica al legislatore un fine obbligato e irrinunciabile. Rimane, quindi, meritevole di considerazione, al fine di stabilire la portata applicativa temporale della norma, solo il suo volto sfavorevole, che, dunque, in virtù della sentenza 32/2020, non può applicarsi retroattivamente. Si pensi, d'altronde, alla situazione concreta di un ergastolano ostativo, rimasto in “standby” per un anno e mezzo (dall'ord. 97/2021 al d.l. 162/2022), ma certo nel frattempo di stare scontando una pena declinata in maniera costituzionalmente illegittima, magari prossimo o che ha già superato la soglia di ventisei anni di pena espiata, che oltre a dover integrare una *probatio diabolica*, si troverebbe oggi a dover attendere ulteriori quattro anni per poter domandare l'accesso alla liberazione condizionale.

12. Conclusione: un bilancio della nuova disciplina.

Il d.l. 162/2022 sembra andare ben oltre le indicazioni dettate dalla Corte costituzionale nell'ord. 97/2022. La Consulta chiedeva che venisse superata l'equazione “mancata collaborazione-pericolosità sociale-divieto assoluto di accesso ai benefici”, demandando al legislatore la predisposizione di un meccanismo tale da consentire all'ergastolano “ostativo” di dimostrare altrimenti l'insussistenza dei collegamenti presenti e futuri con il sodalizio criminale e, dunque, il superamento della propria pericolosità sociale, così da ottenere una mera *chance* (nessun diritto) di accedere alla liberazione condizionale.

Cosa ha fatto il legislatore?

Ha trasformato la preclusione di pericolosità da assoluta a relativa (*rectius* semi-assoluta), subordinando l'ammissibilità dell'istanza a una serie di condizioni alquanto severe, alcune delle quali richiederanno un'attività concretizzatrice della giurisprudenza visto il loro carattere vago e indeterminato; ma non si è fermato qui. Ha sentito il bisogno di derogare al principio dello “scioglimento del cumulo”; cancellare l'istituto della

³⁵ Corte EDU, 16 giugno 2019, *Viola c. Italia*, ric. n. 77633/16, in www.giustizia.it.

³⁶ Se poi tale modifica sia o meno costituzionale spetterà eventualmente alla Corte deciderlo.

collaborazione impossibile, irrilevante e inesigibile; elevare a trent'anni di pena espiata il limite per accedere alla liberazione condizionale (per l'ergastolano "ostativo" non collaborante); sconfessare la progressione trattamentale uniformando senza distinzioni le condizioni di accesso a tutti benefici penitenziari in senso lato; aumentare considerevolmente gli adempimenti istruttori a carico della Sorveglianza; imporre un obbligo di motivazione rafforzata al giudice. Inaspettatamente, nella legge di conversione ha rimosso dal catalogo dei reati "ostativi" di c.d. prima fascia le fattispecie a danno della pubblica amministrazione. Quest'ultima manovra o la relativizzazione della presunzione di pericolosità sociale non bastano a redimere una novella che, nel complesso, compie numerosi passi indietro rispetto alla disciplina previgente. Certo, occorrerà attendere la concreta applicazione della riforma, ma la sensazione è che quel diritto alla speranza, riacceso dalla Corte costituzionale, si spenga a mano a mano che si scorrono le nuove disposizioni dell'art. 4-*bis* o.p.

SEQUESTRO PREVENTIVO DI SOMME DI DANARO E PERICULUM IN MORA: TRA OSSEQUIO AI PRINCIPI, SALVAGUARDIA DELL'ISTITUTO E DEFINIZIONE DEGLI ONERI DIMOSTRATIVI

Ragionamenti sugli effetti delle Sezioni Unite "Ellade"

(Cass. Pen., sez. U, 24 giugno 2021 – dep. 11 ottobre 2021 – n. 36959, Rv. 281848)

di Antonio Carchietti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Un primo orientamento di legittimità: ciò che confiscabile è pericoloso e ciò che è pericoloso può essere sequestrato. – 3. Un secondo orientamento di legittimità: la pericolosità del bene suscettibile di confisca facoltativa va motivata. – 4. Il recente insegnamento della Suprema Corte in ordine al requisito del *periculum in mora*: ovvero, delle cinquanta sfumature della confisca. – 5. Lettura innovativa o "cuore oltre l'ostacolo"? – 6. *In cauda venenum*: ciò che non può convincere in ordine all'onere dimostrativo (nelle ablazioni patrimoniali). – 7. ... all'improvviso uno sconosciuto. Il sequestro per equivalente. – 8. Il malessere percepibile, il pericolo che corre la "terapia interpretativa", l'urgenza per il legislatore. – 9. Le prime (numerosi) applicazioni dei principi espressi dalle SS. UU. "Ellade": la riconduzione dell'onere dimostrativo nei confini dei "carichi esigibili"; il sequestro "per equivalente"; i poteri del Tribunale del Riesame.

1. Introduzione.

Il codice di rito del 1930 contemplava solo due tipi di sequestro: il sequestro conservativo ed il c.d. "sequestro per il procedimento penale", che veniva decritto dall'art. 337 c.p.p. – con la rubrica "Formalità relative al sequestro" – nei seguenti termini: *Nel corso dell'istruzione il giudice può disporre anche d'ufficio con decreto il sequestro di cose pertinenti al reato. Al sequestro il giudice può procedere personalmente e occorrendo con l'assistenza della forza pubblica. Può anche delegare con lo stesso decreto un ufficiale di polizia giudiziaria.*

In origine, tale tipologia di sequestro veniva considerata, dagli interpreti, funzionale alla sola acquisizione probatoria, mentre il sequestro conservativo era pacificamente ritenuto di matrice civilistica¹.

Fu la giurisprudenza di legittimità ad introdurre una "via" ermeneutica nuova, tesa ad affermare la compatibilità tra il "sequestro per il procedimento penale" e la funzione preventiva. Già nel vigore del codice di procedura penale del 1930 infatti, mancando una specifica disciplina idonea a fronteggiare condotte delittuose gravemente

¹ Un'analisi dell'istituto è rinvenibile nell'elaborato di E. AMATI, *Vocazione polifunzionale del sequestro penale e problematica valutazione del fumus commissi delicti*, p. 8 e ss., tesi di dottorato di ricerca reperibile al link <https://core.ac.uk/download/pdf/294904667.pdf>.

lesive di interessi non solo individuali ma anche collettivi, era stata avvertita l'esigenza di attivare strumenti con finalità preventive². La giurisprudenza, forzando l'interpretazione del citato articolo 337 c.p.p., e andando al di là del suo apparente dominio, aveva ampliato il campo di operatività del sequestro penale, impiegato frequentemente, oltre che a scopo probatorio, in funzione preventiva³. Questa lettura si fondava, in particolare ed in una prima fase, sull'assenza di una chiara predefinizione degli scopi del sequestro nella lettera della legge⁴. Successivamente, il riferimento normativo cui ancorare la finalità preventiva fu individuato nell'art. 219 c.p.p. – all'epoca rubricato "Funzioni della polizia giudiziaria" – secondo cui: *La polizia giudiziaria deve anche di propria iniziativa prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori; assicurarne le prove, ricercare i colpevoli e raccogliere quant'altro possa servire all'applicazione della legge penale.*

Si evidenziò, in particolare, la possibilità di una lettura integrata del disposto di cui all'art. 219 c.p.p. con quello di cui all'art. 222 c. 2 c.p.p. (*Gli ufficiali ed agenti predetti curano che il corpo e le tracce del reato siano conservati e che lo stato delle cose non venga mutato prima che giunga nel luogo l'Autorità giudiziaria. Se vi è fondato motivo di temere che frattanto le cose o le tracce predette si alterino o si disperdano, procedono ai necessari accertamenti e sequestrano il corpo del reato, osservando per quanto è possibile le norme sull'istruzione formale*), in grado di legare la funzione *lato sensu* di prevenzione racchiusa nell'art. 219 c.p.p. agli strumenti attribuiti alla polizia giudiziaria nel contesto delle istruttorie ai sensi degli artt. 222 ss. c.p.p., tra i quali compariva, appunto, anche il potere di sequestro. La definizione "sistemica" del sequestro preventivo trovava compimento mediante gli artt. 231, 232 e 234 c.p.p., che demandavano al Pretore, al Procuratore della Repubblica ed al Procuratore Generale presso la Corte d'Appello – nel compimento delle attività preliminari alle istruzioni formali o sommarie – la medesima funzione di polizia giudiziaria riconosciuta agli agenti ed agli ufficiali dall'art. 219 c.p.p.

Fu così che, sin dal codice "Rocco", il sequestro fu interpretato quale indefettibile strumento di protezione di interessi comuni e diffusi, quali la tutela del territorio e dell'ambiente, il diritto alla salute, la prevenzione della criminalità economica.

Il sequestro preventivo disciplinato dall'art. 321 c.p.p. del codice vigente è, pertanto, frutto del recepimento normativo della percepita "bivalenza" dell'originaria figura unitaria di sequestro. Ma non solo.

Il sequestro preventivo viene, dal legislatore, posto altresì in – verrebbe da dire, naturale – correlazione con l'istituto della confisca, costruito proprio attorno alle cose "penalmente pericolose" e concepito quale misura di sicurezza di carattere reale ex art. 236 c.p.

² Sul punto T. DELL'ANNA, *Applicabilità e limiti del sequestro preventivo di un immobile abusivo ultimato*, nota a Cass. Pen., S. U., 29 gennaio 2003, n. 12878, in *Cassazione Penale*, fasc. 4, 2004, p. 1332.

³ Come rammentato anche da Cass. Pen., Sez. U., 29 gennaio 2015 – dep. 17 luglio 2015 – n. 31022; annotata da G. CORRIAS LUCENTE, *Le testate telematiche registrate sono sottratte al sequestro preventivo. Qualche dubbio sulla "giurisprudenza legislativa"*; in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, fasc. 6, 2015, p. 1041.

⁴ A. PASTA, *La motivazione del decreto di sequestro probatorio del corpo del reato*, in *Cassazione Penale*, 09/2018, p. 3062.

L'articolo 321 c.p.p., pertanto, contempla (comma I) una prima ipotesi di sequestro – cd. sequestro preventivo impeditivo – introdotta al fine di consentire l'acquisizione di cose pertinenti al reato la cui libera disponibilità potrebbe – secondo una valutazione effettuata in concreto – aggravare o protrarre le conseguenze del reato stesso, ovvero agevolare la commissione di altri reati.

Tale sequestro può, pertanto, avere sede se e nella misura in cui risulti rilevabile: la sussistenza di un *fumus* concernente la commissione di un reato; la qualificabilità del bene come pertinente a quel reato; la tracciabilità di un *periculum in mora*, per come descritto dalla norma poc'anzi richiamata. In via di semplificazione, potrebbe ritenersi che tale *periculum* vada a costituire la vera e propria ragion d'essere dello strumento acquisitivo, senza la quale non vi sarà margine per disporre un sequestro poiché non vi sarà motivo per prospettarlo.

Il secondo comma dell'art. 321 c.p.p., invece, vive di luce riflessa, poiché contempla la possibilità di disporre un sequestro avente ad oggetto i beni di cui sia consentita, all'esito del processo, la confisca. Si tratta, pertanto, di un sequestro con funzione servente rispetto alla – eventuale – confisca, della quale si vuole salvaguardare e preservare l'efficacia, anticipando il vincolo di indisponibilità sul bene ad una fase antecedente alla condanna⁵ in ragione della pericolosità presunta che connota il bene confiscabile.

In buona sostanza, pertanto, il legislatore del “nuovo” codice di rito ha configurato un sequestro preventivo di cose pertinenti al reato ed un sequestro preventivo di cose assoggettabili a confisca, individuando nel carattere penalmente pericoloso della *res* il tratto comune e nella pericolosità concreta o presunta il dato distintivo.

Analizzando la Relazione di accompagnamento al codice di rito⁶, si percepisce come – nella visuale assunta dal legislatore – sia il sequestro preordinato alla confisca a costituire una sorta di asse portante dell'istituto. Vi si legge infatti: *L'articolo 321 riflette il punto d'arrivo di una approfondita discussione che faceva perno sulla strumentalità necessaria tra sequestro e confisca. Il proposito era quello di delimitare, mediante un rinvio alla nozione di "cose di cui è consentita la confisca", l'area di operatività del sequestro preventivo, così da escludere che esso potesse trovare attuazione fuori dei confini segnati dall'art. 240 c.p. e dalle leggi speciali in cui è espressamente riconosciuto al giudice il potere di confisca. In contrario, si è tuttavia fatto rilevare come questa visuale restrittiva potesse inibire l'iniziativa del giudice almeno in due casi importanti: quello delle costruzioni abusive, per le quali la prevalente giurisprudenza della corte di cassazione esclude il potere di confisca del giudice penale in ragione dell'analogo potere di demolizione che le leggi amministrative attribuiscono al sindaco; quello del prezzo del riscatto nei reati di sequestro di persona a scopo di estorsione, la cui "immunità" dalla confisca risulta chiaramente dall'art. 240 comma 3 c.p., in forza del requisito della appartenenza a persona estranea al reato. Il testo è stato perciò formulato in modo da costruire una fattispecie*

⁵ S. PIERGIOVANNI, [Sequestro preventivo finalizzato alla confisca: le Sezioni Unite impongono l'onere di motivare sul periculum in mora](#), in questa Rivista, 9 novembre 2021.

⁶ Rinvenibile nella sua interezza preso il sito “gazzettaufficiale.it”, al link: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1988/10/24/088A4237/sg>.

nella quale non figura il presupposto della confiscabilità della cosa (comma 1), e si pone invece l'accento sui fini della misura cautelare più che sulla caratterizzazione delle cose materiali su cui essa è destinata ad incidere (la formula "pertinente al reato" assume infatti un significato scarsamente delimitativo). Il legame tra sequestro e confisca è stato invece fatto riaffiorare, come previsione specifica ed autonoma, nel comma 2.

Proprio la diversa filosofia sottesa alle due ipotesi di sequestro preventivo sin qui richiamate ha indotto, per lungo tempo, la giurisprudenza di legittimità a differenziare grandemente la conformazione dell'onere di motivazione idoneo a sostenere il provvedimento ablativo.

Si è, in particolare, sovente escluso che – nell'ipotesi di cui all'art. 321 c. 2 c.p.p. – fosse richiesta una valutazione (ed una motivazione) concernente la sussistenza del *periculum in mora*, ritenendosi tale valutazione del tutto ultronea a fronte di beni di cui il legislatore stesso aveva sancito la confiscabilità, intesa quale sorta di presunzione *iuris et de iure* di pericolosità.

Il sequestro dei beni confiscabili è stato così interpretato quale mezzo funzionale alla futura acquisizione del bene, al di fuori di una cautela tipicamente penale⁷.

2. Un primo orientamento di legittimità: ciò che confiscabile è pericoloso e ciò che è pericoloso può essere sequestrato.

Nel dettaglio, numerose pronunce della Suprema Corte appaiono accomunate dall'affermazione di principio per cui l'autonomia del sequestro contemplato dal comma 2 dell'art. 321 c.p.p. – rispetto al sequestro impeditivo – si radicherebbe proprio (e solo) sulla presunzione di pericolosità connotante i beni suscettibili di confisca. Se quindi la ragion d'essere del sequestro preventivo è quella di paralizzare una situazione di pericolo promanante dalla libera circolazione di un bene, nulla dovrà dirsi nel tenore del provvedimento di sequestro – e nessun onere motivazionale potrà ritenersi sussistente in capo al giudice – in relazione a quei beni che il legislatore ha ritenuto pericolosi per assioma⁸, al punto da costruirvi attorno una misura di sicurezza.

Sin dalla pronuncia "Garofalo ed altri"⁹, la Corte di Cassazione stabilisce che il sequestro strumentale alla confisca previsto dall'art. 321, secondo comma, c.p.p. costituisce figura specifica ed autonoma rispetto al sequestro preventivo regolato dal primo comma dello stesso articolo. La particolarità della prima misura consiste nel fatto che, per la legittimità di essa, non occorre necessariamente la presenza dei presupposti di applicabilità previsti per il sequestro preventivo "tipico" (pericolo che la libera disponibilità della cosa possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero agevolare la commissione di altri reati), ma basta il presupposto della confiscabilità: ossia la condizione che si tratti di cose di cui è consentita la confisca a tenore del codice

⁷ L. GRILLI, *Le indagini preliminari della polizia giudiziaria e del pubblico ministero*, Padova, 2012, p. 580.

⁸ L. RAPETTI, A. TORRI, *La nozione di 'profitto del reato' e la sua scorretta applicazione in sede cautelare nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Rivista del commercio internazionale*, 2/2013, p. 499.

⁹ Cass. Pen., Sez. VI, 25 settembre 1992 – dep. 3 novembre 1992 – n. 3343, Rv. 192862 – 01.

penale o delle leggi speciali. Ne consegue che compito del giudice, nel disporre il sequestro in esame, è quello di verificare che i beni rientrino nelle categorie delle cose oggettivamente suscettibili di confisca: il che può avvenire, secondo la disciplina sostanziale del diritto penale, tanto nei casi di confisca facoltativa quanto nei casi di confisca obbligatoria.

Sulla stessa linea si pone una successiva pronuncia¹⁰, che rileva come il sequestro preventivo delle cose di cui è consentita la confisca non presupponga alcuna prognosi di pericolosità connessa alla libera disponibilità delle cose medesime, le quali, proprio perché confiscabili, sono oggettivamente pericolose, indipendentemente dal fatto che si versi in materia di confisca facoltativa o obbligatoria.

La storica pronuncia “Gifuni”¹¹ specifica, in esordio, che le condizioni generali per l'applicabilità delle misure cautelari personali, indicate nell'art. 273 cod. proc. pen., non sono estensibili, per le loro peculiarità, alle misure cautelari reali, cosicché è preclusa – in quella sede - ogni valutazione sulla sussistenza degli indizi di colpevolezza e sulla gravità degli stessi, ed il controllo del giudice non può investire la concreta fondatezza di un'accusa ma deve limitarsi all'astratta possibilità di sussumere il fatto attribuito ad un soggetto in una determinata ipotesi di reato.

Sulla stessa linea, sotto il profilo della impossibilità di equiparare i presupposti della cautela personale e di quella reale, si pone la pronuncia “Mariano”¹², secondo cui, in tema di sequestro preventivo, la verifica delle condizioni di legittimità della misura cautelare da parte del tribunale del riesame o della Corte di Cassazione non può tradursi in anticipata decisione della questione di merito concernente la responsabilità della persona sottoposta ad indagini in ordine al reato oggetto di investigazione, ma deve limitarsi al controllo di compatibilità tra la fattispecie concreta e quella legale, rimanendo preclusa ogni valutazione riguardo alla sussistenza degli indizi di colpevolezza ed alla gravità degli stessi.

La sentenza “Capasso”¹³, per parte sua, afferma chiaramente che il *periculum* coincide con la confiscabilità del bene, in ciò preceduta sotto il profilo cronologico da Cass. Pen. Sez. II, 26 giugno 2014 – dep. 16 luglio 2014 – n. 31229, Rv. 260367 – 01; da Cass. Pen., Sez. III, 17 settembre 2014 – dep. 19 novembre 2014 – n. 47684, Rv. 261242 – 01; da Cass. Pen., Sez. III, 15 aprile 2015 – dep. 20 maggio 2015 – n. 20887, Rv. 263408 – 01.

In totale sintonia interpretativa si pone una successiva sentenza¹⁴ il cui tenore è il seguente: *Il sequestro strumentale alla confisca previsto dall'art. 321, secondo comma, cod. proc. pen. – categoria cui appartiene quello disposto in previsione della confisca di cui all'art. 2641 cod. civ. – costituisce, infatti, figura specifica ed autonoma rispetto al sequestro preventivo regolato dal primo comma dello stesso articolo, per la cui legittimità non occorre necessariamente la presenza dei requisiti di applicabilità previsti per il sequestro preventivo “tipico”, essendo*

¹⁰ Cass. Pen., Sez. VI, 21 ottobre 1994 – dep. 25 gennaio 1995 – n. 4114, Rv. 200854 – 01.

¹¹ Cass. Pen., Sez. U., 25 marzo 1993 – dep. 23.4.1993 – n. 4, Rv. 193115.

¹² Cass. Pen., Sez. U., 23 febbraio 2000 – dep. 4 maggio 2000 – n. 7, Rv. 215840 – 1.

¹³ Cass. Pen., Sez. U., 31 marzo 2016 – dep. 6 maggio 2016 – n. 18954, Rv. 266790 – 01.

¹⁴ Cass. Pen., Sez. V, 26 maggio 2017 – dep. 6 luglio 2017 – n. 33027, Rv. 270337 – 01.

sufficiente il presupposto della confiscabilità, con la conseguenza che compito del giudice è quello di verificare che i beni rientrino nelle categorie delle cose oggettivamente suscettibili di confisca, e ciò tanto nell'ipotesi facoltativa che in quella obbligatoria.

Stesso principio viene affermato due anni dopo¹⁵ dalla Suprema Corte, laddove si sottolinea che *il sequestro preventivo delle cose di cui è consentita la confisca non presuppone alcuna prognosi di pericolosità connessa alla libera disponibilità delle cose medesime, le quali, proprio perché confiscabili, sono di per sé oggettivamente pericolose, indipendentemente dal fatto che si versi in materia di confisca facoltativa o obbligatoria.*

Da ultimo, la Sezione VI della Corte di Cassazione¹⁶, pur intervenendo nel febbraio del 2022 e pertanto dopo la pronuncia a Sezioni Unite “Ellade” – di cui si dirà di qui a poco – stabilisce che ai fini dell'adozione del sequestro preventivo preordinato alla confisca ex art. 322-ter c.p., è sufficiente, qualora sussista il *fumus* di uno dei delitti contro la pubblica amministrazione, il mero presupposto della confiscabilità del bene, senza alcuna ulteriore specificazione in ordine alle ragioni che rendono necessaria l'anticipazione dell'effetto ablativo rispetto alla definizione del giudizio con sentenza di condanna e di applicazione della pena.

3. Un secondo orientamento di legittimità: la pericolosità del bene suscettibile di confisca facoltativa va motivata.

Alcune pronunce della Suprema Corte si discostano dal percorso ermeneutico sin qui riassunto. Va tuttavia, da subito, evidenziato come il tema di contrasto appaia, per il vero, circoscrivibile, e non afferisca in radice all'interpretazione degli istituti della confisca e del sequestro preventivo.

La diversa sensibilità palesata dai giudici di legittimità in alcune pronunce concerne, infatti, esclusivamente il regime motivazionale correlabile alle ipotesi di confisca facoltativa.

Si opina, in particolare, che proprio la natura facoltativa dell'ablazione imponga, al giudice del sequestro, l'onere di specificare per quale ragione – nel caso concreto – quello specifico bene (solo eventualmente suscettibile di sequestro) debba ritenersi pericoloso. Si pretende, detta in altri termini, una sorta di prognosi di confisca, ovvero un apparato motivazionale in grado di esplicitare le ragioni per le quali la discrezionalità riconosciuta dalla legge al giudice della cognizione dovrebbe – in tesi - materializzarsi in un provvedimento *in malam partem*.

Così si esprime, ad esempio, la Sezione VI della Suprema Corte sin dal 1995¹⁷, laddove evidenzia che ciò che si richiede, ma solo nel caso della confisca facoltativa, è che il giudice dia ragione del potere discrezionale di cui si è avvalso, il che può avvenire anche mediante un semplice riferimento alla finalità di evitare la protrazione degli effetti

¹⁵ Cass. Pen., Sez. II, 24 ottobre 2019 – dep. 16 dicembre 2019 – n. 50744, Rv. 277719 – 01.

¹⁶ Cass. Pen. Sez. VI, 23 febbraio 2022 – dep. 4 aprile 2022 – n. 12513, Rv. 283054 – 01.

¹⁷ Cass. Pen., Sez. VI, 17 marzo 1995 – dep. 7 giugno 1995 – n. 1022, Rv. 201943 – 01.

del reato: finalità nella quale deve ritenersi ricompresa l'esigenza di non consentire che la cosa confiscabile sia modificata, dispersa, deteriorata, utilizzata o alienata.

Più di recente¹⁸, un'ulteriore pronuncia afferma che, nell'ipotesi di sequestro preventivo ex art. 321, comma 2, c.p.p., finalizzato alla confisca facoltativa, il giudice deve dare conto del *periculum in mora* che giustifica l'apposizione del vincolo, dovendosi escludere qualsiasi automatismo che colleghi la pericolosità alla mera confiscabilità del bene oggetto di sequestro.

4. Il recente insegnamento della Suprema Corte in ordine al requisito del *periculum in mora*: ovvero, delle cinquanta sfumature della confisca.

La pronuncia resa dalle Sezioni Unite della Cassazione (Cass. Pen., sez. U, 24 giugno 2021 – dep. 11 ottobre 2021 – n. 36959, Rv. 281848; “Ellade”) a quanto pare, è stata inizialmente percepita, dai primi commentatori, quale *dictum* funzionale a dirimere il contrasto sin qui sintetizzato.

Ma, in realtà, la Sentenza ha una portata che non si esita a definire dirompente. Poiché mette in discussione, in radice, la stessa natura dell'istituto del sequestro preventivo nelle sue multiformi manifestazioni, correlando la lettura proposta ad una – invero, embrionale – rilettura dell'istituto della confisca.

Può essere utile ricondurre il ragionamento della Suprema Corte ai passaggi motivazionali essenziali, riproposti in forma schematica:

- in primo luogo, le SS. UU. premettono – circostanza che varrà la pena ribadire in sèguito – che l'ambito della pronuncia in esame è circoscritto al devoluto, ossia all'analisi dei presupposti applicativi del (solo) art. 240 c.p.: la sentenza, pertanto, non prende in considerazione l'ipotesi di sequestro impeditivo. Ma – come dovrebbe coerentemente desumersi da tale considerazione introduttiva – la sentenza non prende in esame nemmeno le ipotesi di confisca (e sequestro) per equivalente, che – come noto – l'art. 240 c.p. non contempla;
- in ordine al sequestro di cui all'art. 321 c. 2 c.p.p. – l'unico sequestro, pertanto, di cui la pronuncia si occupa - viene sancita la correttezza dell'impostazione fatta propria dai precedenti arresti di legittimità e tesa ad escludere che il giudice debba motivare in relazione al “pericolo di reiterazione” intrinsecamente connotante il bene da acquisire; si ribadisce, quindi, la reciproca autonomia caratterizzante il rapporto tra sequestro impeditivo e sequestro a fini confiscatori;
- la predetta autonomia determina la sussistenza di oneri motivazionali distinti da porre alla base dei rispettivi provvedimenti cautelari, e non la “vaporizzazione” di qualsivoglia aspetto motivazionale concernente il *periculum* nell'ipotesi di sequestro preordinato alla confisca;
- in particolare, la mera confiscabilità non può legittimare *ipso iure* il sequestro, poiché ciò finirebbe – a parere del Supremo Consesso – con l'annullare “ogni

¹⁸ Cass. Pen., Sez. V, 10 novembre 2017 – dep. 19 gennaio 2018 – n. 2308, Rv. 271999 – 01.

divaricazione tra il piano cautelare ed il piano del giudizio”, dando sede alla elusione del rispetto dei criteri di proporzionalità richiamati anche dalla giurisprudenza sovranazionale (come chiarito successivamente da un’ulteriore pronuncia, il test di proporzionalità assume una valenza “di sistema”, valenza riconosciuta anche dalla giurisprudenza di questa Corte di legittimità, che, infatti, sottopone a detto scrutinio anche i provvedimenti applicativi di un sequestro, non solo quando lo stesso riveste natura di misura cautelare¹⁹);

- a nulla vale, a voler argomentare in senso contrario, invocare la (presunta) pericolosità intrinsecamente connotante il bene confiscabile: infatti, la confisca ha assunto oramai natura proteiforme, e l’istituto – abbandonata la sua originaria veste – si traduce, oggi, nello strumento con cui un patrimonio viene qualificato come “sanzionabile” secondo la scelta discrezionale del legislatore; il contenuto motivazionale del provvedimento di sequestro, pertanto, si concretizza nella esigenza di spiegare “per quali ragioni si ritenga di anticipare gli effetti della confisca ... dando cioè atto degli elementi indicativi del fatto che la definizione del giudizio non possa essere attesa, posto che, diversamente, la confisca rischierebbe di divenire, successivamente, impraticabile”; il provvedimento dovrà soffermarsi “sulle ragioni per le quali il bene potrebbe, nelle more del giudizio, essere modificato, disperso, deteriorato, utilizzato od alienato”, e pertanto, in buona sostanza, sulla eventuale sussistenza di una esigenza anticipatoria della ablazione²⁰;
- tale principio non patisce eccezioni: la distinzione tra confisca obbligatoria e facoltativa, infatti, non fornisce alcun utile parametro motivazionale *in parte qua*; solo ed esclusivamente con riferimento ai beni contemplati dall’art. 240 c. 2 nr. 2) c.p. (ossia, alle cose la fabbricazione, l’uso, il porto, la detenzione o l’alienazione delle quali costituisce reato), risulterà sufficiente – per converso – dare conto, ai fini del sequestro, della confiscabilità del bene, atteso che in relazione a tale categoria di beni, connotati da “intrinseca pericolosità”, difetta “per legge ... il presupposto della confisca rappresentato dalla sentenza di condanna o di applicazione della pena” e pertanto “l’esigenza anticipatoria verrà a ridursi alla sola attestazione della ricomprensione dell’oggetto tra quelli, appunto, di natura ‘illecita’”.

Si è abbandonata, pertanto, la dicotomia tra pericolosità da dimostrarsi e pericolosità presunta, che pareva connotare i rapporti tra i beni contemplati rispettivamente dai commi I e II dell’art. 321 c.p.p.

Per converso, si è introdotta una più marcata distinzione incentrata sull’esigenza cautelare sottesa alle due disposizioni della medesima norma. Da un lato (comma I), si vuole impedire che un bene pericoloso spieghi ulteriori effetti perniciosi. Dall’altro (comma 2), si vuole impedire che un bene confiscabile sfugga alla eventuale acquisizione (che solo il giudice, all’esito del processo, potrà disporre).

Mutatis mutandis, la distinzione generale parrebbe riecheggiare quella – concernente le misure cautelari personali e le correlate esigenze cautelari – tra il pericolo

¹⁹ Cass. Pen., Sez. IV, 23 novembre 2022 – dep. 20 dicembre 2022 – n. 48264.

²⁰ A. PANETTA, *Sequestro preventivo: è il parametro della “esigenza anticipatoria” della confisca a dovere fungere da criterio generale*, in *Diritto & Giustizia*, 173/2022, pag. 8.

di reiterazione criminosa (che informa il primo comma dell'art. 321 c.p.p.) ed il pericolo di fuga, temendo il legislatore – come desumibile dal tenore dell'art. 321 c. 2 c.p.p. per come interpretato dalla Sentenza “Ellade” – che il bene confiscabile possa “fuggire” dalla confisca prima della sentenza.

Pare potersi cogliere la volontà della Suprema Corte di avallare una vera e propria migrazione sistemica della confisca, destinata a dismettere i panni della misura di sicurezza e ad indossare quelli della pena *tout court*. Solo tale intendimento può giustificare questa sorta di “umanizzazione” della confisca (o, se si preferisce, del patrimonio confiscabile), i cui effetti possono essere anticipati, secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite, solamente al verificarsi di presupposti consonanti con le esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p.

Già si registrano ulteriori pronunce a sezioni semplici che recepiscono espressamente il *dictum* delle SS. UU. “Ellade”.

Si segnala, in particolare, la sentenza “Guarrera”²¹, che ha esteso i principi sin qui riassunti all'ambito applicativo normato dall'art. 321 c. 2 bis c.p.p., evidenziando come (anche) la confisca nei procedimenti relativi a delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione debba contenere la concisa motivazione del *periculum in mora*, da rapportare – nel rispetto dei criteri di adeguatezza e proporzionalità della misura reale – alle ragioni che rendono necessaria l'anticipazione dell'effetto ablativo rispetto alla definizione del giudizio con sentenza, dovendosi escludere ogni automatismo decisorio che colleghi la pericolosità alla mera natura obbligatoria della confisca, atteso che la necessità di detta motivazione opera – con la sola eccezione delle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisca reato – sia con riguardo alla confisca obbligatoria che a quella facoltativa.

Nella stessa direzione un ulteriore arresto²², nel cui tenore la Suprema Corte ha ribadito che il provvedimento di sequestro preventivo di cui all'art. 321 comma 2 c.p.p., finalizzato alla confisca di cui all'art. 240 c.p., deve contenere la concisa motivazione anche del *periculum* e segnatamente indicare le ragioni che rendono necessaria l'anticipazione dell'effetto ablativo della confisca rispetto alla definizione del giudizio²³.

Solo apparentemente riconducibile alla *ratio* di cui all'art. 321 c. 2 c.p.p., a questo punto, deve considerarsi l'ipotesi di sequestro dei beni in relazione ai quali il legislatore abbia previsto l'obbligatorietà della confisca in quanto beni intrinsecamente pericolosi, ai sensi dell'art. 240 c. 2 nr. 2 c.p.: in tal caso, in realtà, riprende valenza la categoria del “bene pericoloso”, ed anzi tale pericolosità è affermata con presunzione *iuris et de jure*, al punto che il giudice non è tenuto a spendere nemmeno una riga di motivazione in ordine al *periculum in mora*.

²¹ Cass. Pen., Sez. VI, 5 luglio 2022 – dep. 5 settembre 2022 – n. 32582, Rv. 283619 – 01.

²² Cass. Pen., Sez. VI, 26 aprile 2022 – dep. 22 agosto 2022 – n. 31380.

²³ Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 26 aprile 2022 – dep. 22 agosto 2022 – n. 31380 con nota di A. UBALDI, *Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca va sempre motivato in punto di periculum in mora*, in *Diritto & Giustizia*, fascicolo 145/2022, p. 14.

5. Lettura innovativa o “cuore oltre l’ostacolo”?

Tuttavia, proprio il disposto di cui all’art. 240 c. 2 nr. 2) c.p. rischia di costituire un “punto di rottura” della linea interpretativa assunta dalla Suprema Corte. La disposizione normativa è radicata sulla intrinseca pericolosità del bene confiscato, al punto che se ne prevede l’ablazione anche laddove non sia pronunciata una condanna. La Suprema Corte afferma che il sequestro, in tal caso, potrà poggiarsi su di un provvedimento privo di motivazione in punto di *periculum*, ma il passaggio argomentativo diviene apodittico. Si assume, cioè, che anche tale ipotesi di confisca confermi la funzione anticipatoria del sequestro, posto che – per “questa” confisca – non è richiesta una pronuncia di condanna o di applicazione pena. Sembra quasi leggersi l’intento di raffigurare una sorta di “contrazione temporale” che caratterizzerebbe il vaglio del giudice in ordine alla confisca: in altri termini, se una condanna “non serve”, tanto vale acquisire da subito (con il sequestro) ciò che è talmente pericoloso da poter essere acquisito senza determinazioni dibattimentali *in malam partem*. Ma non vi è chi non veda come, in realtà, anche i beni pericolosi in esame possano essere confiscati solo all’esito del processo (altra questione è la possibilità che la confisca “resista” a fronte della pronuncia assolutoria di merito) o comunque all’esito del vaglio prodromico ad un provvedimento di archiviazione. Coerenza interpretativa avrebbe, al contrario, imposto al Giudice di legittimità di pretendere una motivazione in ordine al *periculum* anche in relazione a tali beni, perché anche per tali beni ci sarà “un tempo per confiscare”, e dovrebbe – a rigore – essere conseguentemente pretesa una buona ragione per sequestrare²⁴.

La verità è che, nella disposizione in esame, rivive – con manifestazione insopprimibile – la *ratio* della confisca quale determinazione *iuris et de iure* di pericolosità di alcuni beni. Ed ancor prima, la natura della confisca quale misura di sicurezza, anzi quale unica misura di sicurezza reale prevista dal nostro ordinamento, strutturata sulla base di una presunzione assoluta di pericolosità della cosa²⁵. “Questo” sequestro, pertanto, è ipotesi di applicazione provvisoria di una misura di sicurezza reale concernente un bene di cui si presume la pericolosità senza margini di prova contraria, e solo per tale ragione non richiede alcuna motivazione in punto di *periculum*. Problema non da poco, nell’ambito di un’opzione ermeneutica di complesso che si informa alla non differenziazione delle ipotesi di confisca per ricondurle – tutte – ad un unico *genus* consistente nella discrezionale scelta punitiva del patrimonio fatta propria dal legislatore.

Ma pare ulteriormente rilevabile come l’intero percorso argomentativo, sin qui *in parte qua* riassunto, prenda le mosse da un “non detto”, ancor più foriero di pericoli per la tenuta dell’intero sviluppo del ragionamento proposto dalla Suprema Corte.

Il “non detto” è dato dalla portata potenzialmente dirompente del disposto di cui all’art. 324 c. 7 c.p.p., secondo il quale – come noto – la revoca del decreto di sequestro

²⁴ R. BELFIORE, *Le Sezioni Unite sul periculum in mora nel sequestro preventivo strumentale alla confisca*, in *Cassazione Penale*, 2/2022, p. 543 e ss.

²⁵ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale – parte generale*, III edizione, Milano 2006, p. 955 e ss.

non può essere disposta, nemmeno in sede di gravame, nei casi previsti dall'art. 240 c. 2 c.p. (ossia, nei casi – tutti - di confisca obbligatoria).

Una sorta, verrebbe da dire, di certificazione della natura dell'istituto della confisca quale misura di sicurezza, al punto che la "messa in sicurezza" dei beni referenti di confisca obbligatoria assurge a valore idoneo a sparigliare le carte, dando sede ad una intersezione sistemica tra sequestro preventivo e sequestro probatorio, nonostante la natura nettamente diversa delle due tipologie di sequestro.

In tal senso, la sentenza "Bellucci"²⁶ ha infatti chiarito che l'art. 324 c. 7 c.p.p., sorto nell'ambito della disciplina del riesame avverso misure cautelari reali, deve essere ritenuto applicabile anche al sequestro probatorio.

Di più: il divieto di restituzione dei beni soggetti a confisca obbligatoria deve essere applicato anche al di fuori del procedimento di riesame, poiché *"la disposizione è espressione del principio generale secondo cui le cose di cui all'art. 240, secondo comma, cod. pen. non possono comunque essere restituite, essendo comunque oggetto della misura di sicurezza obbligatoria, in conseguenza della loro particolare natura"*.

Per quanto concerne il sequestro preventivo, il predetto divieto deve oltretutto ritenersi esteso, secondo quanto chiarito dalle Sezioni Unite "Bellucci", anche alle confische obbligatorie previste da disposizioni speciali laddove sia rilevabile o un richiamo espresso all'art. 240 c. 2 c.p. (quale sorta di esplicitazione della *ratio* da attribuirsi alla previsione speciale, funzionale alla individuazione di ulteriori beni intrinsecamente pericolosi) o un riferimento espresso alle categorie (prezzo del reato; cose la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato) contemplate dall'art. 240 c. 2 c.p.

Né può costituire ostacolo all'illustrato divieto il principio concernente la non rilevanza d'ufficio, nel procedimento di riesame, della riconducibilità di quanto in sequestro alle categorie di cui all'art. 240 c. 2 c.p., trattandosi di mera *"petizione di principio, che appare contraddetta proprio dal tenore letterale dell'art. 324, comma 7, che prevede una rilevanza d'ufficio in tal senso"*.

Le SS. UU. "Ellade", a ben vedere, collocano l'indicazione del "regime differenziato" che connoterebbe i beni di cui all'art. 240 c. 2 nr. 2) c.p. proprio nel solco di una interlocuzione virtuale con la pronuncia "Bellucci", nel tentativo di raffigurare – non solo l'assenza di qualsivoglia distonia interpretativa, ma (persino) – la presenza di una consequenzialità logica tra le due pronunce.

Il tentativo appare però, ancora una volta, apodittico, poiché la *"piena sintonia"* enfaticamente pronunciata dalla sentenza "Ellade", e riferita alle conclusioni delle SS. UU. "Bellucci", resta a livello di mera asserzione. Non si spiega, peraltro, come possa considerarsi sintonica la differenziazione di regime motivazionale proposta dalla sentenza "Ellade" con riferimento alle "sottocategorie" contemplate dall'art. 240 c. 2 c.p. rispetto ad una opzione esegetica – propria della sentenza "Bellucci" – che tale differenza non accoglie nemmeno a livello di ipotesi originaria.

²⁶ Cass. Pen., SS. UU., 30 maggio 2019 – dep. 4 ottobre 2019 – n. 40847, Rv. 276690 – 02.

6. *In cauda venenum*: ciò che non può convincere in ordine all'onere dimostrativo (nelle ablazioni patrimoniali).

Il sequestro di cui al comma secondo dell'art. 321 c.p.p. muove pertanto, secondo le SS. UU. "Ellade", dalla constatazione che vi possa essere il pericolo di una "fuga dal processo" (e dalla confisca) del bene. Ma è salto logico ardito – irricevibile – quello che vorrebbe far discendere tale "pericolo di fuga" dal solo fatto che la confisca sia prospettabile. Così come sarebbe irricevibile spingersi – là dove nessuno si è realmente spinto – sino al punto da affermare la sussistenza di un pericolo di fuga dell'indagato in ragione della mera instaurazione del processo o dalla mera conoscenza del procedimento.

Ciò posto, il vero tema su cui deve spostarsi l'attenzione dell'interprete è l'individuazione del livello dimostrativo suscettibile di pretesa.

Per dirsi che vi è effettivamente un pericolo di fuga del bene dal processo, quale "contenuto" dovrà pretendersi dal provvedimento del giudice? Quali le "spie", gli elementi sintomatici di tale pericolo?

Il tema, di per sé connotato da complessità, assume carattere di peculiare difficoltà – ed importanza – laddove ci si occupi di beni fungibili (primo tra tutti, il danaro).

L'individuazione di un punto di equilibrio tra contrapposte esigenze, nel caso di un sequestro di danaro, è affare quantomai serio. Si avverte, infatti, una tensione sul limine del punto di rottura tra:

- l'evidenza – laica, o se si preferisce esperienziale – che il danaro, di per sé, è (quasi) sempre movimentabile in tempi estremamente contenuti, e pertanto può sfuggire alla confisca con estrema facilità;
- l'evidenza – tecnico-giuridica – che la già menzionata circostanza non può, di per sé sola, fondare il convincimento del giudice in ordine al pericolo di fuga dalla confisca, risolvendosi altrimenti la motivazione in una mera valutazione "di genere", destinata in via di fatto a reintrodurre la ripudiata "presunzione di pericolo" quale mero ed automatico precipitato della confiscabilità;
- l'esigenza di garantire il rispetto dei principi costituzionali che tutelano il diritto di proprietà e di libertà di iniziativa economica²⁷;
- l'ulteriore, ma non meno rilevante, esigenza di informare l'interpretazione dell'istituto al principio di proporzionalità²⁸ (ovvero del minimo sacrificio necessario), il cui statuto – anche per la diretta influenza delle fonti normative comunitarie – è oramai quello proprio di una sorta di meta-principio informatore dell'intero diritto pubblico²⁹;

²⁷ G. MURONE, *Necessarietà della motivazione sul periculum in mora in ipotesi di sequestro preventivo finalizzato alla confisca*, in *Diritto penale e processo*, 6/2022, p. 784.

²⁸ Principio analizzato, a partire dalla giurisprudenza della Corte EDU, da F. D'ARCANGELO, *La ragionevole durata del sequestro penale*, in *Cassazione Penale*, 9/2022, p. 3235.

²⁹ M. ARBOTTI, *Proporzionalità e logiche intrinseche della cautela: l'immanenza del periculum nel sequestro preventivo*

- l'esigenza opposta di non privare, in via di fatto, di contenuto lo strumento cautelare reale, poiché – d'altro canto – il rischio percepito di dare la stura, mediante il processo, ad un "preannuncio di confisca" in grado di consentire all'imputato di mettere subito al sicuro illeciti (alle volte, ingenti) profitti conseguiti *contra legem* è tutt'altro che mera astrazione: al danno del reato eventualmente commesso si sommerebbe la beffa di una distrazione del profitto del reato da parte dell'imputato, grato per il preavviso ricevuto;
- la necessità di non svilire l'istituto del sequestro preventivo rendendolo un vuoto simulacro, e pertanto di ripudiare le soluzioni formalmente ineccepibili ma destinate ad un'applicazione priva di reale efficacia, o – ancor peggio – suscettibili di concreta applicazione solo nei confronti di soggetti già incapienti, di conti già "svuotati", di soli profitti dalla consistenza risibile.

La soluzione interpretativa adottata dalle Sezioni Unite, pregevole sotto il profilo giuridico astratto, introduce delle criticità *in parte qua* che paiono riassumibili per come segue.

- Nell'affrontare il tema dell'onere dimostrativo e motivazionale, le SS.UU. "Ellade" propongono una sorta di equiparazione tra sequestro preventivo e sequestro conservativo.

Si specifica, in particolare, che *"non si può non cogliere il parallelismo rispetto al sequestro conservativo di cui all'art. 316 c.p.p. che, analogamente, e con riferimento, tuttavia, alla necessità di garantire l'effettività delle statuizioni relative al 'pagamento della pena pecuniaria, delle spese di procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato' presenta le stesse caratteristiche di preservazione della operatività di dette statuizioni, anch'esse condizionate alla definitività della pronuncia cui accedono"*.

Il predetto parallelismo consente di conferire al sequestro funzionale alla confisca una valenza (quasi laicamente) "conservativa", coerente con l'analisi di contesto che le SS. UU. conducono.

Il sequestro, in altri termini, assume cittadinanza ordinamentale se, e nella misura in cui, si renda necessario preservare l'operatività e l'effettività delle statuizioni ablativo, che troveranno esecuzione soltanto con la pronuncia definitiva.

È il pericolo di dispersione del patrimonio sanzionabile che, nell'ottica della Suprema Corte, diviene vera e propria stella polare per definire gli ambiti di operatività – e di ammissibilità – della misura cautelare reale.

Tale equiparazione, tuttavia, se può reputarsi persuasiva sotto il profilo sostanziale e senz'altro ispirata al principio di adeguatezza funzionale, diviene operazione complessa ove trasportata su di un piano astrattamente istituzionale. Infatti, si rischia di porre (impropriamente) sullo stesso piano quello che – nella lettura promossa dalle SS. UU. – dovrebbe essere un istituto riferibile al "patrimonio punibile" e quello che, diversamente, è un istituto parametrato sull'imputato debitore.

Il sequestro conservativo, in altri termini, pone su di una cosa mobile o immobile un vincolo di indisponibilità che ha lo scopo di garantire l'adempimento delle

finalizzato alla confisca, in Cassazione Penale, 9/2022, p. 3305.

obbligazioni civili sorte in conseguenza sia del compimento del reato che del costo del procedimento penale, affinché le garanzie patrimoniali non si disperdano prima della (eventuale) condanna definitiva.

Il sequestro preventivo, invece, non si limita a creare un vincolo di indisponibilità su di una cosa, bensì comporta una vera e propria inibitoria a danno del bene (o del patrimonio) prospetticamente sanzionabile, persino con correlati (eventuali) vincoli di “fare” o di “non fare”, come nel caso del sequestro di un macchinario sul quale non siano stati installati gli strumenti prescritti dalla legge al fine di scongiurare infortuni³⁰.

Pertanto, con il sequestro conservativo, si allestisce una tutela anticipata dello Stato quale “creditore”, a fronte di un debitore attualmente o potenzialmente insolvente. È sempre la persona fisica la “referente” di sanzione (civile, in questo caso), il cui patrimonio indistinto patisce – in ragione della natura della sanzione medesima – una integrale “funzionalizzazione” verso l’adempimento.

Invece, nel caso di cui ci si occupa, referente di pena è – a voler aderire alle premesse fatte proprie dalla sentenza “Ellade” – solo il patrimonio confiscabile. La sanzione è indirizzata non già verso la persona fisica (con il suo patrimonio), ma verso il patrimonio punibile (quasi occasionalmente, verrebbe da dire, correlabile ad una persona fisica). Ed allora, è in relazione a questo – e solo a questo – patrimonio che dovrà valutarsi la sussistenza di elementi sintomatici di “fuga” dalla confisca.

In estrema sintesi, è la traslazione del rapporto debito-credito nel campo del sequestro preventivo che non persuade, a maggior ragione laddove si voglia conferire alla confisca una funzione di sanzione del patrimonio. Non si intende, con il sequestro – e con la confisca – soddisfare le ragioni creditorie di chichessia (nemmeno dello Stato; nemmeno dell’Erario), ma sanzionare il profitto derivante da un fatto illecito (e privare il responsabile del fatto della disponibilità di tale profitto)³¹.

A ragionare diversamente, si finirebbe con il pretendere una prospettiva di confiscabilità avente ad oggetto nongia il patrimonio oggetto di potenziale ablazione diretta, bensì il patrimonio oggetto di potenziale ablazione per equivalente. Opzione che la stessa Suprema Corte esclude in esordio, laddove sottolinea come – doverosamente – il vaglio sottopostole debba considerarsi limitato al devoluto (ossia, al solo articolo 240 c.p.).

- Tale livello dimostrativo – impossibile ignorarlo – condurrebbe peraltro verso l’applicazione della cautela reale solo a danno di chi si connoti per chiari indici di incapienza prospettica, che – valga il vero – non si vede come possano essere colti se non a fronte di una – quantomeno parziale - incapienza attuale.

E se l’incapienza è attuale, il danno è fatto. Nulla, o quasi nulla, è (più) suscettibile di acquisizione. Eppure, il valore della prospettiva fruttuosità del sequestro era stato riconosciuto proprio dalla Suprema Corte a Sezioni Unite nella pronuncia “Gubert”³², laddove si era affermata l’impossibilità di pretendere una previa ricerca generalizzata

³⁰ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, VIII edizione, Milano 2007, p. 388 ss.

³¹ C. SANTORIELLO, *I limiti di impignorabilità dell’art. 545 c.p.c. valgono anche nel processo penale (e la “prima casa”?)*, in *Iltributario.it*, 26 settembre 2022.

³² Cass. Pen., Sez. U., 30 gennaio 2014 – dep. 5 marzo 2014 – n. 10561, Rv. 258648 – 01.

dei beni costituenti il profitto del reato giacchè, durante il tempo necessario per effettuare tale ricerca, avrebbero potuto essere occultati gli altri beni suscettibili di ablazione di valore³³.

È indiscutibile che il pericolo di fuga di un soggetto si materializzi nel momento in cui questi sia a bordo di un aereo in volo, con destinazione sicura. È altrettanto indiscutibile che, contro “questo” pericolo, plasticamente manifestatosi e collimante con la certezza prospettica, non sia suscettibile di allestimento alcun tipo di cautela.

Ma non solo: il sequestro – assumendo per pacifiche le premesse proposte dalla Suprema Corte – verrà evitato solo da chi potrà fornire garanzie di solvibilità. Come queste garanzie siano state costituite, quale sia l’ammontare del patrimonio “illecito” e con quale velocità possa circolare, sembra persino non interessare.

Che il patrimonio possa muoversi molto più rapidamente delle persone – e che tale facile prospettiva possa tanto più umanamente suggestionare l’indagato quanto più importante è la somma suscettibile di confisca - non è un dato espressivo di una generica formula di stile. È la (dura) realtà. Quella di cui il diritto dovrebbe occuparsi.

Si vuole davvero consentire il sorgere di un dubbio amletico tra un “sequestro per nessuno” ed un “sequestro per i deboli”?

- È la stessa giurisprudenza di legittimità ad avere oramai chiarito, dopo un lungo e complesso percorso ermeneutico³⁴, che il sequestro perventivo del danaro – profitto del reato – deve considerarsi un sequestro diretto.

L’originaria interpretazione giurisprudenziale – in sintonia con la (inizialmente richiesta) stretta derivazione causale del profitto dall’illecito – limitava la possibilità del sequestro diretto del profitto, a fronte di beni fungibili, alle ipotesi di:

- identità “fisica” tra le somme (le banconote) costituenti il profitto e le somme sequestrate;
- “quasi-identità”, nel senso che le somme erano suscettibili di sequestro diretto ogniquale volta (pur se già “disperse” in un conto) vi fossero indizi per i quali il denaro di provenienza illecita poteva dirsi depositato in banca ovvero investito in titoli. Solo in tale modo si riteneva di individuare il “profitto” in senso giuridico, rispettandone la sua diretta pertinenzialità rispetto al reato.

Le già richiamate SS.UU. “Gubert”, espresse in un caso concernente un’ipotesi di omesso versamento di IVA (Art. 10 ter del D. L. vo 74/2000), hanno invece qualificato come diretto il sequestro del profitto costituito dal danaro derivante dalla mancata corresponsione dell’imposta. Ciò in ragione – come detto - di una qualificazione del concetto di profitto quale conseguenza *anche indiretta e mediata* dell’attività criminosa.

Il punto sta, come anticipato, nella perdurante rinvenibilità del profitto (per come inteso dalla Giurisprudenza di legittimità).

³³ G. VARRASO, [Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 12 gennaio 2018.

³⁴ Illustrato con estrema chiarezza espositiva, per quanto rilevabile sino all’epoca di redazione dello scritto, da P. SILVESTRI, *La confisca diretta del profitto*, relazione svolta presso la sede di Scandicci della SSM in data 11.12.14, nell’ambito del corso di formazione per magistrati ordinari dal titolo *La giustizia patrimoniale e i nuovi strumenti di contrasto della criminalità d’impresa* (Scandicci, 10/12.12.2014).

È questo il dato discriminante tra la praticabilità del sequestro diretto, e la necessità di ricorrere al sequestro “per equivalente”.

Sul punto, le SS. UU. “Lucci”³⁵, espresse con riferimento ad un’ipotesi di corruzione per atti contrari ai doveri d’ufficio, appaiono di particolare chiarezza. Ove il profitto del reato consista in somme di danaro, ciò che rileva è che le disponibilità monetarie del percipiente si siano accresciute di quella somma, legittimando, dunque, la confisca in forma diretta del relativo importo, ovunque o presso chiunque custodito nell’interesse del reo. Soltanto, quindi, nella ipotesi in cui sia impossibile la confisca di denaro – *rectius*, del profitto per come interpretato dalla giurisprudenza – sorge l’eventualità di dar luogo ad una confisca per equivalente degli altri beni di cui disponga l’imputato e per un valore corrispondente a quello del profitto.

Entrambe le pronunce – in definitiva – pervengono ad una sintesi concernente due distinti temi (ontologia del profitto; sua aggredibilità in via diretta), sancendo che, qualora il profitto sia costituito da una somma di danaro, esso non è assoggettabile *ex se* a confisca “per equivalente”, in quanto il danaro – ove rinvenibile – è sempre oggetto di confisca diretta, e la sua trasformazione in beni di altra natura – fungibili o infungibili che siano – non è di ostacolo al sequestro preventivo, che può avere ad oggetto il bene di investimento così acquisito.

Pertanto, l’ablazione del profitto illecito dalle casse dell’autore del reato (o di un terzo che non versi in buona fede) è veicolata dallo strumento del sequestro diretto.

Ma l’onere dimostrativo – asseritamente funzionale al sequestro diretto – introdotto dalla Suprema Corte nella pronuncia Ellade “devia”, d’un tratto, verso lo strumento del sequestro “per equivalente”, in una insanabile frattura interpretativa tra fisiologia dell’ablazione (diretta) e pretesa probatoria.

Non può sfuggire, infatti, come l’esempio specifico che la Corte di Cassazione esplicita nel tenore della motivazione, proseguendo lungo la linea della equiparazione tra sequestro preventivo e sequestro conservativo, al fine di descrivere quelli che dovrebbero essere gli elementi sintomatici del *periculum* di una fuga del patrimonio dalla confisca diretta (“è sufficiente che vi sia il fondato motivo per ritenere che manchino le garanzie del credito, ossia che il patrimonio del debitore sia attualmente insufficiente ... non occorrendo invece che sia simultaneamente configurabile un futuro depauperamento del debitore, necessario solo a fronte di un patrimonio già di per sé adeguato”), si concretizzi, in realtà, nella rappresentazione dei presupposti funzionali ad un sequestro – nongà diretto, ex art. 321 c. 2 c.p.p. rif. art. 240 c.p. – bensì “per equivalente”. Ed infatti, “per equivalente” sarebbe l’ablazione di una porzione di patrimonio residuo rinvenibile su di un conto depauperato dell’originario illecito accrescimento, e “per equivalente” sarebbe l’ablazione di un patrimonio del tutto diverso rispetto a quello originariamente presente su un conto integralmente svuotato.

In altri termini, si finisce col pretendere che il pubblico ministero – instando per un sequestro diretto – riesca a dimostrare l’impossibilità, in capo all’indagato, di offrire allo Stato una somma di danaro (o un bene) del valore pari alle economie oggetto di

³⁵ Cass. Pen., Sez. U., 26 giugno 2015 – dep. 21 luglio 2015 – n. 31617, Rv. 264437.

eventuale confisca diretta. Ossia – in un corto circuito logico – che riesca a dimostrare l'impossibilità di aggredire (nongia in via diretta, bensì) “per equivalente” l'intero patrimonio del soggetto.

7. ... all'improvviso uno sconosciuto. Il sequestro per equivalente.

Opzione quest'ultima, ancor prima, irricevibile sul piano giuridico, poiché il sequestro per equivalente non è funzionale ad anticipare l'ablazione del “patrimonio punibile” di cui si tema la fuga, ma è funzionale ad anticipare, in via subordinata e sussidiaria rispetto al sequestro diretto, l'ablazione di un valore economico corrispondente al “patrimonio punibile” di cui – al contrario – possa ancora prevedersi, al momento della richiesta di sequestro, la fruttuosa confisca (e di cui si debba amaramente constatare, al momento dell'esecuzione del sequestro, l'irreperibilità).

Ancor più irricevibile è l'idea di spingersi là dove le SS. UU. “Ellade” non si sono spinte, ed ipotizzare che anche il sequestro per equivalente possa “patire” una prospettiva probatoria informata alla logica della non confiscabilità prospettica. Va solo rapidamente ribadito che la vicenda concreta da cui “prende le mosse” la pronuncia “Ellade” afferisce – contrariamente a quanto opinato da alcuni commenti³⁶ – ad un'ipotesi di sequestro diretto (e non “di valore”) del profitto di un reato: oggetto di vaglio originario era, infatti, il sequestro di un terreno acquistato (in tesi) con i proventi dei reati di esercizio abusivo del credito, vendita illecita di prodotti finanziari ex art. 166 del d. l. vo 58/98 e truffa. Sotto tale profilo, che si tratti di una ipotesi di ablazione diretta non può essere circostanza referente di dubbio, ove si abbia riguardo *in primis* all'insegnamento delle SS. UU. “Miragliotta”³⁷.

La presunta esigenza di prospettare un *periculum* fondante (anche) il sequestro per equivalente è ipotesi introdotta, quale sorta di *obiter*, in alcune pronunce successive al *dictum* della SS. UU. “Ellade”.

Già si è fatto menzione della sentenza “Guarrera” che, evidenziando come (anche) la confisca nei procedimenti relativi a delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione debba contenere la concisa motivazione del *periculum in mora*, ha ulteriormente specificato come la necessità di detta motivazione asseritamente operi – con la sola eccezione delle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisca reato – sia con riguardo alla confisca obbligatoria che a quella facoltativa così come di proprietà o di valore, e senza che possa rilevare la natura, mobiliare o immobiliare, dei beni in sequestro. Tuttavia, l'estensione dell'onere motivazionale predetto ai sequestri per equivalente è affermazione priva di substrato argomentativo, apparentemente desunta dalla portata generale dei principi contenuti nella sentenza “Ellade”. Operazione, quest'ultima, non condivisibile, poiché le Sezioni

³⁶ L. TAVASSI, *Spunti per una disciplina costituzionalmente orientata dei sequestri preventivi*, in *Archivio penale*, 1/2022.

³⁷ Cass. Pen. Sez. U, 25 ottobre 2007 – dep. 6 marzo 2008 – n. 10280, Rv. 238700.

Unite “Ellade”, come già sottolineato, hanno lumeggiato le caratteristiche proprie della confisca diretta (e solo di essa).

Una ulteriore pronuncia³⁸ estende il principio delle Sezioni Unite al sequestro – nella forma per equivalente – contemplato dagli artt. 59 e 19 del d. lvo 231 del 2001, ma si colloca espressamente in una fase in cui le motivazioni a sostegno della decisione del caso “Ellade” non erano ancora state depositate, tant’è che non si esprime in ordine all’onere dimostrativo da assolversi né – in radice – in ordine ai requisiti che possano consentire di ritenere integrato il requisito del *periculum*.

Nel merito, ove si ammettesse una lettura “estensiva” dei principi espressi dalle SS. UU. “Ellade” sino al punto da ricondurvi, sotto il cappello ermeneutico, anche i sequestri di valore, si perverrebbe al risultato paradossale ed illogico per cui uno strumento ablativo subordinato a quello diretto (e pertanto, esso stesso *lato sensu* cautelare rispetto ad una eventuale mancata acquisizione diretta del patrimonio illecito) potrebbe avere sede solo a fronte dell’assolvimento di un onere probatorio spropositatamente più complesso rispetto a quello preteso per l’acquisizione principale: ossia, solo laddove si riuscisse a dimostrare una prospettiva di totale incapacienza correlabile all’indagato (o quantomeno, di un’incapienza talmente imponente da rendere insuscettibile di ablazione il valore patrimoniale coincidente con quello del “patrimonio punibile”). O, se si preferisce, una prospettiva di fuga di tutto (o quasi tutto) il patrimonio dalla confisca. Questa prospettiva – quale sorta di pretesa “cautela della cautela” – assume connotati irricevibili, poiché pone sul medesimo piano dimostrativo uno strumento ablativo principale e diretto ed uno strumento ablativo accessorio e subordinato, sorto – quest’ultimo – proprio e solo per impedire che il reo possa godere di un “incremento patrimoniale purchessia” a fronte della fuga dal sequestro del patrimonio illecito direttamente conseguito. L’unico onere dimostrativo *in parte qua*, pertanto, non può che essere – esclusivamente – l’impossibilità di aggredire il patrimonio illecito in via diretta.

In concreto, aderendo alla scelta ermeneutica della Suprema Corte concernente la natura del sequestro preventivo, tale sequestro potrà essere fondatamente richiesto laddove si prospetti il pericolo di una fuga del patrimonio punibile dalla confisca. Ove, all’atto dell’esecuzione del sequestro (diretto), tale fuga risulti non più una prospettiva eventuale ma una realtà già riscontrabile, si sarà a questo punto già verificato il presupposto atto a legittimare lo strumento subordinato – ove opportunamente e formalmente sollecitato dal pm – del sequestro “di valore”.

Si pensi, a voler diversamente opinare, quale paradosso finirebbe con il conseguire accesso al sistema: il *periculum* riconosciuto (e ancor prima, riconoscibile) a fronte di un solo ipotetico evento di fuga del patrimonio illecito diverrebbe sostanzialmente privo di effetti cautelari dinanzi ad una fuga già verificatasi, pretendendosi – per il “rimedio” allestito dal legislatore nelle forme dell’ablazione per equivalente – un onere dimostrativo diverso, ulteriore e più esteso, che al momento della

³⁸ Cass. Pen., Sez. III, 9 settembre 2021 – dep. 13 ottobre 2021 – n. 37141, con nota di C. SANTORIELLO, 231: per i sequestri preventivi è sempre necessario valutare la sussistenza del *periculum in mora*, in *Ilpenalista.it*, 27.06.2021.

constatata infruttuosità del sequestro diretto potrebbe non essere assolvibile. Se non ci si trova di fronte ad una *interpretatio abrogans* dell'art. 322 ter c.p., ci si trova dinanzi a qualcosa che vi si avvicina molto. Salvo voler ritenere che l'impossibilità di pervenire ad un sequestro diretto del patrimonio possa dare sede ad un elemento di per sé solo denotante il *periculum* atto a legittimare il subordinato sequestro per equivalente. Ma tale opzione – a quanto pare – sembra collocarsi tra il mero sofismo retorico e la metageometria.

Il fatto è che, in radice, la giurisprudenza di legittimità espressasi – come già evidenziato, anche a Sezioni Unite – in ordine alla natura del sequestro e della confisca delle somme di danaro ha riconosciuto costantemente, sino ad oggi, nella confisca diretta, una misura di sicurezza e non una sanzione³⁹. Tale misura di sicurezza è volta a prevenire la commissione di nuovi reati mediante l'acquisizione di beni (fungibili) che, in ragione del loro collegamento con il reato, mantengono viva nell'agente l'attrattiva del reato.

La “umanizzazione”, per via interpretativa, del patrimonio, prefigurato quale potenziale referente di pena e pertanto, ancor prima, quale destinatario delle medesime garanzie allestite per le persone fisiche (e la loro libertà), impatta – ancora oggi – contro l'evidenza che se il legislatore avesse voluto equiparare misure cautelari personali e reali, quanto a presupposti ed oneri motivazionali, lo avrebbe fatto espressamente⁴⁰. Il principio di proporzionalità, per parte sua, deve ispirare – ma, sotto questo profilo, la Suprema Corte ha già elaborato articolati approfondimenti interpretativi – l'individuazione dei criteri informanti la selezione dei patrimoni confiscabili, ma non può tramutarsi nella mal posta introduzione di una esigenza cautelare destinata, nell'interpretazione che viene adottata, a svuotare di significato l'essenza stessa della misura.

I beni in giuoco – la libertà personale ed il diritto di proprietà - non sono equiparabili. E francamente – a voler ragionare di principi – si spera che, pur nella deriva culturale a cui stiamo assistendo ove si tende a “cosificare” l'uomo, non siano mai considerati equiparabili. Come pure, è auspicabile che una inconscia e disorientata percezione di equiparabilità non costituisca frutto di una distorsione ottica alimentata dalla nota efficacia degli strumenti di ablazione rispetto al contrasto alla criminalità (organizzata e non), quasi come se lo strumento cautelare adottato dovesse confrontarsi con un più marcato sistema di garanzie sulla base di una valutazione incentrata (non sulla rilevanza del bene della vita insidiato ma) sulla capacità dello strumento di colpire i più marcati e sensibili interessi criminali, radicati su di una mentalità deviata ove – drammaticamente – il danaro, non di rado, vale più della persona.

La confisca per equivalente, al contrario, colpendo beni anche di origine lecita, assume un contenuto ripristinatorio, orientato nongia verso un “patrimonio pericoloso”

³⁹ Con riferimento alla confisca disciplinata dall'art. 648 quater c.p., A. PERDUCA, F. BRIZZI, *Riciclaggio, reimpiego ed autoriciclaggio. La confisca*, in *Diritto penale dell'impresa*, Vol. I, Milano 2017, p. 487 ss.

⁴⁰ C.R. BLEFARI, *Sequestro preventivo: decreto che dispone il giudizio e preclusione della verifica sulla sussistenza del fumus commissi delicti*, in *Diritto penale e processo*, 1/2022, p. 77 e ss.

o – men che meno – verso un presunto “patrimonio punibile” (che oramai è andato disperso), bensì verso la persona fisica del reo che ha conseguito i beni derivanti da reato per poi occultarli o distrarli⁴¹. La confisca per equivalente, pertanto, pur assumendo una inevitabile portata afflittiva (o, se si preferisce, sanzionatoria⁴²), non ha natura punitiva: tale sarebbe l’istituto che – per assurdo – consentisse l’acquisizione di tutto il patrimonio del condannato pur a fronte della natura illecita connotante solo una parte di tale patrimonio. Ma questo istituto, inutile evidenziarlo, non ha cittadinanza nel nostro ordinamento. Diversa è la logica riparatoria della confisca per equivalente, tesa a ripristinare la situazione economica modificata in favore del reo dalla commissione dell’illecito mediante l’imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile. Non è nella “sanzionabilità” – e, valga il vero, nemmeno nella pericolosità – del danaro che la teorizzata espansione della confisca diretta può trovare una sua giustificazione, quanto piuttosto nell’esigenza di attribuire alla giurisdizione penale un più penetrante compito di riequilibrio economico in danno del reo⁴³. L’anticipazione degli effetti della confisca per equivalente, mediante il sequestro per equivalente, è legittimata pertanto, e soltanto, dal verificarsi – già prima della pronuncia di merito – del presupposto che invoca l’intervento ripristinatorio da parte dello Stato, ossia dalla constatata “irreperibilità” del patrimonio pericoloso. Diversamente opinando, si conferirebbe alla confisca per equivalente una connotazione punitiva che, semplicemente, non ha e non può avere, essendo tale connotazione (foriera di una *deminutio* del patrimonio del reo) antitetica rispetto a quella ripristinatoria (foriera di una riconduzione del patrimonio del reo alla preesistente “situazione zero”)⁴⁴.

In ordine alla sufficienza del *fumus criminis* quale fondamento del sequestro per equivalente, la Suprema Corte si è peraltro chiaramente espressa in alcune pronunce.

Ad esempio, nel 2014, ha affermato che il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, attesa la natura sanzionatoria di quest’ultima, non richiede specifiche esigenze cautelari, essendo sufficiente il *fumus criminis* e la corrispondenza tra il valore dei beni oggetto del sequestro e il profitto o prezzo dell’ipotizzato reato⁴⁵.

Così pure, più di recente⁴⁶, si è specificato come il sequestro finalizzato alla confisca per equivalente non richieda la sussistenza del *periculum in mora*, essendo necessaria e sufficiente la qualificazione delle cose sequestrate come oggettivamente confiscabili.

Quanto sin qui argomentato non dà sede, in alcun modo, ad una lettura elusiva dei principi di proporzionalità e adeguatezza dell’ablazione reale in sede cautelare.

L’operatività del principio di proporzionalità con riferimento al sequestro preventivo viene affermata, dalla più avveduta dottrina, sin dagli anni ’90, sulla base

⁴¹ S. FINOCCHIARO, [Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito e sulla natura giuridica della confisca diretta e per equivalente](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2020, pp. 328 e ss.

⁴² R. PELLICANO, *I reati societari. Il profitto e la confisca nei reati societari*, in *Diritto penale dell’impresa*, Vol. II, Milano 2017, p. 244 ss.

⁴³ F. COMPAGNA, *op. ult. cit.*, p. 583.

⁴⁴ S. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, p. 333.

⁴⁵ Cass. Pen., Sez. III, 6 marzo 2014 – dep. 5 maggio 2014 – n. 18311, Rv. 259103 – 01.

⁴⁶ Cass. Pen. Sez. III, 13 luglio 2021 – dep. 17 settembre 2021 – n. 34613.

della semplice ed evidente constatazione per cui ogni condotta umana è in grado di produrre, sul piano fenomenico, una serie infinita di conseguenze⁴⁷. Nel novero di tali conseguenze, è pertanto indispensabile individuare dei criteri di selezione per definire ciò che possa costituire oggetto di ablazione.

Tra i predetti criteri, il principio di proporzionalità assume valenza centrale. Esso deve intendersi quale divieto di sancire la legalità di un intervento sanzionatorio atto a ledere un bene della vita con modalità – per sovrabbondanza – del tutto decentrate rispetto alla natura della violazione penale sottostante.

Con ottime ragioni, pertanto, può affermarsi la conferenza del principio di proporzionalità in ordine a qualsiasi tipo di ablazione reale, anche a quella “per equivalente”.

Tutto sta ad intendersi su quale sia, in concreto, il contenuto proprio di tale principio.

E così, bene argomenta – a quanto pare – chi afferma come si imponga un apprezzamento del valore dei beni in rapporto all’importo del credito che giustifica l’adozione del sequestro per equivalente.

La proporzionalità e l’adeguatezza dell’ablazione, pertanto, si traducono in un indispensabile giudizio di stima del valore dei beni posti in sequestro⁴⁸.

Voler conferire a tali principi un contenuto ulteriore, destinato a vanificare *in nuce* l’efficacia dello strumento ablativo, significa aprire il campo ad un malgoverno dei rapporti tra postulati irrinunciabili ma connotati da margini di contrapposizione.

8. Il malessere percepibile, il pericolo che corre la “terapia interpretativa”, l’urgenza per il legislatore.

Convivere con un istituto proteiforme come la confisca è esperienza quasi insostenibile. La pronuncia delle SS. UU. “Ellade” è, sotto questo profilo, un qualificato e non più ignorabile grido di dolore. Spetta al legislatore, senza ulteriori temporeggiamenti, ricondurre ad unità uno strumento ablativo le cui manifestazioni fisiologiche e funzionali sono tali e tante da rendere quantomai congruo il pensiero di chi ragiona nongia di “confisca” bensì di “confische”.

Infatti, coglie indubitabilmente nel segno chi evidenzia, in dottrina, l’esistenza di plurimi fattori di differenziazione della confisca (anzi, delle confische), con inevitabile riverbero sulla ragion d’essere (e sulla natura) dei sequestri. La confisca può sorgere (ed è sorta), tra le mani del legislatore, come strumento di ablazione generico o speciale, obbligatorio o facoltativo, diretto o per equivalente. Può ergersi a sanzione, a misura di sicurezza, a strumento di aggressione contro patrimoni sproporzionati, a strumento di

⁴⁷ D. POTETTI, *Sequestro preventivo e ordini di fare: quali limiti?*, in *Cassazione Penale*, fasc. 5, 1995, p. 1413.

⁴⁸ E. FONTANA, *Confisca per equivalente: tra presunzione del periculum in mora ed onere di stimare il reale valore dei beni ablati*, nota a Cass. Pen., Sez. III, 30 ottobre 2013 – dep. 19 novembre 2013 – n. 46251, in *Diritto e Giustizia*, 2013, p. 1468.

reazione ordinamentale contro le presunzioni di accumulo illecito⁴⁹. E tutto questo accade sotto un “cappello” nominalistico identico, generando il rischio di indebite “contaminazioni” ermeneutiche tra un tipo di confisca ed un altro, un tipo di sequestro ed un altro.

Da parte del semplice “operatore” appartenente al sistema-giustizia, proviene una petizione rivolta alla Suprema Corte: quella di meglio delineare l’onere dimostrativo posto in capo al pubblico ministero che richiede il sequestro, e – correlativamente – l’onere argomentativo gravante sul giudice della misura cautelare reale. Senza indugiare lungo percorsi tanto suggestivi quanto apparentemente semplici, ma forieri di esiti prossimi alla *interpretatio abrogans* o, ancor peggio, difficilmente compatibili con il principio sancito dall’articolo 3 della Costituzione.

Sullo sfondo, peraltro, si staglia il pericolo di una agghiacciante eterogenesi dei fini: ossia, la possibilità che si dia luogo ad un indebito ricorso allo strumento del sequestro probatorio – rivolto, ex art. 253 c. 2 c.p.p., anche ai beni che costituiscono prodotto, profitto o prezzo del reato – per perseguire malcelate esigenze preventive, in tal modo aggirando un onere dimostrativo di natura cautelare divenuto poco meno che irraggiungibile e sugellando tale elusione con la rassicurante inamovibilità del bene pericoloso sancita dall’art. 324 c. 7 c.p.p. Percorso logico-giuridico da far rabbrivire, ma che potrebbe trovare una mal posta argomentazione “giustificazionista” proprio nella esigenza di assicurare all’ordinamento “senza se e senza ma” beni palesemente pericolosi.

Anche senza voler “rinnegare” la configurazione, per via ermeneutica, della confisca quale “pena per il patrimonio”, e del sequestro (ex art. 321 c. 2 c.p.p.) quale misura cautelare reale incentrata sul pericolo di fuga del patrimonio dalla confisca, parrebbe non inadeguato invocare una simile traslazione concettuale (dalla persona fisica al patrimonio) anche sotto il profilo dell’individuazione degli elementi sintomatici connotanti tale pericolo di fuga.

Potrà pertanto, ad esempio, aversi riguardo – quale delimitazione “in negativo” del contenuto dell’esigenza cautelare – al costante insegnamento della Suprema Corte in forza del quale l’attualità del pericolo di fuga non richiede l’esistenza di condotte materiali che rivelino l’inizio dell’allontanamento o che siano espressione di fatti ad esso prodromici (Cass. Pen., Sez. VI, 27 settembre 2018 – dep. 22 ottobre 2018 – n. 48103, Rv. 274220 – 01): di talchè, appare irricevibile la pretesa di ancorare il sequestro alla constatazione di un patrimonio che non c’è più o che stia per essere distratto.

Al contrario, “in positivo”, il giudizio prognostico relativo alla persona dell’imputato può correlarsi a parametri quali la concreta situazione di vita del soggetto, le sue frequentazioni, i precedenti penali, le pendenze giudiziarie, ed ancora il comportamento processuale ed extraprocessuale, le modalità del fatto, l’entità della

⁴⁹ T. EPIDENDIO, *Il sequestro e la confisca: rapporti tra le “confische” e la determinazione del profitto confiscabile*, relazione svolta presso la Scuola P. E. F. di Ostia in data 21.10.2022, nell’ambito del corso di formazione per magistrati ordinari organizzato dalla predetta Scuola e dalla SSM dal titolo *Gli abusi di mercato. Profili di connessione con i reati societari e riflessi sulle responsabilità amministrative degli enti* (Ostia, 20/22.10.2021).

pena (Cass. Pen., Sez. VI, 7 marzo 2018 – dep. 16 aprile 2018 – n. 16864, Rv. 273011 – 01) che si prospetti.

Tali principi possono essere traslati sul piano patrimoniale: e sarà così possibile qualificare come indici sintomatici del pericolo di “fuga del patrimonio” in una valutazione di complesso, ad esempio, le risultanze concernenti il precedente impiego di economie appartenenti al medesimo patrimonio per fini illeciti, la distonia tra le condizioni di vita di colui che ha conseguito il patrimonio illecito ed i redditi dichiarati, l’inserimento stabile del titolare del patrimonio in contesti criminali, l’ammontare considerevole della confisca prospettabile, le caratteristiche della condotta contestata laddove improntata a contegni dissimulativi ed artificiosi, le frequenti movimentazioni in uscita che abbiano precedentemente caratterizzato il conto poi incrementato dal profitto illecito, la formulazione di prospettazioni difensive contrastanti coi dati di fatto accertati, l’esistenza di indizi comprovanti il ricorso alla allocazione di patrimoni presso “paradisi fiscali” o comunque presso sedi idonee a rendere meno agevole il sequestro, l’esistenza di profitti illeciti già conseguiti con modalità analoghe rispetto a quelle connotanti il fatto contestato.

Potrà peraltro essere valorizzato, a quanto pare, anche il pericolo di fuga “tradizionale” – ex art. 274 c.p.p. – nell’ottica di un correlabile – per deduzione – pericolo di fuga del patrimonio dell’indagato, che difficilmente tenderà ad abbandonare il territorio di appartenenza senza sostanze economiche.

Potrà altresì considerarsi, a questo punto, non incongrua una completa “umanizzazione” del patrimonio, concedendosi cittadinanza ad una motivazione di natura “impeditiva” che afferisca, se del caso, anche a patrimoni confiscabili. La cui natura di patrimonio “punibile”, per coerenza di sistema, dovrebbe aprire il campo a provvedimenti cautelari reali incentrati anche solo sulla natura servente del patrimonio stesso rispetto alla commissione di altri reati (ovvero, rispetto all’aggravamento delle conseguenze di reati già commessi).

E però, *ça va sans dire*, intervenire prima del legislatore attraverso strade interpretative innovative significa assumersi il rischio del chirurgo, che per contenere una sintomatologia acuta corre il pericolo di determinare altre, diverse e peggiori patologie sistemiche. Ancor più marcato è tale rischio quando esso passi per scelte apparentemente improntate alla semplificazione ma destinate, involontariamente, a degenerare verso il disconoscimento delle distinzioni e delle complessità. La semplificazione è un bene desiderabile, ma è perseguibile purchè non ci si nasconda che la realtà non è (quasi mai) semplice.

9. Le prime (numerose) applicazioni dei principi espressi dalle SS. UU. “Ellade”: la riconduzione dell’onere dimostrativo nei confini dei “carichi esigibili”; il sequestro “per equivalente”; i poteri del Tribunale del Riesame.

La Suprema Corte è già stata investita da numerosi ricorsi fondati – quantomento, nelle intenzioni dei ricorrenti – sui principi espressi dalle SS. UU. “Ellade”.

Ed ha colto l'occasione per configurare, in maniera più dettagliata, l'onere argomentativo che grava sul giudice della misura reale.

Il risultato, desumibile da una prima analisi, è connotato da un'apprezzabile ricerca di equilibrio tra i valori in giuoco.

In via generale, la Corte di Cassazione ha delineato due importanti capisaldi interpretativi:

- a) è necessario – ma anche sufficiente – ai fini della motivazione in ordine al *periculum*, prendere in considerazione quei “parametri di ragionevolezza” in ordine al rischio di “fuga dalla confisca” costituiti dalla natura del bene da acquisire e dalla natura delle condotte delittuose contestate;
- b) il Tribunale del Riesame, rimasto inerte in tutte le ipotesi in cui il G.i.p. ha ritenuto non necessario motivare in ordine al *periculum* (aderendo alla giurisprudenza originariamente prevalente), ha fatto erronea applicazione della categoria della nullità dell'ordinanza, poiché quest'ultima risultava affetta – in realtà – da un errore di diritto (e non da un radicale difetto motivazionale).

Resta invece aperta una ulteriore – relevantissima – questione, ossia se i principi espressi dalle SS. UU. Ellade possano ritenersi estendibili anche al sequestro “per equivalente”: eventualità che, ad oggi, deve ritenersi quantomeno dubbia alla luce delle diverse posizioni assunte dalle Sezioni Semplici della Corte di Cassazione.

Nel dettaglio, una prima pronuncia (Cass. Pen., Sez. III, 13 maggio 2022 – dep. 21 ottobre 2022 – n. 39848) è entrata, innanzitutto, nel merito dei poteri del Tribunale del Riesame a fronte di un'ordinanza del G.i.p. priva di qualsivoglia apporto motivazionale in materia di *periculum*, poiché radicata su quegli arresti di legittimità che affermavano il – già sinteticamente illustrato – automatismo tra confiscabilità del bene e sua intrinseca pericolosità. In tale ipotesi, la Suprema Corte ha evidenziato come l'ordinanza non potesse considerarsi affetta da una motivazione mancante in ordine ad uno degli elementi costituenti il necessario fondamento del provvedimento ablatorio (ipotesi che avrebbe precluso al Tribunale qualsivoglia integrazione motivazionale). Piuttosto, tale ordinanza doveva considerarsi affetta da un errore di diritto (per inciso, se mai ve ne fu uno, assolutamente scusabile, poiché radicato su una linea ermeneutica avallata – con pochissime eccezioni – proprio dalla Suprema Corte), suscettibile di fisiologica “emenda” ad opera del Giudice del gravame (“... *deve allora escludersi che il ricorso da parte del Tribunale del riesame ai propri poteri integrativi fosse finalizzato a colmare una lacuna non consentita del provvedimento impugnato, essendo piuttosto diretto ad emendare l'errore di diritto in cui era incorsa l'ordinanza gravata nell'eludere l'obbligo motivazionale in punto di periculum in mora. Nel ritenere, diversamente da quanto affermato dal Gip, che anche tale addendo richiedesse l'esplicitazione delle ragioni sottese all'anticipazione della finalità confiscatoria, i giudici della cautela, pur integrando nella sostanza il deficit motivazionale in punto di periculum, forniscono in realtà le linee direttrici della diversa interpretazione dell'art. 321 c.p.p., comma 2, in conformità a quanto nel frattempo chiarito dalla sentenza a Sezioni Unite Ellade ...*”)⁵⁰. Ma, se possibile, ancor più rilevante è il *dictum* della Corte di Cassazione

⁵⁰ Il medesimo principio si rinviene in Cass. Pen., Sez. III, 11 ottobre 2022 – dep. 9 novembre 2022 – n. 42307.

concernente il merito delle valutazioni – come detto, *ex se* non censurabili – formalizzate dal Tribunale del Riesame in ordine alla ritenuta sussistenza, nel caso di specie, del richiesto *periculum*. Infatti, il Tribunale del Riesame ha affermato che *la natura fungibile del danaro ed il pericolo di dispersione ad esso connaturato, valutato unitamente alla propensione mostrata dall’indagato al ricorso ad espedienti volti a dissimulare la realtà economica sottostante per sottrarsi agli obblighi tributari a suo carico, coerentemente desunta dalle stesse condotte delittuose in contestazione, costituisce la ragione del rischio che il bene potesse sfuggire nelle more del giudizio alla futura ablazione*. Questo apparato motivazionale – come può notarsi, affatto distante “per difetto” dalle prospettazioni fatte proprie dalle SS. UU. “Ellade” – è stato ritenuto ragionevole e non manifestamente illogico. La Suprema Corte ha, pertanto, rigettato il ricorso dell’indagato.

Con riferimento al tema del sequestro di valore, la Sentenza emessa dal Cass. Pen., Sez. III, 13 luglio 2022 – dep. 13 ottobre 2022 – n. 38581 (seguita, nella stessa direzione, da Cass. Pen., Sez. III, 18 ottobre 2022 – dep. 7 dicembre 2022 – n. 46244; da Cass. Pen., Sez. III, 30 novembre 2022 – dep. 09 gennaio 2023 – n. 216; da Cass. Pen. Sez. IV, 16 dicembre 2022 – dep. 20 gennaio 2023 – n. 2331), ha affermato che i principi delle SS. UU. “Ellade” devono ritenersi applicabili anche all’ipotesi di “sequestro per equivalente”. Diversamente opinando, afferma il Collegio, *si finirebbe per teorizzare una sorta di presunzione assoluta di pericolo* derivante dal venir meno del bene da sequestrare in via diretta.

Come già si è tentato di evidenziare in precedenza, la conclusione a cui perviene la Suprema Corte non persuade. Essa è, ancora una volta, apodittica nella parte in cui ricollega al sequestro per equivalente le conclusioni ermeneutiche delle SS. UU. “Ellade” (che anzi, in premessa, espressamente correlano il proprio apparato motivazionale al solo perimetro della confisca diretta). Ed è tautologica nella parte in cui tenta di “squalificare” l’opposto argomento attribuendogli una ritenuta “presunzione assoluta” che – non sfugga – potrebbe derivare soltanto, e proprio, da quelle premesse interpretative che tale opposto argomento rifiuta in radice. In altri termini, in realtà, affermare che il sequestro per equivalente possa trovare cittadinanza semplicemente in ragione della non rinvenibilità del bene oggetto di sequestro diretto significa – nongia correlare il sequestro di valore ad una presunzione assoluta di pericolo, bensì – escludere che il sequestro “per equivalente” costituisca un presidio cautelare “autonomo”, tale da richiedere un vaglio altrettanto autonomo in punto di *periculum*, rispetto a quello normato dall’art. 321 c. 2 cpp. Insomma: il legislatore, ad un tratto, ha ritenuto conforme ai principi dell’ordinamento l’introduzione di un sequestro “ripristinatorio” a fronte della constatata (già avvenuta) fuga delle economie illecite suscettibili di ablazione diretta. Resta un autentico mistero la ragione per la quale, oggi, e per via interpretativa, si voglia rinnegare tale opzione normativa, attribuendo al sequestro di valore – la cui funzione “ancillare” rispetto ad un sequestro diretto con esito infausto non può davvero sfuggire – una identità che non può strutturalmente appartenergli, poiché impropriamente desunta, per paritaria gemmazione, proprio da quell’istituto (il sequestro diretto) verso cui il sequestro per equivalente estrinseca, al contrario, il proprio ruolo “servente” e subordinato.

Che tali considerazioni critiche non siano peregrine, peraltro, è la stessa Suprema Corte a certificarlo nel corpo di un diverso e quasi contemporaneo arresto (Cass. Pen., Sez. II, 14 luglio 2022 – dep. 26 settembre 2022 – n. 36291), espressamente evidenziando come l’ambito applicativo delle SS. UU. “Ellade” sia *volutamente ristretto ai casi di confisca ex art. 240 c.p.*, e pertanto esso non possa interferire con i principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità a proposito della non necessità dell’obbligo della motivazione in ordine al *periculum in mora* nei casi di sequestro, come quello in esame, finalizzato alla confisca obbligatoria per equivalente, trattandosi di una misura che ha natura giuridica diversa da quella di cui all’art. 240 c.p., di tipo eminentemente sanzionatorio (ed anche ripristinatorio) e non di misura di sicurezza patrimoniale. I Giudici aggiungono ulteriormente che il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, attesa la natura sanzionatoria, non richiede specifiche esigenze cautelari, essendo sufficiente il “*fumus criminis*” e la corrispondenza tra il valore dei beni oggetto del sequestro e il profitto o prezzo dell’ipotizzato reato. Ed ancora, condivisibilmente si evidenzia come: la ragione della differente natura giuridica della confisca ex art. 240 c.p. rispetto alla confisca per equivalente, ha riflessi sul diverso onere motivazionale del giudice quanto al *periculum in mora* in sede cautelare. Infatti, la confisca obbligatoria per equivalente, prevista nel caso in esame dall’art. 648-quater c.p., interviene a colpire il patrimonio del soggetto autore del reato allorquando non è possibile la confisca diretta del profitto del reato ... vale a dire che il profitto del reato, pur conseguito dall’autore di esso, è stato da questi occultato alla giustizia ovvero, per usare le parole delle SS.UU. Ellade, modificato, disperso, deteriorato, utilizzato od alienato, sicché deve intervenirsi su altri beni nella disponibilità del colpevole anche per interposta persona che in sé potrebbero non avere alcuna attinenza con quelli costituenti il profitto del reato ed avere origine lecita (da qui il carattere eminentemente sanzionatorio della misura oltre che ripristinatorio della situazione preesistente alla commissione del reato). Ne consegue che l’esigenza cui è finalizzato l’obbligo del giudice di motivare sul *periculum in mora* in fase cautelare, nel sequestro finalizzato alla confisca ex art. 321 c.p.p., comma 2, nei casi di cui all’art. 240 c.p. – individuata dalla recente pronuncia delle Sezioni Unite prima citata – è già insita nella natura della misura reale, che presuppone l’infruttuoso esperimento del sequestro sui beni di diretta derivazione dal reato come profitto di esso. Sulle basi di tali considerazioni, nel caso di specie, la Suprema Corte ha rigettato il ricorso dell’indagato, che lamentava un presunto vizio di motivazione del provvedimento di sequestro in ordine al *periculum in mora*.

Nella stessa direzione va Cass. Pen., Sez. VI, 15 settembre 2022 – dep. 7 ottobre 2022 – n. 38079, che parimenti rileva come, con riguardo alla confisca per equivalente, trattandosi di ipotesi di confisca eventuale e meramente sostituiva di quella diretta ... non richiede un’autonoma e specifica motivazione sul *periculum*. Del resto, trattandosi di confisca che può ricadere su beni non individuati, in tutto o in parte, al momento dell’emissione del provvedimento - come nel caso in esame - sarebbe impossibile valutarne il *periculum*.

La pronuncia in esame prende posizione anche in merito all’onere argomentativo gravante sul giudice della misura, ed evidenzia come esso possa considerarsi assolto – nel caso di specie – attraverso il riferimento, esplicitato dal giudice, al pericolo di dispersione del denaro nonché al pericolo di reimpiego del patrimonio illecito nei circuiti criminali. Per quanto desumibile dal tenore della Sentenza, peraltro, non pare che il

primo giudice abbia adottato “formule” motivazionali che andassero oltre considerazioni “di genere” relative alla natura fungibile del danaro.

Evidentemente, tali considerazioni “di genere” non debbono per ciò solo ritenersi “generiche”, soprattutto in epoca moderna. Inutile ribadire come, oggi, basti davvero una blanda pressione sul pulsante di una tastiera del computer per trasferire, in un istante, ingenti somme verso conti (ed aree geografiche) di comodo: negare tale evidenza significa condannare l’ordinamento a rivestire il ben poco commendevole ruolo di Achille più veloce, destinato a rincorrere la tartaruga dell’illecito per sempre (e quindi, senza prospettabili successi).

Lecture non dissimili vengono fornite dalle ulteriori pronunce rese da Cass. Pen., Sez. II, 23 settembre 2022 – dep. 13 ottobre 2022 – n. 38803 (che ha ritenuto congrua la motivazione sul *periculum* fondata sull’occultamento di somme di danaro posto in essere dall’indagato e sul pericolo di dispersione del danaro medesimo) e da Cass. Pen., Sez. III, 5 ottobre 2022 – dep. 23 novembre 2022 – n. 44456 (che ha ritenuto congrua la motivazione sul *periculum* fondata sull’esistenza, presso i conti in uso all’indagato, di assidue movimentazioni e di disponibilità di poco superiori rispetto al profitto del reato).

Anche Cass. Pen., Sez. III, 18 ottobre 2022 – dep. 7 dicembre 2022 – n. 46251, evidenzia come la motivazione sul *periculum* potrà (e dovrà) essere formulata *in termini che, naturalmente, potranno essere diversamente modulati a seconda delle caratteristiche del bene da sottrarre, e che in ogni caso non potranno non tenere conto dello stato interlocutorio del provvedimento e dunque della sufficienza di elementi di plausibile indicazione del periculum*.

Ed anche la connotazione del fatto contestato in concreto appare conducente: Cass. Pen., Sez. VI, 18 ottobre 2022 – dep. 2 dicembre 2022 – n. 45871, ha infatti sottolineato come, nello specifico, il Tribunale del Riesame avesse *legittimamente ravvisato l’esistenza di tale presupposto considerando il concreto pericolo, desunto dalla spregiudicatezza della condotta degli indagati, che i beni sottoposti al vincolo possano essere occultati, distratti o trasferiti a terzi*.

Si tratta, oramai inutile ribadirlo, della definizione di un onere motivazionale di gran lunga meno pretenzioso rispetto a quanto prospettato dalle SS. UU. “Ellade”.

Merita infine menzionare la pronuncia resa da Cass. Pen., Sez. III, 11 ottobre 2022 – dep. 25 novembre 2022 – n. 44874: essa pare dare, infatti, meritoriamente sede ad un primo tentativo di individuare organicamente degli “elementi sintomatici” del pericolo di fuga del patrimonio dalla confisca. In tale ottica, *il periculum in mora può essere desunto sia da elementi obiettivi, attinenti alla consistenza quantitativa (in ragione cioè dell’entità del profitto determinante il quantum sequestrabile e successivamente confiscabile ...) o alla natura e composizione qualitativa del patrimonio che deve essere attinto dal vincolo, e sia da elementi soggettivi, desumibili dal comportamento dell’onerato, che lasci fondatamente temere il compimento di atti dispositivi comportanti il depauperamento del suo patrimonio, senza che, ai fini della validità del provvedimento di sequestro, i suddetti elementi (oggettivo o soggettivo) debbano necessariamente concorrere, essendo tra di loro alternativi per fondare la giustificazione del sequestro preventivo*. Tali principi vengono calati, dal Supremo Consesso, nella vicenda in concreto esaminata, e conducono verso una conclusione di assoluto interesse, poiché viene considerata adeguata la motivazione adottata dal giudice della misura reale

benchè fondata esclusivamente sulla rilevante entità del profitto confiscabile (quantificato peraltro – si noti – in poco più di 250.000,00 euro: somma importante ma, come l’esperienza giudiziaria insegna, tutt’altro che “clamorosa”) e sulla natura dei beni ritenuti esistenti nel patrimonio dell’indagato (danaro e beni mobili: ossia componenti patrimoniali, nel caso del danaro, *fungibili e, quindi, facilmente occultabili*; e nel caso dei beni mobili, *facilmente amovibili*).

SURROGAZIONE DI MATERNITÀ COME “REATO UNIVERSALE”? A PROPOSITO DI TRE PROPOSTE DI LEGGE ALL’ESAME DEL PARLAMENTO

Proposta di legge Varchi e a. – Fdl (C887)

Proposta di legge Candiani e a. – Lega (C 342)

Proposta di legge Lupi e a. – Noi moderati (C 1026)

di Gian Luigi Gatta

1. In un contesto in cui l'agenda della politica in materia penale è dettata sempre più dal Governo, hanno attirato l'attenzione delle cronache, nelle scorse settimane, tre disegni di legge d'iniziativa parlamentare, attualmente in discussione alla Commissione Giustizia della Camera. I tre disegni di legge, dalla spiccata valenza politico-identitaria, mirano, pur con diverse formulazioni, a punire il c.d. turismo procreativo (benché di turismo via sia ben poco, anzi nulla) e, in particolare, la surrogazione di maternità realizzata da cittadini italiani all'estero. Se in Italia tale pratica è vietata e configurata come reato dal 2004 (art. 12, co. 6 l. 19 febbraio 2004, n. 40), in diversi paesi stranieri è invece lecita: o per fini commerciali (come ad esempio in Ucraina), o solo per fini altruistici, cioè senza scopo di lucro (come ad esempio in Canada, dove pagare una “surrogate mother” è reato).

Le proposte di legge non mettono in discussione la scelta di incriminare la surrogazione di maternità, né prospettano inasprimenti sanzionatori. Si limitano, riprendendo alcune proposte di legge già presentate nella scorsa legislatura (C. 306 Meloni e C. 2599 Carfagna), criticamente [commentate sulla nostra Rivista da Marco Pelissero](#), a intervenire sul solo profilo dell'applicabilità della legge penale italiana in rapporto ai fatti commessi all'estero. Si discute, in altri termini, di una estensione dell'incriminazione volta a evitare elusioni del divieto di surrogazione di maternità attraverso il c.d. turismo procreativo. Si vorrebbe istituire un "reato universale" in relazione a un fatto che non è universalmente reato, anzi. E già questa considerazione rende evidente il carattere problematico delle proposte.

2. Le tre proposte di legge sono diversamente formulate. Le proposte Candiani e Lupi interessano la sola surrogazione di maternità. La proposta Varchi, invece, riguarda anche la commercializzazione di gameti ed embrioni: un reato ulteriore e diverso, irragionevolmente accomunato quanto a trattamento sanzionatorio alla surrogazione di maternità. Non solo: le proposte Lupi e Candiani riguardano solo i fatti commessi dal cittadino italiano all'estero; la proposta Varchi estende invece la punibilità anche ai fatti commessi dallo straniero all'estero. Anticipo subito che, a mio parere, e a prescindere per il momento dal merito, sul piano tecnico la proposta meglio formulata è quella Lupi,

che, a differenza della proposta Varchi, circoscrive l'estensione della punibilità alla sola surrogazione di maternità e ai soli fatti commessi dai cittadini all'estero. La proposta Candiani, nella sostanza sovrapponibile alla proposta Lupi, sembra però ridondante nell'indicare finalità e nel ribadire un divieto già previsto dalla legge, che si tratta solo di estendere *ratione loci*.

3. Venendo al merito, mi pare debba essere subito messo a fuoco un aspetto centrale, rispetto alle scelte che il Parlamento è chiamato a compiere. Chi pensa che le proposte in discussione mirano a rendere punibile *per la prima volta* il c.d. turismo procreativo e la surrogazione di maternità all'estero si sbaglia. Le norme vigenti, almeno secondo la giurisprudenza della Cassazione, *già consentono* oggi di punire quei fatti.

L'art. 9, comma 2 del codice penale stabilisce infatti che i delitti comuni commessi dal cittadino all'estero, puniti con pena della reclusione inferiore nel minimo a tre anni – come nel caso della surrogazione di maternità, punita nel massimo con due anni di reclusione – sono punibili a richiesta del Ministro della giustizia. In forza dell'art. 9, comma 2 c.p., pertanto, la surrogazione di maternità realizzata interamente all'estero da cittadino italiano è già punibile secondo la legge italiana, purché vi sia una richiesta del Ministro della Giustizia. Lo ha affermato la Corte di cassazione nelle due sole sentenze in cui, a quanto mi consta, si è occupata *ex professo* del reato previsto dall'art. 12, comma 6 l. n. 40/2004.

In una sentenza del 2020 (cfr. Cass. Sez., III, 28 ottobre 2020, n. 5198) la Cassazione si è occupata di un caso che vedeva imputati due cittadini italiani che hanno realizzato una surrogazione di maternità in Ucraina. Il fatto è stato commesso interamente all'estero perché i due cittadini, prima di recarsi in Ucraina, dove sono nati due gemelli, si erano limitati, dall'Italia, a chiedere generiche informazioni a una struttura, inviando delle email. Queste condotte, secondo l'interessante principio di diritto affermato dalla Cassazione, ancora non integrano una "realizzazione" della surrogazione di maternità. Chiedere generiche informazioni a una clinica all'estero ancora non integra reato, in altri termini, e non è sufficiente a radicare la giurisdizione italiana, ai sensi dell'art. 6 c.p., che richiede come è noto che in Italia sia stata realizzata parte della condotta tipica, ovvero che si sia verificato l'evento.

Se poi, alle informazioni segue un viaggio all'estero e una pratica di surrogazione di maternità interamente svolta all'estero, il reato è già oggi configurabile e punibile secondo la legge italiana. Lo ha affermato proprio la citata sentenza della Cassazione, richiamando l'art. 9, comma 2 del codice penale. In altri termini, *se anche il reato è commesso interamente all'estero, come nel caso oggetto della sentenza della Cassazione, già oggi si può applicare la legge penale italiana se il Ministro ne fa richiesta*. Nel caso oggetto della sentenza della Cassazione, il Ministro non ha presentato richiesta di perseguire il reato e il procedimento è stato pertanto definito con una sentenza di non doversi procedere per mancanza della necessaria condizione di procedibilità. Per perseguire quel reato, interamente commesso all'estero, sarebbe stato sufficiente e necessario, per la Cassazione, un atto di impulso del Ministro della Giustizia; un atto che, secondo la Corte costituzionale (ord. n. 289/1989), "consegue ad una scelta...di politica criminale che...non può non appartenere ad un organo dell'esecutivo".

In un'altra e precedente sentenza della Cassazione (Cass. Sez. V, 10.3.2016, n. 13525), relativa sempre a una surrogazione di maternità realizzata interamente all'estero (anche in quel caso in Ucraina), si dà conto invece di come fosse stata presentata, agli effetti dell'art. 9, comma 2 c.p., una richiesta del Ministro della Giustizia, validamente sottoscritta, a giudizio della Corte, da un Sottosegretario di Stato. Senonché anche in questo secondo caso la Cassazione ha confermato una sentenza di proscioglimento, fondata tra l'altro sul difetto della conoscibilità della legge penale italiana – cioè su uno scusabile errore sulla legge penale – da parte di cittadini che hanno realizzato un fatto lecito nel paese in cui si sono recati.

4. I cittadini avrebbero errato nell'interpretare l'art. 9 c.p., ritenendo, con la dottrina maggioritaria e parte della giurisprudenza, che tale disposizione consente di punire all'estero un reato comune del cittadino solo a condizione che il reato di cui si tratta sia previsto come tale sia in Italia sia nello Stato estero. È il *principio della doppia incriminazione*, che rappresenta la regola e informa i rapporti di cooperazione internazionale tra i diversi paesi, a partire dalla materia dell'extradizione. Se la doppia incriminazione è un requisito per l'applicabilità della legge penale italiana in rapporto ai fatti commessi dai cittadini all'estero, allora la surrogazione di maternità non è punibile se realizzata in uno Stato in cui è lecita. Ribadisco, non è la tesi fatta propria dalla Cassazione nelle due sole sentenze, ma è una tesi autorevolmente prospettata e prospettabile in dottrina e in giurisprudenza, con riferimento a materie diverse.

5. Fatta questa precisazione, le proposte di legge in esame assumono contorni più definiti: mirano a derogare alla disciplina dell'art. 9, comma 2 c.p. e a *rendere incondizionatamente punibile il fatto commesso all'estero: indipendentemente dalla richiesta del Ministro e dalla doppia incriminazione*. Esse mirano in altri termini a rendere applicabile, in luogo dell'art. 9, comma 2 c.p., l'art. 7 n. 5 c.p., secondo cui è punito secondo la legge italiana il cittadino (e anche lo straniero, nella proposta Varchi) che commette in territorio estero alcuni gravi reati a danno dello Stato o di interessi pubblici, ovvero altri reati per i quali speciali disposizioni di legge stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana. *Il punto è questo, allora: escludere che sia necessaria la richiesta del Ministro, quale condizione di procedibilità e atto politico rilevante anche sul piano dei rapporti internazionali, ed escludere altresì che operi il principio della doppia incriminazione. È questo, a me pare, il nucleo delle proposte all'esame del Parlamento.*

6. Ragioni di opportunità e di politica internazionale suggeriscono, a mio parere, di tenere ferma la necessità della richiesta del Ministro. La surrogazione di maternità è tematica dalle serie implicazioni etiche, affrontata in modo assai diverso dai diversi ordinamenti. Può essere opportuno rimettere alla politica, anziché all'obbligatorietà dell'azione penale da parte dell'autorità giudiziaria, la valutazione caso per caso sull'opportunità di procedere.

D'altra parte, se viene meno la necessità della richiesta del Ministro e si prescinde altresì dal requisito della doppia incriminazione, è serio il rischio di finire per affermare la punibilità solo in astratto, ma non in concreto, dei fatti commessi dai cittadini italiani all'estero.

E' fin troppo evidente, infatti, che l'autorità giudiziaria italiana non potrebbe punire in concreto quei fatti senza la cooperazione giudiziaria dello Stato estero, che ben difficilmente potrebbe essere offerta in relazione a un fatto lecito nel proprio ordinamento. Come si potrebbero in concreto provare quei fatti nel processo?

Rinunciare al principio della doppia incriminazione significa rinunciare a un cardine della cooperazione giudiziaria internazionale; significa finire per sbattere sul tavolo un pugno affermando la giurisdizione italiana solo simbolicamente, come espressione di un panpenalismo e di un paternalismo dello Stato, che segue il cittadino anche là dove è consentito ciò che in Italia è vietato.

7. Vi è poi un'ulteriore e forse decisiva considerazione che, a mio parere, solleva serie perplessità in rapporto alle proposte di legge in discussione: una considerazione già messa in evidenza da Marco Pelissero nel citato contributo pubblicato sulla nostra Rivista. Si vorrebbe fare della surrogazione di maternità un "reato universale" nonostante si tratti di un reato molto meno grave di quelli per i quali è prevista l'incondizionata applicabilità della legge penale italiana. La pena detentiva, per il reato di cui parliamo, è solo della reclusione da tre mesi a due anni.

Siamo di fronte a un fenomeno indubbiamente serio e che scuote le coscienze, tanti e tali sono gli interessi contrapposti in gioco. Però si tratta, per scelta del legislatore, di un reato poco più che bagatellare, sotto il profilo della pena detentiva, che lo colloca, in una scala di gravità, su un gradino molto basso, non paragonabile a quelli sui poggiano altri "reati universali", come quelli di terrorismo, violenza sessuale, mutilazioni genitali femminili, tratta di persone, traffico di organi umani, ecc. Sembra davvero irragionevole – di dubbia compatibilità con i principi costituzionali – equiparare la surrogazione di maternità a questi gravi reati, come anche al nuovo reato di "Morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina", introdotto dopo il naufragio di Cutro con il d.l. n. 20 del 2023.

Di fronte a crimini contro l'umanità o a gravissimi reati contro lo Stato o contro la persona può invocarsi, eccezionalmente, l'universalità della giurisdizione. Non altrettanto di fronte a un reato sproporzionatamente meno grave e non universalmente riconosciuto, considerata l'eterogeneità delle regolazioni giuridiche della surrogazione di maternità da parte anche di stati di diritto e democrazie liberali storicamente vicine alla nostra, per rapporti internazionali e tradizioni.

8. Non va poi taciuta una seria preoccupazione. Il 'prodotto' della surrogazione di maternità è rappresentato da esseri umani, da bambini che, nati da un reato o meno, devono essere tutelati e non penalizzati per il modo in cui sono venuti al mondo. In linea con le indicazioni della Corte costituzionale, della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di cassazione, il Parlamento deve, a mio avviso, tenere nella massima considerazione i possibili effetti negativi che, sul piano extrapenale, possono ripercuotersi sulle famiglie e sui nati da surrogazione di maternità, a partire dal riconoscimento del loro stato.

Un fenomeno così complesso e carico di implicazioni non può certo essere affrontato solo o tanto con le norme penali, come nei tre disegni di legge all'esame del Parlamento.

VERSO UNA TRATTAZIONE EFFICIENTE DELLE IMPUGNAZIONI PENALI PER I SOLI INTERESSI CIVILI

di Manfredi Bontempelli

1. Una delle più significative innovazioni varate dalla “riforma Cartabia”, con l’obiettivo di rendere più efficiente il processo penale, riguarda la materia delle impugnazioni per i soli interessi civili. Il d.lgs. n. 150 del 2022 è intervenuto chirurgicamente, non solo sull’art. 578 comma 1-*bis* c.p.p., ma anche sull’art. 573 c.p.p., interpolato con il nuovo comma 1-*bis*. Il regime che ne è derivato, in vigore dal 30 dicembre 2022, attribuisce al giudice civile la decisione sulle “questioni civili”, appunto in forza dell’art. 573 comma 1-*bis* c.p.p., in tutti i casi di impugnazione per i soli interessi civili e, a seguito dell’improcedibilità di cui all’art. 344-*bis* c.p.p., ai sensi dell’art. 578 comma 1-*bis* c.p.p., in ogni caso di impugnazione anche per gli interessi civili. Si ritiene, per i motivi di seguito esposti, che questo regime sia immediatamente applicabile a tutti i giudizi d’impugnazione non ancora decisi all’entrata in vigore della riforma, a prescindere dalla data di presentazione dell’atto d’impugnazione e dalla data di emissione della pronuncia impugnata.

Il d.lgs. n. 150/2022 ha delineato una disciplina di “compromesso”, politico e tecnico, fra le opposte esigenze in campo, vale a dire, da un lato, quella di tutelare la presunzione d’innocenza dell’imputato dopo la formazione del giudicato sui capi penali e, dall’altro, l’esigenza di agevolare la tutela della parte civile, dalla quale non sarebbe ragionevole pretendere, dopo il giudicato penale, il nuovo esercizio dell’azione risarcitoria davanti al giudice civile. La soluzione compromissoria messa a punto dal legislatore delegato, basata sul trasferimento della stessa azione di danno dal giudizio d’impugnazione penale a quello civile, ha il non trascurabile effetto di ridurre il numero di processi trattati in sede penale, con la possibilità di un risparmio di risorse giudiziarie da destinare al lavoro per le impugnazioni penali (a tutto vantaggio dell’innalzamento del livello qualitativo del controllo cui è preordinato il giudizio d’impugnazione).

Il corrispondente aumento del numero di processi trattati in sede civile, sulla questione dell’*an* della responsabilità civile, dovrebbe comunque portare a una razionalizzazione del complessivo carico di lavoro giudiziario civile, tenuto conto della corrispondente riduzione dei processi instaurati in sede civile per la sola liquidazione del danno, a seguito di condanna generica ai danni in sede penale (art. 539 c.p.p.). Infatti, nei processi in cui opera il meccanismo introdotto dalla “riforma Cartabia”, la questione del *quantum* del risarcimento viene dovrebbe essere decisa contestualmente alla questione dell’*an* della responsabilità civile, con un evidente impatto semplificatorio e acceleratorio del rito civile. Si noti, anche, che l’art. 573 comma 1-*bis* c.p.p. dovrebbe scoraggiare a monte la stessa costituzione di parte civile, nelle situazioni in cui il danneggiato non ritenga di formulare una ragionevole previsione di condanna

dell'imputato, nonostante la solidità del quadro probatorio ravvisata dal pubblico ministero¹.

Pertanto, l'efficienza perseguita dalla riforma, da intendersi in senso cognitivo² e non meramente quantitativo³, va riferita all'intera macchina giudiziaria, non solo con riguardo al settore penale, ma anche a quello civile. Per conseguire l'obiettivo dell'efficienza giudiziaria, senza sacrificio delle garanzie costituzionali del processo penale, il d.lgs. n. 150/2022 ha portato a ulteriore maturazione il percorso evolutivo della disciplina dell'azione civile nel processo penale, teso a circoscrivere i casi in cui il giudice penale si pronuncia sulla domanda risarcitoria, e a demandare per quanto possibile la decisione al giudice naturale⁴. Ciò va a beneficio, in primo luogo, dell'imputato, che evita di dover proseguire la sua difesa nel processo penale, nonostante il passaggio in giudicato della decisione sulle questioni penali (non impugnata agli effetti penali).

In secondo luogo, ne trae giovamento la stessa tutela della parte civile, che può essere protratta in modo più efficiente davanti al giudice naturale, applicando le regole di valutazione della prova e di giudizio proprie del rito civile, in luogo delle più impegnative regole del rito penale. Si tenga presente, in aggiunta, che la trattazione civile dell'impugnazione penale resta subordinata al superamento del fondamentale vaglio d'inammissibilità dell'atto condotto dallo stesso giudice penale, nella prospettiva di un'agevolazione del lavoro cognitivo del giudizio civile, attraverso l'innalzamento dello standard qualitativo dell'atto d'impugnazione. Non sembra azzardato sostenere che l'attribuzione al giudice penale del suddetto vaglio d'inammissibilità costituisca il perno sistematico del congegno basato sul "rinvio" al giudice civile, costruito dal nuovo art. 573 comma 1-bis c.p.p. Il dato normativo riguardante il filtro d'inammissibilità svolge, inoltre, un ruolo decisivo, come si dirà, al fine di risolvere la questione dell'immediata applicazione delle nuove norme nei giudizi d'impugnazione pendenti⁵.

2. È vero che, nel caso d'impugnazione per i soli interessi civili, il "rinvio" al giudice civile determina la "prosecuzione" del medesimo processo, e non l'instaurazione di uno nuovo. Si tratta di un caso particolare in cui l'impugnazione penale viene decisa dal giudice civile, sempre che l'atto non venga dichiarato inammissibile dal giudice penale. Ma non avrebbe senso applicare, dopo il "rinvio", le regole del rito penale, in

¹ Correttamente si è sottolineato che il fine più profondo della riforma sarebbe quello di responsabilizzare l'«offeso nella scelta della via da percorrere per ottenere il ristoro economico derivante dal reato». V. E.N. LA ROCCA, *Improcedibilità, impugnazione per gli interessi risarcitori e rinvio al giudice civile*, in *La riforma Cartabia*, a cura di G. SPANGHER, Pisa, 2022, p. 571. V. anche Ead., in E.N. LA ROCCA e A. MANGIARACINA, *Le impugnazioni ordinarie: tra "efficienza" e snellimento*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. CASTRONUOVO-M. DONINI-E.M. MANCUSO-G. VARRASO, Vicenza, 2023, p. 861, dove si richiama il fine di scoraggiare a monte l'esercizio dell'azione risarcitoria in sede penale.

² Nel senso che il processo penale dovrebbe ispirarsi a un criterio di efficienza cognitiva, v. O. MAZZA, *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, p. 62.

³ V., per utili spunti, il contributo di M. GIALUZ e J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022.

⁴ Sul punto, per alcuni riferimenti, M. BONTEMPELLI, *Proscioglimento per particolare tenuità del fatto e decisione sulle questioni civili*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, n. 1, p. 148.

⁵ V., *infra*, par. 6.

quanto il processo prosegue davanti al giudice civile, per la decisione “sulle questioni civili”, ai sensi del medesimo art. 573 comma 1-*bis* c.p.p.⁶. La cognizione del giudice civile ha, pertanto, ad oggetto il solo illecito civile. Non dovendosi accertare, seppur incidentalmente, l’illecito penale, non vi può essere spazio per applicare il comma 1 dell’art. 573 c.p.p., nella parte in cui stabilisce non solo di proporre, ma anche di trattare e decidere l’impugnazione per gli interessi civili con le forme ordinarie del processo penale. L’impugnazione proposta con le forme del rito penale viene pertanto trattata e decisa con quelle del rito civile.

È appena il caso di evocare il fondamento della scelta legislativa, derivante dall’obiettivo di preservare, oltre agli interessi della parte civile, la presunzione d’innocenza dell’imputato, per cui «è necessario restringere l’oggetto di accertamento al solo diritto del danneggiato al risarcimento del danno, dopo lo spartiacque del giudicato. È pertanto ragionevole attribuire il compito di decidere al giudice civile, in una situazione in cui devono essere verificati gli estremi della responsabilità civile, senza poter accertare nemmeno incidentalmente gli estremi della responsabilità penale»⁷. Va aggiunto che sarebbe irragionevole attribuire, a questo punto, al giudice civile il compito di decidere l’impugnazione per gli interessi civili con le forme ordinarie del processo penale.

Il d.lgs. n. 150 del 2022 ha sviluppato l’impostazione della giurisprudenza costituzionale relativa all’art. 578 comma 1 c.p.p., disposizione riguardante casi in cui «il giudice penale, nel decidere sulla domanda risarcitoria, non è chiamato a verificare se si sia integrata la fattispecie penale tipica contemplata dalla norma incriminatrice», ma «se sia integrata la fattispecie civilistica dell’illecito aquiliano (art. 2043 cod. civ.)», valutando pertanto se la condotta contestata «si sia tradotta nella lesione di una situazione giuridica soggettiva civilmente sanzionabile con il risarcimento del danno»⁸. Parte della dottrina ha correttamente osservato, sul punto, che, nel caso previsto dall’art. 578 comma 1 c.p.p., «ciò che si accerta non è il reato, ormai estinto, ma il “fatto” che costituisce *anche* illecito civile; accertamento che, avendo come oggetto un fatto e non un reato, si svolge a pieno titolo in via principale, senza alcuna interferenza con la dichiarazione di estinzione del reato»⁹. Sono considerazioni valide anche con riguardo al caso regolato dal nuovo art. 573 comma 1-*bis* c.p.p., in cui viene presentata un’impugnazione per i soli interessi civili.

⁶ Parte della giurisprudenza sostiene che il giudice civile debba applicare la normativa processualcivilistica, argomentando dalla previsione secondo cui il giudice deve decidere utilizzando le prove acquisite in sede penale e quelle eventualmente acquisite in sede civile. Cass., Sez. V, 20 gennaio 2023, n. 3990, par. 3 motivazione.

⁷ Relazione illustrativa del d.lgs. n. 150/2022, in *questa Rivista*, 20 ottobre 2022, p. 163. Cfr., sul punto, M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia. Profili processuali*, in *questa Rivista*, 2 novembre 2022, p. 75.

⁸ Corte cost., 30 luglio 2021, n. 182, par. 14 motivazione.

⁹ P. FERRUA, *La Corte costituzionale detta le regole in caso di sopravvenuta estinzione del reato: la probabile illegittimità costituzionale dell’art. 578, comma 1-bis, c.p.p. introdotto dalla riforma “Cartabia”*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 3447, corsivo nel testo.

3. Poiché l'art. 573 comma 1-*bis* c.p.p. stabilisce un caso di “rinvio prosecutorio” del giudizio d'impugnazione per la decisione sulle questioni civili, si può sostenere che la “riforma Cartabia” non abbia modificato il quadro normativo di riferimento per la proposizione dell'impugnazione. Il cambio di regime normativo investe, semmai, la trattazione e la decisione dell'impugnazione, vale a dire due dei tre momenti regolati dall'art. 573 comma 1 c.p.p., esso pure interpolato dal d.lgs. n. 150/2022 (con l'eliminazione del termine “soli”, rapportato agli “interessi civili”).

L'atto d'impugnazione deve continuare ad essere costruito, secondo quanto si ricava dalla Relazione governativa al d.lgs. n. 150/2022, «come se si trattasse di un'impugnazione anche agli effetti civili (quindi come se vi fosse anche l'impugnazione agli effetti penali del p.m. o dell'imputato), situazione coperta dall'art. 573 comma 1 c.p.p.»¹⁰, nella parte in cui regola la “proposizione” dell'impugnazione. «L'art. 573 comma 1-*bis* c.p.p. diventa applicabile dopo che il giudice penale abbia verificato l'assenza d'impugnazione anche agli effetti penali»¹¹. A questo punto, si apre la fase della trattazione.

L'impugnazione è trattata, in prima battuta, dal medesimo giudice penale, al quale è attribuita la competenza funzionale ad accertare la non inammissibilità dell'atto d'impugnazione. Va da sé che tale operazione debba essere svolta secondo le forme ordinarie del processo penale. Nel solo caso in cui non rilevi cause d'inammissibilità previste dal codice di procedura penale (per esempio, un ricorso proposto per motivi diversi da quelli di cui all'art. 606 c.p.p.), il giudice penale dispone il rinvio al giudice civile. Questi dovrà, a sua volta, trattare l'impugnazione, prima di deciderla, secondo le forme ordinarie del rito civile, come si desume dall'art. 573 comma 1-*bis* c.p.p. Infatti, il giudice civile deve stabilire se acquisire o meno prove ulteriori a quelle acquisite nel processo penale, ferma restando l'utilizzabilità di queste in sede civile a norma del medesimo art. 573 comma 1-*bis* c.p.p. La decisione sulle questioni civili si baserà pertanto sia sulle prove penali, acquisite secondo le forme del processo penale, che sulle prove civili, necessariamente acquisite secondo le forme del processo civile.

A questo punto, possono essere tracciati due ulteriori corollari del regime riformato. In primo luogo, il giudice civile non può ritenere inutilizzabili le prove acquisite nel processo penale (ad esempio, la testimonianza della parte civile), in quanto contrastanti con la disciplina processuale civile. Se così non fosse, i limiti di prova stabiliti dalle leggi civili si applicherebbero anche all'attività di acquisizione probatoria compiuta nel processo penale, in contrasto con il principio generale evincibile dall'art. 193 c.p.p. In secondo luogo, il giudice civile non può nemmeno ritenere inammissibile l'impugnazione al metro della disciplina del codice di procedura civile. Mancherebbe la base normativa per radicare una competenza funzionale del giudice civile, in mancanza di disposizioni che derogano alla disciplina generale di cui all'art. 573 comma 1 c.p.p. sotto il profilo della proposizione dell'impugnazione, come accade con il regime speciale

¹⁰ *Rel.*, cit., p. 164. Nel momento in cui viene presentata l'impugnazione per gli interessi civili, la parte non sa ancora se la decisione risulterà impugnata anche agli effetti della responsabilità penale. Cfr., sul punto, Cass., Sez. IV, ord. 16 febbraio 2023, n. 6690, par. 5 motivazione.

¹¹ *Rel.*, cit., p. 164.

dettato dall'art. 573 comma 1-*bis* c.p.p. con riguardo ai profili della trattazione e della decisione dell'impugnazione.

4. Il “rinvio prosecutorio” di cui all'art. 573 comma 1-*bis* c.p.p. è, pertanto, finalizzato alla decisione sull'impugnazione, e non costituisce un effetto della decisione sull'impugnazione, come invece accade nel caso regolato dall'art. 622 c.p.p. (dove la Corte di cassazione annulla la sentenza impugnata rinviando, quando occorre, al giudice civile di grado inferiore). Alla luce di questo rilievo, sembra fondata la tesi di una parte della giurisprudenza di legittimità successiva all'entrata in vigore della “riforma Cartabia”, secondo cui non sarebbe configurabile «alcun atto di impulso della parte interessata» dopo il rinvio al giudice civile, «dal momento che la prosecuzione risulta essere l'effetto del rinvio»¹².

La fondatezza di questa lettura si ricava, innanzitutto, dal fatto che il giudice civile è competente a emettere una decisione sull'impugnazione proposta in sede penale. Infatti, il giudice penale “rinvia” al giudice civile dopo aver accertato che l'impugnazione non risulti inammissibile. In quest'ottica, ad integrare in capo al giudice civile il dovere di decidere sull'impugnazione penale è il provvedimento di “rinvio” adottato dal giudice penale. A sua volta, questo provvedimento deve essere adottato per il solo fatto che l'impugnazione per i soli interessi civili non sia inammissibile. Pertanto, l'atto d'impulso del rito civile è compiuto dal giudice penale.

Inoltre, il giudice civile decide in base ai motivi di appello o di ricorso proposti, il che esclude l'esigenza di emendare l'atto d'impugnazione¹³ (ferme le possibili iniziative difensive autorizzate dalla disciplina processuale civile). Una facoltà di emendare l'atto nel suddetto senso dovrebbe essere propriamente stabilita da una norma di legge. Tuttavia, in tal caso, vi sarebbe una decisione del giudice civile sull'atto compiuto in sede civile e non più sull'impugnazione proposta in sede penale (e avrebbe meno senso il controllo d'inammissibilità demandato al giudice penale). Invece, l'assetto normativo definito dalla riforma fa sì che, in sede civile, continui a svolgersi un giudizio d'impugnazione finalizzato al controllo (di merito o legittimità) della decisione penale¹⁴.

I motivi d'impugnazione rilevano, pertanto, al fine di definire l'oggetto del giudizio d'impugnazione, su cui non potrebbe incidere alcun atto compiuto dopo il rinvio al giudice civile. In altre parole, il sistema originato dal d.lgs. n. 150/2022 fa sì che la regiudicanda civile venga circoscritta in sede penale, tramite l'impugnazione proposta per i soli interessi civili. Naturalmente, l'oggetto dell'impugnazione deve essere definito tenendo altresì presente che l'oggetto del processo, non cambia, ma si restringe, nel passaggio della decisione al giudice civile, in quanto riguarda il solo illecito civile, come si desume dal riferimento dell'art. 573 comma 1-*bis* c.p.p. alla decisione “sulle questioni

¹² Cass., Sez. V, 20 gennaio 2023, n. 3990. In senso adesivo, sul punto, Cass., Sez. II, ord. 16 febbraio 2023, n. 6690.

¹³ *Contra*, sul punto, Cass., Sez. IV, ord. 16 febbraio 2023, n. 6690, par. 5 motivazione.

¹⁴ «Il giudizio d'impugnazione non ha per oggetto l'azione civile, ma la sentenza che ha deciso sull'azione civile», secondo Cass., Sez. V, 20 gennaio 2023, n. 3990, par. 3 motivazione.

civili”¹⁵. Pertanto, la cognizione del giudice civile non può spingersi al punto da verificare l’integrazione dell’illecito penale, a prescindere dal contenuto dei motivi d’impugnazione.

5. Se vi fosse un onere di riassunzione del processo civile dopo il “rinvio per la prosecuzione”, finalizzato ad emendare l’atto d’impugnazione proposto in prima battuta in sede penale, vi sarebbe un’alterazione dei limiti cognitivi del giudice civile di appello e della sezione civile della Corte di cassazione. Al contrario, tali limiti non possono che ricavarsi, alla luce di quanto si è sopra esposto, in relazione all’appello, dai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi d’impugnazione (art. 597 comma 1 c.p.p.), in relazione al ricorso per cassazione, dagli stessi motivi d’impugnazione (art. 609 comma 1 c.p.p.), con l’ulteriore considerazione, in entrambi i casi, dei più ristretti contorni della regiudicanda civile (rispetto alla regiudicanda penale).

Pertanto, nell’ambito dell’appello, l’indagine del giudice civile dell’impugnazione non può arrestarsi all’accertamento della fondatezza o infondatezza dei motivi proposti, dovendo esplorare tutte le ulteriori questioni correlate ai punti della decisione, che assumano rilevanza nella prospettiva dell’accertamento dell’esistenza o meno della responsabilità aquiliana. Questo assetto potrebbe, inoltre, portare alla riforma della sentenza penale, nonostante l’inesistenza di errori di diritto o di fatto. Per esempio, il giudice civile potrebbe accertare l’infondatezza del motivo di appello riguardante l’erronea applicazione della regola di giudizio dell’“oltre ogni ragionevole dubbio” e riconoscere la responsabilità civile al metro della regola di giudizio del “più probabile che non”.

Nell’ambito del ricorso, al contrario, l’indagine della Corte di cassazione deve arrestarsi all’accertamento della fondatezza o infondatezza dei motivi, proposti ai sensi dell’art. 606 c.p.p.¹⁶. Ma la decisione della Suprema Corte dovrebbe tener conto della rilevanza che la questione dedotta con il motivo d’impugnazione potrebbe assumere nel procedimento civile. Per esempio, nel caso di ricorso della parte civile contro la sentenza di assoluzione dell’imputato perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, qualora la Corte ravvisi l’infondatezza del motivo di inosservanza della legge penale, dovrebbe pur sempre disporre l’annullamento con rinvio al giudice civile d’appello, affinché verifichi la riconducibilità del fatto storico accertato dalla sentenza penale allo schema dell’illecito civile (in linea con quanto accade in base all’art. 622 c.p.p.).

Non sembra, invece, fondato sostenere che la sezione civile della Suprema Corte debba applicare «le regole che individuano distinti e non sovrapponibili (soprattutto con riguardo ai vizi argomentativi) motivi del ricorso per cassazione delineati dall’art. 360, comma 1, cod. proc. civ., e le regole decisorie dettate dal codice di procedura civile (ad

¹⁵ *Rel.*, cit., p. 164, secondo cui «con il rinvio dell’appello o del ricorso al giudice civile l’oggetto di accertamento non cambierebbe, ma si restringerebbe, dal momento che la domanda risarcitoria da illecito civile è già implicita alla domanda risarcitoria da illecito penale (l’illecito penale implica l’illecito civile)». In senso adesivo, ad es., Cass., Sez. IV, ord. 11 gennaio 2023, n. 2854.

¹⁶ La sezione civile della Suprema Corte non potrebbe invece dichiarare l’inammissibilità del ricorso, alla luce della competenza funzionale attribuita al giudice penale. V., *supra*, par. 3.

es., quanto ai casi di inammissibilità, i criteri di cui all'art. 360-*bis*), mentre resta oscura l'applicabilità della disciplina in tema di procedibilità che si desume dall'art. 360 cod. proc. civ.»¹⁷. La sezione civile non potrebbe applicare la disciplina processualcivile sui motivi di ricorso, per dichiarare l'inammissibilità, essendo priva di competenza funzionale al riguardo; dovrebbe, quindi, limitarsi a giudicare sui motivi di ricorso, verificando la fondatezza delle deduzioni ivi contenute (ad es., la manifesta illogicità della motivazione della sentenza penale).

6. Il fatto che l'oggetto del giudizio civile d'impugnazione debba essere definito in base ai punti della decisione penale ai quali si riferiscono i motivi di appello ovvero in base agli stessi motivi di ricorso per cassazione, consente – a parere di chi scrive – di risolvere in senso positivo la questione dell'applicabilità o meno del nuovo art. 573 comma 1-*bis* c.p.p. ai giudizi d'impugnazione pendenti all'entrata in vigore della riforma. La questione, come noto, è attualmente al vaglio delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, a seguito di svariate ordinanze di rimessione pronunciate dalle sezioni semplici¹⁸.

L'immediata applicabilità viene, invero, esclusa dall'orientamento sopra richiamato che non ritiene configurabile un onere di dare impulso al procedimento dopo il "rinvio per la prosecuzione"¹⁹. Secondo la giurisprudenza che aderisce a questa lettura²⁰, vi sarebbe l'esigenza di tutelare l'affidamento maturato dall'impugnante ai soli effetti civili «in relazione alla fissità del quadro normativo», in linea con quanto sostenuto dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, nella pronuncia relativa al caso "Lista" del 2007²¹, con particolare riguardo al ricorso per cassazione. Tale affidamento deriverebbe dall'interesse della parte stessa «a costruire il proprio atto di impugnazione in modo da poter affrontare un giudizio di legittimità retto da regole diverse da quelle alla stregua delle quali doveva essere superato il vaglio di ammissibilità»²². Pertanto, l'affidamento tutelato si radicherebbe sin dal momento in cui sorge il potere d'impugnazione, vale a dire quando viene pronunciata la sentenza, con la conseguenza già individuata dalle Sezioni Unite, «che è al regime regolatore vigente in tale momento che deve farsi riferimento, regime che rimane insensibile a eventuali interventi normativi successivi, non potendo la nuova legge processuale travolgere quegli effetti dell'atto che si sono già prodotti prima dell'entrata in vigore della medesima legge. In altri termini, il quadro normativo delle impugnazioni deve [...] essere ricostruito tenendo presente la disciplina del tempo in cui è sorto il relativo diritto»²³. Tale soluzione, conclude la

¹⁷ Cass., Sez. V, 20 gennaio 2023, n. 3990, par. 3 motivazione.

¹⁸ V., ad es., Cass., Sez. IV, ord. 24 gennaio 2023, n. 2854; Cass., Sez. II, ord. 16 febbraio 2023, n. 6690; Cass., Sez. V, ord. 23 febbraio 2023, n. 8149.

¹⁹ V., *supra*, par. 4.

²⁰ V., ad es., Cass., Sez. V, 16 gennaio 2023, n. 4902, par. 1.1.5 motivazione; Cass., Sez. V, 20 gennaio 2023, n. 3990.

²¹ Cass., Sez. Un., 29 marzo 2007, n. 27614.

²² Cass., Sez. V, 20 gennaio 2023, n. 3990, par. 4 motivazione.

²³ Cass., Sez. Un., 29 marzo 2007, n. 27614. Il passo è richiamato, fra le altre, da Cass., Sez. V, 20 gennaio 2023, n. 3990, par. 4 motivazione.

giurisprudenza, «è coerente con l'esigenza di assicurare alla parte tutto il tempo che il legislatore le riconosce per conformare il concreto contenuto dell'atto di impugnazione alle regole alla stregua delle quali esso verrà deciso»²⁴.

L'obiezione di fondo cui sembra esporsi la ricostruzione in discorso riguarda la possibilità stessa di ravvisare un interesse dell'impugnante ai soli effetti civili a elaborare l'atto di impugnazione conoscendo la possibilità che esso venga deciso dal giudice civile. In senso contrario all'esistenza di tale interesse sembra deporre un argomento decisivo non considerato dall'orientamento anzidetto, scaturente dal seguente interrogativo. Si tratta, in particolare, di chiedersi se sia ipotizzabile l'esistenza di motivi di appello o di ricorso per cassazione che la parte avrebbe interesse a proporre nella prospettiva di una possibile decisione dell'impugnazione da parte del giudice civile, ma non nella prospettiva di una necessaria decisione da parte del giudice penale. La risposta negativa al quesito discende, a parere di chi scrive, dall'esistenza di un onere dell'impugnante ai soli effetti civili di costruire l'impugnazione come se dovesse essere decisa dal giudice penale, onere discendente dall'esigenza di superare il vaglio d'inammissibilità svolto in sede penale²⁵. Tale vaglio non potrebbe essere superato qualora il motivo d'impugnazione (concernente i capi penali della sentenza di proscioglimento) fosse costruito nella prospettiva di una decisione da parte del giudice civile, avendo un necessario contenuto critico rispetto alla decisione penale impugnata (anche nell'ambito dell'appello, ai sensi del nuovo art. 581 comma 1-ter c.p.p.).

Non è pertanto ravvisabile un affidamento da tutelare, nel momento di emissione della decisione penale, il che esclude i presupposti per applicare alla questione di diritto intertemporale di cui si discute il principio di diritto elaborato dalla giurisprudenza "Lista", con riferimento a ipotesi di modifiche normative concernenti la disciplina dell'atto d'impugnazione (e non gli ulteriori aspetti del procedimento d'impugnazione)²⁶. Coglie nel segno l'affermazione giurisprudenziale secondo cui «l'atto al quale occorre fare riferimento per stabilire la legge applicabile deve individuarsi nella decisione del giudice di appello o della Corte di cassazione in ordine alla ammissibilità dell'impugnazione. L'art. 573 comma 1-bis, infatti, non ha introdotto modifiche rispetto all'atto di impugnazione, che continua ad essere indirizzato al giudice penale ed il cui contenuto non varia, ma ha solo previsto la successiva trasmissione degli atti al giudice civile per la decisione in merito alla pretesa risarcitoria»²⁷. A ben guardare, «gli atti processuali su cui incide la riforma paiono connotati da autonomia rispetto alla pronuncia della sentenza e alla presentazione dell'impugnazione»²⁸, il che porta a superare le ragioni evocate per escludere l'immediata applicazione dell'art. 573 comma 1-bis c.p.p. a tutti i giudizi d'impugnazione pendenti all'entrata in vigore della "riforma Cartabia".

²⁴ Cass., Sez. V, ord. 23 febbraio 2023, n. 8149.

²⁵ In tal senso, ad es., Cass., Sez. IV, ord. 24 gennaio 2023, n. 2854.

²⁶ Ad es., Cass., Sez. III, ord. 22 febbraio 2023, n. 7625, par. 7 motivazione; Cass., Sez. IV, ord. 27 febbraio 2023, n. 8483.

²⁷ Cass., Sez. IV, ord. 27 febbraio 2023, n. 8483; Cass., Sez. II, 16 marzo 2023, n. 11279, par. 6 motivazione.

²⁸ Cass., Sez. II, 16 marzo 2023, n. 11279, par. 6 motivazione.

L'ANNUNCIATA RIFORMA DELL'ABUSO DI UFFICIO: TRA "PAURA DELLA FIRMA", ESIGENZE DI TUTELA E OBBLIGHI INTERNAZIONALI DI INCRIMINAZIONE

di Gian Luigi Gatta

1. La riforma dell'abuso d'ufficio rientra, come è noto, nell'agenda politica del Governo Meloni. Un intervento volto a rassicurare sindaci e amministratori pubblici rispetto alla "paura della firma" è stato ripetutamente annunciato dal Ministro Nordio. In attesa di conoscere il testo della proposta governativa – e, ancor prima, la scelta politica di fondo: se abrogare l'art. 323 c.p. o riformularlo – il Parlamento è impegnato in questi giorni nella discussione di quattro disegni di legge d'iniziativa parlamentare, tre dei quali presentati, come primi firmatari, da parlamentari di un partito di maggioranza (Forza Italia).

In particolare, le quattro proposte di legge – attualmente all'esame della Commissione giustizia della Camera – prospettano modelli alternativi di intervento sul reato di abuso d'ufficio:

- a) l'abrogazione della norma incriminatrice (proposte [C. 399 Rossello](#) e [C 645 Pittalis](#));
- b) la depenalizzazione, cioè la trasformazione in illecito amministrativo (proposta [C. 654 Costa](#));
- c) la riformulazione della fattispecie in senso restrittivo e, in particolare, con limitazione della rilevanza penale alle *sole* condotte di abuso prevaricatorio o di danno ed esclusione, pertanto, della rilevanza delle condotte di abuso di approfittamento o di vantaggio (proposta [C 716 Pella](#)).

2. Obiettivo di tutte queste proposte di legge, perseguito in modo più o meno radicale, è di ridurre i margini del sindacato dell'autorità giudiziaria sull'operato degli amministratori pubblici, scrivendo così un nuovo capitolo della tormentata storia dell'abuso d'ufficio: una fattispecie che nel nostro codice penale ha già conosciuto tre versioni (1930, 1990, 1997), oltre alla quarta oggi vigente, che è stata introdotta solo nel 2020.

Come è noto, la storia dell'abuso d'ufficio, nel nostro Paese, è in effetti la storia di un continuo tentativo del legislatore di limitare l'ambito di applicazione di una norma di chiusura del sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione, votata per sua natura a *catturare episodi di malaffare in odore penalistico non inquadrabili in altre fattispecie dai contorni meglio definiti*, come la corruzione, il traffico di influenze illecite, il peculato o la turbativa d'asta, ecc. Questa esigenza è stata avvertita soprattutto dopo che, nel 1990,

sono stati aboliti i delitti di *peculato per distrazione* e di *interesse privato in atto d'ufficio*, con conseguente ampliamento della sfera di operatività dell'abuso d'ufficio.

Le successive riforme del 1997 e del 2020 hanno mirato poi a meglio descrivere la fattispecie di abuso d'ufficio, nel tentativo di renderla più aderente al principio costituzionale di legalità-precisione della norma penale e con l'obiettivo politico-criminale, appunto, di limitare il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa. La linea politica perseguita dal legislatore – non senza eccessi, come in occasione dell'ultima riforma, che ha tra l'altro escluso la rilevanza dell'abuso commesso violando norme regolamentari – ha fatto da contraltare alla tendenza della giurisprudenza di estendere in modo discutibile i confini dell'abuso penalmente rilevante. Emblematici di questa tendenza, riconosciuta non solo dalla dottrina ma anche, di recente, dalla Corte costituzionale (sent. n. 8/2022), sono gli orientamenti della giurisprudenza che fino al recente passato (prima dell'ultima riforma) hanno dilatato la sfera applicativa dell'incriminazione attraendo nel concetto di abuso in “violazione di norme di legge” tanto la violazione dell'art. 97 Cost., cioè dei generali principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, quanto l'eccesso di potere, nella forma dello sviamento, cioè l'esercizio del potere *formalmente non in contrasto con le norme che ne regolano l'esercizio*, nondimeno, diretto a realizzare un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito (cfr. Cass. Sez. Un. 29 settembre 2011, n. 155, Rossi, rv 251498).

3. Le istanze di riduzione dell'ambito di applicazione della norma incriminatrice trovano oggi, come in passato, terreno fertile nella misura in cui si guardi all'abuso d'ufficio non come a uno strumento – perfettibile – per la prevenzione e il contrasto del malaffare nella pubblica amministrazione, nel più ampio contesto di politiche “anticorruzione”, bensì come a “uno strumento usato in maniera indiscriminata”¹. Le ultime due riforme dell'abuso dell'ufficio, al pari di quelle ora all'esame della Camera e di quella annunciata dal Governo, si mostrano sensibili al problema della c.d. burocrazia o amministrazione difensiva e della “paura della firma” da parte di sindaci, amministratori e funzionari pubblici. Una norma incriminatrice con funzione di chiusura del sistema e caratterizzata da contorni applicativi ampi, e vieppiù ampliati dalla giurisprudenza, rende facile l'avvio di procedimenti penali, talora volti alla ricerca di altri e più gravi reati dei quali l'abuso può rappresentare una spia.

Asfissati dalle maglie di una burocrazia eccessiva e complessa, e consapevoli del rischio di essere denunciati e facilmente sottoposti a un procedimento penale, gli amministratori pubblici possono assumere comportamenti difensivi – come i medici con i loro pazienti – astenendosi dall'intraprendere iniziative – come l'avvio di lavori pubblici – utili se non essenziali per la società e per l'economia del Paese. E' proprio su queste premesse che nel 2020 il Governo Conte ha realizzato l'ultima riforma dell'abuso

¹ L'espressione è del Prof. Giuseppe Morbidelli, che nel 1996 ha presieduto una Commissione per la riforma dell'abuso d'ufficio, istituita presso il Ministero della giustizia. Essa è tratta dal resoconto stenografico della seduta del 7 aprile 1998 della 1ª Commissione permanente del Senato nell'ambito di una indagine conoscitiva in tema di corruzione, che [può leggersi qui \(p. 25\)](#).

d'ufficio nell'ambito di un decreto-legge volto a dare nuovo slancio all'economia nazionale (si veda, volendo, il [nostro commento all'epoca pubblicato su questa Rivista](#)). Nel dichiarare in parte infondate e in parte inammissibili alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione a quella riforma, la Consulta, con la sentenza n. 8/2022, ha riconosciuto in via di principio la legittimità della scelta politica di contrastare la burocrazia difensiva, per il rilancio dell'economia e dei lavori pubblici, riducendo l'ambito di applicazione dell'abuso d'ufficio. Si legge in particolare in un passaggio della sentenza della Corte costituzionale che, rispetto alla paura della firma, "poco conta l'enorme divario, che pure si è registrato sul piano statistico, tra la mole dei procedimenti per abuso d'ufficio promossi e l'esiguo numero delle condanne definitive pronunciate in esito ad essi. Il solo rischio, ubiquo e indefinito, del coinvolgimento in un procedimento penale, con i costi materiali, umani e sociali (per il ricorrente clamore mediatico) che esso comporta, basta a generare un 'effetto di raffreddamento', che induce il funzionario ad imboccare la via per sé più rassicurante. Tutto ciò, peraltro, con significativi riflessi negativi in termini di perdita di efficienza e di rallentamento dell'azione amministrativa, specie nei procedimenti più delicati".

4. I dati statistici evidenziano d'altra parte una realtà complessa, che merita di essere considerata da chi voglia rimetter mano all'abuso d'ufficio.

Un primo e più vistoso dato è quello dell'elevato numero di archiviazioni: il 79% dei procedimenti, nel 2022, è stato definito con l'archiviazione (il dato è in linea con quello del 2021). Questo significa che quasi otto denunce su dieci vengono archiviate. Nel 2022 i procedimenti definiti con l'archiviazione sono stati 3.536 su 4.481.

Un secondo dato significativo riguarda la riduzione del numero dei procedimenti iscritti nei tribunali ordinari. In particolare, nella sezione gip/gup si è assistito, dal 2016 al 2021, a una riduzione del 40% dei procedimenti iscritti: da 7.930 a 4.838.

Un terzo dato evidenzia lo scarso numero di condanne e patteggiamenti: nel 2020 sono state pronunciate, tra gip/gup e tribunale, 30 sentenze di condanna e 29 di patteggiamento. Ben maggiore il numero delle sentenze di assoluzione (241) e di non doversi procedere per prescrizione (167). Nell'anno successivo alla riforma del 2020 sono disponibili solo dati relativi al tribunale/dibattimento: evidenziano, come era prevedibile, un dimezzamento delle condanne (da 37 a 18) e un incremento delle assoluzioni (da 200 a 256).

5. Questi dati si prestano a più letture. In prospettiva storica, anzitutto, la riduzione del numero dei procedimenti iscritti, l'aumento delle archiviazioni e delle assoluzioni – e la corrispondente riduzione delle condanne – non possono che essere messe in relazione con le riforme dell'abuso d'ufficio, che ne hanno sempre più limitato la sfera di applicazione. Il numero dei procedimenti avviati è nondimeno elevato (attorno ai 4.000 all'anno).

I cittadini che ritengono, a ragione o a torto, di avere subito un abuso dall'amministratore o dal funzionario pubblico, piuttosto che dal magistrato, dal direttore del carcere o dal medico del servizio sanitario nazionale o dal professore

universitario o dal preside di un istituto scolastico, non fanno altro che denunciare un generico abuso d'ufficio. La complessità e spesso l'oscurità delle regole del diritto amministrativo che si assumono violate – si pensi ad esempio alla materia dell'edilizia e dell'urbanistica – è tale da far sospettare con una certa facilità abusi dietro a questa o a quella decisione pubblica. Ci sono dunque tante denunce di abuso d'ufficio perché tanti sono i casi in cui, a torto o a ragione, i cittadini pensano di subire abusi.

È compito dell'autorità giudiziaria filtrare la massa delle denunce individuando i soli fatti meritevoli di repressione penale. L'archiviazione di otto procedimenti ogni dieci testimonianze, a ben vedere, sia la facilità di avviare con una denuncia i procedimenti, sia il forte filtro della magistratura nel fermare allo stadio iniziale la stragrande maggioranza di quelli destinati a finire nel nulla.

Questa capacità di filtro è essenziale in un sistema retto dal principio di obbligatorietà dell'azione penale ed è destinata a crescere dopo la riforma Cartabia (art. 408, co. 1 c.p.p.): la nuova regola di giudizio per l'archiviazione (speculare a quella per il rinvio a giudizio in udienza preliminare) è ancor più rigorosa che in passato e fa riferimento a “elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari [che] non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna”. Sulla già notevole capacità di filtro della magistratura potrà inoltre ora incidere la rinnovata disciplina per l'iscrizione della notizia di reato (art. 335, co. 1 *bis* c.p.p.), che richiede l'esistenza di indizi e consente di “cestinare” le denunce palesemente infondate. Quelle relative a fatti che non costituiscono reato, d'altra parte, erano e sono già destinate all'iscrizione nel registro degli atti non costituenti notizie di reato (mod. 45), il cui attento e sapiente uso (che sarebbe opportuno assoggettare in futuro a una pur semplificata forma di controllo giurisdizionale), consente di evitare un inutile affollamento di fascicoli sui tavoli di pubblici ministeri e giudici.

La capacità di filtro dell'autorità giudiziaria, di per sé, dovrebbe ragionevolmente ridimensionare la “paura della firma”, che però, come ha sottolineato la Consulta, è anche la paura della sottoposizione a un procedimento penale, pur breve, con il discredito pubblico che ne consegue. Il dato anomalo di una incidenza così forte delle archiviazioni e della scarsità delle condanne merita indubbiamente una riflessione da parte del Parlamento. Un reato che mostra, empiricamente, rilevanti *inputs* e limitatissimi *outputs* costituisce, indubbiamente, un'inefficienza nel sistema.

6. L'inefficienza dell'abuso d'ufficio deve però essere letta, a mio avviso, anche nella prospettiva – che mi pare oggi negletta nel dibattito pubblico – della tutela della pubblica amministrazione e dei cittadini che vi entrano in contatto. La norma oggi inefficiente, anche per effetto di riforme che – strozzandola – ne hanno sterilizzato in buona parte l'ambito di applicazione, è un'arma spuntata di cui la magistratura dispone per perseguire condotte di abuso e strumentalizzazione del potere pubblico a fini privati. Dati del Casellario giudiziale aggiornati a maggio 2022, relativi alle sentenze definitive di condanna, ci dicono che dal 1997 al 2020 risultano iscritte oltre 3.600 condanne. Non proprio una manciata. Erano 546 nel 1997 e sono progressivamente scese fino ad arrivare a 40 nel 2021.

Poniamoci ora nei panni di un osservatore internazionale che valuti l'*enforcement* della disciplina italiana contro l'illegalità e il malaffare nella pubblica amministrazione. Gli abusi di potere dei pubblici funzionari, diversi da quelli che integrano forme di concussione o corruzione, sono puniti ovunque, in Europa e non solo; come può il nostro Paese giustificare, non senza imbarazzo, che su circa 5.000 procedimenti, nel 2021, quelli conclusi con condanna o patteggiamento sono solo una sessantina? È elevato il rischio di esporre il Paese sul piano internazionale a critiche analoghe a quelle (pur nel merito molto discutibili) ricevute dall'OCSE in relazione alla corruzione internazionale in occasione del suo [ultimo rapporto sull'Italia](#).

Il rischio è poi ancora più serio se si considera che è stata presentata ufficialmente lo scorso 3 maggio una [proposta di direttiva europea sulla lotta alla corruzione](#) che, all'articolo 11, impegna gli Stati membri a prevedere come reato l'abuso d'ufficio (*abuse of functions*), così definito: *"the performance of or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the exercise of his functions for the purpose of obtaining an undue advantage for that official or for a third party"*. La proposta di direttiva riproduce in sostanza una previsione della [Convenzione ONU contro la corruzione](#) (art. 19), ratificata dall'Italia e da altre 188 nazioni, ed è stata messa in cantiere dopo il Quatargate. È stata annunciata dalla Presidente Ursula Von der Leyen nello scorso mese di settembre nel suo discorso sullo stato dell'Unione 2022 con queste nette parole: *"Se vogliamo risultare credibili quando chiediamo ai paesi candidati di rafforzare le loro democrazie, dobbiamo eliminare la corruzione anche all'interno dell'Unione. Per questo motivo il prossimo anno la Commissione presenterà misure per aggiornare il nostro quadro legislativo di lotta alla corruzione. Adotteremo un atteggiamento più duro nei confronti di reati come l'arricchimento illecito, il traffico d'influenza e l'abuso di d'ufficio, oltre che della corruzione in senso più classico...La corruzione erode la fiducia nelle nostre istituzioni; dobbiamo quindi combatterla con tutta la forza della legge"*.

7. Il dibattito sull'abuso d'ufficio si inserisce, dunque, in un contesto più ampio e più complesso di quello della "paura della firma". Il punto a mio parere è questo: se è ragionevole limitare il sindacato penale sull'attività amministrativa, per evitare la "paura della firma", è però indubbiamente irragionevole lasciare scoperti dal presidio penalistico abusi di funzioni e di poteri dall'indubbio disvalore penale.

La giusta via, come al solito, sta nel mezzo, mai negli estremi. Per questo a mio avviso non persuade la proposta di abrogare l'art. 323 c.p. (C 399 Rossello e C 645 Pittalis). Rinunciare all'abuso d'ufficio significa, all'indomani della proposta di direttiva europea, prefigurare una procedura di infrazione da parte del nostro Paese che, sul piano internazionale, veicolerebbe un messaggio opposto a quello del rigore nel contrasto dell'illegalità nella pubblica amministrazione. Per non tacere poi dell'obbligo di incriminazione dell'abuso di vantaggio che deriva dalla citata convenzione ONU; un obbligo internazionale il cui rispetto è imposto dall'art. 117, co. 1 Cost. Lo ha già ricordato, sulle pagine della nostra *Rivista*, [Cristiano Cupelli](#) e [Maurizio Romanelli](#).

Abrogando la norma che incrimina l'abuso d'ufficio si lascerebbero prive di tutela penale, con ricadute negative sul piano della prevenzione, condotte di abuso di vantaggio (profittatorio) o di danno (soprafattivo) come quelle oggetto delle poche ma non per questo trascurabili sentenze di condanna o di patteggiamento pronunciate ogni

anno a carico di sindaci, assessori, consiglieri comunali, direttori di carceri, magistrati, esponenti delle forze dell'ordine, medici, professori universitari, insegnanti, ecc.

Se poi dal terreno del dato statistico quantitativo ci si sposta su quello del dato qualitativo – e si guarda ai fatti contestati – emerge dalla casistica giurisprudenziale e dell'esperienza giudiziaria un quadro di piccoli e grandi episodi di malaffare che il legislatore non può ignorare e che sono senz'altro meritevoli di sanzione penale. Sul piano della prevenzione, l'abrogazione avrebbe l'effetto di un lassismo esattamente opposto a quello evocato dalla Presidente Von der Leyen e potrebbe pregiudicare, anche sul piano culturale, anni e anni di investimento delle politiche anticorruzione in corso nel paese e nelle sue tante amministrazioni.

D'altra parte, abrogare la norma incriminatrice non farebbe venire meno del tutto la "paura della firma". Da un lato, va considerato, come emerge dalle statistiche ministeriali rese note il 9 maggio da [Liana Milella su Repubblica](#), che spesso l'abuso d'ufficio è contestato in concorso con altri reati, anche più gravi. Ai primi posti, tra i reati concorrenti, i reati di falso (ideologici e materiali), i reati edilizi (costruzione senza permesso e lottizzazione abusiva) e la truffa. E se un domani l'abuso d'ufficio non costituisse più reato, il vuoto lasciato dall'incriminazione potrebbe in alcuni casi essere riempito dalla contestazione, da parte dei pubblici ministeri, di altri e perfino più gravi reati, quali il peculato. L'abrogazione della norma incriminatrice, infatti, non potrebbe impedire, almeno in parte, la riconducibilità del fatto ad altre norme incriminatrici, che risulterebbero applicabili dopo l'abrogazione, con effetto di c.d. *abrogatio sine abolitione*. Altro che venir meno della paura della firma: i sindaci e gli amministratori dovrebbero temere conseguenze che potrebbero essere ancor più gravi.

Ciò non si verificherebbe, peraltro, se dovesse essere approvata la proposta di legge C 654 (Costa): per il principio di specialità di cui all'art. 9 l. n. 689/1981, l'illecito amministrativo di abuso d'ufficio introdotto da quella proposta, in quanto speciale, troverebbe applicazione prevalendo sulle concorrenti norme incriminatrici. Senonché, a fronte della convenzione ONU e dopo la presentazione della proposta di direttiva europea, che richiedono agli stati di configurare l'abuso d'ufficio come *reato*, anche la proposta in esame non appare compatibile con gli obblighi internazionali *presenti e futuribili*.

8. Alla luce dei rilievi critici sollevati in modo pressoché unanime da quanti hanno commentato la riforma del 2020, che ha di molto sterilizzato l'incriminazione, e in considerazione degli obblighi internazionali di cui si è detto, la strada suggeribile al legislatore, per risolvere il problema della "paura della firma", è a mio avviso non quella dell'abrogazione bensì quella della riformulazione della fattispecie.

La proposta C 716 Pella va in questa direzione, metodologicamente, ma non è condivisibile nel merito. Essa, infatti, circoscrive ulteriormente l'abuso d'ufficio rispetto a quanto già abbia fatto la riforma del 2020, il cui impianto viene conservato. La proposta Pella esclude infatti rilievo all'abuso di vantaggio, cioè proprio alla forma di abuso che la convenzione ONU ci vincola a configurare come reato e che la proposta di direttiva europea mira a incriminare in modo uniforme in tutti gli stati membri. Non solo: nella proposta C 716 Pella l'abuso di danno viene limitato alle condotte che "direttamente" (e,

quindi, non indirettamente) procurano un danno. Si propone, pertanto, di conservare rilevanza penale solo a una parte minoritaria degli abusi d'ufficio lasciando scoperti quelli in cui si incarnano le più riprovevoli manifestazioni di conflitto di interesse e di strumentalizzazione a fini privati di pubblici poteri e funzioni. Va da sé che, come si è detto, la reazione del sistema normativo a questa vistosa lacuna di tutela sarebbe rappresentata da una riespansione dell'ambito applicativo di altre figure di reato, anche ben più gravi dell'abuso d'ufficio. La "paura della firma", insomma, non verrebbe meno, anzi, sarebbe paradossalmente destinata a farsi più seria.

9. Per le ragioni sopra esposte, a mio parere nessuna delle quattro proposte di legge all'esame del Parlamento risolverebbe il problema della "paura della firma" e può essere accolta, anche alla luce degli obblighi internazionali. La presentazione della proposta di direttiva europeadovrebbe suggerire al Parlamento, a ben vedere, di rinviare i lavori in attesa che il quadro normativo europeo si definisca, con l'approvazione della direttiva stessa, che rappresenterà un necessario termine di confronto per qualsiasi riforma in materia; come, d'altra parte, lo è già oggi la Convenzione ONU. Tanto più che la proposta di direttiva interessa anche profili di disciplina quali quelli delle sanzioni e della prescrizione del reato di abuso d'ufficio.

Nelle more, la "paura della firma" degli amministratori pubblici può da subito trovare una risposta negli effetti della riforma del 2020, che potranno e dovranno essere misurati e monitorati, oltre che negli effetti delle novità introdotte dalla riforma Cartabia, delle quali si è detto.

La strada di un possibile percorso di riforma, nel rispetto delle indicazioni che arriveranno dall'Unione Europea, e alle quali i nostri rappresentanti nelle istituzioni europee potranno e dovranno contribuire, dovrebbe passare a mio avviso da alcuni punti fermi.

Anzitutto, la rilevanza penale dell'abuso, sia di vantaggio sia di danno, nel quadro di una o più fattispecie descritte, sul piano oggettivo, con maggior sforzo di precisione. Il compito non è facile, come mostra la storia legislativa dell'art. 323 c.p., ma i modelli di disciplina da cui poter prendere spunto non mancano.

Un articolato progetto rimasto nei cassetti del Ministero della giustizia fu elaborato nel 1996 dalla Commissione Morbidelli e prevedeva lo spaccettamento dell'abuso d'ufficio in tre fattispecie: *Prevaricazione* (abuso di danno), *Favoritismo* (abuso di vantaggio patrimoniale ad altri), *Sfruttamento privato dell'ufficio* (abuso di vantaggio patrimoniale per il funzionario pubblico). La disciplina prevedeva pene diverse per le varie ipotesi di reato e una causa di non punibilità applicabile in presenza di fatti commessi nell'esclusivo interesse della pubblica amministrazione oppure di danno patrimoniale pubblico o privato non superiore a un certo ammontare, purché integralmente riparato². Riprendere il progetto Morbidelli, come ha sottolineato nel recente passato [Tullio Padovani](#), sarebbe senz'altro utile e opportuno.

² Dà conto del progetto Morbidelli, riportando in nota il testo dell'articolato, C. CUPELLI, *La riforma del 1990*, in B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso di ufficio*, Pacini, 2021, p. 34 s.

Ulteriori modelli di disciplina sono offerti dal diritto straniero. Di particolare interesse è la disciplina francese della *prise illégale d'intérêts*, prevista dal codice penale negli artt. 432-12 – 432.13. La prima delle citate disposizioni, in particolare, punisce “il fatto, da parte di una persona investita di un potere pubblico o di una missione di servizio pubblico o di una persona investita di un mandato pubblico elettivo, di prendere, ricevere o mantenere, direttamente o indirettamente, un interesse che possa compromettere la sua imparzialità, la sua indipendenza o la sua obiettività in un affare o in un'operazione di cui, al momento del fatto, è responsabile, in tutto o in parte, di assicurare la supervisione, l'amministrazione, la liquidazione o il pagamento”. Si prevede espressamente che “tuttavia, nei comuni con popolazione fino a 3.500 abitanti, i sindaci, i vicesindaci o i consiglieri comunali delegati o che fanno le veci del sindaco possono trattare con il comune in cui sono stati eletti il trasferimento di beni mobili o immobili o la fornitura di servizi fino a un limite annuo di 16.000 euro. Inoltre, in questi Comuni, i sindaci, i vicesindaci o i consiglieri comunali delegati o che fanno le veci del sindaco possono acquistare un terreno in un complesso residenziale comunale per costruire la propria abitazione o stipulare contratti di locazione residenziale con il Comune per la propria abitazione. Questi atti devono essere autorizzati da una decisione motivata del consiglio comunale, dopo che l'immobile in questione è stato valutato dal dipartimento immobiliare”. Ancora, si stabilisce che “Negli stessi comuni, gli stessi rappresentanti eletti possono acquistare un immobile appartenente al comune per la creazione o lo sviluppo della loro attività professionale. Il prezzo non può essere inferiore alla valutazione del dipartimento immobiliare. L'atto deve essere autorizzato, indipendentemente dal valore dell'immobile in questione, da una decisione motivata del Consiglio comunale... il sindaco, il vicesindaco o il consigliere comunale interessato devono astenersi dal partecipare alla deliberazione del consiglio comunale sulla conclusione o sull'approvazione del contratto. Inoltre...il consiglio comunale non può decidere di riunirsi a porte chiuse”.

Si tratta, a ben vedere, di una fattispecie di interesse privato in atti d'ufficio priva dei contorni vaghi del nostro art. 324 c.p., forse sbrigativamente abrogato. Il conflitto di interessi, infatti, rappresenta il nucleo del disvalore delle condotte oggi riconducibili all'abuso d'ufficio; un nucleo del quale, a mio parere, non può ragionevolmente farsi a meno, come gli obblighi assunti dal Paese sul piano internazionale confermano.

10. Prima di concludere penso sia opportuno richiamare l'attenzione su come nessuna possibile riforma dell'abuso d'ufficio possa verosimilmente avere successo senza essere accompagnata da interventi in sede extrapenale.

Come ha autorevolmente sottolineato [Tullio Padovani](#), la “paura della firma” nasce dalla complessità delle regole amministrative, che spesso non sono chiare, anche per via di una giurisprudenza amministrativa che non di rado dà l'impressione di essere imprevedibile. Di fronte a zone d'ombra, piuttosto che assumersi responsabilità l'amministratore è spinto a restare immobile. La “paura della firma” va rimossa, nell'interesse pubblico, sul piano di una più efficiente, semplice e chiara regolamentazione amministrativa: mettendo i funzionari pubblici nelle condizioni di sapere sempre se, cosa e come possono fare e firmare.

Sempre sul piano extrapenale, una riforma dell'abuso d'ufficio dovrebbe opportunamente considerare strumenti quali la responsabilità disciplinare ed erariale, capaci di affiancarsi o, entro certi limiti, di sostituirsi alla responsabilità penale. Per evitare di continuare a trattare l'abuso d'ufficio come una tela di Penelope occorre una seria e ampia riflessione, non limitata ai confini nazionali e al solo diritto penale.

**CONFISCA ALLARGATA E RAGIONEVOLEZZA TEMPORALE
NEI DELITTI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE:
NOTE A MARGINE DI UNA PRONUNCIA DELLA CASSAZIONE**

*Cass., Sez. VI, 17 gennaio 2023-13 marzo 2023, n. 10684, Pres. Di Stefano,
rel. De Amicis, ric. Del Gaudio*

di Stefano Finocchiaro

1. La confisca allargata – oggi prevista dall’art. 240-*bis* c.p., in precedenza dall’art. 12-*sexies* del d.l. n. 306/1992, conv. in l. 356/1992 – è un’ipotesi speciale di confisca obbligatoria, la cui applicazione si fonda essenzialmente su tre requisiti legali: *i*) la condanna o il patteggiamento per uno dei reati elencati all’art. 240-*bis* c.p.: c.d. reati-spia; *ii*) la titolarità o la disponibilità a qualsiasi titolo, anche per interposta persona fisica o giuridica, di denaro, beni o altra utilità in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica; *iii*) la mancata giustificazione da parte del condannato della provenienza lecita di quella ricchezza.

Nella sentenza in commento, la Cassazione ha avuto modo di ribadire e precisare il ruolo di un ulteriore requisito non scritto, quello della ragionevolezza temporale, in forza del quale il momento dell’acquisto di valore sproporzionato al reddito o all’attività svolta non deve essere eccessivamente distante dall’epoca di realizzazione del reato-spia.

L’occasione è stata fornita da un processo per induzione indebita *ex art. 319-*quater* c.p.* (che rientra espressamente tra i reati-spia di cui all’art. 240-*bis* c.p.) a carico di un funzionario pubblico operante nel settore edilizio: i giudici di legittimità hanno potuto declinare alcuni recenti approdi giurisprudenziali in tema di confisca allargata nelle peculiari dinamiche dei reati contro la P.A., esplicitando altresì quali oneri motivazionali siano posti a carico dei giudici di merito.

Ripercorreremo di seguito il contenuto della sentenza (*infra*, §§ 2-8), svolgendo infine alcune considerazioni volte ad apprezzarne la collocazione nel quadro di un diritto vivente che da tempo coinvolge, oltre alla Corte di cassazione, anche la Corte costituzionale, la Corte europea dei diritti dell’uomo e il legislatore dell’Unione europea (*infra*, §§ 9-14).

2. Brevemente i fatti da cui origina la pronuncia. Con sentenza del Tribunale di Torre Annunziata, poi confermata dalla Corte d’appello di Napoli, un funzionario capo dell’ufficio di edilizia privata del settore urbanistico del Comune di Castellammare di Stabia è stato condannato per il reato di induzione indebita di cui all’art. 319-*quater* c.p.

alla pena di quattro anni di reclusione, all'interdizione dai pubblici uffici per cinque anni, al risarcimento dei danni in favore del Comune. Con la stessa pronuncia è stata applicata nei suoi confronti la confisca allargata di quanto in sequestro ai sensi dell'art. 240-bis c.p.

Sebbene il reato di induzione indebita oggetto di condanna risultasse commesso nel 2014, la misura ablatoria patrimoniale è stata rivolta a cespiti del condannato acquisiti sin dal 2000, in ragione della valorizzazione di profili attinenti sia alla qualifica soggettiva di pubblico ufficiale rivestita dall'imputato, sia alla ritenuta natura non episodica ed occasionale del reato contestato.

3. Avverso tale pronuncia hanno proposto ricorso in Cassazione i difensori dell'imputato, censurando – tra l'altro – violazioni di legge e vizi della motivazione in relazione alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione della confisca allargata. Nel ricorso si lamenta una non corretta determinazione del valore del patrimonio sequestrato e della ritenuta sproporzione, sotto plurimi profili, tra cui in particolare:

- che l'imputato avrebbe assunto a tempo pieno la funzione pubblica oggetto della contestazione solo nel 2010, avendo in precedenza svolto attività libero-professionale e di gestione patrimoniale-finanziaria, con il progressivo accumulo di una notevole capacità reddituale, del tutto idonea a giustificare il patrimonio del quale è stata poi disposta la confisca;
- che tra il 2010 e il 2014, ossia il periodo rilevante ai fini del tipo di reato per cui è intervenuta condanna, il patrimonio del nucleo familiare non avrebbe registrato alcun incremento di ordine patrimoniale, ma solo modifiche di carattere qualitativo;
- che la confisca sarebbe stata illegittimamente disposta in relazione all'intero patrimonio familiare (pari ad euro 3.425.385,27), sebbene l'esito della consulenza tecnica d'ufficio avesse indicato una sproporzione di più limitata entità (pari al complessivo importo di euro 374.920,82).

4. La Cassazione ha ritenuto fondate le ragioni sottese a questo motivo di ricorso.

La Suprema Corte osserva infatti che la misura ablatoria ha eccessivamente esteso a ritroso l'ambito temporale dell'indagine patrimoniale, giungendo a colpire beni acquistati dall'imputato fino a quattordici anni prima della data di commissione del reato-spia, cioè il reato di induzione indebita per cui lo stesso è stato condannato: la condanna infatti riguarda un fatto del 2014, ma la confisca ha ricompreso beni acquistati dall'imputato già nel 2000.

La Corte ha ritenuto che la confisca allargata nel caso in esame potesse sì estendersi cronologicamente a ritroso, ma nei limiti del requisito della ragionevolezza temporale, così come delineato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Sezioni unite¹.

¹ Corte cost., sent. 21 febbraio 2018, n. 33, Pres. Grossi, Est. Modugno, annotata su [Dir. Pen. cont.](#); Cass., Sez. un., sent. 25 febbraio 2021 (dep. 15 luglio 2021), n. 27421, Pres. Cassano, est. Boni, ric. Crostella e al., annotate su [questa Rivista](#).

Il rispetto di tale requisito – ricorda la Corte – esige che sussista un «collegamento di natura cronologica tra l'ingresso nel patrimonio del soggetto di ricchezza, sproporzionata ed ingiustificata nella sua origine, e l'attività criminosa presupposta», in assenza del quale si consentirebbero «applicazioni illimitate della misura ablativa con effetti fortemente pregiudicanti i diritti di proprietà e di iniziativa economica del destinatario, oltre a rendergli molto difficoltosa, se non impossibile, la dimostrazione della legittima provenienza degli incrementi patrimoniali distanziati dal reato, specie se ad esso di molti anni antecedenti».

Tale requisito, per come delineato dalla stessa giurisprudenza, impone dunque che il momento di acquisto del bene che si intende confiscare non sia talmente lontano dall'epoca di realizzazione del "reato-spia" da determinare l'irragionevolezza della presunzione di derivazione da una attività illecita, sia pure diversa rispetto a quella giudicata².

5. Le modalità attraverso le quali stabilire quale sia la distanza "ragionevole" tra reato-spia e acquisto del bene non sono state fissate dal legislatore, né elaborate in termini rigidi dalla giurisprudenza. Si è però precisato che la stessa va determinata in riferimento «alle caratteristiche della singola vicenda concreta e, dunque, del grado di pericolosità sociale che il fatto rivela» (Corte cost. 33/2018), sicché spetta «al giudice verificare se, in relazione a tali circostanze e alla personalità del reo, la vicenda criminosa risulti episodica ed occasionale e produttiva di modesto arricchimento, così da non corrispondere al "modello" normativo che fonda la presunzione che ricostruisce in via indiziaria la illiceità della ricchezza acquisita» (S.U. Crostella del 2021, già annotate su [questa Rivista](#)).

6. Sulla base di queste coordinate teoriche, la sentenza in commento ha ritenuto che l'arco temporale entro il quale l'indagine patrimoniale circa la sproporzione patrimoniale poteva ragionevolmente muoversi nel caso di specie doveva essere ricompresa tra il gennaio 2010 (essendo questo il momento in cui è stata assunta la specifica qualifica soggettiva di natura pubblicistica il cui abusivo esercizio ha originato la commissione del reato presupposto) e il gennaio 2014 (essendosi dispiegata dal giugno 2013 fino all'ottobre 2013 la posizione funzionale nel cui ambito è stato materialmente commesso il reato-spia).

Interessante, peraltro, è notare quali indici concreti siano stati tenuti in considerazione dalla Corte per giungere a determinare l'intervallo di ragionevolezza temporale:

- lo stato di incensuratezza dell'imputato;
- l'assenza di elementi di fatto idonei a ritenere una sua pregressa propensione alla realizzazione di analoghi reati presupposto;

² Questo aspetto viene ben sottolineato dalla menzionata sentenza n. 33 del 2018. Sul punto vengono richiamate Cass., sez. I pen., 16 aprile 2014, n. 41100; Cass., sez. IV pen, 7 maggio 2013, n. 35707; Cass., sez. I pen., 11 dicembre 2012, n. 2634; Cass., sez. IV pen., 16 gennaio 2014, n. 12734; Cass., sez. I pen., 5 febbraio 2001, n. 11049.

- lo svolgimento anche di un'attività lavorativa autonoma fino al settembre 2010, quando l'imputato dismise l'attività liberoprofessionale ed iniziò a ricoprire la carica pubblica nel cui ambito è stato commesso il delitto-presupposto;
- l'obiettivo diversità delle funzioni amministrative da ultimo rivestite rispetto a quelle in precedenza svolte a tempo parziale contemporaneamente all'attività privata libero-professionale.

7. Ulteriori principi di diritto sui quali la Corte richiama l'attenzione dei giudici di merito che, in fase rescissoria, saranno chiamati a rinnovare il giudizio, sono quelli secondo cui, al fine di disporre la confisca allargata è necessario: a) che il carattere sproporzionato dell'acquisto sia vagliato con riferimento al reddito dichiarato o all'attività economica svolta con riferimento al momento dei singoli acquisti e non al momento dell'applicazione della misura; b) che la "giustificazione" dell'origine lecita dei beni consista nella prova della positiva liceità della loro provenienza e non in quella negativa della loro non provenienza dal reato per cui è stata inflitta condanna.

8. Infine, nella sentenza si ribadisce il principio secondo cui la modifica apportata dalla legge n. 161/2017 al disposto dell'art. 240-*bis* c.p., a mente del quale il condannato per un reato-spia «non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale», si applica anche in relazione a cespiti acquisiti prima dell'entrata in vigore della stessa. Sul punto, in linea con un orientamento consolidatosi in giurisprudenza³, la Corte afferma che alla confisca allargata non si applica l'art. 11 disp. prel. cod. civ., secondo cui la dispone solo per l'avvenire, poiché alla stessa va riconosciuta natura di misura di sicurezza, soggetta pertanto all'art. 200, primo comma, c.p. (richiamato dall'art. 236, secondo comma, c.p.), in forza del quale le misure di sicurezza soggiacciono alla disciplina in vigore al momento della loro applicazione.

9. Quello della "ragionevolezza temporale" è un requisito di matrice giurisprudenziale attraverso il quale si è tentato di ricondurre entro binari di legittimità costituzionale e convenzionale una misura ablatoria che – per un verso – ha dimostrato tutta la sua efficacia nel contrasto della criminalità economica, tanto da essere stata fatta oggetto di disposizioni sovranazionali (si veda la direttiva 42/2014/UE) e aver ricevuto un ampliamento del suo ambito applicativo a livello nazionale (si veda ad esempio la sua estensione a taluni reati tributari mediante l'introduzione nel 2019 dell'art. 12-*ter* d.lgs. 74/2000)⁴, ma – per altro verso – ha attirato su di sé penetranti dubbi di compatibilità con le garanzie che devono presidiare i diritti fondamentali che tale strumento comprime pesantemente.

³ Cass., sez. II pen., 12 gennaio 2022, n. 6587; Cass., sez. II pen., 4 novembre 2021 (dep. 2022), n. 1555.

⁴ Sull'introduzione della confisca allargata in materia penale tributaria cfr. ad esempio M. LANZI, *La confisca «in casi particolari», o «per sproporzione» post delictum*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Torino 2020.

La *ratio* sottesa a tale requisito non scritto risiede sia nell'esigenza di tutela del diritto di difesa *ex art. 24 Cost. e 6 CEDU* – essendo la circoscrizione temporale funzionale a non estendere *ad libitum* la necessità di dimostrazione della legittima provenienza dei beni che si intendono confiscare, ciò che renderebbe la prova dell'origine lecita del bene particolarmente gravosa per la persona – sia nella necessità di garantire il rispetto del principio di proporzionalità nella limitazione del diritto di proprietà privata e iniziativa economica *ex artt. 41, 42 Cost. e art. 1 Prot. add. CEDU*, dal momento che l'accertamento presuntivo della provenienza illecita dei beni necessita di essere supportato dal requisito della delimitazione temporale degli acquisti proprio nel periodo in cui il soggetto ha commesso il reato-spia.

10. L'elaborazione pretoria del criterio della ragionevolezza temporale – forgiato su quello, analogo *mutatis mutandis*, della “correlazione temporale” nella confisca di prevenzione di cui al d.lgs. 159/2011 (c.d. codice antimafia)⁵ – è dunque il frutto dell'acquisita consapevolezza che i requisiti previsti dalla legge (la commissione di un reato-spia, la sproporzione patrimoniale e la mancata giustificazione dell'origine lecita del patrimonio) sono da soli insufficienti a legittimare la confisca allargata.

Insufficienti perché, anche considerati cumulativamente, non appaiono in grado di dimostrare adeguatamente il *thema probandum* della misura ablatoria, ossia la sussistenza nel patrimonio del condannato di proventi illeciti derivanti da reati ulteriori rispetto a quello per cui è intervenuta la condanna penale.

Infatti, l'avvertita necessità del requisito della ragionevolezza temporale è sintomo del fatto che l'oggetto della confisca non è il patrimonio sproporzionato della persona in quanto tale, sebbene il tenore letterale dell'art. 240-bis c.p. possa così lasciare intendere («è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato...risulta essere titolare...in valore sproporzionato...»). Piuttosto, oggetto della confisca, sul piano sostanziale, sono i proventi illeciti generati da reati ulteriori rispetto a quello accertato nel processo penale, ma che il giudice presume siano stati commessi dal condannato.

La sproporzione patrimoniale serve solo, sul piano processuale-probatorio, a consentire tale presunzione: cioè funge da indizio che, unito agli ulteriori indizi rappresentati dalla mancata giustificazione e dalla commissione di un reato-spia, permette di svolgere il ragionamento inferenziale che conduce alla prova (indiretta) della provenienza criminosa dell'arricchimento che la misura intende colpire.

⁵ Il requisito è stato valorizzato in particolare dalle Sezioni unite: Cass., Sez. Un. Pen., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, *Spinelli*, con nota – tra gli altri – di V. MAIELLO, *La confisca di prevenzione dinanzi alle Sezioni Unite: natura e garanzie*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 722 ss.; e di A. CISTERNA, *La confisca emessa nell'ambito del procedimento di prevenzione continua a essere assimilata alle misure di sicurezza*, in *Guida dir.*, n. 18/2015, p. 76; e di A.M. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitizde della Corte EDU sul civil forfeiture (in relazione alla confisca di prevenzione)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 945; e di F. MAZZACUVA, [Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura](#), in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, n. 4/2015; nonché di M. DI LELLO FINUOLI, «Tutto cambia per restare infine uguale». Le Sezioni Unite confermano la natura preventiva della confisca ante delictum, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3520 ss.

Il fatto che l'acquisto ingiustificatamente sproporzionato sia avvenuto in un momento ragionevolmente vicino alla data di commissione di quel reato – la c.d. “ragionevolezza temporale” appunto – è ciò che rende i tre indizi previsti dalla legge idonei a dimostrare la commissione di ulteriori reati lucrogenetici da parte del condannato⁶.

Del resto, il reato per cui è intervenuta condanna può effettivamente essere una “spia” dell'origine delittuosa dell'arricchimento ingiustificatamente sproporzionato solo a condizione che l'arricchimento sia avvenuto in un periodo ragionevolmente vicino alla data di commissione di quel reato.

11. La vicinanza cronologica alla data di commissione del reato, peraltro, rappresenta un limite non solo rispetto ad acquisti precedenti al reato-spia, ma anche rispetto ad acquisti successivi. Come hanno chiarito le [Sezioni unite Crostella del 2021](#), se di regola il giudice, della cognizione o dell'esecuzione, può disporre la confisca allargata di beni acquisiti dal condannato fino alla data della sentenza di condanna di primo grado, oppure d'appello in caso di riforma della precedente assoluzione, è tuttavia possibile che il giudice stesso, facendo applicazione del canone della “ragionevolezza temporale”, ritenga di individuare un limite anteriore rispetto alla condanna, in particolare quando quest'ultima intervenga a grande distanza di tempo dalla commissione del reato-spia.

In senso solo apparentemente derogatorio rispetto a tali limiti, peraltro, si ammette la confisca di beni pervenuti anche in data successiva alla sentenza di condanna o successiva a quanto desumibile in forza del requisito della “ragionevolezza temporale”: ciò quando sia offerto congruo riscontro probatorio del fatto i cespiti siano frutto del reimpiego di mezzi finanziari acquisiti in un momento antecedente alla sentenza stessa, oppure si tratti di denaro o di altri strumenti di investimento mobiliare, preesistenti alla sentenza e solo in seguito scoperti o rinvenuti, ossia di beni che si sarebbe potuto confiscare nel processo di cognizione⁷. Si tratta quindi solamente di un temperamento al requisito della ragionevolezza temporale, che anziché smentirlo ne ribadisce la piena operatività e la sopra indicata *ratio*.

⁶ Cfr. par. 11 del ‘considerato in diritto’ della sentenza n. 33 del 2018, ove si afferma che «[i]l momento di acquisizione del bene non dovrebbe risultare...talmente lontano dall'epoca di realizzazione del “reato spia” da rendere *ictu oculi* irragionevole la presunzione di derivazione del bene stesso da una attività illecita, sia pure diversa e complementare rispetto a quella per cui è intervenuta condanna».

⁷ In riferimento alla confisca allargata, già prima delle S.U. Crostella, v. Cass., sez. I pen., 23 gennaio 2018, n. 9984; Cass., sez. I pen., 12 aprile 2019, n. 22820, ma anche Cass., sez. I pen., 17 maggio 2019, n. 35856; Cass., sez. I pen., 6 giugno 2018, n. 36499. Con riferimento alla confisca di prevenzione, *mutatis mutandis* cfr. Cass., sez. VI pen., 6 settembre 2021-7 ottobre 2021, n. 36421; Cass., sez. V pen., 23 novembre 2020-14 gennaio 2021, n. 1543; e Cass., sez. II pen., 13 marzo 2018-27 marzo 2018, n. 14165, con nota di B. ROSSI, *Le condizioni per l'applicabilità della confisca dei beni degli appartenenti ad associazioni mafiose*, in Cass. pen., 2018, n. 7-8, p. 2382 ss. e D. ALBANESE, [Confisca di prevenzione: smussato il requisito della ‘correlazione temporale’](#), in Dir. pen. cont., n. 4/2018, p. 193 ss.

12. Al medesimo fine di corroborare in senso garantistico i presupposti legali della confisca allargata, la giurisprudenza si era peraltro già mossa in due ulteriori direzioni, entrambe capaci di saldarsi in modo coerente con il criterio della ragionevolezza temporale⁸.

La prima, consolidatasi a seguito dell'ormai risalente pronuncia delle Sezioni Unite *Montella*⁹, è quella di richiedere un accertamento della sproporzione in relazione all'acquisto di ogni singolo bene di cui quel patrimonio si compone, anziché in riferimento al patrimonio come complesso unitario. Il giudice, nell'operare il raffronto con il reddito e le attività economiche svolte, è chiamato non già a una valutazione globale e omnicomprendiva del patrimonio della persona, ma deve fare riferimento al momento dei singoli acquisti e al valore dei beni di volta in volta entrati a far parte del patrimonio del soggetto.

Si tratta di un principio all'evidenza coerente con quello della ragionevolezza temporale. Quest'ultima, infatti, presuppone che sia individuato il determinato acquisto di beni che la confisca intende neutralizzare. Una volta individuato, è del tutto logico che la valutazione sulla sproporzione avvenga in relazione a quel determinato acquisto e alla situazione patrimoniale della persona in essere in quel tempo.

La seconda direzione è invece stata tracciata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33 del 2018, che ha precisato (ed esteso) gli oneri valutativi del giudice in relazione alla idoneità probatoria del reato-spia a fungere da indizio della commissione di ulteriori reati lucrogenetici, i cui proventi la confisca allargata intende apprendere. In quella sentenza la Corte costituzionale era investita di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 12-*sexies* d.l. 306/1992 (poi confluito nell'art. 240-*bis* c.p.) nella parte in cui include il delitto di ricettazione tra i reati per i quali è prevista l'applicazione della confisca allargata: i giudici rimettenti ritenevano che il meccanismo presuntivo sotteso a tale misura ablatoria fosse legittimo solamente in relazione a delitti usualmente perpetrati "in forma quasi professionale" e che si pongono come fonte ordinaria di un illecito accumulo di ricchezza. La Corte, pur dichiarando infondata la questione, tenne a precisare che il giudice conserva "la possibilità di verificare se, in relazione alle circostanze del caso concreto e alla personalità del suo autore – le quali valgano, in particolare, a connotare la vicenda criminosa come del tutto episodica ed occasionale e produttiva di modesto arricchimento

⁸ Del resto, pervicaci critiche venivano mosse in dottrina al meccanismo presuntivo sotteso alla confisca allargata (e di prevenzione), proprio in ragione del carattere "neutro" del concetto di sproporzione, in quanto inidoneo, di per sé, a dimostrare l'origine delittuosa del bene, perché esso è muto circa la derivazione del patrimonio da attività criminali. Sul punto cfr. A. BALSAMO, V. CONTRAFATTO, G. NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 2010; nonché A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001; nonché V.N. D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità*, in *La giustizia patrimoniale penale* a cura di BARGI-CISTERNA, all'interno di *Diritto e procedura penale*, collana diretta GAITO-ROMANO-RONCO-SPANGHER, I, p. 173 ss.; O. MAZZA, *La decisione di confisca dei beni sequestrati*, in S. FURFARO, *Misure di prevenzione*, in *Diritto e procedura penale*, collana diretta da GAITO-ROMANO-RONCO-SPANGHER, 2013, p. 480 ss.

⁹ Cass., Sez. Un. Pen., 17 dicembre 2003 (dep. 2004), n. 920, *Montella*.

– il fatto per cui è intervenuta condanna esuli in modo manifesto dal ‘modello’ che vale a fondare la presunzione di illecita accumulazione di ricchezza da parte del condannato”¹⁰.

In questo modo il meccanismo presuntivo su cui si regge la confisca allargata è stato ulteriormente corroborato in termini garantistici, attraverso un’interpretazione orientata della norma, in base alla quale essa non andrebbe applicata laddove il reato per cui è intervenuta condanna presenti in concreto delle caratteristiche tali da convincere il giudice che quello sia stato un episodio delittuoso isolato.

Questa interpretazione appare coerente con l’assunto secondo cui il reato deve essere in concreto “spia” di ulteriori condotte delittuose produttrici di profitti illeciti e non appare in contrasto con il tenore letterale dell’art. 240-bis c.p. Vero è che la dizione per cui la confisca “è sempre disposta...”, configurando un’ipotesi di confisca obbligatoria, potrebbe far sospettare che non siano consentiti tali margini di discrezionalità in capo al giudice. Tuttavia, ci sembra un sospetto infondato, per la semplice ragione che la discrezionalità che tale interpretazione assegna al giudice non incide sulla valutazione di opportunità o meno di applicare la misura, bensì sull’accertamento dei suoi presupposti applicativi.

In altri termini, una volta che sia stata raggiunta la prova – ancorché indiretta, perché retta sul meccanismo presuntivo anzidetto – che nel patrimonio della persona vi siano proventi derivanti da reati ulteriori a quello oggetto di condanna, il giudice *deve sempre* disporre la confisca. Ma la valutazione circa il raggiungimento di tale prova non può che essere condotto dal giudice nell’ambito dei suoi consueti poteri discrezionali: se il reato oggetto di condanna è tale da non permettere al ragionamento presuntivo su cui si fonda la misura di raggiungere un sufficiente grado di persuasività, la confisca può non essere (e non deve essere) applicata, per il semplice fatto che non risultano integrati i presupposti in base ai quali scatta l’obbligatorietà della confisca.

Una logica affine a quella seguita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33 del 2018 è stata accolta anche dalla Corte EDU nella sentenza 13 luglio 2021, *Todorov e altri c. Bulgaria* che, confrontandosi con la disciplina di una ipotesi di confisca dell’ordinamento bulgaro per molti versi simile alla confisca allargata italiana, ha rinvenuto una violazione dell’art. 1 Prot. n. 1 CEDU in ragione – tra l’altro – dell’estrema ampiezza dei reati-presupposto contemplati dalla normativa bulgara, non tutti caratterizzati da una idoneità a generare redditi illeciti. La considerazione per cui, tra i reati-presupposto contestati, figurassero anche delitti che non potevano aver generato redditi illeciti rende evidente, agli occhi dei giudici di Strasburgo, come la confisca bulgara si reggesse su di una presunzione di commissione di ulteriori reati, presunzione però non sorretta da alcuna specifica evidenza¹¹.

13. Tutti questi sforzi giurisprudenziali, come sarà ormai chiaro, hanno in comune l’intento di corroborare il meccanismo probatorio di cui si compone l’accertamento giurisdizionale finalizzato all’applicazione della confisca allargata.

¹⁰ Corte cost., sent. n. 33 del 2018, par 11, ultimo capoverso, del ‘considerato in diritto’.

¹¹ Cfr. Corte Edu, sentenza 13 luglio 2021, *Todorov e altri c. Bulgaria*, par. 206 e 210.

Quel che però non si è detto, e che ancora non ha trovato una risposta soddisfacente in giurisprudenza, è quale sia la soglia di convincimento che il giudice deve raggiungere circa la sussistenza dei presupposti applicativi della misura: in altre parole, qual è lo standard probatorio richiesto?

Non v'è dubbio, infatti, che lo standard relativo al reato-spia sia quello dell'oltre ogni ragionevole dubbio, posto che esso viene accertato nell'ambito di un normale processo penale. Meno scontato è quale sia quello relativo agli ulteriori requisiti applicativi della misura e quindi, più in generale, quello necessario a disporre la confisca allargata.

Al riguardo, alcune indicazioni possono trarsi dalle fonti sovranazionali e, in particolare, dalla Direttiva 42/2014/UE, la quale all'art. 5 disciplina poteri estesi di confisca che ricalcano nella sostanza il modello italiano della confisca allargata. Tale norma richiede che l'autorità «sia convinta che i beni in questione derivino da condotte criminose». Il significato del concetto di "convinzione" è esplicitato al considerando n. 21 della direttiva stessa: «ciò non significa che debba essere accertato che i beni in questione derivano da condotte criminose» in quanto «gli Stati membri possono disporre, ad esempio, che sia sufficiente che l'autorità giudiziaria ritenga, in base ad una ponderazione delle probabilità, o possa ragionevolmente presumere, che sia molto più probabile che i beni in questione siano il frutto di condotte criminose piuttosto che di altre attività». «In tale contesto», prosegue il considerando n. 21, «l'autorità giudiziaria deve considerare le circostanze specifiche del caso, compresi i fatti e gli elementi di prova disponibili in base ai quali può essere adottata una decisione di confisca estesa. Una sproporzione tra i beni dell'interessato e il suo reddito legittimo può rientrare tra i fatti idonei ad indurre l'autorità giudiziaria a concludere che i beni derivano da condotte criminose»¹².

Dunque, lo standard probatorio richiesto dalla direttiva è quello della ponderazione delle probabilità. Si consente cioè di disporre la confisca quando – servendosi all'uopo anche di presunzioni, purché ragionevoli (come la sproporzione patrimoniale rispetto al reddito) – si ritenga “molto più probabile” (“*substantially more probable*” nella versione inglese, “*nettement plus probable*”, in quella francese) che i beni siano di origine criminosa piuttosto che di origine lecita.

Si tratta di uno standard collocabile a metà strada tra quello penalistico dell'oltre ogni ragionevole dubbio (rispetto al quale è indubbiamente inferiore) e quello civilistico del “più probabile che non”, il quale viene rafforzato da un avverbio (“molto” o “*substantially*” o “*nettement*”)¹³.

¹² È di questo avviso, seppur in senso critico, A.M. MAUGERI, [La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un “work in progress”](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 settembre 2014, p. 316 s.

¹³ Vi è dunque una qualche analogia rispetto allo standard della “*clear and convincing evidence*” – noto agli ordinamenti di *common law*, primo fra tutti quello statunitense, nell'ambito della disciplina della *civil forfeiture*: sul punto si rinvia a quanto abbiamo già osservato in S. FINOCCHIARO, *Confisca di prevenzione e civil forfeiture*, cit., p. 355 ss.

Eppure la possibilità di accontentarsi di uno standard inferiore a quello necessario per irrogare una pena sembra evidentemente implicare la necessità che tale confisca non possieda, nella sostanza, natura giuridica punitiva.

14. Proprio in riferimento alla natura giuridica della confisca, i principi ribaditi nella sentenza in commento sembrano offrire ulteriori spunti di riflessione. Invero, l'operare sinergico di tutti gli accorgimenti giurisprudenziali sopra richiamati – mirando a porre degli argini all'estensione del *quantum* confiscabile attraverso questo strumento ablatorio – sembra puntare allo scopo di evitare che la misura assuma connotati punitivi, ossia di evitare che essa colpisca il patrimonio della persona per un valore superiore a quello dell'arricchimento di origine criminosa¹⁴.

L'assunzione di connotati punitivi da parte della confisca in esame segnerebbe, infatti, la sua illegittimità costituzionale e convenzionale.

Invero, se a tale confisca si riconoscesse natura punitiva essa rischierebbe di risolversi o in una pena pecuniaria sproporzionata rispetto al reato presupposto accertato nel processo penale, e dunque illegittima al metro del combinato disposto degli artt. 3 e 42 Cost.¹⁵, in quanto andrebbe a cumularsi alle pene principali e accessorie irrogate e anche alla confisca penale "ordinaria" prevista per quel reato e sarebbe del tutto scollegata sia dalla gravità concreta di quel reato sia dal lucro che esso ha generato; oppure in una pena senza condanna, o meglio senza alcun accertamento diretto della commissione dei reati i cui proventi quella confisca mira ad apprendere, in violazione della presunzione di innocenza di cui all'art. 27, comma 2, Cost.: il mero dato formale che la confisca venga applicata all'esito di un processo penale e a seguito di una condanna non può offuscare il dato sostanziale per cui tale misura rappresenterebbe una reazione sanzionatoria non già rispetto al reato accertato nel processo, bensì ad altri ulteriori reati che si presumono commessi, ma rispetto ai quali nessun processo è stato svolto e nessuna condanna penale è intervenuta.

Escludere che tale confisca si risolva in una pena mascherata sembra dunque di primaria importanza per assicurare che la stessa mantenga legittima cittadinanza nel nostro ordinamento¹⁶.

Quale natura giuridica, in positivo, essa debba possedere è poi problema ulteriore. Come si è visto, la sentenza in commento ne assume la natura di misura di sicurezza patrimoniale e ne fa discendere, tra l'altro, l'inapplicabilità del principio di

¹⁴ Riteniamo infatti che il criterio per identificare la natura della confisca – di questa come di altre misure ablatorie patrimoniali – è rappresentato dai suoi effetti sostanziali sulla sfera giuridico-patrimoniale della persona, i quali dipendono dal *quantum* confiscabile, ossia dal valore dei beni che costituiscono oggetto della confisca.

¹⁵ Sono questi, infatti, i parametri costituzionali che vengono in rilievo in relazione al principio di proporzionalità delle pene pecuniarie o delle misure ablatorie patrimoniali con carattere punitivo: cfr. Corte cost. n. 112 del 2019, con nota tra gli altri di R. ACQUAROLI, *La confisca e il controllo di proporzionalità: una buona notizia dalla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 2/2020, p. 197 ss.

¹⁶ Cfr. F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano*, in PALIERO-VIGANÒ-BASILE-GATTA (a cura di), *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 885 ss.

irretroattività della legge penale. Si tratta però di una qualificazione che, per quanto in linea con un ormai decennale orientamento giurisprudenziale, sembra destare consistenti perplessità. Non è ovviamente possibile affrontare adeguatamente in questa sede anche tale *vexata quaestio*, sulla quale sia qui consentito un rinvio a quanto ho potuto esporre in un lavoro monografico nel quale auspico un ripensamento dell'istituto in termini né punitivi né di misura di sicurezza, bensì come confisca "civile" con effetti meramente ripristinatori in senso "autore-centrico", dotato di una natura giuridica che accomuni, sotto questo punto di vista, confisca allargata e confisca di prevenzione¹⁷.

¹⁷ Cfr. S. FINOCCHIARO, *Confisca di prevenzione e civil forfeiture*, cit., p. 391 ss. Potenzialmente, peraltro, la medesima natura giuridica potrebbe coinvolgere – più in generale – ogni ipotesi di confisca dei proventi illeciti: al riguardo, infatti, condividiamo la tesi ben espressa da T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Giappichelli, Torino, 2020.

LA “MESSA ALLA PROVA” DEGLI ENTI COLLETTIVI È ESCLUSA ANCHE DALLA CASSAZIONE A SEZIONI UNITE

*Cass., Sez. Un., 27 ottobre 2022 (dep. 6 aprile 2023), n. 14840,
Pres. M. Cassano, Rel. R. Pezzullo*

di Marco Mossa Verre

1. Con la sentenza che qui pubblichiamo, le Sezioni Unite della Corte di cassazione, adite per risolvere un quesito riguardante la disciplina dell'impugnazione dell'ordinanza di ammissione alla prova, hanno altresì formulato il seguente principio di diritto: «l'istituto dell'ammissione alla prova di cui art. 168-bis c.p. non trova applicazione con riferimento alla disciplina della responsabilità degli enti di cui al D.L.vo n. 231 del 2001».

2. La sentenza interviene in una vicenda in cui una società a responsabilità limitata era chiamata a rispondere del delitto di lesioni colpose commesso con violazione delle disposizioni in materia antinfortunistica (art. 25-septies co. 3 d.lgs. n. 231/2001), quale reato-presupposto contestato al datore di lavoro.

A fronte delle richieste difensive, il Tribunale di Trento disponeva la sospensione del procedimento per la messa alla prova, non solo del datore di lavoro, ma anche dell'ente collettivo. Il programma di trattamento predisposto per la società – lo si evince dalla lettura dell'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite – è consistito nel risarcimento del danno, nella revisione del proprio modello organizzativo e nella elargizione «ad un organismo religioso di calzature di propria produzione», quest'ultima prestazione a titolo di «lavoro di pubblica utilità»¹. Superata positivamente la prova, il giudice proscioglieva la società, dichiarando estinto l'illecito da reato che le era contestato.

Avverso le decisioni del Tribunale di Trento, il Procuratore generale presso la Corte di appello ha proposto ricorso per cassazione, lamentando, tra l'altro, l'indebita estensione anche alla responsabilità prevista dal d.lgs. n. 231/2001 di un istituto – la sospensione con messa alla prova – indirizzato ai soli “reati” commessi dalle persone fisiche².

La Quarta sezione, senza entrare nel merito delle doglianze, ha rilevato l'esistenza di orientamenti contrastanti circa la sussistenza di una legittimazione del Procuratore generale presso la Corte d'Appello a impugnare l'ordinanza di ammissione

¹ Cfr. Cass., sez. IV, 21 aprile 2022, n. 15943, §3, in *questa Rivista*, 14 settembre 2022.

² Il motivo, anche in questo caso, non si legge nella sentenza ma nell'ordinanza di remissione: Cass., sez. IV, 21 aprile 2022, n. 15943, cit., §5.

alla prova e ha a tal proposito sollecitato l'intervento delle Sezioni Unite. Questo, più precisamente, l'interrogativo formulato: se il Procuratore generale presso la Corte d'appello sia titolare del potere impugnare l'ordinanza che ammette l'imputato alla prova, vuoi autonomamente ai sensi dell'art. 464-*bis* co. 7 c.p.p., vuoi unitamente alla sentenza di proscioglimento³ (e in questo caso, quali siano i vizi deducibili).

3. Al quesito oggetto di rimessione, le Sezioni Unite hanno fornito responso pienamente positivo. In questa sede, tuttavia, preme segnalare che la Suprema Corte, una volta risolta in senso affermativo la questione relativa alla legittimazione a impugnare, ha avuto l'opportunità di esprimersi sull'applicabilità della messa alla prova agli enti chiamati a rispondere della responsabilità da reato *ex* d.lgs. n. 231/2001, riservando all'esame di tale problema – pur non trattandosi del quesito assegnato alle Sezioni Unite – uno spazio tutt'altro che secondario nell'economia della motivazione.

Prendendo atto che le norme che disciplinano la sospensione con messa alla prova non contengono riferimenti alla responsabilità da reato degli enti e che l'istituto sospensivo non riceve alcuna espressa considerazione nel d.lgs. n. 231/2001 – gli artt. 34 e 35 d.lgs. cit., precisa la Corte, contengono un rinvio solo alle norme processuali – le Sezioni Unite hanno ripercorso analiticamente gli opposti orientamenti emersi nella prassi di merito, infine formulando un principio di diritto atto a risolvere tale ulteriore contrasto giurisprudenziale.

3.1. Un primo orientamento ha escluso che l'ente collettivo possa essere destinatario della sospensione con messa alla prova.

In un'ordinanza del Tribunale di Milano⁴ – primo provvedimento edito a essersi occupato del tema – si è fatto leva sulla natura sostanziale e, soprattutto, sanzionatoria della messa alla prova: l'afflittività del programma di trattamento, con particolare riguardo al lavoro di pubblica utilità, ascriverebbe la messa alla prova alla «categoria delle sanzioni penali», applicabili solo ai casi tassativamente previsti e non anche, in assenza di precisi riferimenti nella legge, all'illecito punitivo degli enti. Il limite a un'estensione nei riguardi degli enti collettivi deriverebbe, dunque, dalla riserva di legge in materia penale (art. 25 co. 2 Cost.).

Si è osservato inoltre, in un'ordinanza di diniego del Tribunale di Bologna⁵, che sussistono difficoltà nel rintracciare gli estremi per un'eventuale applicazione analogica: il mancato coordinamento del d.lgs. n. 231/2001 con le norme sulla messa alla prova corrisponderebbe a una lacuna disciplinare intenzionale del legislatore della l. n. 67/2014; la *ratio* della responsabilità da reato degli enti sarebbe altresì incompatibile con le finalità sottese al meccanismo sospensivo in parola, specialmente perché il lavoro di pubblica utilità, elemento essenziale del «percorso di risocializzazione» dell'imputato, finirebbe per risolversi in «un mero risarcimento a favore della collettività».

³ Nel caso di specie, il Procuratore generale di Trento aveva impugnato l'ordinanza insieme alla sentenza, non avendo ricevuto immediata comunicazione del primo provvedimento.

⁴ Trib. Milano, ord. 27 marzo 2017.

⁵ G.i.p. Bologna, ord. 10 dicembre 2020.

Nel negare le richieste di ammissione alla prova, si sono anche messi in evidenza gli eccessivi margini di incertezza che ammanterebbero l'operazione di riadattare i presupposti sostanziali e processuali di accesso al rito speciale – formulati dal legislatore sottintendendo un imputato persona fisica – alle caratteristiche proprie della responsabilità *ex d.lgs. n. 231/2001* e del soggetto che ne risponde. In tale prospettiva, ad esempio, il Tribunale di Spoleto⁶ ha osservato – in un'ulteriore ordinanza di diniego – che l'ambito di operatività degli artt. 168-*bis* ss. c.p., fondandosi sui massimi edittali del reato contestato (e quindi sui massimi di pena detentiva applicabile), poco si presta a essere riferito al contesto degli illeciti da reato degli enti.

3.2. Alcuni giudici del merito hanno invece accolto le istanze di sospensione con messa alla prova formulate dai rappresentanti degli enti. Tra i provvedimenti favorevoli, si è distinta per il particolare approfondimento una recente ordinanza del Tribunale di Bari⁷ – viceversa, i provvedimenti del Tribunale di Trento da cui è scaturita la pronuncia di legittimità qui esaminata non si soffermano sulle ragioni deponenti per l'accoglimento – ove è sviluppata un'articolata contestazione degli argomenti contrari precedentemente emersi nella giurisprudenza e poc'anzi ricordati.

Secondo il giudice del Tribunale di Bari, il procedimento analogico potrebbe fondarsi sul parallelo tra la logica rieducativa e preventiva che permea il sistema sanzionatorio delineato dal d.lgs. n. 231/2001 (si allude, nella motivazione, a una «logica di prevenzione del crimine, da perseguire attraverso la rieducazione dell'ente», che «si declina in maniera peculiare, cioè in termini di *compliance*») e le finalità proprie della sospensione con messa alla prova.

Il ricorso all'analogia – si è sostenuto nell'ordinanza – non contrasterebbe con i principi di tassatività e riserva di legge, comportando effetti favorevoli per l'ente, né disattenderebbe alcuna pretesa intenzione del legislatore di escludere gli enti da tale possibilità sottesa alla lacuna normativa, che sarebbe più verosimilmente frutto di una «svista legislativa».

Nemmeno costituirebbero ostacolo all'analogia le incertezze che si riscontrano nell'adattamento agli enti collettivi dei requisiti per l'applicazione dell'istituto sospensivo: esse, a ben vedere, sarebbero espressive della «fisiologica sfera di discrezionalità» che contraddistingue qualsivoglia procedimento di applicazione analogica. Riguardo a questo problema, si può fra l'altro ricordare come un'ordinanza del Tribunale di Modena⁸, tra le prime ad accogliere la possibilità di sottoporre l'ente collettivo alla prova, ha ammesso la possibilità di vagliare l'adeguatezza del programma di prova ai sensi dell'art. 133 c.p. facendo riferimento al Modello di organizzazione e gestione precedentemente adottato e giudicato inidoneo da parte del magistrato decidente.

⁶ Trib. Spoleto, ord. 21 aprile 2021.

⁷ Trib. Bari, sez. I pen., 22 giugno 2022, in *Cass. pen.*, 2022, pp. 3624 ss., con nota di F. MAZZACUVA.

⁸ Trib. Modena, ord. 15 dicembre 2020.

4. Prima di riprendere e sviluppare alcune delle argomentazioni già rintracciabili nelle motivazioni dai provvedimenti di merito, le Sezioni Unite ritengono essenziale premettere alcune considerazioni sull'inquadramento della natura giuridica delle sanzioni punitive contro gli enti collettivi e dell'istituto della sospensione con messa alla prova, secondo la lettura che ne è stata data dalla recente giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

4.1. Sotto il primo profilo, la Corte conferma l'orientamento consolidato – più volte ribadito nella giurisprudenza di legittimità (valga, per tutte, la sentenza a Sezioni Unite *ThyssenKrupp*⁹) e già enunciato dalla *Relazione illustrativa al d.lgs. n. 231/2001* – sulla qualificazione della responsabilità da reato delle persone giuridiche quale *tertium genus* di paradigma punitivo, che «coniuga i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo», senza peraltro disconoscere le «evidenti ragioni contiguità con l'ordinamento penale a causa della connessione la commissione di un reato, della severità dell'apparato sanzionatorio, delle modalità processuali del suo accertamento».

4.2. Quanto alla messa alla prova, se ne sottolinea la natura di «trattamento sanzionatorio penale», oltre che di rito speciale e di causa estintiva, prendendo le mosse dalle analoghe affermazioni rintracciabili nella giurisprudenza della Consulta e della stessa Corte di cassazione. Particolare rilievo viene attribuito alla pronuncia in cui la Corte costituzionale ha escluso che una difformità tra la disciplina della messa alla prova ordinaria, introdotta nel 2014, e quella relativa al rito minorile, più risalente, fosse contraria ai principi di proporzionalità e individualizzazione della pena (sent. n. 68 del 2019). Dalla sentenza in parola, infatti, le Sezioni Unite raccolgono gli indici normativi in virtù dei quali sarebbe possibile acclarare la natura sanzionatoria della messa alla prova, comprendenti – tra l'altro – l'obbligo di prestare il lavoro di pubblica utilità, la valutazione dell'idoneità del programma di prova alla stregua dell'art. 133 c.p., lo 'scomputo' del periodo di esecuzione della prova dalla pena da eseguire, in caso di condanna successiva alla revoca o all'esito negativo della messa alla prova (art. 657-bis c.p.p.).

5. Ebbene, assumendo come premesse la natura sanzionatoria della messa alla prova e di *tertium genus* della responsabilità degli enti, la Corte anzitutto ribadisce quanto già affermato dal Tribunale milanese nella prima pronuncia sulla questione oggetto d'esame (v. *supra*, §3.1): la riserva di legge impedisce di applicare un trattamento sanzionatorio penale a una categoria di soggetti (gli enti collettivi) e di illeciti (quelli *ex d.lgs. n. 231/2001*) non espressamente contemplati dalla legge penale.

Né è praticabile la strada dell'analogia, quandanche *in bonam partem*, posto che la responsabilità da reato degli enti non è «assimilabile» od «omogenea» al sistema penale e, comunque, riguarda «soggetti giammai indicati quali destinatari di precetti penali».

⁹ Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, §60, in *Le Società*, 2015, pp. 215 ss., con nota di R. BARTOLI sui profili attinenti al d.lgs. n. 231/2001.

Secondo la Corte, la natura di *tertium genus* della responsabilità comporta che la responsabilità prevista dal d.lgs. n. 231/2001 mutui dal sistema penale «solo le garanzie che lo assistono», non invece «un trattamento sanzionatorio non previsto dalla legge». Consentire l'analogia – si conclude – comporterebbe l'attribuzione al giudice del potere di riformulare *ex novo*, per adattarlo agli enti, l'ambito di applicazione e i contenuti sanzionatori della messa alla prova, in evidente violazione dell'art. 25 co. 2 Cost.

6. Nelle note conclusive, aggiunte per «completezza espositiva», il Supremo Collegio ricorda che la disciplina della sospensione con messa alla prova è formulata con caratteristiche tali da adattarsi a un imputato persona fisica, non anche ad un ente collettivo. Si fa l'esempio – tra gli altri – delle possibili prescrizioni che concernono la dimora, la libertà di movimento, il divieto di frequentare determinati locali; del riferimento all'art. 133 c.p. per valutare l'idoneità del programma di trattamento; non ultimo, delle difficoltà di concepire una «rieducazione e una risocializzazione» della persona giuridica, «soggetto non "imputato", privo di sostrato psicofisico».

Anche una lettura delle norme del d.lgs. n. 231/2001 – si aggiunge in conclusione – non può che confermare la correttezza di tali conclusioni: la disciplina sanzionatoria degli enti già contempla forme di riparazione delle conseguenze del reato, con effetti differenti da quello estintivo della sanzione, e la sospensione con messa alla prova non trova posto, comunque, tra le cause estintive dell'illecito enunciate all'art. 67 d.lgs. cit.

7. L'ipotesi che l'ente possa sottoporsi ad un programma di prova e possa beneficiare, a prova superata, del conseguente effetto estintivo dell'illecito, è fonte di interrogativi che hanno appassionato la recente riflessione dottrinale, intercettando, da un lato, il tema sempre più attuale dei rapporti tra gli istituti attinenti alla punibilità del reato e la disciplina della responsabilità da reato *ex d.lgs. 231/2001*¹⁰, dall'altro, il dibattito attorno ai futuribili sviluppi della logica premiale e riparatoria, se non anche 'rieducativa', che secondo una prospettiva ampiamente condivisa attraversa trasversalmente il sistema italiano di *corporate criminal liability*¹¹.

Le motivazioni della sentenza in commento si occupano, com'è naturale, soltanto dei profili *de lege lata* della tematica – decidere se la sospensione con messa alla prova per l'imputato maggiorenne possa applicarsi nel processo a carico dell'ente collettivo – e sposano una soluzione, quella negativa, che nonostante alcuni precedenti difformi nella prassi di merito, si presentava ai giudici di legittimità come l'alternativa più sicura e condivisibile.

¹⁰ Per un ampio quadro in proposito v. C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, pp. 530 ss.

¹¹ Nella ormai imponente letteratura, v. i recenti approfondimenti di F. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Torino, 2020, pp. 294 ss.; A. ORSINA, [Messa alla prova e "colpa di reazione" dell'ente. Riflessioni critiche a partire da un recente intervento della giurisprudenza](#), in *Dir. Pen. Cont. – Riv. trim.*, 4/2021, pp. 111 ss.; M. COLACURCI, *L'illecito "riparato" dell'ente. Uno studio sulle funzioni della compliance penalistica nel d.lgs. n. 231/2001*, Torino, 2022, pp. 371 ss., e per ulteriori riferimenti v. *infra* nt. 26, 27 e 29.

Optare per una diversa soluzione avrebbe imposto, oltre al superamento di una serie di ostacoli legati alla giustificazione del risultato interpretativo (è il profilo a cui la Corte dedica i maggiori sforzi nella motivazione), anche l'apertura di una breccia nella giurisprudenza di legittimità che ha sistematicamente 'blindato' il sistema punitivo degli enti collettivi dai tentativi, emersi in più occasioni nella giurisprudenza di merito, di innestare nel d.lgs. n. 231/2001 istituti che escludono o modificano la punibilità individuale (l'indulto¹², la sospensione condizionale della pena¹³, la non punibilità per la particolare tenuità del fatto¹⁴ e, recentemente, anche la morte del reo¹⁵), o più in generale di applicarvi altri profili disciplinari tipici del 'reato' (è il noto caso, anche se non incontrovertito, della costituzione di parte civile¹⁶).

La giustificazione a questo indirizzo, entro il quale può adesso annoverarsi anche la pronuncia qui commentata, si è tuttavia frequentemente risolta nel sottolineare la natura meramente amministrativa della responsabilità da reato¹⁷, un rilievo che – senz'altro aggiungere – sembrava distanziarsi dall'affermazione, assai più ricorrente nella giurisprudenza di legittimità, circa la natura di *tertium genus* del sistema punitivo degli enti¹⁸.

In questa sentenza, la Corte di cassazione ha optato per un approccio argomentativo diverso e più elaborato. Lasciando ad altra sede il compito di un più approfondito commento, può dunque essere utile soffermarci sugli snodi centrali del ragionamento della Corte a sostegno di questa decisione (che, come già anticipato, sono principalmente incentrati sui limiti opposti dalla riserva di legge e sull'impossibilità di procedere attraverso un'integrazione analogica), nonché dedicare qualche cenno ai punti che, pur emersi nel dibattito sull'applicabilità della misura alle persone giuridiche, hanno trovato nella motivazione uno spazio soltanto secondario.

¹² Cass., sez. II, 13 giugno 2007, n. 35337, Rv. 239857; Cass., sez. I, del 30 marzo 2017, n. 21724, Rv. 272826.

¹³ Cass., sez. III, 2 novembre 2020, n. 30305; Cass., sez. IV, 16 ottobre 2013, n. 42503; Cass., sez. II, 20 marzo 2012, n. 10822; tutte in *DeJure*.

¹⁴ Sebbene le pronunce della Cassazione a tal proposito siano perlopiù concentrate sul problema dell'estensibilità all'ente dell'esclusione della punibilità ex art. 131-bis c.p. riconosciuta al responsabile del reato-presupposto, affronta il problema della diretta applicabilità all'ente Cass., sez. III, 15 marzo 2019, n. 11518, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 280 ss.

¹⁵ Cass., sez. IV, 17 marzo 2022, n. 9006, in *Le Società*, 2022, pp. 1183 ss., con nota di P. CHIARAVIGLIO; diff. Cass., 7 ottobre 2019, n. 41082, in *DeJure*: in questa pronunzia, la Corte non richiama espressamente l'art. 150 c.p., ma la sua applicazione è conseguenza implicita del riferimento all'art. 69 c.p.p. (nelle sentenze di merito che già seguivano questo orientamento, infatti, si parla testualmente di «estinzione dell'illecito», cfr. Trib. Milano, 20 ottobre 2011, in *Dir. pen. cont.*, 26 ottobre 2011).

¹⁶ Cass., sez. VI, 22 gennaio 2011, n. 2251, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, pp. 431 ss. con nota di F. MUCCIARELLI; cfr. anche Corte Cost. sent. n. 218 del 2014.

¹⁷ La «natura amministrativa non consente l'applicabilità di istituti giuridici specificamente previsti per le sanzioni di natura penale», testualmente Cass., sez. III, 2 novembre 2020, n. 30305, cit.; v. anche Cass., sez. IV, 16 ottobre 2013, n. 42503, cit.; Cass., Sez. II, n. 35337 del 13 giugno 2007, cit.; con approccio più approfondito, Cass. Sez. I, 30 marzo 2017 n. 21724, cit.

¹⁸ Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, 11^a ed., Milano, 2022, p. 946.

8. Sotto il primo profilo, la Corte invoca la riserva di legge contro i tentativi di introdurre nei confronti dell'ente un «trattamento sanzionatorio penale» di cui non è per legge destinatario; la sussistenza di profili afflittivi, nel complesso degli effetti propri dell'istituto sospensivo, risulta dunque un elemento decisivo per precluderne ogni estensione oltre i limiti legalmente definiti.

Il ricorso a tale argomento – comparso in giurisprudenza nell'ordinanza del Tribunale di Milano che per prima aveva negato l'applicabilità all'ente della messa alla prova – era già stato bersaglio di critiche per l'eccessiva enfasi riposta sui contenuti afflittivi dell'istituto, che porta a trascurare le conseguenze di favore da esso derivanti¹⁹. Non può in effetti sottacersi che, nelle altre ipotesi in cui si è prospettata l'applicazione della messa alla prova a casi formalmente estranei all'area applicativa dell'art. 168-bis c.p. (per esempio, alle ipotesi di pluralità di reati legati dalla continuazione – o commessi con un'unica azione od omissione – e giudicati separatamente²⁰, o ancora – sebbene i termini della questione riposino su basi normative differenti – ai reati commessi prima dell'entrata in vigore della l. n. 67/2014²¹), non si è mai sollevato il problema di garantire l'imputato dalla inflizione di un trattamento sanzionatorio fuori dai casi consentiti dalla legge, e ciò a fronte degli effetti favorevoli che rendono l'accesso alla sospensione con messa alla prova un 'beneficio' per l'imputato. Del resto, a conferma dei benefici che pure il soggetto 'collettivo', destinatario di sanzioni non formalmente penali, potrebbe ottenere dalla messa alla prova, anche nella sentenza in esame viene discussione il tema dell'ammissibilità dell'analogia *in bonam partem*.

9. Particolare attenzione meritano gli argomenti diretti – appunto – a escludere la possibilità di un'applicazione analogica, anche se *in bonam partem*. Secondo la Corte a ciò osta la circostanza che i due strumenti punitivi – quello strettamente penale e quello “da reato” degli enti – non sono «omogenei» e che nell'applicare la messa alla prova agli enti al giudice sarebbe demandata «la “descrizione” e la “modulazione” della sanzione», nonché una «determinazione delle ipotesi a cui essa consegue» – in altre parole, una «riscrittura *ex novo*» di presupposti e conseguenze dell'istituto –, con ciò determinandosi, «all'evidenza», una violazione dell'art. 25 co. 2 Cost.

Anche se la conclusione viene fatta risalire, in definitiva, alle garanzie costituzionali di legalità, è interessante rilevare come in questo brano della motivazione si dia risalto anche a difficoltà più profonde nel rinvenire i presupposti logici necessari per sviluppare il ragionamento analogico. Il riferimento alla mancanza di omogeneità sembra alludere all'inesistenza di una rilevante similitudine tra le fattispecie tale da reclamare l'applicazione analogica delle stesse conseguenze giuridiche (v. *infra*, § 12).

¹⁹ V. Trib. Spoleto, ord. 21 aprile 2021, cit., che pure concordava con la soluzione qui adottata dai giudici di legittimità; cfr. anche i rilievi in G.i.p. Bologna, ord. 10 dicembre 2020, cit.; Trib. Bari, sez. I pen., 22 giugno 2022, cit.

²⁰ In proposito, v. Corte cost., n. 174 del 2022, in *questa Rivista*, 13 luglio 2022, con nota di V. BOVE.

²¹ Sui profili di diritto intertemporale della messa alla prova v. G. Panebianco, sub art. 168-bis, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2019, pp. 1268 ss.; cfr. Corte Cost., sent. 26 novembre 2015, n. 240, §2.3, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2015.

Inoltre, non è secondario che l'operazione implichi – come sottolinea la Corte – la riformulazione per analogia non solo della 'fattispecie' del beneficio (ossia l'insieme dei presupposti richiesti dalla legge per ottenere la sospensione con messa alla prova), ma anche della sua 'disciplina' (principalmente, il programma di prova e l'effetto estintivo): a tal proposito, può infatti osservarsi che l'analogia, come procedimento a disposizione dell'interprete della legge, dovrebbe consistere nell'estendere a fattispecie simili una stessa disciplina, non anche di formulare una disciplina diversa²², quantunque funzionalmente analoga o ispirata alla medesima *ratio* sottesa alla legge che regola la fattispecie simile.

La necessità di forzare il dato legislativo per adattare al diverso contesto del d.lgs. n. 231/2001 gli effetti 'disciplinari' della messa alla prova è emersa con evidenza nella vicenda giudiziaria oggetto di questa sentenza, in riferimento alla nozione di «lavoro di pubblica utilità»: una donazione di prodotti confezionati dalla società ha preso il posto della prestazione lavorativa (v. *supra*, § 2), assimilando arbitrariamente il concetto di «lavoro» a quello di una mera attribuzione patrimoniale. In altri casi, gli Uffici per l'esecuzione penale esterna si sono sforzati di individuare adattamenti della disciplina più vicini a un significato letterale (ad es. servizi di manutenzione periodica offerti dalla Società ad una Onlus²³), ma anche a questi tentativi si può obiettare che la descrizione delle caratteristiche tipiche dell'attività lavorativa (art. 168-bis co. 3 c.p.) e il riferimento ai criteri di commisurazione della pena 'individuale' (art. 133 c.p.), quale metro per valutare l'adeguatezza del programma di prova, impongono di dare rilevanza, non a qualsiasi significato del termine «lavoro», ma solo a quelli suscettibili di rispecchiarsi in tali parametri legislativi, con tutte le difficoltà di farvi rientrare lo svolgimento di un servizio in forma pluripersonale e organizzata.

10. Possono adesso segnalarsi due aspetti, richiamati spesso nelle trattazioni della dottrina che si è occupata del tema, che emergono solo incidentalmente negli sviluppi argomentativi della Corte.

10.1. Anzitutto, il superamento della prova comporta l'estinzione del reato ed è noto che le cause estintive siano annoverate tra le norme inestensibili in via analogica. Anche quanti ammettono, infatti, il ricorso all'analogia *in bonam partem* nel diritto penale, ascrivono le cause di estinzione del reato alle norme eccezionali ai sensi dell'art. 14 Preleggi (si deroga alla generale punibilità di chi può essere riconosciuto responsabile di un reato), ciò che ne impedisce l'estensione analogica²⁴; a esiti coincidenti, com'è ovvio, giungono gli orientamenti che negano ogni diritto di cittadinanza all'analogia nel diritto penale, anche nei casi in cui si risolva a favore del reo.

Nonostante tale considerazione potesse costituire ostacolo pregiudiziale a qualsiasi proposito di integrazione analogica e avesse pure trovato riscontro in una

²² V. ad es. L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. DICIOTTI, V. VELLUZZI e S. ZORZETTO, Torino, 2018, p. 141.

²³ Trib. Bari, sez. I pen., 22 giugno 2022, cit.

²⁴ V. ad es. G. VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, p. 170.

recente pronuncia di legittimità concernente un problema non dissimile – si allude alla sentenza in cui si è escluso che la cancellazione della società dal registro delle imprese comporti anche l'estinzione dell'illecito corporativo da reato²⁵ –, le Sezioni Unite non si richiamano a questo aspetto del problema se non indirettamente, nei rilievi della motivazione dichiaratamente aggiunti *ad abundantiam*, laddove si fa cenno alla tassatività delle cause estintive dell'illecito dell'ente.

10.2. Nel dibattito sul tema qui oggetto di esame, un'opinione che sottolineava la particolare natura (anche) di rito speciale della sospensione con messa alla prova proponeva di giustificare l'estensione alla *societas* per mezzo dei rinvii integrativi della disciplina processuale contenuti negli artt. 34 e 35 d.lgs. n. 231/2001²⁶: il primo articolo prevede che, per quanto non disposto dal Capo III del d.lgs. 231/2001, in merito al «procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato» si applica il codice di procedura penale; il secondo estende all'ente le «disposizioni processuali relative all'imputato»; entrambi i rinvii sono subordinati a un vaglio di compatibilità con le disposizioni del d.lgs. 231/2001.

In merito, i giudici di legittimità hanno osservato – nelle prime righe dedicate alla disamina del problema – che tali richiami valgono soltanto per le norme processuali, con ciò negando implicitamente – così sembra di intendere – che essi possano instradare l'interprete verso esiti risolutivi. La Corte, in altre parole, tratta la questione sull'applicabilità delle disposizioni processuali relative alla messa alla prova, disciplinata dagli artt. 34 e 35 cit., come profilo 'logicamente subordinato', che implica che sia stato previamente risolto il dubbio sull'applicabilità delle norme sostanziali.

11. In uno dei passaggi aggiunti 'per completezza', la Corte tocca anche un punto nevralgico della riflessione *de lege ferenda* su questo tema, lasciandosi sfuggire una considerazione che denota un radicale scetticismo sul fondamento empirico del finalismo rieducativo nel contesto della responsabilità delle persone giuridiche. Si legge nella motivazione che l'operazione analogica finirebbe per tradursi nella rieducazione degli organi sociali «per conto dell'ente collettivo» – in «una sorta di immedesimazione rovesciata» – così alludendo all'impossibilità *tout court* di una rieducazione della *societas* – «soggetto non "imputato", privo di sostrato psicofisico» – attraverso la prescrizione di particolari prestazioni.

L'idea di concepire, in questo contesto, una funzione rieducativa della sanzione è senza dubbio oggetto di vivace dibattito dottrinale²⁷, i cui termini non possono nemmeno essere accennati in questa sede; è comunque opportuno sottolineare che la

²⁵ Cass., sez. IV, 17 marzo 2022, n. 9006, cit.

²⁶ V.M. RICCARDI-M. CHILOSI, *La messa alla Prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 10, pp. 56 ss.; G. GARUTI – C. TRABACE, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale ha ammesso la persona giuridica al probation*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 10, p. 3.

²⁷ Cfr. anche per gli ampi riferimenti, il recente approfondimento di A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa degli enti ex d.lgs. n. 231/2001*, Giappichelli, Torino, 2022.

previsione di misure di *corporate probation* – con ovvie differenze rispetto agli strumenti di *probation* individuale – è tutt'altro che sconosciuta nell'esperienza comparatistica²⁸, e che anche nell'ampia letteratura italiana circa le futuribili proposte di perfezionamento del sistema sanzionatorio del d.lgs. 231/2001, l'ipotesi di una speciale forma di 'messa alla prova dell'ente' ha raccolto una schiera sempre più estesa di Autori favorevoli²⁹.

12. In una prospettiva d'insieme, un tema che avrebbe potuto assumere più immediata centralità nel percorso seguito dalla Corte è quello dei rapporti tra la disciplina del diritto penale 'individuale' e quella applicabile al sistema punitivo delineato dal d.lgs. 231/2001.

A ben vedere, infatti, la decisione del Supremo Collegio è radicata in larga misura sulla rilevanza attribuita ad alcune peculiarità – riguardanti la natura e la disciplina – dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova. Quando, ad esempio, la Corte fa dipendere dall'art. 25 co. 2 Cost. l'impossibilità di applicare una norma che riguarda gli effetti del reato a un sistema punitivo non formalmente penale, a causa delle connotazioni sanzionatorie caratteristiche della messa alla prova, sta tracciando una linea argomentativa che – anche a voler prescindere dalla sua piena persuasività³⁰ – è insuscettibile di essere estesa agli altri istituti attinenti alla punibilità cui non si ricollegano contenuti afflittivi. Lo stesso può dirsi riguardo al tema dell'eccessiva 'dose di creatività' che caratterizza l'operazione di applicazione degli enti della messa alla prova: un problema che per altri istituti cui consegue la non-punibilità non si concretizza in maniera così evidente, dato che assai minori sono gli sforzi richiesti per riadattare la disciplina al contesto del d.lgs. n. 231/2001 (per applicare una causa estintiva qual è la morte del reo, ad esempio, sarebbe sufficiente dichiarare l'estinzione dell'illecito dell'ente).

Un argomento viceversa generalizzabile – e perciò potenzialmente foriero di ricadute più significative – è quello che individua quale ostacolo per il ragionamento analogico l'impossibilità di assimilare o di considerare omogenei sistema penale e sistema punitivo degli enti. Quella di esaltare le differenze tra i due sistemi per sostenere l'impraticabilità dell'analogia può essere una strategia argomentativa densa di implicazioni, che vanno al di là dell'applicabilità dell'istituto di cui all'art. 168-bis c.p.³¹; portata alle più estreme conseguenze, la conclusione potrebbe persino agevolare la

²⁸ V. con riguardo all'ordinamento nordamericano C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 89 ss., e per i riferimenti più recenti riguardo all'area di *common law*, V. MONGILLO, *Il sistema delle sanzioni applicabili all'ente collettivo tra prevenzione e riparazione. Prospettive de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2022, pp. 597-599.

²⁹ Una compiuta proposta, che ha goduto di particolare favore nel dibattito dottrinale, è quella di G. FIDELBO-R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4, 2016, pp. 3 ss.; tra le numerose voci del dibattito che hanno ripreso tale proposta, v. da ultimo V. MONGILLO, *op. cit.*, pp. 617 ss.

³⁰ Si veda quanto detto *supra*, § 8.

³¹ In direzione opposta, si osservi che la recente sentenza *Impregilo* ha richiamato in via analogica i contenuti della colpa penale, per definire nozione e accertamento della c.d. colpa di organizzazione: Cass., sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401, in *questa Rivista*, con note di E. FUSCO – C.E. PALIERO e C. PIERGALLINI.

smentita di quelle analogie sotto il profilo della natura punitiva che consentono di attrarre il d.lgs. n. 231/2001, pur con i dovuti limiti, nell'ambito delle garanzie della materia penale. Per questa ragione non pare casuale – e può anzi leggersi con particolare interesse – la 'correzione di tiro' della Corte, che dopo aver accentuato le diversità dei due sistemi, si cura subito di precisare che la responsabilità degli enti costituisce «un *tertium genus* che mutua dal sistema penale *solo le garanzie* che lo assistono».

Da questo punto di vista, la sentenza può essere quantomeno segnalata per aver chiaramente distinto tra il piano della possibilità di riferire alla persona giuridica, destinataria di sanzioni indubbiamente afflittive, talune garanzie tipiche della materia penale (è questa la conseguenza normativa che si fa discendere dal richiamo alla categoria del *tertium genus* punitivo) e quello dell'applicabilità alle sanzioni del d.lgs. n. 231/2001 delle previsioni che disciplinano la sanzione penale strettamente intesa: a quest'ultima prospettiva non viene assegnata alcuna legittimazione, né per mezzo dello strumento integrativo dell'analogia (un divieto in tal senso viene esplicitamente predicato nella motivazione delle Sezioni Unite), né *a fortiori* tramite l'immediata e diretta sovrapposizione della disciplina riguardante le conseguenze del reato a quella dell'illecito da reato dell'ente collettivo (se un simile modo di procedere fosse stato percorribile, il problema di un'integrazione analogica non avrebbe nemmeno avuto ragione di porsi).

**CASO ASSO 28: LA CORTE D'APPELLO DI NAPOLI
CONFERMA LA CONDANNA PER SBARCO ARBITRARIO
E ABBANDONO DI MINORI O INCAPACI SULLE COSTE LIBICHE**

Corte app. Napoli, sent. 10 novembre 2022 (dep. 1° febbraio 2023), n. 16696

di Cecilia Pagella

1. Segnaliamo ai lettori che con la sentenza che può leggersi in allegato, la Corte d'Appello di Napoli ha confermato la decisione, [già pubblicata sulla nostra Rivista](#), con la quale il Giudice per l'Udienza Preliminare presso il Tribunale di Napoli aveva condannato il comandante della nave mercantile ASSO 28, battente bandiera italiana – nave di appoggio a una piattaforma petrolifera di proprietà della società Alfa, sita al largo delle coste libiche – a titolo di sbarco e abbandono arbitrario di persone (1155 cod. nav.) e di abbandono di persone minori o incapaci (591 c.p.), per aver trasportato e sbarcato in Libia 101 migranti soccorsi in acque internazionali (zona S.A.R. libica), senza previamente contattare i Centri di coordinamento e soccorso di Tripoli o di Roma e agendo, invece, sulla sola base delle indicazioni provenienti dalla società in favore della quale la nave prestava la propria attività.

La sentenza del G.U.P. di Napoli aveva suscitato l'interesse dei penalisti e dell'opinione pubblica perché, per la prima volta, un giudice italiano riconosceva che la Libia non è un porto sicuro e che lo sbarco sulle sue coste delle persone soccorse in mare è illegittimo. Il G.U.P. pareva, altresì, affermare che un eventuale ordine (nel caso concreto non emanato) di sbarcare i migranti nel Paese nordafricano, che fosse rivolto dalle autorità nei confronti del comandante, non avrebbe avuto efficacia scriminante ai sensi dell'art. 51 c.p., in quanto si sarebbe trattato di un ordine criminoso.

Con la sentenza qui segnalata, la Corte d'Appello di Napoli ha respinto il ricorso dell'imputato e ha confermato la sentenza impugnata. Ripercorriamo brevemente le motivazioni della Corte, che risultano adesive a quelle della pronuncia del Tribunale¹.

2. Evidenziamo innanzitutto come la Corte d'Appello faccia propria la ricostruzione dei fatti operata dal G.U.P. Il 30 luglio 2018 la nave ASSO 28, di proprietà della società Beta di Napoli, nave di appoggio della piattaforma petrolifera S. della società Alfa (partecipata dall'italiana Gamma e dalla libica Delta), soccorreva in acque internazionali (zona S.A.R. libica) 101 naufraghi che si trovavano su un'imbarcazione salpata dalle coste africane. Dalla piattaforma proveniva la richiesta, rivolta al

¹ Per la quale cfr. C. PAGELLA, [Sulla rilevanza penale dello sbarco su suolo libico di migranti soccorsi in acque internazionali](#), in *questa Rivista*, 5 settembre 2022.

comandante, di imbarcare un soggetto di nazionalità libica – apparentemente qualificatosi come “ufficiale di dogana” – presente sulla piattaforma stessa; questi, una volta salito a bordo, suggeriva al comandante di dirigersi verso le coste libiche e ivi sbarcare i migranti soccorsi. L’imputato soddisfaceva la richiesta e dirigeva la rotta verso Tripoli; solo a navigazione avviata, contattava il Centro di coordinamento e soccorso di Tripoli e l’Italian Maritime Rescue Coordination Centre (IMRCC). Una volta giunto in prossimità delle coste tripoline, il comandante trasferiva i migranti a bordo di una motovedetta libica, la quale procedeva allo sbarco.

3. È importante soffermarsi sulla qualifica rivestita dal soggetto di nazionalità libica proveniente dalla piattaforma e imbarcatosi sulla ASSO 28. Stando a quanto riportato dall’imputato e da alcuni testimoni, era un ufficiale di dogana libico; alcune delle dichiarazioni rilasciate sollevavano, in realtà, il dubbio che si trattasse di un mero dipendente della società privata proprietaria della piattaforma. La sentenza di primo grado non scioglieva il dubbio sul punto: ciò che risultava accertato, tuttavia, era che la persona salita a bordo non era un funzionario della guardia costiera libica. Ciò consentiva di qualificare come *arbitrario* ai sensi dell’art. 1155 cod. nav., in quanto avvenuto in assenza di autorizzazione da parte del centro di coordinamento e soccorso competente a gestire l’operazione (quello libico), lo sbarco: non risultava possibile, infatti, sostenere che la presa di contatto con la guardia costiera libica fosse avvenuta per il tramite del funzionario salito a bordo, e, di conseguenza, che fosse stata tempestiva; al contrario, l’autorità competente era stata avvisata solo a navigazione avviata, e, quindi, in un momento successivo all’avvio dell’operazione di soccorso, che, a questo punto, risultava coordinata da un’autorità che non aveva alcuna competenza in merito, se non, addirittura, da una compagnia privata. Lo sbarco non autorizzato presso un porto notoriamente non sicuro di cinque minori e di cinque donne in stato di gravidanza comportava altresì il riconoscimento, a carico del comandante, del reato di abbandono di minori o incapaci (art. 591 c.p.).

4. La Corte d’Appello condivide la ricostruzione dei fatti operata dal G.U.P. Di conseguenza, rigetta l’argomentazione difensiva alla luce della quale il fatto di sbarco arbitrario non sussisterebbe, in quanto l’operazione di “salvataggio” sarebbe stata coordinata dall’autorità tripolinacompetente ai sensi della Convenzione di Amburgo. La predetta autorità sarebbe stata, infatti, avvisata solo quando la nave si stava dirigendo presso le coste libiche, mentre, al momento del soccorso dei naufraghi, l’unico contatto era avvenuto con la piattaforma S. *Ad abundantiam*, la Corte riconosce che la convenzione di Amburgo risultava violata anche a causa della mancata identificazione dei passeggeri e del mancato accertamento delle loro condizioni di salute. La configurabilità del delitto di abbandono discende dal riconoscimento dell’arbitrarietà dello sbarco, il quale, non autorizzato dalle competenti autorità, non può considerarsi scriminato dal rispetto delle convenzioni internazionali. Poiché il comandante non aveva alcun obbligo di rispettare l’ordine proveniente da un sedicente funzionario di dogana, la Corte rigetta anche l’argomento in base al quale egli andrebbe assolto per non aver commesso il fatto (formula che sarebbe applicabile solo quando la condotta, pure considerata censurabile,

fosse stata realizzata da un soggetto irresponsabile) e quello in base al quale l'imputato potrebbe beneficiare della causa di giustificazione prevista dall'art. 51 c.p. per aver eseguito un ordine legittimo (non sarebbe applicabile nemmeno l'art. 59 c. 4 c.p., in quanto il comandante non aveva nemmeno identificato il presunto funzionario – accettando, vuol forse dire la Corte, l'eventualità che il soggetto da cui gli ordini provenivano non fosse affatto competente a impartirli). Quanto all'elemento soggettivo, infine, la Corte d'Appello ritiene dimostrato che esistesse, in capo al comandante, il dolo generico richiesto dall'art. 591 c.p. (compatibile con la forma eventuale), in quanto questi aveva accettato, abbandonando i migranti sulle coste libiche, di esporli a pericolo per la loro vita e incolumità: respinge, dunque, il motivo in base al quale il fatto non costituirebbe reato. Merita, infine, menzione che la Corte escluda l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p., non reputando esiguo il pericolo di subire trattamenti inumani e degradanti cui la condotta del comandante avrebbe esposto ben 101 persone e ritenendo intenso il dolo – pur solo eventuale – che aveva animato l'imputato.

5. Come anticipato, la Corte d'Appello condivide la ricostruzione dei fatti operata dal G.U.P. nonché la loro qualificazione in termini di illiceità penale: per un commento delle motivazioni della pronuncia di secondo grado ci sembra, dunque, sufficiente fare rinvio a quanto già osservato rispetto alla sentenza del Tribunale. Ciò che ci sembra utile ribadire in questa sede è che la Corte – come già, prima di questa, il G.U.P. – riconosce che la Libia non è un porto sicuro e che lo sbarco sulle sue coste di persone soccorse in mare è penalmente rilevante in quanto comporta l'esposizione dei migranti al rischio di subire trattamenti contrari al senso di umanità. Il rispetto delle Convenzioni internazionali può, astrattamente, rivestire funzione scriminante (la Corte sembra implicitamente ammetterlo nel momento in cui respinge il motivo difensivo fondato sull'applicabilità dell'art. 51 c.p. affermando che *nessun ordine* era stato impartito dal Centro di coordinamento e soccorso di Tripoli). Tuttavia – ci pare di poter osservare – è necessario interrogarsi sulla legittimità sostanziale dell'ordine di sbarcare essere umani presso un luogo notoriamente non sicuro nonché – nel caso in cui si ritenga illegittimo un ordine di questo tenore – sull'applicabilità dell'art. 59 c. 4 c.p. a favore di colui che sostenga di non aver riconosciuto l'illegittimità.

**LA CASSAZIONE SUL *DISCRIMEN*
TRA STALKING AGGRAVATO DALLA RELAZIONE AFFETTIVA
E MALTRATTAMENTI CONTRO CONVIVENTI:
DECISIVA LA CESSAZIONE O MENO DELLA CONVIVENZA**

*Cass. pen., Sez. VI, ud. 15 settembre 2022 (dep. 3 marzo 2023), n. 9187,
Pres. Fidelbo, Rel. Travaglini*

di Federica Alma

1. Con la sentenza che può leggersi in allegato, la Corte di cassazione, tornando su una strada già largamente battuta dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, traccia con maggior rigore la linea di demarcazione tra i delitti di maltrattamenti contro familiari e conviventi e di atti persecutori, affrontando la problematica ipotesi in cui le condotte vessatorie di soggetti precedentemente legati da una relazione affettiva siano realizzate *dopo* la cessazione della loro coabitazione e conferendo rilievo dirimente alla sussistenza – o meno – di una effettiva situazione di convivenza.

2. Preliminarmente, per meglio contestualizzare la questione affrontata dal giudice di legittimità, pare necessario ripercorrere sommariamente i tristi avvenimenti che ne sono sfondo e premessa.

La vicenda giudiziaria trae origine dagli atteggiamenti maltrattanti posti in essere da un partner nei confronti della compagna convivente. A partire dal marzo 2017, infatti, l'imputato si dimostra violento, copre di insulti la donna, la minaccia, la colpisce con schiaffi e pugni ed in un'occasione tenta addirittura di strangolarla, non curandosi né della presenza del figlio minorenne, costretto ad assistere alle angherie, né dello stato interessato della compagna, incinta di due gemelli.

Il quadro di soggiogazione in cui è confinata la vittima non termina nemmeno al cessare della convivenza con il proprio carnefice: nel maggio 2019, quando la donna si trasferisce a vivere altrove con i figli – prima dalla madre, quindi da sola –, l'uomo inizia a controllarla, si presenta reiteratamente sul suo luogo di lavoro e le invia messaggi minatori ed ingiuriosi, usandole violenza fisica in tre occasioni. Da ultimo, nella tarda serata del 7 febbraio 2020, l'imputato si reca presso l'abitazione della – ormai – ex compagna e, dopo averla percossa, tenta di defenestrarla, non riuscendo nel proprio intento solo a causa dell'intervento della propria nuova partner, che lo aveva seguito in questa ultima spedizione punitiva.

Chiamati a pronunciarsi sui fatti, i giudici di merito di primo e di secondo grado concludono configurando in capo all'imputato una responsabilità per il delitto di cui all'art. 572 c.p. (maltrattamenti contro familiari o conviventi), aggravato ai sensi del

secondo comma del citato articolo, poiché commesso in presenza dei figli minorenni ed in danno di una donna in stato di gravidanza.

Più nel dettaglio, il Tribunale di Reggio Emilia e la Corte d'appello di Bologna qualificano come maltrattamenti sia le condotte tenute dall'imputato durante il periodo di convivenza con la vittima, sia i comportamenti adottati dallo stesso dopo il maggio 2019, a convivenza cessata, valorizzando il permanere, anche a fronte di dinamiche di coppia non più realizzate in una casa comune, di una situazione di condivisa genitorialità tra i soggetti¹.

3. La sentenza pronunciata dalla Corte d'appello di Bologna è impugnata dall'imputato, che deduce, quali motivi di ricorso, vizio di motivazione, per contraddittorietà e manifesta illogicità della pronuncia in relazione al rigetto della richiesta di escussione della nuova compagna dell'imputato, presente ai fatti del 7 febbraio 2020², e vizio di omessa motivazione, con riferimento al mancato esame della richiesta di escludere o circostanziare temporalmente sino al maggio 2019 l'aggravante della presenza dei figli minorenni³.

La Corte di Cassazione, rigettati entrambi i motivi, il primo perché manifestamente infondato⁴, il secondo perché reiterativo e tardivo⁵, solleva d'ufficio una

¹ L'impostazione così adottata dai giudici di merito è conforme all'orientamento della giurisprudenza di legittimità che prospetta come *"configurabile il reato di maltrattamenti in situazione di condivisa genitorialità, anche in assenza di convivenza, a condizione che la filiazione non sia stata un evento meramente occasionale ma si sia quantomeno instaurata una relazione sentimentale, ancorché non più attuale, tale da ingenerare l'aspettativa di un vincolo di solidarietà personale, autonomo rispetto ai doveri connessi alla filiazione"* (Cass., Sez. VI, 25.06.2019 (dep. 11.09.2019), n. 37628, Rv. 276697-01).

² Più specificamente, con il primo motivo di ricorso si lamentava che la Corte d'appello di Bologna aveva rigettato con argomenti *"apodittici"* la richiesta di escussione della nuova compagna dell'imputato quale teste dei fatti del 7 febbraio 2020, testimonianza non assunta né in fase investigativa né in primo grado, ove era stata richiesta come condizione cui subordinare il rito abbreviato. Sosteneva la difesa che l'assunzione di detta testimonianza fosse di preminente rilievo, potendo la teste comprovare l'assenza dell'amica della persona offesa, le cui dichiarazioni avevano confermato il fatto.

³ In maniera più analitica, con il secondo motivo di ricorso si lamentava che la Corte d'appello di Bologna non aveva esaminato la richiesta di escludere l'aggravante della presenza dei figli minorenni o di limitarne l'ambito temporale sino al maggio 2019, prima che entrassero in vigore gli inasprimenti sanzionatori operati dalla L. 19 luglio 2019, n. 69 e fosse introdotta l'aggravante di cui all'art. 572 co. 2 c.p., precludendo, conseguentemente, l'accesso dell'imputato al beneficio della sospensione condizionale della pena e della sospensione dell'esecuzione ex art. 656 co. 9 c.p.p.

⁴ Nella sentenza qui in esame il giudice di legittimità rileva la manifesta infondatezza del primo motivo di ricorso formulato dall'imputato, constatando che, in sede di udienza preliminare, la difesa aveva presentato istanza di rito abbreviato condizionato all'escussione del soggetto sopra indicato e, in subordine, rito abbreviato secco, e che il giudice di prime cure aveva ammesso il rito speciale in questa seconda modalità procedurale. La Corte ricorda, inoltre, che il giudice di appello riteneva il materiale probatorio completo, non provvedendo, pertanto, all'integrazione mediante assunzione di prove, potendo decidere allo stato degli atti.

⁵ Nella decisione in commento la Corte di Cassazione indica il secondo motivo di ricorso formulato dall'imputato come tardivo e reiterativo, osservando come il ricorso abbia proposto, negli stessi termini ed in modo generico, l'assenza di prova dell'aggravante dei maltrattamenti commessi in presenza dei figli minorenni, senza misurarsi con quanto già pronunciato dai giudici di merito e senza considerare la sostanziale inefficacia giuridica dei suoi contenuti, stante la pacifica sussistenza dell'aggravante dell'aver

questione di diritto, altra ed ulteriore rispetto a quanto dedotto dalla difesa nel ricorso, e si domanda: qual è la corretta qualificazione giuridica del fatto-reato commesso dall'imputato nel segmento temporale successivo alla cessazione della relazione con la persona offesa? E, in un'ottica di più ampio respiro, qual è il discrimine tra il reato di maltrattamenti ex art. 572 c.p. ed il delitto di atti persecutori aggravati ex art. 612-bis co. 2 c.p., se, in costanza di una situazione di condivisa genitorialità, due soggetti smettono di convivere?

4. Procedere ad una lineare perimetrazione dell'ambito di operatività delle due disposizioni citate è operazione assai complessa.

Se da un lato, infatti, è obiettivo che «l'oggettività giuridica delle due fattispecie di cui agli artt. 572 e 612-bis c.p. è diversa e differenti sono i soggetti attivi e passivi delle due condotte illecite»⁶, d'altro canto, prendendo le distanze dal profilo puramente formale e volgendo lo sguardo alla prassi, i contorni delle due fattispecie tracciati e modificati nel tempo dal legislatore paiono sfocarsi ed i contenuti e la struttura dei reati avvicinarsi progressivamente, sino a sovrapporsi, determinando l'inevitabile disorientamento⁷ dell'interprete.

Nel panorama descritto assume, pertanto, preminente rilevanza l'attività nomofilattica della Corte di Cassazione, che guida l'esercizio ermeneutico del giudice, indica il *modus agendi* che costui deve adottare in sede di accertamento e consente – finalmente ed idealmente – di addivenire al corretto inquadramento giuridico della situazione di fatto, problematicamente collocata al confine tra le due fattispecie delittuose.

4.1. Prima di dedicarsi all'analitica disamina di quanto oggetto degli articoli 572 e 612-bis co. 2 c.p., il Supremo Collegio si sofferma sui criteri cardine che devono presidiare l'esegesi dei testi di legge in materia penale, richiamando i passaggi argomentativi della sentenza 14 maggio 2021, n. 98⁸, con cui la Corte costituzionale, misurandosi con una doglianza di diritto processuale⁹, ha affermato il ruolo

commesso i fatti ai danni di donna in stato di gravidanza.

⁶ Così Cass. pen., Sez. VI, 24 novembre 2011 (dep. 20 giugno 2012), n. 24575, Pres. Serpico, Rel. Paoloni, con nota di C. MINNELLA, [La Cassazione traccia la linea di confine tra il reato di maltrattamenti in famiglia e quello di stalking](#), in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2012.

⁷ Il concetto di “disorientamento giurisprudenziale” cui si fa qui riferimento vuole far rinvio ad A. ROIATI, [La fattispecie dei maltrattamenti contro familiari e conviventi tra interventi di riforma, incertezze interpretative e prospettive de iure condendo](#), in *questa Rivista*, 30 marzo 2023.

⁸ Corte cost., sent. 14 maggio 2021, n. 98, Pres. Coraggio, red. Viganò, che può consultarsi in [Una declaratoria di inammissibilità della Corte costituzionale con importanti affermazioni su principio di legalità e divieto di analogia in materia penale \(a proposito del confine tra maltrattamenti e stalking\)](#), in *questa Rivista*, 14 maggio 2021. A commento della decisione della Corte costituzionale si vedano altresì C. CUPELLI, [Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021](#), in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 4/2021, pp. 1797 ss.; L. RISICATO, [Argini e derivate della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021](#), in *Discrimen*, 16 luglio 2021; M. SCOLETTA, [Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo](#), in *Osservatorio AIC*, fasc. 5/2021, 5 ottobre 2021, pp. 196 ss.

⁹ Con ordinanza del 9 giugno 2020, il Tribunale ordinario di Torre Annunziata, in composizione

fondamentale che il divieto di analogia *in malam partem* e la natura tassativa delle fattispecie incriminatrici ricoprono nel nostro ordinamento.

I fatti da cui la pronuncia del Giudice delle Leggi prende le mosse non sono del tutto dissimili dalla vicenda a sfondo della sentenza qui in commento: nelle dinamiche di una coppia legata sentimentalmente da qualche mese, il partner si dimostra abusivo nei confronti della propria compagna, non convivente ma adusa a frequentare la casa e la famiglia di lui nei fine settimana.

Il giudice *a quo* procede con rito immediato nei confronti dell'imputato per il reato di atti persecutori *ex art. 612-bis c.p.*, aggravato ai sensi del secondo comma, contestando al soggetto di aver determinato, con reiterate condotte di minaccia, di molestia e di violenza fisica, l'insorgere nella compagna di «*un perdurante e grave stato di ansia e paura*», «*ingenerandole un fondato motivo [recte: timore] per la propria incolumità al punto di costringerla, altresì, ad alterare le abitudini di vita*»¹⁰. Al termine dell'istruttoria dibattimentale e prima di ritirarsi in camera di consiglio, però, il rimettente riqualifica il fatto, riconducendo l'agire criminoso dell'uomo nell'alveo della diversa e più grave fattispecie incriminatrice dei maltrattamenti verso familiari o conviventi, configurata dall'art. 572 c.p.¹¹.

È in questa sede che il Tribunale ordinario di Torre Annunziata ravvisa l'illegittimità costituzionale dell'art. 521 c.p.p., rilevando che la mancata previsione della facoltà dell'imputato di chiedere al giudice del dibattimento di procedere nelle forme del rito abbreviato a seguito della riqualificazione giuridica *in peius* del fatto contestato costituisce potenziale violazione del diritto di difesa e dei principi del giusto processo, di cui agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione¹².

La Consulta respinge la questione così prospettata sul piano dell'ammissibilità, constatando gravi lacune motivazionali nell'ordinanza di remissione ed evidenziando, in particolare, il mancato confronto, in sede di modifica peggiorativa del capo di imputazione, del rimettente «*con il canone ermeneutico rappresentato, in materia di diritto penale, dal divieto di analogia a sfavore del reo*», corollario del principio di legalità penale,

monocratica, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 521 del codice di procedura penale, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione, «*nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato, allorquando sia invitato dal giudice del dibattimento ad instaurare il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto, di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diversamente qualificato dal giudice in esito al giudizio*». A commento di suddetta ordinanza si veda V. TONDI, [Riqualificazione giuridica del fatto e accesso ai riti alternativi: una nuova questione di legittimità costituzionale dell'art. 521 c.p.p.](#), in questa Rivista, 3 luglio 2020.

¹⁰ Corte cost., sent. 14 maggio 2021, n. 98, cit.

¹¹ Il giudice *a quo* procede ad una riqualificazione del fatto ai sensi dell'art. 572 c.p. sulla scorta di un orientamento della Cassazione che ritiene integrato il delitto di maltrattamenti in presenza di condotte maltrattanti compiute in un «*contesto affettivo protetto*», caratterizzato da «*legami forti e stabili tra i partner*» e dalla «*condivisione di progetti di vita*», ritenendo, sostanzialmente, obliterabile il requisito della coabitazione ai fini della configurazione del reato. *Ex plurimis* Cass., Sez. III, 3 luglio 1997, n. 8953; Cass., Sez. V, 17 marzo 2010, n. 24688; Cass., Sez. VI, 7 maggio 2013, n. 22915; Cass., Sez. VI, 7 febbraio 2019, n. 19922; Cass., Sez. VI, 6 novembre 2019, n. 5457.

¹² Per l'esatta formulazione della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Torre Annunziata si veda *supra*, nota n. 9.

espressamente sancito a livello di fonti primarie dall'art. 14 delle Preleggi ed implicitamente riconosciuto dall'art. 1 c.p. e dall'art. 25 co. 2 della Costituzione¹³.

È questo il punto cruciale della pronuncia della Corte costituzionale: il divieto di applicazione analogica *«non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce, così, un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo»*. Insomma, la norma incriminatrice non può applicarsi a casi concreti che esulino dai possibili significati linguistici della previsione legale: in virtù del principio di legalità in materia penale, difatti, *«è il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore»*¹⁴.

4.2. Ripresi e ribaditi i principi di diritto che fungono da argine all'attività ermeneutica della giurisprudenza ordinaria, e ricusato, conseguentemente, ogni possibile esito creativo che stravolga la *littera legis*, vanificando qualsivoglia garanzia per il singolo cittadino¹⁵, la Corte di Cassazione si dedica all'analisi contenutistica del reato di maltrattamenti e del delitto di atti persecutori aggravati, nel tentativo di delimitarne, con esattezza, la portata.

Muovendo dall'art. 572 c.p., la fattispecie attualmente rubricata "Maltrattamenti contro familiari o conviventi" è il frutto di una progressiva espansione – inizialmente realizzata solo a livello interpretativo¹⁶, quindi anche sotto il profilo legislativo¹⁷ – della salvaguardia offerta dall'ordinamento alla persona offesa da sistematiche condotte vessatorie che, abusando della sua posizione di soggezione, generino in lei *«una condizione di vita intollerabile, umiliante o degradante»*¹⁸. La disposizione, difatti, a

¹³ Il passaggio è espressamente richiamato anche da Cass. pen., Sez. VI, ud. 15 settembre 2022 (dep. 3 marzo 2023), n. 9187, qui in commento.

¹⁴ Così Corte cost., sent. 14 maggio 2021, n. 98, cit.

¹⁵ Sul punto si consenta, ancora una volta, il richiamo a C. CUPELLI, [Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021](#), cit.; L. RISICATO, [Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021](#), cit.; M. SCOLETTA, [Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo](#), cit.

¹⁶ Come ben delineato anche in A. ROIATI, [La fattispecie dei maltrattamenti contro familiari e conviventi tra interventi di riforma, incertezze interpretative e prospettive de iure condendo](#), cit., l'estensione dell'ambito di tutela offerto dall'art. 572 c.p. può rilevarsi già nella giurisprudenza degli anni '50, ove il concetto di famiglia è dilatato oltre i confini propri dell'istituzione, a ricomprendere qualsiasi *«unione di persone tra le quali, per intime relazioni e consuetudini di vita, siano sorti legami di reciproca assistenza e protezione»*.

¹⁷ Viene in considerazione la modifica dell'articolo operata dalla L. 1° ottobre 2012, n. 172, di ratifica della Convenzione di Lanzarote. Sul punto pare utile rinviare a G. PAVICH, [Luci e ombre nel "nuovo volto" del delitto di maltrattamenti. Riflessioni critiche sulle novità apportate dalla legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote](#), in *Dir. Pen. Cont.*, 9 novembre 2012.

¹⁸ Tra le altre, Cass. pen., Sez. VI, sent. n. 8396 del 1996; Cass. pen., Sez. VI, sent. n. 1857 del 1990; Cass. pen., Sez. VI, ord. n. 1003 del 1977. Con riferimento alla condotta di maltrattamento penalmente rilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie qui in esame, è necessario richiamare Cass., SS.UU., 29 gennaio 2016 (dep. 16 marzo 2016), n. 10959, Rv. 265893-01.

recepimento dei gradualisti ma imponenti mutamenti sociali e culturali che hanno investito, nel tempo, il concetto e l'istituzione familiare, affianca ed equipara alla «*persona della famiglia*», già potenziale soggetto attivo o passivo del reato nell'originaria previsione normativa, colui che sia «*comunque convivente*». Si configura, così, una ampia tutela dei rapporti affettivi interpersonali, consentita dall'assimilazione alla "famiglia legittima fondata sul matrimonio" della "famiglia di fatto", intesa quale «*consorzio di persone tra le quali, per strette relazioni e consuetudini di vita, siano sorti rapporti di assistenza e solidarietà per un apprezzabile periodo di tempo*»¹⁹.

Punto focale della fattispecie incriminatrice è da individuarsi – come evidenzia il giudice di legittimità – nel sintagma «*persona (...) comunque convivente*», il cui significato non trova precisa delineazione né nel codice penale né nel codice di procedura penale, ma può farsi utilmente discendere dalla giurisprudenza costituzionale e dalle disposizioni di legge che, ovunque collocate nel nostro ordinamento, lo richiamano. Se già il Giudice delle Leggi riconosce il rapporto di convivenza come meritevole di protezione giuridica, in quanto collocabile nella platea di formazioni sociali ove si svolge la personalità del consociato ex art. 2 Cost.²⁰, il concetto assume tangibile pregnanza per opera dell'art. 1, co. 36, della L. 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze), che descrive quali «*conviventi di fatto due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile*»²¹. Ulteriore e definitiva conferma alla definizione ora tratteggiata si rinviene, infine, nell'art. 1, co. 18, lett. b) della legge delega 27 settembre 2021, n. 134, ove il convivente è qualificato come «*la persona che convive con la vittima in una relazione intima, nello stesso nucleo familiare in modo stabile e continuo*».

Insomma, si configura un rapporto di convivenza ove due soggetti, sulla base di intime e personalissime scelte, stringano un legame affettivo di coppia, idoneo a proiettarsi in una dimensione futura di impegno e di progetto di comunione materiale e spirituale di vita, anche senza l'adesione a vincoli giuridici quali il matrimonio o l'unione civile²². Tali caratteristiche donano flessibilità a questa peculiare dimensione affettiva, che, non ostacolata da legami formali, muta e si adatta al contesto sociale in cui si

¹⁹ Relazione illustrativa all'A.S. n. 1969-B, Ufficio Studi del Senato, gennaio 2011, n. 269, pag. 32.

²⁰ In questo senso la giurisprudenza costituzionale a partire da Corte Cost., 18 novembre 1986, n. 237, secondo un orientamento condiviso anche dalla giurisprudenza di legittimità e, da ultimo, Cass., SS.UU., 26 novembre 2020 (dep. 17 marzo 2021), n. 10381, Rv. 280574-01.

²¹ A proposito della citata definizione di convivente, la Corte di Cassazione si interroga, nella pronuncia qui in esame, sull'utilizzabilità della nozione legale di cui all'art. 1, co. 36, L. n. 76/2016, che per espressa previsione legislativa è enucleata ai soli fini «*delle disposizioni di cui ai commi da 36 a 67*», ma conclude in senso affermativo, alla luce dei criteri ermeneutici delineati dalla Corte Costituzionale nelle menzionate sentenze, nonché in virtù del diritto vivente formatosi in materia di "convivenze di fatto", recepito tanto dalla L. n. 76/2016 quanto dalla L. n. 172/2012.

²² In questo senso Cass. pen., Sez. VI, 11 febbraio 2021 (dep. 7 maggio 2021), n. 17888, Rv. 281092-01, che ritiene «*configurabile il reato di maltrattamenti in famiglia anche in presenza di un rapporto di convivenza di breve durata, instabile e anomalo, purché sia sorta una prospettiva di stabilità e un'attesa di reciproca solidarietà*». Sul punto si vedano altresì Cass. pen., Sez. VI, 15 gennaio 2020 (dep. 28 febbraio 2020), n. 8145, Rv. 278358-01 e Cass., SS.UU., 26 novembre 2020 (dep. 17 marzo 2021), n. 10381, Rv. 280574-01.

realizza, conformandosi alle esigenze lavorative e alle scelte intime della coppia: in costanza degli elementi materiali e spirituali sintomatici della già menzionata «comunione di vita e volontà di condivisione»²³, il rapporto di convivenza continuerà a sussistere, anche ove frammentato nel suo decorso da intervalli o sospensioni.

Dal momento che l'accertamento della prospettiva di stabilità e dell'attesa di reciproca solidarietà di una coppia, nucleo del rapporto di convivenza, è un'indagine di difficile svolgimento, spiegandosi integralmente nel solo foro interno dei partner, la giurisprudenza civile e penale ha elaborato, nel corso di decenni, una serie di indicatori sintomatici di convivenza, la cui valutazione – complessiva e non atomistica – può coadiuvare l'operato dell'interprete. Nominativamente, consentono di rimarcare la volontaria e reciproca partecipazione di un individuo alla vita dell'altro:

- la stabile condivisione di una abitazione²⁴;
- la condivisione di un'intimità, espressiva di un legame sentimentale stabile;
- la riconoscibilità come coppia in contesti sociali e familiari;
- la scelta di avere figli e la situazione di condivisa genitorialità²⁵;
- la reciproca assistenza economica, realizzata mettendo a disposizione un patrimonio comune, beni o servizi;
- l'esercizio di un'attività lavorativa comune.

Alla luce delle considerazioni sino a qui svolte, di certo non sfugge che la conformazione del rapporto di convivenza, nelle sue multiformi sembianze, tutte ispirate all'idea di una vita condivisa a livello materiale ed affettivo, agevola la perpetrazione di condotte maltrattanti. La consuetudine di vita comune ed i vincoli di intimità, fiducia ed affidamento che legano gli individui conviventi, difatti, sono la precondizione che consente al soggetto agente di instaurare un rapporto gerarchico nella coppia, di sopraffare la persona offesa, di condizionarla psicologicamente e manipolarla, con ricatti affettivi e psicologici, privandola, da ultimo, di qualsivoglia spazio di autodeterminazione.

4.3. Una matrice di ordine relazionale simile a quella sopra descritta si rinviene anche nell'art. 612-bis c.p., a fronte del delitto di "Atti persecutori".

La fattispecie penale, in origine nettamente distinta dal reato di maltrattamenti, oltreché per i propri contenuti anche per il requisito della cessazione del vincolo di coniugio o affettivo²⁶, è stata oggetto di numerose modifiche ed adeguamenti, tutti

²³ Cass. pen., Sez. VI, ud. 15 settembre 2022 (dep. 3 marzo 2023), n. 9187, cit.

²⁴ Cass. pen., Sez. VI, 16 febbraio 2022 (dep. 21 marzo 2022), n. 9663, Rv. 283120-01. Peraltro, con riferimento al requisito della coabitazione la Corte di cassazione precisa che, sebbene lo stesso possa essere un indice importante ai fini dell'individuazione di una convivenza affettiva stabile, nondimeno non è elemento che la connota, potendo la stessa mancare per condizioni obiettive o scelte individuali. In questo senso anche Corte EDU, Vallianatos e altri contro Grecia, 7 novembre 2013, p. 73.

²⁵ Cass. pen., Sez. VI, 25 giugno 2019 (dep. 11 settembre 2019), n. 37628, Tv. 276697-01.

²⁶ Come dettagliatamente riportato nella sentenza qui in esame, l'originaria distinzione tra maltrattamenti ed atti persecutori ruotava intorno all'attualità – o meno – del vincolo matrimoniale o della convivenza dei soggetti: «era configurabile l'art. 572 c.p. per le condotte consumate con relazione in atto, mentre era configurabile l'art. 612-bis, co. 2, c.p. per le condotte consumate dopo la cessazione del vincolo o a conclusione della convivenza».

teleologicamente orientati ad un ampliamento della sfera di tutela della persona offesa da violenze commesse nell'ambito di relazioni affettive di qualsivoglia natura, che ne hanno determinato un progressivo avvicinamento e, finanche, una sovrapposizione con l'art. 572 c.p. In particolare, per quanto qui di interesse, la portata applicativa soggettiva dell'aggravante di cui al secondo comma dell'art. 612-bis c.p., nella sua primigenia formulazione limitata alle ipotesi in cui il soggetto agente fosse il coniuge legalmente separato o divorziato o persona non più legata da relazione affettiva alla persona offesa, è stata estesa, prima per opera del decreto legge n. 93 del 2013, quindi, ulteriormente, dalla legge di conversione n. 119 del 2013, ad ogni rapporto affettivo, cessato o attuale, formalizzato o meno dal coniugio²⁷.

È proprio in quest'ultima espressione che, però, si rinviene il nucleo costitutivo della fattispecie incriminatrice di atti persecutori aggravati, e si consente una prima distinzione dalla similare fattispecie di maltrattamenti: l'aumento di pena discende, infatti, dalla sussistenza (presente o pregressa) di una «*relazione affettiva*», preconditione che agevola la commissione del reato e che deve intendersi quale legame sentimentale derivante da un rapporto di reciproco affidamento, non necessariamente connotato dalla componente della stabile condivisione di vita²⁸.

5. Le considerazioni sino a qui svolte conducono, allora, all'individuazione della linea di demarcazione tra il reato di maltrattamenti di cui all'art 572 c.p. ed il delitto di atti persecutori aggravati *ex art. 612-bis co. 2 c.p.* nella cessazione effettiva del rapporto di convivenza.

Se, da un lato, la distinzione è netta a fronte di ipotesi di scioglimento del vincolo matrimoniale, in cui si esclude *per se* il permanere tra i soggetti di una comunione materiale e spirituale di vita proiettata nel futuro e si ritiene sicuramente integrata la sola fattispecie di cui all'art. 612-bis co. 2 c.p., d'altro canto residuano come problematiche le contingenze in cui le condotte vessatorie intervengono nell'ambito di relazioni – ormai terminate – prive *ab origine* di un legame formale.

In tutti questi casi “difficili” la *vexata questio* della distinzione tra maltrattamenti ed atti persecutori aggravati può trovare soluzione – come specifica la Corte di Cassazione – solo a fronte di un fattuale accertamento del perdurare o meno, tra l'autore del reato e la persona offesa, di una consuetudine di vita, esplicitata da modalità

²⁷ Sul punto si vedano A. ROIATI, [La fattispecie dei maltrattamenti contro familiari e conviventi tra interventi di riforma, incertezze interpretative e prospettive de iure condendo](#), cit., G. PAVICH, [Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili](#), in *Dir. pen. cont.*, 24 settembre 2013 e S. RECCHIONE, [Il decreto legge sul contrasto alla violenza di genere: una prima lettura](#), in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2013.

²⁸ In questo senso Cass. pen., Sez. III, 6 febbraio 2018 (dep. 27 settembre 2018), n. 42424, Rv. 274518-01 e, in particolare, Cass. pen., Sez. III, 9 gennaio 2018 (dep. 15 marzo 2018), n. 11920, Rv. 272383-01, che indica con chiarezza che «*in tema di atti persecutori, ai fini della configurabilità della circostanza aggravante di cui all'art. 612-bis, comma secondo, cod. pen. per "relazione affettiva" non s'intende necessariamente la sola stabile condivisione della vita comune, ma anche il legame connotato da un reciproco rapporto di fiducia, tale da ingenerare nella vittima aspettative di tutela e protezione*».

relazionali che si pongono in continuità o discontinuità con la precedente fase di convivenza.

Insomma, al fine di acclarare quale sia la corretta qualificazione giuridica delle condotte violente perpetrate dal partner, si richiede al giudice di merito di procedere ad un doppio vaglio della situazione di fatto esistente al momento della consumazione delle angherie: un preliminare accertamento deve essere rivolto alla possibilità di ricondurre il rapporto di coppia nel perimetro della “convivenza” e non della “relazione affettiva”²⁹; una seconda valutazione, appurata la sussistenza di una convivenza, deve verificare se la stessa è effettivamente cessata, ovvero se permangono, al di là di quanto affermino le parti, meccanismi di controllo, oggettivo e soggettivo, e la persona offesa continui ad essere totalmente privata, in ragione dell’ingombrante presenza dell’ex partner maltrattante, di spazi di autonomia materiale e psicologica.

Solo in questo secondo caso, continuando a sussistere un effettivo rapporto di convivenza, potrà dirsi integrato il reato di cui all’art. 572 c.p. e non l’ipotesi aggravata del delitto di cui all’art. 612-*bis* c.p.

Così conclude il giudice di legittimità, e annulla la sentenza impugnata nella parte relativa alla qualificazione giuridica della condotta illecita realizzata dall’imputato dopo il maggio 2019, rinviando ad altra sezione della Corte di appello di Bologna ai fini dell’instaurazione di un nuovo giudizio.

²⁹ Difatti, come già affermato sopra, la caratterizzazione del rapporto come “relazione affettiva” determina l’automatica integrazione della fattispecie di atti persecutori aggravati, potendosi escludere l’elemento della comunione spirituale e materiale di vita.

NUOVO ART. 4 ORD. PENIT.: IL PROTOCOLLO OPERATIVO DELLA DNAA E I RISVOLTI APPLICATIVI DEL “REGIME PROBATORIO RAFFORZATO” PER I CONDANNATI NON COLLABORANTI

Protocollo d'intesa 29 dicembre 2022

di Gaia Filocamo

1. Pubblichiamo in allegato, per l'interesse, il Protocollo d'Intesa del 29 dicembre 2022 con cui il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo ed i Procuratori distrettuali della Repubblica adottano linee guida e misure organizzative resesi necessarie a seguito delle modifiche apportate all'art. 4-*bis* ord. pen. dal decreto-legge n. 162 del 31 ottobre 2022, convertito con modificazioni in legge 30 dicembre 2022, n. 199.

2. Al fine di una più puntuale comprensione delle ragioni sottese all'adozione del Protocollo, ci pare possa essere di qualche utilità per il lettore offrire una ricognizione cronologica e sintetica delle vicende che hanno interessato la norma in esame. A venire in rilievo, come è noto, è la disciplina dell'accesso ai benefici penitenziari per gli autori di reati c.d. ostativi “di prima fascia”, cioè di delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti violenti; delitti di stampo mafioso; delitti relativi a nuove forme di schiavitù; delitti riferibili al rapporto tra minori, prostituzione e pornografia; delitti in materia di stupefacenti e contrabbando; delitti afferenti alla violenza sessuale e delitti in materia di immigrazione¹.

2.1. Come noto, l'introduzione dell'art. 4-*bis* nell'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354) si deve al d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203, il quale ha gettato le basi del “sistema differenziato” di accesso ai benefici penitenziari, che ancora oggi distingue il regime ordinario da quello riservato ai condannati per delitti di criminalità organizzata². La disciplina, come originariamente pensata, già prevedeva

¹ Cfr. art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen., dal cui testo, a seguito della conversione in legge del d.l. 162/2022, vengono espunti i delitti contro la pubblica amministrazione (introdotti dalla legge c.d. “Spazzacorrotti”, n. 3 del 2019) ed aggiunti – indirettamente, tramite l'espressa estensione dell'applicabilità della disciplina in discorso – tutti i reati, pur diversi da quelli ivi specificamente elencati, che si caratterizzano comunque per la presenza di un nesso teleologico con un reato c.d. “ostativo”. Per un'analisi dei profili di novità della disciplina di cui all'art. 4-*bis* ord. pen., come risultante a seguito dell'intervento normativo in discorso, si veda S. BERNARDI, [Il “regime ostativo” ex art. 4-bis ord. pen. dopo la conversione del d.l. 162/2022: il testo risultante dalla versione approvata dal Senato il 13 dicembre 2022](#), in questa Rivista, 22 dicembre 2022.

² Non si trattava, peraltro, del primo intervento normativo volto all'irrigidimento della disciplina del trattamento penitenziario con riferimento agli autori di reati di criminalità organizzata: dopo la stagione inaugurata dalla legge n. 663 del 1986, c.d. legge Gozzini, ispirata ad ideali rieducativi, una prima svolta di

per detti gravi reati un differente regime probatorio per l'accesso ai summenzionati benefici, richiedendo, in particolare, che fossero acquisiti "elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata"³. Nondimeno, la norma – ad un anno dalla sua introduzione – è stata oggetto di un nuovo intervento riformatore, volto ad inasprirne le previsioni, quale reazione all'ondata di allarme sociale innescata dalle tragicamente note stragi di mafia del '92: con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, infatti, il legislatore introduce una presunzione assoluta di pericolosità sociale del condannato per reati ostativi di prima fascia che non collabori utilmente con la giustizia, ai sensi dell'art. 58-ter o.p.. La rigidità della disciplina viene, tuttavia, attenuata già in sede di conversione del decreto-legge, prevedendo la l. di conv. 356/1992 la possibilità di superare la preclusione qualora la collaborazione richiesta risulti "oggettivamente irrilevante"⁴. Ancora nel senso di mitigare il più severo trattamento di cui si è detto, la Corte costituzionale con le sentenze 27 luglio 1994, n. 357, e 1 marzo 1995, n. 68, ha esteso l'equiparazione tra collaborazione utile e collaborazione irrilevante alle ulteriori ipotesi di collaborazione inesigibile (per limitata partecipazione del condannato al fatto di reato) e di collaborazione impossibile (per intervenuto accertamento con sentenza irrevocabile dei fatti e delle responsabilità). Sulla base di queste ultime indicazioni della Giudice delle leggi, il legislatore è intervenuto nel 2002 dando forma al comma 1-bis, che, nella versione vigente fino al 30 ottobre 2022⁵, definiva normativamente i casi in cui i benefici penitenziari potevano essere concessi anche in assenza di un'utile collaborazione del condannato, previa acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica od eversiva.

segno opposto si era avuta con la limitazione dell'ambito applicativo dei permessi premio, ad opera dell'art. 13 della l. n. 55 del 1990. In quell'occasione era stato aggiunto un comma 1-bis all'art. 30-ter o.p. – successivamente abrogato – che così sanciva: "per i condannati per reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, di criminalità organizzata, nonché per il reato indicato nell'articolo 630 del codice penale, devono essere acquisiti elementi tali da escludere la attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata". Si veda in proposito, *ex multis*, F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, CEDAM, Padova, 1994, 3), citato in L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 2, *I diritti dei detenuti*, 2015.

³ In questa sua versione originaria, la disciplina di cui all'art. 4-bis o.p. si profilava quale guida all'esercizio della discrezionalità rimessa alla magistratura di sorveglianza, con l'imposizione di obblighi istruttori più stringenti e quote di pena da espiare più elevate per l'accesso ai benefici penitenziari degli autori di gravi reati riconducibili, essenzialmente, alla criminalità organizzata di stampo mafioso; cfr. F. GIANFILIPPI, *Intorno al 4-bis: un viaggio nella complessità, che non perde mai di vista le persone*, in *Questione giustizia*, 31 ottobre 2020.

⁴ Si tratta delle ipotesi in cui siano state applicate nella sentenza di condanna definitiva le attenuanti di cui agli artt. 62 n. 6, 114, 116 n. 2 c.p. Cfr. A. DELLA BELLA, *La Cassazione dopo la sentenza 253 della Corte costituzionale: il destino della collaborazione impossibile e lo standard probatorio richiesto per il superamento della presunzione assoluta di pericolosità*, in *questa Rivista*, 16 aprile 2020.

⁵ Per un confronto immediatamente fruibile tra le diverse versioni della norma, può consultarsi la [tabella allegata](#) al contributo S. BERNARDI, *Il "regime ostativo" ex art. 4-bis ord. pen. dopo la conversione del d.l. 162/2022*, cit.

2.2. Non essendo questa la sede per una cronologia più approfondita e dettagliata delle vicende giurisprudenziali e normative che hanno seguito i fondamentali passaggi di cui si è poc'anzi detto⁶, veniamo ora alle più recenti modifiche che hanno interessato l'art. 4-bis o.p.. Il d.l. 162/2022 segna l'ultima tappa dell'*iter* avviato con la rivoluzionaria sentenza costituzionale n. 253 del 2019⁷, nel corso del quale abbiamo visto delinearsi il nuovo volto della disciplina concernente il divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati per reati c.d. "ostativi" che non collaborano con la giustizia⁸. Come noto, la Corte costituzionale, pronunciandosi con l'anzidetta sentenza additiva, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, o.p., nella parte in cui non prevedeva la possibilità per i condannati c.d. "ostativi" non collaboranti di accedere al beneficio dei permessi premio, qualora fossero stati acquisiti "elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti"⁹. Dando seguito alle

⁶ Per uno storico ed un'accurata analisi della disciplina della collaborazione irrilevante ed impossibile in A. DELLA BELLA, [La Cassazione dopo la sentenza 253 della Corte costituzionale: il destino della collaborazione impossibile e lo standard probatorio richiesto per il superamento della presunzione assoluta di pericolosità](#), cit., si rinvia a L. CARACENI, sub art. 4-bis, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, Milano, 2019, p. 67 ss.. Volendo, si veda il volume di V. MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, Giuffrè, 2020, recensito in F. GIANFILIPPI, [Intorno al 4-bis: un viaggio nella complessità, che non perde mai di vista le persone](#), cit., che così ne scrive: "costituisce occasione per fare il punto della situazione sulla giurisprudenza nazionale e sovranazionale e sull'attività del legislatore".

⁷ È cosa nota come, con tale pronuncia, la Corte costituzionale mini le fondamenta del sistema dell'ostatività, accogliendo le denunciate censure di incostituzionalità relative all'art. 4-bis o.p., nella parte in cui non consentiva ai condannati per reati c.d. "ostativi" che non prestassero utile collaborazione con la giustizia l'accesso ai permessi premio, laddove fossero stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con l'organizzazione criminale di appartenenza, nonché il pericolo di un loro eventuale ripristino. Le aspettative ingenerate dalla svolta che la Corte ha impresso in materia con la citata sentenza, tuttavia, vengono sostanzialmente deluse nel momento in cui la Corte stessa si pronuncia, con l'ordinanza 11 maggio 2021, n. 97, accertando eppur non dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo, con particolare riferimento alla disciplina che preclude a chi non abbia collaborato utilmente con la giustizia la possibilità di chiedere la liberazione condizionale. Tale considerazione può rinvenirsi in E. DOLCINI, [L'ergastolo ostativo riformato in articolo mortis](#), in *questa Rivista*, 07 novembre 2022. Si veda poi, *ex multis*, a proposito di detta ordinanza, Id., [L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti](#), in *questa Rivista*, 25 maggio 2021. Disponendo il rinvio della trattazione del merito della questione sottoposta – motivato dal fine di scongiurare il rischio che un intervento demolitorio potesse comportare "effetti disarmonici sulla complessiva disciplina in esame" (cfr. par. 10 del *Considerato in diritto* dell'ordinanza), nonché da quello di conformarsi ad "esigenze di collaborazione istituzionale" (cfr. *ib.*, par. 11) – la Giudice delle leggi rimette al Parlamento l'onere di affrontare la materia entro il termine del 10 maggio 2022, termine che, ancora una volta, non viene rispettato e che porta la Corte a rinviare nuovamente, con l'ordinanza n. 122 del 2022, all'8 novembre, in considerazione dello "stato di avanzamento dell'*iter* di formazione della legge". Sennonché, il decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162, interviene *ex abrupto* modificando la disciplina – nel senso di una disperata missione di salvataggio dell'ergastolo ostativo dalla sua preannunciata, nefasta sorte – relegando il monito della Corte costituzionale a mera causa fondante il requisito di "necessità ed urgenza" richiesto per la legittimità della decretazione governativa.

⁸ Cfr. S. BERNARDI, [Il "regime ostativo" ex art. 4-bis ord. pen. dopo la conversione del d.l. 162/2022](#), cit.

⁹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 23 ottobre 2019, n. 253. Si vedano, *ex plurimis*, S. BERNARDI, [Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.](#), in *questa Rivista*,

pronunce che, in quegli anni, avevano portato al riconoscimento dei principi di progressività trattamentale e di flessibilità della pena quali essenziali corollari del principio di rieducazione¹⁰, pertanto, la presunzione di pericolosità dell'autore di reato ostativo che non collabori utilmente con la giustizia da assoluta è divenuta relativa.

Prestando il fianco a censure di incostituzionalità in relazione agli articoli 3 e 27, comma 3, della Costituzione¹¹ l'art. 4-bis, comma 1, o.p. risulta così integrato – seppur

28 gennaio 2020; oppure, ancora, A. DELLA BELLA, [*La Cassazione dopo la sentenza 253 della Corte costituzionale: il destino della collaborazione impossibile e lo standard probatorio richiesto per il superamento della presunzione assoluta di pericolosità*](#), cit..

¹⁰ Cfr. S. BERNARDI, [*Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.*](#), cit., in cui si fa riferimento, in particolare, alle sentenze n. 239 del 2014 e n. 76 del 2017, con cui si è aperta la possibilità anche per i detenuti “ostativi” non collaboranti di accesso alle forme particolari di detenzione domiciliare previste nell'interesse dei figli minori; e, soprattutto, alla sentenza 21 giugno 2018, n. 149, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 58-quater, comma 4, o.p., nella parte in cui precludeva ai soggetti condannati all'ergastolo per i delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione ovvero di terrorismo o eversione da cui fosse derivata la morte del sequestrato l'accesso ai benefici penitenziari, se non prima avessero effettivamente espiato almeno ventisei anni di pena (può in proposito vedersi E. DOLCINI, [*Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo \(e di rieducazione del condannato\)*](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 18 luglio 2018); nonché alla sentenza 9 ottobre 2019, n. 229, con cui la Corte ha dichiarato illegittima l'anzidetta norma altresì nella parte in cui precludeva l'accesso ai benefici penitenziari ai condannati ad una pena temporanea per i reati poc'anzi menzionati prima che avessero effettivamente espiato almeno due terzi della pena irrogata (si veda S. BERNARDI, [*Dalla Consulta un'ulteriore affermazione dei principi di flessibilità e progressività nell'esecuzione della pena detentiva: definitivamente smantellata la disciplina dell'art. 58-quater, co. 4 ord. penit.*](#), in *questa Rivista*, 21 novembre 2019).

¹¹ La Corte argomenta, infatti, ritenendo che la presunzione assoluta – senza possibilità di prova contraria – della perduranza dei collegamenti del detenuto non collaborante con l'organizzazione criminale sia contraria al canone di ragionevolezza richiesto dall'art. 3 Cost., poiché, in particolare, non è ragionevole pensare che non possano aversi ipotesi eccezionali rispetto a quanto presunto dal legislatore. Si consideri, infatti, che ben può darsi che il contesto criminale di provenienza così come la personalità del condannato mutino durante l'esecuzione della pena; nonché la concreta possibilità che l'assenza di collaborazione sia da attribuirsi a motivazioni delle più svariate (prima fra tutte quella del timore di ritorsioni verso i familiari o sé stessi) e non necessariamente al mantenimento del vincolo con l'associazione criminale. Per quanto attiene al canone rieducativo che deve sempre guidare l'esecuzione delle pene, ai sensi dell'art. 27, comma 3, Cost. – seppur non richiamato dalla Corte in seno alla pronuncia in discorso – grande enfasi gli era stata rivolta dalla Corte di Strasburgo nella sent. *Viola c. Italia* del 13 giugno 2019: “la mancanza di collaborazione non può essere sempre imputata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata soltanto dalla persistenza dell'adesione ai “valori criminali” e al mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza”, pertanto, “se altre circostanze o altre considerazioni possono spingere il condannato a rifiutarsi di collaborare, o se la collaborazione può eventualmente essere proposta a uno scopo meramente opportunistico, l'immediata equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale finisce per non corrispondere al percorso reale di rieducazione...”. Si veda S. BERNARDI, [*Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.*](#), cit.; nonché A. DELLA BELLA, [*La Cassazione dopo la sentenza 253 della Corte costituzionale: il destino della collaborazione impossibile e lo standard probatorio richiesto per il superamento della presunzione assoluta di pericolosità*](#), cit.: “Su questo piano, del resto, si coglie la portata rivoluzionaria della sentenza 253/2019 della Corte costituzionale che, trasformando in relativa la presunzione assoluta di permanenza del vincolo associativo in caso di mancata collaborazione, ha rimosso un'illegittima compressione ai principi di individualizzazione, proporzionalità e quindi umanità e rieducazione della pena”.

con riferimento ai soli permessi premio – dalla previsione di un regime probatorio rafforzato per il condannato ostativo non collaborante (“silente per sua scelta”¹²) che voglia accedere ai permessi premio. La necessità di un tale differenziato regime viene motivata dalla Corte in virtù delle “specifiche connotazioni criminologiche” che caratterizzano le fattispecie di affiliazione ad associazioni mafiose, le quali richiedono, perché possa superarsi la presunzione di attualità di collegamenti con le associazioni stesse, standard probatori di particolare rigore, “proporzionati alla forza del vincolo imposto dal sodalizio criminale del quale si esige l’abbandono definitivo”. Pertanto, pur non essendo più assoluta la presunzione di pericolosità sociale del detenuto che non collabora, questa sarà superabile non per mezzo della sola regolare condotta carceraria o per la mera partecipazione al percorso rieducativo, ma “soprattutto in forza dell’acquisizione di altri, congrui e specifici elementi”. In particolare, l’acquisizione di stringenti informazioni relative all’eventuale attualità di collegamenti con la criminalità organizzata (a partire da quelli di natura economico-patrimoniale) si dimostra criterio essenziale per sostituire la caducata presunzione assoluta, in accordo con l’esigenza di prevenzione della commissione di nuovi reati che è sottesa ad ogni limite posto all’ottenimento di benefici penitenziari.

Detta acquisizione è imprescindibile e, tuttavia, insufficiente. Il regime probatorio rafforzato cui si fa riferimento richiede, infatti, che siano acquisiti “elementi che escludono non solo la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata, ma altresì il pericolo di un loro ripristino, tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali”¹³. Peraltro, l’onere di fare specifica allegazione, in ordine all’esclusione sia dell’attualità che del pericolo di ripristino dei collegamenti, graverà sullo stesso condannato.

Non si è fatto attendere un chiarimento dalla giurisprudenza di legittimità sulla portata dello specifico onere di allegazione che, con il regime probatorio rafforzato richiesto dalla Consulta, gravava sulla parte istante e dal cui assolvimento dipendeva il potere della magistratura di sorveglianza di valutare il merito delle istanze di permesso premio sottoposte. La Corte di cassazione – rifacendosi a quanto sancito dalla Consulta

¹² A proposito della “percepibile differenza ontologica” tra chi “oggettivamente può, ma soggettivamente non vuole (silente per sua scelta)” e chi “soggettivamente vuole, ma oggettivamente non può (silente suo malgrado)”, a giustificazione del c.d. doppio binario probatorio e della “portata precettiva concreta” della disciplina di cui al comma 1-bis ante riforma, si veda S. BERNARDI, [La disciplina della collaborazione impossibile supera il vaglio della Consulta: legittima la previsione di uno standard probatorio diverso da quello richiesto per chi non collabori “per scelta”](#), in *questa Rivista*, 02 febbraio 2022, a commento della sent. cost. 25 gennaio 2022, n. 20. O, volendo, per una critica alla suddetta differenziazione può vedersi A. DELLA BELLA, [La Cassazione dopo la sentenza 253 della Corte costituzionale: il destino della collaborazione impossibile e lo standard probatorio richiesto per il superamento della presunzione assoluta di pericolosità](#), cit..

¹³ Sentenza costituzionale n. 253 del 2019, par. 9 del *Considerato in diritto*: “La magistratura di sorveglianza deciderà, sia sulla base di tali elementi, sia delle specifiche informazioni necessariamente ricevute in materia dalle autorità competenti, prima ricordate; con la precisazione che – fermo restando l’essenziale rilievo della dettagliata e motivata segnalazione del Procuratore nazionale antimafia o del Procuratore distrettuale – se le informazioni pervenute dal comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica depongono in senso negativo, incombe sullo stesso detenuto non il solo onere di allegazione degli elementi a favore, ma anche quello di fornire veri e propri elementi di prova a sostegno”.

nel par. 9 della succitata sentenza¹⁴ – ha fondato la ricostruzione dei necessari adempimenti su un parallelismo con gli oneri già posti a carico dell’istante nelle ipotesi di collaborazione inesigibile o impossibile¹⁵, stabilendo, in particolare, che il non collaborante “è tenuto ad illustrare gli elementi fattuali che abbiano concreta portata «antagonista» sul piano logico rispetto al fondamento della presunzione relativa di pericolosità”¹⁶. Quanto, invece, agli elementi in grado di escludere il pericolo del ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata, a fronte di chi avanzava timori sulla portata di tale presupposto¹⁷, si è rilevato come, a ben vedere, si trattasse della “concreta declinazione, per gli autori di reati della criminalità organizzata, del requisito dell’assenza di pericolosità sociale, che deve essere valutato ai sensi dell’art. 30-ter per la concessione dei permessi premio”. Pertanto, si sostanzia quest’ultimo in un giudizio prognostico finalizzato a valutare la probabilità che il soggetto non commetta nuovi reati e, con particolare riferimento agli autori di reati di criminalità organizzata, tale requisito si traduce in una “valutazione probabilistica circa la futura commissione di reati legati alla criminalità organizzata stessa e dunque, nella sostanza, in una valutazione probabilistica circa l’avvenuto distacco dall’associazione di appartenenza”¹⁸. Allora, in effetti, la valutazione circa l’eventuale pericolo di ripristino dei collegamenti era – già prima della sentenza 253/2019 – oggetto di accertamento del magistrato di sorveglianza per la concessione dei permessi premio, nelle ipotesi di cui all’art. 4-bis co. 1-bis o.p., ossia nei confronti dei condannati per reati ostativi nel caso di collaborazione impossibile o irrilevante.

13. In questo contesto si inserisce la modifica apportata dal d.l. 162/2022, come risultante dalla legge di conversione, alla disciplina del sistema di ostatività all’accesso ai benefici penitenziari. Il legislatore interviene codificando la presunzione relativa elaborata dalla Corte costituzionale, con riferimento a tutti i benefici penitenziari. Il rinnovato regime di accesso ai benefici per i detenuti non collaboranti ne risulta configurato sulla base di una distinzione interna ai reati ostativi “di prima fascia”, tra delitti ascrivibili alla criminalità organizzata (per i quali è richiesta l’allegazione di elementi che escludano sia l’attualità che il pericolo di ripristino dei collegamenti con l’associazione mafiosa di appartenenza) ed altri gravi delitti (per i quali, invece, si richiede l’allegazione dei soli elementi necessari ad escluderne l’attualità)¹⁹.

¹⁴ Sentenza costituzionale n. 253 del 2019, cit.

¹⁵ Cfr. F. GIANFILIPPI, [Dopo la sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale: oneri di allegazione e istanze di permesso premio dell’ergastolano non collaborante](#), in *questa Rivista*, 20 settembre 2021, a commento di Cass., Sez. I, sent. 14 luglio 2021, n. 33743.

¹⁶ Cass., Sez. I, sent. 14 luglio 2021, n. 33743.

¹⁷ Si veda, *ex multis*, F. GIANFILIPPI, [Dopo la sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale: oneri di allegazione e istanze di permesso premio dell’ergastolano non collaborante](#), cit.

¹⁸ A. DELLA BELLA, [La Cassazione dopo la sentenza 253 della Corte costituzionale: il destino della collaborazione impossibile e lo standard probatorio richiesto per il superamento della presunzione assoluta di pericolosità](#), cit.

¹⁹ Si veda, ancora, S. BERNARDI, [Il “regime ostativo” ex art. 4-bis ord. pen. dopo la conversione del d.l. 162/2022](#), cit. Il sistema così delineato va a sostituire integralmente l’art. 4-bis, comma 1-bis, o.p. (che, nella versione previgente, disciplinava le ipotesi di collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante) e vi aggiunge la

Inoltre, il comma 2 del nuovo art. 4-bis o.p. ridefinisce i contorni della procedura informativa cui il giudice di sorveglianza deve attenersi per la valutazione e la decisione sull'istanza di concessione dei benefici. Il legislatore, anzitutto, integra la disposizione prevedendo che, nelle ipotesi disciplinate dai commi 1-bis²⁰ e 1-bis.1²¹, il giudice debba acquisire:

“... anche al fine di verificare la fondatezza degli elementi offerti dall'istante, dettagliate informazioni in merito al perdurare dell'operatività del sodalizio criminale di appartenenza o del contesto criminale nel quale il reato è stato consumato, al profilo criminale del detenuto o dell'internato e alla sua posizione all'interno dell'associazione, alle eventuali nuove imputazioni o misure cautelari o di prevenzione sopravvenute a suo carico e, ove significative, alle infrazioni disciplinari commesse durante la detenzione ...”.

Il novellato comma 2 aggiunge poi:

“... Il giudice chiede altresì il parere del pubblico ministero presso il giudice che ha emesso la sentenza di primo grado o, se si tratta di condanne per i delitti indicati all'articolo 51, commi 3 bis e 3 quater, del codice di procedura penale, del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado e del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, acquisisce informazioni dalla direzione dell'istituto ove l'istante è detenuto o internato e dispone, nei confronti del medesimo, degli appartenenti al suo nucleo familiare e delle persone ad esso collegate, accertamenti in ordine alle condizioni reddituali e patrimoniali, al tenore di vita, alle attività economiche eventualmente svolte e alla pendenza o definitività di misure di prevenzione personali o patrimoniali. I pareri, le informazioni e gli esiti degli accertamenti di cui al quinto periodo sono trasmessi entro sessanta giorni dalla richiesta. Il termine può essere prorogato di ulteriori trenta giorni in ragione della complessità degli accertamenti ...”.

La necessaria acquisizione di pareri da parte del pubblico ministero (o, in alternativa, del Procuratore distrettuale) e della Procura nazionale antimafia non è priva di aspetti in relazione ai quali, in dottrina, sono state rilevate criticità. Se, per un verso, le informazioni dettagliate – che il giudice della sorveglianza è comunque tenuto ad acquisire tramite il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente, nonché il direttore dell'istituto penitenziario in cui si trova il detenuto – sono semplicemente volte a supportare una decisione ponderata e consapevole da parte del giudicante, non pare possa dirsi altrettanto dei pareri delle Procure. La discrezionalità della magistratura di sorveglianza in ordine al giudizio di accoglimento o rigetto dell'istanza, infatti, ne risulta necessariamente limitata, a meno che detti pareri non si

possibilità per il giudice di adottare prescrizioni atte ad impedire il ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva o che impediscano ai condannati di svolgere attività o intrattenere rapporti personali che possano indurre o facilitare il compimento di altri reati o il ripristino di detti collegamenti (tra le prescrizioni adottabili vi sono il divieto di soggiorno in uno o più comuni e l'obbligo di soggiorno in un comune determinato).

²⁰ Si tratta dell'ipotesi in cui detenuti ed internati per reati – tra i c.d. ostativi “di prima fascia” – propriamente riconducibili alla criminalità organizzata non collaborino con la giustizia, ai sensi dell'art. 58-ter ord. pen.

²¹ È il caso di assenza di collaborazione con la giustizia, ai sensi dell'art. 58-ter ord. pen., con riferimento a detenuti o internati per reati ostativi “di prima fascia” che non siano inquadrabili nella criminalità organizzata.

riducano anch'essi, nei fatti, a mere informazioni²². Diversamente, del resto, oltre all'appesantimento di un'istruttoria già onerosa, l'acquisizione del parere si rivela, a ben vedere, "inconferente rispetto alla complessa decisione da assumere"²³. Senza poi contare che tali pareri, potenzialmente in grado di "influire *ab externo*" sulle scelte del giudice di sorveglianza relative alla concessione del beneficio, sono richiesti al pubblico ministero presso il giudice che ha emesso la sentenza di primo grado: quest'ultimo elemento, pertanto, apre rischiosamente all'intervento di un organo investigatore il cui ruolo si è svolto a distanza presumibilmente notevole di tempo rispetto al momento in cui si valutano i presupposti per il superamento dell'ostatività e in una prospettiva divergente da quella ispirata al principio rieducativo del condannato²⁴.

4. Tutto ciò premesso, può giungersi ora ad una più compiuta comprensione del Protocollo presentato in apertura e pubblicato in allegato, il quale si instaura sul presupposto del rafforzato ruolo che la novella attribuisce all'intervento requirente nell'ambito delle summenzionate procedure di ammissione ai benefici penitenziari di detenuti e internati per delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p.. Ci sembra qui utile menzionare alcuni dei passaggi più rilevanti che hanno portato all'adozione dell'intesa in commento. Anzitutto, era esigenza già unanimemente avvertita ed emersa nelle riunioni dei Procuratori distrettuali Antimafia – tenutesi tra i mesi di luglio e settembre 2022 – quella di misure organizzative volte ad agevolare l'ordinata formazione e la compiuta condivisione delle informazioni necessarie alla valutazione giudiziale circa la sussistenza dei presupposti per l'accesso ai benefici penitenziari. Inoltre, con provvedimento prot. 46982/22 del 28 novembre 2022 è stata disposta la creazione, nell'ambito del sistema S.I.D.N.A.²⁵, di una "Area sicura di condivisione informativa (ASCI)", denominata "Procedure ex art. 4-*bis* ord. pen.", accessibile a tutti gli utenti del sistema abilitati presso la DNAA e le Procure distrettuali e strutturata – sulla

²² Si veda, a tal proposito, E. DOLCINI, [L'ergastolo ostativo riformato in articolo mortis](#), cit., p. 7.

²³ Cfr. M. PASSIONE, [A proposito del d.l. 162/2022: rilievi costituzionali e proposte di modifica, con particolare riferimento alla disciplina in materia di 4-*bis* o.p.](#), in *questa Rivista*, 28 novembre 2022.

²⁴ Così si legge nel [documento del 22 Novembre 2022 elaborato dal Consiglio direttivo dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale "G.D. Pisapia"](#), pubblicato in *questa Rivista*, 28 novembre 2022.

²⁵ Dalla voce introduttiva del Sistema informativo SIDDA (sistema informativo direzione distrettuale antimafia)-SIDNA (sistema informativo direzione nazionale antimafia) sul sito del Ministero della Giustizia, in cui si legge che, in applicazione della disposizione di cui all'art. 371-*bis*, comma 3, lett. c) c.p.p., che assegna al Procuratore Nazionale lo specifico compito di provvedere all'acquisizione ed elaborazione di notizie, informazioni e dati attinenti alla criminalità organizzata, "Il sistema SIDDA/SIDNA è finalizzato alla gestione di tutte le attività investigative, e più in generale conoscitive, che riguardano le indagini nei confronti della criminalità organizzata. Presso la Direzione Nazionale Antimafia, in Roma, è presente una banca dati basata sulle informazioni che vengono ottenute da investigazioni condotte sul territorio nazionale da parte delle Direzioni Distrettuali Antimafia. Queste ultime, in numero di 26, sono strutture presenti presso le Procure della Repubblica delle città sedi di Corti di Appello. La banca dati centrale gestita dalla Direzione Nazionale può essere consultata dai magistrati che operano presso le Direzioni Distrettuali per ottenere informazioni indispensabili alle indagini da svolgere e viene continuamente arricchita da contributi provenienti dalle stesse Direzioni Distrettuali. Essa consente, inoltre, al Procuratore Nazionale di disporre dei necessari costanti riferimenti sulla evoluzione dei fenomeni criminosi e di esercitare, laddove necessario, attività di coordinamento per le operazioni condotte sul territorio dalle diverse Procure".

base di un'architettura informatica uniforme a livello nazionale – in cartelle nominative corrispondenti alle persone detenute in esecuzione di pene o internate per delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., necessarie alla raccolta degli atti e delle informazioni concernenti le procedure originate dalle loro istanze.

5. Allo scopo di affinare ulteriormente i meccanismi di condivisione delle informazioni rilevanti, dunque, si adottano modelli uniformi e semplificati nella gestione delle procedure finalizzate alla acquisizione degli elementi informativi imprescindibili per la formulazione di pareri esaustivi ed aggiornati. In considerazione dell'appesantimento del carico di adempimenti connessi ad un – prevedibilmente – assai rilevante afflusso delle istanze relative alle procedure di cui all'art. 4-*bis* ord. pen., la Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo e le Procure distrettuali, tramite il Protocollo d'Intesa qui sinteticamente contestualizzato, procedono alla ripartizione delle acquisizioni da realizzarsi.

In particolare, al fine di svolgere le verifiche ed esprimere i pareri necessari per la successiva valutazione di merito del giudice della sorveglianza sulla sussistenza dei presupposti per accedere ai benefici penitenziari, si stabilisce che la DNAA proceda al reperimento dei dati relativi ai detenuti interessati dal 4-*bis* o.p. tramite il DAP (Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria), mentre le informazioni concernenti i componenti effettivi del loro nucleo familiare e delle persone ad esso collegate devono essere oggetto di comunicazione da parte di ciascuna Procura distrettuale della Repubblica ai GICO (Gruppi d'investigazione sulla criminalità organizzata della Guardia di Finanza) ed alla DIA (Direzione investigativa antimafia). Sulla base di tutti i dati acquisiti, la DNAA è tenuta a disporre gli accertamenti patrimoniali di cui all'art. 4-*bis*, comma 2, da eseguirsi per mezzo dello SCICO (Servizio centrale di investigazione sulla criminalità organizzata della Guardia di Finanza), nonché ad avvalersi della DIA per acquisire ogni elemento, notizia ed informazione risultante dall'accesso telematico a fonti aperte utile alla valutazione relativa all'attualità o al pericolo di ripristino dei collegamenti criminosi. Ciascuna Procura distrettuale, invece, eventualmente delegando la Polizia Giudiziaria, procederà ad ogni ulteriore acquisizione finalizzata a verificare l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria derivanti dal reato (o l'effettiva impossibilità di procedervi)²⁶, alla verifica di eventuali disponibilità economiche sintomatiche dell'attualità dei collegamenti criminosi del detenuto e, da ultimo, agli accertamenti relativi alle circostanze ambientali e personali sintomatiche del pericolo di ripristino dei collegamenti con i sodalizi di riferimento.

Gli esiti delle attività di accertamento svolte ed i pareri conseguentemente espressi dovranno essere oggetto di immediata condivisione tra Direzione Nazionale e Procure distrettuali, assicurata anche dal corretto riversamento della documentazione nelle cartelle nominative del sistema SIDNA, infine di trasmissione al Tribunale di

²⁶ Cfr. testo come da ultimo novellato dell'art. 4-*bis*, commi 1-*bis* e 1-*bis*.1, o.p.: si tratta di adempimenti richiesti per l'accesso ai benefici penitenziari dei detenuti o internati per i reati c.d. ostativi "di prima fascia", ove manchi la collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* o.p.

Sorveglianza ed al Procuratore generale presso la Corte d'appello di riferimento (ai fini della sua partecipazione all'udienza²⁷).

²⁷ Il riferimento è qui alla possibilità – prevista dal nuovo comma 2-ter dell'art. 4-bis ord. pen. – che, nelle udienze del Tribunale di sorveglianza che abbiano ad oggetto la concessione dei benefici penitenziari ai condannati per reati di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p., le funzioni di pubblico ministero siano svolte dal pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado.

**LA CASSAZIONE RIAFFERMA E SVILUPPA L'ORIENTAMENTO
CONSOLIDATO IN TEMA DI IMPUTAZIONE SOGGETTIVA
DELL'OMICIDIO PRETERINTENZIONALE**

*Cass., Sez. V, 21 gennaio 2022 (dep. 20 aprile 2022), n. 15269, Pres. Miccoli,
est. De Marzo*

di Mario Nicolini

1. La sentenza della Corte di cassazione che può leggersi in allegato¹, ribadisce e sistematizza l'orientamento nomofilattico consolidato con riferimento all'imputazione soggettiva del delitto di cui all'art. 584 c.p. e si discosta rispetto alla tesi sostenuta in un precedente di merito già oggetto di commento su questa *Rivista*².

L'imputazione concerneva i tristemente noti fatti di Piazza San Carlo, occorsi a Torino in occasione della proiezione della finale di Champions League tra Juventus e Real Madrid il 3 giugno 2017³.

La sentenza si distingue per aver affrontato la fattispecie di omicidio preterintenzionale ribadendo e sistematizzando l'orientamento giurisprudenziale consolidato in punto di elemento soggettivo⁴ e, in particolare, sottolineando l'alterità della fattispecie di cui al delitto ex art. 584 c.p. rispetto a quello di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto (art. 586 c.p.), in relazione al quale, come noto, è ormai *ius receptum* la necessità di accertare in concreto, la colpa dell'agente per la morte cagionata⁵.

¹ Per un primo commento cfr. M.L. MATTHEUDAKIS, *Ancora un'aberrazione applicativa dell'omicidio preterintenzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, ottobre 2022, pp. 2226-2233.

² Cfr. M. NICOLINI, [La Corte d'Assise di Sassari supera la prevedibilità in astratto e apre alla colpa in concreto nell'omicidio preterintenzionale](#), in questa *Rivista*, 13 aprile 2022.

³ Cfr. il commento di S. ZIRULIA a Cass. pen., Sez. V, 11 dicembre 2018, n. 13192, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 aprile 2019, nonché B. ROSSI, [Morte per 'effetto domino' innescato dall'utilizzo di spray urticante: configurabile l'omicidio preterintenzionale c.d. aberrante? La Cassazione sui fatti di piazza San carlo a Torino](#), in Cass. pen., 2020, pp. 215ss., e M. LANZI, [Preterintenzione e reato aberrante tra vecchi paradigmi e nuove esigenze di tutela](#), in *Criminalia*, 2018, pp. 611 ss.

⁴ Per tutte, Cass. pen., Sez. V, 21 aprile 2016 (dep. 26 ottobre 2016), n. 44986, imp. P.G. e P.C. in proc. Mulè, «l'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva né dal dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 cod. pen. assorbe la prevedibilità di evento più grave nell'intenzione di risultato. (In applicazione del principio la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di merito ha affermato la responsabilità dell'imputato a titolo di omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'event e non di omicidio preterintenzionale, con riferimento alla morte di una donna per soffocamento, verificatasi nel corso di un rapporto sessuale con l'imputato, che prevedeva l'adozione di comune accordo di tecniche di "bondage", ossia di costrizione fisica mediante legatura)», Rv. 268299-01.

⁵ Cass. pen., Sez. Un., 22 gennaio 2009 (dep. 29 maggio 2009), n. 22676, imp. Ronci, «in tema di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto, la morte dell'assuntore di sostanza stupefacente è imputabile alla responsabilità del

2. I profili essenziali in punto di fatto possono essere così riassunti. Poco dopo le ore 22, in un contesto di relativa tranquillità, gli imputati spruzzavano vero il suolo dello spray urticante per agevolarsi nella commissione di delitti predatori contro il patrimonio, approfittando della situazione di panico così generata. Effettivamente, a tali condotte seguivano due spostamenti di folla a breve di stanza di tempo (il primo registrato dalle telecamere alle 22:12, il secondo alle 22:36): nella calca, molte delle circa 30.000 persone presenti in piazza riportavano lesioni di vario genere, che, in tre casi, ne cagionavano il decesso.

3. Come detto in sede introduttiva, la sentenza in commento si caratterizza per un'articolata motivazione in punto di criterio di imputazione soggettiva dell'evento morte nell'omicidio preterintenzionale, che ribadisce paradigmi ermeneutici consolidati. I giudici si soffermano, dapprima, sulla ricostruzione dell'elemento oggettivo della fattispecie, strutturato sul nesso eziologico fra «atti diretti» e percuotere o ledere e la morte del soggetto passivo del reato. Sul punto, si ritiene l'infondatezza della ricostruzione difensiva volta ad insinuare il ragionevole dubbio rispetto alla sussistenza di decorsi eziologici alternativi che abbiano innescato autonome catene causali poi esitate negli eventi mortali.

In particolare, gli imputati rappresentavano all'attenzione della Corte la possibilità che dai rumori riscontrati dopo la fuga iniziale della folla riunita potesse inferirsi la presenza di inneschi causali diversi rispetto allo spruzzo dello spray urticante, come sarebbe altresì testimoniato dal riscontrato crollo di una ringhiera posta a protezione delle scale d'accesso ad un parcheggio limitrofo. Sul punto, è altresì prospettata dalle difese la possibilità che il panico fosse riconducibile al timore di attentati terroristici ovvero alla presenza di altre bande di rapinatori operanti nello stesso luogo. Sul piano processuale, le suggestioni difensive vengono disattese in quanto ritenute inidonee a fondare un ragionevole dubbio (art. 530 co. 1 c.p.p.), il quale, ribadisce la Corte, deve fondarsi su una ricostruzione plausibile della vicenda alla luce delle risultanze processuali obiettivamente accertate, e non solo su un'astratta plausibilità di tipo congetturale⁶.

In punto di diritto sostanziale, viene ribadito il consolidato orientamento giurisprudenziale⁷ a mente del quale non possono considerarsi come cause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l'evento (art. 41 co. 2 c.p.) quelle che agiscano sinergicamente con la condotta dell'agente: il principio generale di indifferenza delle concause, infatti, impone di ritenere interrotto il nesso eziologico solo a fronte di

cedente sempre che, oltre al nesso di causalità materiale, sussista la colpa in concreto per violazione di una regola precauzionale (diversa dalla norma che incrimina la condotta di cessione) e con prevedibilità ed evitabilità dell'evento, da valutarsi alla stregua dell'agente modello razionale, tenuto conto delle circostanze del caso concreto conosciute o conoscibili dall'agente reale.», Rv. 243381-01.

⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 21 dicembre 2017 (dep. 3 aprile 2018), n. 14800, imp. Troise, Rv. 272430 e Cass. pen., Sez. III, 21 gennaio, n. 5602, imp. P., Rv. 281647-04.

⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 18 giugno 2015, n. 36724, imp. Ferrito, Rv. 264534; Cass. pen., Sez. IV, 21 giugno 2013, n. 43168, imp. Frediani; Cass. pen., Sez. V, 26 gennaio 2010, n. 11954, imp. Palazzolo, Rv. 246549.

un percorso causale completamente autonomo o, al più, connotato da assoluta anomalia ed eccezionalità⁸. Tale orientamento è poi declinato con particolare riguardo all'omicidio preterintenzionale, in relazione al quale si conferma altro orientamento consolidato che nega qualsiasi efficacia interruttiva del nesso eziologico tra le condotte-base violente e l'evento morte in caso di eventuali negligenze dei sanitari nelle successive terapie mediche, le quali non vengono ritenute né un fatto imprevedibile né uno sviluppo assolutamente atipico della serie causale⁹.

Tali coordinate di ordine generale vengono declinate con specifico riguardo all'omicidio preterintenzionale, che, sul piano oggettivo, prescinde dalla necessità che la serie causale esitata nella morte rappresenti lo sviluppo dello stesso evento di percosse o lesioni voluto dall'agente¹⁰. Tale affermazione è confortata dalla citazione di due precedenti, che descrivono il quadro teorico accolto dai giudici con riferimento al problema del nesso causale: da un lato, si richiama il principio *causa causæ est causa causati* temperato dal criterio della regolarità causale, mostrando, perciò, adesione ai paradigmi ermeneutici propri della c.d. "teoria della causalità adeguata (o umana)"¹¹, dall'altro si integra tale ricostruzione sulla base di argomentazioni più prossime alla teoria della c.d. "imputazione obiettiva dell'evento", in base alla quale la morte deve ritenersi causalmente collegata alla condotta lesiva allorché si ponga come conseguenza di una specifica situazione di pericolo cagionata intenzionalmente dal reo.

Tanto argomentato in punto di elemento oggettivo, la pronuncia si volge all'analisi di quello soggettivo, diffondendosi, dapprima, sulla sussistenza del dolo eventuale in relazione al delitto-base di lesioni (art. 582 c.p.). Per distinguere efficacemente fra dolo eventuale e colpa con previsione, vengono richiamati gli indicatori da cui desumere non già la semplice accettazione del rischio ma la più pregnante adesione psicologica al rischio medesimo che consente di ritenere provato che

⁸ Per una ricostruzione analitica delle teorie causali, in grado di suggerire opportuna riflessione critica al retroterra argomentativo sotteso alla sentenza in commento, cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XI edizione, Milano, 2023, pp. 260-273.

⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 4 aprile 2022 (dep. 9 maggio 2022), n. 18396, con commento di M. NICOLINI, N. G. ORSI, [La Cassazione su uno dei filoni del caso Cucchi: un'articolata decisione in materia di omicidio preterintenzionale e falso in atto pubblico](#), in *CamminoDiritto*, 17 gennaio 2023; Cass. pen., Sez. V, 19 ottobre 2021, n. 45421, imp. D'Onofrio, Rv. 282285; Cass. pen., Sez. V, 3 luglio 2012, n. 39389, imp. Martena, Rv. 254320; Cass. pen., Sez. V, 23 maggio 2012, n. 29075, imp. Barbagallo, Rv. 253316; Cass. pen., Sez. IV, 18 gennaio 2010, n. 9967, imp. Otelli, Rv. 246797; Cass. pen., Sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 41293, imp. Tadorelli, Rv. 237838; Cass. pen., Sez. IV, 4 ottobre 2006, n. 41943, imp. Lestingi, Rv. 235537.

¹⁰ Cfr., Cass. pen., Sez. V, 12 luglio 2012, n. 41017, imp. S., Rv. 253744.

¹¹ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 18 aprile 1966, n. 654, imp. Nervetti, Rv. 102177-01 la cui massima descrive icasticamente gli asserti tipici di tale ricostruzione teorica affermando che «il principio tradizionale *causa causæ est causa causati* esige una limitazione affinché la causalità non si risolva in un qualsiasi nesso di dipendenza o di condizionalità semplice. Tale limite va posto col criterio della così detta regola causale, con la quale si intende non già ogni nesso di condizionalità ed occasionalità, ma soltanto la relazione normalmente efficiente a cagionare l'evento. Occorre cioè che questo effetto risulti conforme a quello che è l'ordinario svolgersi degli eventi nel momento in cui viene posta in atto la causa prima; valendo, invece, a interrompere il nesso di causalità quel fattore sopravvenuto, che, inserendosi nel processo produttivo dell'evento, per la sua anomalia, atipicità ed eccezionalità, si presenti a guisa di un avvenimento imprevedibile e, quindi, fortuito in relazione all'azione od omissione remota».

l'agente non si sarebbe astenuto dalla condotta neppure se avesse avuto la certezza della sicura verifica dell'evento, secondo la c.d. "prima formula di Frank"¹². Tale adesione psicologica è ritenuta provata dal contegno degli imputati successivo al reato: essi, si rileva, «nonostante l'effetto panico che attraversò la piazza poterono allontanarsi indisturbati dalla scienza senza alcuna conseguenza negativa per loro ed anzi filmandosi sghignazzando per l'effetto ottenuto»¹³.

Esaurita l'argomentazione sulla sussistenza dell'elemento soggettivo del reato-base, la Corte si muove verso la disamina dell'importante questione concernente l'elemento soggettivo del delitto di cui all'art. 584 c.p., la cui *ratio* politico-criminale è ricondotta alla scelta di presidiare con una comminatoria particolarmente elevata «la commissione di condotte che, per loro intrinseca natura, esprimono più di ogni altra il pericolo che vengano innescati processi causali in grado di degenerare nell'uccisione di colui che le subisce»¹⁴.

Quanto all'imputazione soggettiva, la sentenza muove da un'analitica ricognizione della evoluzione ermeneutica in materia che si è confrontata con la progressiva espansione del principio di colpevolezza e della sua portata applicativa all'interno dell'ordinamento penale.

Chiara è, sul punto, l'adesione all'orientamento giurisprudenziale consolidato¹⁵, e anche recentemente ribadito, in base al quale si ritiene «ormai superata [...] la teoria per la quale in passato si riteneva che l'omicidio preterintenzionale fosse punibile a titolo di dolo misto a colpa. Si è, infatti, pervenuti all'approdo interpretativo secondo cui l'elemento psicologico del reato in questione è costituito soltanto dalla volontà di infliggere percosse o provocare lesioni; in tal senso si è espressa, invero, del tutto condivisibilmente, questa Corte nell'affermare la tesi secondo cui, in tema di omicidio preterintenzionale, l'elemento soggettivo è costituito, non già da dolo o responsabilità oggettiva né da dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 cod. pen. assorbe la prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione di risultato».

Tale massima consolidata viene poi declinata con riferimento alla compatibilità in relazione al principio costituzionale di colpevolezza, mettendo in relazione l'omicidio preterintenzionale alla finitima fattispecie di morte o lesioni come conseguenza di altro

¹² Tali indicatori sono quelli tassonomizzati nella ben nota Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, imp. Espenhahn, Rv. 261105-01. Essi sono «a) la lontananza della condotta tenuta da quella doverosa; b) la personalità e le pregresse esperienze dell'agente; c) la durata e la ripetizione dell'azione; d) il comportamento successivo al fatto; e) il fine della condotta e la compatibilità con esso delle conseguenze collaterali; f) la probabilità di verifica dell'evento; g) le conseguenze negative anche per l'autore in caso di sua verifica; h) il contesto lecito o illecito in cui si è svolta l'azione nonché la possibilità di ritenere, alla stregua delle concrete acquisizioni probatorie, che l'agente non si sarebbe trattenuto dalla condotta illecita neppure se avesse avuto contezza della sicura verifica dell'evento», come riprodotti a p. 10 della sentenza in commento.

¹³ Cfr. p. 11 della sentenza in commento.

¹⁴ Cfr. p. 12 della sentenza in commento, con richiamo al precedente di Cass. pen., Sez. V, 3 maggio 2016, n. 35015, imp. Baci, Rv. 267549.

¹⁵ Almeno a partire da Cass. pen., Sez. V, 8 marzo 2006, n. 13673, imp. Haile, Rv. 234552.

delitto (art. 586 c.p.), la cui sussistenza richiede, per giurisprudenza ormai consolidata, il pieno accertamento della c.d. “colpa in concreto” dell’agente¹⁶. Nell’ambito dell’omicidio preterintenzionale, si evidenzia, sussiste un rapporto di omogeneità fra la situazione di pericolo generata dal reo per mezzo di una condotta finalizzata all’aggressione fisica del soggetto passivo mentre nella fattispecie ex art. 586 c.p. la morte è del tutto estraneo all’area di rischio attivato con la condotta iniziale e deve, perciò, essere imputato a titolo di colpa in quanto effetto di una serie causale diversa¹⁷.

Il passaggio argomentativo è dirimente, dal momento che, per quanto consta a chi scrive, costituisce una peculiarità nel panorama giurisprudenziale: la Corte, infatti, non si accontenta di riprodurre la massima tralatizia dell’assorbimento della prevedibilità dell’evento più grave nell’intenzione di risultato, ma tenta di riempirla di contenuto sostanziale con un ragionamento che, come anticipato, muove da un retroterra teorico centrato sull’implicita adesione agli schemi concettuali dell’imputazione obiettiva dell’evento. Si afferma, infatti, che parametro della misura della prevedibilità dell’evento morte rispetto alle lesioni è la collocazione del medesimo nella stessa area di rischio innescata dalla condotta lesiva, la quale è definita come «normalmente ravvisabile ma astrattamente suscettibile di essere messa in discussione nei casi limite»¹⁸.

Tanto argomentato sulla ricostruzione dogmatica dell’elemento soggettivo della fattispecie, la motivazione si confronta con la ricostruzione operata nei precedenti stadi e gradi del giudizio che avevano qualificato la vicenda in termini di omicidio preterintenzionale aberrante¹⁹, prospettiva disattesa dall’arresto qui in commento.

Il presupposto concettuale del mutamento di qualificazione si fonda sulla ritenuta ed argomentata sussistenza del dolo eventuale di lesioni ravvisato nella condotta di spruzzo dello spray urticante. A partire da esso, si fa leva sulla natura plurioffensiva del delitto di rapina (art. 628 c.p.), del cui elemento oggettivo la violenza costituisce uno dei possibili predicati modali in cui si articola la condotta: tale dato sistematico consente alla Corte di argomentare nel senso che «il fatto che non tutte le persone coinvolte sarebbero state rapinate è un dato irrilevante, dal momento che l’azione violenta nei confronti di coloro che erano stati individuati come bersaglio dell’azione predatoria era sì diretta a propiziare le condizioni per realizzare la rapina, ma, dal punto di vista qualificatorio (ossia quanto al profilo della violenza in sé considerata)», assume, nei confronti della generalità, significato autonomo, irrilevanti restando invece quelli che, rispetto ai c.d. terzi, finiscono per essere i motivi del delinquere»²⁰. Pertanto, viene meno «il presupposto (che sosterebbe la qualificazione in termini di *aberratio*) della lamentata solo indiretta incidenza, rispetto ai c.d. terzi, della

¹⁶ Sul punto, cfr. F. BASILE, *La colpa in attività illecita: un’indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005 le cui riflessioni paiono pressoché integralmente riprodotte da Cass. pen., Sez. Un., 22 ottobre 2009, n. 22676, imp. Ronci, Rv. 243381-01.

¹⁷ Viene citato, sul punto, il precedente di Cass. pen., Sez. V, 18 gennaio 2019, n. 5155, Battimelli.

¹⁸ Cfr. p. 13 della sentenza in commento.

¹⁹ Cfr. M. LANZI, [Preterintenzione e reato aberrante](#), in *disCrimen*, 11 settembre 2019.

²⁰ Cfr. p. 13 della sentenza in commento.

condotta degli agenti che invece dovrebbe essere considerata, secondo il ricorso, diretta esclusivamente nei confronti dei potenziali bersagli dell'azione predatoria»²¹. Disattendendo la qualificazione giuridica operata dai ricorrenti, invece, la Corte supera la ricostruzione in termini di reato aberrante, constatando che «la valorizzazione, sul piano logico-giuridico ai fini della configurabilità dell'omicidio preterintenzionale del segmento dell'azione finalizzato a ledere l'integrità fisica delle potenziali vittime della rapina pone queste ultime, ai medesimi fini, sullo stesso piano di tutti gli altri soggetti destinatari». Pertanto, l'offesa all'incolumità fisica non può ritenersi riconducibile ad un errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, essendo ricompresa nell'oggetto del dolo eventuale di lesioni che ha sorretto la condotta-base lesiva.

La ricostruzione in termini di plurioffensività della rapina fuga, altresì, ogni possibile residuo dubbio ermeneutico in ordine alla sussumibilità degli episodi in esame dentro la fattispecie ex art. 584 c.p. ovvero ex art. 586 c.p. In disparte le considerazioni, già ripercorse, sull'alterità strutturale tra le due fattispecie, si ritiene che «allorquando viene commessa una rapina, che abbia come sviluppo non voluto la morte di una persona, viene senz'altro integrato il presupposto del delitto di cui all'art. 584 c.p., ponendosi l'evento morte in progressione criminosa con la violenza esercitata per impossessarsi del bene altrui, la quale, se assume la meno grave connotazione delle percosse, è assorbita nel reato complesso di rapina»²².

4. La sentenza qui segnalata ci offre lo spunto per approfondire le riflessioni in punto di omicidio preterintenzionale già svolte in una precedente scheda²³.

Come già evidenziato, la portata innovativa della sentenza si caratterizza da un lato per l'originale argomentazione su cui si fonda l'adesione all'orientamento maggioritario della prevedibilità dell'evento più grave assorbita nell'intenzione di risultato, e, dall'altro, per la valorizzazione del criterio del bene giuridico come canone ermeneutico che sorregge il superamento della qualificazione delle vicende scrutinate in termini di reato aberrante.

Quanto al primo profilo, giova evidenziare come esso presupponga una rigorosa interpretazione dell'assetto codicistico su cui si articola lo statuto normativo della preterintenzione come elemento soggettivo autonomo distinto sia dal dolo che dalla colpa nonché coefficiente di ascrizione diverso rispetto alla responsabilità oggettiva.

Tale posizione trova oggi la propria sintesi nella **massima tralatizia** secondo cui **l'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale consiste unicamente nel dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 c.p. assorbe la prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione di risultato**.

Viceversa, come noto, in dottrina²⁴ è oggi prevalente la tesi che equipara la fattispecie preterintenzionale alle altre ipotesi di responsabilità oggettiva: essa si fonda

²¹ Cfr. p. 14 della sentenza in commento.

²² Cfr. p. 14 della sentenza in commento.

²³ Cfr. M. NICOLINI, [La Corte d'Assise di Sassari supera la prevedibilità in astratto e apre alla colpa in concreto nell'omicidio preterintenzionale](#), in questa Rivista, cit.

²⁴ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI edizione, Milano, 2003, p. 392.

sull'assunto per cui sarebbe impossibile configurare una forma intermedia di responsabilità tra il dolo e la colpa. Delle due l'una, si sostiene, o l'evento è sorretto da coefficienti volontaristici, ed allora l'ascrizione è a titolo di dolo, o esso, pur conseguenza della condotta, non è voluto e dà luogo a responsabilità per colpa nei casi espressamente previsti dalla legge.

Pertanto, dall'argomentata insostenibilità sul piano costituzionale della responsabilità oggettiva, ambito in cui anche la preterintenzione si iscriverebbe, deriverebbe la necessità di una piena valorizzazione del principio di colpevolezza, che imporrebbe la necessità di imputare l'evento ulteriore solo a condizione che sia dato ravvisare i presupposti della colpa generica²⁵, in termini di prevedibilità ed evitabilità secondo i medesimi criteri di accertamento che guidano l'interprete nel giudizio sulla colpa in attività lecita.

La sentenza, invece, parte dall'assunto dell'autonomia logico-giuridica della preterintenzione rispetto agli altri coefficienti di ascrizione soggettiva, mantenendosi, sul punto, strettamente aderente al dettato codicistico, che qualifica l'illecito preterintenzionale come una fattispecie delittuosa strutturalmente distinta sia dal delitto doloso che da quello colposo.

La specificità del delitto preterintenzionale consiste nel dato per cui la realizzazione del fatto più grave non voluto è sottesa alla rappresentazione e volizione di uno meno grave: fra i due eventi sussiste una omogeneità strutturale della lesione, in cui l'evento voluto e quello non voluto sono in rapporto di progressione lineare. Se ciò è chiaro, resta il problema di includere l'evento letale nel fuoco della colpevolezza²⁶; esso, come è evidente, costituisce un elemento costitutivo del reato che ne fonda il giudizio di disvalore astratto.

La giurisprudenza di legittimità, nell'affermare la prevedibilità dell'evento più grave assorbita nell'intenzione di risultato, non sfugge al confronto con il principio di colpevolezza, ma pare muovere dall'idea per cui la condotta dolosa-base si connota per una tendenza alla propagazione verso un evento ulteriore: in questo senso, dunque, si può forse comprendere la celebre definizione di un autorevole interprete del secolo scorso²⁷ della volontà che «lambisce» il risultato, forse troppo sbrigativamente liquidata come mero espediente retorico.

La sentenza in esame, tuttavia, non si limita a riproporre la massima tralatizia ma cerca di riempirla di contenuto: il notevole sforzo argomentativo merita un tentativo di sistematizzazione che muova dall'enucleazione dei passaggi logico-giuridici su cui si fonda.

Il primo dato da cui inferire l'assorbimento della prevedibilità si fonda su considerazioni che ineriscono all'elemento oggettivo descritto come comprensivo di condotte che «per la loro intrinseca natura» esprimono al massimo grado «il pericolo che

²⁵ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, X edizione, Milano, 2021, p. 439.

²⁶ Tanto risulta dalla rigorosa applicazione del *dictum* fissato dalle sentenze della Corte cost. 364 e 1085/1988 che hanno perimetrato l'oggetto della colpevolezza attorno agli elementi più significativi della fattispecie.

²⁷ Cfr. A. DE MARSICO, *Diritto penale, Parte generale*, Napoli, 1937, p. 180.

vengano innescati processi causali in grado di degenerare nell'uccisione di colui che le subisce»²⁸. Come già evidenziato, lo svolgimento di questa premessa sottende l'adesione alla tesi dell'imputazione obiettiva dell'evento, per cui, si afferma che «deve ritenersi realizzato il nesso causale quando la morte sia conseguenza di una specifica situazione di pericolo cagionata dalla condotta intenzionale del reo, volta a percuotere o ledere il soggetto passivo»²⁹.

Da tale ricostruzione della tipicità, la sentenza trae «le necessarie conseguenze quanto ai risvolti psicologici». Dopo aver riproposto la massima consolidata, essa viene argomentata rilevando che «l'evento morte deve costituire il prodotto della specifica situazione di pericolo generata dal reo con la condotta intenzionale volta a ledere o percuotere una persona». La preterintenzione, dunque, si distinguerebbe dalla colpa in quanto, in quest'ultima ipotesi, la morte è «effetto di una serie causale diversa da quella avente origine dall'evento di percosse o lesioni dolose».

Da ciò si fa derivare la prevedibilità *ex lege* dell'evento morte, proprio in quanto collocato nell'area di rischio innescata dalla condotta lesiva: pertanto, la preterintenzione costituirebbe un'imputazione soggettiva che descrive una presunzione *iuris tantum* suscettibile di essere «messa in discussione nei casi limite».

Così inferendo, la Suprema Corte riempie di contenuti sostanziali la preterintenzione svolgendo considerazioni che, tuttavia, si riferiscono all'elemento oggettivo del reato e non già alla colpevolezza: si predica, infatti, l'assorbimento del giudizio di prevedibilità in ragione del modo d'essere di una dinamica fattuale che, sul piano della causalità generale, pare aperta, secondo l'*id quod plerumque accidit*, allo sviluppo verso un evento lesivo più grave di quello compreso entro l'oggetto del dolo dell'agente. La confusione dei piani fra elemento oggettivo e soggettivo è ampiamente illustrata in dottrina³⁰ e valorizzata come argomento critico verso l'efficacia dell'imputazione obiettiva dell'evento a fungere da effettivo correttivo alla teoria condizionalistica, che, si afferma, di correttivi non abbisogna.

A destare maggior perplessità rispetto alla logica della motivazione è, tuttavia, la ritenuta compatibilità fra l'addebito di omicidio preterintenzionale ed una condotta-base di lesioni sorrette da dolo solo eventuale, categoria nell'ambito della quale, per definizione, è esclusa la riconducibilità dell'evento cagionato ad un disegno intenzionale dell'agente, il quale si limita ad accettarne il rischio. Infatti, se l'assunto di partenza è che la prevedibilità dell'evento più grave potrebbe ritenersi assorbita (in quanto presunta) nell'intenzione di risultato, mal si comprende, sul piano logico, come tale assorbimento possa operare in casi nei quali tale intenzione non sussista.

Al di là del problema concernente lo statuto della preterintenzione come elemento soggettivo, il dolo eventuale serve alla Cassazione per superare la qualificazione degli omicidi preterintenzionali sottoposti a giudizio in termini di reato aberrante: infatti, se si ritiene che gli imputati abbiano, con le proprie condotte, accettato

²⁸ Cfr. p. 12 della sentenza in commento.

²⁹ Cfr. *ibidem*.

³⁰ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XI edizione, Milano, 2022, p. 272.

il rischio di ledere l'integrità fisica di una pluralità indeterminata di persone ben più estesa rispetto ai soli soggetti che intendevano rapinare, è giocoforza inferire che le lesioni ad essi cagionate rappresentino una conseguenza diretta ed immediata della loro condotta, non riconducibile né ad un errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, né ad altra causa.

Come già evidenziato, inoltre, merita adeguata valorizzazione l'interpretazione della fattispecie di rapina svolta alla luce del criterio del bene giuridico: trattandosi di un reato complesso plurioffensivo, esso ingloba nella propria struttura condotte finalizzate ad attingere l'integrità fisica, astrattamente sussumibili entro le fattispecie ex artt. 581 e 582 c.p. e, dunque, idonee ad evolversi, in caso di esito infausto, in un addebito per omicidio preterintenzionale e non per il meno grave reato ex art. 586 c.p. di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto.

Volendo trarre considerazioni conclusive che declinino la pronuncia commentata in una prospettiva sistematica *de iure condendo* non si può che rilevare la perspicuità di quanto già autorevolmente sostenuto su questa Rivista da parte di chi ha individuato³¹ la ragione di fondo delle oscillazioni giurisprudenziali sull'elemento soggettivo del delitto preterintenzionale nel problema della descrizione dell'evento. L'affermazione che vuole assorbita la prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione di risultato, infatti, istituendo il già descritto meccanismo presuntivo, dispensa il giudice dal compito, non sempre agevole, di declinare la prevedibilità in concreto attraverso la descrizione del fattore eziologico intermedio che dalla condotta lesiva esita nell'evento letale, con la significativa peculiarità che, nell'omicidio preterintenzionale, la condotta di base presenta connotati di maggior pericolosità intrinseca in quanto di per sé dolosamente preordinata alla lesione dell'altrui integrità fisica.

³¹ Cfr. G. Piffer, [Proposta di riforma dei reati dolosi e preterintenzionali contro la vita e l'integrità fisica](#), in *questa Rivista*, 18 luglio 2022.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**