

SP

**SISTEMA
PENALE**

FASCICOLO

7-8/2023

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

A. PROVERA, <i>La 'causalità impossibile'. La probabilità logica senza una legge scientifica di copertura</i>	5
M. DANIELE, <i>La riforma Cartabia del processo penale: pretese algoritmiche ed entropia sistemica</i>	19
F. MARZULLO, <i>La riforma Cartabia: un'occasione perduta per "incidere" su alcuni profili applicativi più controversi del microsistema della responsabilità amministrativa degli enti, di cui al d.lgs. 231 del 2001</i>	37
L. SALAZAR, F. CLEMENTUCCI, <i>Per una nuova anti corruzione europea: EU-rbi et Orbi</i>	69
M. COLOMBO, <i>Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture: l'interposizione illecita di manodopera costituisce "operazione inesistente"?</i>	87
F. SANVITALE, <i>Il processo penale alla prova della giustizia riparativa: una prospettiva pratica</i>	103

CONTRIBUTI E OPINIONI

D. ALBANESE, <i>Ammonimento del questore in materia di stalking: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU. "Molti passi indietro nel contrasto alla violenza di genere?"</i>	125
A. AIMI, <i>Nuove precisazioni in merito al tempus commissi delicti nei reati necessariamente abituali</i>	137
D. COLOMBO, <i>Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto e condotta susseguente al reato. Le prime pronunce della Cassazione sul novellato art. 133-bis c.p.</i>	141
C. DE LUCA, <i>Estradizione e diritti fondamentali: due recenti pronunce della Cassazione</i>	155
G. L. GATTA, <i>La Cassazione sui concorsi universitari truccati: no alla turbativa d'asta, sì al (moribondo) abuso d'ufficio</i>	161
F. E. MANFRIN, <i>Compatibilità costituzionale delle pene fisse: il Tribunale di Monza solleva una questione con riferimento alle lesioni stradali gravi aggravate dalla fuga del conducente ex art. 590-ter c.p.</i>	165
G. L. GATTA, <i>Intercettazioni e criminalità organizzata: quando a voler precisare si finisce per complicare</i>	171

7-8/2023

LA 'CAUSALITÀ IMPOSSIBILE'. LA PROBABILITÀ LOGICA SENZA UNA LEGGE SCIENTIFICA DI COPERTURA

Trib. Taranto, Sez. G.U.P., sentenza del 12 luglio 2022 (dep. 10 ottobre 2022), Est. Carriere

di Alessandro Provera

Il contributo riflette sul tema dell'accertamento del nesso causale prendendo spunto da una delle sentenze pronunciate nella complessa vicenda, che ha dato origine a diversi processi, derivante dalla produzione industriale dello stabilimento Ilva di Taranto. Nel caso di specie, forse uno dei meno noti tra quelli legati a Ilva, la Procura della Repubblica di Taranto aveva contestato ai dirigenti dello stabilimento il delitto di omicidio colposo, aggravato dalla violazione di norme antinfortunistiche, in danno di un bambino, deceduto per tumore cerebrale all'età di cinque anni. Una vicenda drammatica, verificatasi in un contesto sociale, quello tarantino, che senza dubbio ha molto sofferto le conseguenze negative legate alla produzione industriale. Il Gup del Tribunale di Taranto ha assolto uno degli imputati che aveva optato per il rito abbreviato con una sentenza che pare fare buon governo dei principi essenziali in materia di causalità. Nello specifico, si afferma la necessità che la causazione della malattia sia spiegata nei suoi anelli causali essenziali da una legge scientifica. La sentenza, pertanto, non aderisce all'impostazione accusatoria, in base alla quale l'accertamento giudiziale fondato sulla probabilità logica, cui si riferisce la sentenza Franzese, non avrebbe bisogno di una legge scientifica di copertura.

SOMMARIO: 1. Premessa: una delle vicende giudiziarie legate allo stabilimento ILVA. – 2. L'ipotesi accusatoria. – 3. I dubbi scientifici più rilevanti. – 4. L'accertamento causale senza legge scientifica di copertura. – 5. I presupposti necessari dell'accertamento causale. – 6. Giudizio esplicativo e probabilità logica nel caso di specie.

1. Premessa: una delle vicende giudiziarie legate allo stabilimento ILVA.

La sentenza che qui si annota si può ascrivere alla complessa vicenda, che ha dato origine a diversi processi, derivante dalla produzione industriale dello stabilimento Ilva di Taranto. Nel caso di specie, la Procura della Repubblica di Taranto aveva contestato ai dirigenti dello stabilimento il delitto di omicidio colposo, aggravato dalla violazione di norme antinfortunistiche, in danno di un bambino, deceduto per tumore cerebrale all'età di cinque anni. Una vicenda drammatica, verificatasi in un contesto sociale, quello

tarantino, che senza dubbio ha molto sofferto le conseguenze negative legate alla produzione industriale.

La tesi accusatoria, su cui ci si concentrerà meglio in seguito, sosteneva che la madre del piccolo deceduto, la quale lavorava nell'ufficio di un commercialista vicino allo stabilimento Ilva, sarebbe stata esposta all'inquinamento prodotto da quest'ultimo. Le particelle inquinanti si sarebbero trasmesse, durante la fase della gravidanza, al feto, che avrebbe contratto una malattia tumorale cerebrale, nello specifico l'astrocitoma.

Per alcuni degli imputati il processo veniva definito con sentenza di non luogo a procedere¹, per uno solo di questi, invece, a seguito di richiesta di rito abbreviato, il GUP emetteva sentenza di assoluzione². Mentre si redigono le presenti note, è pendente il giudizio in fase di appello a seguito di impugnazione del PM della pronuncia di assoluzione³. La Corte d'Appello di Taranto, da ultimo, pronunciandosi sull'appello del P.M. avverso il non luogo a procedere⁴, ritenendo che sia necessario il vaglio derivante da un contraddittorio pieno tra le parti, ha disposto il rinvio a giudizio⁵.

2. L'ipotesi accusatoria.

Non è chiaramente possibile ricostruire il caso in poche battute, viste le difficili questioni che pone in tema di accertamento scientifico. A tal proposito, occorre quindi approfondirne gli aspetti essenziali e più rilevanti.

L'elemento fondamentale su cui molto ha insistito la prospettazione accusatoria attiene agli esiti degli esami di laboratorio su «frammenti di lesione endocranica» prelevati a seguito di due distinte biopsie sul cervello della persona offesa⁶. I due reperti biotipici di astrocitoma analizzati hanno mostrato la presenza di numerosi corpi estranei *micro* e *nanodimensionati*, cioè *submicronici*, ossia di dimensione inferiore ad 1 micron. Le polveri identificate grazie all'esame possono dividersi in tre gruppi fondamentali di diversa natura: *metallica*, *ceramica*, *a base di calcio* di probabile origine endogena⁷. La

¹ Tribunale di Taranto, Ufficio Giudice per le Indagini preliminari, 11 agosto 2022, n. 661.

² Tribunale di Taranto, 10 ottobre 2022, n. 660, Giud. Carriere, imp. Cavallo.

³ Atto di impugnazione del P.M. avverso sentenza di assoluzione.

⁴ Atto di impugnazione del P.M. avverso sentenza di non luogo a procedere, 14 settembre 2022.

⁵ Corte di Appello di Taranto, 12 giugno 2023.

⁶ Per un debito approfondimento si segnala che i due esami istologici sono stati effettuati nella prima occasione in data 30.11.2019 (allorquando il bambino aveva poco più di due mesi) presso l'Azienda Ospedaliera Universitaria di Careggi, nella seconda circostanza in data 30.12.2011 (allorquando il piccolo aveva poco più di due anni), presso l'Azienda Ospedaliera Universitaria "Meyer".

⁷ Fanno parte del primo gruppo le particelle a base di Ferro, Ferro-Cromo cioè acciaio, e Zinco. Fanno parte del secondo gruppo le polveri a base di Silicio, di Calcio contenente anche altri elementi come Silicio, Alluminio, ecc., e contenenti anche Zirconio, Zolfo-Bario, Titanio. Fanno parte del terzo gruppo detriti a base di calcio senza altri elementi, o contenenti Sodio e Fosforo. Si sono identificate anche polveri di Titanio-Ferro (n. 8) e di Zinco (nn. 20 e 27). «*Particolarissima*» viene giudicata nella relazione la particella sferoidale da 1 micron dell'analisi 4 riportata nella Tabella II, risultata contenere Carbonio, Ossigeno, Cloro, Ferro, Silicio, calcio, Alluminio, Zolfo, Sodio, Magnesio, Rame, Fosforo e Potassio, e la cui morfologia sferica «*indica che si tratta di un prodotto derivante da una combustione*». Altrettanto particolare è la particella di analisi n. 24

7-8/2023

particella di analisi n. 39 della Tabella I, che contiene carbonio, ossigeno, magnesio viene definita, dalla relazione della consulente di parte civile, *veramente anomala*, e a tal proposito si afferma che «*si potrebbe trattare di un residuo di mattone refrattario*», dato rilevante, a detta della consulente, visto che, da fonti aperte consultate sul *web*, emergerebbe che il processo produttivo dell'ILVA avesse ad oggetto proprio dei mattoni di magnesite-carbonio.

In generale, nella relazione della consulente di parte civile⁸ si osserva che «*da letteratura è noto che polveri microniche o submicroniche, se respirate, possono superare le barriere e finire nel sangue. Dalla circolazione sanguigna possono raggiungere tutti i distretti del corpo e un accumulo può indurre una reazione biologica che esiti in patologie di origine flogistica; le polveri a base di ferro e ferro-cromo, inoltre, vanno spesso incontro a corrosione, rilasciando in questo modo prodotti di ossidazione tossici. In particolare, la corrosione delle polveri di acciaio induce, oltre al rilascio di ioni ferro, quello di cromo la cui tossicità è ben nota e ampiamente riportata dalla letteratura mondiale*»⁹.

Secondo alcuni studi, riferiti dalla consulenza del PM, che viene riportata dalla sentenza di assoluzione del GUP, inoltre, le «*polveri nanometriche, se inalate, possono seguire il nervo olfattivo e raggiungere il tessuto cerebrale*». Il consulente di accusa conclude, pertanto, che «*nel cervello del piccolo – e segnatamente nei reperti biotipici dei prelievi eseguiti sull'astrocitoma, ossia sulla massa tumorale, già appena quattro mesi dopo la nascita, e poi a distanza di due anni – sono state rinvenute particelle, anche submicroniche, che, per la loro composizione (in qualche caso davvero molto particolare) sembrerebbero avere una chiara provenienza da sostanze inquinanti esterne e da processi di combustione nell'ambito di lavorazioni industriali, e che sono note in letteratura per avere effetto cancerogeno; alcuni reperti paiono poi univocamente riferibili proprio ai processi di lavorazione dello stabilimento siderurgico ILVA*».

Si tenga tuttavia in considerazione un aspetto: l'effetto cancerogeno è affermato in generale, e non con specifico riferimento all'astrocitoma.

Dalle consulenze tecniche di accusa e di parte civile, parrebbe, inoltre, ragionevole escludere l'innescò della patologia tumorale in epoca successiva alla nascita, e che si debba quindi ritenere che la stessa sia insorta allo stato fetale.

A fronte di tale ricostruzione accusatoria si pongono, però, *due problemi*, cioè se le particelle di origine estranea trovate con le biopsie potessero essere giunte nel cervello del feto in formazione, durante la gravidanza, superando così sia la *barriera polmonare* della madre, sia la *barriera placentare*. Nel caso di risposta affermativa a questo primo

(primo gruppo) da 4 micron di dimensione, costituita da Ferro, Ossigeno, Carbonio, Alluminio, Silicio, Molibdeno, Magnesio, Fosforo, Calcio, Rame, Manganese e Stagno. «*Dalla presenza di così numerosi elementi si deduce, nella relazione, che la particella "potrebbe essere il risultato di una combustione casuale. Le polveri di tipo ceramico sono a base soprattutto di Silicio e Silicio-Alluminio (N. 7, 11, 13, 34, 35, 36). Particolare è l'aggregato di particelle anche submicroniche dell'analisi N. 4 che contiene carbonio, Ossigeno, Silicio, Calcio, Magnesio, Alluminio, Zolfo, Sodio, Potassio, Cloro, Titanio, Fosforo e Ferro, essendo formato da polveri molto piccole che denotano una probabile origine da combustione*». (brani tratti dalla sentenza Trib. Taranto, 10 ottobre 2022, n. 660, pp. 20 ss.).

⁸ Relazione dott.ssa Antonietta Gatti del 3.10.2014 che ha analizzato i frammenti di lesione endocranica prelevati al piccolo deceduto.

⁹ Relazione dott.ssa Antonietta Gatti del 3.10.2014.

7-8/2023

quesito, occorrerebbe comunque stabilire poi se la *presenza di quelle particelle* sia stata realmente *all'origine dell'insorgenza della patologia tumorale, escludendo decorsi causali alternativi*.

3. I dubbi scientifici più rilevanti.

All'esito Riguardo al primo dei problemi enucleati, nella consulenza di parte civile, si dava quasi per scontato che vi fosse stata inalazione delle sostanze inquinanti da parte della madre nel corso dei quattro mesi iniziali della gravidanza, dovuta all'esposizione agli inquinanti ambientali provenienti dal sito siderurgico e il successivo passaggio delle stesse, previa immissione nel circolo sanguigno, al feto, superando dunque sia la barriera polmonare, sia quella placentare¹⁰.

Anche il C.T. del P.M., già nella sua prima consulenza consegnata in fase d'indagini¹¹, aveva affermato che *«le polveri e le particelle metalliche, i residui di combustione, le fibre ceramiche riscontrate all'esame del microscopio a scansione dell'encefalo del piccolo non sono endogene e non possono essere giunte nei tessuti cerebrali per altra via che non sia quella ematica trasmessa dal sangue placentare materno»*.

Tali considerazioni, che apparirebbero certe, sono però state messe in dubbio, se non parzialmente confutate, come osserva anche il GUP tarantino¹², dal C.T. dell'imputato (quello che ha optato per il rito abbreviato), il quale ha affermato che, alla luce delle attuali conoscenze, la barriera polmonare non può essere attraversata da particelle superiori ad 1 micron. Tra l'altro, anche il C.T. del P.M. ha concordato con tale affermazione¹³. Infatti, gli studi richiamati nella bibliografia allegata alla relazione della consulente della parte civile, cui il C.T. del P.M. aderisce, riguardano il passaggio nel circolo sanguigno delle sole particelle inferiori a un millesimo di millimetro.

Occorre, tuttavia, segnalare che il C.T. del PM ha precisato sul punto che *le particelle più grosse rispetto a 1 micron entrano nell'albero bronchiale e si depositano su bronchi e bronchioli di dimensioni maggiori e, ove non frantumate dalle cellule ciliate dell'epitelio bronchiale, possono essere assorbite dai macrofagi e così penetrare comunque nel circolo sanguigno*.

¹⁰ «Il caso in esame risulta emblematico, trattandosi di un bambino la cui patologia tumorale si è resa manifesta nei primi mesi di vita quando le esposizioni ambientali sono molto limitate se non quasi nulle, stante lo stile di vita caratteristico dell'età. Solo in condizioni davvero eccezionali le esposizioni nei bambini risultano particolarmente rilevanti. Quindi si può molto ragionevolmente ipotizzare un'esposizione prevalente indiretta attraverso la madre esposta durante il periodo di gravidanza ad un inquinamento ambientale che conteneva le polveri di chiara origine esogena. Il passaggio di polveri da madre a feto è stato dimostrato scientificamente, e la loro presenza nel esso di malformazioni fetali e tumori nei bambini è stata pure documentata possibile spiegazione della presenza di polveri d'acciaio nel tessuto patologico, alcune delle quali di dimensione piuttosto grande ed altre decisamente nanometriche è legata al fatto che, all'epoca della gravidanza, la madre del soggetto viveva a Taranto e lavorava in una zona notoriamente soggetta all'inquinamento di polveri da acciaieria». (relazione dott.ssa Gatti).

¹¹ Consulenza Prof. Barone del 13.9.2018, p. 16.

¹² Tribunale di Taranto, 10 ottobre 2022, n. 660, Giud. Carriere, imp. Cavallo, p. 22.

¹³ Trascrizioni udienza del 17.3.2022, pp. 84-85.

7-8/2023

Anche ammettendo tale eventualità, le particelle dovrebbero però superare la seconda barriera, quella placentare. Nella sua relazione, il consulente dell'imputato¹⁴ ha evidenziato che, secondo vari studi e secondo la comunità scientifica, la placenta non consentirebbe il passaggio di particelle di dimensioni superiori ad 1 micron¹⁵.

Nella letteratura medica, pertanto, almeno allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, con riferimento al transito del particolato atmosferico derivante da inquinamento ambientale dalla madre (mediante inalazione) al feto (attraverso la duplice barriera degli alveoli polmonari e della placenta), si ritiene che, tendenzialmente, non possano transitare (e così giungere al circolo fetale ed al cervello del nascituro) particelle superiori ad 1 millesimo di millimetro.

Assieme a particelle più grandi di questo genere – la cui presenza resterebbe difficile da spiegare secondo quanto appena sostenuto –, nel cervello e nella massa tumorale del piccolo poi deceduto ne sono, però, state trovate *non poche altre di dimensioni*

¹⁴ Consulenza del C.T. dell'imputato Cavallo, Prof. Moretto, pp. 8-11.

¹⁵ Sul punto si riporta un brano significativo di Tribunale di Taranto, 10 ottobre 2022, n. 660, pp. 22 ss.: «In senso contrario il C.T. del P.M. ha replicato che anche in questo caso l'affermazione non può avere valore assoluto, poiché vi sono dei virus (quello della sifilide infantile, il treponema, o il toxoplasma, o il citomegalovirus), che riescono ad attraversare la placenta pur essendo di dimensioni largamente superiori ad un 1micron. In tutti questi casi, però, si parla non di particelle, per così dire, inerti, bensì di virus attivi, che "nuotano" e si muovono nella placenta, approfittando per l'appunto della sua consistenza malleabile ed elastica. Onde superare tale rilievo, il prof. Barone ha allora addotto la teoria della "aggregazione" delle particelle, riferendo cioè che, anche ammettendo che effettivamente attraverso la barriera placentare transitino particelle non superiori ad 1 micron, è però sempre possibile che esse si "aggreghino" successivamente, una volta passata tale barriera (e per spiegare tale concetto ha adottato la similitudine dei granuli di polvere che si formano e si rinvergono nelle abitazioni), il che spiegherebbe dunque la dimensione, in molti casi ben superiore ad un 1 micron, delle particelle esaminate in laboratorio dalla dr.ssa Gatti. A specifica domanda della difesa, il prof. Barone in un primo momento, richiesto di spiegare il fondamento scientifico di tale sua affermazione, ha citato uno studio specifico, quello di Hannelorè Bovè ed altri, pubblicato sulla qualificata rivista "Nature Communications" nel 2019 (trovasi accluso al verbale d'udienza del 17.03.2022, come allegato n. 5 all'esame del consulente): egli ha cioè affermato che in questo studio, svolto in Belgio, sono state esaminate le placente di dieci donne considerate ad elevata esposizione di black carbon, quindi di particelle, durante la gravidanza, e dieci donne a basso rischio di esposizione; inoltre cinque placente pretermine erano state conservate in un ospedale della zona. Orbene, secondo il prof. Barone, lo studio in questione aveva evidenziato la presenza di particelle di black carbon "isolate o aggregate" in tutte le placente esaminate, sia quella ad alto rischio che in quella a basso rischio, e anche in quelle pretermine. Il consulente, citando il c.d. abstract (ossia il riassunto iniziale dell'articolo scientifico), e traducendolo in italiano, lo ha riportato (a voce, in udienza), nel modo che segue: "L'accumulo di particelle di black carbon sul versante fetale della placenta suggerisce che il particolato ambientale può essere trasferito al feto, e rappresenta un potenziale meccanismo per spiegare gli effetti detrimental della inquinazione atmosferica nei primi anni di vita. In un passaggio successivo della sua deposizione (v. pag. 72), il prof. Barone ha così ribadito il concetto (e la sua lettura-interrelazione del contenuto dell'articolo: In realtà, esaminando bene il testo integrale dell'articolo, si comprende che la frase originale in inglese contenuta nell'abstract ("Our findings that BC particles accumulate on the fetal side of the placenta suggests that ambient particulates could be transported towards the fetus and represents a potential mechanism explaining the detrimental health effect of pollution from early life onwards"; intendeva alludere semplicemente alla presenza di particelle di black carbon riscontrate sul versante fetale della placenta ed ivi "accumulatesi", ma non nel senso di una "aggregazione" di particelle di tal fatta (a formare detriti più grossi), che in effetti non viene descritta in alcuna parte del testo dell'articolo, bensì nel senso di una certa presenza diffusa delle stesse; lo studio in questione infatti riguarda esclusivamente le "nanoparticelle", ossia quelle inferiori ad 1 micron, ed il loro possibile passaggio, attraverso la placenta, nella circolazione fetale».

*pari a inferiori ad 1 micron, essendo quindi possibile, secondo il GUP¹⁶, che si sia verificato il meccanismo di trasmissione dalla madre al feto. In tali particelle sono risultate presenti sostanze con *potenziale effetto cancerogeno*, anche se lo stesso, come osservato poc'anzi, è stato solo affermato dalle consulenze di accusa *in generale*, e quindi *non con specifico riferimento alla patologia tumorale* insorta nel caso di specie nel bambino.*

4. L'accertamento causale senza legge scientifica di copertura.

In sintesi, la sentenza del GUP di Taranto¹⁷, che ha assolto uno degli imputati, ma medesimo ragionamento si trova anche nella pronuncia di non luogo procedere, si pone tre problemi, la soluzione dei quali è strumentale a stabilire se sussista nel caso di specie il rapporto causale tra la produzione industriale di Ilva e la malattia, l'astrocitoma, per cui è deceduto il piccolo.

Come già emerge dalle considerazioni che precedono, tali interrogativi sono tutti essenziali. In primo luogo, occorre domandarsi se le particelle esogene trovate nell'astrocitoma provenissero dalla produzione industriale Ilva. Inoltre, è necessario stabilire se tali particelle potessero essere transitate dalla madre durante la gravidanza al feto. Infine, ed è questo il punto più problematico, è essenziale accertare se la presenza delle particelle esogene nell'astrocitoma fosse la causa della malattia che ha condotto alla morte. Questo ragionamento del GUP, essendo molto rigoroso, deve essere apprezzato, facendo buon governo dei principi fondamentali della causalità. Il GUP, come detto e come si spiegherà meglio più avanti, giunge a dare risposta positiva ai primi due quesiti, mentre conclude in senso negativo rispetto al terzo di essi. Secondo il GUP, infatti, non basta che le particelle rinvenute nell'astrocitoma siano di provenienza dalla lavorazione industriale Ilva, poiché *“occorre la prova positiva e la precisa individuazione del meccanismo causale che ha condotto all'insorgenza del tumore (e della specifica patologia tumorale di cui si discute) onde appurare se non residui un significativo margine di incertezza in ordine alla possibile esistenza di cause alternative, note o ignote che siano dal punto di vista scientifico”*¹⁸. In sintesi, correttamente, il GUP ritiene che non sia possibile procedere all'accertamento causale senza aver individuato una legge scientifica di copertura.

Il contrasto è evidente rispetto al ragionamento del Pm, ribadito, tra l'altro, anche nell'atto di appello, che merita un cenno. In estrema sintesi, in tale ultima impostazione sembra che venga prospettato un *accertamento causale senza il ricorso a leggi scientifiche di copertura*. *«Invero, a seguire il GUP nel suo ragionamento, potremmo dire che non vi era alcun bisogno di argomentare sui dati risultanti dalla CT del P.M. o della parte civile, atteso che la scienza medica stabiliva già come le uniche cause accertate di patologie come quella che aveva colpito il povero bambino (astrocitoma pilomixoide) erano l'ereditarietà e le radiazioni ionizzanti,*

¹⁶ Tribunale di Taranto, 10 ottobre 2022, n. 660, Giud. Carriere, imp. Cavallo, p. 26.

¹⁷ La pronuncia è stata commentata da S. BERNARDI, [Omicidio colposo derivante da inquinamento ambientale: il problema dell'accertamento del nesso causale in condizioni di incertezza scientifica in una pronuncia assolutoria del Tribunale di Taranto](#), in questa Rivista, 2/2023, pp. 125 ss.

¹⁸ Tribunale di Taranto, 10 ottobre 2022, n. 660, Giud. Carriere, imp. Cavallo, p. 26.

per cui, se il GUP voleva trovare un riferimento in studi scientifici certi sulla correlazione inquinamento-astrocitoma, era evidente sin dall'inizio che non l'avrebbe trovato. Tutto questo non perché non vi sia, ma semplicemente perché non è provato scientificamente, senza, tuttavia, alcuna certezza di esclusione».

In questa prospettiva si conclude, quindi, che: «Il dato medico scientifico è solo il presupposto di fatto, ovvero, uno dei presupposti di fatto da cui partire per giungere ad una decisione che tenga conto, adeguatamente, di tutti gli elementi di fatto a disposizione»¹⁹.

In altri termini, non servirebbe una legge scientifica che spieghi l'evento, cioè l'insorgenza dell'astrocitoma nella persona offesa, qualora vi fosse la «piena prova» che la condotta abbia causato tale evento. Anche in assenza di una legge che spieghi il verificarsi di un evento, si potrebbe dunque procedere con il ragionamento ispirato al criterio della probabilità logica²⁰, per escludere gli altri possibili decorsi causali. In breve: *la probabilità logica sarebbe criterio che permette l'accertamento causale anche senza una legge scientifica di copertura*.

Seguendo tale ragionamento, si procederebbe all'esclusione dei decorsi alternativi, senza tuttavia conoscere pienamente il decorso che si ritiene aver operato nel caso di specie, il che pare contrastare con l'affermata necessità di «piena prova».

5. I presupposti necessari dell'accertamento causale.

Di fronte a un tale tentativo di *flessibilizzazione* dell'accertamento causale, occorre ribadire, anche grazie all'argomentazione rigorosa del Giudice tarantino, che non sposa questa impostazione, quali siano i presupposti indefettibili dell'accertamento causale.

Come è noto, la dottrina più risalente, fino agli anni Sessanta e la giurisprudenza in epoche ancora più recenti ritenevano che la *condicio sine qua non* dovesse essere applicata grazie al libero convincimento del giudice²¹. Per spiegare questo orientamento,

¹⁹ Atto di appello del P.M. avverso la sentenza di non luogo a procedere, pp.19 ss.

²⁰ Sul concetto di probabilità logica e sulla sua spiegazione, valgono le considerazioni, «vent'anni dopo», dell'estensore della famosa pronuncia, G. CANZIO, [A vent'anni dalla sentenza "Franzese"](#), in questa *Rivista*,: «Fu questo, dunque, l'approdo ermeneutico cui pervenne vent'anni orsono la sentenza – pubblicata l'11 settembre 2002 - delle Sezioni unite penali "Franzese", la quale, realisticamente e fuori di ogni schema a priori di tipo deterministico e meramente deduttivo, espresso in aridi termini di probabilità statistico-numeriche, propone di misurare la spiegazione dell'evento sul terreno delle regole del paradigma indiziario⁹ e dei criteri di conferma dell'ipotesi accusatoria dentro il processo penale. Invero, nulla esclude che anche coefficienti medio-bassi di probabilità frequentista, se corroborati dal positivo riscontro probatorio circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa, possano essere utilizzati per il riconoscimento del necessario nesso di condizionamento. Nella prospettiva, alla luce della verifica induttiva e aggiuntiva della contingenza individuale dell'evento singolo, corroborata da concrete evidenze probatorie, di costruire inferenze e spiegazioni - di ordine non quantitativo ma qualitativo - dotate di "elevata credibilità razionale" o di "alta probabilità logica" circa la corrispondenza dell'enunciato di accusa ai fatti, invece di una utopistica "certezza" assoluta, umanamente non praticabile».

²¹ Su questo orientamento criticamente F. D'ALESSANDRO, *Commento sub art. 40*, in E. DOLCINI – G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, pp. 502 ss.

7-8/2023

valga il noto esempio delle c.d. macchie blue²², su cui si pronunciò una sentenza del Tribunale di Rovereto²³, che in modo lampante fece ricorso al *libero convincimento del giudice*.

È un'acquisizione del tutto pacifica che il principio di legalità, di cui all'art. 25 comma 2 Cost.²⁴, copra tutti requisiti del fatto tipico, pertanto, nei reati di evento, anche il nesso causale. Ne discende evidentemente che il nesso causale, come qualsiasi altro elemento della tipicità, debba essere accertato oltre ogni ragionevole dubbio. In caso contrario, qualora cioè residuasse un dubbio sulla sussistenza di uno degli elementi essenziali del fatto, il principio di legalità sarebbe violato. Non si punirebbe infatti per aver commesso un *fatto* previsto dalla legge come reato, ma per aver *probabilmente* commesso un fatto previsto dalla legge come reato.

È dunque evidente, come è apparso chiaro alla migliore dottrina²⁵, che occorresse dotarsi di un parametro oggettivo per stabilire la causazione dell'evento²⁶. Quest'ultimo non può che essere rappresentato dalle *leggi scientifiche*, poiché solo queste ultime, pur essendo sempre caratterizzate da *affidabilità provvisoria*, posseggono il carattere della generalità e della verificabilità empirica²⁷. Diverse sono, invece, le *massime di esperienza*, che possono essere utilizzate, come afferma parte della dottrina, solo a patto che siano controllabili scientificamente²⁸.

Le leggi scientifiche servono per spiegare gli anelli causali *essenziali* che hanno prodotto l'evento²⁹. Occorre, inoltre, precisare che l'evento da descrivere è quello che si è realizzato *hic et nunc*, cioè, nel caso di insorgenza di una malattia, la patologia dello specifico soggetto³⁰. Non può invece avere spazio alcuno il tentativo di flessibilizzazione dell'accertamento causale, che discende dal ricorso alla *causalità generale* in luogo della

²² F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 318.

²³ Tribunale di Rovereto, del 17 gennaio 1969, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, pp. 1021 ss., con nota di M. NOBILI, *Diniego di perizia e utilizzazione di «indagini tecniche» svolte in sede amministrativa*.

²⁴ F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 100 ss., è questo il testo fondamentale che mette in luce, nella dottrina italiana, la necessità che l'accertamento causale sia regolato dal principio della certezza, che solo può essere garantito dall'utilizzo delle leggi scientifiche.

²⁵ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 896. Sul ricorso alle leggi scientifiche, C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, pp. 821 ss., nella manualistica, solo a titolo esemplificativo, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, pp. 248 ss., T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, p. 152, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, pp. 242 ss.

²⁶ Occorre sempre ricordare che, quando si parla di causa, si fa riferimento alla causa penalmente rilevante, cioè la causa contingentemente necessaria, intesa come la condotta umana che risulta necessaria per la verifica dell'evento nel contesto di condizioni iniziali, così F. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., p. 96 e ID., *La nozione penalmente rilevante di causa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988.

²⁷ M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. civ. dir. proc.*, 2006, p. 101.

²⁸ F. D'ALESSANDRO, *Commento sub art. 40 cp.*, cit., p. 509.

²⁹ Si intendono gli anelli causali ripetibili dell'evento verificatosi *hic et nunc*, G. FORTI, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: "passi avanti" della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1999, pp. 719 ss.

³⁰ Sul margine di dubbio nell'ambito della causalità individuale, R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 17 ss.

causalità individuale³¹. Le leggi epidemiologiche, infatti, come ampiamente spiegato dalla dottrina³², possono esclusivamente dare conto della ricorrenza o dell'andamento di un determinato fenomeno patologico all'interno di una certa popolazione.

Se nessun problema sorge relativamente all'utilizzo delle leggi scientifiche universali, è noto, invece, il dibattito sull'utilizzo delle leggi probabilistiche, che merita di essere accennato. A differenza delle leggi universali³³, queste ultime non farebbero discendere l'*explanandum* con certezza dall'*explanans*, ma affermerebbero, al contrario, solo una probabilità di verifica dell'evento tenuta una determinata condotta³⁴.

Sono altrettanto note la tesi di Federico Stella³⁵, il quale afferma l'utilizzabilità delle sole leggi probabilistiche con coefficiente tendente al cento per cento³⁶, e l'obiezione che mette in luce l'inesistenza o la scarsità di simili leggi, dato che dunque condannerebbe all'impossibilità di accertamento del nesso causale nella quasi totalità dei casi.

È per questo motivo che la sentenza Franzese³⁷ ha affermato la necessità di sostituire il concetto di *probabilità statistica* con quello di *probabilità logica* o *credibilità razionale*. Ciò sta a significare, secondo l'impostazione delle Sezioni Unite, che, per la spiegazione del nesso causale, sia possibile utilizzare anche leggi statistiche con coefficiente medio basso, purché in concreto si possa escludere ogni altro decorso causale³⁸.

³¹ Sul concetto di epidemiologia, intesa come metodo scientifico finalizzato a studiare la diffusione e le cause di una malattia all'interno di una popolazione P. VINEIS, *Modelli di rischio. Epidemiologia e causalità*, Einaudi, Torino, 1990, pp. 11 ss. Sulla possibilità di ricorrere all'epidemiologia per l'accertamento causale, L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Giuffrè, Milano, 2007.

³² Si veda, per esempio, M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in C. DE MAGLIE – S. SEMINARA (a cura di), *Scienza e causalità*, cit., pp. 82 ss., secondo cui la categoria della causa è diversa da quelle della probabilità e della frequenza, pertanto non è assimilabile a queste ultime. In modo analogo, F. STELLA, *La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi. A confronto il pensiero di Wright e di Mackie*, in ID. (a cura di), *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 14 ss.

³³ Le uniche, secondo K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, Milano, 1995, pp. 14 ss. a poter fondare la spiegazione causale. Sul punto F. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., pp. 60 ss.

³⁴ F. D'ALESSANDRO, *Commento sub art. 40*, cit., p. 511. Nell'epistemologia, C.G. HEMPEL, *Filosofia delle scienze naturali*, Milano, 1976, pp. 106 ss. afferma che la spiegazione causale possa essere offerta anche da leggi probabilistiche, purché il coefficiente statistico sia tendente al 100%. E questa è la posizione di F. STELLA, *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 1215 ss.

³⁵ Vedi, *supra*, nota n. 29.

³⁶ Orientamento seguito da Cass., Sez. IV pen., n. 1688 del 28 settembre 2000, Baltrocchi; Cass., Sez. IV pen., n. 2123 del 28 novembre 2000, Di Cintio; Cass., Sez. IV pen., n. 2139 del 29 novembre 2000, Musto tutte e tre in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, con nota di F. CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, pp. 277 ss. Sulle sentenze "Battisti" si veda anche C. F. GROSSO, *I principi di legalità e personalità della responsabilità penale e la causalità omissiva*, in C. DE MAGLIE – S. SEMINARA (a cura di), *Scienza e causalità*, cit., pp. 126 ss.

³⁷ Cass., sez. un., 11 luglio 2002, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 1133 ss. su cui F. STELLA, *Etica e razionalità nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 767 ss.

³⁸ Aderiscono a tale impostazione, tra gli altri, M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per "aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi*

Una parte della dottrina, a partire da Federico Stella³⁹, ha messo in luce la problematicità di una tale impostazione. Tale criticità risiede nella possibilità stessa di escludere i decorsi causali alternativi. Infatti, per poter escludere questi ultimi, occorrerebbe essere a conoscenza di tutti i possibili antecedenti causali, cosa che risulta pressoché impossibile nella quasi totalità dei casi⁴⁰. È per esempio difficile che una malattia sia monofattoriale o che si conoscano specificamente tutte le cause di insorgenza della stessa.

Sarebbe altresì problematico, secondo alcuni, annoverare tra gli antecedenti causali decorsi che abbiano coefficienti medio bassi, proprio in virtù della loro scarsa probabilità⁴¹.

Al netto di queste critiche, che comunque colgono nel segno, ravvisando i profili problematici della sentenza Franzese, ciò su cui i commentatori della pronuncia delle Sezioni Unite e della giurisprudenza successiva di legittimità concordano è che *il concetto di probabilità logica non sostituisce il modello di sussunzione sotto leggi scientifiche*. Anzi, secondo autorevole dottrina⁴², questo sarebbe e rimarrebbe un presupposto indefettibile. In altri termini, ciò che risulta essenziale è che l'evento possa essere spiegato nei suoi anelli causali fondamentali mediante il riferimento a una determinata legge. Sarebbe questo il presupposto per poi procedere – laddove si volesse seguire questo profilo del “modello Franzese” – alla successiva esclusione dei nessi causali alternativi.

Secondo l'accusa nel caso di specie, viceversa, probabilità logica vorrebbe dire che, anche in assenza di una legge scientifica di copertura (a prescindere dal suo coefficiente), si potrebbe accertare il nesso causale attraverso la ricostruzione logica del giudicante⁴³.

La sentenza in commento, come anche quella di non luogo a procedere, censurando l'ipotesi accusatoria poc'anzi ricordata, riafferma la validità del modello di accertamento causale discendente dalla sentenza Franzese e dalla successiva giurisprudenza di legittimità⁴⁴ di cui occorre dare brevemente conto.

causali ipotetici, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 47-48 ss., M. ROMANO, *Commento sub art. 40*, cit., pp. 373 ss., ID., *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in G. FORTI – M. BERTOLINO (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, Jovene, Napoli, 2006, pp. 902 ss., O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causa tra condizioni sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 654 ss., R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale. Tra teoria e prassi*, 2004, pp. 204 ss., ID., *La causalità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, G. CANZIO, *La causalità “scientifica”*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 38 ss.

³⁹ F. STELLA, *Verità, scienza e giustizia*, cit., pp. 1237 ss.

⁴⁰ F. STELLA, *Verità, scienza e giustizia*, cit., pp. 1237.

⁴¹ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 339 ss. Si veda, sul punto, anche G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 530 ss.

⁴² D. PULITANÒ, *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in G. FORTI – M. BERTOLINO (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, cit., pp. 883 ss.

⁴³ In questa impostazione si sente l'eco di quell'orientamento giurisprudenziale, a ragione considerato una flessibilizzazione del modello di accertamento del nesso causale da D'ALESSANDRO, *Commento sub art. 40*, cit., pp. 524 ss., secondo cui, per affermare la sussistenza del nesso di condizionamento, la possibilità di ritenerlo altamente probabile dal punto di vista logico e che quindi la sussunzione sotto leggi scientifiche non sarebbe presupposto essenziale, così Cass., sez. IV pen., 23 gennaio 2002, in *Riv. Pen.*, 2002, pp. 671 ss., Cass., sez. IV pen., 15 ottobre 2002, in *Foro it.*, II, 2003, cc. 406 ss.

⁴⁴ Per esempio, in tema di responsabilità medica, fa buon governo dei principi affermati dalle Sezioni Unite

La giurisprudenza della Suprema Corte è, infatti, ormai attestata nel senso di esigere, in tema di nesso di causalità, il *positivo accertamento di ciò che è naturalisticamente accaduto*⁴⁵, cioè occorre una spiegazione precisa dell'evento nei suoi anelli causali essenziali e ripetibili. Questo vale sia per la *causalità attiva*, sia per quella *omissiva*, in quanto il giudizio controfattuale, imponendo di accertare se la condotta doverosa omessa, ove tenuta, avrebbe potuto evitare l'evento, richiede il preliminare accertamento di ciò che è naturalisticamente accaduto (c.d. giudizio esplicativo)⁴⁶.

Anche in materia di esposizione ad amianto⁴⁷ e di conseguente morte del lavoratore⁴⁸, la Corte ha più volte affermato che, «*pur in assenza di una legge scientifica universale, è pur sempre necessaria una legge di copertura statistica, che, peraltro, costituisce solo una base di partenza ed un grave indizio, giacché essa va poi calata nel caso concreto e verificata alla luce delle sue particolarità, onde poter escludere, "con alta probabilità logica", l'esistenza di "fattori causali alternativi" (e solo in tal caso potendo dunque addivenirsi ad un'affermazione di responsabilità)*»⁴⁹.

Quello che dunque risulta chiaro, a fronte di questa sintesi, è che non si possa prescindere dalla sussunzione sotto leggi scientifiche, *né può essere il giudice a creare la legge scientifica*. A tal proposito, proprio con riferimento a situazioni analoghe all'astrocitoma pilomixoide, per cui non risultano disponibili leggi scientifiche consolidate, è stato affermato infatti che «*per l'addebito al titolare della posizione di garanzia della responsabilità per l'insorgenza di una malattia professionale non è consentito l'utilizzo di una teoria esplicativa originale, mai prima discussa dalla comunità degli esperti, a meno che ciascuna delle assunzioni a base della teoria non sia verificabile e verificata secondo gli ordinari indici di controllo dell'attendibilità scientifica di essa e dell'affidabilità dell'esperto*»⁵⁰.

Franzese, Cass., sez. IV pen., 5 aprile 2019, in CED Cass., 277478. Su tale tema, si rinvia per debiti approfondimenti a F. D'ALESSANDRO, *Commento sub art. 40*, cit., pp. 525 ss.

⁴⁵ Recentemente, sul punto, si consenta il rinvio ad A. PROVERA, *Il "giudizio esplicativo" incerto impedisce il "giudizio predittivo". I due momenti della causalità attiva in una recente pronuncia di legittimità*, in Riv. it. med. leg., 2022, IV, pp. 1109 ss.

⁴⁶ Cass., sez. IV pen., 12 novembre 2021, n. 416, in CED Cass. 282559 e anche Cass., sez. IV pen., 11 maggio 2021, n. 30229, in CED Cass. 282378-01.

⁴⁷ Materia sulla quale il riferimento principale continua a essere la sentenza Cozzini, Cass., sez. IV pen., 19 ottobre 2010, in *www.penalecontemporaneo.it*, dove si affronta approfonditamente il ruolo del giudice di fronte all'incertezza scientifica e il ruolo del giudice come custode del sapere scientifico.

⁴⁸ In tema di accertamento del nesso causale in ordine alle malattie per esposizioni professionali, F. CENTONZE, *Il problema dell'accertamento del nesso di causalità tra esposizione professionale ad amianto e mesotelioma pleurico*, in Riv. med. leg., 2012, pp. 1523 ss. e F. D'ALESSANDRO – M. ROMANO, *Nesso causale ed esposizione all'amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2016, pp. 1129 ss. sui presupposti dell'accertamento, oltre che sul tema specifico del c.d. effetto acceleratore.

⁴⁹ Cass., sez. IV pen., 07 aprile 2021, n. 32860, in CED Cass. 282081-02 e Cass., sez. IV pen., 29 ottobre 2020, n. 34341, in Resp. Civ. Prev., 2021, 2, pp. 457 ss.

⁵⁰ Cass. sez. IV pen., 19 giugno 2018, n. 48541, in CED Cass. 274358 e Cass., sez. IV pen., 13 giugno 2019, n. 45935, in Guida dir., 2020, 12, p. 78.

6. Giudizio esplicativo e probabilità logica nel caso di specie.

Premessi questi cenni sui criteri oggettivi dell'accertamento causale conformi a legalità e alla loro applicazione da parte della giurisprudenza, può quindi essere data risposta al quesito da cui si sono originate queste note, ossia se il meccanismo della sussunzione sotto leggi scientifiche possa spiegare l'insorgenza dell'astrocitoma nel feto.

Come si è appurato, occorrono a tal proposito la prova positiva e la individuazione nelle sue componenti essenziali del meccanismo causale che ha condotto all'insorgenza della specifica patologia tumorale. Facendo applicazione di tali principi al caso di specie, le uniche cause note dell'astrocitoma, come anche ammesso dall'accusa, sono la *predisposizione genetica ereditaria* e le *radiazioni ionizzanti (raggi gamma e raggi X) sia con finalità terapeutica sia diagnostica*. Anche l'AIRC⁵¹ afferma che «per gli astrocitomi non è al momento possibile definire strategie efficaci per la prevenzione, dal momento che l'epidemiologia non ha a oggi identificato fattori di rischio modificabili».

Sostiene il Giudice tarantino⁵² che neanche il C.T. del P.M. ha potuto formulare un giudizio certo circa la effettiva sussistenza del nesso causale fra la condotta ascritta agli imputati e l'evento consistito nel decesso del piccolo per il tumore cerebrale, perché ha solo affermato la 'plausibilità'⁵³ e dunque la mera possibilità del decorso causale ipotizzato.

Sempre il GUP osserva⁵⁴ che non poteva che essere così visti i due studi sui quali si è fondato il C.T. del P.M. Sia il primo, di Choi e altri⁵⁵, realizzato attraverso il riferimento ai dati inseriti tra il 1993 e il 1997 all'interno del *Toxic Release Inventory*, sia quello di Lavigne e altri⁵⁶ erano caratterizzati da vari limiti, statistici, metodologici e scientifici, che già gli Autori dei due studi avevano avuto cura di evidenziare, come per esempio dimostrano affermazioni del tipo «*this study do not account for other potential confounders such as mother's exposure to chemicals at work place during pregnancy*»⁵⁷. Peraltro, nel successivo studio pubblicato dagli stessi autori (Lavigne e altri) nel 2020, si afferma che «*le ulteriori ricerche*», di cui si parlava già nello studio del 2017, non hanno confermato l'asserita esistenza di un rischio di astrocitoma infantile in relazione all'esposizione prenatale a sostanze tossiche⁵⁸.

⁵¹ <https://www.airc.it/cancro/informazioni-tumori/guida-ai-tumori-pediatrici/astrocitoma-del-bambino>, ultimo aggiornamento 27.05.2019.

⁵² Tribunale di Taranto, 10 ottobre 2022, n. 660, Giud. Carriere, imp. Cavallo, p. 28 ss.

⁵³ Occorre ricordare che, come è noto ed è stato affermato da Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010 (dep. 13 dicembre 2010), n. 43786, Cozzini, il giudice non può creare la legge scientifica.

⁵⁴ Tribunale di Taranto, 10 ottobre 2022, n. 660, Giud. Carriere, imp. Cavallo, p. 29.

⁵⁵ H.S. CHOI ET AL., *Potential residential exposure to toxic release inventory chemicals during pregnancy and childhood brain cancer*, in *Environ. Intern.*, 2006, p. 100.

⁵⁶ E. LAVIGNE ET AL., *Maternal exposure to ambient air pollution and risk of early childhood cancers: a population-based study in Ontario, Canada*, in *Environ. Intern.*, 2017, pp. 139 ss.

⁵⁷ E. LAVIGNE ET AL., *Maternal exposure to ambient air pollution*, cit., pp. 139 ss.

⁵⁸ In tale secondo studio, E. LAVIGNE ET AL., *Ambient ultrafine particle concentrations and incidence of childhood cancers*, in *Environ. Intern.*, 2020, pp. 1 ss., infatti, si afferma che: «*overall, findings from these studies do not provide convincing evidence that traffic-related air pollution is associated with the overall risk of childhood cancer* (pag. 6). E, ancora, si afferma che: «*it's biologically plausible that UFPS (ultrafine particles) may be espoused a with the*

Stesse considerazioni valgono anche per lo studio di Lauren Nelson e altri del 2017⁵⁹ che non affronta il problema della cancerogenesi dei singoli tumori, infatti gli Autori sostengono solo che «*tre studi*» avrebbero «*stimato un aumento del rischio*»⁶⁰ rispetto all'insorgere di tumori al cervello, ma ad ogni modo in relazione a tre fattori specifici (il fumo di sigarette, l'esposizione occupazionale a pesticidi e l'esposizione domestica a pesticidi) e non in relazione alle sostanze inquinanti di cui si parla nel caso di specie.

Solo altri studi hanno ipotizzato una *possibile* associazione tra esposizione ambientale e rischio di tumori del sistema nervoso centrale, avendo però cura di sottolineare che tale associazione fosse «debole» (cioè al limite della significatività statistica)⁶¹.

Come si nota, quindi, la letteratura medica, allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, non consente di affermare la sussistenza di una correlazione causale tra inquinamento ambientale/atmosferico e tumori del sistema nervoso centrale, come l'astrocitoma.

È riscontrabile, dunque, una *mera possibilità*, insufficiente per considerare esistente un rapporto causale tra inquinamento e insorgenza del tumore.

Nel caso di specie, pertanto, come afferma la sentenza in commento⁶², «*anche a voler superare i dubbi, che pure sussistono, in ordine alla trasmissione al feto delle sostanze inquinanti inalate dalla madre nel corso della gravidanza, la circostanza che nel cervello del piccolo siano state rinvenute particelle relative a sostanze estranee, che hanno suggerito all'Accusa la provenienza dall'attività produttiva dello stabilimento siderurgico, e che talune di esse possano - in generale - avere effetto cancerogeno, certamente integra un indizio a sostegno dell'ipotesi accusatoria. Tuttavia, con specifico riferimento alla patologia tumorale insorta, lo stesso è insufficiente, permanendo una totale incertezza medico-scientifica sui meccanismi eziologici e sulla cancerogenesi di simili forme di tumori del sistema nervoso centrale*»⁶³.

Non sussistendo quindi la necessaria certezza processuale riguardo alla verifica dell'evento, non è possibile neppure procedere con il secondo accertamento del ragionamento controfattuale nella causalità omissiva⁶⁴. Infatti, prima

risk of cancer in children», ma questa «plausibilità» (non certezza o probabilità), non viene associata al rischio di astrocitoma, ma solo ad alcune forme di leucemia (pp. 6-7).

⁵⁹ L. NELSON ET AL., *Estimating the Proportion of Childhood Cancer Cases and Costs Attributable to the Environment in California*, in *Am J Public Health*, 2017, pp. 756 ss.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 758.

⁶¹ O.S. VON EHRENSTEIN ET AL., *In utero and Early-life Exposure to Ambient Air Toxics and Childhood Brain Tumors: A Population-Based Case-Control Study in California, USA*, in *Environmental Health Perspectives*, 2016, vol. 124, n. 7, p. 1098: «*our study as a number of limitations*»; H.E. DANYSH ET AL., *Maternal residential proximity to major roadways at delivery and childhood central nervous system tumors*, in *Environmental Research*, 2016, p. 316: «*however, the few studies that have evaluated the association between traffic-related air pollution exposure and CNS tumors have provided conflicting results*»; «*our knowledge, no study has comprehensively assessed proximity to major roadways and the association with specific CNS tumors, and, in particular, the association with specific CNS tumor phenotypes*»; p. 321: «*more studies are needed to confirm our findings and further explore the relationship between exposure to traffic-related air pollutants and the CNS tumor phenotypes in children*».

⁶² Tribunale di Taranto, 10 ottobre 2022, n. 660, Giud. Carriere, imp. Cavallo, p. 40.

⁶³ Sempre Tribunale di Taranto, 10 ottobre 2022, n. 660, Giud. Carriere, imp. Cavallo, p. 40.

⁶⁴ S. BERNARDI, *Omicidio colposo*, cit., pp. 136 ss. rileva una certa ambiguità della sentenza commentata nello

7-8/2023

di procedere all'accertamento dell'efficacia impeditiva della condotta omessa, occorre completare il *giudizio esplicativo*⁶⁵. Nel caso di specie, tuttavia, si può sostenere che difetti il *requisito preliminare ed essenziale* per qualsiasi giudizio esplicativo, cioè che *esista una legge scientifica, universale o probabilistica, che possa spiegare l'evento*. In assenza di quest'ultima, il giudizio esplicativo, come viene definito dalla giurisprudenza, e come correttamente afferma il GUP di Taranto nella sentenza in commento, è totalmente precluso.

stabilire se se il caso di specie si debba ascrivere alla causalità attiva od omissiva.

⁶⁵ Per considerazioni più approfondite sul secondo momento dell'accertamento causale nei reati omissivi, a fronte di un giudizio esplicativo non caratterizzato da certezza, e per i necessari riferimenti bibliografici, A. PROVERA, *Il "giudizio esplicativo" incerto impedisce il "giudizio predittivo"*, cit., pp. 1109 ss.

7-8/2023

LA RIFORMA CARTABIA DEL PROCESSO PENALE: PRETESE ALGORITMICHE ED ENTROPIA SISTEMICA

di Marcello Daniele

Uno degli aspetti più notevoli della riforma Cartabia sta nel tentativo di incrementare l'efficienza del processo penale attraverso un approccio "ingegneristico". Sullo sfondo vi è la volontà di governare l'accertamento giurisdizionale mediante criteri decisori e tempistiche procedurali di tipo "automatizzato", appositamente costruiti per ottenere determinati risultati. Questo è l'intento, in particolare, delle modifiche ai filtri giurisdizionali sull'esercizio dell'azione penale, mirate a diminuire il numero dei dibattimenti di primo grado attraverso un incremento delle archiviazioni e delle sentenze di non luogo a procedere; della restrizione del vaglio di ammissibilità delle impugnazioni, volto a ridurre il numero degli appelli; e, infine, delle modifiche alla disciplina dei tempi di durata delle indagini preliminari e delle impugnazioni, che hanno portato ad introdurre nel nostro sistema perfino un'inedita forma di prescrizione processuale. La sensazione, nondimeno, è che la riforma non sia riuscita ad attuare i propri propositi in modo sufficientemente netto, ma abbia dovuto adottare alcune soluzioni di compromesso, suscettibili di minarne l'efficacia operativa. È tutto da dimostrare, inoltre, che esista davvero la possibilità di regolare il processo in modo meccanicistico, irregimentando spazi in cui, però, operano inevitabili margini di discrezionalità, e vi è un'esigenza di adattamento alle peculiarità del singolo caso. Tali criticità rischiano non solo di vanificare i propositi del legislatore, ma anche di aumentare il livello di entropia del sistema, mettendone in crisi l'organicità e la coerenza.

SOMMARIO: 1. Decisioni e tempistiche automatizzate. – 2. Meno dibattimenti ed appelli. – 2.1. L'algoritmo debole: la "ragionevole previsione di condanna". – 2.2. L'algoritmo ambiguo: la "critica puntuale ed esplicita" alla decisione di primo grado. – 3. Indagini ed impugnazioni a durata prestabilita: le tagliole dell'improcedibilità e dell'inutilizzabilità. – 4. Tecniche di forzatura degli algoritmi cronologici. – 4.1. L'uso strumentale delle proroghe. – 4.2. L'iscrizione della notizia di reato ritardata e il debole rimedio della retrodatazione. – 4.3. La stasi del procedimento e lo pseudo-termine "di riflessione". – 5. I costi dell'approccio algoritmico. – 6. Un'alternativa più flessibile: un sistema processuale "modulare".

1. Decisioni e tempistiche automatizzate.

Volendo parlare della c.d. riforma Cartabia, è impossibile evitare di utilizzare la parola "efficienza". Tanto è vero che, per individuare i tratti caratterizzanti delle

modifiche introdotte, ormai si parla di modello “efficientistico”, spesso con connotazioni negative¹.

Il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 non costituisce, a dire il vero, il primo tentativo del legislatore di rendere più efficiente il processo penale. Basti pensare che, quasi un quarto di secolo fa, già la l. 16 dicembre 1999, n. 479 aveva perseguito questo obiettivo con l’istituzione del Tribunale in composizione monocratica, tra l’altro provando, già allora, a rafforzare il vaglio preliminare dell’accusa in udienza preliminare.

Mi sembra, nondimeno, che un aspetto di novità stia nel modo in cui la riforma Cartabia prova ad ottenere l’efficienza: la quale viene rincorsa attraverso una mentalità ingegneristica e meccanismi che non esiterei a definire “algoritmici”, che hanno come tratto caratterizzante la volontà di governare l’accertamento giurisdizionale mediante criteri decisorii e tempistiche procedurali di tipo “automatizzato”, appositamente costruiti per ottenere determinati risultati.

È, indubbiamente, un’idea moderna, che prende ad esempio le tecnologie di intelligenza artificiale e tenta, in un certo modo, di replicarle nel processo penale, mirando a costruire le norme processuali come *software* capaci di predeterminare i tempi e l’esito delle attività giudiziarie².

È, al contempo, un’idea di non agevole concretizzazione. Si dà per scontato un presupposto ancora tutto da dimostrare: la possibilità di regolare il processo in modo meccanicistico, irreggimentando spazi in cui, però, operano inevitabili margini di discrezionalità, e vi è un’esigenza di adattamento alle peculiarità del singolo caso.

Né va dimenticato che la riforma è, comunque, il frutto di un complesso dibattito tra forze politiche di diversa estrazione. Come tale, è forte la sensazione che essa non sia riuscita ad attuare i propri propositi in modo sufficientemente netto, e abbia dovuto adottare alcune soluzioni di compromesso, suscettibili tuttavia di minarne l’efficacia operativa.

Tali criticità, come ora vedremo, rischiano non solo di vanificare le intenzioni del legislatore, ma anche di incrementare il livello di entropia del sistema, mettendone in crisi l’organicità e la coerenza. Proprio questi sono i pericoli che corrono alcune delle modifiche che maggiormente caratterizzano la riforma, ossia quelle relative ai filtri giurisdizionali sull’esercizio dell’azione penale, al vaglio di ammissibilità degli appelli e ai tempi di durata delle indagini preliminari e delle impugnazioni.

¹ Cfr., in particolare, O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. pen. online*, 22 luglio 2022, pp. 1 ss., secondo cui il nuovo assetto sarebbe improntato su un “esasperato empirismo che fa prevalere l’obiettivo sui mezzi, la tecnica sulla scienza”, in cui la “riduzione dei tempi processuali” viene perseguita ad ogni costo, “a prescindere dai mezzi impiegati”. V. anche A. PULVIRENTI, *Dalla “Riforma Cartabia” una spinta verso l’efficienza anticognitiva*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, pp. 631 ss.

² Sul tema della giustizia predittiva v., per tutti, S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Springer, 2020.

2. Meno dibattimenti ed appelli.

Cominciamo dal tentativo di decongestionare il numero dei dibattimenti e degli appelli, nel comprensibile intento di alleggerire i carichi dei Tribunali e delle Corti di appello.

A questo fine viene in gioco, anzitutto, la modifica del criterio decisorio per disporre l'archiviazione e la sentenza di non luogo a procedere. Il rinnovato vaglio preliminare dell'accusa, al contempo, viene generalizzato, estendendolo ai procedimenti di competenza del Tribunale in composizione monocratica a citazione diretta attraverso l'inedita udienza "predibattimentale" (artt. 554 *bis* s. c.p.p.)³. In secondo luogo, si punta a ridurre il numero degli appelli, tramite un ritocco del vaglio di ammissibilità *ex art.* 581 c.p.p.

La riforma, in questo modo, spera di stringere le maglie dei rispettivi controlli. In entrambi i casi, tuttavia, il risultato è discutibile.

2.1. L'algoritmo debole: la "ragionevole previsione di condanna".

Molto si è detto sulla scarsa capacità selettiva del criterio dell'"insostenibilità dell'accusa in giudizio", statuito dai previgenti artt. 125 disp. att. e 425 c.p.p. ai fini della pronuncia dell'archiviazione e della sentenza di non luogo a procedere.

L'interpretazione prevalente, come è noto, lo aveva parametrato sul canone della c.d. "utilità del dibattimento", e così facendo aveva di fatto sterilizzato il vaglio preliminare dell'accusa. Per considerare utile il dibattimento, infatti, era sufficiente la sua sola capacità di offrire elementi in grado di incrementare il quadro probatorio a disposizione, superando eventuali situazioni di incertezza derivanti dalle indagini: un esito, nella sostanza, sempre pronosticabile, grazie alle molteplici *chance* offerte dal contraddittorio dibattimentale di arricchire la piattaforma conoscitiva⁴.

L'inedita formula della "ragionevole previsione di condanna" escogitata dalla riforma Cartabia⁵ vorrebbe, per l'appunto, invertire la rotta, inibendo ogni tentazione di rimettersi aprioristicamente alla superiore capacità cognitiva del dibattimento: essa individua in modo più preciso l'esito del vaglio preliminare, richiedendo una valutazione in merito alla probabilità che il giudizio, laddove si svolgesse, si concluderebbe con la condanna⁶.

³ V., al riguardo, M. DANIELE, [L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali](#), in questa *Rivista*, 16 gennaio 2023.

⁴ Cfr., fra le molte, Cass., sez. V, 2 marzo 2021, n. 22806, nel senso del rinvio a giudizio "in tutti i casi in cui le fonti di prova si prestino a soluzioni alternative e aperte o, comunque, ad essere diversamente rivalutate".

⁵ Si veda l'art. 408 comma 1 c.p.p. per l'archiviazione, e gli artt. 425 comma 3 e 554 *ter* comma 1 per la sentenza di non luogo a procedere da pronunciare, rispettivamente, nell'udienza preliminare e nell'udienza predibattimentale.

⁶ Cfr. G. DELLA MONICA, *Il filtro della ragionevole previsione di condanna*, in *Arch. Pen. online*, 6 giugno 2023, pp. 16 s., il quale osserva come il presupposto per dare corso alla celebrazione del dibattimento non sia più rinvenibile nella sua "astratta utilità", "vale a dire nella ipotetica sopravvenienza di non specificate

Tale criterio decisorio è utilizzato, per l'appunto, in chiave algoritmica, per ottenere in modo forzato un determinato "output" (la riduzione del numero dei dibattimenti) sulla base di un "input" (le indagini preliminari) di qualità cognitivamente inferiore, a causa dell'assenza degli indicatori epistemici del contraddittorio e dell'oralità, e magari incompleto⁷, nelle ipotesi in cui l'organo d'accusa non sia stato in grado di esplorare tutte le possibili piste investigative⁸: una piattaforma conoscitiva, dunque, spesso di per sé tale da non consentire di raggiungere la prova piena della colpevolezza.

Resta tutto da vedere se tale automatismo sia così solido. Anzitutto perché il legislatore si è fermato a metà del guado, e non ha previsto il dovere di motivare il provvedimento di rinvio a giudizio⁹. L'omissione, naturalmente, mira ad evitare di condizionare le valutazioni del giudice del dibattimento, e quindi risulta del tutto comprensibile in un sistema di tipo accusatorio. È chiaro, però, che l'obbligo di motivazione costituisce un importante stimolo al necessario impegno valutativo. Il rischio, pertanto, è che i giudici chiamati al vaglio preliminare dell'accusa, specie se oberati da eccessivi carichi di lavoro, siano portati a privilegiare la più agevole alternativa – da non motivare – del rinvio a giudizio.

La formula della ragionevole "previsione" di condanna, in secondo luogo, comunque lascia intatta la componente prognostica della valutazione¹⁰. Tale apertura, nella sostanza, consente il rinvio a giudizio anche a fronte di una prova della colpevolezza non ancora pienamente raggiunta, in presenza della convinzione che la si otterrebbe in dibattimento. Ed è appena il caso di notare l'enorme tasso di manipolabilità di una previsione del genere: comunque fossero andate le indagini, si potrebbero quasi

risultanze istruttorie", ma occorra "avere a disposizione dati conoscitivi che consentano già di delineare, in termini concreti, il percorso probatorio attraverso il quale sia possibile approdare ad una sentenza di condanna"; v. anche F. TONDIN, *La nuova regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna*, in *Cass. pen.*, 2023, pp. 410 ss.

⁷ Sulle difficoltà dell'organo di accusa di soddisfare l'esigenza di completezza delle investigazioni, specie alla luce della nuova conformazione del vaglio preliminare dell'accusa, v. F. MORELLI, [Osservazioni critiche sulla funzione dell'indagine alla luce della nuova udienza preliminare](#), in questa *Rivista*, 30 maggio 2023, pp. 28 ss.

⁸ Senza trascurare che, nei procedimenti con citazione diretta di fronte al Tribunale monocratico, non sarebbe possibile per il giudice dell'udienza predibattimentale, a differenza del giudice dell'udienza preliminare, disporre delle integrazioni investigative: v. al riguardo M. Busetto, *Nuova regola di giudizio e integrazioni conoscitive del giudice dell'udienza preliminare: qualche spunto di riflessione*, in *Arch. pen. online*, 27 marzo 2023, pp. 4 ss.

⁹ Il quale continua a restarne privo tanto nei procedimenti con udienza preliminare quanto in quelli con udienza predibattimentale.

¹⁰ Diversa la scelta del progetto preliminare alla riforma predisposto dalla Commissione Lattanzi ("Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c.-2435", pp. 18 ss., reperibile in questa *Rivista* [qui](#)), nel quale il criterio decisorio per la pronuncia dell'archiviazione e del non luogo a procedere era declinato in termini di capacità degli elementi acquisiti di "determinare la condanna"; una formulazione evidentemente volta a potenziare la componente diagnostica della valutazione, anche se non era mancato chi aveva manifestato perplessità in merito alla sua capacità in questo senso: cfr. R.E. KOSTORIS, [Predizione decisoria, diversione processuale e archiviazione](#), in questa *Rivista*, 23 luglio 2021, pp. 17 ss.

sempre individuare ragioni per argomentare nel senso del consolidamento in senso accusatorio, in giudizio, degli elementi raccolti¹¹.

Certo, non è da escludere che, nell'intento di evitare il fallimento della rimodulazione del filtro effettuata dalla riforma, si consolidi un'interpretazione tale da richiedere una valutazione strettamente diagnostica, consentendo il rinvio a giudizio solo in forza di un completo accertamento della colpevolezza sulla base delle indagini¹²; ma sarebbe, evidentemente, una forzatura testuale, per quanto giustificata dalla condivisibile esigenza di assicurare la funzionalità del sistema.

2.2. L'algoritmo ambiguo: la "critica puntuale ed esplicita" alla decisione di primo grado.

La riforma Cartabia ha anche affrontato il problema dell'eccessivo numero di giudizi di secondo grado e del conseguente intasamento di diverse Corti di appello. Nonostante le molteplici proposte di modifica avanzate a tale riguardo¹³, alla fine il legislatore non è riuscito a fare di meglio che recepire il meccanismo di restrizione del vaglio di ammissibilità degli appelli escogitato dalla giurisprudenza¹⁴.

Mi riferisco alla sentenza *Galtelli* del 2016¹⁵, con cui le Sezioni Unite, in applicazione del criterio di specificità delle impugnazioni enunciato in generale dall'art. 581 c.p.p., avevano cercato di porre un freno agli atti di appello non sufficientemente precisi: in particolare, statuendone l'inammissibilità in caso di genericità non solo "intrinseca"¹⁶, ma anche "estrinseca", in quanto privi di censure dirette alle argomentazioni utilizzate dalla decisione impugnata.

La riforma Orlando¹⁷ aveva già tentato di recepire questo orientamento nel testo dell'art. 581, statuendo il dovere, a pena di inammissibilità, non solo di "enunciare

¹¹ Cfr. S. RUGGERI, *Azione e inazione*, in D. CASTRONUOVO-M. DONINI-E.M. MANCUSO-G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, Wolters Kluwer-Cedam, 2023, pp. 642 ss.; T. RAFARACI, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, pp. 161; F. SIRACUSANO, *La prevedibilità dell'esito del giudizio quale antidoto all'azzardo imputativo?*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, pp. 549 ss.

In questo senso, a riprova della dubbia efficacia innovativa del nuovo criterio, v. Trib. Patti, sez. Gup, 27 gennaio 2023, in *giurisprudenzapenale.com*, 5 marzo 2023, secondo cui la riforma avrebbe "ribadito e cristallizzato la necessità che la regola di giudizio che governa l'udienza preliminare sia di tipo dinamico e prognostico. Il carattere concreto dell'azione penale ne orienta il relativo esercizio e la conseguente prosecuzione solo ove sorretti da un prevedibile verdetto di condanna ma sulla base di una consapevole valutazione del materiale probatorio anche in considerazione della utilità del processo in termini di implementazione, arricchimenti, chiarimenti, che il dibattimento e il contraddittorio tra le parti e il diritto alla prova di tutti i protagonisti del processo sono in grado di apportare. *Nihil sub sole novum*, dunque".

¹² In questo senso, v. S. LONATI, *L'udienza preliminare*, in D. CASTRONUOVO-M. DONINI-E.M. MANCUSO-G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia*, cit., pp. 714 ss.

¹³ Per un quadro generale, v. già M. BARGIS – H. BELLUTA, *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2013.

¹⁴ Cfr. A. CAPONE, *Le impugnazioni tra speditezza e garanzie*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 189.

¹⁵ Cass., sez. un., 27 ottobre 2016, n. 8825, *Galtelli*.

¹⁶ Ossia, radicalmente privi di qualsiasi giustificazione, o comunque fondati su considerazioni generali ed astratte, del tutto avulse dalla concreta vicenda processuale.

¹⁷ L. 23 giugno 2017, n. 103.

specificamente” le ragioni di diritto e gli elementi di fatto dell’impugnazione, ma anche di individuare i “capi” e i “punti” della decisione oggetto di censura, nonché le “prove delle quali si deduce l’inesistenza, l’omessa assunzione o l’omessa o erronea valutazione”.

La riforma Cartabia ha, da ultimo, tolto ogni dubbio quanto alla volontà legislativa di accogliere l’impostazione della decisione *Galtelli*, inserendo nel comma 1 bis dell’art. 581 c.p.p. un’apposita causa di inammissibilità per mancanza di specificità dell’appello presa di peso dalla pronuncia delle Sezioni Unite: la mancata enunciazione, “per ogni richiesta”, in “forma puntuale ed esplicita”, dei “rilievi critici in relazione alle ragioni di fatto o di diritto espresse nel provvedimento impugnato, con riferimento ai capi e punti della decisione ai quali si riferisce l’impugnazione”.

In questo caso, però, la pretesa algoritmica di ridurre il numero dei giudizi di appello (l’“output”) sulla base delle sole informazioni rinvenibili nella configurazione dei motivi di appello (l’“input”) si è tradotta in un criterio dai contorni irrimediabilmente vaghi¹⁸. Che cosa significa, esattamente, critica “puntuale ed esplicita”? Con quale livello di approfondimento dovrebbe avvenire questo confronto con le argomentazioni poste alla base della decisione impugnata?

Si tratta di un parametro che, inteso in un senso più formale, potrebbe essere identificato nella mera necessità di contestualizzare la critica nei confronti della sentenza impugnata, indicando sotto quali profili essa risulti censurabile¹⁹. Rischierebbe, però, di derivarne un vaglio non sufficientemente selettivo: ai fini dell’ammissibilità dell’appello, sarebbe sufficiente proporre anche una censura priva di fondamento; basterebbe identificare i brani della decisione impugnata oggetto di contestazione, a prescindere dalla validità delle contro-argomentazioni utilizzate.

Concepito in modo più sostanziale, invece, il criterio viene inevitabilmente a sovrapporsi con un vaglio preliminare di fondatezza, ossia con una valutazione relativa alla ragionevole probabilità di accoglimento dell’impugnazione²⁰. Quest’ultima interpretazione, naturalmente, contrasterebbe con il fatto che, anche a seguito della riforma Cartabia, l’inammissibilità per “manifesta infondatezza” dei motivi di impugnazione continua ad essere prevista unicamente in rapporto al ricorso in cassazione (art. 606 comma 3 c.p.p.), e non, invece, all’appello. Nondimeno, per intuibili ragioni efficientistiche, essa è già stata adottata da una parte della giurisprudenza, se non a chiare lettere, perlomeno nei fatti²¹.

¹⁸ Si veda F. MORELLI, *Approccio narrativo vs approccio analitico alla ricostruzione del fatto nella sentenza di primo grado di fronte alla fisionomia del nuovo appello*, in *discrimen.it*, 23 maggio 2023, pp. 22 ss.

¹⁹ In questo senso v. C. CITTERIO, *Pensieri sparsi sul nuovo giudizio penale di appello (ex d.lgs. 150/2022)*, in *giustiziainsieme.it*, 13 gennaio 2023, § 9.2; O. MAZZA, *Il processo che verrà*, cit., pp. 17 ss.

²⁰ Su tale rischio v. M. BARGIS, *Ripercorrendo le impugnazioni penali: dalla “riforma Bonafede” alla “riforma Cartabia”*, in A. BOLDRIN-M. BOLOGNARI-M. DANIELE-P.P. PAULESU-S. SIGNORATO (a cura di), *Studi in onore di Roberto E. Kostoris*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 148 ss.; J. DELLA TORRE, *La crisi dell’appello penale nel prisma della statistica giudiziaria*, in *Arch. pen. online*, 27 agosto 2022, pp. 45 ss.; P. MAGGIO, *Nuove ipotesi d’inammissibilità dell’impugnazione*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, pp. 161 ss.

²¹ La stessa Cass., sez. un., 27 ottobre 2016, n. 8825, *Galtelli*, sebbene a parole neghi la possibilità di un vaglio di manifesta infondatezza, sembra poi non escluderla laddove afferma che i motivi di appello dovrebbero

Il legislatore dovrebbe, però, operare una chiara scelta di campo. La fedeltà all'appello come forma di controllo del giudizio, ossia il modello originariamente prescelto dal nostro codice²², presupporrebbe l'abrogazione del filtro elaborato dalla decisione *Galtelli* e codificato dalla riforma²³. In alternativa, volendo configurare l'appello come forma di controllo della decisione, avvicinandolo al ricorso in cassazione, sarebbe meno ipocrita statuire espressamente un vaglio preliminare sulla fondatezza dei motivi.

Per contro, il criterio di ammissibilità degli appelli introdotto dalla riforma Cartabia, con la sua ambiguità, è tutt'altro che idoneo ad assicurare decisioni uniformi: tutto dipenderà dalla propensione dei vari giudici di appello, anche sulla base dei rispettivi carichi di lavoro, a sindacare in via preliminare il contenuto dei motivi, anziché limitarsi a considerare la loro struttura formale. Un esito, come si vede, ben lontano dagli automatismi selettivi bramati dai riformatori.

3. Indagini ed impugnazioni a durata prestabilita: le tagliole dell'improcedibilità e dell'inutilizzabilità.

Un'altra tipologia di intervento con cui è manifestata la pretesa algoritmica della riforma riguarda, come si diceva, i tempi delle indagini preliminari e delle impugnazioni.

Lo scopo, qui, è pienamente condivisibile: si tratta di dare attuazione al diritto della persona accusata alla ragionevole durata del processo, nel nostro sistema purtroppo negletto a causa dell'eccessiva lunghezza, in particolare, della fase investigativa, e della situazione di ingorgo in cui si trovano i ruoli di molti giudici dell'impugnazione.

È ingiusto – si afferma – che il costo di tale inefficienza venga addossato a chi subisce il processo penale²⁴. Di qui l'esigenza di tempistiche predefinite dalla legge, nella convinzione che la presenza di termini rigidi inneschi condotte virtuose da parte dei competenti organi giudiziari e dei loro ausiliari.

Volendo predeterminare i tempi di durata di una determinata fase processuale, naturalmente, la legge deve anche stabilire le conseguenze della loro inosservanza: in un sistema congestionato come il nostro, la previsione di termini meramente ordinatori non sarebbe dotata di una grande efficacia.

“contenere, seppure nelle linee essenziali, ragioni idonee a confutare e sovvertire, sul piano strutturale e logico, le valutazioni del primo giudice”.

²² Così come testimoniato dalla piena cognizione del giudice di appello sui punti “ai quali si riferiscono i motivi” prevista dall'art. 597 comma 1 c.p.p.: una norma, peraltro, lasciata intatta dalla riforma.

²³ In questo senso v. P. FERRUA, *La riforma Cartabia: verso una restrizione dei motivi di appello*, in A. BOLDRIN-M. BOLOGNARI-M. DANIELE-P.P. PAULESU-S. SIGNORATO (a cura di), *Studi in onore di Roberto E. Kostoris*, cit., pp. 162 ss.

²⁴ Cfr. O. MAZZA, [L'enigma della prescrizione, fra improcedibilità e nuove proposte di riforma](#), in questa *Rivista*, 16 maggio 2023, pp. 8 ss.; D. NEGRI, [Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti](#), in questa *Rivista*, 21 febbraio 2022, pp. 51 ss.

Sotto questo profilo, la sanzione più forte astrattamente concepibile è rappresentata dalla c.d. “prescrizione processuale”: vale a dire l’estinzione del processo attraverso una pronuncia di improcedibilità o di improseguibilità dell’azione penale, nonostante che non siano scaduti i termini di prescrizione sostanziale e, quindi, che il reato non sia estinto, risultando ancora accertabile.

Si tratta di una forma di prescrizione piuttosto controversa, se si considera che vi è chi la ritiene in potenziale conflitto con il principio di obbligatorietà dell’azione penale²⁵. Eppure, la riforma Cartabia, già con la l. 27 settembre 2021, n. 134, ha ritenuto di introdurla in relazione alle impugnazioni, in modo da assicurarne nel modo più forte possibile la ragionevole durata²⁶: in base all’art. 344 *bis* commi 1 e 2 c.p.p., costituisce causa di “improcedibilità” la “mancata definizione” del giudizio di appello o di cassazione entro i termini previsti²⁷.

In caso di superamento dei termini di durata delle indagini, invece, la riforma non ha adottato una soluzione di questo tipo, sebbene qualcuno lo avesse auspicato²⁸. Si è, piuttosto, mantenuta la sanzione dell’inutilizzabilità degli atti compiuti fuori termine (art. 407 comma 3 c.p.p.), contemplata dal codice fin dalla sua entrata in vigore. Si è, al contempo, cercato di rendere più funzionale la disciplina, prevedendo un’unica possibilità di proroga (art. 406), e riducendo i termini massimi di durata delle indagini per le contravvenzioni (art. 405 comma 2).

Sia l’improcedibilità delle impugnazioni ad eccessiva durata, sia l’inutilizzabilità degli atti di indagine tardivi sono, comunque, evidentemente il frutto della stessa mentalità.

²⁵ Soprattutto se tale da intervenire ad azione penale già iniziata: cfr. P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo*, in *Proc. pen. giust.*, pp. 259 ss.; v. anche F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2012, pp. 1295 ss.

²⁶ Sulle interrelazioni virtuose fra la garanzia della ragionevole durata e la disciplina dell’improcedibilità delle impugnazioni v. E. FRAGASSO, *Annotazioni minime sull’improcedibilità disciplinata dall’art. 344 bis c.p.p.*, in A. Boldrin-M. Bolognari-M. Daniele-P.P. Paulesu-S. Signorato (a cura di), *Studi in onore di Roberto E. Kostoris*, cit., pp. 110 ss.

²⁷ Di regola, rispettivamente, di due anni e di un anno, salve le possibilità di proroga statuite dall’art. 344 *bis* comma 4.

²⁸ In questo senso v. R. CASIRAGHI, *L’improcedibilità dell’azione penale per superamento dei termini di fase*, in D. CASTRONUOVO-M. DONINI-E.M. MANCUSO-G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia*, cit., pp. 373 ss.; F. CASSIBBA, *Prescrizione del reato e improseguibilità dell’azione penale nelle proposte della Commissione Governativa*, in R.E. KOSTORIS-R. ORLANDI (a cura di), *Nuovi limiti temporali per l’accertamento penale. Fra prescrizione del reato e improseguibilità dell’azione penale*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 15 ss.; O. MAZZA, *Il processo che verrà*, cit., pp. 7 ss.; L. TAVASSI, *Improcedibilità dell’azione per superamento dei termini di durata delle indagini preliminari*, in *Arch. pen. online*, 6 settembre 2021, pp. 10 ss. V. anche M. GIALUZ, *La giustizia penale come servizio pubblico: completare la “riforma Cartabia”*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, pp. 361, il quale auspica un’estensione del meccanismo dell’improcedibilità al giudizio di primo grado.

4. Tecniche di forzatura degli algoritmi cronologici.

Non si può fare a meno di notare come la concezione alla base della previsione dei termini massimi di durata delle fasi processuali pecchi di unilateralismo: il diritto dell'accusato alla ragionevole durata ne risulta protetto in modo scriteriato; come se fosse un diritto assoluto ed intangibile, non suscettibile di entrare in bilanciamento con altri interessi. In questo modo si finisce per trascurare le ragioni della pretesa punitiva, dimenticando che l'inefficienza non sempre dipende solo dalle negligenze degli organi inquirenti o dalla mancanza di risorse, ma è dovuta ai fattori più diversi, spesso concorrenti fra loro e variabili da caso a caso.

Il rischio è che un approccio del genere determini una reazione di rigetto da parte degli organi investigativi e giurisdizionali, istituzionalmente tenuti ad assicurare che l'accertamento dei fatti, a prescindere dal suo esito, giunga a compimento. A fronte dell'impossibilità di concludere le attività procedimentali entro la cornice cronologica fissata in astratto dalla legge, dunque, non dovrebbe stupire il tentativo di utilizzare tutte le opportunità offerte dal sistema per scongiurare l'improcedibilità o l'inutilizzabilità, specie laddove il procedimento riguardi un reato grave²⁹.

4.1. L'uso strumentale delle proroghe.

Prevedendo i termini di durata di una fase processuale, la legge non potrebbe astenersi dall'introdurre anche delle ipotesi di proroga: sarebbe irragionevole una disciplina che non consentisse in nessun modo di tenere conto delle caratteristiche del singolo caso concreto, qualora fossero tali da richiedere tempi più lunghi del normale per concludere lo svolgimento delle attività processuali.

Proprio grazie alla possibilità di proroga, però, la concezione algoritmica mostra una delle sue debolezze.

A seguito della riforma, il giudice per le indagini preliminari può prorogare il termine di durata delle investigazioni in caso di "complessità" di queste ultime (art. 406 comma 1 c.p.p.). Analogamente, la Corte di appello o la Corte di cassazione possono prorogare il termine di durata del giudizio di impugnazione quando esso "è particolarmente complesso, in ragione del numero delle parti o delle imputazioni o del numero o della complessità delle questioni di fatto o di diritto da trattare" (art. 344 *bis* comma 4).

A chi afferma che la legge avrebbe dovuto prevedere i presupposti per le proroghe in modo più preciso³⁰, è consentito replicare che risulterebbe tutt'altro che

²⁹ Su tale possibile conseguenza in relazione all'improcedibilità delle impugnazioni v. M. DANIELE, *La prescrizione processuale nei gradi di impugnazione: forzature dogmatiche e reazioni applicative*, in R.E. KOSTORIS-R. ORLANDI (a cura di), *Nuovi limiti temporali*, cit., pp. 34 ss.

³⁰ Così, in rapporto all'improcedibilità, D. NEGRI, *Dell'improcedibilità temporale*, cit., pp. 57 ss.; A. SCALFATI, *L'improcedibilità ratione temporis: una mina nel sistema*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, p. 805.

7-8/2023

agevole ottenere un risultato del genere senza, al contempo, pregiudicare l'attitudine della disciplina delle proroghe ad adattarsi alle peculiarità di ciascuna situazione.

Nè si potrebbe sostenere che il concetto di complessità del procedimento si trovi in radicale conflitto con l'esigenza di determinatezza che discende dal principio di legalità statuito dagli art. 25 comma 2 e 111 comma 1 Cost. *Mutatis mutandis*, come ha osservato la Corte costituzionale a proposito della c.d. regola Taricco³¹, un tale esito si verificherebbe nelle situazioni in cui la legge risultasse "irrimediabilmente indeterminata", non indicando al giudice alcun "criterio applicativo" tale da consentirgli di trarre regole "sufficientemente definite", oppure attribuendogli il compito di "perseguire un obiettivo di politica criminale"³². Ma non è questo il caso del parametro in questione, il quale, di per sé, non può dirsi arbitrario.

Il problema sta, piuttosto, nella sua inevitabile flessibilità. Non è difficile prevedere come esso potrebbe essere inteso nella prassi applicativa, nell'intento di scardinare le gabbie temporali apprestate dai termini: non solo ancorandolo, come sarebbe logico, alle caratteristiche del procedimento³³, ma anche parametrandolo ai carichi di lavoro e ai problemi organizzativi degli uffici³⁴. Questi ultimi connotati, in teoria, non dovrebbero pesare nella valutazione³⁵. Nella sostanza, tuttavia, spesso sono fattori decisivi dell'allungamento dei tempi, e sarebbe difficile non tenerne conto, con buona pace dei calcoli algebrici prefissati dal legislatore.

4.2. L'iscrizione della notizia di reato ritardata e il debole rimedio della retrodatazione.

Un'altra tecnica di elusione riguarda, specificamente, la disciplina dei termini di svolgimento delle indagini. Mi riferisco alla possibilità di ritardare l'iscrizione c.d. "nominativa" della notizia di reato nell'apposito registro *ex art. 335 c.p.p.*, al fine di

³¹ Ossia la possibilità per i giudici nazionali, ventilata da Corte giust., 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco*, di disapplicare gli artt. 160 e 161 c.p. nella parte in cui impedissero di infliggere "sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di gravi casi di frode che ledano gli interessi finanziari dell'Unione".

³² Corte cost., 10 aprile 2018, n. 115.

³³ Ossia, tenendo conto del numero degli imputati e delle imputazioni, e del tasso di difficoltà delle attività da svolgere.

³⁴ Magari anche solo la semplice indisponibilità di aule, oppure del personale tecnico ausiliario. Del resto, qualcosa del genere è già accaduto in merito alla sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare nel caso di giudizi "particolarmente complessi" (art. 304 comma 2 c.p.p.): un requisito ritenuto più di una volta tale da ricomprendere non solo "la complessità inerente alla trattazione e alla decisione", "ma anche tutte le difficoltà e ostacoli di ordine logistico attinenti all'organizzazione di mezzi e di strutture necessari". V., ad esempio, Cass., sez. I, 25 maggio 1998, n. 3053; più di recente, Id., sez. I, 27 ottobre 2020, n. 6742.

³⁵ Cfr., in rapporto alla proroga delle indagini, v. R. APRATI, *Le nuove indagini preliminari fra obiettivi deflattivi ed esigenze di legalità*, in *giustiziainsieme.it*, 20 dicembre 2022, pp. 20 ss.; G. GARUTI, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, in *Arch. pen. online*, 28 ottobre 2022, p. 5; A. MARANDOLA, *Il controllo sulla legalità delle indagini e i rimedi alla (possibile) stasi*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 155; C. VALENTINI, *The untouchables: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri*, in *Arch. pen. online*, 25 agosto 2022, p. 27.

spostare in avanti il *dies a quo* di decorrenza dei termini, così allungando il tempo complessivo a disposizione per concludere le investigazioni.

La riforma Cartabia ha tentato di porvi rimedio tramite la previsione della c.d. retrodatazione: vale a dire, l'individuazione a posteriori della reale data in cui l'iscrizione del nome dell'indagato sarebbe dovuta avvenire, facendone derivare gli effetti già a partire da quel momento.

Tale possibilità, auspicata da una parte degli studiosi³⁶, ma che la giurisprudenza non aveva finora ritenuto possibile praticare per la mancanza di una base legale idonea a legittimarla³⁷, ora è consentita in due casi: può essere disposta dallo stesso pubblico ministero, in una logica di "autotutela" (art. 335 comma 1 *ter* c.p.p.); oppure può essere chiesta dalla persona sottoposta alle indagini o dall'imputato al giudice che procede (art. 335 *quater*).

Si tratta, chiaramente, di un rimedio dalle implicazioni pesanti per l'organo di accusa. Ne discende non solo una riduzione del tempo a disposizione per concludere le indagini, ma anche l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti prima della scadenza del termine determinato dall'iscrizione originaria. A fronte del rischio che le investigazioni ne risultino compromesse, dunque, non è difficile ipotizzare una spinta applicativa ad usarlo il meno possibile³⁸.

Lo stesso art. 335 *quater* comma 2 c.p.p. consente al giudice di ordinare la retrodatazione solo quando il ritardo sia "inequivocabile" e "non" "giustificato". Nei casi dubbi, pertanto, essa non dovrebbe essere disposta³⁹; e potrebbe trattarsi di situazioni frequenti, se si tiene conto che l'iscrizione della *notitia criminis* è un atto dotato di irrimediabili margini di discrezionalità⁴⁰.

Lo si evince dallo scarto che intercorre fra il concetto teorico di iscrizione nominativa e la sua declinazione concreta. In teoria, essa dovrebbe conseguire alla formulazione di un'ipotesi di responsabilità ancora tutta da verificare. Fisiologicamente parlando, di conseguenza, ai fini dell'iscrizione dovrebbero essere sufficienti la verosimiglianza e sufficiente precisione della notizia, nonché la sua astratta attribuibilità ad una determinata persona, a prescindere dal fatto che gli organi inquirenti siano già in possesso di concreti indizi di colpevolezza⁴¹.

³⁶ V. R. APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Jovene, Napoli, 2010, pp. 137 ss.; E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 162; A. MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Cedam, Padova, 2001, pp. 297 ss.; A. ZAPPULLA, *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri ed effetti*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 313 ss.

³⁷ Cfr. Cass., sez. un., 24 settembre 2009, n. 40538, Lattanzi.

³⁸ Cfr. O. MAZZA, *Ideologie della riforma Cartabia: la procedura penale del nemico*, in *Dir. pen. proc.* 2023, p. 487.

³⁹ V. C. CONTI, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, pp. 150 ss.

⁴⁰ V. P. FERRUA, *Il modello costituzionale del processo penale e la riforma 'Cartabia'*, in *Crit. del dir.*, 2023, p. 242.

⁴¹ In questo senso v. A. CABIALE, *I nuovi controlli giudiziali sui tempi della fase investigativa: una riforma tanto attesa quanto indispensabile*, in *lalegislazonepenale.eu*, 4 marzo 2022, p. 6; C. FANUELE, *La notizia di reato: sagoma, tempi di iscrizione e controlli*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, pp. 38 ss.; D. VICOLI – E. VALENTINI, *Gli epiloghi delle indagini preliminari: una nuova fase dall'incerta fisionomia*, in L. GIULIANI-R. ORLANDI (a cura di), *Indagini preliminari e giudizio di primo grado*, Giappichelli, 2018, pp. 117 ss.

Proprio nell'intento di posticipare il *dies a quo* dei termini per le indagini, però, la giurisprudenza tende a ragionare in modo diverso, affermando che l'iscrizione dovrebbe avvenire in un momento successivo. Essa, in questa diversa visione, richiederebbe "l'esistenza di specifici elementi indizianti e non di meri sospetti"⁴², in presenza dei quali "l'identificazione del soggetto e l'attribuibilità a questi del reato" assuma "una certa pregnanza"⁴³.

Proprio questo è l'approccio che parrebbe essere stato accolto dalla riforma Cartabia: in base al nuovo comma 1 *bis* dell'art. 335 comma 1 c.p.p., l'iscrizione del nome dell'indagato dovrebbe essere effettuata "non appena risultino, contestualmente all'iscrizione della notizia di reato o successivamente, *indizi a suo carico*". E dovrebbe essere evidente come l'accertamento di questi ultimi consista in una valutazione ben più elastica del mero riscontro di un'ipotesi di responsabilità astrattamente verificabile, con l'effetto di aumentare i margini per rigettare la richiesta di retrodatazione⁴⁴.

Il requisito della giustificabilità del ritardo, poi, analogamente ai presupposti per le proroghe dei termini, potrebbe essere rinvenuto anche in fattori del tutto estranei al tasso di complessità delle investigazioni, ricollegandolo ai carichi di lavoro o ad altre problematiche gestionali degli uffici⁴⁵.

Insomma, c'è seriamente da temere che il nuovo procedimento incidentale necessario per accertare la presenza dei requisiti per la retrodatazione, risolvendosi in un inutile aggravio, arrivi perfino a peggiorare il tasso di efficienza delle indagini, anche sotto questo profilo vanificando i piani della riforma.

4.3. La stasi del procedimento e lo pseudo-termine "di riflessione".

La riforma Cartabia ha provato a fronteggiare anche il problema della c.d. "stasi": ovvero l'evenienza in cui, concluse le indagini preliminari, il pubblico ministero "congeli" il procedimento, non esercitando l'azione penale e neppure presentando una richiesta di archiviazione, al più limitandosi ad emettere l'avviso di conclusione delle indagini *ex art. 415 bis*.

Al fine di ovviare a questa prassi, è stata confermata la previsione del c.d. "termine di riflessione" (art. 407 *bis* c.p.p.), già introdotto nel 2017 dalla riforma Orlando: l'organo di accusa dovrebbe esercitare l'azione penale oppure richiedere l'archiviazione entro tre mesi dalla scadenza del termine massimo per la conclusione delle indagini previsto dall'art. 405 comma 2⁴⁶.

⁴² Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, *Tammaro*.

⁴³ Cass., sez. un., 24 settembre 2009, n. 40538, *Lattanzi*.

⁴⁴ Cfr. F. CASSIBBA-E.M. MANCUSO, *Le indagini preliminari fra innovazione e continuità*, in D. CASTRONUOVO-M. DONINI-E.M. MANCUSO-G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia*, cit., p. 614.

⁴⁵ Cfr. A. CABIALE, *I nuovi controlli*, cit., p. 12. Contrario a questa interpretazione è 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. 42.

⁴⁶ In caso di invio dell'avviso di conclusione delle indagini, i tre mesi decorrerebbero dalla scadenza dei termini previsti dai commi 3 e 4 dell'art. 415 *bis*.

7-8/2023

La novità della riforma è di provare a rendere effettivo questo termine attraverso un complesso reticolo di meccanismi di sollecitazione a seguito della sua scadenza⁴⁷.

a) L'indagato e la persona offesa, ora, hanno la possibilità di chiedere al giudice per le indagini preliminari di ordinare al pubblico ministero di decidere se agire o no (art. 415 *bis* comma 5 *quater* c.p.p.).

b) Il pubblico ministero è, in ogni caso, obbligato a depositare gli atti di indagine, dandone notizia all'indagato, alla persona offesa e al procuratore generale presso la Corte di appello. Qualora non riceva l'avviso di deposito, il procuratore generale può disporre l'avocazione delle indagini ai sensi dell'art. 412 c.p.p., oppure ordinare al pubblico ministero di provvedere (art. 415 *ter* commi 1 e 2 c.p.p.).

c) Trascorso un certo periodo della *discovery* degli atti di indagine disposta dal pubblico ministero, oppure dalla richiesta di effettuarla da parte del procuratore generale, se l'organo di accusa non assume nessuna determinazione sull'esercizio dell'azione penale, la persona sottoposta alle indagini e la persona offesa possono chiedere al giudice per le indagini preliminari di ordinargli di provvedere (art. 415 *ter* comma 3).

L'auspicio del legislatore, come è facile intuire, è che queste plurime forme di pressione stimolino il rispetto del termine di riflessione. Tuttavia, al netto della complessità della disciplina in questione - che non rappresenta certo un buon esempio di tecnica legislativa - dovrebbe essere chiaro come ci si trovi di fronte ad armi spuntate.

Al di là della responsabilità disciplinare, infatti, da esse non discende nessuna conseguenza processuale. Non ne deriva l'improcedibilità dell'azione penale, e neppure l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti, i quali, se effettuati prima della scadenza dei termini di durata delle investigazioni, restano pienamente validi ed efficaci. Al contempo, l'esperienza induce a riporre poca fiducia nell'avocazione ora prevista dall'art. 415 *ter* comma 2 c.p.p.: un rimedio che finora ha sempre dato scarsa prova di sé, e che non si vede perché stavolta possa funzionare.

È plausibile che il legislatore sia stato condizionato dal timore di pregiudicare il lavoro investigativo delle procure. Ma ciò al prezzo di introdurre prescrizioni destinate, con ogni probabilità, a rimanere sulla carta, ostentando una pretesa algoritmica che rischia di rivelarsi puramente di facciata.

5. I costi dell'approccio algoritmico.

L'approccio adottato dalla riforma Cartabia non è, ovviamente, privo di costi. Ma è semplice solo in apparenza individuare chi li debba sostenere.

Si è affermato che le innovazioni introdotte andrebbero perlopiù a detrimento delle garanzie difensive. "La difesa e il difensore che ambiscano ad esercitare le loro prerogative costituzionali" – in questa visione – nel nuovo assetto sarebbero intesi "quali

⁴⁷ Cfr. A. MARANDOLA, *Il controllo sulla legalità delle indagini e rimedi alla (possibile) stasi*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, pp. 155 ss.

nemici dell'efficienza" e andrebbero, di conseguenza, "limitati". La sfrenata ricerca dell'efficienza avrebbe, inoltre, portato al "definitivo superamento del modello di matrice accusatoria", "per abbracciare un processo efficiente solo in chiave repressiva". Le dinamiche cognitive proprie del contraddittorio dibattimentale sarebbero state sostituite da un accertamento dei fatti svolto dal pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari, nell'intento di privilegiare "decisioni assunte prescindendo dalla miglior conoscenza disponibile". Il processo, insomma, sarebbe diventato "luogo di cognizione senza decisione, in nome della riduzione percentuale dei suoi tempi di durata"⁴⁸.

Mi sembra di poter replicare che tali considerazioni siano condivisibili solo in parte. I meccanismi algoritmici che vorrebbero attuare le pretese efficientistiche del legislatore non paiono possedere una portata unidirezionale. Al contrario, possono derivarne, a seconda dei casi, vantaggi tanto per l'imputato quanto per le esigenze ricollegabili all'esercizio della pretesa punitiva. Non sempre, inoltre, ne consegue un allontanamento dal modello accusatorio; e, se ciò avviene, non è necessariamente a favore di un modello alternativo ben definito.

Gli automatismi tracciati dalle nuove prescrizioni, in altri termini, operano in modo cieco, prescindendo dalle possibili conseguenze per le posizioni giuridiche soggettive e per la coerenza del sistema.

Il filtro giurisdizionale a maglie strette sull'esercizio dell'azione penale che la riforma vorrebbe introdurre, in particolare, senz'altro possiede dei tratti più consoni al modello inquisitorio. Ne sta a fondamento un accertamento preventivo della colpevolezza sulla base degli atti di indagine, con l'eventualità di un rinvio a giudizio dal possibile effetto stigmatizzante⁴⁹: un'implicazione, peraltro, inevitabile se si vuole che il filtro funzioni realmente⁵⁰. Al contempo, però, abbiamo a che fare con un meccanismo concepito a vantaggio dell'accusato, nella misura in cui mira a sanzionare con un provvedimento liberatorio l'esercizio di un'azione penale sprovvista di un'adeguata piattaforma conoscitiva.

Un più rigoroso vaglio di inammissibilità degli appelli, per contro, di per sé non rappresenta un'opzione incompatibile con il modello accusatorio, nell'ambito del quale le garanzie orizzontali derivanti dalla piena applicazione del contraddittorio probatorio in primo grado contano di più di quelle verticali insite nelle impugnazioni. Tuttavia, innestato in un sistema sovraccarico come il nostro, incapace di consentire al contraddittorio e all'oralità di esplicitare a pieno i loro benefici in primo grado, rischia di comprimere in modo eccessivo la facoltà di appellare, potendo in molti casi compromettere le ragioni della difesa o le esigenze cognitive⁵¹. Incoerentemente, inoltre,

⁴⁸ Cfr. O. MAZZA, *Ideologie della riforma Cartabia*, cit., pp. 481, 484, 485.

⁴⁹ V. A. GAITO – R. LANDI, "L'altare e le (forse inevitabili) vittime". Osservazioni sul processo penale à la Cartabia, in *archiviopenale.it*, 23 settembre 2022, pp. 16 ss.; analogamente, in rapporto alla prosecuzione del giudizio disposta dal giudice dell'udienza predibattimentale, N. TRIGGIANI, *La nuova udienza predibattimentale nel procedimento penale monocratico*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, pp. 42 ss.

⁵⁰ Cfr. G. ILLUMINATI, *Alla ricerca di un processo penale efficiente*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, pp. 1159 ss.

⁵¹ Cfr. P. FERRUA, *La riforma Cartabia*, cit., pp. 161 ss.

la riforma ha ommesso di coniugarlo al divieto di appellare il proscioglimento: una caratteristica che tutti i sistemi autenticamente accusatori posseggono, sulla base del presupposto della piena affidabilità cognitiva della decisione di primo grado, e della concezione dell'appello come strumento eminentemente difensivo.

Neppure si potrebbe sostenere che la predeterminazione legislativa *ex ante* dei tempi delle fasi processuali rappresenti un'arma a svantaggio della difesa. Come si è già detto, si tratta di uno strumento che mira ad offrire la massima protezione del diritto dell'accusato alla ragionevole durata del processo, allocando il costo dell'inefficienza a carico della vittima.

Insomma, leggendo l'approccio algoritmico adottato dalla riforma attraverso gli occhiali delle tradizionali contrapposizioni concettuali "difesa/accusa" e "accusatorio/inquisitorio", ne emerge l'impossibilità di rinvenire un disegno unitario.

A ciò vanno aggiunti i dubbi, più sopra considerati, in merito alla reale efficacia degli automatismi che si è cercato di introdurre. Se la formula della "ragionevole previsione di condanna" prevista ai fini del vaglio preliminare dell'accusa mostra non pochi tratti di debolezza, quella della critica "puntuale" ed "esplicita" in ordine alla selezione degli appelli si rivela piuttosto ambigua, mettendo in pericolo la parità di trattamento.

Al contempo, l'imposizione di rigide griglie temporali per lo svolgimento delle attività processuali, se assistita da conseguenze pesanti per l'operato degli organi investigativi, come avviene nel caso dell'improcedibilità per l'eccessiva durata dei giudizi di impugnazione e dell'inutilizzabilità degli atti di indagine tardivi, rischia di pregiudicare le esigenze repressive; con il pericolo che ne derivino, a livello applicativo, delle contro-reazioni suscettibili di neutralizzarla. L'alternativa è accontentarsi di strumenti privi di sanzione e, verosimilmente, destinati all'insuccesso, come rischia di avvenire nel caso dei nuovi meccanismi di sblocco della stasi del procedimento.

6. Un'alternativa più flessibile: un sistema processuale "modulare".

La riforma Cartabia, naturalmente, non sta tutta nelle innovazioni che abbiamo qui considerato. Essa contiene, tra l'altro, alcune condivisibili spinte verso la digitalizzazione degli atti⁵² e la semplificazione del sistema delle notificazioni attraverso l'uso del domicilio digitale⁵³. Si tratta di opportunità che, allo stato, si scontrano con una realtà operativa e sociale tuttora arretrata, non ancora provvista della dotazione e, soprattutto, della cultura informatica indispensabile per un'efficace dematerializzazione delle attività procedurali. È, nondimeno, opportuno che la legge se ne sia fatta carico,

⁵² Si pensi, in particolare, al fascicolo "informatico" previsto dall'art. 111 *ter* c.p.p.: v. sul punto B. GALGANI, *Along came il processo penale telematico. Le disposizioni generali sugli atti*, in D. CASTRONUOVO-M. DONINI-E.M. MANCUSO-G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia*, cit., pp. 404 ss.

⁵³ V. F. NICOLICCHIA, *Domicilio digitale e notificazioni*, in D. CASTRONUOVO-M. DONINI-E.M. MANCUSO-G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia*, cit., pp. 429 ss.

se si considera che, una volta implementate, consentirebbero risparmi di tempo e di risorse una volta impensabili.

I difetti più sopra esposti, tuttavia, rendono quantomeno dubbio che la riforma sia davvero in grado di conseguire gli *standard* efficientistici che il nostro processo dovrebbe riuscire a raggiungere per poter funzionare in modo adeguato.

Tali *standard* - sia chiaro - non potrebbero consistere nel raggiungimento di determinate *performance* a totale scapito della protezione dei diritti fondamentali e delle garanzie del giusto processo previste dall'art. 111 Cost. La Corte costituzionale aveva già ben chiarito a suo tempo che l'efficienza costituisce, nel contemperamento fra i valori in gioco, un interesse di tipo vicario: "un processo non 'giusto', perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata"⁵⁴.

Ciò tuttavia non comporta, come invece talvolta si suggerisce, che le garanzie possano espandersi in modo illimitato a danno dell'efficienza. Il processo penale deve, comunque, essere disciplinato in modo tale da fornire un servizio pubblico alla collettività⁵⁵, assicurando il corretto bilanciamento fra tutti i valori in gioco.

Chi ritiene che l'approccio proposto dalla riforma non sia in grado di conseguire questo risultato, ha il dovere, naturalmente, di provare ad ipotizzare delle alternative. Una di queste è già al centro del dibattito, e consiste nella riduzione del carico giudiziario attraverso una seria politica di depenalizzazione⁵⁶. Tale obiettivo, certo non facile da conseguire⁵⁷, è ineludibile, sebbene finora perlopiù impedito dal timore dei governi, a prescindere dalla loro matrice politica, di perdere consenso elettorale.

La riforma Cartabia, in questa direzione, ha realizzato una forma minimale di depenalizzazione "in astratto", nella parte in cui ha ampliato la procedibilità a querela⁵⁸. Per il resto, si è limitata a sperimentare una depenalizzazione "in concreto", rimettendosi principalmente alla dubbia capacità delle modifiche legislative introdotte di indurre gli organi di accusa a rinunciare all'esercizio dell'azione penale in assenza di un solido quadro probatorio orientato in senso colpevolistico⁵⁹. Eppure, la complessità e i carichi dell'attuale sistema penale rendono necessaria una consistente riduzione della criminalizzazione, convertendo alcuni degli attuali reati in illeciti di tipo amministrativo soggetti a sanzioni diverse dalla pena detentiva.

Certo, i benefici della depenalizzazione non vanno sopravvalutati, a fronte dell'impossibilità, derivante dalle esigenze di prevenzione generale, di rinunciare alla

⁵⁴ Corte cost., 30 novembre 2009, n. 317.

⁵⁵ In questi termini v. M. GIALUZ, *La giustizia penale*, cit., pp. 357 ss.

⁵⁶ Cfr. P. FERRUA, *Il modello costituzionale*, cit., pp. 240 ss.

⁵⁷ Anche considerato che esso richiederebbe un'individuazione preventiva del tasso di incidenza delle varie fattispecie criminose, nei vari contesti geografici di riferimento, in rapporto all'entità dei carichi pendenti. Sul tema, da ultimo, A. CADOPPI, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Edizioni scientifiche italiane, 2022.

⁵⁸ V., al riguardo, G.L. GATTA, [L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l. n. 199/2022](#), in questa Rivista, 2 gennaio 2023.

⁵⁹ Cfr. M. DONINI, *Diritto penale e processo come legal system. I chiaroscuri di una riforma bifronte*, in D. CASTRONUOVO-M. DONINI-E.M. MANCUSO-G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia*, cit., pp. 7 ss.

sanzione penale per molte condotte. Ad essa, pertanto, dovrebbe coniugarsi anche una semplificazione del processo, e a questo riguardo un'idea potrebbe essere quella di provare a realizzare un sistema di tipo "modulare", mirato ad utilizzare in modo congiunto il modello accusatorio e quello inquisitorio.

Il modulo accusatorio, tale da ricalcare le caratteristiche del processo vigente, dovrebbe essere riservato all'accertamento dei reati più gravi⁶⁰. Dal canto loro, i reati meno gravi, che generano la maggior parte delle pendenze giudiziarie, potrebbero essere incanalati in un modulo inquisitorio, fondato sugli atti di indagine integrati, laddove indispensabile, da un esame orale dei dichiaranti, secondo il modello del vigente rito abbreviato.

È chiaro che una ridefinizione del genere del nostro sistema processuale richiederebbe altresì una modifica dell'art. 111 Cost., il quale, salve le eccezioni indicate dal comma 5, allo stato attuale richiede l'adozione del metodo accusatorio a prescindere dalla gravità e dalla tipologia di reato.

All'obiezione di chi teme che l'innesto di dinamiche inquisitorie sarebbe pericoloso per l'accertamento dei fatti, è lecito replicare che un processo accusatorio come il nostro, operante in un contesto sovraccarico e completamente disfunzionale per il contraddittorio e l'oralità, non rappresenta certo un ideale dal punto di vista epistemico. Né si potrebbe sostenere che un rito come l'attuale giudizio abbreviato non sia capace di assicurare un'adeguata protezione delle garanzie difensive e, comunque, il rispetto degli *standard* di tutela dei diritti fondamentali richiesti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Quanto all'eccessiva lunghezza dei processi, si dovrebbe partire dalla consapevolezza dell'impossibilità di predeterminarne *ex ante* la durata. Qualunque quantificazione a priori resta pur sempre imprecisa, incompleta e, in ogni caso, arbitraria, rischiando di peccare, a seconda dei casi, per difetto o per eccesso.

I termini rigidi introdotti dalla riforma Cartabia dovrebbero, piuttosto, essere rimpiazzati da un assetto flessibile, finalizzato a determinare volta per volta le ragioni dei ritardi, e a misurare l'effettivo pregiudizio subito dall'interessato. Viene in gioco, a questo fine, uno strumento colpevolmente dimenticato dalla riforma, nonostante che la Commissione Lattanzi l'avesse inserito fra i possibili interventi da adottare: un rimedio compensatorio e risarcitorio a seguito della violazione del diritto alla ragionevole durata da attivare *ex post*, una volta concluso il processo⁶¹. Fatte salve le ipotesi di ritardo esclusivamente addebitabile a condotte dilatorie della difesa, esso, a seconda del grado di negligenza riconducibile agli organi inquirenti o a *deficit* strutturali, potrebbe

⁶⁰ Cfr. O. MAZZA, *Il processo che verrà*, cit., p. 25, il quale osserva come, nell'ottica di una maggiore flessibilizzazione del sistema, "volendo ammettere un certo margine di apprezzamento discrezionale da parte del legislatore ordinario", "l'unica equazione costituzionalmente e internazionalmente plausibile sarebbe quella di far corrispondere alla maggior gravità del reato oggetto di imputazione, al maggior rischio penale un incremento delle garanzie processuali dell'accusato".

⁶¹ "Rimedi compensatori e risarcitori conseguenti al mancato rispetto dei termini di ragionevole durata del processo penale" ("Relazione finale", cit., pp. 57 ss.).

7-8/2023

consistere in un risarcimento pecuniario, in una riduzione della pena disposta dal giudice dell'esecuzione e, nelle ipotesi più gravi, perfino nel proscioglimento.

L'esatto contrario, insomma, dell'aprioristica concezione algoritmica, nella convinzione che, perfino in un mondo digitalizzato come quello attuale, il processo costituisce un fenomeno troppo complesso per essere incasellato in numeri.

LA RIFORMA CARTABIA: UN'OCCASIONE PERDUTA PER "INCIDERE" SU ALCUNI PROFILI APPLICATIVI PIÙ CONTROVERSI DEL MICROSISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI, DI CUI AL D.LGS. 231 DEL 2001

di Francesco Marzullo

È abbastanza evidente come la c.d. riforma Cartabia (così intendendosi tanto la legge delega del 2021 quanto il d.lgs. del 2022) non ha inciso "direttamente" sui principali nodi applicativi posti dal sistema sanzionatorio ex d.lgs. 231/2001 a carico degli enti. Il che, è presumibile, porrà in futuro nuovi interrogativi nascenti dall'eventuale estensione, degli istituti di recente introduzione (tesi a perseguire l'esigenza di deflazione dei procedimenti penali, in base agli obblighi imposti dal P.N.R.R.), alla disciplina della responsabilità ex delicto degli enti collettivi. Deve, però, darsi atto che i margini di manovra del legislatore delegato erano piuttosto limitati, in ragione di quanto previsto dalla legge delega di cui alla legge n. 134/2021 che ha inteso precipuamente (e forse esclusivamente) occuparsi della riforma del processo penale a carico delle persone accusate di illeciti penali. Resta fermo tuttavia il rilievo che non snellire il c.d. procedimento de societate rischia comunque di appesantire i ruoli di udienza del giudice penale (che è preposto all'accertamento degli illeciti amministrativi da reato a carico degli enti collettivi); e conseguentemente potrebbe essere compromessi lo spirito e la portata dell'intero impianto normativo di cui al d.lgs. n. 150 del 2022, che si snoda lungo la direttrice fondamentale della semplificazione, razionalizzazione e speditezza del processo penale. In aggiunta a tali rischi (che potrebbero finanche pregiudicare la puntuale percezione dei fondi del P.N.R.R.), non si può non evidenziare come la "miopia" legislativa in tema di illecito dell'ente collettivo (che in questi anni si è occupata soltanto di ampliare il catalogo dei reati presupposto della responsabilità d'impresa), unitamente alla laconicità del testo del decreto 231/2001, possa favorire una giurisprudenza di legittimità e di merito di matrice "creativa", più attenta e vigile del nostro legislatore nel perseguire gli obiettivi e le finalità di politica criminale d'impresa.

SOMMARIO: 1. Introduzione e presentazione della problematica. – 2. Un primo nodo applicativo: l'art. 344 bis c.p.p. (sull'improcedibilità sopravvenuta in appello e in Cassazione) si estende all'illecito amministrativo degli enti collettivi? – 3. Un secondo nodo applicativo: l'atto imputativo dell'illecito amministrativo ha natura "ricettizia" o "non ricettizia"? – 3.1. L'orientamento giurisprudenziale di legittimità e la "natura ricettizia" dell'atto imputativo ai fini dell'interruzione della prescrizione dell'illecito dell'ente: rassegna delle principali sentenze. – 3.2. Lo stato della giurisprudenza di merito e la "natura ricettizia" dell'atto imputativo, rispetto all'interruzione del decorso del termine di prescrizione dell'illecito dell'ente. – 3.3. La tesi meno garantista: rassegna delle sentenze di legittimità a favore della natura "non ricettizia" dell'atto imputativo. – 4. Un terzo nodo applicativo: l'istituto della messa alla prova opera rispetto all'illecito amministrativo degli enti collettivi? – 5. Un quarto nodo applicativo: è applicabile la non punibilità per tenuità ex art. 131 bis c.p. all'illecito degli enti? – 6. La Riforma Cartabia e la mancata novella dell'art. 61 del decreto 231/01: è mutato il parametro decisorio per il rinvio a giudizio degli enti? – 6.1. Nuovo criterio valutativo: tra le indagini preliminari e l'udienza preliminare a carico delle persone fisiche. – 6.2. Le possibili soluzioni interpretative. – 6.3. Gli effetti aberranti del "disallineamento" normativo.

1. Introduzione e presentazione della problematica.

Con la legge 27 settembre 2021, n. 134 è stato approvato il disegno di legge governativo di riforma del processo penale.

La legge si compone di due articoli.

L'art. 1 contiene una serie di deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura penale, delle norme di attuazione del codice di procedura penale, del codice penale, nonché per la revisione del regime sanzionatorio dei reati e per l'introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa. In attuazione delle summenzionate deleghe, è stato emanato dal Governo il decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 150¹. Tale provvedimento sarebbe dovuto entrare formalmente in vigore il 1° novembre 2022, dopo l'ordinario periodo di *vacatio legis* di quindici giorni dalla sua pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale*; e tuttavia, per effetto del decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162 (convertito con legge 30 dicembre 2022 n. 199) il d.lgs. n. 150 è entrato in vigore soltanto il 30 dicembre 2022².

L'art. 2 della legge delega del 2021 conteneva, invece, norme immediatamente precettive che sono intervenute sul regime della prescrizione e della durata dei giudizi di impugnazione, limitatamente ai reati commessi dopo il 1° gennaio 2020.

È abbastanza evidente come la c.d. riforma Cartabia (così intendendosi tanto la legge delega del 2021 quanto il d.lgs. del 2022) non ha inciso “direttamente” sui principali nodi applicativi posti dal sistema sanzionatorio *ex d.lgs. 231 a carico degli enti*.

Il che, è presumibile, porrà in futuro nuovi interrogativi nascenti dall'eventuale estensione, degli istituti di recente introduzione (tesi a perseguire l'esigenza di deflazione dei procedimenti penali, in base agli obblighi imposti dal P.N.R.R.), alla disciplina della responsabilità *ex delicto* degli enti collettivi.

Si pensi ad esempio alle ricadute applicative del *corpus* sulla giustizia riparativa (previsto dal Titolo IV del d.lgs. n. 150 del 2022) al microsistema di cui al d.lgs. 231³.

Deve però darsi atto che i margini di manovra del legislatore delegato erano piuttosto limitati, in ragione di quanto previsto dalla legge delega di cui alla legge n.

1 G.L. GATTA, [Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi, e linee di fondo della Legge Cartabia](#), in, questa Rivista, 15 ottobre 2021; G. CANZIO, *Il modello “Cartabia”: una riforma di sistema tra rito e organizzazione*, in Guida al diritto, 2022, n. 42, pagg. 8 ss.; A. GAITO, R. LANDI, “L'altare e le (forse inevitabili) vittime”. Osservazioni sul processo penale à la Cartabia, in Archivio penale online, 2022, n. 2; M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, Guida alla lettura della riforma Cartabia. Profili processuali, in sistema penale.it, 28 ottobre 2022; T. PADOVANI, *Riforma Cartabia, intervento sulle pene destinato a ottenere risultati modesti*, in Guida al diritto, 2022, n. 41, pagg. 8 ss.; G. SPANGHER, *La riforma del processo penale in Gazzetta*, in Il Quotidiano Giuridico, 18 ottobre 2022.

2 G.L. GATTA, [Rinvio della riforma Cartabia: una scelta discutibile e di dubbia legittimità costituzionale. E l'Europa?](#), in questa Rivista, 31 ottobre 2022.

3 D. FONDAROLI, *Giustizia riparativa e d.lgs. 231/2001 secondo la Riforma Cartabia*, in Rivista 231.it, n. 1, del 2023; l'Autrice, partendo dal dato positivo del d.lgs. 150/2022, che annovera l'ente tra i soggetti che possono accedere al programma di giustizia riparativa in funzione di “vittima”, si interroga sulla possibilità – in via interpretativa – che il medesimo ente possa intervenire ai medesimi programmi in qualità di “autore dell'offesa”.

134/2021 che ha inteso precipuamente (e forse esclusivamente) occuparsi della riforma del processo penale a carico delle persone accusate di aver commesso illeciti penali.

Infatti, non era chiaro il riferimento contenuto in particolare all'art. 1 della stessa legge delega, laddove si legge che il legislatore delegato veniva altresì autorizzato a modificare la formulazione anche delle disposizioni contenute *in leggi speciali* non direttamente investite dai principi e criteri direttivi di delega in modo da renderle ad essi conformi.

Di tal chè, non è stato chiaramente esplicitato dal legislatore delegante se le disposizioni contenute nel decreto 231/2001 potessero o meno essere annoverate tra quelle leggi speciali che era opportuno "adattare" ai principi innovativi introdotti con la riforma Cartabia nel codice penale e nel codice di procedura penale.

Vi è poi un ulteriore argomento che potrebbe militare nel senso che l'intento del legislatore delegante era forse proprio quello di non incidere sul *corpus* del testo che disciplina il procedimento *de societate*: laddove il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ha imposto, per l'accesso ai relativi fondi europei, l'obiettivo della riduzione del 25% della durata media del *processo penale* nei tre gradi di giudizio entro il 2026⁴, ha inteso unicamente riferirsi al processo penale tradizionale avente ad oggetto l'accertamento dei reati ascritti alle persone fisiche.

Fermo restando tuttavia il rilievo che non snellire il c.d. procedimento *de societate* rischia comunque di appesantire i ruoli di udienza del giudice penale (che è preposto all'accertamento degli illeciti amministrativi da reato a carico degli enti collettivi); e conseguentemente rischia di tradire lo spirito e la portata dell'intero impianto normativo di cui al d.lgs. n. 150 del 2022, che si snoda lungo la direttrice fondamentale della semplificazione, razionalizzazione e speditezza del processo penale (solo quello a carico delle persone fisiche ? o anche quello a carico delle persone giuridiche?); la sua durata patologica rappresenta invece una violazione del principio, costituzionale e convenzionale, della ragionevole durata del processo e della presunzione di innocenza e, al contempo, una frustrazione delle esigenze di giustizia della vittima.

2. Un primo nodo applicativo: l'art. 344 bis c.p.p. (sull'improcedibilità sopravvenuta in appello e in cassazione) si estende all'illecito amministrativo degli enti collettivi?

Malgrado le significative modifiche apportate al sistema codicistico della prescrizione del reato a carico delle persone fisiche, la legge 134 del 2021 ha lasciato inalterato il sistema della prescrizione nella responsabilità da reato degli enti.

La legge n. 134, sposando l'impostazione "dualistica" fondata sulla distinzione tra "tempo dell'oblio" (cui consegue la prescrizione del reato) e "tempo del processo" (cui

⁴ Nella Relazione Illustrativa del Governo sullo schema del decreto legislativo (che ha preso il n. 150 del 2022) si legge infatti che 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'UE 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.

7-8/2023

consegue, invece, l'improcedibilità dell'azione penale), ha individuato due distinti segmenti temporali.

Il primo segmento, relativo alla prescrizione del reato, inizia a decorrere con la consumazione del reato – secondo la disciplina, rimasta immutata, prevista dall'art. 158 cod. pen. – e cessa con la sentenza di primo grado.

Il secondo segmento attiene, invece, alla ragionevole durata del giudizio di impugnazione (appello e ricorso per cassazione), nel corso del quale il superamento dei termini di fase previsti dal legislatore determina l'improcedibilità dell'azione penale.

Quindi, con la pronuncia della sentenza di primo grado – sia essa di condanna o di assoluzione – si assiste alla definitiva cessazione del corso della prescrizione ai sensi dell'art. 161 bis c.p. (tale disposizione è stata introdotta dall'art. 2, comma 1, lettera c), della legge 27 settembre 2021, n. 134).

Il che significa che il reato si può prescrivere solo prima della lettura del dispositivo di primo grado; nei gradi successivi, al più, si "prescrive il processo".

Infatti, con l'introduzione dell'art. 344-bis c.p.p., il legislatore del 2021 ha individuato un secondo arco temporale che ha inizio con il deposito della sentenza di primo grado e, precisamente, il novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine previsto dall'art. 544 c.p.p. – come eventualmente prorogato ai sensi dell'art. 154 disp. att. c.p.p. – e cessa con il maturare del termine di definizione del giudizio di impugnazione (due anni per il giudizio di appello e un anno per il giudizio di cassazione).

Trattasi di un meccanismo estintivo legato al superamento dei tempi di definizione del giudizio di impugnazione: si prevede, infatti, ai primi due commi, che la mancata definizione del giudizio di impugnazione entro i termini di legge comporta l'improcedibilità dell'azione penale.

In occasione di tale novella "rivoluzionaria" in punto di prescrizione del reato e del processo, il legislatore del 2021 non è minimamente intervenuto sul corrispondente istituto previsto dall'art. 22 del d.lgs. n.231 del 2001, relativo alla responsabilità da illecito penale degli enti.

Già prima della Riforma Cartabia del 2021, il sistema prescrizionale della responsabilità amministrativa *ex* 231 presentava profonde divergenze rispetto alla disciplina prescrizionale del reato (divergenze che tali sono rimaste anche dopo la compiuta attuazione della legge delega del 2021).

I termini di prescrizione dell'illecito amministrativo rispetto all'illecito penale sono più ridotti, appena 5 anni. Si tratta di un termine inferiore di 1 anno rispetto al termine minimo previsto per la prescrizione dei delitti dall'art. 157 c.p. (salvo un termine più lungo che coincide con il massimo della pena edittale prevista da ciascuna fattispecie incriminatrice).

Nel 2001 si era infatti preferito non far dipendere i tempi di prescrizione dell'illecito amministrativo, né dalla diversa gravità degli illeciti commessi dall'ente (in ragione ad esempio della maggiore o minore colpa di organizzazione o ad esempio dal maggiore o minore interesse perseguito o vantaggio conseguito), né dalla differente gravità del reato presupposto (ascritto agli apicali o ai sub apicali).

Tale scelta era frutto della dichiarata intenzione di non lasciare le società per lungo tempo in una situazione di “limbo”, ossia in un orizzonte temporale di incertezza troppo ampio circa l’eventuale sussistenza dell’illecito amministrativo ed alla conseguenziale irrogazione di quelle sanzioni pecuniarie e interdittive (particolarmente afflittive), posto che le lungaggini temporali necessarie per l’accertamento del predetto illecito mal si sarebbero conciliate con le esigenze di speditezza insite nella programmazione dell’attività imprenditoriale.

Parimenti, per la medesima esigenza, il legislatore del 2001 ha optato per non differenziare il termine di prescrizione a seconda della gravità dell’illecito penale, così introducendo un’ulteriore notevole discrasia rispetto al sistema penalistico (nel quale la durata della prescrizione è direttamente proporzionale all’entità della pena irrogabile in astratto per ciascuna fattispecie di reato).

A ben vedere, le profonde divergenze tra il regime prescrizionale dell’illecito amministrativo ex 231/2001 e quello dell’illecito penale attenevano e attengono altresì agli “effetti” (istantanei o duraturi) degli atti interruttivi (in disparte il fatto che il novero degli eventi interruttivi della prescrizione dell’illecito amministrativo è più ristretto rispetto agli atti tipizzati in relazione alla prescrizione del reato e previsti nell’art. 160 c.p.).

L’art. 22, comma 2, del d.lgs. 231/01 prevede infatti due atti interruttivi dell’interruzione della prescrizione dell’illecito amministrativo.

Il primo è la richiesta (avanzata dalla Procura) di applicazione di misura cautelare interdittiva, che comporta il decorso del nuovo termine quinquennale; il secondo atto interruttivo è la *contestazione dell’illecito amministrativo* ex art. 59 del d.lgs. 231/01 (norma che a sua volta rinvia ad uno degli atti tipici di esercizio dell’azione penale nei confronti della persona fisica ai sensi dell’art. 405 comma 1 c.p.p.).

Nel caso di interruzione della prescrizione mediante *atto imputativo* (ossia atto di esercizio dell’azione tesa all’accertamento della responsabilità amministrativa), il decorso della prescrizione *si interrompe fino al passaggio in giudicato* della sentenza che definisce il giudizio ex art. 22 comma 4 del d.lgs. 231/01 (una sospensione della prescrizione “*sine die*”).

La *contestazione dell’illecito amministrativo* costituisce pacificamente una singolare ipotesi di interruzione “*sine die*” del limite prescrizionale, che incide direttamente sulla certezza dei rapporti giuridici in punto di accertamento della sua eventuale responsabilità dell’ente, con le intuibili ed inevitabili ricadute economiche e sociali causate dall’incedere del tempo.

Basti pensare, a titolo esemplificativo, alle conseguenze economiche che deriverebbero – *a distanza di tanti anni dai fatti* – dalla sanzione del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione ex art. 9, comma 2, lett. c), del d.lgs. 231/01, ove la predetta sanzione fosse comminata a carico di una società, che nel corso degli anni si è affermata nel settore degli affidamenti pubblici oppure ha in corso commesse pubbliche.

Ancora prima dell’introduzione nel 2021 del nuovo art. 161 bis c.p., la disciplina della prescrizione dell’illecito dell’ente era tendenzialmente sottratta agli effetti della prescrizione del reato; ne conseguiva pertanto che, ove il reato si fosse prescritto nelle more del giudizio, quest’ultimo poteva ugualmente proseguire per accertare la

responsabilità dell'ente, posto che il principio di autonomia delle due forme di responsabilità – penale per l'imputato ed amministrativa per l'ente – ben consentiva la scissione delle vicende processuali.

La giurisprudenza di legittimità ha da tempo ritenuto che, anche nelle ipotesi di prescrizione del reato presupposto, l'accertamento della responsabilità dell'ente deve effettuarsi, *previo accertamento incidentale* della sussistenza del reato⁵.

La notevole diversità del regime giuridico della prescrizione previsto per il reato e per l'illecito dell'ente, pur dipendenti entrambi dal medesimo fatto storico, aveva e ha di recente sollevato dubbi in merito alla legittimità costituzionale dell'art. 22, d.lgs. n.231 del 2001⁶.

In dottrina, si è a lungo dibattuto circa la legittimità costituzionale della scelta legislativa di differenziare il regime prescizionale dell'illecito amministrativo da quello dell'illecito amministrativo⁷. Ovviamente gli esiti del dibattito dottrinario risentono fortemente ed inevitabilmente dell'approccio ermeneutico al tema di fondo circa la *natura giuridica* del microsistema punitivo di cui al d.lgs. 231/2001⁸.

5 Per la responsabilità amministrativa ciò che conta è che venga compiuto un reato da parte del soggetto riconducibile all'ente, ma non è anche necessario che tale reato venga accertato con individuazione e condanna del responsabile. La responsabilità penale da reato presupposto può anche essere ritenuta *incidenter tantum* (ad esempio perché non si è potuto individuare il soggetto responsabile o perché questi è non imputabile) e ciò nondimeno l'ente può essere comunque sanzionato in via amministrativa (Cass. Pen., Sez V, 4.4.2013, n. 20060, nonché Cass. pen. Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192, in *dejure web*). Si rinvia altresì a Cass. pen, Sez.III, 28 febbraio 2018, n. 9072, in *dejure web*, secondo cui, in tema di responsabilità degli enti, in presenza di una declaratoria di prescrizione del reato presupposto, il giudice, ai sensi dell'art. 8 comma 1 lett. b) del d.lgs. n. 231/01 comma 1, lett. b), deve comunque procedere all'accertamento autonomo della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio l'illecito fu commesso che, però, non può prescindere da una verifica, quantomeno incidentale, della sussistenza del fatto di reato.

6 La Corte, con plurime pronunce, aveva ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 d.lgs. n.231 del 2001, per asserito contrasto con gli artt.3, 24, comma secondo, e 111 Cost., in relazione alla presunta irragionevolezza della disciplina della prescrizione prevista per gli illeciti commessi dall'ente-imputato rispetto a quella prevista per gli imputati-persone fisiche, atteso che la diversa natura dell'illecito che determina la responsabilità dell'ente, e l'impossibilità di ricondurre integralmente il sistema di responsabilità da reato nell'ambito e nella categoria dell'illecito penale, giustificavano il regime derogatorio della disciplina della prescrizione (Cass. pen., Sez. VI, n.28299, del 10/11/2015, in *dejure web*). Da ultimo, la stessa questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 è stata nuovamente rigettata con sentenza della Cass. pen., Sez. VI, 14 giugno 2023, n. 25764, in *giurisprudenza penale web*, 19 giugno 2023. Quest'ultima pronuncia ha ritenuto ancora una volta infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 d.lgs. n. 231/2001, per asserito contrasto con gli artt. 3, 24, comma 2, 41 e 111 Cost., in relazione alla *presunta irragionevolezza* della disciplina della prescrizione prevista per gli illeciti dell'ente rispetto a quella prevista per gli imputati persone fisiche.

7 Vi è chi ha censurato l'esegesi giurisprudenziale che nega ogni profilo di incostituzionalità del regime prescizionale dell'art. 22 del decreto 231/2001, G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012; altro Autore ha espresso valutazioni di segno opposto: G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008.

8 In dottrina, alcuni propendono per la tesi della *natura penale* dell'illecito ex 231/2001: C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv.dir.pen.econ.*2002, pagg. 589 e segg.; C.E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi societas delinquere (et punire) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, pagg. 845 e segg.; ancora C.E. PALIERO, *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma*

All'esito del nuovo assetto della prescrizione e, soprattutto, dell'improcedibilità dell'azione penale, dettata dall'art. 344 bis c.p.p., le differenze tra la disciplina della prescrizione del reato e quella dell'illecito amministrativo non sono più profonde.

La riforma del 2021 ha, infatti, reso più "omogenei" i due modelli di prescrizione, pur senza renderli pienamente sovrapponibili.

Attualmente, il termine della prescrizione del reato cessa di decorrere a far data dalla sentenza di primo grado, mentre quello previsto per l'illecito amministrativo si arresta fin dal momento della contestazione dell'illecito. Pur essendo diversi i momenti e i fattori processuali che determinano la definitiva interruzione del corso della prescrizione, per entrambe le forme di responsabilità l'effetto estintivo dell'illecito non può sopraggiungere durante l'intera durata del giudizio, fino alla sentenza definitiva, bensì si può realizzare solo in una fase iniziale (prima della sentenza di primo grado, per il reato, o della contestazione, per l'illecito amministrativo).

Ne consegue che, ove si operasse un confronto tra le due previsioni prescrizionali (del reato e dell'illecito dell'ente), emergerebbe immediatamente il mutamento dell'atto processuale che interrompe la prescrizione "*sine die*": al fine di "congelare" la prescrizione della sanzione amministrativa, continua ad essere sufficiente l'atto di contestazione dell'addebito all'Ente; mentre, per "congelare" la prescrizione del reato, è necessaria la pronuncia della sentenza di primo grado (atto di sintesi delle opposte tesi processuali perorate dalla Pubblica accusa e dalla Difesa).

Per entrambe le forme di responsabilità attualmente vale la regola per cui, al verificarsi dell'adozione dell'atto (oppure a seguito della contestazione dello stesso alla società) che comporta la definitiva interruzione del decorso del termine, questo non riprende più il suo corso.

La legge delega n. 134 del 2021 non si è limitata soltanto ad introdurre l'art. 161 bis (che, per l'appunto, fa cessare il corso della prescrizione del reato con la pronuncia della sentenza di primo grado), ha altresì introdotto l'art. 344 bis c.p.p. che prevede una causa di improcedibilità dell'azione penale legata alla durata delle fasi di impugnazione (due anni per il giudizio di appello e un anno per il giudizio di legittimità).

imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi, in Aa.Vv., D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi, in *Le Società*, 2011, pagg. 5 e segg.; A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano 2006, pagg. 5101 e segg. (che invero ritiene trattasi di responsabilità almeno "para-penale"). Altri Autori hanno optato per la tesi della *natura amministrativistica*, in ossequio al *nomen juris* prescelto dal legislatore, G. MARINUCCI, "*Societas puniri potest*": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pagg. 1193 e segg.; M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.* 2002, pagg. 398 e segg.; D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pagg. 415 e segg.; ancora D. PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enciclopedia del Diritto*, VI, Milano 2002, pagg. 953 e segg. Infine, altri Autori ancora sono dell'avviso che il "sistema 231" costituisca un *tertium genus* cfr. E.M. AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone. Persone giuridiche e responsabilità amministrativa da reato*, in *Commentario sistematico al codice penale. La legge penale*, diretto da M. RONCO, Bologna, 2010, pagg. 198 e segg.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. LATTANZI, Milano 2010, pagg. 56 e segg.

7-8/2023

E qui si pone un nuovo quesito: quali sono le conseguenze sul versante processuale per l'illecito amministrativo dell'ente collettivo nel caso in cui nei giudizi di secondo o terzo grado, il giudice penale dovesse dichiarare l'improcedibilità per la mancata definizione del giudizio nei termini perentori suddetti? ⁹

La Corte di appello o di Cassazione possono comunque "statuire" in punto di eventuale sussistenza della responsabilità amministrativa della società oppure dovranno dichiarare parimenti l'improcedibilità del giudizio di responsabilità amministrativa oppure dovranno declinare la loro "competenza" su tale responsabilità e trasmettere gli atti ad altra Autorità giudiziaria (magari civile)?

Come acutamente osservato dall'Ufficio Massimario penale¹⁰, le possibili opzioni interpretative si differenziano a seconda che si valorizzi la natura processuale del nuovo istituto e la sua compatibilità con il regime contenuto nel d.lgs. n. 231 del 2001, ovvero si enfatizzi la peculiarità e la specificità del regime prescrizione dell'illecito dell'ente, disegnata sul paradigma della prescrizione civilistica (art. 22, d.lgs. n.231 del 2001).

La prima e, forse più logica, soluzione potrebbe essere quella di ritenere che l'improcedibilità dell'azione introdotta all'art. 344 *bis* c.p.p. sia un istituto che, pur avendo innegabili risvolti sostanziali, operi all'interno del processo, determinandone l'impossibilità della sua prosecuzione, anche in relazione agli accertamenti necessari per acclarare la responsabilità per l'illecito amministrativo dell'ente.

L'improcedibilità dell'azione, proprio perché formalmente costruita come istituto processuale, sarebbe immediatamente applicabile anche al processo a carico degli enti, stante il richiamo previsto dall'art. 34 d.lgs. n.231 del 2001 che, pur con la clausola di salvaguardia della verifica di compatibilità, estende le norme del codice di rito all'accertamento dell'illecito amministrativo. Del resto, non si ravvisano specifiche ragioni ostative a che l'improcedibilità dettata dall'art. 344 *bis* c.p.p. sia incompatibile con le norme procedurali, dettate da capo III del d.lgs. n. 231 del 2001 per accertare la responsabilità amministrativa in genere delle società.

⁹ Va opportunamente segnalato che il tema alla possibile applicazione anche nel procedimento agli enti collettivi della nuova disposizione di cui all'art. 344-bis c.p.p. (in tema di improcedibilità del giudizio per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione) è stato già posto in dottrina; ed in particolare da M. GAMBARDELLA, *I riflessi della nuova disciplina dell'improcedibilità (art. 344bis c.p.p.) nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, in *Cass. pen.*, 2022, pagg. 309 e segg.; nonché da A. MALACARNE, *Prescrizione, improcedibilità cronologica, e processo contra societatem: il sistema entra in crisi?*, in *Cass. pen.*, 2022, pagg. 2778 e segg.; e ancora da C. SANTORIELLO, in *La sola emissione della richiesta di rinvio a giudizio interrompe la prescrizione nei confronti della società*, in *Il Penalista.it*, 21 febbraio 2022. L'Autore in particolare richiama le considerazioni espresse dall'Ufficio del Massimario della Cassazione, nella sua Relazione n. 60 del 3 novembre 2021, in cui si propone di estendere anche al processo a carico degli enti l'istituto di cui all'art. 344 *bis* c.p.p., «anche alla stregua di precetti costituzionali quali la "parità di trattamento" (tra persone fisiche ed enti) e la "ragionevole durata del processo" ex articolo 111, comma 2, Cost.; obiettivo, quest'ultimo, che è doveroso perseguire non solo in relazione ai procedimenti intentati contro le persone fisiche ma anche in quelli che vedono coinvolti gli enti, soprattutto in considerazione delle assai rilevanti sanzioni, pecuniarie ed interdittive, che possono colpire gli enti medesimi in esito al procedimento a loro carico. Sotto altro profilo, viene evidenziata la natura squisitamente processuale dell'istituto della "improcedibilità", con conseguente rilevanza della clausola di rinvio di cui all'art. 34 d.lgs. n. 231 del 2001».

¹⁰ Cfr. relazione n. 60/2021 dell'Ufficio del Massimario – Servizio penale- del 3 novembre 2021 a firma dei Consiglieri G. ANDREAZZA G. e M. ACIERNO.

Ipotizzare al contrario che l'improcedibilità ex art. 344 bis c.p.p. non operi con riguardo all'illecito dell'ente, porterebbe ad effetti aberranti perché significherebbe continuare a lasciare "in balia delle onde" quelle persone giuridiche (imputate per responsabilità amministrativa), che rimarrebbero esposte al rischio di quel poderoso apparato sanzionatorio previsto dal decreto 231/2001 per orizzonti temporali lunghi e comunque non preventivabili (a causa della notoria e cronica irragionevole durata dei giudizi penali).

È pur vero che tale evenienza era già contemplata nell'originaria disciplina, ritenuta costituzionalmente legittima, ma tale soluzione potrebbe esser ripensata a seguito del nuovo quadro normativo (novellato con la legge n. 134 del 2021), nel quale la disciplina sostanziale della prescrizione – per l'imputato e per l'ente – è stata in parte assimilata (come si è sopra precisato).

Sicché parrebbe in contrasto con la parità di trattamento ed il principio di ragionevole durata del processo escludere, per il solo ente, una disciplina idonea ad impedire una durata *sine die* del processo¹¹.

Un'ulteriore soluzione interpretativa, per ritenere inoperante il meccanismo di improcedibilità di cui all'art. 344 bis c.p.p. all'illecito amministrativo potrebbe essere quella di valorizzare il dato letterale contenuto proprio nella norma del 344 bis c.p.p., laddove si prevede espressamente che il decorso del tempo determina l'improcedibilità dell'azione penale: si potrebbe insomma privilegiare un'interpretazione letterale della norma di nuovo conio per affermare che l'azione penale è unicamente quella esercitata nei confronti dell'imputato e tesa all'accertamento di una fattispecie incriminatrice¹², in tal modo escludendo dall'ambito applicativo della norma sull'improcedibilità l'azione con la quale la Procura contesta agli enti uno specifico illecito amministrativo.

Tirando le fila del discorso sul punto e condividendo le considerazioni dello stesso Ufficio del Massimario penale nonché di parte della dottrina, si potrebbe concludere che

11 Sull'argomento si registra l'articolato contributo di L. G. VELANI, *La riforma Cartabia irrompe nello statuto delle garanzie riservate all'ente: l'estensione della "prescrizione processuale" ex art. 344 bis c.p.p. al processo 231*, in www.rivista231.it, n.2, 2022; secondo l'Autore diverse ragioni militano a favore dell'estensione della nuova causa d'improcedibilità ex art. 344 bis c.p.p. al processo agli enti: *in primis*, il fatto che al soggetto meta-individuale incolpato dell'illecito, vanno estese le garanzie di cui all'art. 6 CEDU e art. 112 comma 2 Cost., e quindi l'art. 344 bis c.p. sarebbe un presidio di garanzia di cui l'ente non può essere privato ("Infatti la giurisprudenza della Corte EDU è intervenuta in molteplici occasioni ad estendere le tutele previste per la persona fisica alla persona giuridica, sul presupposto che l'applicazione delle garanzie dipende dalla natura dell'illecito qualificato secondo i criteri Engel e non dalla natura del soggetto accusato della violazione e che gli enti... sono considerati quali organizzazioni che l'art. 34 CEDU legittima a ricorrere a Strasburgo nel caso lamentino la violazione da parte di uno Stato aderente di diritti riconducibili alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo o ai suoi protocollo addizionali"). Per VELANI anche l'indubitabile natura processuale farebbe propendere per l'estensione agli enti dell'istituto in parola. In tema di estensione agli enti delle tutele della Convenzione EDU si rinvia a F. CONSULICH, *l'ente alla Corte. Il d.lgs. 231/2001 al banco di prova delle carte dei diritti*, in *rivista 231*, 4, 2019, 22 e segg.

12 In dottrina, il primo Autore che si sé soffermato sulla locuzione "azione penale" è stato M. GAMBARDELLA, *I riflessi della nuova disciplina dell'improcedibilità (art. 344bis c.p.p.) nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, in *Cass. pen.*, 2022, pagg. 309 e segg.; contro tale esegesi, sia consentito rinviare a A. MALACARNE, *Prescrizione, improcedibilità cronologica, e processo contra soCietatem: il sistema entra in crisi?*, in *Cass. pen.*, 2022, pagg. 2778 e segg.

una lettura costituzionalmente orientata dovrebbe far propendere per l'estensione del perimetro applicativo delineato dall'art. 344 bis c.p.p. alla disciplina dell'illecito da reato degli enti, con la conseguenza che, ove il giudizio non possa essere proseguito, a causa del superamento dei termini di legge, dovrebbe "cessare" anche il processo a carico dell'ente, oppure il giudizio per accertare in via definitiva la "colpevolezza" dell'ente dovrebbe "migrare" in altra sede, magari quella civile, al pari di quanto previsto con riguardo alle statuizioni civili, ai sensi dell'art. 578, comma 1 bis, introdotto dal decreto delegato n. 150 del 2022.

Si registra tuttavia in dottrina¹³ la posizione di chi dubita della fondatezza di queste osservazioni, rimarcando come il legislatore fin dal momento dell'introduzione della normativa in tema di responsabilità da reato degli enti collettivi abbia inteso regolamentare l'istituto della prescrizione in termini radicalmente diversi rispetto a quanto dispone la medesima disciplina con riferimento alla persona fisica.

In ragione di tale premessa, diventerebbe irrilevante l'argomento contrario, secondo cui escludere l'applicabilità dell'art. 344-bis c.p.p. alle persone giuridiche darebbe luogo ad una (ingiustificata e censurabile) disparità di trattamento rispetto alla posizione dell'imputato persona fisica, giacché tale diversità di disciplina è stata *ab origine* voluta ed indicata dallo stesso legislatore, come dimostrato dalla circostanza che l'art. 22 d.lgs. n. 231/2001 – peraltro tuttora vigente – segue le cadenze proprie del giudizio civile o del processo amministrativo. Né si potrebbe pertanto sostenere, sulla scorta della mera introduzione nel codice penale dell'art. 344 bis c.p.p., che tale differenza fra le due regolamentazioni rappresenti una violazione del dettato costituzionale, posto che è stata la stessa giurisprudenza della Corte di cassazione ad aver escluso più volte, come detto sopra, che tale divaricazione si pone in contrasto con la Carta fondamentale e non si vede per quale ragione tale conclusione debba essere oggi abbandonata.

Il nodo interpretativo resta e non è stato sciolto, né dalla legge delega n. 134 del 2021, né dal d.lgs. n. 150 del 2022, che invece avrebbero potuto incidere direttamente sul tema delle conseguenze per l'illecito dell'ente derivanti dall'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini dell'art. 344 bis c.p.p.

Vi è tuttavia una differenza. Se la prima "svista", quella del legislatore del 2021, potrebbe essere giustificata, malgrado lo stesso legislatore del 2021, al comma 1 bis dell'art. 578 c.p.p., avesse disciplinato la sorte della domanda civile, laddove l'azione penale non fosse più procedibile per effetto del superamento dei termini previsti all'art. 344 bis c.p.p. (prevedendo la prosecuzione innanzi al giudice civile), francamente non giustificabile ci pare la seconda medesima "svista", imputabile questa volta al legislatore delegato del 2022. Infatti, quest'ultimo ha continuato ad ignorare le implicazioni sulla responsabilità degli enti nel caso di improcedibilità sopravvenuta ex art. 344 bis c.p.p., pur avendo ribadito il destino delle statuizioni civili (in caso di improcedibilità) e pur avendo per la prima volta regolato la sorte delle confische ordinate nella sentenza di primo grado.

13 C. SANTORIELLO, *Per gli enti interrompe la prescrizione anche l'atto nullo*, in *Il Penalista.it*, 7 marzo 2022.

Infatti, con la nuova previsione di cui all'art. 578, comma 1 *bis*, c.p.p., si è previsto che la Corte d'appello e la Corte di cassazione – accertato il superamento dei termini massimi per la celebrazione dei giudizi di impugnazione e accertata l'ammissibilità dell'impugnazione - trasmette gli atti al giudice civile competente per valore in grado d'appello davanti al quale il processo viene rinviato in prosecuzione, con automatica progressione in sede civile, analogamente a quanto previsto all'art. 622 c.p.p. per il caso di annullamento con rinvio della sentenza che abbia ad oggetto solamente le statuizioni civili sul risarcimento del danno.

Analogamente con l'art. 578 *ter* c.p.p., il legislatore del 2022 ha sancito che l'improcedibilità dell'impugnazione per superamento dei termini fissati porta con sé, quale naturale conseguenza, la perdita di efficacia della confisca (salvo che non si tratti di confisca obbligatoria, ai sensi dell'art. 240, comma secondo, c.p.) e la contestuale trasmissione degli atti penale al giudice della prevenzione, cui competerà la verifica, in seno al procedimento prevenzione, della ricorrenza delle condizioni perché quel (o quei) bene (o beni) già confiscato (o confiscati) possa (possano) essere oggetto di misura di prevenzione patrimoniale ai sensi del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

È evidente che, quanto meno, in sede di emanazione del decreto delegato n. 150, il legislatore del 2022 avrebbe potuto incidere sulle ricadute della disciplina dell'improcedibilità *ex* art. 344 *bis* c.p.p. in tema di illecito dell'ente, prevedendo espressamente l'estensione dell'istituto dell'improcedibilità anche all'illecito 231 e le relative conseguenze circa l'individuazione o meno dell'Autorità preposta a proseguire il giudizio di accertamento dell'eventuale responsabilità amministrativa delle società.

Invece, il legislatore ha preferito ignorare la tematica e affidarsi al c.d. "creazionismo" (o intuizionismo) giurisprudenziale, cui competerà decidere, in caso di improcedibilità sopravvenuta dell'azione penale per superamento dei termini dei giudizi di impugnazione, se far proseguire o meno tali giudizi all'unico fine di accertare la responsabilità amministrativa degli enti.

Né si può escludere che in sede giudiziaria si perverrà a soluzioni difformi, pur in presenza di identiche situazioni, come già sta accadendo in tema di eventuale remissione in termini per accedere al rito abbreviato (come riformato dal d.lgs. n. 150 del 2022) e quindi in tema di retroattività dell'art. 442 comma 2 *bis*, secondo cui la pena inflitta in sede di giudizio abbreviato viene ulteriormente ridotta di un sesto, in caso di mancata impugnazione della sentenza di primo grado¹⁴ ovvero in tema di eventuale retroattività

14 In merito all'art. 442 comma 1 *bis* c.p.p. si segnala il contrasto tra due ordinanze (una del Tribunale di Milano del 26 gennaio 2023 e una del Tribunale di Vasto del 23 gennaio 2023), che escludono la remissione in termini dell'imputato per la richiesta di accesso al rito abbreviato (così escludendo l'efficacia retroattiva *in bonam partem* della nuova disposizione sanzionatoria, in ragione della natura processuale delle norme che regolano i presupposti e l'accesso ai riti alternativi.), e l'ordinanza del Tribunale di Perugia 18 gennaio 2023, che viceversa ha rimesso in termine gli imputati, ritenendo che l'art. 442, co. 2-bis, c.p.p. – in quanto norma che disciplina il trattamento sanzionatorio – abbia natura sostanziale, e sia dunque soggetto al principio di retroattività *in bonam partem* sancito dall'art. 2, comma. 4, c.p. e, a livello sovranazionale, dall'art. 7 CEDU. Di recente sul tema è intervenuta anche la giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. I, 14 aprile 2023, n. 16054) che ha ritenuto come la disciplina relativa all'applicazione dello sconto di un sesto della pena irrogata, a seguito della mancata impugnazione della sentenza emessa nel giudizio abbreviato, si applica alle decisioni

del comma 1 *bis* dell'articolo 573 del c.p.p. secondo cui, quando la sentenza è impugnata per i soli interessi civili, il giudice d'appello e la Corte di cassazione, se l'impugnazione non è inammissibile, rinviando per la prosecuzione rispettivamente, al giudice o alla sezione civile competente, che decide sulle questioni civili utilizzando le prove acquisite nel processo penale e quelle eventualmente acquisite nel giudizio civile¹⁵.

di primo grado le quali, anche se pronunciate, non siano divenute irrevocabili alla data di entrata in vigore della riforma che ha introdotto l'art. 442 comma 2 *bis* c.p.p.

15 In merito al comma 1 *bis* dell'art. 573 c.p.p. si registra un contrasto in senso alle Sezioni semplici di Cassazione che si sono pronunciate in direzione opposta con riguardo alla possibilità di applicare immediatamente le nuove norme della riforma Cartabia inerenti all'impugnazione ai soli fini civilistici. In particolare l'ordinanza n. 2854 del 2023 della Quarta sezione osserva che la norma di che trattasi è applicabile a tutti i pendente giudizi di impugnazione, in ragione del fatto che, venuto meno il collegamento tra la pretesa risarcitoria e il processo penale, la tutela degli interessi civili sarà assicurata dalla *traslatio* della domanda civile nella sua sede naturale, in tal modo realizzandosi la riduzione del carico lavorativo dei giudici della impugnazione penale, bussola della riforma del processo penale. L'argomento è compiutamente affrontato da B. FRAGASSO, [*Mancata impugnazione nel giudizio abbreviato e riduzione di un sesto della pena a seguito della riforma Cartabia: i Tribunali di Milano e di Vasto escludono la rimessione in termini*](#), in questa *Rivista*, 14 febbraio 2023.

Ad approdi diametralmente opposti, perviene la sentenza n. 3990, emessa dalla Quinta Sezione di Cassazione e depositata il 31 gennaio 2023, secondo cui, il neo articolo 573, comma 1-bis del c.p.p. non può essere applicato all'impugnazione di sentenze emesse prima del 30 dicembre 2022, (data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 150 del 2022). Si afferma, in buona sostanza, che il principio *tempus regit actum* impone di far riferimento al momento dell'emissione del provvedimento impugnato per tutelare l'affidamento dell'impugnante sul quadro delle regole alla stregua delle quali il gravame è destinato ad essere esaminato (anche in relazione al possibile mutamento di tipo sostanziale del quadro valutativo che può caratterizzare la domanda risarcitoria in ambito civilistico). Per un primo approfondimento dell'argomento, si rinvia alla nota di C. MINNELLA, *In assenza di una norma transitoria si apre il contrasto in cassazione*, in *Guida al diritto*, 18 febbraio 2023, n. 6.

Ultima (in ordine di tempo) è la sentenza della Seconda Sezione penale della Cassazione, sentenza n. 6690 depositata il 16 febbraio 2023, laddove si ribadisce la tesi della «immediata applicabilità del nuovo articolo 573, comma 1-bis, cod. proc. pen. – come riformato dalla Cartabia – a tutti i giudizi pendenti a seguito di impugnazione per i soli interessi civili e quindi anche a quelli introdotti prima o relativi a sentenze emesse prima del 30 dicembre 2022». Il Collegio è *tranchant*: non vi sono ragioni per ancorare l'applicabilità del nuovo comma 1-bis dell'art. 573 c.p.p. alla data di pronuncia della sentenza impugnata. Vi è di più; la Seconda sezione in quest'ultima sentenza di premura di confutare le argomentazioni avverse suggerite dall'opposto orientamento, nei seguenti termini: "Si consideri che la stessa sentenza della Quinta Sezione ... è giunta alla opposta conclusione rimarcando che «l'impugnante ai soli effetti civili ha l'interesse, nell'incertezza sull'attribuzione di un termine per adeguare il contenuto degli atti a diverse regole decisorie, 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». L'attenzione, dunque, è stata focalizzata sul momento in cui la parte presenta l'impugnazione, essendosi ritenuto che l'immediata applicazione della nuova norma, nei casi in cui essa sia stata proposta anteriormente al 30 dicembre 2022, potrebbe incidere negativamente sulla valutazione in ordine alla fondatezza e alla stessa ammissibilità – per quel che in questa sede rileva - del ricorso per cassazione». «Da questa sola osservazione consegue che la data della pronuncia della sentenza impugnata non dovrebbe avere alcun rilievo: l'impugnante che eserciti il proprio diritto, a partire dal 30 dicembre 2022, è a conoscenza della nuova disposizione e quindi del possibile rinvio al giudice civile, indipendentemente dal fatto che la sentenza impugnata sia stata emessa prima o dopo tale data". La Cassazione passa poi ad analizzare l'eventuale lesione del legittimo affidamento delle parti e rileva che prima della riforma, una impugnazione ammissibile ma proposta con motivi infondati avrebbe comportato la conferma della sentenza di primo grado (nel giudizio di appello) o il rigetto del ricorso (nel giudizio di legittimità). Mentre a una impugnazione anche solo in parte fondata sarebbe conseguita, la riforma, anche

3. Un secondo nodo applicativo: l'atto imputativo dell'illecito amministrativo ha natura "ricettizia" o "non ricettizia"?

In questi ultimi dieci anni, la giurisprudenza di merito e di legittimità, in ragione degli effetti "esiziali" connessi all'atto di contestazione dell'illecito amministrativo (che –come si è detto- interrompe la prescrizione della responsabilità amministrativa "*sine die*"), si è a lungo interrogata sui requisiti dell'atto imputativo a carico della persona giuridica, ai fini della sua idoneità ad interrompere il corso della prescrizione: è sufficiente che sia "emesso" dalla Procura entro 5 anni dalla consumazione del reato presupposto ovvero entro 5 anni dal precedente atto interruttivo (quale la richiesta di misura cautelare interdittiva del P.M.), ovvero è necessario che nel medesimo termine sia anche "notificato" alla società¹⁶.

La giurisprudenza di merito e di legittimità è piuttosto divisa, come si vedrà a breve; proprio tale "divisione" radicale avrebbe dovuto suggerire un intervento chiarificato ad opera della Riforma Cartabia.

solo parziale, della sentenza di primo grado ovvero l'annullamento con rinvio ai sensi dell'art. 622 del codice di rito. Allora, prosegue la Corte, «ci si deve chiedere se la prosecuzione del giudizio davanti al giudice civile dello stesso grado, prevista dalla nuova norma, arrechi un pregiudizio alla parte che abbia impugnato prima della entrata in vigore della nuova disposizione (30 dicembre 2022)». Per il Collegio vi sono «valide ragioni per dare risposta negativa a questo interrogativo». Un argomento "rilevantissimo" lo offrono le S.U. con la sentenza Cremonini. «Proprio con l'atto di riassunzione, anche in base alla nuova disposizione, la parte impugnante avrà modo, se necessario, di emendare l'atto di appello o il ricorso per cassazione, mentre la controparte avrà la possibilità di contraddire e replicare mediante nuove memorie difensive». Non pare sussistere, dunque, quel pregiudizio paventato nella sentenza della Quinta Sezione che giustificerebbe l'applicazione differita della nuova norma ai ricorsi proposti dopo la entrata in vigore della novella (non risultando comunque giustificabile, invece, la esclusione di detta applicazione per le impugnazioni presentate dopo il 30 dicembre 2022 contro sentenze emesse prima di tale data).

Da ultimo si segnala che il contrasto è stato risolto in data 25 maggio 2023 dalle SS.UU., secondo cui l'art. 573, comma 1-bis, cod. proc. pen., introdotto dall'art. 33 del d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, si applica alle impugnazioni per i soli interessi civili proposte relativamente ai giudizi nei quali la costituzione di parte civile è intervenuta in epoca successiva al 30 dicembre 2022, data di entrata in vigore della citata disposizione ai sensi dell'art. 99-bis del predetto d. lgs. n. 150 del 2022, (vedi informazione provvisoria n. 6 del 2023).

16 Su tale specifico argomento, si rinvia a C. SANTORIELLO, *Note minime in tema di prescrizione della responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Giurisprudenza penale web*, 2018,10; C. SANTORIELLO, *La sola emissione della richiesta di rinvio a giudizio interrompe la prescrizione nei confronti della società*, in *Il Penalista.it*, 21 febbraio 2022; L. FERRAJOLI, *La prescrizione degli illeciti previsti dal d.lgs. 231/2001* in *www.ecnews.it*, del 2 settembre 2016; L. FERRAJOLI, *Prescrizione dei reati e illeciti 231*, in *Accertamento e contenzioso*, 2016, n. 22; L. SANTANGELO, *L'interruzione della prescrizione nel processo a carico dell'ente a norma del d.lgs. 231/2001: rileva la data della notifica – e non del mero deposito- della contestazione dell'illecito amministrativo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 aprile 2015; S. BELTRANI, *"La responsabilità dell'ente da reato prescritto"*, in *Riv. Resp. Amm. Enti*, 2016, fasc. 4, pag. 245; F. MARZULLO, *L'interruzione della prescrizione per le persone giuridiche ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *neldiritto.it*, dicembre 2018; R. SCAROINA, *La società al cospetto del tempo: il regime della prescrizione dell'illecito amministrativo dipendente da reato nel d.lg. n. 231 del 2001*, in *Cass. Pen.*, 2013, n. 5, p. 2108 ss.; A. SALVATORE, *L'interruzione della prescrizione nel sistema del d.lgs. 231/2001*, in *Riv. Resp. Amm. Enti*, 2009, n. 2, pag. 129 e segg.

3.1. L'orientamento giurisprudenziale di legittimità e la "natura ricettizia" dell'atto imputativo ai fini dell'interruzione della prescrizione dell'illecito dell'ente: rassegna delle principali sentenze.

Nell'attuale panorama giurisprudenziale si registra un primo orientamento di legittimità e di merito, improntato ad un maggior garantismo, secondo cui, quando l'atto interruttivo coincide con l'atto imputativo dell'illecito amministrativo (art. 59 del d.lgs. 231/2001), al fine di interrompere la prescrizione in materia di illeciti amministrativi *ex* d.lgs. 231/01, si deve aver riguardo non alla data di emissione dell'atto interruttivo, *ma alla sua notifica*.

In sede di legittimità si segnalano le seguenti pronunce intervenute rispettivamente nel 2015 e nel 2018.

a) In particolare, nel 2015¹⁷ la Cassazione ha osservato che l'art. 22 del d.lgs. 231/2001 ha attuato i principi di delega contenuti nella legge 29 settembre 2000 n. 300, art. 11, lett. r), secondo cui l'interruzione della prescrizione *dovesse essere regolata dalle norme del codice civile* (disposizione che, a sua volta, replicava il contenuto dell'art. 28 legge 24 novembre 1981 n. 689, laddove, in materia di illecito amministrativo, si evoca la disciplina della prescrizione del codice civile). Ebbene, il codice civile, all'art. 2943, prevede che l'interruzione della prescrizione si perfeziona *solo* con la notifica dell'atto con cui si inizia un giudizio. E' evidente pertanto che il legislatore ha attuato una differenziazione del regime di prescrizione, avendo ben presente le ragioni consistenti nella diversità tra illecito amministrativo, fondante la responsabilità delle persone giuridiche, e reato e, conseguentemente ha adeguato la disciplina della prescrizione riferita all'ente al regime già previsto dalla legge generale sulla depenalizzazione del 1981 per l'illecito amministrativo punitivo (micro sistema in cui l'interruzione si attua unicamente con *la notifica* dell'atto introduttivo).

In altra sentenza sempre del 2015, la Cassazione, sempre prendendo le mosse dalla lettera r) dell'art. 11 della legge n. 300/2000 (secondo cui "*l'interruzione della prescrizione è regolata dalle norme del codice civile*"), precisa che l'interruzione della prescrizione dell'illecito amministrativo si ottiene *soltanto* con la portata a conoscenza dell'addebito nei confronti dell'ente e quindi con la notifica degli atti processuali¹⁸.

c) Nel 2018 la Terza sezione penale della Cassazione¹⁹ ha ribadito che il regime derogatorio della prescrizione della sanzione amministrativa ha una sua ragionevolezza, in considerazione della diversa natura dell'illecito che determina la responsabilità dell'Ente, e l'impossibilità di ricondurre integralmente il sistema di responsabilità *ex delicto* di cui al d.lgs. 231/01 nell'ambito e nella categoria dell'illecito penale. Sicchè,

17 Cass. pen., Sez. VI, 10 novembre 2015, n. 28299, in *dejure web*; nonché Cass. pen., Sez. VI, 1° febbraio 2015, n. 18257, in *dejure web*.

18 Cass. pen., Sez. V, 4 aprile 2013, n. 20060, in *dejure web*; laddove si afferma, seppur incidentalmente, che in materia di responsabilità amministrativa *ex* d.lgs. 231/01 si devono applicare le norme di cui agli artt. 2943 c.c. e 2945 c.c.; di qui la necessità che il processo venga iniziato a seguito di un rapporto *regolarmente notificato* all'interessato.

19 Cass. pen., 2 luglio 2018, n. 29617, in *de jure web*

l'interruzione del termine quinquennale di prescrizione deve ritenersi interrotta mediante *la notificazione* del decreto di citazione a giudizio.

3.2. *Lo stato della giurisprudenza di merito e la "natura ricettizia" dell'atto imputativo, rispetto all'interruzione del decorso del termine di prescrizione dell'illecito dell'ente.*

In linea con il ragionamento sviluppato nelle surriportate sentenze di legittimità, si pongono anche talune sentenze di merito, in cui si puntualizza che, ai fini dell'interruzione della prescrizione nel processo a carico degli enti a norma del d.lgs. 231/2001, ciò che rileva è la data della *notifica*, e non la data dell'atto di contestazione dell'illecito amministrativo.

I giudici di merito²⁰ osservano che, così come nel diritto civile l'interruzione della prescrizione si ottiene solo quanto l'atto interruttivo è portato a conoscenza del debitore con la notifica di un atto processuale, allo stesso modo deve interpretarsi l'art. 22 del d.lgs. 231/2001. Di tal ché, l'unica opzione interpretativa possibile dell'art. 22 del d.lgs. n. 231/01, alla luce della legge delega (lettera r, dell'art. 11 della legge n. 300/2000), è che l'atto procedimentale di contestazione *sia portato a conoscenza* del destinatario. Dalle espressioni utilizzate dal legislatore del 2001 si comprende come nel caso dell'art 22 cit. venga in rilievo il momento della conoscenza effettiva dell'atto (si parla di "*contestazione*"), mentre, nel caso dell'art 160 co. 2 c.p. (si parla di prescrizione interrotta dalla "*richiesta di rinvio a giudizio*"), si valorizza il momento in cui è tenuto ad attivarsi il titolare dell'azione penale, a prescindere dalla conoscenza che ne abbia l'imputato.

Ancora, alcuni giudici di merito hanno sancito che la contestazione dell'illecito amministrativo *ex art. 59 del d.lgs. 231/2001* vada intesa quale "*atto recettizio*", destinato a produrre i propri effetti solo dal momento in cui è portato a conoscenza del destinatario, in forza di una interpretazione letterale della legge ed in particolare dell'utilizzo del verbo "*contesta*" sia nello stesso art. 59 sia nell'art. 22 del decreto 231, utilizzo che rimanda all'emissione di un atto, il cui contenuto deve essere portato a conoscenza del destinatario.

La scelta lessicale compiuta dal legislatore delegato rimarca una netta differenza rispetto alla disciplina penalista, tant'è che in detta sede la notifica è un'attività irrilevante ai fini dell'interruzione della prescrizione dei fatti di reato, con riguardo al cui istituto (art. 160 c.p.) il legislatore si limita ad elencare in modo statico specifici atti processuali, la cui efficacia interruttiva è subordinata alla mera emissione. Il Tribunale di Brescia valorizza anche l'interpretazione sistematica delle norme in questione, osservando come la disciplina della responsabilità amministrativa dell'ente abbia mutuato il regime della prescrizione dalla regolamentazione civilistica, introducendo un

20 Sentenza n. 1509/2017, del 30.11.2017, G.U.P. dott. Bagnai, Tribunale di Firenze, in *dejure web*; nonché sentenza del Tribunale di Brescia, n. 692, del 20 febbraio 2015 (dep. 24 febbraio 2015), con nota di L. SANTANGELO, *L'interruzione della prescrizione nel processo a carico dell'ente a norma del d.lgs. 231/2001: rileva la data della notifica – e non del mero deposito – della contestazione dell'illecito amministrativo*, in *Dir. pen. cont.*, 27 aprile 2015.

sistema di cause interruttive in termini del tutto equivalenti a quelli sanciti dall'art. 2945 c.c. Infatti, come la sospensione della prescrizione prevista dal d.lgs. 231/2001 è determinata solo e unicamente dalla contestazione dell'illecito all'ente, in via simmetrica, la stessa sospensione disciplinata dal codice civile consegue soltanto a due specifiche ipotesi in cui l'esercizio del diritto avviene nel necessario contraddittorio tra le parti mediante atti notificati alla controparte.

Per vero, una delle prime sentenze di merito (in ordine di tempo), che ha condiviso la tesi della natura recettizia (e che ha propiziato l'intervento della Suprema Corte nel febbraio 2015 nella vicenda giudiziaria c.d. "Buonamico"), è stata pronunciata dal G.U.P. di Bari²¹.

3.3 Rassegna delle sentenze di merito a favore della "natura ricettizia" dell'atto imputativo ai fini dell'interruzione della prescrizione dell'illecito dell'ente.

Abbiamo anticipato che esiste, nell'attuale panorama giurisprudenziale, un secondo orientamento (che va consolidandosi), diametralmente opposto al primo, che fa coincidere l'effetto interruttivo della prescrizione dell'illecito dell'ente con la *data di adozione* dell'atto imputativo.

Prendiamo le mosse da quella giurisprudenza di legittimità più datata²² in cui si afferma in modo per vero assertivo che, ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, artt. 22 e 59, la *richiesta* di rinvio a giudizio, nel caso in esame intervenuta prima del quinquennio, è atto di contestazione che interrompe e sospende il decorso della prescrizione sino alla sentenza che definisce il giudizio.

21 Cfr., sentenza 5 luglio 2013, n. 941, G.U.P. di Bari, in *dejure web*, secondo cui, la contestazione dell'illecito amministrativo di cui all'art. 59 del d.lgs. 231/01 è "atto recettizio" che produce i suoi effetti solo dal momento in cui è portato a conoscenza del destinatario. Il G.U.P. di Bari ha osservato come sia chiara la volontà del legislatore del 2001 (*in claris non fit interpretatio*) in materia di illecito amministrativo delle persone giuridiche, nel senso che l'interruzione della prescrizione è regolata dalle norme di diritto civile. E, poiché l'art. 2943 c.c. sancisce che "la prescrizione è interrotta dalla notificazione dell'atto.", sarà soltanto la "notificazione dell'atto interruttivo (nel caso di specie la richiesta di rinvio a giudizio) a interrompere la prescrizione dell'illecito amministrativo." La tesi del Giudice barese poggia su due argomenti. Il primo risiede nel fatto che la disciplina della prescrizione dell'illecito amministrativo è diversa e autonoma rispetto a quella della prescrizione del reato ed è essenzialmente modellata sul tipo della prescrizione dettata in ambito civilistico dagli artt. 2943 c.c. e 2945 c.c.. Sicché non avrebbe senso applicare le generali norme del codice penale al regime della prescrizione dell'illecito amministrativo delle persone giuridiche. Il secondo argomento è dato dall'analisi del dato proveniente dalla legge delega che all'art. 11, lett. r) della legge n. 300 del 2000 prevede espressamente che l'interruzione della prescrizione è regolata dalle norme del codice civile.

22 Cass. pen., 15 dicembre 2011, n. 10822, in *sentenze web* nonché Cass. pen., Sez. VI, 21 dicembre 2015, n. 50102, in *sentenze web*, in cui in modo apodittico si afferma che il termine quinquennale di prescrizione dell'illecito dell'ente si sospende sin dalla data di *proposizione* della richiesta di rinvio a giudizio; nonché Cass. pen., Sez. VI, 13 settembre 2017, n. 41768, in *sentenze web*, laddove si ribadisce che la richiesta di rinvio a giudizio nei confronti dell'ente, in quanto atto di contestazione dell'illecito, interrompe la prescrizione e ne sospende il decorso dei termini fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio, ai sensi degli artt. 59 e 22 commi 2 e 4 del d.lgs. 231/2001.

La prima pronuncia di legittimità che non si limita ad affermazioni perentorie in merito alla natura non ricettizia dell'atto imputativo, ma offre un'articolata motivazione risale al 2018²³, laddove si legge che l'art. 59 del d.lgs n. 231 del 2011 (richiamato dall'art. 22 dello stesso decreto) opera un rinvio integrale all'art. 405 comma 1 c.p.p., che, a sua volta, individua -come atto di contestazione dell'illecito- la richiesta di rinvio al giudizio, ovvero un atto, la cui efficacia, prescinde dalla notifica alle parti, che non è prevista dalla legge.

Di tal chè, il richiamo che la legge delega effettua alle norme del codice civile non consente di "trasformare" la richiesta di rinvio a giudizio in un atto recettizio, in assenza di ogni indicazione normativa al riguardo, pena il rischio di manipolare arbitrariamente l'art. 22, riconducendo l'effetto interruttivo alla notifica dell'avviso di udienza, ovvero ad un atto a cui la legge non riconosce tale effetto.

Negli anni 2019-2020 sono intervenute altre tre pronunce della Suprema Corte²⁴ in cui mostra di aderire alla tesi della natura non ricettizia dell'atto imputativo.

Non può non segnalarsi il ragionamento che accomuna queste tre pronunce: ossia l'atto interruttivo della prescrizione dell'illecito dell'ente partecipa della natura non ricettizia degli atti giudiziari, in quanto non è necessario che l'atto sia notificato agli interessati, ma è sufficiente che esso sia emesso.

Infatti, la stessa emissione dell'atto, indipendentemente dalla sua notifica, dimostra oggettivamente la persistenza della volontà punitiva dello Stato; e pertanto l'efficacia interruttiva della prescrizione dipende dalla mera emanazione dell'atto di contestazione, non già dalla sua comunicazione all'interessato.

Tale atto al più ha natura recettizia per altri fini, quali le impugnazioni e per tutti gli altri casi in cui è necessario far decorrere un termine per l'esercizio di un diritto o una facoltà.

23 Cass. pen., 24 settembre 2018, n. 41012, in *sentenze web*. In questa pronuncia si valorizza altresì la circostanza che, in tema di interruzione della prescrizione del reato, ciò che conta è l'atto in sé, ossia nella sua materialità, tant'è che va riconosciuta, anche agli atti processualmente nulli, la capacità di conseguire lo scopo interruttivo. Gli atti interruttivi della prescrizione hanno un valore ed un'efficacia obiettiva poiché denotano la persistenza nello Stato dell'interesse punitivo.

24 Cass. pen., 14 febbraio 2019, n. 7123, in *sentenze web*; Cass. pen., 12 luglio 2019, n. 30634, in *sentenze web*; Cass. pen., 15 gennaio 2020, n. 1432, in *sentenze web*. La peculiarità della seconda sentenza (ossia la n. 30634) sta nel fatto che la stessa si premura di confutare l'argomento principale addotto dai fautori dell'indirizzo più garantista (espressamente ritenuto minoritario), e cioè il richiamo contenuto nell'art. 11 lett. r) della legge delega n. 300 del 2000 alle norme del codice civile che regolano l'istituto dell'interruzione della prescrizione. Ritiene infatti la Quarta Sezione che tale richiamo al regime previsto dall'art. 2945, comma 2, c.c., va opportunamente inteso nel senso che, il rimando alle norme civili non riguarda il momento della produzione degli effetti dell'atto interruttivo, ma solo il contenuto di quegli effetti, rispetto ai quali, diversamente da quanto previsto per la prescrizione del reato con l'art. 160 c.p., l'interruzione impedisce la decorrenza del termine prescrizionale fino a che il giudizio non sia terminato. La scelta legislativa di far riferimento alla disposizione civilistica, anziché alle previsioni di cui all'art. 160 c.p., deriva dalla natura della pretesa punitiva che sanziona la violazione da parte dell'impresa di norme che implicano limiti di compatibilità dell'azione imprenditoriale con l'interesse generale, come espresso dall'art. 41 Cost., il quale non può recedere di fronte al vantaggio dell'attività d'impresa. Siffatta prevalenza determina la necessità del ricorso ad una normativa – quella civilistica appunto – che renda indifferente il tempo del processo all'irrogazione della sanzione, al fine di non stravolgere priorità collettive, costituzionalmente garantite.

L'interruzione della prescrizione, nell'ipotesi di responsabilità – derivante da reato – degli enti, è finalizzata alla tutela della pretesa punitiva dello Stato; pertanto il relativo regime non può che essere quello previsto per l'interruzione della prescrizione nei confronti dell'imputato e coincidere con l'emissione della richiesta di rinvio a giudizio, indipendentemente dalla sua notificazione.

Infine, nel 2022 sono state pubblicate altre pronunce di legittimità²⁵ che si rivelano adesive rispetto alla tesi della natura “non ricettizia”.

La peculiarità delle predette sentenze riposa nel fatto di ritenere risolutivo e dirimente il rinvio dell'art. 59 del d.lgs n. 231 del 2011 all'art. 405 comma 1 c.p.p., che individua fra gli atti di contestazione dell'illecito la richiesta di rinvio al giudizio, ovvero un atto la cui efficacia prescinde dalla notifica alle parti. Peraltro, il richiamo che la legge delega effettua alle norme del codice civile non consente di trasformare la richiesta di rinvio a giudizio in un atto recettizio, in assenza di ogni indicazione normativa al riguardo; del pari, non è consentito interpolare la norma riconducendo l'effetto interruttivo alla notifica dell'avviso di udienza, ovvero ad un atto a cui la legge non riconosce tale effetto²⁶.

In conclusione, in presenza di soluzioni giurisprudenziali non univoche, che tradiscono la più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo circa il principio di ragionevole “prevedibilità” delle decisioni giudiziarie in materia penale (corollario della legalità europea)²⁷, sarebbe stato più proficuo – per gli interpreti del diritto – che la legge delega n. 134 del 2021 ovvero il d.lgs. 150 del 2022 (che costituiscono l'*habeas corpus* della riforma Cartabia) avessero preso una posizione chiarificatrice e

25 Cass. pen., Sez. VI, 31 gennaio 2022, n. 3287, in *de jure web*: secondo la pronuncia in esame, anche in materia di illecito amministrativo dell'ente, l'interruzione della prescrizione è posta a presidio della tutela della pretesa punitiva dello Stato, sicché il regime non può che essere quello previsto per l'interruzione della prescrizione nei confronti dell'imputato e coincidere con l'emissione della richiesta di rinvio a giudizio, in modo del tutto indipendente dalla sua notificazione. Si segnala ai lettori la nota di commento alla predetta sentenza di C. SANTORIELLO, *La sola emissione della richiesta di rinvio a giudizio interrompe la prescrizione nei confronti della società*, in *Il penalista.it*, 21 febbraio 2022.

In linea con la sentenza n. 3287 si menziona Cass. pen., Sez. VI, 14 febbraio 2022, n. 5121, in cui ci si spinge ad affermare (in perfetta analogia con i principi giurisprudenziali della prescrizione dell'illecito penale) che, in tema di prescrizione per la contestazione di illeciti da reato nei confronti di enti collettivi, il principio secondo cui la richiesta di rinvio a giudizio, in quanto atto di contestazione dell'illecito amministrativo, interrompe, per il solo fatto della sua emissione, la prescrizione, opera *anche quando* tale atto processuale presenti vizi da renderlo nullo o invalido. È stato così esteso all'illecito dell'ente il noto principio giurisprudenziale, a mente del quale, in tema di interruzione della prescrizione del reato, va riconosciuta anche agli atti processualmente nulli la capacità di conseguire lo scopo. Gli atti interruttivi della prescrizione, infatti, hanno valore oggettivo, in quanto denotano la persistenza nello Stato dell'interesse punitivo.

26 Per una disamina della sentenza del febbraio 2022 della Suprema Corte si rinvia a C. SANTORIELLO, *Per gli enti interrompe la prescrizione anche l'atto nullo*, in *Il Penalista.it*, 7 marzo 2022.

27 F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016, pag. 1 -43; nonché in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO, (a cura di), *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, ESI, Napoli, 2016, pp. 213-265.

definitiva in punto di natura “ricettizia” *versus* o “non ricettizia” dell’atto di contestazione agli enti dell’illecito amministrativo ex 231/2001.

E invece il nostro legislatore ha preferito affidarsi, ancora una volta, al mutevole creazionismo giurisprudenziale.

Né si trascuri come l’orientamento giurisprudenziale più recente ha finito col “trasformare” l’illecito dell’ente, applicando una disciplina “ibrida” (e mista), che mutua dal diritto penale il principio secondo cui l’interruzione della prescrizione del reato ben può prescindere dalla conoscenza dell’atto di contestazione e che mutua dall’apparato codicistico civile il principio secondo cui, *dopo la notifica* del libello introduttivo, la prescrizione del diritto azionata è “congelata” fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio.

A questo punto restano due restano le opzioni sul campo:

- sottoporre la questione al vaglio delle Sezioni Unite, stante il contrasto insorto tra le Sezioni semplici;

- oppure sollevare incidente di costituzionalità dell’art. 22 d.lgs. 231/2001, incidente che potrebbe essere sollevato dalle stese SS.UU., in ragione della distonia tra decretazione delegata e legge di delega, in cui si fissa il principio direttivo dettato dall’art. 11 lett. *r*), secondo cui l’interruzione della prescrizione dell’illecito amministrativo è correlata alla notifica dell’atto con cui si intraprende il giudizio.

4. Un terzo nodo applicativo: l’istituto della messa alla prova opera rispetto all’illecito amministrativo degli enti collettivi?

L’art. 1, comma 22, legge n. 134 del 2021 aveva delineato i criteri ai quali si ispirava la riforma della messa alla prova, in particolare estendendo l’ambito di applicazione dell’istituto oltre i casi previsti dall’art. 550, comma 2, c.p.p. così includendo “ulteriori specifici reati, puniti con pena edittale non superiore nel massimo a sei anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell’autore, compatibili con l’istituto”.

In esecuzione della delega, la soluzione è stata dunque quella di lasciare immutato il riferimento contenuto nell’art. 168 *bis* c.p. ai limiti edittali oggettivi (reati puniti con la sola pena pecuniaria o con la pena detentiva non superiore a 4 anni), estendendo il perimetro applicativo della messa alla prova, tramite la novella dell’art. 550, comma 2, c.p.p. (per effetto dell’art. 32, comma 1, lett. *a*), d.lgs. n. 150 del 2022)²⁸. Il nuovo art. 550

28 L’art. 550, comma 2, attualmente recita: “Le disposizioni del comma 1 si applicano anche nei casi previsti dagli articoli 336, 337, 337-bis, primo e secondo comma, 340, terzo comma, 343, secondo comma, 348, terzo comma, 349, secondo comma, 351, 372, 374-bis, 377, terzo comma, 377-bis, 385, secondo comma, con esclusione delle ipotesi in cui la violenza o la minaccia siano state commesse con armi o da più persone riunite, 390, 414, 415, 454, 460, 461, 467, 468, 493-ter, 495, 495-ter, 496, 497-bis, 497-ter, 527, secondo comma, 556, 588, secondo comma, con esclusione delle ipotesi in cui nella rissa taluno sia rimasto ucciso o abbia riportato lesioni gravi o gravissime, 590-bis, 611, 614, quarto comma, 615, primo comma, 619, secondo comma, 625, 635, terzo comma, 640, secondo comma, 642, primo e secondo comma, 646 e 648 del codice penale, nonché nei casi previsti: a) dall’articolo 291-bis del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43; b) dagli articoli

comma 2, a sua volta, ha incluso un nuovo catalogo di reati (puniti con pena superiore nel massimo a quattro anni e non superiore a sei), per i quali si procede con citazione diretta, quale eccezione ai limiti edittali di cui al primo comma della stessa disposizione²⁹.

È fuori discussione che, stante la *ratio* ispiratrice della riforma (quella di incentivare, in chiave deflattiva, il ricorso alla messa alla prova), il rinvio operato dall'art. 168 bis c.p. all'art. 550, comma 2, c.p.p. debba intendersi di natura *mobile* e quindi riguardi la norma processuale come di recente modificata.

Orbene, in occasione della rivisitazione di tale istituto di favore e di matrice deflattiva³⁰, il legislatore delegato del 2022 ben avrebbe potuto sciogliere il nodo interpretativo emerso in sede giurisprudenziale circa l'operatività del medesimo istituto anche all'illecito amministrativo (derivante da reato) degli enti collettivi.

Ed infatti, dato l'effetto deflattivo che la Riforma Cartabia si è proposto, era logico attendersi l'estensione dell'operatività dell'istituto in questione anche alle persone giuridiche imputate per illecito 231, proprio al fine di evitare che il giudizio penale, una volta estinto il reato ascritto alla persona fisica per esito favorevole della messa alla prova, proseguiva per anni unicamente per accertare la responsabilità amministrativa da delitto degli enti collettivi.

Sul tema dell'allargamento della messa alla prova agli enti, sono negli anni intervenute sentenze di merito di segno opposto.

Infatti il Tribunale di Milano nel 2017³¹ ha negato tale allargamento, richiamando i corollari del principio di legalità ex art. 25, comma 2 Cost. in materia penalistica, e ricordando l'insegnamento della recente giurisprudenza costituzionale (Corte Cost., 230/2012), in forza del quale il potere di normazione di materia penalistica – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo e, in particolare, sulla sua libertà personale – è riservato all'organo legislativo e alle fonti primarie. Sicchè, «*in assenza, de*

4, quarto comma, 10, terzo comma, e 12, quinto comma, della legge 18 aprile 1975, n. 110; c) dagli articoli 82, comma 1, del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309; d) dagli articoli 75, comma 2, 75-bis e 76, commi 1, 5, 7 e 8, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; e) dall'articolo 55-quinquies, comma 1, del decreto legislativo del 30 marzo 2001, n. 165; f) dagli articoli 5, comma 8-bis, 10, comma 2- quater, 13, comma 13-bis, e 26-bis, comma 9 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286; g) dagli articoli 5, commi 1 e 1-bis, del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74."

29 Circa il criterio per la quantificazione dei limiti edittali (per accedere alla messa alla prova), si rinvia all'arresto delle Sezioni Unite secondo cui «*ai fini dell'individuazione dei reati ai quali è astrattamente applicabile la disciplina dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, il richiamo contenuto all'art. 168-bis c.p. alla pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, non assumendo a tal fine alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese quelle ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato*» (SS. UU., n. 36272, del 31/03/2016, Sorcinelli, in *de jure web*).

30 E. Andolina, *Gli strumenti di deflazione endoprocedurale: prospettive applicative a seguito della riforma Cartabia*, in *Dir. Pen. proc.*, 2022, n. 10, pag. 1367.

31 Ordinanza Tribunale di Milano 27 marzo 2017, con nota di M. MIGLIO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova non si applica alle persone giuridiche*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 9

jure condito, di una normativa di raccordo che renda applicabile la disciplina di cui agli artt. 168 bis c.p. alla categoria degli enti, ne deriva che l'istituto in esame, in ossequio al principio di riserva di legge, non risulta applicabile ai casi non espressamente previsti, e quindi alle società imputate ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001».

Successivamente, il Tribunale di Modena³² con ordinanza del 2019 e successiva sentenza di non doversi procedere del 19 ottobre 2020, ha ritenuto applicabile la messa alla prova a una società e, al termine del programma svolto positivamente, aveva ritenuto estinto l'illecito amministrativo. Ad avviso del Tribunale modenese, non è una forzatura ermeneutica estendere agli enti l'istituto in parola, posto che l'istituto deflattivo premiale palesa una spiccata affinità con le svariate occasioni di ravvedimento che si ripetono lungo tutto l'arco processuale di cui la persona giuridica è protagonista; affinità, questa, destinata a emergere ancor più chiaramente se si considera che il decreto già contempla situazioni che comportano, al pari della *probation*, una momentanea paralisi del rito funzionale al perfezionamento di condotte di operosa resipiscenza (artt. 49 e 65 del d.lgs. 231/2001):

Tuttavia, nel 2020 il Tribunale di Bologna³³, ha operato un deciso *revirement*, ripercorrendo la strada tracciata dal Tribunale di Milano e dichiarando inammissibile l'istanza di applicazione dell'istituto in esame a una persona giuridica accusata degli illeciti amministrativi di induzione indebita e di truffa a danni dello Stato.

A differenza della decisione del Tribunale di Milano, il G.I.P. emiliano ha ritenuto che il mancato coordinamento della legge n. 67 del 2014 con il testo della 231 del 2001 non è frutto di una mera dimenticanza del legislatore, ma è da considerare voluto, in ossequio al principio del *ubi lex dixit voluit, noluit tacuit*. La disciplina della sospensione del processo con messa alla prova non è applicabile alle persone giuridiche chiamate a rispondere ai sensi della 231/2001 in quanto non compatibile nei suoi aspetti sostanziali (oltre che, in misura minore, processuali), posto che non ne condividono la *eadem ratio*. Per il giudicante bolognese, l'istituto previsto dall'art. 168 bis c.p. è modellato sulla figura dell'imputato persona fisica, in ottica specialpreventiva, riparativa, conciliativa, ma anche e soprattutto rieducativa.

Infine, in ordine di tempo, è intervenuto il Tribunale di Bari³⁴ ha osservato la piena compatibilità della messa alla prova con il sistema di responsabilità *ex d. lgs. 231/2001*, non derivando da ciò alcuna violazione dei principi di tassatività e di riserva di legge, dal momento che il divieto di analogia opera soltanto quanto genera effetti sfavorevoli per l'imputato: la messa alla prova per l'ente determinerebbe, invece, un ampliamento del ventaglio di procedimento speciali a sua disposizione, consentendogli una miglior

32 Ordinanza 11 dicembre 2019 e successiva sentenza del 19 ottobre 2020 del G.I.P. di Modena, con nota di 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

33 Ordinanza G.I.P. di Bologna, 11 dicembre 2019, e successiva sentenza di non doversi procedere del 19 ottobre 2020, con nota di L.N. MEAZZA, *Messa alla prova e persone giuridiche: una nuova pronuncia del Tribunale di Bologna*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 12

34 Ordinanza 22 giugno 2022, Tribunale di Bari, Prima Sezione, con nota di G. STAMPANONI BASSI, *Responsabilità degli enti ex d. lgs. 231/2001: il Tribunale di Bari ammette una società alla messa alla prova*, in *giurisprudenza penale.it*, 22 giugno 2022.

definizione della strategia processuale.

Il Tribunale barese, peraltro, rileva che la *ratio* della messa alla prova (quella di deflazionare il carico giudiziario e, dall'altro, di perseguire un reinserimento sociale "anticipato" dell'imputato, nella consapevolezza che il fenomeno, molto frequente, della condanna e della applicazione della pena a distanza di tempo solleva problemi non soltanto sotto il profilo della prevenzione generale, ma anche per quanto riguarda la funzione di prevenzione speciale) si appalesa perfettamente compatibile con la *ratio* di politica criminale del d.lgs. 231/2001 (che non è la retribuzione fine a se stessa, né la mera prevenzione generale, ma la prevenzione speciale in chiave rieducativa: si vuole, cioè, indurre l'ente ad adottare comportamenti riparatori dell'offesa che consentano il superamento del conflitto sociale instaurato con l'illecito, nonché idonei, concreti ed efficaci modelli organizzativi che, incidendo strutturalmente sulla cultura dell'impresa, possano consentirgli di continuare ad operare sul mercato nel rispetto della legalità o, meglio, di rientrarvi con una nuova prospettiva di legalità).

Da ultimo, si deve registrare sull'argomento il recentissimo intervento delle SS.UU. penali della Cassazione, secondo cui l'istituto dell'ammissione alla prova (art. 168-bis c.p.) non trova applicazione con riferimento agli enti di cui al d. lgs. n. 231 del 2001³⁵.

Il Supremo consesso ha, in particolare, valorizzato la natura sanzionatoria³⁶ della figura della messa alla prova, ragion per cui la relativa disciplina non è estendibile alle società attinte dalla responsabilità da reato ex d.lgs. 231/2001³⁷, a ciò ostando,

35 Cfr. sentenza n. 14840 depositata il 6 aprile 2023, disponibile per esteso in *Messa alla prova e responsabilità degli enti ex d. lgs. 231/2001: depositata la sentenza delle Sezioni Unite*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 6 aprile 2023; per una prima disamina sul tema si rinvia a C. SANTORIELLO, *Niente messa alla prova per le società*, in *Il Penalista.it*, 14 aprile 2023.

36 Ad avviso delle SS.UU. penali, a rimarcare l'indubbia natura "sanzionatoria" della messa alla prova dei maggiorenni militano i seguenti indici rivelatori: 1) l'obbligo a carico del soggetto che vi è sottoposto – ai sensi dell'articolo 168-bis, comma 3, c.p. – di prestare lavoro di pubblica utilità, consistente in una "prestazione non retribuita (...) di durata non inferiore a dieci giorni, anche non continuativi, in favore della collettività e la cui durata giornaliera non può superare le otto ore; 2) la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno; 3) gli obblighi che derivano dalle prescrizioni concordate all'atto dell'ammissione al beneficio, che possono comprendere attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali, prescrizioni, queste ultime, incidenti in maniera significativa sulla libertà personale del soggetto che vi è sottoposto, sia pure in maniera meno gravosa rispetto a quanto accadrebbe nel caso di applicazione di una pena detentiva; 4) il rapporto di proporzionalità delle prescrizioni cui il soggetto è vincolato rispetto alla gravità del fatto commesso, nonché la durata della messa alla prova, variabile a seconda della gravità del reato contestato all'imputato; 5) la valutazione dell'idoneità del programma di trattamento in base ai parametri di cui all'articolo 133 del codice penale e cioè in base ai criteri che sovrintendono ordinariamente alla commisurazione della pena; 6) la previsione di cui all'articolo 657-bis c.p.p., in caso di condanna conseguente al fallimento della messa alla prova, di scomputare dalla pena ancora da eseguire un periodo corrispondente a quello in cui il soggetto ha effettivamente eseguito le prescrizioni che gli erano state imposte e ciò sulla base di un coefficiente stabilito dalla legge, che si fonda a sua volta su una valutazione di minore afflittività delle prescrizioni medesime rispetto a quella che deriva dalla pena detentiva.

37 La responsabilità amministrativa da reato, ad avviso della Suprema Corte, rientra in un *genus* diverso da

7-8/2023

innanzitutto, il principio della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost..

L'introduzione attraverso provvedimenti giurisdizionali di un trattamento sanzionatorio - quello della messa alla prova - ad una categoria di soggetti (ossia gli enti in generale) non espressamente contemplati dalla legge quali destinatari di tale trattamento, e in relazione a categorie di illeciti (ossia quelli previsti dal d.lgs. 231/2001) non espressamente previsti dalla legge penale, costituirebbe un'opzione ermeneutica in contrasto con il principio di legalità della pena, del quale la riserva di legge costituisce corollario.

Fatto sta però che, malgrado la pronuncia delle Sezioni Unite, è intervenuta alcuni giorni or sono la sentenza del Tribunale di Bari del 15 giugno 2023³⁸ che, nel corso del medesimo procedimento penale in cui era stata pronunciata l'ordinanza ammissiva dell'ente³⁹ alla messa alla prova, ha nuovamente preso posizione nel senso di estendere l'istituto della messa alla prova agli enti, emettendo in favore di quest'ultimo *sentenza di non doversi procedere per esito positivo della messa alla prova*.

Tale sentenza merita di essere richiamata perché nella parte motiva il giudice si confronta criticamente con la citata pronuncia delle SS.UU., secondo cui, come si è già detto, l'istituto dell'ammissione alla prova (art. 168bis c.p.) non trova applicazione con riferimento agli enti di cui al d.lgs. n. 231 del 2001⁴⁰.

quello penale; c.d. *tertium genus*, secondo quanto sostenuto da Cass. pen., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, in Mas. Uff., n. 261112.

38 Tribunale di Bari, sentenza 15 giugno 2023 n. 3601, con nota di G. STAMPANONI BASSI, *Responsabilità degli enti ex d. lgs. 231/2001: il Tribunale di Bari (nonostante le Sezioni Unite) ritiene ammissibile la messa alla prova in giurisprudenza penale web*, 15 giugno 2023.

39 Vedi nota 31.

40 Ad avviso del giudice barese, tale principio deve ritenersi privo dell'effetto vincolante tipico dei principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite, in ossequio all'orientamento giurisprudenziale, secondo cui il vincolo derivante dal principio di diritto affermato, ai sensi dell'art. 618, comma 1bis, c.p.p., dalle Sezioni Unite della Corte riguarda esclusivamente l'oggetto del contrasto interpretativo rimesso e non si estende ai temi accessori o esterni e a quello secondo cui il principio è vincolante in relazione «agli aspetti preliminari e consequenziali ad esso, ancorché relativi a profili non specificamente devoluti ma che si rendano, tuttavia, necessari per meglio delimitare il significato e la portata applicativa del principio stesso che, in tal modo, riveste carattere unitario. La questione della possibilità per l'ente di esser ammesso alla prova non manifesta caratteri di pregiudizialità o di consequenzialità rispetto a quella oggetto del principio di diritto affermato dalle Sezioni unite, avente natura esclusivamente *processuale*, attenendo alla legittimazione all'impugnazione dell'ordinanza ex art. 464 bis c.p.p. in capo al procuratore generale e all'elencazione delle categorie generali dei motivi deducibili con l'impugnazione. Prova ne sia il fatto che, sulla prima questione, diversamente dalla seconda, non si era registrato alcun contrasto nella giurisprudenza di legittimità (che anzi, non si era ancora pronunciata sul tema, sino a quel momento affrontato solo dai giudici di merito), tant'è che le Sezioni unite l'hanno risolta solo in ragione dell'accertata ammissibilità del ricorso immediato per cassazione del Procuratore generale presso la Corte di appello di Trento. In ogni caso, il principio di diritto affermato dalla Corte di cassazione, pure a Sezioni unite, non è fonte del diritto, rappresentando, piuttosto, la generalizzazione dell'interpretazione di una disposizione in relazione a una fattispecie concreta. La sua formulazione, cioè, è il risultato di un'operazione interpretativa, attraverso cui la decisione individuale viene ricondotta sotto una regola generale valida per casi uguali, simili o assimilabili; in altri termini, il principio di diritto assolve la funzione di universalizzare la decisione individuale e, consolidandosi nel tempo, esso realizza la funzione nomofilattica. In parole povere, il giudice barese minimizza (direi in modo convincente) la portata nomofilattica dell'arresto delle SS.UU. dell'aprile del 2023. Ne consegue che l'art. 618, c. 1 bis c.p.p. impone (solo) alle sezioni singole della Corte di cassazione

5. Un quarto nodo applicativo: è applicabile la non punibilità per tenuità *ex art. 131 bis c.p. all'illecito degli enti*?

Nell'ambito dei generali obiettivi di deflazione processuale ed esecutiva perseguiti dalla riforma Cartabia, il legislatore delegato del 2022 ha altresì esteso i presupposti applicativi della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto, definita in dottrina⁴¹ *“valvola deflativa”* di primaria importanza che trova fondamento nel principio di meritevolezza della pena, in stretta connessione con i principi di *extrema ratio* e proporzione della sanzione penale. Nel dettaglio, in attuazione del criterio di delega (di cui all'art. 1, comma 21, della legge n. 134 del 2021) l'art. 1, comma 1, lett. c), del d.lgs. n.

di rimettere alle Sezioni unite la decisione del ricorso ove non condividano il principio di diritto enunciato da quest'ultime, essendo il giudice di merito vincolato alle questioni di diritto decise dalla Corte di cassazione solo nell'ipotesi prevista dall'art. 627, c. 3, c.p.p., non ricorrente nel caso di specie. Fatta tale premessa, la sentenza di merito si premura di confutare le conclusioni, cui sono pervenute le Sezioni Unite, giungendo a ritenere non persuasiva l'affermazione circa la non estendibilità all'ente dell'istituto della messa alla prova. Ad avviso del Tribunale di Bari, *«anche ove si volesse ritenere che l'ammissione dell'ente alla prova sia il frutto non già di un'interpretazione estensiva, ma di un'applicazione analogica in bonam parte della legge penale, ciò non appare contrastare col principio di riserva di legge, corollario del principio di legalità ex art. 25, c. 2, Cost.»*. Anche la dottrina ha affermato che il ricorso all'analogia non contrasta mai, in maniera diretta, col principio di riserva di legge, giacché è pur sempre da una disposizione di legge che si prendono le mosse per la regolamentazione del caso non previsto espressamente; semmai, occorre verificare che il ricorso all'analogia non violi il diverso principio di tassatività della legge penale, ulteriore corollario del principio di legalità. Peraltro, l'analogia *in bonam partem* non contrasta col principio di tassatività, poiché è conforme alla ratio di quest'ultimo, che è quella di garantire la libertà personale del cittadino a fronte di possibili abusi dei poteri esecutivo e giudiziario (ratio di cui, per inciso, partecipa anche il principio di riserva di legge).

Essa trova dei limiti nell'eventuale carattere di eccezionalità o indeterminatezza della norma oppure nell'eventuale intenzionalità della lacuna normativa da colmare. Come sopra si è evidenziato, le Sezioni unite hanno affermato che non è possibile ricorrere all'analogia *in bonam partem*, stante la natura di sanzione penale della messa alla prova, e stante altresì la distonia o l'incompatibilità tra quest'ultima e la peculiare natura giuridica della responsabilità dell'ente prevista dal d.lgs. n. 231/2001. E tuttavia, anche aderendo alla tesi della natura di sanzione penale della messa alla prova affermata dall'orientamento della Corte costituzionale richiamato dalle Sezioni unite, non può non rimarcarsi che il medesimo orientamento ha evidenziato che l'istituto in esame manifesta, allo stesso tempo, anche la *natura di causa di estinzione del reato*, per la quale, attesa la sua incontestabile portata generale, l'ammissibilità dell'analogia *in bonam partem* non è revocabile in dubbio. Ed infatti, volendo ritenere che nel caso di specie l'ammissione dell'ente alla prova sia il frutto di un'operazione analogica, laddove, in ragione dell'espresso rinvio degli artt. 34 e 35 del d.lgs. n. 231/2001 alle norme del codice di procedura penale e alle disposizioni processuali relative all'imputato in quanto compatibili, potrebbe invece ritenersi che si tratti di una mera *interpretazione estensiva* della legislazione vigente.

Infine, il Tribunale barese sminuisce i timori derivanti dalle incertezze interpretative che deriverebbero dall'applicazione analogica dell'istituto della messa alla prova agli enti, posto che tali incertezze sonio fisiologiche e rientrano naturalmente nella sfera di discrezionalità nell'ambito della quale si muove il Giudice in sede di applicazione analogica della legge; discrezionalità che, a garanzia della libertà delle scelte di azione del cittadino, la Costituzione limita quando ne possano derivare effetti negativi per quest'ultimo, il che, come visto, non accade nel caso di specie.

⁴¹ D. BRUNELLI, *La tenuità del fatto nella riforma “Cartabia”: scenari per l'abolizione dei minimi edittali?*, in *sistema penale*, 13 gennaio 2022; A. NATALINI, *Riparametrati i limiti di accesso, esclusi i reati di violenza domestica*, in *Guida al diritto*, 2022, n. 44, pagg. 74 ss..

150, ha novellato l'art. 131 *bis* c.p., prevedendo l'applicabilità dell'istituto di favore ai reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni di reclusione (primo comma), quindi indipendentemente dal massimo edittale⁴².

Ancora una volta, il legislatore delegato del 2022 non ha "inciso" sul decreto 231, come invece avrebbe potuto, magari prevedendo l'operatività di tale istituto anche in favore anche agli enti, pur iscrivendosi la non punibilità per tenuità – a pieno titolo – tra quei meccanismi quietistici e di indubbia matrice deflattiva.

L'orientamento giurisprudenziale prevalente, soprattutto in sede di legittimità, tende ad escludere l'automatica estensione della clausola di particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p. alla responsabilità da reato degli enti.

Già nel 2018 la Cassazione⁴³ aveva affrontato il tema, concludendo che, in presenza di una sentenza di applicazione della particolare tenuità del fatto, nei confronti della persona fisica responsabile della commissione del reato, il giudice deve procedere all'accertamento autonomo della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio il reato fu commesso; accertamento di responsabilità che non può prescindere da una opportuna verifica della sussistenza in concreto del fatto reato, in quanto l'applicazione dell'art. 131 *bis*, c.p. non esclude la responsabilità dell'ente, in via astratta, ma la stessa deve essere accertata effettivamente in concreto; non potendosi utilizzare, allo scopo, automaticamente la decisione di applicazione della particolare tenuità del fatto, emessa nei confronti della persona fisica.

Nel 2019, il Supremo Collegio⁴⁴ ha rafforzato la posizione "negazionista" del 2018, aggiungendo un ulteriore argomento, basato sulla *voluntas legis*, ossia il dato emergente dalla relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 231/01 laddove si puntualizza che le cause di estinzione della pena, al pari delle eventuali cause di non punibilità non reagiscono in alcun modo sulla configurazione della responsabilità in capo all'ente, non escludendo la sussistenza di un reato.

Recependo le suddette coordinate ermeneutiche, la Suprema Corte, anche nel 2020⁴⁵, ha ripetuto che la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto non può essere estesa alla responsabilità amministrativa dell'ente, essendo espressamente riferita alla realizzazione di un reato, la cui punibilità viene esclusa per la particolare tenuità dell'offesa; al contrario il regime di responsabilità dell'ente, ai sensi

42 Come si è osservato nella relazione n. 2, del 5 gennaio 2023, dell'Ufficio del Massimario penale: l'odierna modifica legislativa, intervenendo sul presupposto *quoad poenam* di applicabilità dell'esimente, prospetta un significativo ampliamento del raggio di azione dell'art. 131 *bis* c.p., indipendentemente dall'entità del massimo edittale della pena detentiva, introducendo un nuovo e diverso criterio di riferimento, basato unicamente sul minimo di pena, che meglio riflette il possibile minore disvalore delle fattispecie delittuose nella loro modalità di realizzazione concreta. Si pensi al *furto aggravato* ex art. 625, comma primo, c.p. (punito con la reclusione da due a sei anni), alla *ricettazione* ex art. 648, comma primo, c.p. (punita con la reclusione da due a otto anni) o alla *falsità materiale del pubblico ufficiale in atti pubblici*, ex art. 476 c.p. (punita con la reclusione da uno a sei anni).

43 Cass. pen., Sez. III, 28 febbraio 2018, n. 9072, con nota di R. SABIA, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1-2, 2018, pagg. 428-437.

44 Cass. Pen., Sez. III, sent. 23 gennaio 2019, n. 11518 in *sentenze web*.

45 Cass. Pen., Sez. III, depositata nel 2020, n. 1420, con nota di F. FURIA, [La Cassazione ribadisce che l'art. 131-bis c.p. non esclude la responsabilità da reato degli enti](#), in questa *Rivista*, 19 febbraio 2020.

del d.lgs. n. 231/2001, trova nella realizzazione di un reato solamente il proprio presupposto storico, dovendo poi essere accertata –in seno al giudizio penale- la colpa di organizzazione dell’ente, e non solo.

In altri termini, la responsabilità amministrativo-penale da organizzazione prevista dal d.lgs. n. 231/2001 investe direttamente l’ente; sicchè, la commissione di un reato da parte della persona fisica è appena uno degli elementi che connotano l’illecito amministrativo “complesso”, cui si aggiunge la sussistenza della colpa di organizzazione, dell’interesse o del vantaggio. In virtù di tale autonomia, va escluso che la causa di esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto “si estenda” anche all’ente, dovendo egualmente il giudice penale procedere all’autonomo accertamento della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio l’illecito fu commesso.

Corre l’obbligo evidenziare che comunque in dottrina si registrano voci dissonanti: vi è chi⁴⁶ suggerisce in via interpretativa (ed in ossequio al principio di analogia *in malam partem*) di applicare la non punibilità per tenuità anche agli enti collettivi, valorizzando le dichiarate finalità deflative e di economia processuale, cui si ispira l’istituto in parola introdotto dal d.lgs. 28/2015; altri invece⁴⁷ ravvisano l’opportunità di un intervento chiaro del legislatore teso ad estendere l’art. 131**bis** c.p. anche all’illecito amministrativo dell’ente collettivo.

Tali esigenze deflative sono nel tempo divenute più cogenti, e, come già più volte sottolineato, hanno ispirato l’*habeas corpus* della Riforma Cartabia che, tra i suoi obiettivi, ha avuto proprio quello di rimediare all’eccessiva durata del processo penale.

Se, dunque, tali erano gli obiettivi, dati gli impegni internazionali assunti dal nostro Paese di ridurre del 25% i tempi medi di durata dei giudizi penali (così da accedere ai fondi del PNNR), perché il legislatore delegato del 2022 non si è reso conto che quella finalità deflattiva non sarà in pieno attuata fintanto chè si continueranno a celebrare procedimenti penali nei confronti della *sola persona giuridica*, anche in presenza di “tenuità” degli illeciti ex 231 che potrebbero essere dichiarati non punibili, come accade dal 2015 per quegli illeciti penali ascritti alla persona fisica, per i quali il giudizio di tenuità ne esclude la punibilità.

Tale presunta “dimenticanza” è ancor più inspiegabile se ci si confronta con l’indicazione generale contenuta nella stessa legge delega 27 settembre 2021, n. 134, che imponeva, all’art. 1, di modificare la formulazione “*delle disposizioni contenute in leggi speciali non direttamente investite dai principi e criteri direttivi di delega in modo da renderle ad essi conformi*”.

46 V. D’ACQUARONE, *Tenuità del fatto: brevi riflessioni sulla posizione dell’ente*, in *Riv. resp. amm. enti*, 2016, 1, p. 143 ss.

47 C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 4/2019, p. 543.

6. La Riforma Cartabia e la mancata novella dell'art. 61 del decreto 231/01: è mutato il parametro decisorio per il rinvio a giudizio degli enti?

Abbiamo ripetutamente sottolineato come la Riforma Cartabia sia nata con il fine di garantire una riduzione dei tempi processuali, anche evitando lo svolgimento di dibattimenti superflui, tant'è che il d.lgs. 150 del 2022 è intervenuto anche su due fondamentali "snodi" del procedimento penale, ovvero quello relativo al parametro decisorio che deve indurre il P.M. a richiedere l'archiviazione nei confronti del soggetto iscritto (ex art. 408, c.p.p.), e quello, successivo, che deve indurre il G.U.P. ad emettere sentenza di non luogo a procedere, al termine dell'udienza preliminare (ex art. 425 c.p.p.)⁴⁸.

Dunque, la riforma Cartabia ha affidato al pubblico ministero in sede di indagine, e poi al GIP in sede di udienza preliminare, l'onere di valutare se gli elementi acquisiti dall'organo inquirente siano capaci di formulare una ragionevole previsione di condanna⁴⁹.

In questo quadro, però, nessun intervento vede protagonista il procedimento per responsabilità amministrativa a carico delle persone giuridiche⁵⁰; ed infatti gli artt. 58 e 61 del d.lgs. n. 231/2001 (rispettivamente dedicati all'archiviazione e ai provvedimenti emessi nell'udienza preliminare) non sono stati modificati.

Sicché, nel silenzio assoluto della riforma Cartabia sul punto, è consequenziale approfondire il tema della possibile "estensione" del nuovo parametro decisorio (circa la probabile previsione di condanna) nell'ambito dell'udienza preliminare (o nell'ambito dell'udienza predibattimentale nei casi di reati presupposto per i quali è previsto l'esercizio dell'azione penale nella forma della citazione diretta a giudizio) che si celebra nei confronti dell'ente, prima di disporre il suo rinvio a giudizio⁵¹.

48 Il nuovo articolo 408 c.p.p. recita che il P.M. presenta richiesta di archiviazione "quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca". Invece, il novellato articolo 425 c.p.p., onera il G.U.P. di pronunciare sentenza di non luogo a procedere "quando gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna".

49 Si legge, nella Relazione ministeriale al d.lgs. n. 231/01, sub art. 58 "Per l'archiviazione si è previsto un procedimento semplificato senza controllo del giudice, sull'esempio di quanto prevede l'art. 18 comma 2 legge 689/1981. Si tratta, infatti, di un illecito amministrativo, per il quale non sussiste l'esigenza di controllare il corretto esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero. È sembrata, pertanto, del tutto estranea a questa materia la procedura di archiviazione codicistica. Le esigenze di verifica dell'operato del pubblico ministero in relazione alla contestazione di queste violazioni sono assicurate attraverso un meccanismo meno articolato, che prevede una comunicazione al procuratore generale, il quale può sostituirsi al pubblico ministero e contestare direttamente l'illecito amministrativo".

50 Nell'ambito dell'attività di coordinamento della riforma con le leggi speciali, l'unico intervento del legislatore del 2022 (ex art. 68, d.lgs. n. 150/2022) sul d.lgs. n. 231/2001 si registra con riferimento all'art. 64, in materia di decreto penale di condanna.

51 Su tale specifica tematica, si segnala A. GUALAZZI, *Sulla regola di giudizio per l'udienza preliminare a carico dell'ente dopo la "riforma Cartabia"*, in *giurisprudenza penale web*, 2023, 2.

6.1. Nuovo criterio valutativo: tra le indagini preliminari e l'udienza preliminare a carico delle persone fisiche.

Il nuovo criterio valutativo produce effetti diversi a seconda della fase di riferimento. Per poter cogliere tali sfumature, è fondamentale, in prima battuta, ricordare che diversi sono i soggetti chiamati a esprimere un "giudizio" basato sulla formulazione di una ragionevole previsione di condanna.

Infatti, il pubblico ministero, è soggetto inquirente che svolge la sua indagine nell'ottica di costruire un'accusa, la cui valutazione avviene autonomamente, invece, il giudice per l'udienza preliminare, è un soggetto terzo che adotta la sua decisione in una prospettiva statica, non influenzata da uno specifico obiettivo, la cui decisione è il risultato del contraddittorio tra le parti⁵².

Quindi, l'aspetto fortemente innovativo della nuova disciplina riguarda principalmente il giudizio affidato al giudice dell'udienza preliminare, cui compete un controllo più penetrante dell'imputazione.

Il legislatore del 2001, pur introducendo una norma *ad hoc*, aveva infatti ritenuto di trasferire il canone decisorio proprio dell'artt. 425 c.p.p. nell'art. 61 d.lgs. n. 231/2001. La *ratio* si coglie dalla lettura della relazione di accompagnamento, laddove si osservava che, recependo il principio, contenuto nelle disposizioni di cui all'art. 425 c.p.p., «*se il pubblico ministero non ha adempiuto all'onere di dimostrare l'esistenza di elementi idonei a sostenere in giudizio la responsabilità dell'ente, il giudice, ferma la possibilità di indicare ulteriori indagini o di procedere all'attività di integrazione probatoria, è tenuto a pronunciare la sentenza di non luogo a procedere*».

Pertanto, l'intento originario del d.lgs. 231/2001 era quello di garantire un'armonizzazione processuale tra la disciplina degli illeciti amministrativi e quella degli illeciti penali. Intento che viene ad essere disatteso dall'odierno intervento legislativo connesso alla Riforma Cartabia, generando un'asimmetria che, a sua volta, va in direzione opposta agli obiettivi dell'economia processuale e della semplificazione processuale.

Insomma, l'ennesima "dimenticanza" dell'ultima riforma potrebbe indurre a continuare a celebrare processi lunghi e inutili soltanto a carico delle persone giuridiche, malgrado la pronuncia di sentenze di non luogo a procedere rispetto ai reati ascritti alle persone fisiche (a valle di un giudizio che esclude la probabile previsione di condanna delle stesse persone fisiche).

6.2. Le possibili soluzioni interpretative.

È fuori di dubbio che l'omesso intervento sull'art. 61 negli stessi termini della modifica dell'art. 425 c.p.p. lascia forti dubbi in merito alla tollerabilità, da parte del

⁵² P. FERRUA, *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, in *DisCrimen* del 9 dicembre 2021, pag. 1.

sistema, di una discrasia normativa così evidente, *a fortiori* a fronte delle originarie scelte del legislatore del 2001⁵³.

Le strade risolutive potrebbero essere due.

a) La prima potrebbe essere quella di considerare tacitamente abrogata la tradizionale regola di giudizio dettata dall'art. 61 del d.lgs. n. 231/01, per effetto dell'intervenuta riforma dell'art. 425 c.p.p.

b) La seconda consisterebbe nell'estendere anche all'udienza preliminare a carico degli enti lo stesso parametro decisorio del nuovo art. 425 c.p.p., richiamando l'art. 34 del d.lgs. 231, che esercita quella funzione di "rinvio mobile" alle norme del codice di procedura penale, ogni qual volta in cui il legislatore interviene (in termini garantisti) sulle regole processuali (tese all'accertamento dei reati), trascurando però i necessari coordinamenti con il testo del d.lgs. n. 231/01⁵⁴. Tale soluzione "sconta" un limite: si tratterebbe di un rimedio "tampone" da adottare di volta in volta nel singolo procedimento, senza garantire una regolamentazione omogenea e uniforme della materia in esame.

È doveroso dar conto, infine, come nel panorama giurisprudenziale di merito è intervenuta una prima pronuncia (ordinanza del 15 febbraio 2023) ad opera del G.U.P. di Milano⁵⁵, che per prima si è pronunciato sulla nuova regola di giudizio dell'udienza preliminare nei confronti degli enti – e, in particolare, sulla sua differenza rispetto alla regola di giudizio prevista per l'imputato persona fisica (modificata, come è noto, dalla riforma Cartabia) –, ritenendo di non dover sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 61 d.lgs. 231/2001 sollevata dalla difesa.

Il Giudice, innanzitutto, prende atto come, effettivamente, a fronte della modifica dell'art. 425, comma 3, c.p.p., nella parte in cui la regola di giudizio è quella per cui il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna, il disposto dell'art. 61 d.lgs. 231/2001 non ha subito alcuna modificazione.

Di tal chè, nel processo 231, il giudice penale pronuncia sentenza di non luogo a procedere (oltre che in ipotesi specificamente enucleate con riferimento alle peculiarità del processo nei confronti dell'ente), quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei *a sostenere in giudizio la responsabilità dell'ente*.

53 Si è parlato, in dottrina, di rapporto gerarchico tra i due sistemi normativi, in cui viene data evidente prevalenza alle statuizioni processuali dettate *ad hoc* per le persone giuridiche coinvolte: così G. VARRASO, *Le fonti della procedura penale degli enti*, in *Responsabilità da reato degli enti*, a cura di G. LATTANZI G.– P. SEVERINO, volume II, Diritto processuale, Torino, 2020, p. 3 ss.; A. GIARDA, *Un sistema ormai a triplo binario: la giurisprudenza penale si amplia*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 195; L. LUPARIA – F. CENTORAME, *Le fonti normative della procedura penale d'impresa*, in *Responsabilità degli enti ex D.lgs. 231/2001 tra diritto e processo*, a cura di D. PIVA, Torino 2021, p. 716.

54 Si badi bene che la stessa legge delega 27 settembre 2021, n. 134 imponeva, all'art. 1, di modificare la formulazione "delle disposizioni contenute in leggi speciali non direttamente investite dai principi e criteri direttivi di delega in modo da renderle ad essi conformi"

55 Si rinvia a Redazione Rivista giurisprudenza penale, *Sulla regola di giudizio per l'udienza preliminare a carico degli enti e sulle sue differenze rispetto a quella per le persone fisiche: l'ordinanza del GUP del Tribunale di Milano (che non solleva questione di legittimità costituzionale)*, in *giurisprudenzapenale.it*, 16 marzo 2023.

A fronte della discrasia fra le due regole di giudizio dettate, rispettivamente, per l'imputato persona fisica e per l'imputato persona giuridica – il giudice meneghino è costretto a riconoscere che, in difetto di indici chiari, desumibili dalla relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022, non è dato stabilire se la stessa sia frutto di una scelta consapevole da parte del Legislatore della riforma *ovvero* di un mero difetto di coordinamento.

E tuttavia il giudice meneghino, per respingere l'eccezione difensiva di costituzionalità dell'art. 61 del decreto 231 per contrasto con l'art. 425 c.p.p., suggerisce di rifarsi ad alcune decisioni della Suprema Corte di Cassazione (fra cui si segnala Cass. pen., Sez. 5, n. 32023, del 4/6/2017), secondo cui il G.U.P., ai fini del rinvio a giudizio della persona fisica, ha l'onere di verificare che la piattaforma degli elementi conoscitivi, costituiti dalle prove già raccolte e da quelle che potranno essere verosimilmente acquisite nello sviluppo processuale – secondo una valutazione prognostica ispirata a ragionevolezza – sia munita di una consistenza tale da far ritenere probabile la condanna e da dimostrare, pertanto, l'effettiva, seppure potenziale, utilità del passaggio alla fase dibattimentale.

Un tale criterio ermeneutico già esposto dalla giurisprudenza – conclude l'ordinanza – può ben costituire punto di riferimento ai fini dell'interpretazione anche della regola di giudizio di cui all'art. 61 del d.lgs. 231/2001; il che metterebbe sullo stesso piano e quindi sovrapponibile il canone valutativo dell'art. 61 (come interpretato in chiave evolutiva dal Supremo Collegio) e la regola di giudizio introdotta all'art. 415 c.p.p. dal d.lgs. 150/2022 nel procedimento nei riguardi dell'imputato persona fisica.

Tale allineamento normativo escluderebbe che si possa verificare una disparità di trattamento, ai fini del rinvio a giudizio, tra le valutazioni riservate agli imputati persone fisiche e quelle riservate alle persone giuridiche che spesso sono convenute simultaneamente nel medesimo giudizio penale.

Proprio tale lettura evolutiva andrebbe recuperata al fine di interpretare la regola di giudizio dell'articolo 61, che quindi potrebbe essere intesa, senza alcuno sforzo creativo, in termini sostanzialmente equiparabili a quella introdotta ora dal decreto legislativo n. 150/2022 nel procedimento nei riguardi dell'imputato persona fisica.

Secondo la dottrina più avveduta⁵⁶, la soluzione prescelta è senz'altro soddisfacente, ma in tutta probabilità il giudicante avrebbe potuto avere più coraggio nel promuovere una vera e propria interpretazione adeguatrice della regola di giudizio dell'articolo 61, al fine di evitare altrimenti inevitabili dubbi di irragionevolezza.

6.3. Gli effetti aberranti del “disallineamento” normativo indotto dalla Riforma Cartabia.

Gli effetti di una simile discrasia normativa sono sotto gli occhi di tutti; ed è quella

⁵⁶ Tra i primi commentatori dell'ordinanza del G.U.P. di Milano si segnala G. AMATO, *Gli effetti indiretti della riforma Cartabia nel processo a carico dell'ente*, in *Guida al diritto*, n. 13 dell'8 aprile 2023, pagg. 84 e segg.

di consentire al Pubblico ministero di accedere ad un onere probatorio meno rigoroso per il rinvio a giudizio dell'ente, rispetto alla standard valutativo richiesto per il rinvio a giudizio della persona fisica in relazione al reato ascrittogli.

In caso di *simultaneus processus*, il G.U.P., applicando ai diversi soggetti imputati le differenti regole di giudizio, potrebbe prosciogliere la persona fisica per incompletezza e incompiutezza degli elementi fondanti l'accusa, che non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna per il reato (per intenderci: lo stesso illecito penale "presupposto" della responsabilità amministrativa degli enti collettivi). E ciò non di meno, nella stessa udienza, lo stesso G.U.P. dovrà disporre il rinvio a giudizio dell'ente, perché gli elementi accusatori raccolti -con riguardo agli ulteriori elementi costitutivi dell'illecito amministrativo: quali la colpa di organizzazione o la sussistenza di un interesse o di un vantaggio- si appalesano invece semplicemente *idonei* a celebrare un giudizio di responsabilità dell'ente in dibattimento.

Trattasi di effetti aberranti: pur non essendo possibile – sulla scorta del materiale investigativo – formulare un giudizio di ragionevole previsione di condanna per il fatto storico/reato presupposto (il primo degli elementi costitutivi dell'illecito dell'ente), il giudice dovrebbe comunque rinviare a dibattimento la persona giuridica perché i medesimi esiti investigativi, sulla scorta di una regola meno garantista, sono viceversa idonei a sostenere l'addebito circa la sussistenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito tipico 231: colpa di organizzazione, incidenza di tale elemento rispetto al verificarsi del reato presupposto, sussistenza di un interesse o di un vantaggio.

Ma vi è di più. Non si può escludere che lo stesso G.U.P., in presenza del medesimo fascicolo delle indagini preliminari (sottoposto al suo vaglio), valuti che rispetto allo *stesso fatto storico* non è possibile formulare una ragionevole previsione di condanna e perciò l'imputato/persona fisica va prosciolto; mentre è possibile ritenere, in forza di una regola meno garantista, che è *sostenibile* l'accusa a dibattimento per *provare* a dimostrare la sussistenza di quell'identico fatto, e perciò l'ente sarebbe meritevole di essere rinviato a giudizio.

Il Tribunale, quindi, sarebbe costretto a celebrare un giudizio penale solo nei confronti della persona giuridica e per accertare la sua eventuale responsabilità amministrativa *ex* 231 dovrebbe dar corso ad una istruttoria dibattimentale, tesa a dimostrare la ricorrenza di un fatto di reato, rispetto a quale un giudice precedente ha già prosciolto la persona fisica, escludendo la ragionevole previsione di condanna.

Sia nella prima che nella seconda evenienza l'attuale distonico assetto normativo porterebbe a celebrare *nuovi* dibattimenti "inutili", defatiganti ed antieconomici in chiave processuale, al solo fine di accertare la responsabilità degli enti. Il che significherebbe intasare *ulteriormente* i ruoli delle aule dibattimentali, così perseguendo un risultato diametralmente opposto a quello che ha ispirato il legislatore della riforma del 2022: attribuire al G.U.P. un effettivo e incisivo potere di "filtro", in modo da impegnare la "preziosa risorsa" del dibattimento in un numero di casi nettamente inferiore a quello che si registra oggi.

PER UNA NUOVA ANTI CORRUZIONE EUROPEA: EU-RBI ET ORBI

di Lorenzo Salazar e Francesco Clementucci¹

In accordo con quanto annunciato dalla Presidente Von der Leyen nel discorso sullo Stato dell'Unione di settembre 2022, lo scorso 3 maggio la Commissione europea ha adottato un pacchetto di misure anticorruzione, finalizzato alla revisione e ammodernamento del quadro degli strumenti dell'Unione in materia che risulta attualmente frammentato, datato e incompleto. Il pacchetto si compone di una comunicazione, una proposta di direttiva e una annunciata proposta di regolamento diretto all'applicazione di sanzioni nei confronti delle condotte di gross corruption ovunque commesse. La nota mira a delineare le tappe storico-legislative che hanno portato all'attuale acquis dell'Unione in materia di contrasto alla corruzione, e a delineare quali sono i contorni giuridici, gli obiettivi e gli elementi fondanti dei tre nuovi strumenti presentati, anche alla luce del diritto internazionale applicabile. Una attenzione particolare viene rivolta al contenuto della proposta di direttiva anticorruzione. La nota si chiude con alcune considerazioni relative alle prospettive di avvenire.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'attuale *acquis* dell'Unione in materia di contrasto alla corruzione. – 3. La comunicazione del 3 maggio 2023 e le nuove proposte. – 4. La proposta di direttiva anticorruzione. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

In occasione del suo discorso sullo stato dell'Unione tenuto nel settembre 2022, la Presidente Ursula von der Leyen aveva assunto l'impegno di rinnovare l'azione della Commissione sulla lotta alla corruzione sotto tutti i suoi molteplici volti²: dai tentativi di influenze straniere sul funzionamento del sistema politico dell'Unione (anche alla luce

¹ Le analisi e conclusioni espresse in questo articolo riflettono unicamente le opinioni personali degli autori, e non impegnano o rispecchiano in alcun modo la posizione delle istituzioni per le quali questi operano. Gli autori non percepiscono alcun compenso per questo articolo.

² «I would like to focus on corruption with all its faces. The face of foreign agents trying to influence our political system. The face of shady companies or foundations abusing public money. We must also eradicate corruption at home. That is why we will present measures to update our legislative framework for fighting corruption. It erodes trust in our institutions. So, we must fight back with the full force of the law». Si veda l'intero discorso sullo stato dell'Unione a https://state-of-the-union.ec.europa.eu/state-union-2022_en.

7-8/2023

del recente scandalo “*Qatargate*”) o dell’abuso di denaro pubblico da parte di aziende o fondazioni, fino al rafforzamento dell’integrità interna alle Istituzioni UE.

A tal fine la Presidente aveva annunciato la presentazione di nuove misure legislative per aggiornare il quadro legale anticorruzione dell’Unione, fermo ancora, per taluni aspetti, alla fine del secolo scorso. Fedele a tale impegno, il 3 maggio scorso la Commissione europea ha presentato un pacchetto di nuove iniziative per combattere la corruzione all’interno e all’esterno delle frontiere dell’Unione europea.

Prima di passare ad esaminare il contenuto delle nuove proposte, appare opportuno sottolineare che, anche se gli indici globali di corruzione collocano molti Stati membri dell’UE tra i paesi considerati meno corrotti a livello mondiale, il panorama complessivo presenta tuttavia tinte differenziate. Come indicato anche all’interno del *Rapporto sullo Stato di diritto*³ pubblicato annualmente dalla Commissione, rimangono criticità aperte in numerosi Stati membri e la corruzione permane uno dei maggiori temi di preoccupazione per i cittadini dell’Unione⁴.

2. L’attuale *acquis* dell’Unione in materia di contrasto alla corruzione.

L’attuale legislazione penale anticorruzione dell’UE si presenta assai frammentata e si compone essenzialmente di misure specificamente finalizzate a colpire la corruzione collegata alle condotte di frode ai danni del bilancio dell’Unione, di una convenzione intergovernativa anticorruzione di portata generale e di uno strumento specifico in materia di corruzione privata.

Con riferimento al primo aspetto tra quelli indicati, deve sottolinearsi il forte legame che ha storicamente posto in costante relazione tra loro, sin dalle prime proposte in materia risalenti al lontano 1976⁵, la protezione penale degli interessi finanziari – dapprima comunitari e quindi dell’Unione – con la repressione delle condotte di corruzione finalizzata alla commissione di atti di frode. Sul dimostrato presupposto che per commettere frodi ai danni del bilancio sia assai di frequente necessario anche

³ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/rule-law-mechanism/2023-rule-law-report_en.

⁴ Come anche dimostrano i dati pubblicati a luglio di quest’anno dall’Eurobarometro (consultabili [qui](#)) i cittadini e le imprese sono sempre più scettici riguardo agli sforzi nazionali per combattere la corruzione. Nello specifico, sette cittadini europei su dieci (il 70%, con 2 punti percentuali in più rispetto al 2022) e il 65% delle imprese, ritengono che la corruzione sia diffusa nel proprio Paese e solo il 30% dei cittadini (cioè un punto percentuale in meno rispetto ai dati del 2022) è dell’opinione che gli sforzi del proprio governo per combattere la corruzione siano efficaci. Infine, il 35% delle imprese (un punto in più rispetto al 2022) considera la corruzione come un ostacolo nel fare business nel proprio paese.

⁵ Si veda 1) Progetto di un trattato che modifica i trattati che istituiscono le Comunità europee al fine di adottare una regolamentazione comune sulla tutela penale degli interessi finanziari delle Comunità nonché sulla repressione delle infrazioni alle disposizioni dei suddetti trattati. 2) Progetto di un trattato che modifica il trattato che istituisce un Consiglio unico ed una Commissione unica delle Comunità europee al fine di adottare una regolamentazione comune sulla responsabilità e sulla tutela in materia penale dei funzionari e degli altri agenti delle Comunità europee. Presentati dalla Commissione al Consiglio il 10 agosto 1976, in GUCE C 222 del 22 settembre 1976, p. 2.

corrompere funzionari nazionali o delle istituzioni europee, frode e corruzione sono da tempo divenute un binomio inscindibile in seno alla legislazione dell'Unione.

Risale infatti al 1995 la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee⁶ (la "convenzione PIF", dall'acronimo *Protection des Intérêts Financiers*), ed è solo di un anno successivo il primo Protocollo⁷ alla stessa avente ad oggetto proprio la corruzione dei funzionari degli Stati membri o europei.

Conseguito tale primo risultato non fu difficile per l'Italia, in occasione della propria Presidenza di turno del 1996, presentare e condurre quindi a rapida adozione la Convenzione dell'Unione europea contro la corruzione, attiva e passiva, nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea⁸ che, ad oggi, costituisce ancora il principale strumento anticorruzione di portata generale e vincolante in tutti gli Stati membri⁹.

Nel campo della corruzione nel settore privato, il primo strumento a essere adottato, che fece di poco seguito alla convenzione del '97, fu un'azione comune del 1998¹⁰ presto sostituita, nel 2003, da una Decisione quadro¹¹ relativa alla lotta contro la corruzione compiuta nell'ambito di attività professionali (il cui ambito di applicazione può comunque essere limitato da ciascuno Stato membro alle sole condotte comportanti distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali).

In sostanza può dirsi che, già all'inizio di questo millennio, il panorama legislativo dell'Unione in materia di anticorruzione, al di là della "relazione speciale" già da tempo mantenuta con la protezione dei propri interessi finanziari, apparisse sostanzialmente allineato con i più elevati standard che erano andati nel frattempo maturando nei diversi fori internazionali in particolare nella sede dell'OCSE (con l'adozione nel novembre 1997 della Convenzione sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali¹²), in quella del Consiglio d'Europa (dove furono adottate, nel 1999, una Convenzione penale¹³ e una civile sulla corruzione¹⁴), ed infine in quella globale delle Nazioni Unite (nella quale, nel 2003 a Merida, venne aperta alla firma la Convenzione delle Nazioni Unite Contro la

⁶ *Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee* (in GUCE C 316 del 27 novembre 1995, p. 48-57), si veda [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995F1127\(03\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995F1127(03)&from=IT).

⁷ GUCE C 313 del 23 ottobre 1996, p. 1.

⁸ Convenzione del 26 maggio 1977, in GUCE C 195 del 25 maggio 1997, p. 2, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:41997A0625\(01\)&from=DA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:41997A0625(01)&from=DA).

⁹ Incluso il Regno di Danimarca che, in virtù del suo protocollo al Trattato di Lisbona, è oggi estraneo all'intero ambito della cooperazione unionale nel settore della giustizia e degli affari interni.

¹⁰ Azione comune 98/742/GAI del 22 dicembre 1998, sulla corruzione nel settore privato, in GUCE L 358 del 31 dicembre 1998, p. 2.

¹¹ Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla "lotta contro la corruzione nel settore privato", in GUUE L 192 del 31 luglio 2003, p. 54.

¹² Si veda in inglese https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf.

¹³ Si veda in inglese <https://rm.coe.int/168007f3f5>.

¹⁴ Si veda in inglese <https://rm.coe.int/168007f3f6>.

Corruzione¹⁵, UNCAC nell'acronimo inglese, che ad oggi conta 189 Parti firmatarie, inclusa l'Unione Europea).

Occorrerà attendere il 2017 per vedere sostituirsi alla già ricordata convenzione PIF del 1995 la più moderna e aggiornata Direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale¹⁶ recante la descrizione dei reati che, oltre a costituire oggetto di un obbligo di incriminazione, sarebbero anche venuti a ricadere nella competenza per materia della Procura europea (EPPO)¹⁷, compresi i reati di corruzione attiva e passiva che ledano o possano ledere gli interessi finanziari dell'Unione. La "direttiva PIF", il cui termine per l'adeguamento è scaduto il 6 luglio 2019, non vincola tuttavia uno dei 27 paesi membri¹⁸.

Come già avvenuto nel 1996 (quando il protocollo alla convenzione PIF svolse funzione di precursore diretto per la convenzione generale del 1997 contro la corruzione) la direttiva PIF sembra oggi aver costituito il punto di partenza e la principale fonte di ispirazione per il nuovo pacchetto di misure del 3 maggio scorso in materia di corruzione.

Il ventaglio dei reati in materia previsto dagli strumenti intergovernativi degli anni '90 era infatti sostanzialmente limitato alla incriminazione delle sole condotte di corruzione passiva e attiva di funzionari nonché, attraverso il ricorso alla tecnica dell'*assimilazione* al trattamento previsto dal diritto nazionale di ciascuno Stato membro per i propri soggetti omologhi, dei membri delle Istituzioni europee (Parlamentari, Commissari, membri della Corte di giustizia o della Corte dei Conti, etc.) nell'esercizio delle loro funzioni o nei loro confronti.

A tali reati, la direttiva PIF del 2017 era venuta ad aggiungere l'obbligo ulteriore di incriminare l'appropriazione indebita "europea" (definita all'articolo 4.3 come *la condotta del funzionario pubblico, incaricato direttamente o indirettamente della gestione di fondi o beni, tesa a impegnare o erogare fondi o ad appropriarsi di beni o utilizzarli per uno scopo in ogni modo diverso da quello per essi previsto, che leda gli interessi finanziari dell'Unione*)¹⁹.

All'attuale *acquis* unionale di diretto contrasto alla corruzione e alle frodi, devono comunque aggiungersi anche altri strumenti a diverso titolo legati alla materia e il cui oggetto varia dalla tutela dello stato di diritto, alla confisca e recupero dei beni, all'antiriciclaggio, alla tutela dei *whistleblowers* o ancora alle misure di regolazione dei regimi d'investimento per acquisire la cittadinanza o la residenza negli Stati membri.

¹⁵Si veda in inglese https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf.

¹⁶ GUUE L 198 del 28 luglio 2017, p. 29.

¹⁷ Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'"attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea" («EPPO»), in GUUE L 283 del 31.10.2017, p. 1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32017R1939>.

¹⁸ Non obbliga la Danimarca, a norma del protocollo n. 22 allegato ai Trattati, e per il Regno danese sopravvive la convenzione del 1995 con i suoi protocolli, con una più limitata sfera di obblighi rispetto a quelli gravanti su tutti gli altri Stati membri in virtù del nuovo e più moderno strumento.

¹⁹ Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, si veda a <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A32017L1371>.

7-8/2023

Proprio al fine di garantire il rispetto dei meccanismi della *Rule of Law* in tutti gli Stati membri, accanto al *Justice scoreboard*²⁰ e al meccanismo di cooperazione e verifica previsto per Bulgaria e Romania²¹, un ruolo di particolare rilevanza si è conquistato il “Rapporto sullo stato di diritto” (*Rule of Law Report*) pubblicato annualmente a partire dal 2020 dalla Commissione europea, l’ultimo dei quali ha visto la luce il 5 luglio di quest’anno²² e nel quale viene indicato che, sebbene il 65% delle raccomandazioni rivolte lo scorso anno agli Stati membri siano state accolte in tutto o in parte, permangono tuttavia preoccupazioni di tipo sistemico nei meccanismi anticorruzione nazionali. Il *Rapporto* si propone di monitorare gli sviluppi dell’apparato legislativo, strategico, istituzionale e operativo nei quattro settori di interesse, ovvero l’amministrazione della giustizia, il sistema nazionale di lotta alla corruzione, la libertà dei media, e altre questioni legate al bilanciamento dei poteri costituzionali. A partire dall’edizione dello scorso anno, i rapporti annuali includono anche raccomandazioni specifiche rivolte a ciascun paese in ciascuno dei quattro settori, con l’obiettivo di sostenere gli Stati membri nei loro sforzi di riforma e di facilitare l’identificazione di criticità o buone pratiche.

A quanto precede devono ulteriormente aggiungersi le azioni previste nei Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza²³ direttamente volte a migliorare o rafforzare il quadro nazionale anticorruzione come anche le relazioni del “semestre europeo”²⁴ (che fra l’altro valuta i rischi economici legati alla corruzione, rivolgendo anche in questo caso raccomandazioni specifiche per Paese). Inoltre, ai sensi del regolamento sulla condizionalità per la tutela del bilancio dell’Unione²⁵, la Commissione può proporre che

²⁰ Una relazione annuale che fornisce dati comparabili sull’indipendenza, la qualità e l’efficienza dei sistemi giudiziari nazionali. Dal 2023, il quadro di valutazione si arricchisce di ben 16 nuove tematiche, inclusi dati su come le autorità nazionali stanno affrontando la corruzione, sulla durata dei procedimenti relativi ai casi di corruzione. Si veda il rapporto pubblicato a luglio 2023 presso

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3127.

²¹ Per il monitoraggio regolare sui progressi compiuti in Romania e Bulgaria per affrontare i parametri fissati al momento dell’adesione relativi alla riforma giudiziaria e alla corruzione e, per la Bulgaria, alla lotta contro la criminalità organizzata: [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/assistance-bulgaria-and-romania-under-cvm/cooperation-and-verification-mechanism-bulgaria-and-romania_it#:~:text=Cos'%C3%A8%20il%20meccanismo%20di%20cooperazione%20e%20verifica%20\(MCV\)%3F,Quando%20sono%20entrate&text=La%20Commissione%20ha%20istituito%20il,porre%20rimedio%20a%20tali%20carenze](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/assistance-bulgaria-and-romania-under-cvm/cooperation-and-verification-mechanism-bulgaria-and-romania_it#:~:text=Cos'%C3%A8%20il%20meccanismo%20di%20cooperazione%20e%20verifica%20(MCV)%3F,Quando%20sono%20entrate&text=La%20Commissione%20ha%20istituito%20il,porre%20rimedio%20a%20tali%20carenze).

²² https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/rule-law-mechanism/2023-rule-law-report_en.

²³ Il Fondo di Recupero e Resilienza è entrato in vigore il 19 febbraio 2021 e finanzia le riforme e gli investimenti negli Stati membri dall’inizio della pandemia nel febbraio 2020 fino al 31 dicembre 2026. Il fondo ammonta a 723,8 miliardi di euro divisi in prestiti (385,8 miliardi di euro) e sovvenzioni (338 miliardi di euro): https://commission.europa.eu/business-economy-euro/economic-recovery/recovery-and-resiliencefacility_en#:~:text=the%20national%20plans,How%20does%20it%20work%3F,borrow%20on%20the%20capital%20markets.

²⁴ <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/european-semester/#:~:text=The%20European%20Semester%20is%20part,rules%20agreed%20at%20EU%20level>.

²⁵ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell’Unione <https://eur->

7-8/2023

il Consiglio dell'UE imponga misure di bilancio agli Stati membri nel caso in cui la violazione dei principi della *Rule of Law*, comprese le situazioni di corruzione, “*compromettano o rischino seriamente di compromettere la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione*”²⁶.

Nella presentazione delle nuove proposte del 5 maggio scorso vien fatto anche riferimento all'utilizzo della corruzione quale strumento di ingerenza straniera nei processi democratici, il contrasto alla quale è peraltro l'obiettivo principale di altre azioni attualmente in fase di sviluppo nel pacchetto “Difesa della Democrazia”, incluso nel programma di lavoro 2023 della Commissione²⁷.

Da sottolineare anche che, l'8 giugno scorso, la Commissione europea ha presentato una proposta per la creazione di un *Organismo Etico interistituzionale*²⁸, che mira a stabilire norme comuni sui requisiti etici nelle istituzioni²⁹. Il nuovo Organo avrebbe tra i suoi compiti quelli di sviluppare standard minimi comuni applicabili ai membri delle istituzioni e degli organi dell'UE partecipanti e di promuovere una cultura etica comune, mentre non avrà poteri d'indagine, né interferirà o limiterà in alcun modo le operazioni degli organismi investigativi già esistenti³⁰; in vista della sua creazione, la Commissione inviterà anche tutte le istituzioni e gli organi consultivi ad avviare i negoziati interistituzionali necessari al suo funzionamento³¹.

[lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A32020R2092](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A32020R2092).

²⁶ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092, Articolo 4 “Condizioni per l'adozione di misure”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32020R2092>.

²⁷ Questa iniziativa mira ad introdurre il pacchetto sulla difesa della democrazia, e riesaminare l'attuazione del piano d'azione per la democrazia europea ed esaminare i modi per rafforzare ulteriormente la resilienza democratica, dando seguito alla conferenza sul futuro dell'Europa. https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13730-Defending-European-democracy-Communication_en

²⁸ COM(2023) 311 final, Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio europeo, al consiglio, alla corte di giustizia europea, alla banca centrale europea, alla corte dei conti europea, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni Proposta di etica interistituzionale corpo, si veda a https://commission.europa.eu/publications/proposal-creation-interinstitutional-ethics-body_en.

²⁹ Gli standard etici comuni dovrebbero riguardare diverse materie, fra cui: l'accettazione di regali, ospitalità e viaggi offerti da terzi; misure di trasparenza, in particolare sugli incontri con i lobbisti; le dichiarazioni di averi e interessi; lo svolgimento di attività esterne, durante o successive al mandato.

³⁰ In base ai trattati, questa è la responsabilità della Procura europea (EPPO) nonché delle autorità di polizia e giudiziarie nazionali, per i casi penali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. È di competenza dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF) per le irregolarità e le violazioni dei doveri professionali, del Mediatore per i casi di cattiva amministrazione e di ciascuna istituzione quando si tratta di qualsiasi violazione delle rispettive norme.

³¹ La proposta sarà pertanto trasmessa al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Corte di giustizia dell'Unione europea, alla Banca centrale europea, alla Corte dei conti europea, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni. Su sua richiesta, anche la Banca europea per gli investimenti o altri organismi possono aderire all'accordo dopo la sua entrata in vigore.

3. La Comunicazione del 3 maggio 2023 e le nuove proposte.

Il pacchetto anticorruzione del 3 maggio si compone di una Comunicazione congiunta³², che annunzia al suo interno una proposta di regolamento del Consiglio PESC e una proposta di direttiva³³.

La Comunicazione congiunta (presentata dalla Commissione e dall'Alto Rappresentante per la politica estera e la sicurezza comune, e indirizzata al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale) fornisce anzitutto una panoramica della legislazione e delle politiche anticorruzione UE esistenti, fa il punto sulle criticità e propone iniziative per rafforzare la futura azione dell'UE sulla lotta alla corruzione. Nella sostanza, l'intento dichiarato è quello di intensificare l'azione di prevenzione e contrasto alla corruzione attraverso uno *"sforzo più ampio per definire un approccio strategico"*, combinando le azioni già in corso con lo sviluppo di strumenti nuovi, tanto a livello dell'UE che degli Stati membri, assumendo nel contempo l'impegno a combattere la corruzione anche al di fuori dei confini dell'Unione e a livello globale. L'azione inclusiva, che si vorrebbe partecipata e olistica, dovrà essere ricercata in uno sforzo coniugato, a livello UE, nazionale, regionale e locale, che coinvolga le autorità pubbliche, la società civile e il settore privato, nonché le organizzazioni internazionali.

Fra gli obiettivi concreti si indica la prossima creazione di una Rete UE contro la corruzione, che fra i primi compiti dovrà supportare la Commissione nella mappatura delle aree a rischio di corruzione e contribuire allo sviluppo (in consultazione con il Parlamento europeo e il Consiglio) di una strategia anticorruzione dell'UE, per massimizzare l'impatto e la coerenza delle azioni a venire. La nuova Rete anticorruzione avrà tra i propri compiti anche quelli di sviluppare buone pratiche in aree di interesse comune e di procedere ad una raccolta più sistematica di dati rilevanti, per meglio sviluppare le future iniziative contro la corruzione e per monitorarne l'efficacia. Oltre che rappresentanti delle forze dell'ordine e delle autorità pubbliche, la Rete riunirà anche altre parti interessate (*stakeholders*), in particolare professionisti, esperti e ricercatori, nonché rappresentanti della società civile e delle organizzazioni internazionali.

All'interno della Comunicazione congiunta, l'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza (PESC), con il sostegno della Commissione, ha annunziato la presentazione al Consiglio di una proposta di regolamento PESC³⁴ sull'anticorruzione, per l'istituzione di un regime di sanzioni UE nei confronti dei casi di corruzione più rilevanti, ovunque gli stessi abbiano a manifestarsi, che ledano (o

³² Joint Communication (to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee) on the fight against corruption https://commission.europa.eu/publications/joint-communication-fight-against-corruption_en

³³ Proposal for a Directive (of the European Parliament and of the Council) on combating corruption by criminal law https://home-affairs.ec.europa.eu/proposal-directive-european-parliament-and-council-combating-corruption-criminal-law_en

³⁴ Politica estera e di sicurezza comune. https://european-union.europa.eu/priorities-and-actions/actions-topic/foreign-and-security-policy_it

rischino di ledere) gravemente gli interessi fondamentali dell'Unione e gli obiettivi della PESC stessa. Questa proposta di regolamento, della quale vien fatta menzione al punto 7 della Comunicazione congiunta³⁵ sebbene ad oggi, non ancora resa pubblica, sarà sottoposta al vaglio del Consiglio, legislatore unico in materia con mero onere di informazione al Parlamento europeo (ex art. 215 TFUE³⁶).

Deve a tale riguardo ricordarsi che, nel quadro della sua azione esterna, l'Unione già concorre al sostegno di iniziative negli Stati terzi, di vicinato o nel mondo, dirette a promuovere riforme giuridiche e politiche per creare istituzioni anticorruzione e organi di controllo nonché standard elevati di integrità e trasparenza e a rafforzare la società civile, gli informatori, i difensori dei diritti umani e i media indipendenti, partecipando anche a tutti i principali consessi multilaterali in materia.

In sintonia con tali azioni già in corso, la proposta dell'Alto rappresentante, diretta a sanzionare le condotte più gravi di corruzione indipendentemente dal luogo di loro commissione, sembra rivolgere interesse anche alle possibilità di utilizzo degli strumenti sanzionatori dell'Unione, questi ultimi oggetto di crescente interesse e applicazione soprattutto a seguito della applicazione, dopo lo scoppio del conflitto russo-ucraino, di misure restrittive nei confronti dell'aggressore russo. Deve ricordarsi al riguardo che, in un arco di tempo assai breve, è stato di recente modificato l'art. 83 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – che prevede la possibilità di stabilire norme minime relative alla definizione di reati e relative sanzioni in determinate sfere di criminalità, tra le quali rientra anche la corruzione – al fine di includere la violazione delle misure restrittive adottate con decisioni PESC ai sensi dell'art. 29 TUE³⁷ tra le sfere di criminalità sulle quali la stessa può intervenire con norme minime di armonizzazione legislativa. La modifica dell'art. 83 TFUE ha così aperto la strada alla presentazione da parte della Commissione di una proposta di direttiva³⁸ diretta a stabilire norme comuni in materia di incriminazione delle violazioni di tali sanzioni, proposta sulla quale è stato raggiunto un accordo tra i Ministri della Giustizia già in occasione del Consiglio dei Ministri della Giustizia e degli Affari interni dello scorso 9 giugno, aprendo così la strada alla conclusione di un accordo con il Parlamento europeo che appare ormai prossimo³⁹.

³⁵ 7. Anti-Corruption in EU External Policies, pp. 16-17, Joint Communication (to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee) on the fight against corruption https://commission.europa.eu/publications/joint-communication-fight-against-corruption_en.

³⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:12016E215>.

³⁷ Le misure restrittive sono adottate dal Consiglio attraverso una decisione PESC a norma dell'articolo 29 TUE. Le misure previste nella decisione del Consiglio sono attuate a livello dell'UE o nazionale. Secondo la prassi corrente, misure quali embargo sulle armi o restrizioni all'ammissione sono attuate direttamente dagli Stati membri, i quali sono giuridicamente vincolati ad agire in conformità delle decisioni PESC del Consiglio. Tra le altre misure figurano l'interruzione o la riduzione, parziale o totale, delle relazioni economiche con un paese terzo, nonché le singole misure che congelano fondi e risorse economiche e ne vietano la messa a disposizione. Tali misure sono attuate mediante un regolamento adottato dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata, su proposta congiunta dell'alto rappresentante dell'Unione europea per gli affari esteri e la politica di sicurezza e della Commissione, a norma dell'articolo 215 TFUE. Le disposizioni antielusione figurano in entrambi i tipi di atti.

³⁸ COM(2022) 684 final, del 2 dicembre 2022.

³⁹ <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/jha/2023/06/08-09/>

7-8/2023

Sulla scia di tali negoziati e una volta che l'Unione si sarà dotata di un proprio autonomo quadro sanzionatorio in materia di violazione delle misure restrittive da essa imposte, la proposta dell'Alto rappresentante (pur dai contorni tuttora non conosciuti) di adottare sanzioni anche nei confronti delle condotte che potremmo definire di *gross corruption* commesse al di fuori dei confini dell'Unione, appare arricchirsi di ulteriore consistenza giuridica e di concrete possibilità di successo.

L'interesse di tale proposta appare poi ulteriormente amplificato dalla recente disponibilità manifestata dalla Procuratrice capo europea, Laura Koveši al Commissario per la Giustizia Didier Reynders in relazione alla possibilità che proprio all'EPPO venga conferita la competenza a indagare in materia di reati legati alla violazione delle misure restrittive imposte dall'Unione⁴⁰.

4. La proposta di direttiva anticorruzione.

4.1. Lo strumento più rilevante e innovativo del "pacchetto" appare comunque essere la proposta di direttiva anticorruzione, che si innesta all'interno del quadro legislativo già descritto e che si è già visto essere piuttosto datato, frammentato e incompleto.

La proposta, la cui base giuridica si fonda anch'essa sul già richiamato articolo 83 del TFUE⁴¹, sarà ora sottoposta al regolare *iter* legislativo, in procedura ordinaria di co-decisione⁴². Una volta approvata e implementata da parte degli Stati membri, la nuova direttiva anticorruzione sembra poter fungere da reale *game changer* in materia recando una sostanziale modernizzazione e arricchimento dell'attuale *acquis* dell'Unione. Essa mira infatti a sostituire le misure adottate in precedenza nei confronti della corruzione, tanto nel settore pubblico come in quello privato⁴³, riunendo le nuove regole all'interno di un unico corpo normativo, introducendo nuove incriminazioni nonché, ultimo ma non ultimo, impattando anche sulle disposizioni attualmente in vigore in materia di lotta contro le frodi che ledono degli interessi finanziari dell'Unione⁴⁴.

Dopo la presentazione, nel gennaio 2023, di uno studio sul rafforzamento della lotta anticorruzione⁴⁵, la gestazione della proposta ha richiesto consultazioni che hanno

⁴⁰ Cfr. *Speech of the European Chief Prosecutor, Laura Kovesi, at the Legal Affairs Committee of the Bundestag*, 9 novembre 2022, <https://www.eppo.europa.eu/en/news/european-chief-prosecutor-laura-kovesi-speaks-bundestag>.

⁴¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12016E083&from=EN>, C 202/80

⁴² <https://eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/glossary/ordinary-legislative-procedure-codecision.html>.

⁴³ Convenzione sulla base dell'articolo K.3, paragrafo 2, lettera c) del trattato sull'Unione europea relativa alla "lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea" [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:41997A0625\(01\)&from=DA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:41997A0625(01)&from=DA).

⁴⁴ Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla "lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale" <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32017L1371>.

⁴⁵ *Rafforzare la lotta alla corruzione: valutare il quadro legislativo e politico dell'UE*,

7-8/2023

visto coinvolti rappresentanti della società civile, esperti e rappresentanti degli enti nazionali incaricati della lotta alla corruzione. La Commissione ha inoltre coinvolto le agenzie e gli organismi dell'Unione incaricati della cooperazione di polizia e giudiziaria, in particolare EUROJUST, EUROPOL e la Procura europea (EPPO), ricevendo anche contributi da altre organizzazioni internazionali impegnate in materia (tra cui UNODC, OCSE e GRECO) e dal mondo accademico.

4.2. La base giuridica della proposta riposa sugli artt. 83, para. 1 e 2, e 82, para. 1, TFUE. Come già ricordato, l'articolo 83, para. 1, include la corruzione nella lista dei reati, presentanti una dimensione transnazionale, in relazione ai quali l'Unione può legiferare, adottando direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, al fine di stabilire norme minime relative alla definizione delle fattispecie e delle relative sanzioni, mentre il paragrafo 2 dell'articolo 83 prevede la competenza a intervenire penalmente, stabilendo norme minime, anche nei settori di intervento dell'UE oggetto di misure di armonizzazione, se ciò si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in tali settori. L'articolo 82 para. 2, lettera d) del TFUE costituisce invece la base giuridica per misure volte a favorire la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri.

4.3. Non figura invece richiamato all'interno del preambolo l'art. 84 TFUE, relativo alla azione dell'Unione nel campo della prevenzione dei reati, pur se la proposta viene a creare ben precisi obblighi in materia di prevenzione della corruzione prestando in tal modo il fianco a qualche legittima perplessità sotto il profilo della base giuridica utilizzata⁴⁶.

Al dichiarato fine di sviluppare o potenziare la cultura dell'integrità, l'art. 3 della proposta impone infatti agli Stati membri di sviluppare azioni per garantire elevati standard di integrità nel settore pubblico attraverso un accesso aperto alle informazioni di interesse generale, la dichiarazione e la gestione dei conflitti di interesse nel settore pubblico, la dichiarazione e la verifica dei beni di proprietà dei funzionari pubblici e la disciplina dei rapporti tra il settore privato e quello pubblico. Viene anche previsto, all'interno dell'art. 4, l'istituzione di agenzie anticorruzione specializzate, funzionalmente indipendenti, cui devono essere garantite adeguate risorse (umane, tecniche e finanziarie) nonché una appropriata formazione dei loro agenti.

Pur se gran parte di tali obblighi discendono anche da altri strumenti internazionali, *in primis* dall'UNCAC, la speciale efficacia vincolante che caratterizza il diritto dell'Unione appare rendere particolarmente pregnante la portata di tali obblighi.

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d7a6cfdb-8fcb-11ed-b508-01aa75ed71a1>.

⁴⁶ In quanto l'art. 84 TFUE, quello per l'appunto relativo alla prevenzione dei reati, non appare esplicitamente richiamato nel preambolo della proposta né la relazione di accompagnamento appare in alcun modo affrontare tale problema limitandosi a indicare che "La base giuridica della presente proposta è costituita dall'articolo 83, paragrafi 1 e 2, e dall'articolo 82, paragrafo 1, lettera d), TFUE".

4.4. Venendo ora al contenuto concreto delle singole disposizioni, la proposta della Commissione integra in primo luogo nella definizione di funzionario dell'Unione, collocandoli anzi al primo posto, anche i membri di un'istituzione, organo o organismo dell'Unione, ponendo così fine alla tecnica, adottata nella convenzione del 1997, della semplice "assimilazione" di questi ultimi al medesimo trattamento riservato in ciascuno Stato membro ai parlamentari, ministri e giudici nazionali.

La proposta mira poi, in particolare, ad ampliare sensibilmente la gamma delle incriminazioni in materia di corruzione aggiungendo alla corruzione attiva e passiva nel settore pubblico e privato e all'appropriazione indebita, anche le condotte di traffico di influenze, abuso di ufficio, intralcio alla giustizia e arricchimento illecito connesse alla corruzione.

Su questo punto, vale ricordare che queste condotte corruttive si trovano già oggi tutte in gran parte descritte, seppur con valore vincolante variabile e assai diverso da quello di uno strumento dell'Unione⁴⁷, all'interno della Convenzione anticorruzione delle Nazioni Unite (UNCAC), cui tutti gli Stati Membri e l'UE stessa sono parti contraenti. La proposta di direttiva appare ribadire la necessità di *unionalizzare* queste diverse condotte di corruzione, sì da accrescerne e uniformarne considerevolmente la portata vincolante.

In particolare, per ciò che riguarda il reato di traffico di influenze, l'art. 10 della proposta, che appare peraltro pienamente allineato anche con il contenuto dell'art. 12 della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999⁴⁸, anch'essa ratificata dall'Italia⁴⁹, impone di incriminare le condotte intenzionali consistenti nel fatto di promettere, offrire o concedere, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura per una persona o un terzo affinché detta persona eserciti un'influenza reale o presunta in vista di ottenere un vantaggio altrettanto indebito da un funzionario pubblico; sul lato passivo, l'obbligo di incriminazione si estende alle condotte consistenti nel sollecitare o ricevere tale indebito vantaggio o la promessa dello stesso. Il secondo paragrafo dell'art. 10 prende cura di precisare che ai fini della punibilità delle condotte che precedono è irrilevante che l'influenza sia esercitata o meno, o che la presunta influenza raggiunga effettivamente i risultati voluti.

Venendo alla figura del reato di abuso di ufficio, la proposta di direttiva si spinge sensibilmente oltre quanto già previsto dalla convenzione di Merida (UNCAC), non solo dal punto di vista della efficacia vincolante (sostanzialmente assente nello strumento onusiano in virtù della consueta clausola *shall consider adopting...*) ma anche per il fatto di includere nel novero dell'incriminazione anche le condotte di abuso di ufficio commesse nel settore privato. L'art. 11 della proposta descrive infatti lo stesso come la condotta intenzionale consistente nell'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione

⁴⁷ Per chiarezza, le regole dell'UNCAC richiedono agli Stati parte meramente di "considerare" l'adozione di misure di criminalizzazione, non vincolando quindi ad un'incriminazione, per le condotte di: arricchimento illecito, abuso d'ufficio, corruzione nel settore privato e traffico d'influenze.

⁴⁸ Come *supra*, l'UNCAC invece all'art.18 chiede alle parti firmatarie solo di "considerare" la criminalizzazione del traffico d'influenze.

⁴⁹ Legge 28 giugno 2012, n. 110.

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

Anche la fattispecie di arricchimento mediante reato di corruzione, previsto dall'art. 13, si discosta in maniera sensibile dalla ancor più flebile portata vincolante propria dell'art. 20 dell'UNCAC (*"Subject to its constitution and the fundamental principles of its legal system, each State Party shall consider adopting..."*) obbligando a prevedere l'incriminazione delle condotte intenzionali di acquisto, detenzione o utilizzazione di beni da parte di un funzionario pubblico nella consapevolezza che derivino dalla commissione di uno degli altri reati di corruzione contemplati dalla proposta, a prescindere dal se il funzionario sia stato o meno coinvolto nella commissione del reato.

La proposta di direttiva non viene invece a coprire la materia del finanziamento dei partiti politici o delle campagne elettorali, che rimangono disciplinati dal diritto nazionale.

4.5. In materia di sanzioni nei confronti delle persone fisiche la proposta fissa, per le pene detentive previste nei confronti delle persone fisiche, una soglia minima della sanzione massima compresa fra quattro e sei anni, a seconda della gravità del reato; la Commissione indica al riguardo, rifacendosi ai dati indicati nella relazione di accompagnamento, che tali pene *non superano il livello medio delle pene massime previste per questi reati negli Stati membri*. Vengono altresì previste sanzioni interdittive addizionali, oltre a quella della interdizione dall'esercizio della propria attività commerciale già prevista dalla decisione quadro sulla corruzione privata del 2003, tra le quali la possibilità che una persona condannata per corruzione possa essere destituita, sospesa o interdetta dai pubblici uffici o da un pubblico servizio, il ritiro dei permessi o delle autorizzazioni all'esercizio di attività, l'esclusione dall'accesso ai finanziamenti pubblici, comprese procedure di gara, sovvenzioni e concessioni, e ancora la privazione del diritto di elettorato passivo *"proporzionata alla gravità del reato commesso"*. A ben guardare, però, la disposizione della proposta sembrerebbe offrire al legislatore nazionale chiamato ad attuare la direttiva una semplice *shopping list*, peraltro non esaustiva, di misure sanzionatorie dalla quale attingere, senza vincolare a introdurre tutte o solo una parte di esse.

Proprio con riferimento a tale ultima ipotesi, nel quadro del controllo sulla sussidiarietà esercitato ai sensi dell'articolo 6 del Protocollo n. 2 allegato al TUE e al TFUE, il Parlamento svedese (*Riksdag*) ha approvato, il 21 giugno 2023, un parere motivato nel quale si conclude per la violazione di tale principio da parte delle disposizioni della proposta in materia di sanzioni; ciò in quanto, nella lettura offerta nel parere motivato, una persona fisica processata per reati di corruzione potrebbe essere privata del diritto di candidarsi ad una carica elettiva, e ciò viene ritenuto andare ben oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito dalla misura. Il Parlamento svedese contesta anche che la competenza dell'UE in materia di diritto

penale possa spingersi fino a condizionare l'esercizio della democrazia nelle elezioni nazionali negli Stati membri. Il *Riksdag* esprime infine dubbi anche sulla piena compatibilità con il principio di sussidiarietà della proposta introduzione, tra le sanzioni accessorie, della cessazione o dell'interdizione da un pubblico impiego.

Per ciò che riguarda le persone giuridiche, accanto a un regime di responsabilità che ricalca gli oramai consolidati precedenti in materia del diritto unionale (non vincolando quindi quanto alla natura del regime di responsabilità da stabilire, sia essa penale, civile o amministrativa), si prevede l'introduzione di sanzioni pecuniarie penali o non penali (*"il cui limite massimo non dovrebbe essere inferiore al 5 % del fatturato globale totale della persona giuridica, comprese le entità collegate, nell'esercizio precedente a quello della decisione di irrogazione della sanzione pecuniaria"*), l'esclusione dal godimento di un beneficio o di aiuti pubblici, dalla partecipazione a gare di appalto pubblico, l'interdizione dall'esercizio di attività commerciali o il ritiro dei relativi permessi, la risoluzione dei contratti da parte delle autorità pubbliche con le persone giuridiche coinvolte in condotte di corruzione o il loro assoggettamento a sorveglianza giudiziaria.

4.6. La proposta prevede poi, nel suo art. 18, una dettagliata panoplia di circostanze aggravanti e attenuanti.

Le prime includono i casi in cui l'autore del reato sia un "funzionario di alto livello", secondo la relativa definizione recata dall'art. 2, sia recidivo in materia di reati di corruzione, abbia ottenuto un vantaggio o causato un danno particolarmente rilevante, eserciti funzioni investigative o giudiziarie ovvero sia uno dei soggetti obbligati ai sensi della direttiva relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo⁵⁰.

Il reato risulterà egualmente aggravato ove sia stato compiuto nell'ambito di un'organizzazione criminale, come definita ai sensi del diritto dell'Unione attraverso il riferimento alla decisione quadro 2008/841/GAI⁵¹, ovvero quando *il reato è stato commesso a vantaggio di un paese terzo*.

Le circostanze attenuanti che gli Stati saranno tenuti a prevedere comprendono invece le ipotesi in cui l'autore del reato fornisca alle autorità competenti informazioni che non sarebbero state in grado di ottenere altrimenti, aiutandole a identificare o consegnare gli autori del reato o a reperire le prove.

Nei confronti di una persona giuridica la responsabilità risulterà attenuata quando la stessa abbia posto in essere misure di *compliance* o *self-reporting*, vale a dire quando abbia attuato efficaci programmi di controllo interno e di sensibilizzazione in materia di etica e di conformità o ancora nei casi in cui, una volta scoperto il reato, lo

⁵⁰ Direttiva 2015/849/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativa alla "prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo", che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione, GUUE L 141 del 5.6.2015, pag. 73.

⁵¹ Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla "lotta contro la criminalità organizzata", GUUE L 300 del 11.11.2008, p. 42.

abbia comunicato rapidamente e volontariamente alle autorità competenti, disponendo misure correttive.

4.7. Sotto il profilo procedurale, la proposta di direttiva si preoccupa anche di garantire l'efficacia delle indagini e dei processi in materia di corruzione. Oltre infatti a stabilire (all'art. 4), che siano istituiti uno o più organismi o unità organizzative specializzati e funzionalmente indipendenti nella repressione del fenomeno, viene anche prevista l'applicazione in materia della direttiva sul *whistleblowing*⁵² adottata nel 2019 a tutela delle persone che denunciano i reati di corruzione e che forniscono elementi di prova o che altrimenti collaborino alle indagini, aggiungendo che le stesse dovranno anche ricevere il sostegno e l'assistenza necessari nel corso del procedimento penale. Gli Stati membri dovranno inoltre garantire che le forze dell'ordine e i pubblici ministeri siano dotati di strumenti di indagine efficaci per il contrasto alla corruzione come per esempio *"quelli utilizzati nella lotta contro la criminalità organizzata o altre forme gravi di criminalità"*, introducendo in tal modo un interessante parallelismo tra le tecniche investigative utilizzate in materia di corruzione e dette categorie di reati.

Ulteriori disposizioni della proposta si occupano di imporre agli Stati membri di dotarsi di regole ampie per poter stabilire la propria giurisdizione in materia di reati di corruzione (art. 20) in particolare quando il reato sia stato commesso anche parzialmente sul proprio territorio, ovvero l'autore del reato sia un cittadino o residente abituale o ancora quando il reato sia commesso a vantaggio di una persona giuridica stabilita sul proprio territorio.

Il testo si preoccupa anche di prevedere l'introduzione di termini di prescrizione del reato e della pena che consentano tempi sufficienti per lo svolgimento efficace delle indagini, dell'azione penale, del processo e dell'esecuzione della pena. A differenza da quanto previsto in tale materia da altri testi adottati in precedenza, la proposta scende assai più in dettaglio nel disciplinare la materia, prevedendo termini minimi per ciascun singolo reato oggetto della stessa; per i reati di corruzione nel settore pubblico e di intralcio alla giustizia tale termine non potrà essere inferiore a 15 anni.

Quanto alle immunità o privilegi da indagini e azioni penali, gli Stati membri sono chiamati a garantire che questi possano essere revocati durante le indagini sulla corruzione attraverso procedure disciplinate dalla legge che siano efficaci, trasparenti e celeri.

4.8. L'art. 28 della proposta prevede infine gli interventi di modifica alla già ricordata direttiva "PIF", relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di allinearne le disposizioni in materia di corruzione al futuro quadro legislativo.

Vengono in particolare modificate le disposizioni in materia definitiva, prevedendo che in seno all'art. 2 della direttiva del 2017 venga inserita la medesima

⁵² Direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la *"protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione"*, GUUE L 305 del 26.11.2019.

7-8/2023

definizione di "funzionari di alto livello" recata dalla nuova direttiva anticorruzione e, nell'art. 4, para. 2, ai termini "corruzione passiva e corruzione attiva" sia aggiunto la precisazione "nel settore pubblico".

Viene inoltre innalzato il livello delle pene previste per i reati di frode e corruzione prevedendo una pena massima di almeno sei anni, invece dei quattro attuali, quando dalle condotte di frode o corruzione che ledono gli interessi finanziari dell'Unione derivino vantaggi considerevoli, vale a dire quando il danno o il vantaggio sia di valore superiore ai 100mila euro.

La direttiva PIF viene anche modificata sotto il profilo delle circostanze aggravanti e attenuanti, nonché in materia di sanzioni per le persone fisiche e giuridiche e in quella della prescrizione, allineando le disposizioni oggi vigenti ai nuovi standard in materia previsti dalla proposta di direttiva anticorruzione.

Deve sottolinearsi che, nonostante le segnalate modifiche in termini di definizioni, circostanze e prescrizione, nulla viene a mutare nella sostanza per ciò che riguarda il novero dei reati ricadenti nella competenza materiale della Procura europea, competenza che rimane dunque invariata. Nel contesto della procedura di monitoraggio sul funzionamento della direttiva (UE) 2017/1371, ai sensi dell'articolo 18 della stessa, la Commissione potrà tuttavia valutare se e in che misura sia necessario aggiornare i reati contemplati da tale direttiva alla luce della nuova direttiva anticorruzione presentando le relative proposte legislative.

Da ricordare infine che, in virtù dei rispettivi protocolli al Trattato di Lisbona, la futura direttiva non vincolerà il Regno di Danimarca mentre l'Irlanda sarà libera di decidere se esercitare o meno la propria facoltà di *opt-in*, accettando dunque di vincolarsi alla nuova disciplina. Per i Paesi non vincolati resteranno comunque in vigore gli obblighi discendenti dalla convenzione contro la corruzione del 1997 e dalla decisione quadro del 2003 in materia di corruzione privata.

5. Considerazioni conclusive.

I negoziati sulla proposta di direttiva sono già stati sollecitamente avviati da parte della Presidenza di turno svedese nella sede del Consiglio, nel giugno 2023, a poco più di un mese dalla presentazione della proposta, mentre rimane ancora da comprendere il livello di priorità assegnato alla trattazione della stessa da parte della Presidenza spagnola subentrata lo scorso primo luglio.

L'obiettivo ideale è quello di pervenire alla definitiva adozione della direttiva entro la fine della corrente legislatura europea e quindi, al più tardi, entro il maggio del prossimo anno; il nuovo quadro di sanzioni PESC, che deve essere discusso e adottato dal solo Consiglio, dovrebbe anch'esso vedere la luce entro tale scorcio di legislatura.

È indiscutibile comunque che le nuove proposte presentate il 3 maggio, ove adottate, siano suscettibili di arricchire sensibilmente il panorama internazionale in materia di anticorruzione, promuovendo altresì l'immagine dell'Unione europea quale credibile e affidabile *player* in materia a livello globale e all'interno degli altri *fora* di discussione internazionale quali il G20, il G7, l'OCSE e l'UNODC delle Nazioni Unite.

A circa un quarto di secolo di distanza dalla Convenzione intergovernativa del 1997 e a un ventennio dall'ultimo intervento in materia di corruzione privata si compie finalmente un passo in avanti decisivo nella modernizzazione del *corpus* legislativo dell'Unione, allineandolo ai più elevati standard mondiali.

Del resto, come si è già avuto modo di ricordare, il quadro complessivo della situazione negli Stati membri che emerge dal recentissimo *Rule of Law Report 2023*, dimostra l'esistenza di persistenti distanze tra le legislazioni degli Stati membri che la nuova direttiva potrà senz'altro contribuire a ridurre se non a colmare.

Per ciò che riguarda in particolare il nostro Paese il capitolo del Rapporto dedicato alla situazione dello Stato di diritto in Italia⁵³ non manca di prendere in considerazione il recente disegno di legge governativo che reca modifiche anche alla disciplina dei reati contro la pubblica amministrazione abrogando il reato di abuso d'ufficio e modificando quello di traffico d'influenze illecite; a tale riguardo il Rapporto indica che la depenalizzazione di importanti fattispecie in materia potrebbe *influire sull'efficacia dell'individuazione e del contrasto della corruzione*. Atteso il limitato margine discrezionale che residua in mano al legislatore nazionale quanto al recepimento degli obblighi discendenti dalle direttive dell'Unione, una volta che la proposta sia stata adottata e sia scaduto il termine concesso agli Stati membri per la sua attuazione, il *corpus* legislativo interno, come eventualmente modificato dalle odierne proposte, potrà (e dovrà necessariamente) tornare a utilmente confrontarsi con gli obblighi discendenti da quello che sarà a quel punto divenuto il nuovo quadro di riferimento offerto dal diritto eurounitario.

Come si è avuto modo di vedere, eventi di rinomanza pubblica, quali il recente scandalo *Qatargate*, potrebbero incidere sui negoziati in corso, anche in relazione alla posizione che verrà ad assumere il Parlamento europeo.

Proprio in occasione del *Qatargate* è sembrata emergere in maniera evidente quanto sia sottile la linea di discriminazione che differenzia tra di loro, sotto il profilo della competenza condurre le relative indagini, le ipotesi di corruzione che, pur vedendo egualmente coinvolti parlamentari europei o altri membri delle istituzioni, comportino una lesione, attuale o potenziale, degli interessi finanziari dell'Unione, con conseguente attribuzione della competenza a procedere in capo alla Procura europea, da quelle che non appaiano comportare un tale pregiudizio e che rimangono dunque solidamente nelle mani dell'autorità giudiziaria nazionale.

Nel già ricordato caso di specie, l'autorità giudiziaria belga che ha proceduto nei confronti di membri del Parlamento di Strasburgo si è dovuta necessariamente interfacciare con le omologhe autorità nazionali facendo ricorso ai tradizionali strumenti del mutuo riconoscimento, non senza peraltro incontrare apparenti ritardi o difficoltà. Da qui la legittimità dell'interrogativo relativo al se, quantomeno nei confronti di tutti i membri delle istituzioni dell'Unione (Parlamento, Commissione, Consiglio, Corte di giustizia, etc.) non possa risultare auspicabile, in un futuro più o meno prossimo, uno spostamento di competenza in favore della Procura europea di tutte le condotte di

⁵³ Documento SWD(2023) 812 final.

7-8/2023

corruzione che possano vedere coinvolti questi ultimi, a prescindere dalla necessità di dimostrare un collegamento delle condotte di corruzione con gli interessi finanziari dell'Unione.

Può osservarsi al riguardo come già da tempo si assista a una discussione rapsodica sull'estensione delle competenze di EPPO, in applicazione del paragrafo 4 dell'art. 86 TFUE, evocando dapprima le materie del terrorismo⁵⁴ e del crimine organizzato, quindi quella della protezione dell'ambiente⁵⁵ e più di recente, come già ricordato, la violazione delle sanzioni applicate dall'Unione⁵⁶

Può dunque non apparire prematuro, anche sulla base dell'esperienza maturata di recente, inserire il tema evocato nel catalogo delle prospettive a venire per la ancor giovane Procura europea, non senza nel contempo tralasciare di considerare l'onerosa procedura richiesta dal Trattato per qualsivoglia estensione delle sue competenze al di fuori della protezione degli interessi finanziari per includere altre forme di criminalità grave transnazionale, la quale richiede una decisione all'unanimità del Consiglio europeo previa approvazione del Parlamento europeo e consultazione della Commissione.

⁵⁴ Cfr. La comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio europeo, del 12 settembre 2018, COM(2018) 641 final *"A Europe that protects: an initiative to extend the competences of the European Public Prosecutor's Office to crossborder terrorist crimes"*

⁵⁵ Cfr. la risoluzione 2022/2523 sul disboscamento illegale (*"illegal logging"*) adottata dal Parlamento europeo il 23 giugno 2022, nonché la lettera del 24 agosto 2021 indirizzata dalla Presidente della Commissione europea a due membri del Parlamento europeo, <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2022/06/08/Letter-Ursula-VdL-on-environmental-crimes-and-EPPO-August-2021.pdf>.

⁵⁶ V. *supra*, sub nota 40.

DICHIARAZIONE FRAUDOLENTA MEDIANTE USO DI FATTURE: L'INTERPOSIZIONE ILLECITA DI MANODOPERA COSTITUISCE "OPERAZIONE INESISTENTE"?

di Mattia Colombo

La vicenda che ha interessato una nota società operante nel settore della logistica, accusata del reato di dichiarazione fraudolenta mediante l'utilizzo di fatture per operazioni inesistenti per aver mascherato acquisizioni illecite di forza lavoro attraverso finti contratti di appalto, fornisce nuovi spunti nel dibattito intorno al concetto di "operazioni inesistenti". Il contributo, dopo una breve sintesi sulle posizioni emerse sul tema, si propone di dar voce alle perplessità riguardo all'impiego della nozione di inesistenza alla casistica in questione.

SOMMARIO: 1. Inquadramento della questione: un caso di interposizione illecita nel settore della logistica. – 2. La disciplina lavoristica e la casistica giurisprudenziale. – 3. A proposito di inesistenza giuridica. – 4. Operazioni "soggettivamente" inesistenti o simulate. – 5. Conclusioni.

1. Inquadramento della questione: un caso di interposizione illecita nel settore della logistica.

All'inizio del 2021, la Procura di Milano ha disposto il sequestro di una somma di denaro per un valore complessivo di più di 20 milioni di euro nei confronti della società DHL Supply Chain s.p.a., accusata, ex d.lgs. 231/2001, del reato di cui all'art. 2, d.lgs. 74/2000, per aver occultato, mediante un contratto d'appalto non genuino stipulato con un consorzio di cooperative, operazioni di fatto riconducibili al modello della somministrazione di lavoro. Sfruttando tale contratto di appalto, DHL riusciva non solo a evitare gli oneri nascenti dalla posizione di datore di lavoro, ma soprattutto a portare in detrazione l'IVA assolta in favore del consorzio di cooperative, unitamente alla somma a queste dovuta a titolo di compenso. Nel rilevare che l'appalto era privo dei requisiti indicati dalla legge, l'accusa riteneva che, in realtà, si trattasse di un'interposizione illecita di manodopera, la quale, essendo vietata nel nostro ordinamento, doveva essere considerata una "operazione inesistente" ai sensi della fattispecie di cui all'art. 2, d.lgs. 74/2000. Il consorzio si dimostrava completamente dipendente dalle scelte imprenditoriali della società formalmente appaltante, andando

di fatto a costituire un mero “contenitore” adibito alla gestione dei dipendenti¹. Secondo la prospettazione accusatoria, che è stata condivisa dalla Corte di cassazione nella fase cautelare², l’operazione documentata dalle fatture non corrispondeva, sia per il titolo, sia per l’identità dei soggetti coinvolti, a quella effettivamente realizzata.

La vicenda, per quanto riguarda la responsabilità della società ex d.lgs. 231/2001, si era conclusa con l’archiviazione delle indagini³ a carico di essa, disposta dalla stessa Procura a seguito di una radicale revisione delle scelte aziendali di DHL (culminata nell’impegno ad assumere un numero importante dei lavoratori facenti capo in precedenza alle cooperative)⁴, ma quello che qui interessa è approfondire la sottostante contestazione riguardo all’integrazione della fattispecie penale tributaria, la quale, oltre ad essere stata confermata dalla Cassazione in successive pronunce⁵, è stata replicata dalla stessa Procura di Milano nei confronti di altre società attive nell’ambito della logistica, anch’esse soggette a sequestri per ingenti somme di denaro⁶.

Prima di confrontarsi criticamente con questa tesi, è opportuno fare un breve cenno alla normativa in materia di appalti di manodopera ed interposizione illecita.

2. La disciplina lavoristica e la casistica giurisprudenziale.

Nonostante il d.lgs. 276/2003 abbia integralmente abrogato la l. n. 1369/1960 che sanciva nel nostro ordinamento il divieto assoluto di interposizione nel rapporto di lavoro subordinato⁷, e abbia introdotto quale modello lecito quello della

¹ Relativamente al ruolo del consorzio interposto, nella pronuncia della Corte di Cassazione sulla vicenda, si riportano non pochi elementi a sostegno della sostanziale carenza di autonomia del formale appaltatore: *IDS [ossia il consorzio] non offriva i propri servizi, sul mercato, ad una pluralità di interlocutori economici ma si limitava a fungere da appaltatrice dei servizi che DSC [DHL Supply Chain] le richiedeva, per lo più erogati non con mezzi economici propri ma accendendo i subappalti corrispondenti*; “DSC conseguiva perciò il risultato di avere (...) il controllo del lavoratore svolgendo funzioni proprie della figura datoriale, estranee allo schema formale dell’appalto”; “È stato anche accertato che IDS avesse rilevato di fatto la manodopera già impiegata nei depositi della DSC, abdicando quindi persino alla scelta del personale, subentrando in precedenti appalti e con l’applicazione delle tariffe già concordate con i vecchi fornitori e mai adeguate”. (Cass., III, 27.1.2022, n. 16302).

² v. Cass., III, 27.1.2022, n. 16302, cit., commentata da A. VIGLIONE, *Interposizione illecita di manodopera e dichiarazione fraudolenta: per la prima volta l’ente va a processo per l’utilizzo di false fatture*, in *Le Società*, 2022, 11, p. 1296.

³ Il testo del decreto è reperibile anche su *Sistema Penale*, 25.11.2022, con note di M.M. SCOLETTA e F. MUCCIARELLI.

⁴ v. *Il Corriere della Sera*, ed. Milano, 24.11.2022, “Milano, l’effetto Procura su DHL: 1500 assunzioni dopo l’inchiesta sui contratti illeciti”.

⁵ Cass., III, 28.10.2022, n. 45114; Cass., III, 10.2.2013, n. 12550.

⁶ v. *La Repubblica*, 14.12.2022, “Ai colossi della logistica Brt Bartolini e Geodis sequestro da 102 milioni: frode fiscale con finte cooperative per la manodopera”; *Il Sole 24 Ore*, 22.6.2023, “Esselunga, sequestrati 47,8 milioni per frode fiscale sulla manodopera”. Lo stesso Procuratore capo, dott. VIOLA, nella sua relazione intitolata *Il sistema sanzionatorio tributario: questione applicative e futuri scenari*, in occasione del Convegno su *Il sistema sanzionatorio nella riforma tributaria*, a cura dell’Università LUISS, tenutosi a Milano il 19.6.2023, ha avuto modo di osservare come questo ambito d’intervento è stato uno di quelli in cui l’azione del suo Ufficio si è rivelata più incisiva.

⁷ Sulla disciplina abrogata, cfr. G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Milano,

somministrazione (la cui disciplina oggi è confluita agli artt. 20 ss., d.lgs. 81/2015), è opinione comune tanto in giurisprudenza⁸, quanto in dottrina⁹, che tale innovazione normativa costituisca “un’eccezione non suscettibile né di applicazione analogica né di interpretazione estensiva”. Qualora non si rispettino i “rigidi schemi voluti del legislatore [...] si finisce per rientrare in forme illecite di somministrazione di lavoro” che sono assoggettate ai “principi enunciati in giurisprudenza in tema di divieto di intermediazione di manodopera”¹⁰. L’attuale disciplina dell’appalto lavoristico si modula in relazione, o meglio, in contrapposizione, con il nuovo istituto della somministrazione di manodopera, che costituisce il modello interpositorio “legalizzato”¹¹. Il contratto d’appalto si distingue dalla somministrazione di lavoro per l’organizzazione dei mezzi necessari da parte dell’appaltatore e per l’assunzione da parte di quest’ultimo del rischio d’impresa. Nessun apporto organizzativo del somministratore è invece richiesto per l’adempimento del contratto di somministrazione di lavoro subordinato¹².

Tracciare un discrimine netto tra la fattispecie dell’appalto e quella della somministrazione si rivela spesso operazione non semplice, soprattutto in settori dell’economia nei quali l’apporto del fattore lavoro si rivela preponderante rispetto a quello dei “mezzi” adoperati dall’appaltatore per eseguire la prestazione (c.d. appalti “labour intensive”¹³). La giurisprudenza ha, nel tempo, elaborato diversi criteri per distinguere i due fenomeni, considerando determinante, in primo luogo, il ruolo dell’appaltatore, che non può identificarsi con la “mera sussistenza di un potere

1995; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, in P. SCHLESINGER, *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2000, p. 575; O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI, *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXVII, 2, Milano, 2000, pp. 399 ss.

⁸ Di recente, Cass. civ., IV, 17.9.2021, n. 1408; Cass. civ., IV, 4.4.2019, n. 15557; Cass. civ., IV, 16.4.2019, n. 18815; Cass. civ., IV, 19.12.2017, n. 2990.

⁹ Tra i primi commentatori della riforma, F. SCARPELLI, *Artt. 27 e 28. Interposizione illecita, somministrazione irregolare, somministrazione fraudolenta*, in G. GHEZZI, *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, p. 152: “È vietata la vendita di lavoro altrui, in qualsiasi forma venga realizzata: chi vuole acquisire e beneficiare del lavoro subordinato è tenuto ad assumere direttamente il lavoratore e a farsi carico di tutte le posizioni attive e passive implicate nel rapporto di lavoro”; ID., *Introduzione. Linee e problemi dei fenomeni di esternalizzazione*, in M. PERSIANI-F. CARINCI, *Trattato di diritto del lavoro*, VI (a cura di M. BROLLO), *Il mercato del lavoro*, Milano, 2012, p. 1436; P. ALBI, *Il contratto d’appalto*, in M. PERSIANI-F. CARINCI, cit., pp. 1606, 1607; R. DEL PUNTA, *Divieto di interposizione e responsabilità dell’interposto*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, p. 506; R. DE LUCA TAMAJO-F. PATERNÒ, *Commento all’art. 29 del d.lgs. n. 276/2003*, in R. DE LUCA TAMAJO-G. SANTORO PASSARELLI, *Il nuovo mercato del lavoro*, Milano, 2007, pp. 427, 429; M.T. CARINCI, *L’unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse – è regola generale nell’ordinamento giuslavoristico*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 4-5, pp. 1019 ss. In senso opposto, v. R. ROMEL, *L’elisir di lunga vita del divieto d’interposizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, 3, pp. 726 ss.; nonché il commento di S. RATTI a Cass. civ., SU, 26.10.2006, n. 22910, cit., in *Lav. n. giur.*, 2007, 3, p. 271.

¹⁰ Cass. civ., SU, 26.10.2006, n. 22910, § 7.1 C.i.D.

¹¹ v. F. SCARPELLI, *Introduzione*, cit., p. 1437. Più recentemente, G. GAUDIO, *Organizzazioni complesse e tutela della persona che lavora*, Torino, 2021, pp. 52 ss.

¹² M.T. CARINCI, *Il concetto di appalto rilevante ai fini delle tutele giuslavoristiche*, in AA.VV., *Tutela e sicurezza del lavoro su appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Assago, 2011, p. 9. Conformemente, Circ. Min. Lav., n. 5/2011.

¹³ v. M.T. CARINCI, *Il concetto di appalto*, cit., p. 11.

organizzativo di tipo amministrativo (ad esempio in tema di ferie o permessi)”¹⁴. È dunque fondamentale che il giudice possa apprezzarne l’autonomia rispetto all’appaltante, che si estrinseca nell’esercizio diretto dei poteri di direzione e controllo sui propri dipendenti¹⁵, senza che vi siano ingerenze da parte dell’appaltatore.

A seguito della declaratoria di nullità del costruito interpositorio occultato mediante un appalto non genuino, possibile oggi solo su ricorso del lavoratore, l’art. 29, comma 3-bis, d.lgs. 276/2003 prevede l’instaurazione del rapporto di lavoro subordinato in capo all’effettivo utilizzatore” della prestazione, ossia il soggetto interponente. Pur non mancando illustri opinioni contrarie a riguardo¹⁶, la maggior parte della dottrina è concorde nel ravvisare portata costitutiva a questo rimedio, assegnandogli valenza sanzionatoria¹⁷.

Secondo i sostenitori del primo dei due orientamenti, all’esito dell’azione del lavoratore non viene individuato altro che il “vero” datore di lavoro, in modo tale che l’assetto giuridico successivo rispecchi il dato di fatto precedente, in cui il rapporto di lavoro subordinato dall’inizio risultava essere instaurato in capo al soggetto (vero “datore di lavoro”) che formalmente figurava come semplice appaltante. Invece, l’orientamento che raccoglie il maggior consenso fra i giuslavoristi vede l’interposizione nel rapporto di lavoro subordinato come una determinata fattispecie di illecito civile, cui fa seguito, su ricorso del lavoratore, la sanzione della costituzione (a effetto *ex tunc*) di un rapporto a tempo indeterminato in capo al soggetto “effettivo utilizzatore” delle prestazioni.

¹⁴ Così Cass. civ., IV, 7.2.2017, n. 3178. Conf., Cass. civ., IV, 19.1.2017, n. 7796; Cass. civ., IV, 3.6.2014, n. 12357. Sotto la vigenza della l. n. 1369/1960, Cass. civ., IV, 28.1.2009, n. 5648; Cass. civ., IV, 22.3.2007, n. 18281; Cass. civ., IV, 24.4.2002 (dep. 5.10), n. 14302; nonché Cass. civ., IV, 28.3.2013, n. 7820.

¹⁵ v. Cass. civ., VI, 25.6.2020, n. 12551; Cass. civ., IV, 14.2.2018, n. 27213; Cass. civ., IV, 10.6.2019, n. 15557; Cass. civ., VI, 17.11.2020, n. 26008. È così giudicata difforme rispetto al modello legale dell’appalto “l’eventuale sovrapposibilità o interscambiabilità tra mansioni dei dipendenti dell’appaltatore e dell’appaltante” (Cass. civ., IV, 14.2.2018, n. 27213; v. anche Cass. civ., IV, 7.2.2017, n. 3178; nonché, in dottrina, P. ALBI, cit., p. 1612); può essere altresì valorizzata la circostanza che sia il soggetto appaltante a farsi carico direttamente della retribuzione dei dipendenti dell’appaltatore (v. Cass. civ., IV, 6.4.2011, n. 7898).

¹⁶ In particolare, O. MAZZOTTA, in *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979; nonché, più recentemente, in *Somministrazione del lavoro e subordinazione: chi ha paura del divieto di interposizione?* In L. MARIUCCI, *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Bologna, 2006; ed in *Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, 1, pp. 19 ss. Nello stesso senso, P. ALBI, cit., p. 1612. Secondo questi autori, le disposizioni rimediali rispetto all’attuazione dell’interposizione illecita nel rapporto di lavoro sono un portato necessario del tipo contrattuale inderogabile di lavoro subordinato di cui all’art. 2094 c.c.

¹⁷ v., *ex multis*, L. CORAZZA, *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona (URL: <https://csdle.lex.unict.it/>), 2009, p. 9; EAD., *Somministrazione di lavoro e appalti*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Assago, 2014, p. 1664; M.T. CARINCI, *Il concetto di appalto*, cit., p. 18; R. DEL PUNTA, *Divieto d’interposizione e responsabilità dell’interposto*, cit., p. 507; diffusamente, v. G. GAUDIO, cit., pp. 30 ss. Sulla vecchia disciplina di cui alla l. n. 1369/1960, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 403; P. BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 1, p. 164; R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, 4, p. 650. In giurisprudenza, per la disciplina abrogata, Cass. civ., SU, 1.10.1979, n. 5019 in *Giur. it.*, 1980, I, 1, p. 610; conf. Cass. civ., IV, 4.2.1988, in *Riv. giur. lav.*, 1988, 2, p. 345, nt. L. MENEGHINI. Più recentemente, sembra giungere alla stessa conclusione Cass. civ., IV, 23.11.2010, n. 23634, v. § 4.1 C.i.D.

Adottando quest'ultima impostazione, non si può affermare che tra le parti non sia intercorsa alcuna "operazione economica" sul piano fattuale, come invece si potrebbe sostenere avendo a riferimento la prima delle due concezioni di interposizione, dove la pronuncia giudiziale non fa che esplicitare un determinato assetto negoziale vigente tra lavoratore e datore già *ab intito*: infatti il giudice è chiamato a sussumere dei fatti (attraverso gli indici sopra elencati) in una determinata fattispecie di illecito, per poi applicare una sanzione. Questa considerazione aiuta a focalizzare l'oggetto dei successivi paragrafi: se l'interposizione illecita di manodopera non è un'operazione "materialmente" inesistente, vengono in esame ulteriori nozioni di "inesistenza", rilevanti ai fini della fattispecie di cui all'art. 2, d.lgs. 74/2000.

3. A proposito di "inesistenza giuridica".

Agli effetti del disposto di cui all'art. 1, lett. a), del d.lgs. 74/2000 che qualifica come "inesistenti" tutte quelle operazioni "non realmente effettuate in tutto o in parte", la giurisprudenza considera tali anche fattispecie negoziali nelle quali il rapporto documentato in fattura non corrisponde, anche parzialmente, al negozio realmente posto in essere dalle parti¹⁸. Questa concettualizzazione, di cui la giurisprudenza si serve in diversi campi¹⁹, prende il nome di "inesistenza giuridica", a significare proprio che la valutazione del giudice penale non è incentrata sull'esistenza o meno, nella realtà fattuale, dell'operazione documentata, ma sulla discrepanza tra la qualificazione della stessa così come emergente dall'elemento documentale (la fattura) e quella che deve esserne offerta sulla base delle norme inderogabili dell'ordinamento giuridico. Così, costituisce un fatto penalmente rilevante ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 74/2000, l'aver fornito nella fattura, o nel documento ad essa equipollente *ex art. 1, lett. a)*, del medesimo decreto una determinata qualificazione dell'operazione compiuta, laddove l'ordinamento ne impone inderogabilmente (a pena dell'invalidità in diritto civile) una diversa: *"anche laddove un'operazione sia intercorsa tra le parti cui si riferisce il documento fiscale, ma si tratti di un'operazione avente qualificazione giuridica diversa da quella attestata dal documento in parola, occorre infatti riconoscere che quell'operazione economica la cui rappresentazione viene fornita nel documento fiscale non esiste nella realtà: in breve, anche*

¹⁸ A. LA ROSA, *Reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti* (art. 2, d.lgs. n. 74/2000). *Elemento oggettivo del reato*, in L. SALVINI-F. CAGNOLA, *Manuale professionale di diritto penale tributario*, Torino, 2022, p. 453; V.E. FALSITTA-M. FAGGIOLI, *La normativa di riferimento e le definizioni legali*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO, *Trattato teorico pratico di diritto penale*, XIII, *I reati tributari* (a cura di R. BRICCHETTI-P. VENEZIANI), Torino, 2017, p. 46; G.L. SOANA, *I reati tributari*, Milano, 2018, p. 119.

¹⁹ V. Cass., III, 6.3.2008, n. 13975, *Stamperia Giuseppe Carcano*, in un caso di finanziamento alla società controllata dissimulato mediante un finto acconto su forniture; Cass., III, 20.6.2012, n. 28619, in un caso in cui la cessione di quote societarie veniva riportata in fattura come prestazioni di consulenza; Cass., III, 8.11.2012, n. 11838, in un caso in cui l'imputato ha effettuato un finanziamento in favore della controparte, facendo figurare l'operazione in fattura come la prestazione di un *leasing*; Cass., V, 16.1.2013, n. 36859, in tema di c.d. *dividend washing*, caso in cui attraverso operazione societarie si "mascherano" da plusvalenze esenti quelli che sono sostanzialmente dei dividendi.

l'inesistenza giuridica sembra per lo più risolversi in un'inesistenza materiale"²⁰. In tema di interposizione illecita di manodopera, la giurisprudenza tende a ravvisare questa tipologia di inesistenza pur dovendo ammettere che una determinata operazione sia intercorsa fra le parti: infatti, *"se non si può disconoscere che lo sia da un punto di vista fenomenico, è altrettanto evidente che non è l'operazione riferita dalle fatture, mai posta in essere e dunque inesistente"*²¹.

Un costante orientamento dottrinale si pronuncia invece per la rilevanza penale delle sole operazioni inesistenti *"in rerum natura"*²²: come si è autorevolmente argomentato, *"deve privilegiarsi un approccio di tipo economico-sostanziale al tema dell'inesistenza oggettiva della operazione: ciò che dovrebbe rilevare ai fini di ritenere integrato l'elemento dell'inesistenza oggettiva è che si sia effettivamente verificato il trasferimento di ricchezza che è attestato nel documento fiscale, prescindendo – almeno in sede penale – dall'eventuale divergenza tra il titolo giuridico indicato nel documento rilevante e quello che si attribuisce all'operazione accertata nella sua consistenza effettuale"*²³. Secondo alcuni autori, infatti, le ipotesi di *"inesistenza giuridica"* non sono veramente lesive dell'interesse fiscale all'integrità del gettito laddove il costo esposto in dichiarazione sia stato effettivamente sostenuto da colui che ha fruito della prestazione, realmente eseguita e documentata in fattura, ancorché qualificata in violazione di norme imperative, violazione che si riflette semmai sull'accertamento fiscale²⁴.

²⁰ Così P. ALDROVANDI, in AA.VV., *Diritto penale dell'economia*, I, Assago, 2019, p. 15. Nello stesso senso anche A. LANZI-P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, Assago, 2020, p. 223; E. CORUCCI, *Il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*, in A.L. GIARDA-A. PERINI-G. VARRASO, *La nuova giustizia penale tributaria*, Milano, 2016, p. 203; V. NAPOLEONI, *I fondamenti del nuovo diritto penale tributario*, Milano, 2000, p. 55; A. TRAVERSI-S. GENNAI, *I nuovi delitti tributari*, Milano, 2000, p. 174.

²¹ Cass., III, 20.3.2013, n. 24540, *De Momi*. Sulla stessa vicenda, riguardante una società che reclutava forza lavoro per il settore dell'edilizia, v. altresì Cass., III, 26.9.2012, n. 38754; Cass., III, 5.12.2012, n. 25812. In una vicenda che ha coinvolto una società attiva nella logistica per i servizi nel campo dell'alta moda, v. Cass., III, 14.3.2019, n. 31202, *Soave*. Di recente, in un procedimento a carico di un imprenditore edile che aveva utilizzato forza lavoro proveniente da altre due società simulando con esse un rapporto di appalto, argomenta negli stessi termini Cass., III, 28.10.2022, n. 45114.

²² L'espressione ha avuto una certa fortuna tra i primi commentatori del d.lgs. 74/2000: v. L. IMPERATO, sub art. 1, in I. CARACCIOLI-A. GIARDA-A. LANZI, *Diritto e procedura penale tributaria*, Padova, 2001, p. 41; R. BRICCHETTI, *Operazioni inesistenti: da diciotto mesi a sei anni*, in *Guida dir.*, 2000, 14, p. 76; L.D. CERQUA-C.M. PRICOLO, *La riforma dei reati in materia di imposte sui redditi e su valore aggiunto*, parte I, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 5, pp. 575 ss.; N. ZANOTTI, sub art. 8, in E. MUSCO, *Diritto penale tributario*, Milano, 2002, p. 180.

²³ G. DI VETTA, *I reati di dichiarazione fraudolenta*, in A. GIOVANNINI-A. DI MARTINO-E. MARZADURI, *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, I, Milano, 2016, p. 577. Nello stesso senso anche M. DI SIENA, *La nuova disciplina dei reati tributari*, Milano, 2000, p. 110; ID., *Osservazioni in tema di "inesistenza giuridica"*, in *Riv. dir. trib.*, III, 2008, p. 35, nt. a Trib. Trento, 24.5.2007, n. 207, che si pronunciava per l'irrilevanza penale di operazioni meramente *"giuridicamente inesistenti"*.

²⁴ A. D'AVIRRO-M. GIGLIOLI, *I reati tributari*, Assago, 2012, p. 14. Così, la *"vestizione"* da canoni di leasing di rate di un mutuo (caso di Cass., III, 8.11.2012, n. 11838, cit.) integra un'"operazione inesistente" *"nell'ipotesi in cui manchi il bene finanziato, nel senso che il protagonista attivo della prestazione che emette la fattura non ha provveduto a fornire il bene"*, ipotesi di inesistenza tutt'altro che *"giuridica"*, ma motivata dall'effettiva mancanza della prestazione; e, allo stesso modo, la società che mascheri da acconti su forniture dazioni di denaro a favore della sua controllata, in realtà effettuate a mero titolo di finanziamento (caso di Cass., III,

Aderendo a simili considerazioni, si vuole evidenziare come nella casistica trattata in questa sede non sembra in realtà corretto riferirsi ad un concezione di “inesistenza giuridica” di operazioni poste in essere in violazione di un tipo contrattuale prestabilito, quanto piuttosto, stante la loro invalidità, si dovrebbe affermare la loro “esistenza” dal punto di vista giuridico, oltre che materiale, nel senso che, proprio in quanto “esistenti”, le operazioni possono essere considerate imponibili secondo la disciplina tributaria di riferimento. Quindi possono essere legittimamente portati in deduzione i relativi costi ai fini delle imposte dirette, e l’IVA assolta a monte può essere detratta dal soggetto passivo secondo il meccanismo di rivalsa-detrazione di cui agli artt. 18 e 19, d.p.r. 633/1972.

Per quanto riguarda la contestazione relativa all’evasione dell’IVA, ciò è esplicitato da giurisprudenza costante della Corte di Giustizia: *“il principio di neutralità fiscale osta ad una distinzione generalizzata tra contratti illeciti e leciti”*²⁵, a meno che, in base alle caratteristiche particolari del bene o del servizio in questione, non possa essere *“esclusa qualsiasi concorrenza fra un settore economico lecito e uno illecito”*²⁶. Infatti, come riconosciuto dalla nota sentenza Kittel, fondamentale per la definizione del diritto di detrazione di cui all’art. 168 Dir. 2006/112/CE, già art. 17 Dir. 77/388/CE (c.d. “sesta direttiva”), tale disposizione *“deve essere interpretat[a] nel senso che osta ad una norma di diritto nazionale secondo cui l’annullamento del contratto di vendita — per effetto di una disposizione di diritto civile che sanziona tale contratto con la nullità assoluta in quanto contrario all’ordine pubblico per una causa illecita perseguita dall’alienante — comporta per il detto soggetto passivo la perdita del diritto alla deduzione dell’IVA. Al riguardo, è irrilevante la questione se detta nullità derivi da una frode all’IVA o da altre frodi”*²⁷. Al di là dei criteri su cui il giudice nazionale deve orientarsi per stabilire entro quali limiti il soggetto passivo non ha diritto a detrarre l’IVA assolta a monte, quello che importa osservare ai fini di questo contributo è che la mera discrepanza tra la fattispecie realmente posta in essere e il modello negoziale lecito non è sufficiente a fondare l’esclusione del contribuente dallo stesso diritto, dal momento che

6.3.2008, n. 13975, cit.) *“realizza una divergenza tra l’operazione documentata in fattura e quella posta in essere”* che va qualificata, più che come *“inesistenza giuridica”*, come inesistenza oggettiva assoluta e materiale, *“perché l’operazione (fornitura di beni) non si è perfezionata materialmente”* (v. *ibidem*, pp. 16 e 17).

²⁵ CGCE, 28.5.1998, C-3/97, *Goodwin & Unstead*.

²⁶ Ivi, § 12. Nello stesso senso, in un caso in cui si afferma che, essendo esclusa *“qualsiasi concorrenza tra un settore economico lecito e uno illecito, il non assoggettamento ad IVA non può compromettere il principio di neutralità fiscale”*, CGCE, 11.6.1998, C-230/87, *Fischer*, che ritiene imponibile l’attività di organizzazione di giochi d’azzardo priva di autorizzazione e quindi illecitamente svolta, dal momento che parimenti soggette all’IVA sono le attività dello stesso tipo, ma autorizzate, che con questa si trovano quindi a concorrere. Diversamente, *“l’importazione o la cessione di stupefacenti o denaro falso, la cui introduzione nel circuito economico e commerciale della Comunità è per definizione vietata e che possono dar luogo unicamente a provvedimenti repressivi, sono del tutto estranee alle disposizioni della sesta direttiva [Dir. 77/388/CE] e non fanno sorgere alcuna obbligazione fiscale in materia di IVA”*. Così CGCE, cit., *Fischer*, § 19; CGCE, 28.2.1984, C-294/82, *Einbergher*, §§ 19 e 20; CGCE, 5.7.1988, C-289/86, *Happy Family*, § 17. Per una ricognizione più approfondita, A.M. PERRINO, *Le relazioni pericolose tra le categorie civilistiche e i presupposti impositivi nel diritto unionale*, in *Dir. proc. trib.*, 2021, 2, p. 184.

²⁷ CGUE, 6.7.2006, C-439/04 e C-440/04, *Kittel*, § 52. Nello stesso senso, CGUE, 21.6.2012, C-80/11 e C-142/11, *Mahagében e Dàvid*, §§ 44-46 e 60.

la prestazione o la cessione hanno realmente avuto luogo: “Quando ricorrono le condizioni sostanziali e formali previste dalla sesta direttiva per il sorgere e l’esercizio del diritto alla detrazione, non è compatibile con il regime del diritto alla detrazione previsto dalla detta direttiva sanzionare, con il diniego di tale diritto, un soggetto passivo che non sapeva e non avrebbe potuto sapere che l’operazione interessata si collocava nell’ambito di un’evasione commessa dal fornitore (...)”²⁸.

Ancor meno giustificata appare la contestazione di evasione con riguardo alle imposte sui redditi, a maggior ragione a seguito dell’introduzione nel nostro ordinamento dell’art. 14, comma 4, della legge 537/1993, il quale dispone che nelle categorie di reddito di cui all’art. 6, comma 1, TUIR, “devono intendersi ricompresi, se in esse classificabili, i proventi derivanti da fatti, atti, o attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo”²⁹. Per le finalità che guidano l’accertamento tributario, infatti, è indifferente che la fattispecie negoziale scelta dalle parti non sia applicabile per legge all’operazione da loro realmente realizzata, integrando così un “illecito civile” (che infatti, nel caso di illecito ricorso alla manodopera attraverso un intermediario “travestito” da appaltatore è sanzionato con la costituzione *ex novo* di un rapporto di lavoro in capo all’appaltante): l’art. 53 Cost. ricollega infatti l’obbligazione tributaria alla “capacità contributiva” del soggetto passivo, giustificando la tassazione della ricchezza “sulla base dell’attitudine, in concreto, della stessa, a concorrere alle pubbliche spese, senza esprimere su di essa alcun [ulteriore] giudizio di valore”³⁰.

La conclamata illiceità dell’interposizione non sembra così essere sufficiente, a maggior ragione prendendo come riferimento la sua rilevanza a livello giuridico, a supportare un’affermazione di “inesistenza” dell’operazione in sé.

²⁸ CGUE, 22.10.2015, C-277/2014, PPUH Stehcomp, §§ 47-49.

²⁹ La dottrina tributaristica non è concorde sull’attribuzione a questa norma di portata innovativa o piuttosto meramente ricognitiva, e quindi se l’invalidità del contratto abbia di per sé effetti sull’integrazione del presupposto impositivo per le imposte dirette. In termini generali, A. CARINCI, *L’invalidità del contratto nelle imposte sui redditi*, Padova, 2003, pp. 244 ss.; G. GIUSTI, *Patologia negoziale e imposizione tributaria*, Milano, 2022, pp. 126 ss. A favore della prima ipotesi, M. NUSSI, *Imputazione del reddito nel diritto tributario*, Padova, 1996, p. 183, secondo cui “la sostanziale irrilevanza delle patologie civilistiche è (...) giustificata dall’evidenza che assume in chiave tributaristica il trasferimento del provento, ossia la percezione in capo al reddituario”. Su posizioni opposte si assestano, tra gli altri, S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell’elusione fiscale*, Padova, 1992, p. 81; nonché lo stesso A. CARINCI, ult. cit., p. 253.

³⁰ G. GIUSTI, cit., p. 166. v. anche G. TINELLI, *Istituzioni di diritto tributario*, Padova, 2013, p. 56, che specifica anche come si pone in contrasto con il principio di capacità contributiva una disposizione che aggravi la posizione fiscale del contribuente per il solo fatto di aver commesso un illecito, spettando il contrasto alla violazione delle norme imperative ad altri settori dell’ordinamento; nonché A. SALVATI, *I proventi illeciti e la disciplina positiva comunitaria ed interna*, in *Rass. trib.*, 1999, p. 1108, dove afferma che “la qualificazione giuridica del dato economico si riferisce esclusivamente alla necessaria effettività ed attualità della capacità contributiva, ma non alla sua liceità. Ciò a dire che vige nell’ordinamento un principio di neutralità fiscale, ovvero una sostanziale indifferenza del legislatore tributario nell’assoggettare ad imposizione attività lecite e attività che lecite non sono”.

4. Operazioni “soggettivamente” inesistenti o simulate.

Si considerano “operazioni inesistenti” ai sensi dell’art. 1, lett. a), del d.lgs. 74/2000, anche quelle riferite “a soggetti diversi da quelli effettivi”, realmente parte del negozio giuridico documentato. Si tratta di *“ipotesi in cui la fattura risulti mendace (...) in relazione alla corretta identificazione delle parti del rapporto negoziale, con conseguente dissociazione tra il soggetto indicato, a seconda dei casi come cedente/prestatore (nel caso in cui la falsità cada sull’emittente) o come cessionario/committente (nel caso in cui la falsa rappresentazione attenga, invece, al destinatario della fattura) e l’effettiva controparte contrattuale”*³¹. Nel caso della c.d. “inesistenza soggettiva”, quindi, non vi sono dubbi che sia indifferente, ai fini dell’accertamento del fatto tipico, che il soggetto, la cui partecipazione all’operazione è indebitamente documentata, “esista” *in rerum natura*, e che invece sia fondamentale verificarne l’alterità rispetto alla controparte effettiva, la quale non risulta dai documenti fiscali.

In questa sede è importante prima di tutto distinguere il caso dell’inesistenza soggettiva da quello della simulazione relativa soggettiva: uno schema in cui all’esterno figura come parte del negozio un soggetto che, in base ad un accordo dissimulato, è diverso da colui sul quale effettivamente si intendono trasferire gli effetti giuridici del contratto. L’introduzione nel sistema penal-tributario, con la riforma operata dal d.lgs. 158/2015, della lettera g)-bis all’art. 1, che definisce le operazioni “simulate”, richiamate nella fattispecie del reato di cui all’art. 3, come quelle “apparenti, diverse da quelle disciplinate dall’art. 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212, poste in essere con la volontà di non realizzarle in tutto o in parte”, si accompagnerebbe, a parere di alcuni autori³², ad un criterio di distinzione tra le ipotesi di dichiarazione fraudolenta alternativo e complementare a quello del mezzo adoperato per la commissione della condotta incriminata: ossia la natura “inesistente” o “simulata” dell’operazione esposta nella dichiarazione “fraudolenta”. Solo nel fenomeno della simulazione si assisterebbe quindi ad una discrepanza tra realtà “documentale” e realtà “effettuale”, ossia tra il “programma negoziale” che emerge dall’attestazione che ne danno le parti nel supporto documentale e quello su cui effettivamente improntano il proprio agire³³. Ma la giurisprudenza, dal canto suo, continua a tracciare la differenza tra gli ambiti delle due fattispecie di dichiarazione fraudolenta esclusivamente attenendosi al diverso supporto documentale attraverso cui si esprime la condotta: *“Il discrimine tra i due reati previsti non è dato dalla natura dell’operazione, ma dal modo in cui essa è documentata (...), poiché alla particolare idoneità probatoria della fattura corrisponde una maggiore capacità decettiva delle*

³¹ A. LA ROSA, cit., p. 454. Nello stesso senso, V.E. FALSITTA-M. FAGGIOLI, *La normativa di riferimento e le definizioni legali*, cit., p. 49; G. L. SOANA, cit., p. 125.

³² v. G. DI VETTA, cit., pp. 620, 621; V.E. FALSITTA-M. FAGGIOLI, cit., pp. 106-108.

³³ Come afferma G. DI VETTA, cit., p. 667: *“Se la simulazione si sostanzia in un’operazione negoziale volta alla creazione di un’apparenza contrattuale, a fronte, eventualmente, di un diverso regolamento di interessi (contratto dissimulato), l’inesistenza oggettiva concerne le ipotesi in cui è viceversa ravvisabile l’insussistenza in rerum natura delle attribuzioni giuridico-patrimoniali che formano l’oggetto dell’operazione documentata su fattura o altro documento”*.

*falsità commesse utilizzando proprio tali documenti*³⁴. Questo comporta di fatto la disapplicazione dell'art. 1, nel testo successivo alla riforma, dal momento che lo stesso distingue chiaramente (alle lettere a) e g-bis)) le operazioni "simulate" da quelle "inesistenti". Resta tuttavia confermata nel sistema dei reati fiscali la clausola di sussidiarietà posta in apertura dell'art. 3. Ciò ha spinto qualche autore a definire l'operazione "simulata", ai fini dell'integrazione della fattispecie incriminatrice, come quella "*documentata mediante fatture o altri documenti equipollenti*" che "*è posta a supporto di una dichiarazione mendace relativa ad elementi attivi*", proprio perché la fattispecie di cui all'art. 2 non fa riferimento che all'indicazione di "elementi passivi fittizi"³⁵. Un concorrente indirizzo dottrinale designa invece i casi di "simulazione relativa soggettiva" come ipotesi di "interposizione fittizia"³⁶, e cioè fattispecie negoziali che prevedono agli effetti esterni la presenza di un intermediario il quale, nell'effettivo programma cui si attengono le parti, non ha il ruolo che dovrebbe ricoprire sulla base del rapporto contrattuale simulato che traspare all'esterno³⁷. La differenza tra questo tipo di interposizione e quello in cui l'intermediario è un soggetto privo di qualsiasi consistenza nella realtà o di qualsiasi ruolo all'interno della triangolazione (la quale si riduce così ad un semplice rapporto bilaterale tra interponente e cedente/prestatore), che è in concreto molto labile, costituirebbe, secondo tale concezione, il *discrimen* tra le due fattispecie di dichiarazione fraudolenta³⁸. La giurisprudenza prevalente non accoglie,

³⁴ Cass., III, 1.4.2020, n. 10196; conf. Cass., III, 1.8.2017, n. 38185.v. anche Corte costituzionale, ord. 6.2.2019, n. 15.

³⁵ F. CINGARI, *Il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, XIII, *I reati tributari* (a cura di R. BRICCHETTI-P. VENEZIANI), Assago, 2017, p. 211. v. anche A. PERINI, *Il delitto di dichiarazione fraudolenta*, cit., p. 231; A. INGRASSIA, *Ragione fiscale vs "illecito penale personale"*, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 70.

³⁶ Questa assimilazione concettuale ha solide basi nella dottrina civilistica, *ex multis*, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, *Il contratto*, Milano, 1997, p. 657; R. SACCO, *Simulazione (diritto civile)*, in *Enc. Giur.*, XXVIII, Roma, 1992; A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017, p. 609; A. GENTILI, *Simulazione nei negozi giuridici*, in *Dig. civ.*, XVIII, Torino, 1999, p. 513, per il quale "*si ha simulazione soggettiva nei casi di interposizione fittizia, in cui risulta ai terzi esser parte del rapporto persona diversa da quella che assume gli stessi diritti o doveri nel rapporto fra le parti*".

³⁷ v. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. 2, *Le obbligazioni e i contratti*, tomo I, *Obbligazione in generale, contratti in generale*, Padova, 2004, pp. 341 ss., per il quale l'interposizione fittizia di persona "*è una particolare specie di simulazione relativa, che investe l'identità delle parti*".

³⁸ Tra i primi commentatori della riforma, S. PUTINATI, sub art. 3, in C. NOCERINO-S. PUTINATI, cit., p. 54: "*Le aggiunte e le specificazioni della condotta tipica di cui al novellato art. 3 non sembrerebbero da leggersi solo nella prospettiva di una descrizione più dettagliata e precisa del concetto di fraudolenza, ma, una volta allargata la platea dei destinatari, si potrebbe concludere che la ratio legis sia stata proprio quella di (ri)portare nell'ambito applicativo dell'art. 3 le ipotesi espressamente descritte di simulazione che non siano abuso del diritto, e lasciare alla disciplina dell'art. 2 tutto ciò (c.d. "sottostante") che venga riflesso nelle fatture, ma che sia materialmente inesistente*". Successivamente, v. E. MUSCO-F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2016., p. 134: "*Novellando l'art. 3 e le definizioni di cui all'art. 1, d.lgs. 74/2000, la lett. g-bis), la riforma pone una netta distinzione fra inesistenza soggettiva e interposizione fittizia o simulata: si ha inesistenza soggettiva laddove si riscontri semplicemente una falsa indicazione del cessionario-committente (...); si ha, invece, "interposizione fittizia" secondo la definizione della lett. g-bis), laddove l'operazione sia "simulata" anche in senso civilistico (...)*"; A. LA ROSA, cit., p. 461, *passim*, la quale parla di "*distinzione tra i casi di vera e propria interposizione negoziale, nei quali un preciso accordo di natura triangolare tra interponente e interposto e, a seconda dei casi, fruitore o prestatore del bene o del servizio (...)* ed i casi

come è intuibile, questo orientamento, continuando a ravvisare l'elemento distintivo tra le due fattispecie a partire esclusivamente dal supporto con cui l'operazione "fraudolenta" è documentata. In quest'ottica, posta la discrepanza tra dato documentale e dato fattuale, l'interposizione di un soggetto che non ha preso parte al negozio, a differenza di quanto attestato dalle fatture, è sempre "fittizia". È così affermazione ricorrente quella per cui *"l'inesistenza soggettiva dell'operazione documentata in fattura (...) ricorre ogniqualvolta ci sia un'interposizione fittizia di una qualsiasi delle parti effettive dell'operazione contrattuale"*³⁹. A tal proposito, si è definita come interposizione fittizia quella *"finalizzata fin da principio esclusivamente a frapporre uno "schermo" fra il contribuente e l'Amministrazione finanziaria, sicché l'interposto non risulti, dal punto di vista economico, parte effettiva nella transazione commerciale all'origine dell'emissione del documento fiscale"*⁴⁰.

Va anche puntualizzato che oggetto di repressione da parte della disciplina lavoristica di riferimento, cui si è brevemente accennato all'inizio, non risulta essere tanto il fenomeno della simulazione, proprio dal momento che lo stesso può essere fatto valere in qualsiasi momento già ai sensi dell'art. 1415 c.c., quanto piuttosto il fenomeno dell'interposizione realmente posta in essere dalle parti, in cui *"il contratto di lavoro tra lavoratore e interponente è voluto proprio per evitare la costituzione del rapporto di lavoro con l'imprenditore interposto, che acquisisce così forza lavoro mediante lo pseudoappalto"*⁴¹.

Dall'interposizione "fittizia" va invece distinta l'interposizione "reale", ossia quella triangolazione che ha veramente luogo fra i soggetti coinvolti e nella quale il soggetto interposto riceve e ritrasferisce effettivamente determinati rapporti giuridici in capo all'interponente. Non vi è dunque alcuna "apparenza contrattuale" ma, al contrario, il programma negoziale perseguito dalle parti è "realmente" quello che traspare all'esterno⁴². È stato sostenuto che, al più, questo costrutto sarebbe idoneo ad eludere la disciplina fiscale, permettendo a chi la attua di approfittare di un regime più vantaggioso che, ove ne ricorrano i requisiti, può rilevare ai sensi dell'art. 10-bis della legge 212/2000⁴³. A ben vedere, tuttavia, sembra che non ci siano ragioni, all'interno del sistema penale tributario, per escludere che esso trovi applicazione anche nei casi in cui, in base alla normativa di riferimento, il rapporto interpositorio debba considerarsi invalido, posto che non è affatto dimostrato che il negozio nullo sia allo stesso tempo giuridicamente "irrilevante", ma anzi, come si è evidenziato in precedenza, la disciplina di riferimento, e in particolare quella tributaria, può attribuirgli determinati effetti, in relazione agli interessi tutelati. Il fenomeno dell'elusione fiscale, infatti, non comporta la

di totale estraneità del soggetto indicato in fattura all'operazione negoziale". *contra*, v. A. LANZI-P. ALDROVANDI, cit., p. 267, nt. 156.

³⁹ Cass., III, 12.11.2019, n. 10916. Conf: Cass., III, 3.5.2016, n. 35587; Cass., III, 6.10.2015, n. 46857; Cass., III, 11.4.2017, n. 38185.

⁴⁰ A. LANZI-P. ALDROVANDI, cit., p. 231.

⁴¹ A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, p. 819.

⁴² Già il F. FERRARA, in *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, p. 220, aveva sottolineato come l'interposizione reale non configuri un'ipotesi di simulazione, attuandosi *"quando l'interposto acquisisce da un terzo un diritto per trasferirlo all'interponente"* infatti egli, in quanto "intermediario" *"sta nel mezzo per ricevere e ritrasferire o per obbligarli ad essere esonerato"*.

⁴³ cfr. A. LANZI-P. ALDROVANDI, cit., p. 232.

violazione diretta di precetti tributari, ma il loro utilizzo, ai fini di ricavarne un “indebito vantaggio”, in modo disfunzionale rispetto alla *ratio* che ne giustifica l'applicazione. Nulla impedisce quindi che si possa parimenti escludere la rilevanza penale del fenomeno interpositorio che, quantunque in violazione delle norme tributarie di riferimento, non comporta l'indicazione in fattura di soggetti che non vi hanno preso parte effettivamente. A questo proposito, la Cassazione ha affermato che *“non si avrebbe un'operazione fittizia ove taluno, senza alcun accordo fraudolento con le controparti prendesse effettivamente parte ad un'operazione commerciale al solo fine di realizzare guadagni attraverso la violazione dei propri obblighi fiscali”*⁴⁴.

Questo assunto viene però disatteso nella casistica riguardante il fenomeno dell'interposizione illecita di manodopera, nel momento in cui si afferma che *“le operazioni (...) sarebbero in ogni caso soggettivamente inesistenti, perché al più potrebbero riferirsi a prestazioni lavorative svolte direttamente dai singoli lavoratori, i quali avrebbero il diritto di chiedere al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo (...) stante l'invalidità dell'originario rapporto di somministrazione”*⁴⁵. In altri termini, proprio perché l'interposizione di manodopera integra un illecito nell'ordinamento giuslavoristico, ai fini dell'applicazione della norma penale essa costituisce un'operazione inesistente nella realtà, dove quello che si verifica altro non è che l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato in capo all'interponente.

Secondo un orientamento dottrinario piuttosto diffuso, al contrario, sarebbe irrilevante, ai fini dell'accertamento penale, che tale accordo sia qualificabile come illecito nel sistema civilistico di riferimento, dovendosi invece a tal fine arrivare ad escludere, nel caso concreto, l'effettivo coinvolgimento del soggetto documentato come interposto, il quale deve risultare nei fatti “estraneo” rispetto ad una triangolazione che

⁴⁴ Cass., II, 8.5.2008, n. 21566. È parimenti noto ai commentatori il caso di Cass., III, 26.11.2008, n. 3203, dep. 23.1.2009 (in *Il Fisco*, 2009, 26, p. 4268, nt. V. CARDONE-F. PONTIERI; *Riv. dir. trib.*, 2009, p. 121, nt. T. ROTELLA; *Corr. trib.*, 2009, p. 867, nt. G.B. PORTALE), in cui l'amministratore di una società era stato imputato del reato di cui all'art. 2, d.lgs. 74/2000, per aver portato in deduzione nella dichiarazione dei redditi di questa spese affrontate per lavori di ristrutturazione di un appartamento preso in locazione dalla società quale domicilio per lui e la sua famiglia. Alla qualificazione del fatto operata dai giudici di merito, per cui la società risulta essere soggetto interposto tra l'esecutore delle prestazioni lavorative e l'amministratore beneficiario, il quale non figura nelle fatture per consentire a questa di dedurre le relative spese dal proprio reddito, si oppone quella risultante dalla sentenza di Cassazione, che rileva come tale triangolazione trovasse conforto nel dato fattuale emergente dalle risultanze probatorie: sicché la società, quale effettivo committente delle prestazioni in questione, per quanto a beneficio del proprio amministratore, non fosse da qualificarsi come soggetto “inesistente”, ossia *“del tutto estraneo a detta operazione, non avendo assunto affatto nella realtà la qualità di committente o cessionario della merce o del servizio ovvero di pagatore o di percettore dell'importo della relativa prestazione”*.

⁴⁵ Cass., III, 27.1.2022, n. 16302, cit. Negli stessi termini, e tutte e tre sulla stessa vicenda, Cass., III, 4.3.2021, n. 8809; Cass., III, 7.4.2021, n. 32877; Cass., III, 2.2.2022, n. 11633, *Casanova*. Più recentemente, Cass., III, 10.2.2023, n. 12550. In termini parzialmente diversi, Cass., III, 11.12.2019, n. 16435, Cass., III, 9.11.2018, n. 24540: in entrambi i casi viene contestato al contribuente infedele, più che di aver stipulato contratti sostanzialmente integranti una fattispecie interpositoria illecita, di essersi servito, in modo da beneficiare di un regime fiscale più favorevole, di un soggetto appositamente costruito per assumere il ruolo di interposto, al di là quindi di un giudizio sulla liceità di tale interposizione.

risulta tale solo nelle fatture, oppure l'idoneità stessa del soggetto a figurare come autonomo centro di imputazione giuridica e intermediario dei rapporti che verranno trasferiti in capo all'interponente: il discrimine tra interposizione fittizia e reale dovrebbe essere tracciato quindi sulla base di un criterio sostanziale di identificazione della funzione effettivamente ricoperta dall'interposto. Deve dunque qualificarsi come fittizia l'interposizione del soggetto "privo di un'apprezzabile funzione economico-manageriale nello scambio, di una consistenza patrimoniale"⁴⁶. Le risultanze che documentano la "non operatività economica" del soggetto interposto possono inoltre suffragare la "non alterità" dello stesso rispetto all'interponente, che potrà quindi essere identificato come soggetto cui avrebbe dovuto far riferimento la fattura al fine di documentare elementi passivi non "fittizi": in questo senso, il soggetto "effettivo" è diverso da quello indicato in fattura. Questa dimostrazione di "non alterità" dell'interposto rispetto all'interponente passa quindi attraverso l'accertamento in capo al primo di una funzione "eminentemente passiva di mero intestatario del cespite produttivo (fiducia cum amico), laddove invece l'effettiva funzione o finalità gestoria del ruolo investito connoterebbe come reale l'istituto interpositorio (fiducia cum creditore)"⁴⁷. E come "creditore" nel rapporto fiduciario, l'interposto deve risultare "portatore di un proprio interesse, apprezzabile e significativo sotto il profilo economico", non rilevando, ai fini della distinzione tra i due tipi di interposizione, le "modalità dell'attribuzione patrimoniale" del cespite in capo a costui, siano queste simulate, o meno⁴⁸. È questo il caso della società "cartiera", la cui stessa struttura, prevalentemente priva di riscontri al di fuori del dato documentale, si dimostra inadeguata al compendio negoziale che le è attribuito sulla base della documentazione⁴⁹.

È quindi necessario tenere ben distinti, ai fini dell'accertamento penale "i casi rozzamente palesi di inesistenza reale della società interposta, a struttura meramente "cartacea" (...) dalle ipotesi in cui le società interposte "hanno effettiva consistenza strutturale (uffici diversi con propri dipendenti) e regolarità di gestione amministrativa" dimodoché la catena commerciale trovi una sua "valida giustificazione economica"⁵⁰. Possono infatti darsi casi in cui una società, provvista di una struttura imprenditoriale autonoma, in ragione di proprie necessità gestionali decida di generare fatture per prestazioni mai realizzate

⁴⁶ G. DI VETTA, cit., p. 600. v. anche A. LOVISOLO, *Possesso di reddito e interposizione di persona*, in *Dir. prat. Trib.*, 1993, 1., p. 1700; F. ANTONACCHIO, *Interposizione fittizia e reale nel delitto di frode fiscale*, in *Il Fisco*, 2005, 36, p. 5673.

⁴⁷ Così A. MEREU, *La repressione penale delle frodi IVA*, Assago, 2011, p. 42, (enfasi dell'Autrice).

⁴⁸ Sempre A. LOVISOLO, *Possesso di reddito*, cit., p. 1700, (enfasi dell'Autore).

⁴⁹ In questo senso, C.M. PRICOLO, sub art. 2, in I. CARACCIOLI-A. GIARDA-A. LANZI, cit., p. 105; A. PERINI, *La tutela penale della dichiarazione fiscale*, in C. SANTORIELLO, *La disciplina penale dell'economia*, vol. 2, Torino, 2008, p. 121, secondo cui "indubbia appare la precipua vocazione della fattispecie [di cui all'art. 2] a colpire l'interposizione fittizia di soggetti che, apparentemente parti di un rapporto commerciale, in realtà fungono da mero "paravento" per dissimulare l'effettivo contraente"; P. VENEZIANI, *Emissione e utilizzo di fatture per operazioni inesistenti: asimmetrie dei modelli criminosi e forme di manifestazione del reato*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, 2011, p. 633: "Se il soggetto è meramente interposto, e non ha la veste di operatore economico effettivo in rapporto all'operazione di qua, il semplice dato oggettivo dell'interposizione non pare escludere la necessità di individuare il vero protagonista dell'operazione medesima".

⁵⁰ v. I. CARACCIOLI, *Oscillazioni giurisprudenziali sulle "operazioni triangolari" finalizzate al mancato versamento dell'IVA*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, 5, p. 49.

verso altri soggetti, così evitando di risultare essa stessa come centro d'imputazione giuridica dei medesimi rapporti⁵¹. In altri termini, *“se l'operazione rappresentata nel documento esiste, perché, per ipotesi, vi è stato l'effettivo pagamento del corrispettivo, comprensivo di IVA da parte del cessionario finale, ovvero può ritenersi acquisita la prova che il medesimo soggetto ha ricevuto la materiale disponibilità dei beni dell'interponente, l'accertamento dell'eventuale inesistenza soggettiva esige la dimostrazione che quella stessa operazione – e non un'altra, diversa e del tutto virtuale – si è effettivamente svolta con un soggetto effettivo, diverso dal cedente indicato in fattura (la società cartiera interposta)”*⁵².

Di conseguenza, per accertare l'inesistenza soggettiva delle operazioni, nel momento in cui il soggetto interposto è dotato di una sua consistenza economica, non giova “trasformare” l'operazione che nella realtà si configura come intermediata in un'operazione diretta, appunto “virtuale”, tra fornitore/prestatore e interponente⁵³.

5. Conclusioni.

Sembra quindi che vi siano non pochi dubbi sull'orientamento giurisprudenziale che vede quali “operazioni inesistenti” i rapporti di interposizione illecita nella manodopera, mascherati da appalti non genuini poiché manchevoli dei requisiti di cui all'art. 29 del d.lgs. 276/2003. Si è detto che il soggetto indicato in fattura deve essere inesistente quando l'operazione documentata non è intercorsa con esso, ma con una controparte diversa, oppure, come avviene nelle c.d. “frodi carosello”⁵⁴, con un soggetto che si rivela essere un “simulacro”, una “testa di legno”, priva di quella consistenza e identità economico/imprenditoriale che ne consenta un'individuazione in un soggetto “altro” rispetto a quello che appare formalmente come avente causa nel negozio, ma che sostanzialmente si accerta quale effettivo esercente di tutti i poteri tipici del titolare dei rapporti giuridici attivi e passivi. Anche se questa sostanziale identificazione delle due parti nell'identità unica del formale avente causa ricomprende i concetti di mancanza di organizzazione e di assenza di rischio d'impresa, che a norma dell'art. 29, comma 1, d.lgs. 276/2003, contraddistinguono l'appalto dalla somministrazione - nel senso che il soggetto la cui consistenza economica si aliena completamente nella sua formale

⁵¹ Similmente, anche A. MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, XVII, Milano, 2010, p. 475; nello stesso senso, M. DI SIENA, *Operazioni soggettivamente inesistenti e detraibilità dell'IVA*, in *Rass. trib.*, 2007, 1, p. 204, nt. 5.

⁵² G. DI VETTA, cit., p. 611.

⁵³ Il quale veramente, per usare la felice espressione di Cass., III, 26.11.2008, n. 3203, dep. 23.1.2009, cit., sarà *“del tutto estraneo a detta operazione, non avendo assunto affatto nella realtà la qualità di committente o cessionario della merce o del servizio ovvero di pagatore o di percettore dell'importo della relativa prestazione”*.

⁵⁴ Sulla posizione del “missing trader”, cioè della società cartiera che opera in questo tipo di frodi, v., tra gli altri, F. ANTONACCHIO, *Interposizione di società “cartiere” estere e rischi di frode all'IVA in Italia*, in *Il Fisco*, 2005, 33, pp. 5153 ss.; G.D. TOMA, *Frodi all'IVA comunitaria, riciclaggio e indagini tributarie*, in *Dir. prat. trib.*, 2008, 5, pp. 975 ss.; I. CARACCIOLI, *Interposizione e norme antifrodi in materia di IVA: Profili penali*, in *Il Fisco*, 2006, 14, p. 2156; A. GIOVANARDI, *Le frodi IVA. Profili ricostruttivi*, Torino, 2013, p. 11; MEREU, cit., p. 7 ss.; G. DI VETTA, cit., p. 607, A. LA ROSA, cit., p. 464

controparte logicamente non mantiene alcun controllo sui suoi formali dipendenti né affronta in alcun modo il rischio che contraddistingue l'attività d'impresa esercitata in senso tipico -, cionondimeno si deve ritenere che questi due requisiti possono mancare anche in capo a colui che ha una sua propria soggettività imprenditoriale e che la esercita secondo modalità illecite. In altri termini: se un imprenditore decide di prestare la sua forza lavoro ad un altro in modo illegale (non essendo autorizzato come agenzia di somministrazione nei termini della relativa disciplina – oggi d.lgs. 81/2015), commettendo quindi un illecito sul piano civilistico, non per questo viene meno la sua consistenza economica e gestionale. L'atto dispositivo del proprio patrimonio, inteso come insieme dei rapporti giuridici attivi e passivi facenti capo allo stesso soggetto, ancorché invalido in quanto illecito, presuppone per ciò stesso che quel soggetto esista, e non soltanto *in rerum natura* ma, anche qui, più che altro sul piano giuridico.

Questa radicale differenza concettuale che esiste tra l'interposto nei rapporti di lavoro e il soggetto "inesistente" nei termini dell'art. 1, lett. a), d.lgs. 74/2000 è confermata, in concreto, anche sulla base di alcuni fra i caratteri individuati dai giudici per l'uno o l'altro caso. Se da una parte è dirimente stabilire chi tra committente e appaltatore esercita effettivamente i poteri direttivo ed organizzativo (il carattere di "eterodirezione") e si rimarcano quindi l'assenza di alcun controllo sulla prestazione da parte del datore di lavoro formale (quale segno del definitivo incardinamento dei lavoratori nella struttura imprenditoriale del committente) e lo svolgimento di quelle stesse mansioni da parte dei dipendenti dell'appaltante, che si trovano ad impartire ordini e direttive intorno alle esatte modalità di svolgimento della prestazione⁵⁵, dall'altra l'indagine si incentra piuttosto sulla natura e sull'autonomia del presunto interposto, indipendentemente dalla prestazione in concreto resa, verificando quindi l'autonomia dell'organo gestorio (che non deve risultare formato da prestanome), l'effettiva esistenza di una sede legale che appaia congrua per accogliere l'attività d'impresa che figura essere realizzata⁵⁶. Il fatto, quindi, che il soggetto interposto si sia "*limitat[o] alla mera gestione amministrativa della posizione relativa ai lavoratori impiegati presso le società committenti*"⁵⁷ può essere sì valorizzato per negarne la qualità di appaltatore, ma non per affermarne l'inesistenza, proprio perché nell'ambito del costruito interpositorio risulta in questo modo non privo di una sua consistenza o autonomia, in quanto titolare di un proprio "ruolo", ancorché non conforme al modello legale di "appalto". Questo non impedisce che alcuni indici possano essere utilizzati per suffragare sia l'esistenza di una "eterodirezione" atipica rispetto al modello dell'appalto consacrato nell'art. 29, comma 1, d.lgs. 276/2003, sia di una situazione di sostanziale

⁵⁵ v. Cass. civ., IV, 10.6.2019, n. 15557, v. § 6.4 del C.i.D.: "*Il giudice del merito deve accertare se la società appaltante svolga un intervento direttamente dispositivo e di controllo sulle persone dipendenti dall'appaltatore del servizio, non essendo sufficiente a configurare la intermediazione vietata il mero coordinamento necessario per la confezione del prodotto. Sono leciti gli appalti di opere e servizi che, pur espletabili con mere prestazioni di manodopera, costituiscano un servizio in sé, svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore, senza diretti interventi dispositivi e di controllo dell'appaltante sulle persone dipendenti dall'altro soggetto*".

⁵⁶ Come correttamente rileva Cass., III, 11.12.2019, n. 16435.

⁵⁷ Così Cass., III, 4.3.2021, n. 8809, cit.

inconsistenza economica del soggetto che si presenta come appaltante⁵⁸. Ma ai fini dell'accertamento penale sarà rilevante solo questa seconda circostanza, essendo invece indifferente alla ricostruzione della fattispecie di cui all'art. 2 del d.lgs. 74/2000, il fatto che il rapporto effettivamente in essere con la controparte, la quale esiste ed è la stessa documentata dalle fatture, sia illecito ed invalido nel sistema civilistico di riferimento.

Una diversa ricostruzione, ove la selezione della condotta penalmente rilevante consegua all'accertamento di un altro tipo di illecito, già provvisto di una risposta sanzionatoria specifica, rischia di tradire quella funzione propria del diritto penale (comune anche alla materia penale tributaria) così ben esplicitata chiaramente in una delle pronunce che hanno segnato più a fondo il diritto penale tributario negli ultimi anni: *“il disvalore espresso dalla condotta penalmente sanzionata deve essere individuato esclusivamente all'interno della norma che la descrive, che deve essere a sua volta applicata in conformità ai principî di stretta legalità e tassatività che governano l'interpretazione della legge penale, rifuggendo pertanto dalle sempre possibili suggestioni che il comune oggetto della materia trattata può comportare e che possono determinare il rischio sia di non ammesse interpretazioni analogiche, che di scorciatoie probatorie volte ad attrarre nella fattispecie penale la pura e semplice constatazione dell'inadempimento dell'obbligo tributario che la norma stessa non ritiene sufficiente ai fini della punibilità dell'autore”*⁵⁹.

⁵⁸ Questo risulta evidente nella ricostruzione del fatto offerta da Cass., III, 27.1.2022, n. 16302, cit. (caso *DHL Supply Chain*), nella quale le numerose circostanze a sostegno dell'illegittimità dell'appalto sulla base della assoluta carenza di autonomia organizzativa e direttiva da parte dell'interposto consorzio potevano forse essere utili ad argomentarne l'assoluta inconsistenza in quanto soggetto-imprenditore, una “creatura” nelle mani del suo formale appaltante, e ancora prima in Cass., III, 14.7.2015, n. 36398, relativa a un caso analogo di interposizione illecita nel rapporto di lavoro, nella quale la ricostruzione dell'accusa veniva supportata richiamandosi al *“rinvenimento, nell'ufficio del ricorrente, di varia ed ampia documentazione relativa a società alle quali egli avrebbe dovuto teoricamente essere estraneo”* (v. C.i.D., § 3.2).

⁵⁹ Cass., III, 24.10.2014, n. 43809, nel caso *Dolce & Gabbana*.

IL PROCESSO PENALE ALLA PROVA DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA: UNA PROSPETTIVA PRATICA

di Francesco Sanvitale

L'Autore presenta il "modello operativo per il raccordo tra giustizia riparativa e procedimento penale", sviluppato dall'Università degli Studi della Tuscia nell'ambito del progetto "Per una Giustizia giusta: innovazione ed efficienza negli Uffici giudiziari – Giustizia AGILE". L'obiettivo è quello di individuare e valutare in modo dettagliato i presupposti, indicati in termini generali dal nuovo art. 129-bis c.p.p., sulla base dei quali l'autorità giudiziaria deve decidere circa l'invio degli interessati ai centri di giustizia riparativa.

SOMMARIO: 1. Un modello operativo per il raccordo tra giustizia riparativa e procedimento penale. – 2. La centralità dell'art. 129-bis c.p.p. nel sistema concepito dalla c.d. riforma Cartabia. – 3. Giustizia riparativa, procedimento penale ed efficienza: il fondamento e la funzione del modello per il raccordo. – 4. Le attività preliminari. – 4.1. La radiografia dei soggetti. – 4.2. La radiografia del procedimento. – 5. Gli indici di mediabilità. – 5.1. Definizione e premessa metodologica. – 5.2. Rilevazione, valutazione e descrizione. – 6. Riflessioni conclusive.

1. Un modello operativo per il raccordo tra giustizia riparativa e procedimento penale.

Nell'ambito del progetto denominato *"Per una Giustizia giusta: innovazione ed efficienza negli Uffici giudiziari - Giustizia AGILE"*¹, l'Università degli Studi della Tuscia ha sviluppato un modello operativo per il raccordo tra giustizia riparativa e procedimento penale (di seguito, "il modello"), da consegnare agli uffici giudiziari affinché gli addetti all'Ufficio per il Processo² assistano l'autorità giudiziaria fornendole gli elementi per valutare se inviare gli interessati al Centro di giustizia riparativa di riferimento per l'eventuale avvio dei programmi di giustizia riparativa³. Com'è noto, gli addetti

¹ Il progetto è stato finanziato, per la Macro-Area n. 3, nell'alveo del "Progetto unitario per la diffusione dell'Ufficio per il Processo e l'implementazione di modelli operativi innovativi negli Uffici giudiziari per lo smaltimento dell'arretrato", adottato in esecuzione dell'ambito dell'Asse I - Obiettivo Specifico 1.4 - Azione 1.4.1 del PON Governance e Capacità Istituzionale ("Azioni di miglioramento dell'efficienza e delle prestazioni degli Uffici Giudiziari attraverso l'innovazione tecnologica, il supporto organizzativo alla informatizzazione e telematizzazione degli Uffici Giudiziari, disseminazione di specifiche innovazioni e supporto all'attivazione di interventi di change management"). Per un approfondimento sugli scopi di tale progetto di portata nazionale, v. M.F. GHIRGA, *L'ufficio del processo: una sfida*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 177 ss.

² Il suggerimento, ferma restando la discrezionalità degli uffici giudiziari e la disponibilità di una sufficiente dotazione di personale, è quello di creare all'interno dell'Ufficio per il Processo un "Team Restorative", che sperimenti il modello.

³ Il modello sarà presentato nel corso del convegno finale del citato progetto "Giustizia AGILE", che si terrà

all'Ufficio per il Processo si sono insediati negli uffici giudiziari in forza del d.l. 9 giugno 2021, n. 80⁴ e svolgono varie funzioni di assistenza e supporto all'amministrazione della giustizia⁵. Il modello, pensato primariamente per tali soggetti, potrà ciò nondimeno essere impiegato anche direttamente dall'autorità giudiziaria, con l'eventuale ausilio di tirocinanti o personale di altro genere.

Con il modello ci si propone di assicurare l'efficienza del fondamentale "meccanismo di scambio"⁶ tra i "binari" del procedimento penale e quelli della giustizia riparativa⁷, disciplinato dall'art. 129-bis c.p.p., introdotto, com'è noto, dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. riforma Cartabia)⁸. Questa disposizione, nel definire i presupposti al ricorrere dei quali l'autorità giudiziaria può inviare gli interessati ai centri di giustizia riparativa, rappresenta il principale momento di raccordo tra i citati binari, che sono sì paralleli, ma anche comunicanti, proprio perché, pur essendo governati da regole diverse e sviluppandosi autonomamente, trovano degli importanti momenti di scambio e raccordo⁹.

Pertanto, per prima cosa si esaminerà il ruolo dell'art. 129-bis c.p.p. rispetto alla nuova «disciplina organica della giustizia riparativa»¹⁰. Successivamente, si passerà alla dettagliata descrizione del modello, nelle sue tre componenti portanti: la radiografia dei

in data 21 settembre 2023 presso l'Università degli Studi della Tuscia, che è l'Università capofila del progetto.

⁴ D.l. 9 giugno 2021, n. 80, Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia (c.d. decreto reclutamento), convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2021, n. 113.

⁵ V., fra i tanti, L.R. LUONGO, *Le funzioni degli «addetti» all'ufficio per il processo nel sistema della giustizia ordinaria*, in *Judicium*, 15 marzo 2022.

⁶ Propone l'efficace immagine dei "meccanismi di scambio" tra i binari M. GALLI, *Tra binario riparativo e binario punitivo: i nuovi tracciati della giustizia penale dopo la Riforma "Cartabia"*, in E.M. CATALANO - R.E. KOSTORIS - R. ORLANDI (a cura di), *Efficienza e razionalizzazione delle risorse nel procedimento di primo grado*, Giappichelli, Torino, 2023, § 1.

⁷ La metafora dei binari per descrivere il rapporto tra giustizia riparativa e giustizia penale si può ritrovare già nella *Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante 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 *Sist. pen.*, 10 agosto 2022, p. 383. V. poi, in dottrina, R. BARTOLI, [Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva](#), in questa *Rivista*, 29 novembre 2022, p. 11; V. BONINI, *Giustizia riparativa, un binario parallelo che non contamina il processo penale*, in *Il Dubbio*, 6 settembre 2022; EAD., *Evoluzioni della giustizia riparativa nel sistema penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, p. 118; M. GALLI, *Tra binario riparativo e binario punitivo*, cit.

⁸ D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari (c.d. riforma Cartabia). Per uno sguardo d'insieme, v. M. GIALUZ, [Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia \(profili processuali\)](#), in questa *Rivista*, 2 novembre 2022.

⁹ In questo senso, M. GALLI, *Tra binario riparativo e binario punitivo*, cit., § 1, per la quale i binari sono «differenti» ma non anche «indipendenti». V. anche R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa*, cit., p. 11 e, prima della c.d. riforma Cartabia, A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 55. M. BORTOLATO, *La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo*, in *Quest. Giust.*, 10 ottobre 2022, pp. 2-3 parla di percorsi paralleli e ne descrive la relazione in termini di complementarietà.

¹⁰ Questa la denominazione del Titolo IV del d.l. n. 150/2022.

soggetti, la radiografia del procedimento e la rilevazione e valutazione degli “indici di mediabilità”, ossia circostanze che possano suggerire o sconsigliare l’invio ai centri di giustizia riparativa, ricavate a partire dall’art. 129-bis c.p.p.¹¹. Tale descrizione è volta a illustrare il funzionamento del modello e soprattutto a porre in luce la sua importanza al fine di legare le ambizioni della giustizia riparativa con la realtà del procedimento penale, nella convinzione che un efficiente raccordo tra i due, specialmente sul versante processuale penale, rappresenti un requisito essenziale affinché la giustizia riparativa produca i suoi positivi effetti rispetto alle persone coinvolte, nonché agli obiettivi della giustizia penale.

2. La centralità dell’art. 129-bis c.p.p. nel sistema concepito dalla c.d. riforma Cartabia.

Il presente contributo non è centrato sull’esame della differenza tra il tracciato processuale e quello riparativo, della distanza tra i due binari e tra le loro destinazioni finali¹². Non si intende nemmeno approfondire lo scambio conclusivo, quello cioè che consente, con la relazione del mediatore a fungere da elemento di raccordo, di tornare sul binario del procedimento penale. Tale ultimo scambio rappresenta la mera ricaduta di quanto avvenuto alla fine della corsa sul binario riparativo. Il giudice¹³, infatti, è chiamato a valutare il programma di giustizia riparativa e l’eventuale esito riparativo ai fini penali, ma non esercita alcun sindacato sull’attività del mediatore, su quanto avvenuto in sede di giustizia riparativa e sugli accordi presi all’esito della mediazione. La stessa cognizione del giudice è limitata a quanto riportato nella relazione del mediatore, salvo che gli interessati abbiano rinunciato alla riservatezza del programma¹⁴.

¹¹ Una definizione più precisa sarà fornita più avanti, al § 5.1.

¹² È sterminata la letteratura, anche internazionale, sul punto. Tra i tanti, v. A. ASHWORTH, *Some Doubts about Restorative Justice*, in *Criminal Law Forum*, 1993, n. 4, pp. 277 ss.; R. BARTOLI, *Una breve introduzione*, cit.; M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Quest. Giust.*, 29 ottobre 2020; N. LACEY - H. PICKARD, *To Blame or to Forgive? Reconciling Punishment and Forgiveness in Criminal Justice*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, n. 4, pp. 665 ss.; J. SHAPLAND ET AL., *Situating restorative justice within criminal justice*, in *Theoretical Criminology*, 2006, n. 4, pp. 505 ss. V. anche il raffronto tra giustizia riparativa e tradizionale natura – a parere dell’Autore – vendicatoria della giustizia penale, svolto da R. BARTOLI, [Giustizia vendicatoria, giustizia riparativa, costituzionalismo](#), in questa *Rivista*, 22 marzo 2023, pp. 17 ss.

¹³ L’attività di valutazione dei risultati del programma di giustizia riparativa dovrebbe ritenersi di competenza esclusiva del giudice (non anche del pubblico ministero), come sostenuto dalla Relazione del Massimario (Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, Servizio penale, *Relazione n. 2/2023 - Relazione su novità normativa: La “riforma Cartabia”*, 5 gennaio 2023, p. 335. Così anche R. MUZZICA, [Il ruolo dell’autorità giudiziaria nei programmi di giustizia riparativa](#), in questa *Rivista*, 2/2023, p. 49.

¹⁴ Sull’importanza dell’impermeabilità del procedimento penale rispetto a quanto accaduto negli incontri effettuati in sede di giustizia riparativa e sui profili problematici concernenti la relazione del mediatore, v. M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, in *Quest. Giust.*, 10 ottobre 2022, p. 21; M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente*, cit., pp. 19-20; D. GUIDI, *Profili processuali della giustizia riparativa*, in *Discrimen*, 16 Novembre 2022 pp. 9 ss.; P. MAGGIO, [Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II. «Disciplina organica» e aspetti di diritto processuale](#), in questa *Rivista*, 27 febbraio 2023, pp. 28-29; L. PARLATO, *La giustizia riparativa: i nuovi e molteplici incroci con il rito penale*, in D. CASTRONUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G.

Si intende invece indagare, in una prospettiva pratica, che mira ad anticipare i problemi che potranno porsi nella sua attivazione, il “deviatoio”¹⁵ che consente di passare dal binario del procedimento penale a quello della giustizia riparativa. Tale meccanismo è fondamentale¹⁶: basti considerare che, sebbene la giustizia riparativa possa prendere avvio anche dopo la conclusione del procedimento penale con un provvedimento passato in giudicato o prima che esso abbia inizio per i reati perseguibili a querela, quando questa non sia stata ancora proposta, se tuttavia il procedimento penale è in corso, non si può prescindere dall’autorizzazione dell’autorità giudiziaria per iniziare un programma di giustizia riparativa¹⁷, anche d’ufficio¹⁸.

L’art. 129-bis c.p.p., che regola lo scambio, è norma rivolta all’autorità giudiziaria, destinata a operare esclusivamente nell’ambito del procedimento penale. Essa però costringe l’autorità giudiziaria a ragionare anche secondo le regole che governano la giustizia riparativa, poiché i parametri ivi enunciati (l’utilità rispetto alla risoluzione delle questioni derivanti dal fatto per cui si procede e la sussistenza di un pericolo concreto per gli interessati e per l’accertamento dei fatti) impongono una loro valutazione¹⁹.

Emerge quindi la funzione del modello quale strumento di raccordo tra le due diverse realtà, che cerca di specificare il significato dei criteri enunciati nel codice di procedura penale, guardando alla disciplina organica della giustizia riparativa contenuta nel d.lgs. n. 150/2022. Tramite il modello, si mira, insomma, a fornire una guida all’autorità giudiziaria nella valutazione di tali criteri.

Così, il modello si connette anche al principio del *favor* per la giustizia riparativa espresso dall’art. 43 comma 4 d.lgs. n. 150/2022²⁰. La sua osservanza, infatti, dipende

VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Wolters Kluwer - Cedam, 2023, pp. 282 ss.; R.A. RUGGIERO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale: un modello in costruzione*, in AA.VV., *Efficienza e razionalizzazione delle risorse*, cit., § 5. Sul contenuto della relazione, v. anche R. MUZZICA, *Il ruolo dell’autorità giudiziaria*, cit., pp. 50-51.

¹⁵ M. GALLI, *Tra binario riparativo e binario punitivo*, cit., § 5.

¹⁶ P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., p. 18, lo definisce il «più significativo dei flussi che origina le intersezioni – senza sovrapposizioni o totali coincidenze – fra l’insieme penale e l’insieme riparativo».

¹⁷ M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente*, cit., p. 15. Nello stesso senso, v. P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., p. 18.

¹⁸ Si badi bene però: l’invio d’ufficio non significa necessariamente avvio del programma di giustizia riparativa, poiché è pur sempre necessario che i mediatori valutino la fattibilità del programma e, soprattutto, raccolgano il consenso degli interessati (lo sottolinea, tra i tanti, A. PRESUTTI, [La giustizia riparativa alla prova del giusto processo penale](#), in questa Rivista, 27 giugno 2023, p. 9). Ancora prima, infatti, l’autorità giudiziaria deve sentire l’imputato e, se lo ritiene necessario, la vittima e qualora non fossero disponibili ad intraprendere il percorso di giustizia riparativa, dovrebbe astenersi dall’emettere il provvedimento. Così R.A. RUGGIERO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale*, cit., § 3.

¹⁹ M. GALLI, *Tra binario riparativo e binario punitivo*, cit., § 3 parla di «uno spazio normativo nuovo, in cui i principi e le regole della giustizia riparativa entrano in dialogo con quelli del diritto e del processo penale». Nello stesso senso, P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., p. 7 ss. rileva come la medesima “grammatica riparativa” finisca inevitabilmente per incidere su quella del diritto penale.

²⁰ Così M. GALLI, *Tra binario riparativo e binario punitivo*, cit., § 5: «vediamo bene quanto il ruolo di raccordo dell’autorità giudiziaria penale (e in particolare del giudice) sia centrale: senza il suo intervento, il

dalla concreta capacità dell'autorità giudiziaria di comprendere quando è opportuno inviare gli interessati ai centri di giustizia riparativa. E sul punto occorre tenere a mente che la richiesta legislativa di favorire l'accesso ai programmi di giustizia riparativa non può e non deve tradursi in invii automatici.

Il buon governo dei parametri di cui all'art. 129-bis c.p.p., che tutelano esigenze fondamentali tanto per il procedimento penale quanto per la giustizia riparativa, è cruciale al fine di evitare di appesantire, piuttosto che alleggerire, il sistema. Ciò potrebbe accadere, infatti, nel caso in cui si mandasse in mediazione una grande quantità di casi destinati a non concludersi con un esito riparativo.

L'esperienza pregressa non è incoraggiante. Il 2° Rapporto nazionale sulla Giustizia riparativa in area penale ha rilevato, tramite l'osservazione delle statistiche inerenti alle (poche) esperienze di mediazione per gli adulti in Italia, che quasi il 40% dei casi inviati ai centri dall'autorità giudiziaria non prendono poi neppure avvio perché non superano il vaglio sulla fattibilità svolto dai mediatori²¹. Ma la distanza rispetto al passato è notevole: adesso c'è una cornice normativa sia per la giustizia riparativa sia per il raccordo tra giustizia riparativa e penale. Pertanto, l'autorità giudiziaria può muoversi su un terreno che le è più familiare, quello dell'applicazione di disposizioni positive, pure se le impongono di confrontarsi con la nuova realtà normativa della giustizia riparativa. Ci sono, insomma, le condizioni per migliorare la statistica riportata.

Ciò rileva dunque in un'ottica di funzionalità ed efficienza del sistema, che però va intesa non come mera efficacia deflativa della giustizia riparativa rispetto al procedimento penale, bensì come qualcosa di più ampio, connesso alle finalità della giustizia penale in generale).

3. Giustizia riparativa, procedimento penale ed efficienza: il fondamento e la funzione del modello per il raccordo.

La c.d. riforma Cartabia, tramite l'introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa, intendeva perseguire anche una finalità deflativa. Lo si può forse trarre sin dal titolo della legge 27 settembre 2021, n. 134, che ha delegato il governo a

“deviatoio” verso il binario della giustizia riparativa non si apre, né il viaggio riparativo può essere valorizzato ad alcun fine». L'Autrice rimarca altresì l'importanza che, in caso di dubbio, l'autorità giudiziaria decida nel senso dell'invio al Centro di giustizia riparativa di riferimento, stante, appunto, la previsione di cui all'art. 43 comma 4 d.lgs. n. 150/2022, secondo cui l'accesso ai programmi di giustizia riparativa «è sempre favorito». Tale disposizione - richiamata, per la fase esecutiva, dall'art. 13 comma 3-bis ord. pen. - è infatti considerata, condivisibilmente, «una norma di principio che aiuta a risolvere i casi dubbi determinati dalla presenza di una lacuna normativa» (*op. cit.*, § 3.1).

²¹ I. MASTROPASQUA - M. BURGALASSI - N. BUCCELLATO - C. CORLETO - L. MAZZUCA, *Le attività di giustizia riparativa realizzate in Italia: una prima ricognizione*, in 2° Rapporto nazionale sulla Giustizia riparativa in area penale, in *Quaderni dell'Osservatorio sulla devianza minorile in Europa*, Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità. Centro Europeo di Studi di Nisida, Gangemi Editore, 2022, p. 166. Il dato, riportato anche da M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., p. 2, si riferisce al 2019 e comprende 320 mediazioni penali in totale.

riformare il processo penale ponendo l'uno a fianco all'altro i termini «efficienza», «giustizia riparativa» e «celere definizione dei procedimenti»²².

Tuttavia, la giustizia riparativa può produrre un effetto deflativo solo in via indiretta²³. Essa persegue, infatti, ben più ambiziose finalità di riconciliazione sociale e rieducazione dell'autore dell'offesa²⁴. D'altro canto, la giustizia riparativa stessa può richiedere tempi lunghi e non sono stati posti limiti temporali stretti al suo svolgimento. Ciò si porrebbe in contraddizione con la sua ispirazione personalista, che suggerisce di lasciare scegliere alle persone quanto tempo sia loro necessario per elaborare, anche emotivamente, le conseguenze di un fatto penalmente rilevante²⁵. Ed infatti si può accedere ai programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento e anche in fase esecutiva o in seguito a una sentenza di non luogo a procedere o non doversi procedere per difetto di una condizione di procedibilità o per intervenuta causa estintiva del reato.

²² Questo il titolo della legge n. 134/2021, poi attuata, come già segnalato, tramite il d.lgs. n. 150/2022: «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari». Altri, in realtà, ritengono che, al contrario, il titolo sia sintomo di una volontà del legislatore di distinguere la giustizia riparativa dagli altri due termini. Così M. GALLI, *Tra binario riparativo e binario punitivo*, cit., § 4. Ciò non toglie, però, che la disciplina sia inserita in un testo globalmente e dichiaratamente ispirato ad accrescere l'efficienza del processo penale. Uno spunto, poi, nel senso della volontà legislativa di collegare i tre termini lo si può ricavare dalla *Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134*, cit., p. 9, secondo cui «la giustizia riparativa concorre all'efficienza della giustizia penale in vario modo: agevola la riparazione dell'offesa e la tutela dei beni offesi dal reato; incentiva la remissione della querela; facilita il percorso di reinserimento sociale del condannato; riduce i tassi di recidiva e il rischio di reiterazione del reato nei rapporti interpersonali, rappresentando un utile e innovativo strumento per le politiche di prevenzione della criminalità». Valorizza tale passaggio anche F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte I «disciplina organica» e aspetti di diritto sostanziale*, in *Sist. pen.*, 27 febbraio 2023, p. 3.

²³ C. GRANDI, *Mediazione e deflazione penale: spunti per l'inquadramento di una relazione problematica*, in *Arch. pen.*, 3 febbraio 2020, p. 25 lo definisce un «effetto collaterale»; F. PALAZZO, [I profili di diritto sostanziale della riforma penale](#), in questa *Rivista*, 8 settembre 2021, p. 10, un «risultato meramente accessorio». Sul rapporto tra deflazione e giustizia riparativa, si rinvia ad A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale*, cit. e G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflative della mediazione penale*, in G. DE FRANCESCO - E. VENAFA (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 117 ss.; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa*, ESI, Napoli, 2017, p. 75 ss.

²⁴ Così, tra i tanti, V. BONINI, *Evoluzioni della giustizia riparativa nel sistema penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, p. 111; M. GALLI, *Tra binario riparativo e binario punitivo*, cit., § 4; C. GRANDI, *Mediazione e deflazione penale*, cit.; F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale*, cit., p. 10.

²⁵ L'art. 43 comma 1 lett. h) d.lgs. n. 150/2022 espressamente enuncia quale principio della disciplina «la garanzia del tempo necessario allo svolgimento di ciascun programma». Sui tempi della giustizia riparativa e sul loro rapporto con quelli del procedimento penale, v., tra i tanti, G. DI CHIARA, *La premura e la clessidra: i tempi della mediazione penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 377 ss. e F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., p. 3. A livello internazionale, v. P. KENNY - L. LEONARD, *Restorative justice: Philosophy, theory and practice*, in AA.VV., *The Sustainability of Restorative Justice*, Emerald, 2014, p. 63 e la letteratura lì richiamata. Sulla natura al tempo stesso personalista e relazionale degli strumenti di giustizia riparativa, v. R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa*, cit., p. 5 ss.

Una finalità deflativa in senso stretto si può individuare solo con riguardo ai reati procedibili a querela²⁶. Rispetto ad essi, infatti, è possibile, come anticipato, accedere ai programmi di giustizia riparativa anche prima dell'avvio del procedimento penale²⁷ e, in ogni caso, l'esito riparativo determina la remissione della querela, e per l'effetto l'estinzione del reato.

Quanto ai reati procedibili d'ufficio, l'esito riparativo influenza in modo diretto esclusivamente il trattamento sanzionatorio e la sospensione dell'esecuzione della pena, senza condurre a una chiusura anticipata del procedimento. Margini per un'efficacia deflativa del programma di giustizia riparativa possono recuperarsi principalmente nella possibilità di valutare lo stesso esito riparativo per l'applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p.²⁸. Com'è noto, infatti, tale disposizione prevede ora che si possa prendere in considerazione, ai fini del giudizio circa la particolare tenuità del fatto, la condotta susseguente al reato: nulla vieta che l'autorità giudiziaria valuti lo svolgimento di un programma di giustizia riparativa²⁹. Poi, l'altra ipotesi in cui,

²⁶ V., per tutti, R.A. RUGGIERO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale*, cit., § 1, che, dopo aver rimarcato come la giustizia riparativa non sembri preordinata al contenimento dei tempi processuali, rileva come però ci siano dei casi, come quelli in cui il procedimento abbia ad oggetto un reato procedibile a querela, in cui essa può contribuire a una «maggiore efficienza della macchina processuale».

²⁷ Non a caso, è stato correttamente rilevato come la massima efficienza al sistema sarebbe apportata da un alto numero di esiti riparativi prima ancora della presentazione della querela. Nella *Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134*, cit., p. 372 si parla di un «reale effetto deflativo sulla stessa instaurazione dei procedimenti». Sul punto, v. M. GALLI, *Tra binario riparativo e binario punitivo*, cit., § 3.2.2, cui si rinvia altresì per un'approfondita ed acuta analisi circa le ragioni per cui questo scenario è in realtà improbabile. Si vedano anche le interessanti riflessioni, dal taglio pratico, di M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., pp. 7-8.

²⁸ Non è mancato chi abbia ipotizzato, in chiave critica, persino la creazione giurisprudenziale di «una sorta di causa sopravvenuta di improcedibilità atipica o di tenuità del fatto ovvero di esclusione della ragionevole previsione di condanna, in conseguenza della pacificazione con il testimone chiave dell'accusa» (O. MAZZA, *L'efficietismo del processo post-accusatorio*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2022, p. 505). L'argomento, pure non da escludere del tutto, pare, allo stato, provare troppo, se non altro perché si pone in contraddizione con la scelta legislativa di distinguere nettamente l'impatto della giustizia riparativa sul procedimento penale a seconda che quest'ultimo abbia ad oggetto reati procedibili a querela ovvero d'ufficio.

²⁹ P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., p. 32; F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., pp. 9-10; L. PARLATO, *La giustizia riparativa*, cit., p. 295; A. PRESUTTI, [Aspettative e ambizioni del paradigma riparativo codificato](#), in questa *Rivista*, 14 novembre 2022, § 4; R.A. RUGGIERO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale*, cit., § 4; E. TURCO, *Mediazione penale e indagini preliminari: scenari applicativi*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, pp. 1051-1052. Si presti però attenzione al fatto che, come rimarcato nella *Relazione del Massimario*, cit., p. 253, la condotta susseguente al reato è stata configurata come un criterio aggiuntivo per l'applicazione della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto, da considerare insieme agli altri di cui all'art. 131-bis c.p. Ciò significa, come chiarito già nella *Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134*, cit., p. 346, che le condotte susseguenti al reato «non potranno di per sé sole rendere l'offesa di particolare tenuità – dando luogo a una esiguità sopravvenuta di un'offesa in precedenza non tenue – ma potranno essere valorizzate nel complessivo giudizio di tenuità dell'offesa, che, dovendo tener conto delle modalità della condotta (contemporanea al reato), ha come necessario e fondamentale termine di relazione il momento della commissione del fatto». Ovviamente, ad esempio, si deve pur sempre trattare di reato procedibile d'ufficio per il quale sia prevista una pena detentiva non superiore nel minimo a due anni. Si condivide poi anche quanto osservato da M. GALLI, *Tra binario riparativo e binario punitivo*, cit., § 3.2.2., che rileva come sarebbe sempre opportuno «verificare che quanto compiuto

nonostante il procedimento abbia ad oggetto un reato procedibile d'ufficio, la giustizia riparativa può produrre un contenimento dei tempi processuali, è costituita dalla eventualità che l'imputato opti per la sospensione del procedimento con messa alla prova, nel cui programma di trattamento sono ora inclusi i programmi di giustizia riparativa³⁰.

In sostanza, l'efficacia deflativa è un risultato solo eventuale.

Esiste però un rapporto tra «giustizia riparativa» ed «efficienza» che può anche prescindere dal terzo obiettivo indicato nel titolo della legge n. 134/2021 (la «celere definizione dei procedimenti»).

La riduzione dei tempi processuali, a ben vedere, rappresenta solamente una componente del più ampio obiettivo di efficienza del sistema. Là dove si parli di efficienza processuale si fa riferimento per lo più a un'efficienza di carattere produttivo³¹, tale per cui «una norma potrà dirsi efficiente se non c'è modo di realizzare lo stesso scopo con mezzi meno dispendiosi, o se non c'è modo di realizzare lo scopo a un grado superiore utilizzando gli stessi mezzi»³². Ora, tra gli scopi del diritto penale c'è sicuramente quello di assicurare la pace sociale, attraverso una composizione, appunto, pacifica, delle conseguenze che derivano dal reato³³. Conseguenze che riguardano quasi sempre, in modo drammatico, una pluralità di soggetti, vittima e reo, Stato e comunità. La giustizia riparativa può realizzare, in parallelo o in alternativa al procedimento penale (a seconda dei casi) tale fondamentale obiettivo in un grado superiore o migliore ovvero con mezzi meno dispendiosi, in termini soprattutto di mitigazione degli «effetti collaterali» che inevitabilmente il processo e la pena producono per gli interessati e per il sistema³⁴.

Ma anche la giustizia riparativa comporta dei costi: pone dei rischi per la tutela della posizione processuale dell'imputato (in particolare con riguardo alla presunzione

in sede riparativa contribuisca alla compensazione dell'offesa realizzata».

³⁰ R.A. RUGGIERO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale*, cit., § 4. Sul punto, v. anche L. PARLATO, *La giustizia riparativa*, cit., p. 295 e, per un approfondimento sul rapporto tra giustizia riparativa e sospensione del procedimento con messa alla prova, v. M. GALLI, *Tra binario riparativo e binario punitivo*, cit., § 3.2.2.

³¹ G. TUZET, *Effettività, efficacia, efficienza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Rivista fondata da Giovanni Tarello, 2016, p. 218.

³² G. TUZET, *Effettività*, cit., p. 219.

³³ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, il Mulino, 2012, p. 235: «lo stato (...) deve promettere in modo credibile una risposta adeguata al reato, una soluzione giusta del conflitto, e deve occuparsi degli interessi della vittima come pure di quelli del reo». Curiosamente, l'Autore, con tale passaggio, intende dimostrare come la neutralizzazione della vittima, che deve essere «disarmata», sia una componente necessaria del diritto penale moderno. Tale affermazione, però, non è in contraddizione con una differente formalizzazione del ruolo della vittima quale quella proposta nella giustizia riparativa, che può consentire comunque una composizione pacifica delle conseguenze del reato. D'altronde, lo stesso Autore apre alla possibilità che vengano riconosciuti e/o ampliati gli spazi concessi alla vittima nella risoluzione delle conseguenze derivanti dal reato, anche attraverso il suo coinvolgimento in programmi a carattere conciliativo (*op. cit.*, p. 228 ss.).

³⁴ Molto note le riflessioni sul punto contenute in C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 502 ss. e ID., *L'economia della pena (un work in progress)*, 2005, p. 1370. Sul diritto penale come «offerta di male» e, soprattutto, sulla nozione di «effetti collaterali», v. anche M. GALLI, *Effetti collaterali*, in C. PIERGALLINI - G. MANNOZZI - C. SOTIS - C. PERINI - M. SCOLETTA - F. CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, Tomo III, Parole dal lessico di uno studioso*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 1423 ss.

d'innocenza³⁵), rischia di acuire i conflitti ove non riesca ad appianarli e può risultare dolorosa per chi vi partecipi, specialmente per la vittima ³⁶, richiede un significativo dispendio di risorse per lo Stato³⁷. È pertanto importante, fermo restando il criterio del *favor* per l'accesso ai programmi di giustizia riparativa³⁸, saper individuare quando davvero la giustizia riparativa sia *efficiente* nel senso che si è detto. A ciò è deputato, a ben vedere, l'art. 129-bis c.p.p. A ciò mira il modello che si andrà ora ad illustrare.

4. Le attività preliminari.

Il cuore delle mansioni dell'addetto all'Ufficio per il Processo attiene all'esame circa la sussistenza o meno degli indici di mediabilità e alla susseguente valutazione qualitativa degli stessi. Si tratta, infatti, di un compito direttamente connesso alla funzione del modello sinora descritta.

A tal fine, sono però necessarie alcune attività preliminari, utili all'addetto all'Ufficio per il Processo stesso oltre che all'autorità giudiziaria, su cui è opportuno soffermarsi prima di passare all'approfondimento degli indici di mediabilità e su come sono stati ricavati, come possono essere valutati e quali sono le loro funzioni.

La prima attività preliminare alla rilevazione e valutazione degli indici di mediabilità si connette direttamente alle finalità della giustizia riparativa che, *ex art.* 43 comma 2 d.lgs. n. 150/2022, consistono nel «riconoscimento della vittima del reato», nella «responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa» e nella «ricostituzione dei legami con la comunità». Da tali indicazioni si possono trarre i tre fulcri della giustizia riparativa: vittima del reato, persona indicata come autore dell'offesa e comunità. Sono i soggetti, in altri termini, ad essere al centro della scena. Sicché, la prima attività che il modello assegna all'addetto all'Ufficio per il Processo consiste in una ricognizione approfondita di tutti coloro che potrebbero partecipare al programma di giustizia riparativa: una “radiografia dei soggetti”.

La seconda attività preliminare, invece, risulta fondamentale nell'ottica del procedimento penale in corso. Ciò è coerente con la funzione di raccordo del modello

³⁵ O. MAZZA, *L'efficientismo del processo*, cit., p. 504. V. anche ID., sub Art. 129-bis, in A. GIARDA - G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, vol. I, Ipsoa, 2023, p. 1970. Nello stesso senso, anche S. CARNEVALE, *Potenzialità in fase cognitiva*, relazione nel convegno “Accertamento penale e giustizia riparativa”, organizzato dall'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale “G.D. Pisapia”, presso l'Università degli Studi di Napoli Parthenope, in data 30 giugno 2023, che ha parlato di «accerchiamento della libertà morale dell'imputato». A livello internazionale, v. P. KENNY - L. LEONARD, *Restorative justice*, cit., p. 59 e la letteratura lì richiamata.

³⁶ In questo senso v. M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., p. 9 e R. MUZZICA, *Il ruolo dell'autorità giudiziaria*, cit., p. 47.

³⁷ Rilevano l'insufficienza dell'attuale dotazione finanziaria di poco più di quattro milioni di euro T. PADOVANI, *Riforma Cartabia, intervento sulle pene destinato a ottenere risultati modesti*, in *Guida al dir.*, 2022, n. 41, p. 13 e R.A. RUGGIERO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale*, cit., § 1.

³⁸ Criterio che, come già detto, comporta che, in caso di dubbio, l'autorità giudiziaria decida nel senso dell'invio al Centro di giustizia riparativa di riferimento (M. GALLI, *Tra binario riparativo e binario punitivo*, cit., § 3.1)

tra i binari riparativo e penale, tale per cui è importante inquadrare le caratteristiche del procedimento penale rilevanti in rapporto alla giustizia riparativa, per avere ben presente l’atteggiarsi delle possibili interazioni tra i due percorsi. L’attività consiste quindi in una “radiografia del procedimento”.

4.1. La radiografia dei soggetti.

Con riguardo ai soggetti, si tocca con mano la necessità per gli operatori del processo penale di confrontarsi con logiche nuove e diverse rispetto a quelle tradizionali, espresse da una grammatica nuova³⁹, che è quella segnata dalle «mutazioni nomenclatorie»⁴⁰, con le relative definizioni, determinate dal d.lgs. n. 150/2022. Proprio da tali mutazioni emerge in maniera nitida l’ampliamento dello spettro di ciò che è rilevante per la giustizia riparativa rispetto a quanto accade nel procedimento penale.

Come è stato correttamente osservato, nella giustizia riparativa «dai fatti nei quali si sono concretate le offese l’accento si sposta sulle persone che vivono il conflitto causato da quei fatti»⁴¹. Di talché, il modello richiede una radiografia completa dei soggetti in qualche modo legati al fatto di reato, da compiere con le “lenti”⁴² della giustizia riparativa, più che con quelle del processo penale.

L’addetto all’Ufficio per il Processo esegue, dunque, una “mappatura” dei soggetti che possono partecipare ai programmi di giustizia riparativa.

Come noto, *ex art.* 45 d.lgs. n. 150/2022, partecipano ai programmi di giustizia riparativa la “vittima del reato” e la “persona indicata come autore dell’offesa”⁴³. Rispetto a tali soggetti, occorre verificare se essi siano coincidenti con i loro “equivalenti” processuali, ossia, rispettivamente, la persona offesa e la persona sottoposta alle indagini (o l’imputato).

³⁹ P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., p. 7.

⁴⁰ P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., p. 9.

⁴¹ Così R. ORLANDI, *Giustizia penale riparativa. Il punto di vista processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 91. Ancora, efficacemente, l’Autore afferma che «la giustizia penale tradizionale limita lo sguardo al gesto criminoso, tagliando fuori o lasciando cadere (come estraneo all’oggetto da accertare) i mille fili che legano il gesto offensivo alla personalità dell’autore: ed è proprio quel groviglio di fili a porsi come il “fatto” della procedura riparativa» (*ibidem*).

⁴² La metafora, proprio con riguardo al rapporto tra processo penale e giustizia riparativa, è di H. ZEHR, *Changing Lenses. A New Focus for Crime and Justice*, Herald Press, 1990.

⁴³ La “vittima del reato” è definita dall’art. 42 comma 1 lett. b) d.lgs. n. 150/2022 come «la persona fisica che ha subito direttamente dal reato qualunque danno patrimoniale o non patrimoniale». Rientra poi nella nozione anche «il familiare della persona fisica la cui morte è stata causata dal reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona». La “persona indicata come autore dell’offesa” è, invece, *ex art.* 42 comma 1 lett. c) d.lgs. n. 150/2022, quella indicata come tale dalla vittima, anche prima della proposizione della querela, la persona sottoposta alle indagini o l’imputato, la persona sottoposta a misura di sicurezza personale, quella condannata con pronuncia irrevocabile o nei cui confronti stata emessa una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, per difetto della condizione di procedibilità, anche ai sensi dell’articolo 344-bis c.p.p. (improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione), o per intervenuta causa estintiva del reato. Per un approfondimento su questi termini v., per tutti, P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., pp. 9 ss.

Per quel che riguarda la persona indicata come autore dell'offesa, tale coincidenza è un requisito indispensabile affinché l'art. 129-bis c.p.p. possa essere azionato. Il requisito è però sempre sussistente, visto che l'imputato e la persona sottoposta alle indagini rientrano *per tabulas* nella nozione di "persona indicata come autore dell'offesa" (art. 42 comma 1 lett. c) n. 2 e 3 d.lgs. n. 150/2022).

Per quanto la persona offesa possa non essere anche "vittima del reato"⁴⁴, l'art. 42 comma 2 d.lgs. n. 150/2022 espressamente estende le facoltà riconosciute alla vittima del reato al «soggetto giuridico offeso dal reato». Qualche problema potrebbe però sorgere rispetto ai reati in cui manchi o non sia stata individuata una vittima del reato. Infatti, si è prevista la possibilità di svolgere la mediazione penale tra la persona indicata come autore dell'offesa e la «vittima di un reato diverso da quello per cui si procede» (c.d. vittima "surrogata" o, meglio, "aspecifica")⁴⁵. Ebbene, in questo caso l'individuazione della vittima, sempre necessaria perché la giustizia riparativa prenda avvio, potrebbe non essere agevole. L'addetto all'Ufficio per il Processo può vagliare la possibilità di individuare "vittime aspecifiche" che possano fare le veci di una vittima, per così dire, diretta. Benché l'art. 53 comma 1 lett. a) d.lgs. n. 150/2022 sembri aprire alla possibilità di coinvolgere la vittima di qualsivoglia reato, si dovrà verosimilmente guardare, almeno in prima battuta, a vittime di reati della stessa specie di quello per cui si procede. Ancora, si potrebbe concentrare l'attenzione su chi sia stato vittima di un reato commesso da ignoti o da persone che si siano rifiutate di accedere ai programmi di giustizia riparativa.

Si possono, poi, evidenziare ulteriori discrasie tra le qualifiche rilevanti per la giustizia riparativa e quelle del procedimento penale. Ai fini della prima, ad esempio, è persona indicata come autore dell'offesa l'imputato prosciolto con sentenza di non luogo a procedere o non doversi procedere per difetto di una condizione di procedibilità o per intervenuta causa estintiva del reato, ed è vittima del reato anche il familiare della persona fisica la cui morte è stata causata dal reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona. Ancora, come già rilevato in giurisprudenza nel differenziare tra la parte civile e la persona offesa, il danneggiato portatore di interessi connessi alle conseguenze privatistiche dell'illecito penale - qualificabile come vittima del reato -, potrebbe non coincidere con la persona offesa⁴⁶. Anche l'esistenza di

⁴⁴ La "vittima del reato" viene individuata attraverso un richiamo al danno patrimoniale o non patrimoniale subito, avvicinandosi perciò al cd. danneggiato dal reato (così anche L. PARLATO, *La giustizia riparativa*, cit., p. 276); mentre la persona offesa, com'è noto, è il soggetto titolare del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice.

⁴⁵ Così l'art. 53 comma 1 lett. a) d.lgs. n. 150/2022. In dottrina, in senso particolarmente critico, v. M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., pp. 16 ss. Per un ulteriore approfondimento, v. R.A. RUGGIERO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale*, cit., § 2, che rileva come in questi casi, chiaramente, anche qualora si dovesse addivenire a un esito riparativo con riguardo a un reato procedibile a querela, non potrebbe prodursi l'effetto della remissione della querela.

⁴⁶ V., a titolo esemplificativo, Cass., sez. III, 12 settembre 2019, n. 43131 in *Dir. e giust.*, 22 ottobre 2019, che ha statuito che il soggetto privato che assume di avere subito un pregiudizio dalla edificazione abusiva non è persona offesa dal reato, ma solo danneggiata, in quanto in tal caso persona offesa è esclusivamente la pubblica amministrazione che sia titolare degli interessi attinenti alla tutela del territorio protetti dalla norma incriminatrice.

tali soggetti, solo eventuali nel procedimento penale, deve essere segnalata nella radiografia dei soggetti.

È importante verificare la presenza di simili differenze tra binario riparativo e penale non solo per valutare al meglio la possibilità di inviare gli interessati al Centro di giustizia riparativa di riferimento (è evidente l'utilità di un quadro completo dei soggetti che parteciperanno, ad esempio, alla mediazione penale, tanto più se qualificati in quella sede come vittime o autori del reato), ma anche ai fini dell'individuazione dei destinatari dei numerosi avvisi circa la possibilità di accedere alla giustizia riparativa disseminati nel corso del procedimento penale⁴⁷. Infatti, il codice di procedura penale espressamente prevede che gli avvisi dovuti alla persona offesa vengano notificati altresì alla vittima del reato (art. 90-bis.1 c.p.p.).

Manca una norma del genere per tutti gli avvisi riferiti all'imputato o alla persona sottoposta alle indagini, ma si può ritenere che questi vadano notificati in ogni caso alla persona indicata come autore dell'offesa, alla luce del disposto dell'art. 47 comma 1 d.lgs. n. 150/2022, che, nel sancire il diritto all'informazione in ogni stato e grado del procedimento circa la facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa, fa riferimento alla persona indicata come autore dell'offesa. Non solo: il comma 4 del medesimo art. 47 d.lgs. n. 150/2022 prevede di fornire l'informazione altresì ai difensori della vittima e della persona indicata come autore dell'offesa. Non avrebbe senso prevedere la notifica per il suo difensore e non per la persona indicata come autore dell'offesa. Nella sua ricognizione sui soggetti, l'addetto all'Ufficio per il Processo, dovrà poi prendere in considerazione anche l'esistenza degli altri destinatari eventuali degli avvisi, ossia l'esercente la responsabilità genitoriale, il tutore, l'amministratore di sostegno e il curatore speciale nei casi di cui all'art. 121 c.p.

Il terzo fulcro della giustizia riparativa – lo si è anticipato – è la comunità. L'apertura alla comunità trova senz'altro la sua collocazione più propria nel corso dello svolgimento dei programmi di giustizia riparativa, la cui flessibilità consente libere interlocuzioni con soggetti del tutto estranei al procedimento penale. Tuttavia, anche l'autorità giudiziaria, con l'ausilio dell'addetto all'Ufficio per il Processo, può prendere in considerazione – se vi siano indicatori in questo senso nel fascicolo – quantomeno l'esistenza di soggetti che potrebbero facilitare lo svolgimento dei programmi, pur senza verificarne la disponibilità in concreto. Peraltro in questo modo si potrebbe valorizzare in una sede adeguata (quella della giustizia riparativa), per esempio la presenza di quegli enti e quelle associazioni senza scopo di lucro, che abbiano finalità di tutela degli interessi lesi dal reato⁴⁸ (e che per questo possono esercitare, *ex art. 91 c.p.p.* i diritti e le

⁴⁷ Il modello contiene una puntuale ricognizione di tutti gli avvisi circa la facoltà di accedere alla giustizia riparativa ora contenuti nel codice di procedura penale. Sul punto, comunque, oltre alla Relazione del Massimario, cit., p. 315 ss., v. M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente*, cit., pp. 14-15 e R.A. RUGGIERO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale*, cit., § 3; L. PARLATO, *La giustizia riparativa*, cit., pp. 286 ss.

⁴⁸ Così anche L. PARLATO, *La giustizia riparativa*, cit., p. 279.

facoltà attribuiti alla persona offesa dal reato), che non di rado sono ammessi alla costituzione di parte civile pur in difetto di una legittimazione all'azione o di un danno.

L'elenco dei soggetti che fanno parte della comunità e che possono partecipare ai programmi di giustizia riparativa contenuto nell'art. 45 comma 1 lett. c) d.lgs. n. 150/2022 («familiari della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa, persone di supporto segnalate dalla vittima del reato e dalla persona indicata come autore dell'offesa, enti ed associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, rappresentanti o delegati di Stato, Regioni, enti locali o di altri enti pubblici, autorità di pubblica sicurezza, servizi sociali») non è esaustivo⁴⁹. L'art. 45 comma 1 lett. d) d.lgs. n. 150/2022 lascia infatti la porta aperta ad una pluralità di soggetti, estendendo la facoltà di partecipare ai programmi a «chiunque vi abbia interesse».

Sicché, lo sguardo dell'addetto all'Ufficio per il Processo, oltre che concentrarsi, ad esempio, sugli enti che possano essere coinvolti, può allargarsi altresì a tutti coloro che risultino a vario titolo implicati nel fatto di reato, come eventuali danneggiati, persone legate da rapporti contrattuali o societari con la vittima o la persona indicata come autore dell'offesa.

In conclusione, il risultato della mappatura è una scheda di tutti i soggetti menzionati nel fascicolo e di tutti gli altri che potrebbero risultare interessati a partecipare a un programma di giustizia riparativa.

Soprattutto, però, alla mappatura schematica dei soggetti, segue un esame "qualitativo". In particolare, occorre procedere a una verifica in ordine agli eventuali precedenti penali dell'autore e della vittima; alla loro capacità processuale e al loro comportamento nel corso del procedimento; all'esistenza di altri procedimenti, anche civili, tra i soggetti coinvolti nella vicenda oggetto di accertamento, in corso o già definiti; a eventuali contatti pregressi o in corso con associazioni, enti o servizi sociali; ai rapporti personali o professionali tra i soggetti.

Ove possibile, si dovrebbe inoltre tentare di ricostruire, seppure sommariamente, il contesto familiare della persona indicata come autore dell'offesa e della vittima. Come visto, i familiari della vittima e della persona indicata come autore dell'offesa sono menzionati tra i soggetti appartenenti alla comunità che possono prendere parte ai programmi di giustizia riparativa. L'art. 42 comma 1 lett. d) d.lgs. n. 150/2022 include tra i familiari «la persona legata al soggetto da un vincolo affettivo stabile»⁵⁰. Pertanto, anche

⁴⁹ R. ORLANDI, *Giustizia penale riparativa*, cit., p. 89.

⁵⁰ Questa la definizione di "familiare" fornita dall'art. 42 comma 1 lett. d) d.lgs. n. 150/2022: «il coniuge, la parte di un'unione civile ai sensi dell'articolo 1, comma 2, della legge 20 maggio 2016, n. 76, il convivente di fatto di cui all'articolo 1, comma 36, della stessa legge, la persona che è legata alla vittima o alla persona indicata come autore dell'offesa da un vincolo affettivo stabile, nonché i parenti in linea retta, i fratelli, le sorelle e le persone fiscalmente a carico della vittima o della persona indicata come autore dell'offesa».

in questo caso, come visto per i partecipanti alla giustizia riparativa in generale, il raggio dell'indagine è molto ampio.

Ancora, ove emerga che il fatto è stato commesso in un contesto criminale che coinvolge più persone, il modello prevede che si cerchi di ricostruire tale ambiente, sempre con un'attenzione particolare ai soggetti che, in ipotesi, ne facciano parte.

4.2. *La radiografia del procedimento.*

Come detto, l'accesso alla giustizia riparativa è possibile, nel corso del procedimento, in ogni stato e grado del medesimo. L'addetto all'Ufficio per il Processo stende, là dove sia presentata una richiesta di accedere ai programmi di giustizia riparativa o l'autorità giudiziaria intenda vagliare tale possibilità, alla redazione di una scheda sintetica circa lo stato di avanzamento del procedimento e la raggiunta ricostruzione del fatto.

Soprattutto, l'addetto all'Ufficio per il Processo deve rilevare se il procedimento abbia ad oggetto un reato procedibile a querela ovvero d'ufficio. In questo secondo caso, attraverso un'approfondita analisi delle risultanze processuali e investigative, l'addetto all'Ufficio per il Processo - che, è il caso di ricordarlo, lavora a stretto contatto con l'autorità giudiziaria - potrebbe altresì verificare l'eventuale sussistenza di elementi indicativi di una possibile riqualificazione giuridica del fatto. In particolare, potrebbe essere importante valutare se non vi siano margini per far rientrare il fatto in una fattispecie criminosa per cui è prevista la procedibilità a querela. In questo caso, tali circostanze dovrebbero essere segnalate all'autorità giudiziaria, affinché vengano valutate attentamente.

Nel caso di reato procedibile a querela, o anche nell'ipotesi appena menzionata in cui si dovesse ritenere possibile la riqualificazione giuridica del fatto, l'attività dell'addetto all'Ufficio per il Processo può proseguire in un'indagine utile al giudice per decidere in ordine all'opportunità di sospendere il procedimento penale per un tempo massimo di 180 giorni, espressamente riconosciuta dall'art. 129-*bis* comma 4 c.p.p. per i soli reati procedibili a querela. Di talché, occorre verificare la sussistenza degli altri presupposti per la citata sospensione rappresentati dall'emissione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, dalla presenza di una richiesta della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato in tal senso e di un programma di giustizia riparativo già avviato⁵¹. In quest'ultimo caso, si devono allegare alla scheda le eventuali comunicazioni del mediatore sullo stato di avanzamento del programma.

Qualora il procedimento riguardi un reato procedibile d'ufficio, l'attività dell'addetto all'Ufficio per il Processo si dovrà concentrare, oltre che sulla citata possibilità di una riqualificazione giuridica, sulla verifica dei presupposti per l'applicazione della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto e per la

⁵¹ Si aderisce all'interpretazione fornita dalla Relazione del Massimario, cit., p. 323, secondo cui la sospensione del procedimento penale è possibile solo là dove i soggetti abbiano già un programma di giustizia riparativa da svolgere.

sospensione del procedimento con messa alla prova, che chiaramente potrà essere autorizzata a richiesta dell'imputato. Come detto, si tratta delle uniche possibilità di recupero di un effetto deflativo della giustizia riparativa rispetto ai reati procedibili d'ufficio.

5. Gli indici di mediabilità.

Come anticipato, l'attività principale che il modello assegna agli addetti all'Ufficio per il Processo consiste nella rilevazione e valutazione qualitativa degli indici di mediabilità. L'attività è finalizzata a fornire all'autorità giudiziaria un conclusivo "Indice di Mediabilità", espresso in forma numerica, di cui può tenere conto quale elemento per valutare l'opportunità di inviare gli interessati al Centro di giustizia riparativa di riferimento *ex art. 129-bis c.p.p.* Chiaramente, oltre a tale indice numerico finale, l'autorità giudiziaria avrà a disposizione un'approfondita scheda esplicativa di ogni passaggio seguito per la sua formulazione, corredata anche da sezioni descrittive di carattere discorsivo. Si tenterà ora di spiegare le premesse teoriche alla base della creazione degli indici di mediabilità e, successivamente, di illustrarne l'applicazione a livello operativo.

5.1. Definizione e premessa metodologica.

Gli indici di mediabilità sono circostanze di fatto o di diritto indicatrici di una maggiore (indici di mediabilità positivi) o minore (indici di mediabilità negativi) probabilità di esito riparativo quale risultato di un eventuale programma di giustizia riparativa, senza compromettere i diritti degli interessati o l'accertamento dei fatti. La categoria, se così possiamo definirla, è ripresa da esperienze maturate nel contesto del processo civile, in rapporto al quale altri modelli organizzativi si sono proposti, analogamente, di effettuare un'analisi di mediabilità della lite da fornire al giudice, a supporto della decisione sulla c.d. mediazione demandata⁵². Tuttavia, mentre in quel contesto sono a disposizione studi empirici e dati statistici sulla mediazione, che è ormai in vigore da anni nel processo civile, lo stesso non può dirsi per il procedimento penale. Anche i (pochi) dati relativi alle esperienze di giustizia riparativa preesistenti⁵³ non possono applicarsi ai fini dell'elaborazione degli indici di mediabilità così come definiti dal modello. Questi, infatti, sono strettamente connessi ai presupposti di cui all'art. 129-

⁵² Si veda, ad esempio, il "Modello Atena" dell'Università degli Studi di Firenze, depositato a gennaio 2023 (responsabili: Ilaria Pagni, Carlotta Conti, Paola Lucarelli, Emilio Santoro, Andrea Simoncini).

⁵³ Al riguardo, si è già menzionato il 2° Rapporto nazionale sulla Giustizia riparativa in area penale, cui si rinvia anche per una ricostruzione delle forme di giustizia riparativa già in vigore antecedentemente alla c.d. riforma Cartabia (I. MASTROPASQUA - M. BURGALASSI - N. BUCCELLATO - C. CORLETO - L. MAZZUCA, *Le attività di giustizia riparativa realizzate in Italia*, cit., pp. 161 ss.; I. MASTROPASQUA - N. BUCCELLATO - M. CASIELLO - D. CUZZOCREA, *Viaggio nelle pratiche di giustizia riparativa nei servizi del dipartimento: una ricognizione delle azioni progettuali*, in 2° Rapporto nazionale sulla Giustizia riparativa, cit., pp. 209 ss.).

bis c.p.p., di nuovo conio. Inoltre, si tratta di dati provenienti per lo più dal processo minorile e dai reati di competenza del giudice di pace: contesti normativi, cioè, troppo distanti dal procedimento ordinario per poterne trarre indicazioni utili. Ancora, non vi sono studi che abbiano messo in correlazione le caratteristiche del procedimento penale e dei soggetti dello stesso con la probabilità di esito positivo del programma di giustizia riparativa.

Gli indici di mediabilità penale sono quindi, necessariamente, presuntivi. Sono delle vere e proprie ipotesi, che potranno e dovranno essere verificate nella prassi. Ed infatti, il modello può porsi non solo come un valido supporto per l'autorità giudiziaria nell'applicazione del nuovo art. 129-*bis* c.p.p., bensì anche come base per uno studio empirico, di rilevazione statistica del rapporto tra la sussistenza degli indici stessi e gli esiti riparativi raggiunti. Ciò avrà una valenza ricognitiva, utile al fine di valutare il successo della riforma in generale e del modello in particolare, ma soprattutto potrà farsene tesoro per affinare il modello, che è flessibile e resta aperto a modifiche.

Tenuto in debito conto quanto premesso, si sono formulati gli indici di mediabilità (*melius*, le ipotesi di indici di mediabilità), a partire dai presupposti di cui all'art. 129-*bis* c.p.p.

Tale norma, come già accennato, prevede che l'autorità giudiziaria possa inviare gli interessati al Centro per la giustizia riparativa di riferimento qualora reputi che lo svolgimento di un programma di giustizia riparativa possa essere «utile alla risoluzione delle questioni derivanti dal fatto per cui si procede e non comporti un pericolo concreto per gli interessati e per l'accertamento dei fatti».

Dal presupposto della utilità rispetto alla risoluzione delle questioni derivanti dal fatto per cui si procede, si sono tratti nove indici di mediabilità positivi direttamente collegati ad una prognosi sul possibile esito riparativo di un programma di giustizia riparativa⁵⁴.

(i) Il primo indice non poteva che essere individuato nella perseguibilità a querela del reato oggetto del procedimento penale, che sicuramente è circostanza significativamente idonea ad invogliare la persona indicata come autore dell'offesa a perseguire la strada della giustizia riparativa, stante l'esito proscioglitorio che consegue all'eventuale esito riparativo.

Si sono poi ricavati i seguenti ulteriori otto indici di mediabilità positivi:

⁵⁴ In questo senso, v. M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., p. 8 e M. GALLI, *Tra binario riparativo e binario punitivo*, cit., § 3.1. *Contra*, R. MUZZICA, *Il ruolo dell'autorità giudiziaria*, cit., p. 47 ritiene che tale presupposto difficilmente possa produrre ricadute concrete, a differenza di quelli negativi. Secondo D. GUIDI, *Profili processuali*, cit., p. 8, poi, tutti i presupposti enunciati nell'art. 129-*bis* c.p.p. sono «assai vaghi e di notevole genericità». Come detto, con il presente contributo si intende cercare di riempire di contenuti concreti tali presupposti. Alcuni autori sottolineano come il parametro della utilità implichi che l'autorità giudiziaria non debba disporre l'invio ai centri di giustizia riparativa nel caso in cui la persona sottoposta alle indagini debba essere prosciolta ex art. 129 c.p.p. (M. GALLI, *Tra binario riparativo e binario punitivo*, cit., § 3.1; R.A. RUGGIERO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale*, cit., § 3; così anche A. CIAVOLA, *Estinzione per condotte riparatorie*, relazione nel convegno "Accertamento penale e giustizia riparativa", organizzato dall'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale "G.D. Pisapia", presso l'Università degli Studi di Napoli Parthenope, in data 30 giugno 2023).

(ii) la sussistenza di circostanze attenuanti. In molti casi, la presenza di circostanze attenuanti può indicare una maggiore propensione dell'imputato ad aprirsi al dialogo e al confronto, così come della vittima a comprendere le ragioni del fatto di reato. Si pensi solo, a titolo esemplificativo, all'azione determinata da motivi di particolare valore morale o sociale (art. 62 n. 1 c.p.). L'addetto all'Ufficio per il Processo deve, pertanto, guardare al fatto in concreto e verificare se potranno essere riconosciute delle circostanze attenuanti;

(iii) la presenza di un quadro investigativo o probatorio chiaro⁵⁵. Essa potrebbe agevolare un reciproco riconoscimento dell'accaduto, nonché l'accesso al programma già nelle prime fasi del procedimento penale⁵⁶;

(iv) la presenza di una persona indicata come autore dell'offesa e di una vittima ben individuate e coincidenti con le posizioni processuali. Tale circostanza determina la piena operatività di tutti i benefici che il procedimento connette allo svolgimento di un programma riparativo;

(v) il numero di persone indicate come autrici dell'offesa e di vittime: un basso numero dovrebbe rendere più agevole il lavoro dei mediatori;

(vi) il comportamento positivo della persona indicata come autore dell'offesa in seguito al fatto, ora valutabile anche *ex art. 131-bis c.p.* e senz'altro indicativo di una possibile apertura al dialogo e al confronto;

(vii) la possibilità di risoluzione della questione in sede civile, di certo sussistente, ad esempio, qualora vi sia un'offerta di risarcimento del danno o qualora questo sia già intervenuto, ma da considerare anche nel senso di concreta possibilità di riparazione materiale, valutabile tenendo conto della situazione patrimoniale dei soggetti coinvolti e del tipo di reato oggetto del procedimento penale. È evidente che è possibile la coincidenza tra tali circostanze e l'esito riparativo materiale⁵⁷;

(viii) la possibilità, tramite verifica della loro esistenza, di coinvolgere servizi sociali del territorio, servizi di assistenza alle vittime o altri enti in contatto con la persona indicata come autore dell'offesa o la vittima. La loro eventuale partecipazione ai programmi di giustizia riparativa potrebbe agevolare la mediazione e il dialogo;

(ix) la possibilità di coinvolgere familiari che potrebbero agevolare la mediazione e il dialogo.

Si sono poi ricavati nove indici negativi di mediabilità, di cui sei discendenti dal presupposto della sussistenza di un pericolo concreto per gli interessati e tre da quello della sussistenza di un pericolo concreto per l'accertamento dei fatti.

⁵⁵ Così anche, con riguardo all'accesso ai programmi di giustizia riparativa nella fase delle indagini preliminari, R. MUZZICA, *Il ruolo dell'autorità giudiziaria*, cit., p. 49.

⁵⁶ Segnala la volontà legislativa di favorire la messa in moto dei percorsi riparativi sin dalle prime battute del procedimento penale E. TURCO, *Mediazione penale e indagini preliminari*, cit., p. 1050.

⁵⁷ L'esito riparativo può essere simbolico o materiale. *Ex art. 56 comma 2 d.lgs. n. 150/2022* «l'esito simbolico può comprendere dichiarazioni o scuse formali, impegni comportamentali anche pubblici o rivolti alla comunità, accordi relativi alla frequentazione di persone o luoghi». L'esito materiale, invece, ai sensi dell'art. 56 comma 3 d.lgs. n. 150/2022, «può comprendere il risarcimento del danno, le restituzioni, l'adoperarsi per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato o evitare che lo stesso sia portato a conseguenze ulteriori».

I primi sei sono i seguenti:

(i) la presenza di circostanze aggravanti, da rilevare senza arrestarsi alla considerazione di quelle formalmente contestate ma anche guardando al fatto in concreto. In questo caso, anche in ossequio al citato *favor* per l'accesso ai programmi di giustizia riparativa che permea la normativa, la mera presenza di circostanze aggravanti non è rilevante di per sé. Occorre verificare, infatti, se le circostanze aggravanti contestate o ipotizzabili siano indice di una scarsa propensione dell'autore del reato al riconoscimento della posizione della vittima, con il rischio che quest'ultima sia esposta a ulteriori tentativi di aggressione fisica o verbale;

(ii) il coinvolgimento di soggetti a cui sono state applicate misure di sicurezza, che potrebbe suggerire una scarsa capacità di aprirsi al dialogo e al confronto;

(iii) il rischio di vittimizzazione secondaria⁵⁸, tenendo conto del tipo di offesa, del tempo trascorso e del pericolo che la vittima si trovi a rivivere un evento traumatico sia in sede penale sia in sede di programma di giustizia riparativa;

(iv) la presunta commissione di un reato associativo o, comunque, di un reato collocabile in un contesto criminale radicato, tenendo conto della qualificazione giuridica data al fatto ma anche di eventuali precedenti per reati associativi dei soggetti coinvolti. Tali circostanze potrebbero esporre chi partecipi ai programmi di giustizia riparativa a ritorsioni o rischi di vario genere nel contesto criminale di appartenenza;

(v) la particolare vulnerabilità della vittima, qualora essa sia determinata dal rapporto tra la stessa e la persona indicata come autore dell'offesa. Evidentemente, in questo caso, è alto il pericolo che la partecipazione al programma si risolva in un'ulteriore occasione di vessazione per la vittima;

(vi) la presenza di precedenti penali specifici in relazione al fatto. Essi potrebbero essere indicativi di una indisponibilità del soggetto rispetto a forme di recupero e riconsiderazione delle proprie azioni.

Gli altri tre sono:

(vii) la sussistenza di indagini collegate, previa verifica in ordine al fatto che le stesse potrebbero essere compromesse dal contatto tra le persone che possono partecipare al programma di giustizia riparativa;

(viii) un fascicolo di indagine corposo, che coinvolge più soggetti, le cui posizioni sono ancora da chiarire, con il rischio quindi che alcuni soggetti vengano a conoscenza di circostanze che non devono essere loro note;

(ix) il rischio di compromissione di una prova dichiarativa per effetto dei contatti tra i partecipanti al programma di giustizia riparativa, in coerenza con l'esempio portato dalla relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo in attuazione della legge n. 134/2021, relativo al caso in cui la testimonianza della vittima rappresenti una prova decisiva, che rischia di essere alterata dal confronto con la persona indicata come autore dell'offesa⁵⁹.

⁵⁸ In questo senso anche R. MUZZICA, *Il ruolo dell'autorità giudiziaria*, cit., p. 47. Soprattutto, poi, secondo M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022*, n. 150, cit., p. 9 sarebbe stato opportuno addirittura un richiamo espresso al rischio di vittimizzazione secondaria nel testo dell'art. 129-bis c.p.p.

⁵⁹ *Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134*, cit.,

Il modello assume che nessuno di questi indici di mediabilità (ricavabili in buona parte grazie alle descritte attività preliminari consistenti nella radiografia dei soggetti e del procedimento), preso singolarmente, risulti di per sé idoneo a prevalere su tutti gli altri e a determinare autonomamente l'invio o meno al Centro di giustizia riparativa. È necessaria, cioè, per il modello, una loro valutazione aggregata e complessiva, che includa altresì una loro "pesatura", di carattere qualitativo.

5.2. Rilevazione, valutazione e descrizione.

Il modello prevede che l'addetto all'Ufficio per il Processo impieghi la griglia di indici di mediabilità appena descritta, assegnando a ciascun indice un valore numerico. In particolare, qualora sussista un indice di mediabilità positivo, l'addetto all'Ufficio per il Processo inserirà nell'apposito *file Excel*, al fianco dell'indice di mediabilità positivo sussistente, di *default*, un valore pari a +1. Specularmente, il medesimo compito si esplica con riguardo agli indici di mediabilità negativi, a cui occorre assegnare, di regola, ove sussistenti, un valore pari a -1.

Tuttavia, come anticipato, l'attività descritta dal modello non si arresta a una rilevazione, per così dire, quantitativa, degli indici di mediabilità, richiedendo, viceversa, anche una loro valutazione qualitativa. L'addetto all'Ufficio per il Processo deve cioè esaminare il "peso" che il singolo indice di mediabilità assume ai fini della mediabilità dell'offesa. In particolare, egli potrà attribuire un valore pari a +2 o a +3 qualora un indice di mediabilità positivo incida in modo significativo sulla probabilità di esito riparativo e un valore pari a -2 o -3 là dove un indice di mediabilità negativo incida in modo particolarmente negativo sull'opportunità di inviare gli interessati al Centro di giustizia riparativa.

A titolo esemplificativo, in relazione all'indice di mediabilità del comportamento positivo dell'autore in seguito al fatto, un immediato soccorso dopo un incidente stradale potrebbe determinare l'assegnazione di un valore pari a +2, e se il soccorso è altresì accompagnato da ulteriori manifestazioni di interesse verso la vittima, è possibile attribuire un valore pari a +3; con riguardo alla possibilità della risoluzione della questione in sede civile, un'offerta di risarcimento del danno potrebbe determinare l'assegnazione di un valore pari a +2 e un intervenuto risarcimento del danno un valore pari a +3; ancora, per l'indice di mediabilità relativo alla possibilità di coinvolgere servizi sociali del territorio, servizi di assistenza alle vittime o altri enti in contatto con i soggetti, se questi ultimi sono già in contatto con associazioni, con cui hanno esperienze positive, è possibile assegnare un valore pari a +3.

Passando agli indici di mediabilità negativi concernenti il pericolo per gli interessati, prendendo ad esempio il rischio di vittimizzazione secondaria, se il reato è inerente alla sfera sessuale della vittima, è trascorso molto tempo e la vittima ha già reso

p. 411. Riportano tale esempio anche M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022*, n. 150, cit., p. 9 e D. GUIDI, *Profili processuali*, cit., p. 8.

dichiarazioni nel processo penale o è già stato disposto un incidente probatorio c.d. protetto (art. 392 comma 1-*bis* c.p.p.), si potrebbe assegnare un valore pari a -3; per quanto attiene alla particolare vulnerabilità della vittima, se determinata da uno stato di sudditanza nei confronti dell'autore del reato, è possibile, ancora, assegnare un valore pari a -3; con riguardo all'analisi sui precedenti della persona indicata come autore dell'offesa, se l'imputazione riguarda il delitto di maltrattamenti in famiglia e il soggetto è già stato condannato per lesioni nei confronti della stessa persona, è possibile, di nuovo, attribuire un valore pari a -3.

Relativamente agli indici di mediabilità negativi afferenti al rischio per l'accertamento dei fatti, un fascicolo contenente intercettazioni dai contenuti ancora da chiarire, anche rispetto a soggetti terzi su cui occorre svolgere ulteriori indagini, imporrebbe di valutare l'assegnazione di un valore pari a -3; circa poi, ad esempio, il rischio di compromissione di una prova dichiarativa, oltre al già citato caso in cui il contatto tra persona indicata come autore dell'offesa e vittima possa influire negativamente sulla testimonianza (in ipotesi, decisiva) di quest'ultima, potrebbe costituire un'ipotesi a cui assegnare un valore pari a -3 il rischio di subornazione, che si potrebbe trarre dall'esistenza di prove o indizi in relazione a precedenti offerte di denaro per deporre il falso a uno dei soggetti che possono partecipare al programma di giustizia riparativa.

Inoltre, se di regola si deve assegnare un valore pari a zero agli indici di mediabilità non sussistenti o rispetto ai quali non sussistono elementi sufficienti per affermarne la sussistenza o meno, l'addetto all'Ufficio per il Processo può attribuire, in casi eccezionali, un valore pari a -1 agli indici di mediabilità positivi non sussistenti o pari a +1 agli indici di mediabilità negativi parimenti non sussistenti, qualora, rispettivamente, la loro carenza infici o favorisca in modo particolare la possibilità di addivenire a un esito riparativo.

A titolo esemplificativo, quanto all'indice di mediabilità positivo relativo alla presenza di una o più persone indicate come autrici dell'offesa e vittime chiaramente individuate e coincidenti con le "equivalenti" posizioni processuali, se l'autore afferma di essere del tutto estraneo ai fatti, è possibile l'attribuzione di un valore pari a -1. O ancora, quanto alla possibilità di coinvolgere servizi sociali del territorio, servizi di assistenza alle vittime o altri enti in contatto con i soggetti, specularmente a quanto riportato in precedenza per il caso di esperienze positive (che possono giustificare l'assegnazione di un valore pari a +3), eventuali esperienze negative dei soggetti ad esempio con centri sociali del territorio possono fondare la scelta di attribuire un -1. Infine, considerando l'indice di mediabilità negativo concernente la sussistenza di indagini collegate, se il fatto appare come assolutamente isolato, è possibile attribuire un valore pari a +1.

Dalla somma di tutti questi valori numerici emerge il conclusivo e riassuntivo Indice di Mediabilità dell'offesa, da cui l'autorità giudiziaria può avviare i propri ragionamenti sull'opportunità di inviare gli interessati al Centro di giustizia riparativa di riferimento. Chiaramente, non si tratta di un valore vincolante e in molti casi l'autorità giudiziaria (e solo essa) potrebbe scegliere di attribuire un peso determinante a uno degli

indici di mediabilità sopra tutti gli altri, per quanto il modello in generale non contempli tale possibilità.

Ecco perché è importante che tutti i valori numerici attribuiti diversi da zero, ad ogni modo, siano giustificati attraverso una sintetica descrizione da parte degli addetti all'Ufficio per il Processo. Il modello, infatti, prevede che, in seguito allo schema riassuntivo che riporta i valori numerici affianco ai singoli indici di mediabilità e l'Indice di Mediabilità finale, vi sia una parte discorsiva in cui vengano spiegate le ragioni che hanno indotto a ritenere sussistenti gli indici di mediabilità, ad attribuire un valore diverso da +1 o -1 rispetto a quelli sussistenti o ad attribuire un valore diverso da zero a quelli insussistenti.

Soprattutto, è importante, a fronte dell'assegnazione di un valore pari a -3 a un indice di mediabilità negativo, segnalare se questo potrebbe essere ritenuto, da solo, ostativo all'invio ai centri di giustizia riparativa, nonostante un eventuale Indice di Mediabilità finale che potrebbe persino essere di segno positivo. Il modello non contempla la possibilità che un singolo indice di mediabilità prevalga sugli altri ai fini del calcolo che conduce all'Indice di Mediabilità finale perché tale valutazione spetta all'autorità giudiziaria. Tuttavia, come detto, è evidente che in alcuni casi (si pensi ad un rischio di vittimizzazione secondaria giudicato particolarmente elevato e relativo a un evento molto doloroso per la vittima), un indice di mediabilità negativo potrebbe essere posto, da solo, alla base della decisione di non inviare gli interessati ai centri di giustizia riparativa. L'addetto all'Ufficio per il Processo può rilevare tale possibilità in sede di descrizione sintetica del singolo indice di mediabilità negativo a cui abbia - com'è ovvio avrà fatto - assegnato un valore pari a -3.

In sostanza, per concludere con riguardo alla esposizione della parte discorsiva del modello, solo con riguardo agli indici di mediabilità insussistenti a cui è stato attribuito un valore pari a zero, l'addetto all'Ufficio per il Processo potrà astenersi dal fornire una breve descrizione in ordine alla sussistenza dell'indice o una breve spiegazione relativa alla sua valutazione qualitativa.

6. Riflessioni conclusive.

Le recenti iniziative legislative che hanno finanziato progetti come il menzionato *"Per una Giustizia giusta: innovazione ed efficienza negli Uffici giudiziari - Giustizia AGILE"*, nel cui ambito il modello illustrato nel presente contributo è stato realizzato, hanno disvelato l'importanza di un'interazione tra università e uffici giudiziari, tra ricerca teorica ed empirica, tra analisi scientifica e prassi applicativa. La giustizia riparativa, così nuova e stimolante per il futuro della giustizia penale, pare essere un perfetto terreno di sperimentazione di tale interazione.

Non solo: l'opportunità è resa ancora più irrinunciabile dal fatto che la nuova disciplina organica della giustizia riparativa non è ancora concretamente operativa⁶⁰: ciò

⁶⁰ Teoricamente la disciplina è entrata in vigore il 30 giugno 2023 e sono stati emanati dal Ministero della

offre la possibilità di arrivare pronti al momento in cui un apparato normativo e organizzativo complesso (e delicato) quale quello *de quo* entrerà in funzione. Con il modello descritto, dunque, si cerca di perseguire proprio tale obiettivo. Certo, la sperimentazione pratica potrebbe condurre e molto probabilmente condurrà a delle correzioni di rotta, a degli assestamenti. Ma proprio una simile consapevolezza, assieme a quella relativa all'importanza della partita che si gioca con la giustizia riparativa, suggerisce l'adozione di un modello da impiegare – e al tempo stesso sottoporre a verifica – sin da subito. Ciò seguendo un approccio pienamente cosciente di come la dimensione organizzativa, ben incarnata dall'Ufficio per il Processo, rappresenti il fondamentale collante tra quella teorico-dogmatica e quella pratico-applicativa, senza la quale la prima resta mera speculazione scientifica, con la seconda che se ne allontana sempre di più.

Giustizia due decreti per la formazione e il reclutamento dei mediatori in data 9 giugno 2023, pubblicati sulla G.U. n. 155 del 5 luglio 2023, intitolati “Disciplina delle forme e dei tempi della formazione finalizzata a conseguire la qualificazione di mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa nonché delle modalità di svolgimento e valutazione della prova di ammissione alla formazione ed altresì della prova conclusiva della stessa” e Istituzione presso il Ministero della giustizia dell'elenco dei mediatori esperti in giustizia riparativa. Disciplina dei requisiti per l'iscrizione e la cancellazione dall'elenco, del contributo per l'iscrizione allo stesso, delle cause di incompatibilità, dell'attribuzione della qualificazione di formatore, delle modalità di revisione e vigilanza sull'elenco, ed infine della data a decorrere dalla quale la partecipazione all'attività di formazione costituisce requisito obbligatorio per l'esercizio dell'attività” (i due decreti sono reperibili in questa *Rivista*, 12 luglio 2023, con commento di G.L. GATTA, [Mediatori esperti in programmi di giustizia riparativa: in G.U. due decreti attuativi della riforma Cartabia](#)). Tuttavia, devono ancora prendere servizio i mediatori (e le modalità richieste a tal fine dai decreti ministeriali del 9 giugno 2023, richiedono ancora del tempo), i centri per la giustizia riparativa e le Conferenze locali per la giustizia riparativa.

**AMMONIMENTO DEL QUESTORE IN MATERIA DI STALKING:
LA CORTE DI STRASBURGO CONDANNA L'ITALIA
PER VIOLAZIONE DELL'ART. 8 CEDU.
"MOLTI PASSI INDIETRO NEL CONTRASTO
ALLA VIOLENZA DI GENERE?"**

C. eur. Dir. uomo, Sez. I, Giuliano Germano c. Italia, n. 10794/12, 22 giugno 2023

di Dario Albanese

1. Con la sentenza in epigrafe, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia per aver violato il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) del ricorrente, destinatario di un ammonimento del questore *ex art. 8 d.l. n. 11/2009*, misura di prevenzione amministrativa finalizzata a contrastare il delitto di atti persecutori di cui all'art. 612-bis c.p. ("*stalking*"). In particolare, secondo i giudici di Strasburgo la misura applicata nel caso di specie non poteva considerarsi "necessaria in una società democratica".

Sebbene le ragioni che hanno portato alla condanna del nostro Stato derivino dalle specificità della concreta vicenda procedimentale, gli snodi motivazionali della sentenza contengono delle importanti riflessioni di carattere generale, inevitabilmente destinate ad avere un significativo impatto sull'interpretazione giurisprudenziale della disciplina vigente. Al riguardo, meritano di essere subito segnalati due principali profili. Da un lato, si afferma che l'autorità amministrativa deve assicurare all'interessato il diritto di essere ascoltato prima dell'adozione del provvedimento sfavorevole, potendosi derogare a tale diritto soltanto laddove sussistano specifiche ragioni di urgenza, di cui deve darsi conto nel caso concreto (*infra*, §4.3.1). Dall'altro lato, la Corte sembra affermare la necessità di meccanismi che rendano temporanea, e non perpetua, l'ammonizione stessa (*rectius*, i suoi effetti; *infra*, §4.3.3).

Tali prese di posizione, di respiro garantista, potrebbero dare adito ai rilievi critici di una parte degli operatori del diritto, data la delicatezza del fenomeno che fa da sfondo all'istituto in questione. È prova di ciò la severa *concurring opinion* del giudice italiano Raffaele Sabato, secondo cui, con questa sentenza, il diritto convenzionale avrebbe oggi compiuto "molti passi indietro nella protezione dei diritti umani nel contesto della violenza di genere"¹.

2. Poche brevi battute sulla vicenda procedimentale, prima di ripercorrere i principali snodi motivazionali della pronuncia.

Nel maggio del 2009, al culmine di una crisi coniugale, la sig.ra C.S. lasciava la casa familiare dove aveva fino ad allora vissuto con il sig. G.G. Pochi mesi dopo, la stessa

¹ Cfr. p. 41 ss. della sentenza in commento, *concurring opinion of Judge Sabato*, la cui introduzione è intitolata «*several steps backwards in human-rights protection in the context of gender-based violence*».

presentava al questore di Savona una richiesta di ammonimento *ex art. 8 d.l. n. 11/2009* nei confronti del marito, descrivendo una lunga serie di episodi di violenza fisica e verbale, nonché ulteriori comportamenti di carattere persecutorio². A fronte di tale richiesta, la questura aveva provveduto a sentire diciassette persone informate sui fatti (art. 8, co. 2, d.l. n. 11/2009), tre delle quali avevano confermato alcuni degli episodi denunciati dalla presunta vittima. Ritenendo fondata la richiesta, il questore aveva quindi ammonito il sig. G.G.

Quest'ultimo proponeva ricorso al T.a.r. Liguria per ottenere l'annullamento del provvedimento amministrativo, considerato illegittimo per diverse ragioni, tra cui la mancata comunicazione di avvio del procedimento amministrativo, imposta in via generale dall'art. 7 l. n. 241/1990. Accogliendo tale motivo di ricorso, i giudici amministrativi avevano annullato l'ammonimento. Poiché tale misura di prevenzione determina un significativo pregiudizio per la reputazione, secondo il Tar il ricorrente avrebbe dovuto essere messo nelle condizioni di essere ascoltato. A tale regola generale si sarebbe potuto derogare – come previsto dallo stesso art. 7, co. 1, l. n. 241/1990 – solo in presenza di «particolari esigenze di celerità del procedimento», le quali però avrebbero dovuto trovare specifico riscontro nel provvedimento.

La sentenza del Tar. Liguria veniva a sua volta impugnata dal Ministero dell'Interno e annullata dal Consiglio di Stato. Secondo i giudici di Palazzo Spada, il procedimento amministrativo in questione, essendo finalizzato a prevenire condotte di *stalking*, impone, *per sua stessa natura*, una risposta celere e immediata (onde evitare un'*escalation* di episodi violenti), lasciandosi così ricondurre nell'eccezione prevista in via generale dall'art. 7, co. 1, l. n. 241/90. Inoltre, la prerogativa del destinatario dell'ammonimento di far valere le proprie ragioni non poteva dirsi irrimediabilmente pregiudicata: egli avrebbe infatti potuto chiedere al questore di riesaminare l'ammonimento in autotutela, ovvero optare per un ricorso gerarchico davanti al prefetto (art. 1 ss. d.p.r. 1199/1971).

A fronte della conferma dell'ammonimento in sede di giustizia amministrativa, il sig. G.G. adiva la Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU)³.

² Per una puntuale ricostruzione delle allegazioni della vittima cfr. la *concurring opinion* del giudice Raffaele Sabato, in particolare pp. 43-46 della sentenza in commento.

³ Invero, il ricorrente aveva invocato, a sostegno delle proprie ragioni, anche l'art. 6 §1 CEDU (diritto a un equo processo), ma la Corte ha ritenuto che le censure mosse ricadessero tutte nel perimetro dell'art. 8 CEDU, il quale, pur non facendo esplicita menzione di requisiti di carattere procedimentale, impone che la misura limitativa del diritto al rispetto della vita privata e familiare sia adottata all'esito di un equo "*decision-making process*" (cfr. §58 della sentenza in commento). Più precisamente, secondo il ricorrente: *i*) la disciplina dell'ammonimento non rappresenterebbe una "base legale" dotata della "qualità" imposta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; *ii*) i divieti scaturenti dal provvedimento amministrativo erano eccessivamente ampi e generici; *iii*) il legislatore non avrebbe messo a punto garanzie contro provvedimenti arbitrari; *iv*) non gli era stato assicurato il diritto di partecipare al procedimento e proteggere adeguatamente i propri interessi; *v*) non ricorrevano ragioni sufficienti per giustificare la misura; *vi*) i tribunali nazionali non avevano condotto un adeguato vaglio giurisdizionale.

3. Prima di interrogarsi sulla sussistenza di una *violazione* dell'art. 8 CEDU, i giudici si soffermano anzitutto sulla riconducibilità dell'ammonimento del questore ex art. 8 d.l. n. 11/2009 tra le "ingerenze" nell'esercizio del diritto alla vita privata e familiare.

La sussunzione si rivela invero piuttosto agevole, complice la particolare ampiezza del concetto di "vita privata", che, abbracciando aspetti come lo sviluppo dell'identità e delle relazioni con gli altri, non si lascia imbrigliare in precise definizioni⁴.

A tal riguardo, due sono gli aspetti principalmente valorizzati dalla Corte. In primo luogo, si osserva che, presupponendo l'accertamento – sia pure in via soltanto indiziaria – di condotte penalmente rilevanti⁵, l'ammonimento produce un effetto stigmatizzante e compromette la reputazione del destinatario, con possibili effetti negativi anche sulla sua vita professionale⁶. In secondo luogo, si pone l'accento sul possibile «*chilling effect*» che la misura di prevenzione può determinare sull'esercizio dei diritti protetti dall'art. 8 CEDU⁷. Nel caso di specie, l'invito rivolto al sig. G.G. di non tenere più condotte analoghe a quelle che avevano dato luogo all'ammonimento avrebbe infatti potuto dar luogo a un "raggelamento" dei suoi rapporti con la figlia, che coabitava con la sig.ra C.S., nonché con alcuni amici in comune⁸.

Chiarito che l'ingerenza portata alla sua attenzione rientra nel perimetro applicativo dell'art. 8 CEDU, la Corte procede a vagliarne la legittimità alla stregua del consueto *test* condotto in questa materia, che impone di accertare: i) l'esistenza e il rispetto di una idonea base legale, che deve risultare appropriata ("*quality of the law*"); ii) la legittimità della finalità perseguita; iii) la necessità della misura in una società democratica⁹.

4. L'indagine sul primo dei summenzionati parametri – *i. e.* l'esistenza e il rispetto di un'appropriata base legale – viene sviluppata analizzando separatamente tre diversi aspetti: i) il grado di delimitazione, da parte della legge domestica, del potere discrezionale demandato al questore nell'adozione della misura; ii) la precisione degli obblighi imposti al destinatario dell'ammonimento; iii) l'esistenza di meccanismi di tutela contro interferenze arbitrarie.

⁴ Cfr. §§ 73-74 della sentenza in commento.

⁵ Sul punto cfr. anche quanto si rileverà *infra*, §11.

⁶ Cfr. §§ 77, 79 della sentenza in commento.

⁷ Cfr. §80 della sentenza in commento. Su tale anglicismo e sul suo significato cfr. il recente contributo di A. GALLUCCIO, voce *Chilling effect*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, C. PIERGALLINI – G. MANNOZZI – C. SOTIS – C. PERINI – M. SCOLETTA – F. CONSULICH (a cura di), Giuffrè, Milano, 2022, p. 1262 ss.

⁸ Cfr. §78 della sentenza in commento.

⁹ In generale, sul *test* condotto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per accertare le violazioni dell'art. 8 CEDU cfr. A. GALLUCCIO, sub art. 8. Parte I. *Profili generali sugli art. 8-11*, in AA. VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), Giappichelli, Torino, 2022, p. 322 ss. Come ricorda l'Autrice, per risultare "necessaria" la limitazione del diritto deve corrispondere a un *pressante bisogno sociale* e deve essere *proporzionata* rispetto alla finalità legittima perseguita.

4.1. Il primo nodo viene sciolto osservando che, per ammonire un determinato soggetto *ex art. 8 d.l. n. 11/2009*, il questore deve pur sempre ricostruire – sebbene in via soltanto indiziaria – una condotta suscettibile di essere qualificata come “atti persecutori” *ex art. 612-bis c.p.* Invero, la fattispecie che giustifica l’ammonizione si distingue da quella che legittima l’irrogazione della pena soltanto sotto due profili: la non necessità della querela e il più basso “*standard*” probatorio¹⁰. Nessun disallineamento, invece, si avrebbe sul piano della condotta rilevante¹¹. Così, considerato anche che il ricorrente non contestava la precisione della formulazione dell’art. 612-bis c.p., la Corte conclude che l’art. 8 d.l. n. 11/2009 delimiti in maniera sufficientemente chiara la discrezionalità conferita al questore¹².

4.2. Quanto al secondo profilo, i riflettori vengono puntati sul secondo comma dell’art. 8 d.l. n. 11/2009, ai sensi del quale, con l’ammonimento, il questore invita il destinatario «a tenere una condotta conforme alla legge». Nonostante la sua innegabile ampiezza, secondo i giudici di Strasburgo tale formulazione permette all’ammonito di individuare le condotte proscritte. Ciò in quanto – diversamente da come si era rilevato, con la nota sentenza *de Tommaso c. Italia*, a proposito dell’obbligo di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi” contemplato dall’art. 8, co. 4, d.lgs. n. 159/2011¹³ – non si ha qui un illimitato richiamo a tutto l’ordinamento italiano: dal momento che l’ammonimento è finalizzato a prevenire la commissione di atti persecutori, la formula utilizzata non può che alludere ai soli comportamenti suscettibili di integrare la fattispecie tipica di cui all’art. 612-bis c.p. è la finalità della misura, in definitiva, a consentire al soggetto di individuare i comportamenti dai quali è chiamato ad astenersi e che, se commessi, farebbero scattare le conseguenze negative dell’ammonimento, vale a dire la procedibilità d’ufficio del delitto di atti persecutori e l’applicabilità di una circostanza aggravante (art. 8, co. 3-4, d.l. n. 11/2009).

4.3. Infine, allo scopo di valutare l’esistenza – sul piano della disciplina astratta – di meccanismi di tutela contro interferenze arbitrarie, la Corte prende in considerazione tre diversi profili della regolamentazione dell’ammonimento: *i)* il diritto dell’interessato di essere sentito prima dell’irrogazione della misura; *ii)* l’esistenza di un effettivo controllo giurisdizionale (*judicial review*); *iii)* la durata della misura.

4.3.1. Particolarmente accentuata è l’enfasi che i giudici pongono sul diritto di partecipare al procedimento, e più precisamente sul diritto di essere ascoltato prima dell’adozione di un provvedimento sfavorevole: si tratterebbe infatti di una regola

¹⁰ Cfr. §30 della sentenza in commento.

¹¹ Cfr. §28 della sentenza in commento, ove si richiama Cons. Stato Sez. III, 4 giugno 2020 (25 giugno 2020), n. 4077; Cons. Stato Sez. III, 12 marzo 2015 (dep. 25 maggio 2015), n. 2599.

¹² Cfr. §103 della sentenza in commento.

¹³ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *de Tommaso c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2017, con nota di F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*. Con questo famoso arresto, i giudici di Strasburgo, tra le altre cose, avevano osservato che le prescrizioni menzionate nel testo sono formulate in termini “estremamente vaghi e indeterminati”.

basilare negli Stati democratici, che trova riconoscimento non solo nei riti di carattere giurisdizionale, ma anche in quelli di natura amministrativa¹⁴. Inoltre, nella materia di nostro interesse, viene in rilievo la specifica previsione di cui all'art. 53 della Convenzione di Istanbul. Nel disciplinare le "ordinanze di ingiunzione o di protezione" – quale può essere considerato l'ammonimento del questore –, tale disposizione ammette che le stesse, "ove necessario", siano "disposte *ex parte* con effetto immediato"¹⁵. Ebbene, secondo la Corte, dal tenore della disposizione si ricaverebbe che la necessità di adottare dei "*restraining or protection orders*" *inaudita altera parte* andrebbe valutata tenendo conto delle circostanze del *caso concreto*, lettura che risulterebbe peraltro avallata dall'*Explanatory Report* allegato alla Convenzione di Istanbul¹⁶.

Tanto premesso, i giudici volgono lo sguardo alla disciplina legislativa dell'ammonimento del questore, al fine di stabilire se la stessa assicuri al soggetto interessato il diritto di essere ascoltato in maniera coerente con le fonti sovranazionali. Come si è visto *retro*, nella vicenda *de qua* il Consiglio di Stato – prendendo le distanze dalla posizione adottata del T.a.r. Liguria – aveva sostenuto che il procedimento amministrativo in questione sia di per sé caratterizzato da particolari esigenze di celerità, sicché il questore *non* sarebbe tenuto a indicare, di volta in volta, le ragioni che si oppongono alla comunicazione di avvio del procedimento disciplinato dall'art. 7 l. n. 241/1990. Tuttavia, per i giudici di Strasburgo tale orientamento interpretativo può ormai considerarsi minoritario. La prevalente giurisprudenza amministrativa avrebbe infatti oggi assunto una posizione più garantista, secondo cui il questore potrebbe omettere la comunicazione di avvio del procedimento soltanto in ragione delle circostanze concrete e indicando le specifiche ragioni che impongono celerità nell'adozione dell'ammonimento, come per esempio il rischio della commissione di condotte illecite a danno della vittima¹⁷. Tenendo conto di questa più recente elaborazione giurisprudenziale, ad avviso dei giudici la disciplina dell'ammonimento

¹⁴ Cfr. §112: «[a]s to the individual's participation rights, the Court reiterates that the right to be heard increasingly appears as a basic procedural rule in democratic States, above and beyond judicial procedures». Tra le fonti sovranazionali vengono in particolare richiamati: l'art. 41 §2(a) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ai sensi del quale il "diritto ad una buona amministrazione" comprende «il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio»; l'art. 1 della risoluzione (77)31 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sulla protezione dell'individuo in relazione agli atti delle autorità amministrative, rubricato "*right to be heard*"; l'art. 8 della raccomandazione CM/Rec(2007)7 del Comitato dei ministri in materia di buona amministrazione, che sancisce il "*principle of participation*".

¹⁵ Cfr. art. 53, co. 2, *Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Istanbul, 11 maggio 2011: «Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the *restraining or protection orders* referred to in paragraph 1 are: [...] where necessary, issued on an *ex parte* basis which has immediate effect».

¹⁶ Cfr. *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Istanbul, 11 maggio 2011, §272: «[t]he third indent requires Parties to ensure that in certain cases these orders may be issued, where necessary, on an *ex parte* basis with immediate effect» (enfasi aggiunta).

¹⁷ Cfr. §§ 39-40 della sentenza in commento, ove si richiamano Cons. Stato Sez. III, 21 marzo 2019 (dep. 29 marzo 2019), n. 2108; Cons. Stato Sez. III, 15 maggio 2018 (dep. 9 luglio 2018), n. 4187; Cons. Stato Sez. III, 9 ottobre 2014 (dep. 9 dicembre 2014), n. 6038; Cons. Stato Sez. III, 15 luglio 2011 (dep. 21 ottobre 2011), n. 5676.

del questore risulta compatibile con l'art. 8 CEDU: la necessità di individuare nel caso concreto le specifiche esigenze che si oppongono alla comunicazione di avvio del procedimento *ex art. 7 l. n. 241/90* assicurerebbe un “*fair balance*” tra il diritto di essere ascoltato e le finalità preventive¹⁸.

4.3.2. La disciplina italiana riceve una valutazione positiva anche rispetto al secondo dei summenzionati profili, vale a dire la previsione di un adeguato controllo giurisdizionale (*judicial review*)¹⁹. In base alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, il vaglio condotto da parte dei giudici amministrativi può infatti considerarsi effettivo, dovendo vertere sulla sussistenza di un quadro fattuale idoneo a supportare l'ammonimento e sulla motivazione dello stesso²⁰.

4.3.3. Criticità sono state invece riscontrate in relazione alla durata dell'ammonimento. In estrema sintesi, i profili problematici dell'attuale disciplina sarebbero i seguenti: *i*) la mancata previsione di un termine di durata degli effetti che conseguono all'ammonimento; *ii*) l'inesistenza di una procedura di controllo periodico sui presupposti legittimanti l'ammonimento; *iii*) la ritenuta assenza di un obbligo di provvedere, da parte dell'autorità amministrativa, sulle richieste di revoca in autotutela dei provvedimenti; *iv*) la qualificazione, operata da una parte della giurisprudenza amministrativa, dell'ammonimento quale provvedimento “istantaneo”, come tale radicalmente insuscettibile di essere revocato *ex art. 21-quinquies l. n. 241/1990*²¹; *v*) l'orientamento della Corte di Cassazione secondo cui, anche laddove l'ammonimento venisse revocato da parte dell'autorità amministrativa, rimarrebbero impregiudicati i suoi effetti²².

Secondo i giudici di Strasburgo, un siffatto quadro normativo, che non prevede né un termine di durata della misura, né la possibilità di ottenere una revoca della stessa, pone seri dubbi di compatibilità con l'art. 8 CEDU²³. Non solo: esso si porrebbe altresì in contrasto con l'art. 53 §2 della Convenzione di Istanbul, la cui formulazione (“le Parti adottano le misure legislative e di altro tipo necessarie per garantire che le ordinanze di ingiunzione o di protezione [...] siano [...] emesse *per un periodo specificato o fino alla loro modifica o revoca*”) sottenderebbe la necessaria provvisorietà dei *protection orders*²⁴.

Da queste premesse, la conclusione per cui la disciplina italiana non fornirebbe all'ammonimento un'adeguata base giuridica sembrava scontata. Tuttavia, la Corte non

¹⁸ Cfr. §116 della sentenza in commento.

¹⁹ Cfr. §118 della sentenza in commento.

²⁰ Cfr. §41 della sentenza in commento, ove si richiama Cons. Stato Sez. III, 15 luglio 2011 (dep. 21 ottobre 2011), n. 5676.

²¹ Cfr. T.a.r. Liguria, Genova, Sez. I, 22 luglio 2022 (dep. 3 ottobre 2022), n. 826, §2.1 dei “motivi della decisione”: «[...] l'ammonimento questorile è un provvedimento ad efficacia istantanea e, come tale, non passibile di revoca. [...] l'effetto tipico dell'atto è un rimprovero, che si produce e si esaurisce istantaneamente nel momento in cui viene mosso».

²² In questo senso Cass. pen. Sez. V, 3 giugno 2021 (dep. 16 settembre 2021), n. 34474, CED 281771.

²³ Cfr. §120 della sentenza in commento.

²⁴ Cfr. §120 della sentenza in commento.

si è spinta ad affermare tanto: date le conclusioni cui si è giunti nel valutare la “necessità in una società democratica” della misura concretamente applicata, secondo i giudici di Strasburgo non vi era bisogno di stabilire se, in sé considerata, la perpetuità dell’ammonimento privi la base legale della misura della “qualità” imposta dalla CEDU²⁵.

5. Come prevedibile, particolarmente rapida e priva di incertezze si è invece rivelata la valutazione sulla legittimità della finalità perseguita con l’ammonimento del questore. Tale misura è infatti protesa alla salvaguardia di interessi di preminente rilievo, quali la prevenzione dei reati, la tutela della salute e di altri diritti, nonché il contrasto alla violenza domestica e contro le donne, oggetto della Convenzione di Istanbul.

6. Ben più articolati sono invece gli snodi motivazionali riguardanti l’ultimo gradino del *test*, rappresentato dalla “necessità della misura in una società democratica”. È qui che, come già accennato (*supra*, §1), la Corte ha riscontrato la violazione delle garanzie di cui all’art. 8 CEDU.

Tre le ragioni per le quali, nel caso di specie, l’ammonimento ricevuto dal ricorrente è stato reputato non necessario e sproporzionato.

Anzitutto, rileva il fatto che il questore, senza indicare le ragioni di urgenza ricorrenti nel caso concreto, non aveva fornito al ricorrente la possibilità di essere ascoltato prima dell’ammonimento. Tale violazione, peraltro, non aveva neppure ricevuto una “*independent review*” da parte dei giudici del Consiglio di Stato, questi ultimi avendo ritenuto che l’urgenza fosse *in re ipsa* nella tipologia procedimentale²⁶. D’altra parte, secondo la Corte la sussistenza di un’emergenza sembrava sconfessata dal fatto che, nelle due settimane successive alla richiesta di ammonimento, la polizia aveva sentito diverse persone informate sui fatti, “e non si vede per quale ragione le autorità nazionali non avrebbero potuto ascoltare anche il ricorrente”²⁷.

In secondo luogo, ad avviso dei giudici l’autorità amministrativa non aveva indicato in maniera esaustiva le ragioni poste a fondamento dell’ingerenza nella vita privata e familiare del ricorrente. Da un lato, gli episodi ritenuti rilevanti erano stati descritti in maniera generica. Dall’altro lato, non si era dato conto del fatto che le dichiarazioni della maggior parte delle persone sentite dalla polizia non avevano corroborato le accuse mosse dalla sig.ra C.S.²⁸.

Infine, il ricorrente non aveva beneficiato di un effettivo controllo giurisdizionale sui presupposti legittimanti l’ammonimento. Il T.a.r. Liguria aveva

²⁵ Cfr. §120 della sentenza in commento.

²⁶ Cfr. §129.

²⁷ Tale osservazione, oggetto di severa critica da parte del giudice Raffaele Sabato, si rinviene al §130 della sentenza in commento: «[...] *indeed, in those two weeks the police authorities heard the testimonies of seventeen different individuals mentioned by the applicant's wife in her request [...]. The Court sees no reason why the domestic authorities could have not heard the applicant as well.*».

²⁸ Cfr. §§135-137 della sentenza in commento.

infatti annullato il provvedimento amministrativo per un vizio di carattere procedimentale, mentre il Consiglio di Stato, dal canto suo, si era limitato ad affermare genericamente che le indagini disposte dal questore avevano corroborato le affermazioni contenute nella richiesta presentata dalla sig.ra C.S. Così facendo, i giudici nazionali non avevano garantito un “*sufficient judicial review*” sulla legittimità e sulla proporzionalità dell’ammonimento²⁹.

7. Sebbene la violazione dell’art. 8 CEDU sia stata accertata all’unanimità, la sentenza in epigrafe contiene un’articolata *separate opinion* del giudice Raffaele Sabato, che, pur condividendo l’esito raggiunto dalla maggioranza (si tratta di una *concurring opinion*), assume una posizione per diversi aspetti profondamente dissenziente. Al punto che, come già accennato, ad avviso del giudice italiano i principi affermati dalla Corte segnerebbero “diversi passi indietro nel contrasto alla violenza di genere”.

Il primo motivo di dissenso si lascia efficacemente riassumere nell’esclamazione “*victims count!*”, ripetuta per quattro volte nel testo della *concurring opinion*³⁰. Secondo il giudice, la maggioranza non avrebbe dato il doveroso peso alla richiesta di ammonimento presentata dalla sig.ra C.S., la quale descriveva in maniera particolarmente puntuale e dettagliata una lunghissima serie di condotte violente e prevaricatorie asseritamente commesse dal ricorrente prima e dopo la separazione³¹. Le sue dichiarazioni non potevano essere trascurate o considerate alla stregua di una qualsiasi “versione dei fatti” priva di rilievo se non corroborata da conferme esterne, anche perché, quando si ha a che fare con la violenza domestica e contro le donne, il racconto della presunta vittima è spesso l’unica fonte di conoscenza a disposizione delle autorità³². Di qui la conseguenza che il provvedimento del questore, facendo rimando alla richiesta della sig.ra C.S., che era a disposizione del ricorrente, non poteva considerarsi affetto da carenza motivazionale.

Il secondo motivo di dissenso, connesso al primo, si appunta sull’eccessiva valorizzazione delle dichiarazioni delle persone informate sui fatti che non avevano fornito spunti di conferma alle dichiarazioni della sig.ra C.S. Invero, le prove andrebbero “pesate”, più che “contate” (“*testes ponderantur, non numerantur*”)³³.

Una significativa divergenza si ha poi rispetto alle considerazioni svolte dalla maggioranza dei giudici in relazione alla durata indeterminata dell’ammonimento. Nella *concurring opinion* si sostiene infatti che non vi sarebbe ragione per ritenere illegittime “ordinanze di ingiunzione” perpetue: neppure l’art. 53 §2 della Convenzione di Istanbul depone in questo senso, prevedendo anzi che le stesse possano essere emesse “per un periodo specificato [...] o fino alla loro [...] revoca”³⁴.

²⁹ Cfr. §§138-143 della sentenza in commento.

³⁰ L’attenzione che il giudice riserva alla dignità della vittima è peraltro manifestata anche dalla scelta di indicare la denunciante utilizzando le iniziali del suo nome, anziché con la formula “la moglie del ricorrente”, che invece compare nella *main opinion*, cfr. p. 42, nota 3 della *concurring opinion*.

³¹ Cfr. §7 ss. della *concurring opinion*.

³² Cfr. §6.

³³ Cfr. §16 ss. della *concurring opinion*.

³⁴ Cfr. §§31-33 della *concurring opinion*, ove si richiama anche il §271 dell’*Explanatory Report*, cit.: «[t]he second

Infine, viene criticato il principio affermato nella *main opinion* a proposito “diritto di essere ascoltato”. Secondo il giudice Sabato, nulla si opporrebbe a una disciplina dell’ammonimento che, *a prescindere dalle circostanze del caso concreto*, disconosca in ogni caso il diritto di essere ascoltato *prima* dell’adozione del provvedimento amministrativo. Due, in particolare, gli argomenti valorizzati in tal senso. In primo luogo, si pone l’accento sulla complessità e sulla delicatezza del contesto della violenza di genere, osservando che l’ascolto del soggetto interessato prima dell’ammonizione potrebbe aprire la strada a una *escalation* di comportamenti violenti nei confronti della vittima ovvero intimidatori verso le persone informate sui fatti³⁵. In secondo luogo, si osserva che – diversamente da quanto sostenuto nella *main opinion* – nessuna disposizione, né alcun precedente giurisprudenziale, riconosce in termini assoluti, nell’ambito dei procedimenti amministrativi, il diritto di essere ascoltato *prima* dell’adozione del provvedimento sfavorevole³⁶. Né una siffatta garanzia potrebbe farsi discendere dall’art. 53 §2 della Convenzione di Istanbul: nell’ammettere l’adozione di ordinanze di ingiunzione *inaudita altera parte* “ove necessario” (*«where necessary»*), la norma non impone di ravvisare un’“urgenza” nel caso concreto e non preclude che la valutazione di “necessità” sia effettuata dal legislatore in astratto, in ragione della gravità del fenomeno da contrastare³⁷.

L’unico punto su cui il giudice italiano si trova concorde con la maggioranza riguarda l’ineffettività del controllo giurisdizionale effettuato dai giudici amministrativi nel caso di specie, garanzia che peraltro assume particolare importanza proprio a fronte del mancato riconoscimento del diritto di essere ascoltato prima dell’adozione dell’ammonimento³⁸. È soltanto su questa base che anche la *concurring opinion* giunge a riscontrare una violazione delle garanzie imposte dall’art. 8 CEDU.

8. Sebbene la “base legale” dell’ammonimento *ex art. 8 d.l. n. 11/2009* abbia oggi superato l’analitico vaglio di compatibilità con l’art. 8 CEDU condotto dai giudici di Strasburgo, la sentenza in commento pare destinata a determinare il consolidamento di taluni orientamenti giurisprudenziali ad oggi invero non del tutto assestati.

9. Il preminente rilievo assegnato al diritto di essere ascoltato *prima* dell’adozione di un provvedimento amministrativo sfavorevole – a quanto ci consta inedito nel panorama giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell’uomo – non lascia spazio a dubbi di sorta: eventuali ammonimenti disposti *inaudita altera parte* a prescindere dalla sussistenza di specifiche ragioni di urgenza nel caso concreto rappresenterebbero altrettante violazioni dell’art. 8 CEDU ed esporrebbero il nostro

indent calls for the order to be issued for a specified or a determined period or until modified or discharged. [...] Furthermore, it shall cease to be in effect if changed or discharged by a judge or other competent official» (enfasi aggiunta).

³⁵ Cfr. §40 della *concurring opinion*.

³⁶ Cfr. §41 della *concurring opinion*.

³⁷ Cfr. §§44-45 della *concurring opinion*.

³⁸ Cfr. §§51-52.

ordinamento a ulteriori condanne. Di qui dovrebbe derivare il definitivo abbandono di quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui la misura dell'ammonimento si sottrarrebbe *di per sé* alla garanzia della comunicazione di avvio del procedimento.

Difficile dire se a questo passo in avanti sul piano della tutela della vita privata e familiare corrisponda davvero uno speculare, e indesiderabile, passo indietro nel contrasto alla violenza di genere. L'allarme lanciato dal giudice Sabato potrebbe invero risultare stemperato dalla considerazione di due elementi: da un lato, la perdurante possibilità del questore di procedere senza comunicazione di avvio del procedimento in base all'eccezione prevista in via generale dall'art. 7 l. n. 241/1990; dall'altro lato, la limitatissima efficacia specialpreventiva della misura in questione – da alcuni definita “risibile”³⁹ – che non può non condizionare le valutazioni sulla necessità di una sua applicazione “a sorpresa”. Si tratta ad ogni modo di una tematica delicata e complessa, a cui gli interpreti si avvicinano anche con nozioni e considerazioni di stampo prettamente criminologico, e su cui pertanto non è possibile soffermarsi adeguatamente in questa sede. Un tangibile esempio di tale complessità è rappresentato dal fatto che l'attenta preoccupazione espressa dal giudice italiano, secondo cui l'invito a essere sentito prima dell'ammonimento potrebbe generare un'*escalation* di violenza, in dottrina è stata formulata, esattamente negli stessi termini, anche per l'ammonimento stesso⁴⁰.

10. Ricadute sugli orientamenti della giurisprudenza amministrativa potrebbero altresì scaturire dalle censure – invero meno nette rispetto alla precedente – mosse alla “perpetuità” dell'ammonimento. Dalle osservazioni della Corte emerge che tale carenza nella disciplina della misura di prevenzione potrebbe essere fronteggiato con una pluralità di meccanismi (cfr. *supra*, 4.3.3). Ciascuno di essi, però, ci sembra presupponga il superamento dell'orientamento secondo cui la misura *de qua* sarebbe “istantanea”, e come tale insuscettibile di “cessazione”. La sentenza in commento, allora, potrebbe determinare la *renaissance* di quel filone giurisprudenziale secondo cui il provvedimento di ammonimento è suscettibile di revoca *ex nunc* in quanto produce degli «effetti durevoli», rappresentati dalla procedibilità d'ufficio per il delitto di atti persecutori e dalla previsione di una circostanza aggravante (art. 8, co. 3-4, d.l. n. 11/2009)⁴¹.

11. Sebbene messo in ombra da snodi motivazionali assai articolati, a nostro avviso la sentenza offre un ulteriore interessante spunto di riflessione, concernente i presupposti dell'ammonimento.

Come si è detto (*supra*, §4.1), l'esistenza di un'appropriata base legale è stata riconosciuta anche in ragione del fatto che la misura dell'ammonimento presuppone la ricostruzione (sia pure in via soltanto indiziaria) della medesima condotta punibile ai

³⁹ Così A. CADOPPI, *Efficace la misura dell'ammonimento del questore*, in *Guida dir.*, n. 19/2019, p. 52 ss.

⁴⁰ Cfr. G. MONTANARA, voce *Atti persecutori*, in *Enc. dir.*, 2013, p. 73, secondo il quale, «all'opposto delle finalità perseguite dalla norma, l'ammonimento di polizia potrebbe incentivare l'aggressività del persecutore, anziché interromperla».

⁴¹ In questo senso cfr. T.a.r. Trentino-Alto Adige, Trento, Sez. I, 25 febbraio 2021 (dep. 1 marzo 2021), n. 28, §12.

sensi dell'art. 612-*bis* c.p. Si tratta, a nostro avviso, dell'unica lettura compatibile con il dato letterale: nel prevedere che la richiesta di ammonimento può essere avanzata «[f]ino a quando non è proposta querela per il reato di cui all'articolo 612-*bis* del codice penale», l'art. 8, co. 1, d.l. n. 11/2009 sembra in effetti presupporre l'avvenuta consumazione del reato. E tuttavia, si deve osservare che tale dato non può dirsi del tutto pacifico tra gli interpreti: valorizzando la natura preventiva dell'ammonimento, vi è infatti chi ne ha affermato l'applicabilità anche al fine di *evitare* la consumazione del reato, e cioè in un momento antecedente ad essa⁴². Si deve allora concludere che una siffatta declinazione della misura di prevenzione – a nostro avviso, lo ripetiamo, in contrasto con la *littera legis* – sarebbe sicuramente e inevitabilmente in contrasto con la “*quality of the law*” imposta dall'art. 8 CEDU? Tale conclusione ci sembrerebbe frettolosa, considerando che da più parti si ammette la configurabilità del tentativo di atti persecutori⁴³, ciò che presupporrebbe il rispetto del principio di legalità anche da parte di questa fattispecie.

12. Infine, segnaliamo che i principi affermati nella sentenza sembrano riferibili non solo all'ammonimento del questore, ma anche ad altre misure amministrative capaci di interferire con il diritto alla vita privata e familiare. A ben vedere, le considerazioni svolte dai giudici di Strasburgo non poggiano soltanto su specifiche disposizioni della Convenzione di Istanbul (riferibili solo agli strumenti di lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica), ma, più in generale, prendono l'abbrivio direttamente dai corollari dell'art. 8 CEDU. Così, la sentenza in commento potrebbe rappresentare un punto di riferimento per una lettura convenzionalmente orientata anche di altre misure di prevenzione, come ad esempio l'avviso orale di cui all'art. 3 d.lgs. n. 159/2011, che, come messo in luce dalla dottrina⁴⁴, ha una fisionomia molto simile a quella dell'ammonimento del questore.

⁴² Cfr. ad esempio A. ELIF DINI, [Ammonimento del questore e violenza di genere: un anello debole nella catena protettiva?](#), in *questa Rivista*, n. 20/2022, p. 80: «[s]i parla, dunque, di una misura di prevenzione che interviene prima del momento in cui la serie di condotte realizzate dall'agente ne acquisti i connotati di un reato, potendo poggiare su fatti che non hanno ancora raggiunto i crismi della tipicità»; p. 82: «i comportamenti descritti dalla fattispecie penale posti in essere dall'agente, potrebbero integrare la soglia del reato ovvero precederla». In giurisprudenza, un margine di ambiguità si rinviene in Cons. Stato, Sez. III, 4 giugno 2020 (25 giugno 2020), n. 4077, §4 dei “motivi della decisione”: «l'ammonimento della questura è un provvedimento discrezionale chiamato ad effettuare una delicata valutazione delle condotte poste in essere dal “potenziale stalker” in funzione preventiva e dissuasiva» (enfasi aggiunta).

⁴³ Cfr. A. VALSECCHI, *sub art. 612-bis c.p.*, in *Codice penale commentato*, E. DOLCINI – G. L. GATTA (diretto da), Wolters Kluwer, Milano, 2021, p. 1927. In questo senso, di recente, Cass. pen. Sez. V, 6 ottobre 2020 (dep. 18 gennaio 2021), n. 1943, in *Sist. pen.*, 2 marzo 2021, con nota di M. T. FILINDEU, [La Cassazione sulla configurabilità del tentativo di atti persecutori](#).

⁴⁴ Lo mette in luce F. BASILE, *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal Codice Rocco... al Codice rosso*, in *Dir. pen. uomo*, 20 novembre 2019, p. 6. Va peraltro segnalato che la necessità della comunicazione di avvio del procedimento volto all'emanazione dell'avviso orale è già stato riconosciuto dalla giurisprudenza; sul punto cfr. E. MARIANI, *Prevenire è meglio che punire. Le misure di prevenzione personali tra accertamento della pericolosità e bilanciamento di interessi*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 118, cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti.

NUOVE PRECISAZIONI IN MERITO AL *TEMPUS COMMISSI DELICTI* NEI REATI NECESSARIAMENTE ABITUALI

Cass., sez. VI, 24 gennaio 2023 (dep. 28 giugno 2023), n. 28218, Pres. Di Stefano, est. Silvestri

di Alberto Aimi

1. Con la sentenza in commento la Corte di cassazione ha affermato l'inedito principio secondo il quale, a fronte della modifica in senso sfavorevole (art. 2 co. 4 c.p.) del trattamento sanzionatorio di un reato necessariamente abituale, il *tempus commissi delicti* può radicarsi nel periodo di vigenza della disciplina più severa sopravvenuta soltanto qualora il reo, dopo la modifica, realizzi nuovamente quella "serie minima" di condotte necessaria ad integrare il reato, non essendo viceversa sufficiente la commissione di una singola condotta per «trascinare con sé e verso un trattamento punitivo più severo l'intera condotta abituale compiuta in precedenza»¹.

L'orientamento inaugurato dalla sesta Sezione si pone così in contrasto con un precedente orientamento della prima Sezione, la quale aveva accolto una soluzione radicalmente opposta con riferimento al delitto di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale (art. 9 l. 27 dicembre 1956, n. 1423; ora: art. 75 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159)²; pur considerato da giurisprudenza costante necessariamente abituale nel caso in cui tra obblighi rientri il "divieto di associarsi abitualmente alle persone che hanno subito condanne e sono sottoposte a misure di prevenzione o di sicurezza"³.

¹ Ove non diversamente specificato, i virgolettati costituiscono citazioni della sentenza in epigrafe.

² V. Corte di cassazione, sez. I, 11 maggio 2006 (dep. 14 giugno 2006), n. 20334, Caffo. L'indagato, dopo essere stato sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con divieto di accompagnarsi a pregiudicati o a persone sottoposte a misura di prevenzione o di sicurezza, veniva più volte sorpreso in compagnia di altri pregiudicati, in un periodo in cui il reato di violazione degli obblighi costituiva ancora una contravvenzione. Tuttavia, il prevenuto era nuovamente colto in compagnia di un pregiudicato dopo la trasformazione della fattispecie in delitto e l'aumento della relativa pena (l. 31 luglio 2005, n. 155), e gli veniva pertanto applicata la misura cautelare degli arresti domiciliari, consentita proprio in virtù delle modifiche peggiorative dovute all'intervenuta novella. Nel rigettare il ricorso dell'indagato, che lamentava l'applicazione retroattiva della fattispecie più grave, sottolineando come un solo incontro fosse avvenuto dopo la modifica, la Corte di cassazione replicava che «il reato di cui si tratta si è consumato dopo la entrata in vigore della legge n. 155 del 2005 e deve essere quindi ritenuto un delitto, alla stregua della norma incriminatrice vigente al momento della sua consumazione, non rilevando che parte della condotta sia stata posta in essere nel vigore della legge precedente che comunque prevedeva ugualmente come reato (sia pure di minore gravità) la stessa condotta».

³ V. in particolare Corte di cassazione, sez. I, 9 maggio 2017 (dep. 30 maggio 2017), n. 27049, Massimino. In senso conforme, tra le molte: Corte di cassazione, sez. I, 29 febbraio 2020 (dep. 8 maggio 2020), n. 14149, Vurchio; Corte di cassazione, sez. I, 10 ottobre 2017 (dep. 24 novembre 2017), n. 53403, Iurlaro.

2. In estrema sintesi, all'imputato veniva rimproverato di aver realizzato condotte abusanti ai danni della ex-moglie per un periodo di circa quattro anni, in un periodo compreso tra il maggio del 2009 e il luglio del 2013.

Le condotte rimproverate all'imputato venivano ricondotte dai giudici di prime e seconde cure nell'alveo del delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.) e la pena veniva commisurata all'interno della cornice edittale vigente nel momento in cui le condotte maltrattanti avevano avuto termine (2013), più sfavorevole rispetto a quella vigente al momento di prima consumazione del delitto in parola (2009) e nel corso dei successivi tre anni (2009-2012).

Com'è noto, infatti, la pena originariamente prevista per il delitto di maltrattamenti – da uno a cinque di reclusione – era stata aumentata in occasione della ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori (l. 1° ottobre 2012, n. 172) e, pertanto, il delitto di cui all'art. 572 era da quel momento punito con la pena compresa tra due e sei anni di reclusione⁴.

Ricorrendo per cassazione contro la sentenza pronunciata in grado d'appello, l'imputato lamentava, tra l'altro, l'erronea individuazione del *tempus commissi delicti* da parte dei giudici di merito, evidenziando come soltanto una parte della condotta sarebbe stata commessa dopo la modifica peggiorativa poc'anzi menzionata.

3. Nell'accogliere il ricorso, annullando con rinvio l'impugnata sentenza di secondo grado, i giudici di legittimità ricordano innanzitutto che, nei reati necessariamente abituali – come il contestato delitto di maltrattamenti contro familiari o conviventi (art. 572 c.p.) – il reato può dirsi perfezionato soltanto qualora venga compiuto «quell'atto che, unendosi ai precedenti, sia in grado di superare una determinata soglia di intensità di disvalore di azione e di evento, integrando quel *minimum* essenziale ai fini della realizzazione dell'offesa all'interesse giuridicamente protetto».

Dopo questo momento di "perfezione" o prima consumazione del reato, la condotta può ovviamente proseguire nel tempo, nei casi in cui, «nonostante si sia già realizzato il minimo rilevante livello di offesa dell'interesse tutelato, nuove azioni od omissioni vengano successivamente commesse». In queste ipotesi, com'è noto, il reato abituale prosegue e «si consuma in via definitiva in un momento successivo, quando cioè gli atti integrativi della condotta sono terminati».

La possibilità che il reato prosegua nel tempo dopo l'iniziale consumazione pone allora la questione, evidentemente comune a tutti i reati «strutturalmente caratterizzati dalla proiezione temporale della condotta, [...] della individuazione del segmento di azione rilevante ai fini della regolazione degli effetti del fenomeno successorio della legge penale».

Fatta questa premessa, la Suprema corte procede quindi a ricostruire il quadro giurisprudenziale sul punto, ricordando che, secondo l'orientamento unanime, per individuare il *tempus commissi delicti* nei reati abituali – e negli altri reati c.d. di durata –

⁴ Successivamente, la pena è stata nuovamente inasprita con l. 19 luglio 2019, n. 69.

occorre far riferimento all'ultimo atto che compone la condotta antigiuridica; con l'evidente conseguenza per cui, se l'autore ha compiuto una porzione di condotta nella vigenza di una legge che introduce un trattamento più severo, l'intera condotta sarà regolata dalla disciplina introdotta successivamente.

Una tale impostazione, si osserva poi, è stata confermata in una serie di *obiter dicta* anche dalla recente sentenza delle Sezioni unite chiamata a risolvere la diversa questione dell'individuazione del tempo del commesso reato in casi in cui l'evento si verifica anche a molti anni di distanza dal suo antecedente causale (cd. reato a distanza). In estrema sintesi, infatti, secondo l'autorevole consesso, «il protrarsi della condotta sotto la vigenza della nuova, più sfavorevole, legge penale assicura la calcolabilità delle conseguenze della condotta stessa che [...] dà corpo alla *ratio* garantistica del principio di irretroattività» e consente che la stessa venga punita secondo la *lex posterior* più severa⁵.

Secondo i giudici della sentenza in commento, tuttavia, una tale impostazione non sembra potersi accettare nella sua radicalità, perché finisce per disconoscere le peculiarità che caratterizzano i reati necessariamente abituali.

La Corte di cassazione osserva infatti che, se la «individuazione del *tempus commissi delicti* [...] si collega strettamente con la necessità di fare riferimento alla condotta e alla funzione della pena, il principio costituzionale di irretroattività impone di scongiurare il rischio di realizzare, attraverso il fenomeno successorio, una retroattività occulta della norma sopravvenuta sfavorevole in quanto sganciata dal criterio della condotta».

Ciò significa che, per radicare il *tempus commissi delicti*, la condotta dell'agente dovrà pur sempre costituire un "segmento autosufficiente"; un quadro di vita che, considerato autonomamente, risulti sussumibile nella fattispecie incriminatrice di cui si discute.

Ne deriva ulteriormente che, nei reati necessariamente abituali, ove il minimo necessario per realizzare il reato non può per definizione consistere in una singola manifestazione criminosa, un'eventuale modifica in senso peggiorativo della disciplina potrà essere applicata all'intera condotta abituale soltanto se «il soggetto compia segmenti di condotta abituale autosufficienti prima e dopo la norma modificativa sfavorevole sopravvenuta».

Viceversa, qualora «sotto la vigenza della nuova legge si realizzi un segmento insignificante di "abitualità", un singolo episodio», l'applicazione della nuova cornice sanzionatoria rappresenterebbe una violazione del principio di irretroattività. Secondo la Corte di cassazione, infatti, in questa costellazione di casi l'unica porzione di condotta criminosa che può essere considerata realmente tipica e che, dunque, può radicare il *tempus commissi delicti*, è quella compiuta sotto la vigenza della legge precedente più favorevole.

⁵ Sul punto, v. Corte di cassazione, sez. un., 19 luglio 2018 (dep. 24 settembre 2018), n. 40986, Pittalà.

**ESCLUSIONE DELLA PUNIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL
FATTO E CONDOTTA SUSSEGUENTE AL REATO.
LE PRIME PRONUNCE DELLA CASSAZIONE
SUL NOVELLATO ART. 133-BIS C.P.**

Cass., Sez. III, sent. 4 aprile 2023 (dep. 2 maggio 2023), n. 18029, Pres. Ramazzi, est. Corbetta; Cass., Sez. III, sent. 24 maggio 2023 (dep. 28 giugno 2023), n. 28031, Pres. Sarno, est. Scarcella; Cass., Sez. III, sent. 24 maggio 2023 (dep. 28 giugno 2023), n. 28033, Pres. Sarno, est. Gai.

di Davide Colombo

1. Segnaliamo ai lettori tre recenti sentenze della Corte di cassazione, depositate a breve distanza di tempo l'una dall'altra, che presentano alcuni interessanti passaggi in tema di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Si tratta di pronunce meritevoli di attenzione in quanto i giudici di legittimità si confrontano con il testo dell'art. 131-bis c.p. così come novellato dal d.lgs. 150/2022 (c.d. riforma Cartabia), soffermandosi in particolare sull'intervento additivo che ha inserito la "condotta susseguente al reato" tra i criteri di valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa.

2. Come noto, la causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p. è stata introdotta per assolvere una duplice funzione: da un lato, ampliare l'ambito della non sanzionabilità di determinate condotte che, pur astrattamente integranti gli estremi di un reato, abbiano cagionato un'offesa contenuta, sicché l'esenzione dalla pena persegue finalità strettamente connesse ai principi di proporzione e di *extrema ratio* della risposta punitiva; dall'altro lato, realizzare effetti positivi sul piano deflattivo, sfoltendo l'elevata quantità di procedimenti penali.

L'art. 1, co. 1, lett. c), n. 2, d.lgs. 150/2022 è intervenuto sull'art. 131-bis c.p. seguendo tre principali direttrici: i) è stato ampliato l'ambito di applicazione dell'istituto ai reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, abbandonando il parametro del massimo edittale di cinque anni previsto dalla previgente formulazione; ii) è stata attribuita rilevanza, in ordine alla valutazione della particolare tenuità dell'offesa, alla condotta susseguente al reato; iii) è stato escluso *ex lege* il carattere di particolare tenuità dell'offesa in relazione a determinati reati elencati all'art. 131-bis, co. 3, c.p.

Per quanto concerne l'intervento indicato *sub ii)* – su cui in questa sede, come anticipato, ci si intende focalizzare –, va rammentato che la modifica normativa, volta ad ampliare l'ambito di applicazione della causa di non punibilità, si è resa necessaria per superare l'orientamento giurisprudenziale che, nella formulazione *pre-riforma*

dell'art. 131-*bis* c.p., escludeva il rilievo della condotta susseguente al reato ai fini della valutazione della tenuità dell'offesa¹.

Il riferimento alla “condotta susseguente al reato”, quale inedito indice per valutare la tenuità dell'offesa, è invero ampio, come riconosce la stessa Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2000, in cui si spiega che «si è così inteso non limitare la discrezionalità del giudice che, nel valorizzare le condotte *post delictum*, potrà d'altra parte fare affidamento su una locuzione elastica – “condotta susseguente al reato” – ben nota alla prassi giurisprudenziale»². Così, nell'alveo della condotta susseguente al reato potranno rientrare le restituzioni, il risarcimento (anche parziale) del danno, le condotte riparatorie, l'accesso a programmi di giustizia riparativa, *etc.*

È evidente che l'apertura al criterio della condotta susseguente al reato trovi il proprio *rationale* nel potenziamento di forme di giustizia lato sensu riparativa, su cui la riforma Cartabia ha tanto puntato e che viene a fungere da *trait d'union* dei vari interventi apportati, ivi compresi quelli in materia di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto.

In ogni caso, poiché l'introduzione del nuovo indice di valutazione amplia la portata della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p., la nuova formulazione della norma è applicabile retroattivamente, ossia anche ai reati commessi prima del 30 dicembre 2022³.

3. L'entrata in vigore della riforma Cartabia è stata accompagnata da una prolifica produzione dottrinale, la quale, profondendosi in approfonditi e interessanti commenti alla novella normativa, ha messo in luce alcune questioni di ambigua soluzione, su cui la giurisprudenza è chiamata a prendere posizione.

Compito che i giudici, compresi quelli di legittimità, hanno già iniziato ad assolvere. Infatti, a distanza di qualche mese dalla vigenza del nuovo art. 131-*bis* c.p., la Corte di cassazione ha avuto modo di esprimersi sui connotati e sulla portata del nuovo

¹ Cfr. Cass., sez. V, 2 dicembre 2019, n. 660: «Ai fini della configurabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, non rileva il comportamento tenuto dall'agente “*post delictum*”, atteso che la norma di cui all'art. 131-*bis* c.p. correla l'esiguità del disvalore ad una valutazione congiunta delle modalità della condotta, del grado di colpevolezza da esse desumibile, dell'entità del danno o del pericolo, da apprezzare in relazione ai soli profili di cui all'art. 133, co. 1 c.p., e non invece con riguardo a quelli, indicativi di capacità a delinquere, di cui al secondo comma, includenti la condotta susseguente al reato». V. anche Cass., sez. III, 28 giugno 2017, n. 893, secondo cui l'eliminazione delle conseguenze pericolose del reato non integrava di per sé una lieve entità dell'offesa, atteso che l'esiguità del disvalore derivava da una valutazione congiunta degli indicatori afferenti alla condotta, al danno e alla colpevolezza. Nello stesso senso anche Cass., sez. II, 30 settembre 2015, n. 41742. Aveva invece ricondotto la condotta susseguente al concetto di non abitudine Cass., sez. III, 11 luglio 2017, n. 4123, con nota di E. PENCO, *Particolare tenuità del fatto – (ir)rilevanza delle condotte riparatorie successive al reato ai fini del giudizio di particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in *Giur. it.*, 2018, 6, pp. 1502 ss. Va tuttavia segnalato che un minoritario indirizzo della giurisprudenza di merito era incline a valorizzare condotte *post delictum* di tipo riparatorio-ripristinatorio, tendenzialmente sul piano dell'esiguità dell'offesa: v. tra le molte Tribunale di Milano, sent. 24 marzo 2016, n. 3738, nonché Tribunale di Foggia, sent. 10 aprile 2015, n. 1670.

² Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, p. 345.

³ In questo senso si esprime la Relazione dell'Ufficio del Massimario n. 2/2023, p. 253.

indice-criterio della “condotta susseguente al reato”, pervenendo ad alcune conclusioni di particolare interesse.

Nel dettaglio, le pronunce a cui si fa riferimento – tutte della Terza Sezione – sono la sent. 4 aprile 2023 (dep. 2 maggio 2023), n. 18029, la sent. 24 maggio 2023 (dep. 28 giugno 2023), n. 28031, e la coeva sent. 24 maggio 2023 (dep. 28 giugno 2023), n. 28033.

3.1. La vicenda alla base della sent. 18029/2023 riguardava il caso di un datore di lavoro che, a seguito di ispezione, risultava responsabile della violazione delle disposizioni poste a tutela della sicurezza dei luoghi di lavoro previste, in combinato disposto, dall’art. 63, co. 1, e dall’Allegato IV, par. 1.11.2.4, d.lgs. 81/2008; violazione da cui deriva la configurabilità della contravvenzione di cui all’art. 64, co. 1, lett. a), d.lgs. 81/2008. Conseguentemente, veniva condannato alla pena di 2.000 euro di ammenda.

Il giudice di merito, infatti, aveva negato il riconoscimento della causa di non punibilità prevista dall’art. 131-*bis* c.p., sulla base di due argomenti: in primo luogo, benché l’imputato avesse eliminato le conseguenze pericolose della violazione commessa (segnatamente, effettuando lavori di messa in sicurezza dei locali), tuttavia non aveva pagato l’oblazione; in secondo luogo, il fatto di reato aveva effettivamente leso o messo in pericolo l’incolumità dei lavoratori.

A seguito del ricorso proposto dalla difesa dell’imputato, la Corte di cassazione ha ritenuto manifestamente illogica la motivazione della sentenza di merito. Da un lato, i giudici di legittimità evidenziano che l’avvenuto pagamento dell’oblazione avrebbe determinato – ai sensi dell’art. 162-*bis* c.p. – l’estinzione del reato e che, dunque, costituisce un elemento del tutto inconferente ai fini della valutazione della gravità dell’offesa. Dall’altro lato, la Corte sottolinea come la lesione o la messa in pericolo del bene giuridico tutelato sia *conditio sine qua non* per la sussistenza di qualsiasi reato, e che la stessa causa di non punibilità di cui all’art. 131-*bis* c.p. postula l’esistenza di un fatto offensivo, che il legislatore ritiene non meritevole di sanzione penale in ragione della tenuità dell’offesa stessa.

La Corte richiama poi il rilievo attribuito nel novellato art. 131-*bis* c.p. alla condotta susseguente al reato. Innanzitutto, i giudici di legittimità osservano che, per effetto della modifica normativa, «la condotta *post factum* è uno – ma non certamente l’unico, né il principale – degli elementi che il giudice è chiamato ad apprezzare ai fini del giudizio avente ad oggetto l’offesa».

Viene poi ritenuto che, in virtù dell’ampia locuzione impiegata dal legislatore, il giudice possa valutare «una vasta gamma di condotte definite solo dal punto di vista cronologico-temporale, dovendo essere “susseguenti” al reato, ed evidentemente in grado di incidere sulla misura dell’offesa».

La Corte prosegue con le proprie considerazioni sulla nuova formulazione della norma annotando un interessante *obiter dictum*, ritenendo in particolare che il nuovo indice di valutazione inserito all’art. 131-*bis* c.p. rilevi «non solo nel caso in cui le condotte susseguenti riducano il grado dell’offesa [...] ma anche, e specularmente, quando delle condotte aggravino la lesione – inizialmente “tenue” – del bene protetto».

Infine, richiamando quanto esposto nella Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022, viene osservato che la condotta susseguente al reato acquista rilievo non come esclusivo

e autosufficiente indice di tenuità dell'offesa, bensì come ulteriore criterio rispetto a quelli contemplati dall'art. 133, co. 1, c.p. (natura, specie, mezzi, oggetto, tempo, luogo e ogni altra modalità dell'azione; gravità del danno o del pericolo; intensità del dolo o della colpa). In altri termini – conclude la Corte – «le condotte *post delictum* non potranno di per sé sole rendere di particolare tenuità un'offesa che tale non era al momento della commissione del fatto – dando così luogo a una sorte di esiguità sopravvenuta di un'offesa in precedenza non tenue – ma [...] potranno essere valorizzate nel complessivo giudizio sulla misura dell'offesa, giudizio in cui rimane centrale, come primo termine di relazione, il momento della commissione del fatto, e, quindi, la valutazione del danno o del pericolo verificatisi in conseguenza della condotta».

3.2. Per quanto concerne la vicenda alla base della sent. 28031/23, l'imputato era stato riconosciuto colpevole del reato di omesso versamento IVA *ex art. 10-ter* d.l.gs. 74/2000, avendo omesso di corrispondere l'imposta dovuta per un importo superiore quasi al triplo (circa 710.000 euro) della soglia di punibilità.

La difesa dell'imputato proponeva ricorso lamentando – tra i vari motivi di doglianza – il mancato riconoscimento della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, rappresentando che, nelle more del procedimento, l'imputato medesimo aveva provveduto all'integrale pagamento rateale del debito erariale.

La Corte ha ritenuto fondato il motivo di ricorso, valorizzando il nuovo ruolo assegnato dal d.lgs. 150/2022 alla condotta susseguente al reato ai fini del riconoscimento della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p.

Nel proprio iter argomentativo, la Corte ripercorre molte considerazioni già svolte nella precedente sent. 18029/23. In particolare, viene ritenuto che: i) per effetto della riforma, ai fini dell'applicazione della causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto acquista rilievo anche la condotta dell'imputato successiva al reato; ii) nondimeno, la condotta susseguente al reato non può, per sé sola, rendere di particolare tenuità un'offesa che tale non era al momento del fatto, potendo essere valorizzata solo nell'ambito del giudizio complessivo sull'entità dell'offesa recata, da effettuarsi alla stregua dei parametri di cui all'art. 133, co. 1, c.p.; iii) la condotta susseguente al reato può incidere sulla misura dell'offesa anche aggravando la lesione, inizialmente tenue, del bene giuridico tutelato.

I giudici di legittimità osservano quindi che, nello specifico caso sottoposto al loro scrutinio, «la condotta susseguente al reato (che, ove intervenuta prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, avrebbe certamente consentito l'applicabilità dell'altra speciale causa di non punibilità prevista dall'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 74 del 2000), ha sostanzialmente neutralizzato la gravità dell'offesa [...] provocata all'Erario».

La mancata valutazione di tale circostanza da parte dei giudici di merito imporrebbe pertanto, secondo la Corte, l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio al giudice d'appello per una rinnovata valutazione del fatto (esito tuttavia precluso dal decorso del termine di prescrizione del delitto, che ha imposto una

declaratoria di annullamento senza rinvio per estinzione del reato, più favorevole all'imputato rispetto all'esclusione della punibilità *ex art. 131-bis c.p.*).

3.3. Infine, anche la sent. 28033/23 si confronta con il nuovo criterio della "condotta susseguente al reato", svolgendo tuttavia alcune considerazioni peculiari rispetto a quelle delle due pronunce indicate poc'anzi.

La vicenda fattuale da cui aveva tratto origine il procedimento riguardava il caso di due persone ritenute responsabili del reato di cui agli artt. 110 c.p. e 1231 cod. nav. perché, in concorso tra loro, intercettate mentre stavano svolgendo attività di pesca in uno specchio d'acqua interdetto per ragioni di sicurezza alla navigazione, alla balneazione e alle immersioni (in quanto antistante a un'idrovora), si erano dati alla fuga.

I difensori lamentavano violazione di legge in relazione alla mancata applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p., perché – da un lato – era stata valutata negativamente, come condotta susseguente, la circostanza che gli imputati si erano dati alla fuga e – dall'altro lato – non si era tenuto invece conto di condotte successive valorizzabili favorevolmente per gli imputati medesimi.

La Corte, nel ritenere infondate le censure difensive, richiama preliminarmente le conclusioni a cui erano pervenute le Sezioni Unite *Tushaj*⁴, osservando in particolare che, secondo l'insegnamento del supremo consesso nomofilattico, ai fini dell'applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p. occorre avere riguardo al fatto storico e, in particolare, all'entità del suo complessivo disvalore.

Ciò rammentato, i giudici osservano che l'inseguimento avvenuto in mare, determinato dalla fuga degli imputati, aveva di fatto prolungato la violazione della sicurezza marittima, costituendo un perpetrarsi ulteriore del pericolo opposto al corretto svolgimento delle attività di navigazione. La fuga degli imputati, dunque, non era stata una condotta susseguente al reato, bensì un comportamento che insisteva nella commissione dello stesso: «la fuga posta in essere dagli imputati costituisce una modalità della condotta concretamente realizzata nel compimento della violazione di cui all'art. 1231 cod. nav. che connota in termini negativi il giudizio di tenuità dell'offesa e del pericolo».

Di particolare interesse è l'ultimo paragrafo della parte motiva della sentenza, in cui la Corte chiosa sull'irrilevanza, nel caso concreto, di eventuali condotte susseguenti al reato, atteso che – secondo i giudici di legittimità – la particolare tenuità dell'offesa era già esclusa dalle modalità esecutive del comportamento pericoloso degli imputati. In altri termini, accertata la non esiguità dell'offesa, per la Corte non ha senso valutare eventuali condotte susseguenti, giacché non sarebbero suscettibili di mutare la valutazione dell'offesa compiuta alla luce degli altri indici previsti dall'art. 133, co. 1, c.p. (a cui l'art. 131-*bis* c.p. rinvia).

⁴ Cass., SS.UU., 25 febbraio 2016, n. 13681, con nota di E. Andolfatto, *Le Sezioni Unite sull'applicabilità del nuovo art. 131-bis c.p. alle contravvenzioni stradali (art. 186, commi II e VII, c.d.s.)*, in *Dir. pen. cont.*, 29 aprile 2016.

4. Dalla lettura delle pronunce di cui si è dato brevemente conto, confrontate con la Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022 e con i primi commenti dottrinali alla riforma, emergono alcune questioni “problematiche”, tali perché il testo della norma si presta a soluzioni invero dissimili.

In particolare, a noi sembrano quattro i principali quesiti che, all’indomani della nuova formulazione dell’art. 131-*bis* c.p. (con particolare riferimento all’introduzione del criterio della “condotta susseguente al reato” per valutare la tenuità dell’offesa), si pongono all’attenzione dell’interprete:

- i. se la condotta susseguente al reato rilevi solo laddove incida sull’entità dell’offesa ovvero debba essere presa in considerazione anche nei casi in cui disveli una maggiore o minore capacità a delinquere del reo;
- ii. se la condotta susseguente al reato possa, per sé sola, rendere tenue l’offesa;
- iii. se la condotta susseguente al reato possa essere valorizzata per escludere l’esiguità di un’offesa originariamente tenue;
- iv. in quale rapporto si ponga la condotta susseguente al reato *ex art. 131-bis* c.p. con le ipotesi in cui la legge individua specifici comportamenti successivi al fatto suscettibili di determinare l’esclusione della punibilità per l’imputato.

4.1. Per quanto concerne il primo quesito, tra i primi commentatori è stato osservato che il comportamento del reo successivo al fatto si caratterizza per due possibili direzioni, potendo esso esprimere tanto un indice del bisogno rieducativo, in un’ottica finalistica, quanto un indice della stessa offesa *stricto sensu*, in un’ottica riparativa⁵.

È opportuno evidenziare fin da subito che la Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022 chiarisce come il mancato riferimento, nel testo novellato della norma, all’art. 133, co. 2, c.p. sia stata un’omissione intenzionale, per non introdurre nella valutazione di particolare tenuità dell’offesa elementi che vengono propriamente presi in considerazione in sede di commisurazione della pena, quali indici da cui desumere la capacità a delinquere del reo. Si legge infatti nella Relazione illustrativa: «nel diverso contesto della causa di esclusione della punibilità di cui all’art. 131 *bis* c.p., la condotta susseguente al reato non viene in considerazione come indice della capacità a delinquere dell’agente, bensì, secondo l’intenzione della legge delega, quale criterio che, nell’ambito di una valutazione complessiva, può incidere sulla valutazione del grado dell’offesa al bene giuridico tutelato, concorrendo a delineare un’offesa di particolare tenuità»⁶.

⁵ Così F. LOMBARDI, *Le modifiche alla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131 bis c.p.)*. Riflessioni sparse, in *Penale Diritto e Procedura*, 30 agosto 2021, p. 6, il quale a tal proposito osserva che «successivamente al commesso reato, infatti, il reo può tenere condotte che attestino un minor bisogno di rieducazione, poiché già emblematiche di una revisione critica di quanto realizzato; o può attuare comportamenti positivi tesi al ristoro per il danno cagionato, azioni che, mentre incidono sul piano dell’esigenza rieducativa, producono riverberi sugli effetti del fatto oggettivo con particolare riferimento alla riparazione del pregiudizio arrecato».

⁶ Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, p. 345.

Tale impostazione riconduce dunque i requisiti dell'esiguità del danno o del pericolo e delle modalità della condotta, compresa quella successiva al reato, a elementi che attengono sempre al disvalore oggettivo del fatto e che focalizzano lo sguardo sul grado di lesione o esposizione a pericolo del bene giuridico tutelato.

Tuttavia, la dottrina si è espressa in senso radicalmente opposto a quello palesato dal legislatore della riforma, ritenendo infatti che, con l'attribuzione di rilevanza alla condotta susseguente al reato, nel giudizio di particolare tenuità dell'offesa debbano essere presi in considerazione anche indici sintomatici della capacità a delinquere del reo⁷.

Segnatamente, si ritiene che il giudice possa valutare il bisogno rieducativo del reo, alla luce della condotta susseguente al reato, già nell'alveo dell'art. 131-bis c.p., la cui *ratio* sarebbe rinvenibile non solo in esigenze di deflazione processuale, ma anche nel rispetto del principio costituzionale di proporzionalità e di meritevolezza della pena⁸. In altri termini, il rilievo alla condotta *post factum* dovrebbe essere valorizzato in prospettiva di prevenzione speciale positiva, di talché il fatto possa essere ritenuto particolarmente tenue laddove non vi siano esigenze di rieducazione⁹.

Nelle pronunce qui segnalate, la Corte di cassazione non si esprime sulla questione, benché nella sent. 28031/23 pare ravvisarsi un (fumoso) riferimento alla valutazione della capacità a delinquere del reo, laddove viene posto l'accento sul fatto che l'imputato avesse «dimostrato con il proprio comportamento la volontà di assolvere il debito tributario»; circostanza che, a ben vedere, non incide minimamente sull'entità della lesione cagionata, limitandosi semmai a manifestare la resipiscenza del contribuente.

In attesa di future pronunce che possano far luce sulla questione, a noi pare tuttavia potersi affermare che il riconoscimento, da parte della dottrina, di un ruolo alla capacità a delinquere del reo nell'ambito della valutazione di tenuità dell'offesa rappresenta una impostazione ermeneutica non condivisibile.

La causa di esclusione della punibilità *ex art. 131-bis c.p.*, infatti, è incentrata sul dato, eminentemente oggettivo, della tenuità dell'offesa. E, benché l'accertamento concreto del grado dell'offesa possa essere difficoltoso, tuttavia a livello logico si prospetta un'alternativa in realtà molto semplice: o l'offesa è tenue, o non lo è. *Tertium*

⁷ M. DOVA, *La riforma della particolare tenuità del fatto: aspetti sostanziali*, in D. CASTRONUOVO – M. DONINI – E.M. MANCUSO – G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2023, pp. 122-123; E. TURCO, *L'estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Processo penale e giustizia*, 1/2022, pp. 8-9; F. LOMBARDI, *Le modifiche alla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131 bis c.p.)*. *Riflessioni sparse*, cit., p. 8. Particolarmente critico D. BRUNELLI, *Le modifiche alla non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Diritto penale e processo*, 1/2023, p. 61, secondo il quale «che la condotta susseguente al reato costituisca un indice di capacità a delinquere è una constatazione ovvia»; l'A. sottolinea inoltre come altri indici della capacità a delinquere del reo, previsti dall'art. 133, co. 2, c.p., trovino comunque modo di essere valorizzati nell'ambito dell'art. 131-bis c.p.: «i “motivi a delinquere” e il “carattere del reo” sono già scrutinati per verificare se sussistono gli ostacoli espressamente indicati nell'art. 131-bis, comma 2, e relativi ai “motivi abietti o futili” o alla “crudeltà”, mentre i “precedenti” e la “condotta” antecedente ugualmente rilevano per stabilire se il comportamento non sia “abituale”».

⁸ E. TURCO, *L'estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 9.

⁹ M. DOVA, *La riforma della particolare tenuità del fatto: aspetti sostanziali*, p. 123.

non datur. Attribuire valenza alla capacità a delinquere dell'agente nell'ambito dell'art. 131-bis c.p. è fuorviante, poiché trapianta valutazioni incentrate sulla persona del reo in un istituto a vocazione essenzialmente oggettiva, rischiando pertanto di snaturarne il fondamento¹⁰. Né, d'altra parte, diversamente opinando, si perviene ad esiti sconosciuti all'ordinamento, atteso infatti che l'art. 131-bis c.p. non è l'unica norma che esclude (*lato sensu*) la punibilità in virtù di valutazioni di esclusiva matrice oggettivistica: si pensi, a tal proposito, alla disciplina del reato impossibile *ex art. 49, co. 2, c.p.*

Peraltro, richiedere che il giudice, nell'ambito del giudizio *ex art. 131-bis c.p.*, tenga conto anche della capacità a delinquere del reo – manifestata da condotte susseguenti al reato – sembrerebbe aprire le porte a conseguenze poco desiderabili. Infatti, se la valutazione della condotta susseguente al reato, e con essa della capacità a delinquere del reo, trova una sua condivisibile giustificazione in sede di commisurazione della pena *ex art. 133, co. 2, c.p.*, assolvendo il compito di parametrare il *quantum* di pena in funzione delle esigenze di proporzionalità e meritevolezza della pena medesima (ma pur sempre entro i limiti legali imposti dal legislatore, unico legittimo detentore della potestà punitiva), diversamente, laddove tale giudizio voglia essere impiantato anche nell'alveo dell'art. 131-bis c.p., si consegnerebbe nelle mani del giudice l'abnorme potere discrezionale di determinare l'*an* di pena alla luce di valutazioni attinenti alla personalità del reo. Un potere che, a tacer d'altro, correrebbe il concreto rischio di essere esercitato, più che discrezionalmente, arbitrariamente.

Infine, merita di essere osservato che, pur nella prospettiva da noi propugnata, residuerebbero comunque margini per valorizzare in positivo o in negativo, in seno all'art. 131-bis c.p., condotte susseguenti al reato che manifestino una minore o maggiore capacità a delinquere dell'agente. Il pensiero, in particolare, va a quelle ipotesi in cui il comportamento *post delictum*, oltre a sottendere una particolare pervicacia criminale ovvero una revisione critica di quanto realizzato, sia altresì indicatore del grado di intensità del dolo al momento della commissione del fatto; intensità del dolo che, rientrando tra gli indici contemplati dall'art. 133, co. 1, c.p., ben potrà essere presa in considerazione nella valutazione sulla tenuità dell'offesa.

4.2. Il secondo quesito attiene alla possibilità di riconoscere alla condotta susseguente al reato la capacità di determinare per sé sola la particolare tenuità dell'offesa cagionata.

La risposta fornita dalla Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022 è inequivocabilmente negativa: «condotte *post delictum*, come quelle riparatorie o ripristinatorie, non potranno di per sé sole rendere l'offesa di particolare tenuità – dando luogo a una esiguità sopravvenuta di un'offesa in precedenza non tenue – ma potranno

¹⁰ Di diversa opinione D. BRUNELLI, *Le modifiche alla non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 62, secondo cui «l'apertura alle virtualità taumaturgiche della "condotta susseguente al reato" implica un ulteriore e forse definitivo distacco della clausola dalla matrice oggettivistica dell'offesa al bene giuridico e la consegna al giudice di una chiave equitativa di soluzione del processo, in cui l'apprezzamento del "bisogno di pena" assume un ruolo autonomo, ormai indipendente dal riscontro dei presupposti della responsabilità».

essere valorizzate nel complessivo giudizio di tenuità dell'offesa, che, dovendo tener conto delle modalità della condotta (contemporanea al reato), ha come necessario e fondamentale termine di relazione il momento della commissione del fatto»¹¹.

Secondo le intenzioni del legislatore della riforma, dunque, al comportamento *post factum* non è attribuito rilievo autonomo; esso viene invece ad assumere le vesti di requisito ancillare rispetto all'esiguità del danno o del pericolo e alle modalità della condotta. E infatti – si legge nella Relazione illustrativa – la condotta susseguente al reato tuttalpiù «potrà essere valorizzata per valutare/confermare la tenuità di un'offesa che già appare tale»¹².

Questa impostazione viene condivisa dalla Corte di cassazione in tutte e tre le sentenze qui segnalate. Nella sent. 18029/23 si legge, con parole in larga parte mutuare dalla Relazione illustrativa, che «le condotte *post delictum* non potranno di per sé sole rendere di particolare tenuità un'offesa che tale non era al momento della commissione del fatto – dando così luogo a una sorta di esiguità sopravvenuta di un'offesa in precedenza non tenue – ma [...] potranno essere valorizzate nel complessivo giudizio sulla misura dell'offesa, giudizio in cui rimane centrale, come primo termine di relazione, il momento della commissione del fatto, e, quindi, la valutazione del danno o del pericolo verificatisi in conseguenza della condotta». Negli stessi termini si esprime anche la sent. 28031/23.

Nella sent. 28033/23, la Corte abbraccia l'assunto in una diversa prospettiva (pur pervenendo a un esito concettuale analogo), ritenendo infatti che, una volta esclusa la particolare tenuità dell'offesa alla luce degli indici riferiti al momento della commissione del fatto, sarebbe del tutto superfluo confrontarsi con eventuali condotte successive, non potendo comunque queste ribaltare il giudizio di non tenuità già svolto.

Tale soluzione è condivisa da parte della dottrina, secondo cui il giudizio di tenuità dell'offesa *ex art. 131-bis c.p.* assumerebbe una struttura bifasica: dapprima andrebbe accertato che, per l'esiguità del danno o del pericolo e per le modalità della condotta, valutate alla luce dei criteri di cui all'art. 133, co. 1, c.p., l'offesa sia di particolare tenuità; solo qualora l'esito di tale accertamento sia positivo, occorrerebbe ulteriormente prendere in considerazione la condotta del reo susseguente al reato, per verificare se il comportamento successivo dell'agente confermi o rafforzi l'ipotesi di particolare tenuità dell'offesa, ovvero la rovesci¹³.

In questa prospettiva, tuttavia, come è stato prontamente sottolineato, la rilevanza della condotta susseguente al reato rischia di limitare, anziché ampliare, l'ambito applicativo dell'art. 131-bis c.p., in netto contrasto con lo spirito dell'intervento riformatore¹⁴. Infatti, in relazione ai fatti per cui, prima della

¹¹ Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, p. 345.

¹² Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, p. 345.

¹³ E. TURCO, *L'estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 8, la quale evidenzia che «anche nel rito minorile e nel procedimento dinanzi al giudice di pace, gli antesignati artt. 27 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 [...] e 34 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 [...] pongono il requisito oggettivo della tenuità del fatto in un rapporto di priorità cronologica rispetto a quello soggettivo».

¹⁴ M. DOVA, *La riforma della particolare tenuità del fatto: aspetti sostanziali*, p. 123; E. TURCO, *L'estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 9.

riforma, sarebbe stata riconosciuta la non punibilità per particolare tenuità dell'offesa, il nuovo criterio della condotta susseguente al reato – nell'interpretazione proposta dalla Relazione illustrativa e accolta dalla Cassazione – può incidere in due modi: o confermando la valutazione di particolare tenuità, di talché l'indice della condotta susseguente si risolverebbe in un evidente pleonismo; oppure ribaltando la valutazione sull'entità dell'offesa, così escludendo l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. a ipotesi per cui, prima della riforma, l'istituto sarebbe stato invece applicabile.

A noi pare che la questione si presti a una soluzione relativamente agevole.

Se la preoccupazione del legislatore e della giurisprudenza è quella di scongiurare una valorizzazione indiscriminata di condotte successive al reato (magari poste surrettiziamente in essere al precipuo scopo di scampare alla pena) in relazione all'applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p., allora potrebbe essere sufficiente il richiamo all'esigenza che il giudizio di particolare tenuità dell'offesa involga una valutazione complessiva di tutti gli indici spresi dalla norma. Per accertare l'entità dell'offesa, cioè, il giudice deve prendere in considerazione tutti i criteri indicatigli dalla legge, soppesando l'incidenza di ciascuno di essi sulla gravità dell'offesa e valutando quindi se essa, all'esito di un bilanciamento tra i vari indici, possa o meno essere considerata particolarmente tenue. Si pensi ad esempio al caso di chi commetta il furto di un bene di non modico valore, sottraendolo al legittimo proprietario con modalità subdole, di notte e in un luogo appartato, ma che, subito dopo aver commesso il fatto, restituisca il bene asportato alla persona offesa. Ora: il comportamento al momento del fatto escluderebbe la tenuità dell'offesa e, se per ciò solo non si potesse prendere in considerazione la condotta susseguente al reato, precluderebbe l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p. Si tratterebbe, tuttavia, di un esito infelice, atteso infatti che la condotta susseguente al reato ha, di fatto, eliminato totalmente l'offesa precedentemente cagionata.

In sintesi, non ci pare allarmante riconoscere alla condotta susseguente al reato la capacità di incidere sull'entità dell'offesa in modo tale da rendere quest'ultima particolarmente tenue, purché ciò avvenga nell'ambito di una valutazione complessiva di tutti gli indici previsti dalla legge e all'esito di un attento bilanciamento delle risultanze di ciascuno di essi. Così, una condotta successiva con effetti mitiganti sull'entità dell'offesa non implicherà automaticamente il riconoscimento della causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p., laddove l'offesa, alla luce degli altri criteri, rimanga comunque non tenue.

4.3. Il terzo quesito riguarda la possibilità di dare rilievo a condotte susseguenti al reato che escludano l'esiguità dell'offesa espressa da un fatto che, tuttavia, era originariamente tenue.

Prendendo ancora una volta le mosse dalla Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022, si legge che «la condotta susseguente al reato è apprezzabile, rispetto all'art.

131 *bis* c.p., solo quando concorre alla tenuità dell'offesa e non anche quando, al contrario, aggrava l'offesa stessa»¹⁵.

Senonché, sia la Corte di cassazione (nelle sentenze qui annotate) sia parte della dottrina hanno affermato – pur seguendo argomentazioni diverse – l'esatto contrario.

Per quanto riguarda la posizione della Cassazione, nella sent. 18029/23 si afferma che il giudice deve prendere in considerazione le condotte susseguenti al reato non solo quando «riducano il grado dell'offesa [...] ma anche, e specularmente, quando delle condotte aggravino la lesione – inizialmente “tenue” – del bene protetto». Con le medesime parole si esprime poi anche la sent. 28031/23.

La posizione della dottrina, invece, è tributaria dell'impostazione che traduce il rilievo attribuito alla condotta susseguente al reato nella necessità di valutare la capacità a delinquere del reo. In questa prospettiva, in effetti, si potrebbe ritenere che, laddove l'atteggiamento successivo dell'agente, pur a fronte di un'offesa tenue, sveli il concreto bisogno di trattamento sanzionatorio (desumibile, per esempio, da atteggiamenti sprezzanti, dal rifiuto di riparare il danno, o da comportamenti che contribuiscono a deteriorare i rapporti tra vittima e colpevole) non potrebbe essere esclusa la punibilità *ex art. 131-bis c.p.*¹⁶.

È tuttavia evidente che, laddove si ritenesse – come ci pare corretto e come si legge nella Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022 – che la condotta susseguente non debba essere valutata quale indice della capacità a delinquere del reo ma solo come elemento che può incidere sull'entità dell'offesa, allora verrebbe meno il fondamento su cui poggiano le osservazioni dottrinali poc'anzi riportate.

Non viene tuttavia eliso il problema, soprattutto alla luce delle pronunce della Corte di cassazione, in cui, invece che riferirsi all'atteggiamento soggettivo *post factum* dell'agente, si dà rilievo all'ipotesi in cui la condotta susseguente determini un aggravamento della lesione al bene giuridico tutelato.

Invero, non sembrano sussistere ostacoli di ordine logico o sistematico all'interpretazione fornita dai giudici di legittimità. Siccome il giudizio sull'entità dell'offesa implica una valutazione complessiva e unitaria di tutti gli indici individuati dall'art. 131-*bis* c.p. (ivi compresa la condotta susseguente al reato), ne consegue pacificamente che, qualora in virtù di uno di tali criteri (tra cui si annovera la condotta susseguente al reato) il fatto appaia non tenue, allora dovrà essere esclusa l'applicabilità della causa di non punibilità. D'altra parte, se – come riconoscono la Relazione illustrativa, la Cassazione e la dottrina – una condotta susseguente mitigante l'offesa non comporta automaticamente la tenuità del fatto, qualora alla luce degli altri indici questo appaia comunque grave, allora allo stesso modo non potrà essere applicato l'art. 131-

¹⁵ Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, p. 345.

¹⁶ Così F. LOMBARDI, *Le modifiche alla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131 bis c.p.)*. Riflessioni sparse, cit., p. 7; in termini analoghi E. TURCO, *L'estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 9. Contra D. BRUNELLI, *Le modifiche alla non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 61, secondo cui «che [...] la condotta susseguente al reato apprezzabile *ex art. 131-bis* sia quella che concorre a rendere tenue l'offesa (*rectius*: il fatto commesso) e non ad aggravarla, è [...] una considerazione del tutto ovvia, che vale allo stesso modo per ciascuno degli indici commisurativi di cui all'art. 133, comma 1, espressamente evocati attraverso la norma che li prevede».

bis c.p. laddove la condotta tenuta dal reo successivamente al reato renda non tenue un fatto che sarebbe stato tale alla luce degli altri criteri, isolatamente considerati.

La soluzione, dopotutto, pare imporsi sempre per la stessa ragione: il giudizio di tenuità dell'offesa è di matrice oggettivista e comporta una valutazione unitaria, non diacronica ma sincronica, di tutti gli indici previsti dall'art. 131-*bis* c.p. Nella prospettiva dell'istituto, volendo usare una metafora, la gravità dell'offesa dev'essere vista come il liquido contenuto in una beuta graduata: il livello del liquido all'interno del recipiente è determinato dagli indici di valutazione dell'entità del danno o del pericolo e delle modalità della condotta, ciascuno dei quali può comportare un aumento o una diminuzione del volume del liquido medesimo. All'esito della valutazione di ciascun indice, occorrerà osservare il livello infine raggiunto dal liquido (*i.e.* l'offesa): nel caso in cui sia pari o inferiore alla "stanghetta" che indica un valore di particolare tenuità, potrà essere applicato – al ricorrere delle altre condizioni di legge – l'art. 131-*bis* c.p.; in caso contrario invece no.

Tre precisazioni finali si rendono necessarie.

In primo luogo, la condotta susseguente al reato, per essere valutata negativamente ai fini della concessione della non punibilità *ex art.* 131-*bis* c.p., deve incidere effettivamente sull'offesa, aggravandola. Saranno invece assolutamente inconferenti rispetto al giudizio sull'entità dell'offesa – pare opportuno ribadire – comportamenti successivi che si limitino a manifestare una spiccata capacità a delinquere, ma non imprimano in alcun modo sull'entità dell'offesa cagionata.

In secondo luogo, la condotta susseguente deve aggravare l'offesa causata dal fatto commesso (e dunque deve provocare un danno o un pericolo maggiori di quelli già necessariamente collegati al fatto di reato commesso), mentre non rilevano le ipotesi in cui la condotta susseguente cagioni una nuova e diversa offesa, del tutto slegata a quella precedentemente causata.

Infine, non potrà essere considerata susseguente al reato una condotta che, a ben vedere, costituisca ancora una modalità di realizzazione del reato medesimo (in questo senso si esprime anche la sent. 28033/23).

Ne consegue, a bene vedere, la natura essenzialmente teorica dell'ipotesi in parola, di assai difficile riscontro pratico, alla stessa stregua di quanto è fino ad oggi avvenuto in relazione all'aggravante (ontologicamente simile) di cui all'art. 61, n. 8, c.p.¹⁷; il che vale, sembrerebbe, a ridimensionare le preoccupazioni riferite a un eventuale uso distorto dell'indice della condotta susseguente al reato per escludere la particolare tenuità di fatti che, alla luce di tutti gli altri indici, parrebbero invece contrassegnati da un'esigua gravità.

Resta aperto comunque il nodo problematico della possibilità o meno di applicare retroattivamente l'art. 131-*bis* c.p., nella nuova formulazione, anche a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della riforma, laddove la condotta susseguente escluda la particolare tenuità di un'offesa originariamente tenue.

¹⁷ Evidenzia la sostanziale inapplicazione dell'art. 61, n. 8, c.p. S. PROSDOCIMI, *Osservazioni sull'aggravamento o tentato aggravamento delle conseguenze del delitto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, pp. 522 ss.

4.4. Infine, merita di essere appuntata qualche parola in relazione a una questione trattata marginalmente dalle sent. 18029/23 e 28031/23. L'ipotesi è quella in cui il legislatore valorizzi determinati comportamenti, successivi alla commissione del reato, al fine di configurare speciali cause di esclusione della punibilità, ovvero per farne derivare l'estinzione del reato stesso.

Il quesito che ci si può porre è il seguente: qualora l'imputato ometta volontariamente di realizzare i comportamenti valutati positivamente dal legislatore, potrà tale condotta omissiva, susseguente al reato, deporre per l'esclusione della particolare tenuità dell'offesa?

La soluzione a cui si è pervenuti nelle richiamate pronunce della Corte di cassazione è che, qualora la legge valorizzi comportamenti dell'imputato successivi alla commissione del fatto ai fini dell'esclusione della punibilità, il mancato compimento di tali comportamenti non può essere (automaticamente) valorizzato negativamente nell'ambito del giudizio sulla tenuità dell'offesa.

Ciò è tanto più vero quando, come nei casi scrutinati dalla Corte, l'imputato ponga effettivamente in essere condotte riparatorie, ma manchi di soddisfare altre condizioni collaterali (nel caso della sent. 18029/23, il pagamento dell'oblazione; nel caso della sent. 28031/23, il rispetto del termine temporale previsto dall'art. 13 d.lgs. 74/2000 per il pagamento del debito tributario) che avrebbero comportato il riconoscimento della speciale causa estintiva/di non punibilità, ma che di per sé non incidono sul grado dell'offesa cagionata.

D'altra parte, la disciplina di cui all'art. 131-bis c.p. è incentrata sul dato oggettivo della gravità dell'offesa (non su quello soggettivo del bisogno rieducativo del reo), sicché sono evidentemente irrilevanti comportamenti che non incidano in alcun modo sull'entità dell'offesa stessa.

Ci si potrebbe tuttavia domandare se, in questo modo, non si rischi di consentire al reo di aggirare la necessità di soddisfare tutte le condizioni richieste da una particolare causa di non punibilità, sfuggendo alla pena in virtù di adempimenti che, benché parziali o irregolari, potrebbero d'altra parte essere valorizzati *ex art. 131-bis*. Si tratta di un'evenienza certamente tutt'altro che remota, ma che, a ben vedere, desta poco allarme: da un lato, perché l'art. 131-bis c.p. richiede comunque una valutazione unitaria di tutti gli indici in esso indicati, non solo della condotta susseguente al reato, e la sua applicazione è in ogni caso subordinata non solo alla particolare tenuità del fatto, ma anche al rispetto degli altri requisiti di legge; in secondo luogo, perché gli effetti premiali riconosciuti dal legislatore a fronte di determinate condotte successive al fatto sono spesso più favorevoli (determinando tendenzialmente l'estinzione del reato) rispetto alla declaratoria di non punibilità *ex art. 131-bis c.p.*, sicché al reo non verrebbe riconosciuto lo stesso beneficio a cui non aveva diritto di accedere.

ESTRADIZIONE E DIRITTI FONDAMENTALI: DUE RECENTI PRONUNCE DELLA CASSAZIONE

Cass., Sez. VI, sent. 26 aprile 2023 (dep. 6 giugno 2023), n. 24348, Pres. Di Stefano, Rel. Paternò Ragusa; Cass., Sez. VI, sent. 1° marzo 2023 (dep. 17 maggio 2023), n. 21125, Pres. Calvanese, Rel. Di Geronimo.

di Carlotta de Luca

1. Si segnalano due recenti sentenze, emesse a breve distanza di tempo l'una dall'altra, con cui la Cassazione si sofferma sul rapporto tra estradizione, dal lato "passivo" della procedura (artt. 697-719 c.p.p.)¹, e tutela dei diritti fondamentali, lasciandosi guidare dalle fonti sovranazionali e soprattutto dalla giurisprudenza della Corte Edu.

Le pronunce suscitano particolare interesse poiché, pur coinvolgendo Paesi profondamente diversi – rispettivamente, Giordania e Cina – e inserendosi in contesti e vicende differenti, sono legate da un unico filo conduttore: la necessità di accordare prevalenza alle garanzie della persona, di cui è richiesta la consegna all'estero, rispetto alle istanze di cooperazione sottese alla mutua assistenza giudiziaria.

Per chiarezza espositiva, si ritiene opportuno illustrare separatamente il contenuto delle due sentenze, con l'obiettivo di coglierne i profili di maggiore rilevanza.

2. Con la prima pronuncia indicata in epigrafe², i giudici della Sesta Sezione sono chiamati a sindacare la legittimità della decisione, adottata dalla Corte d'appello di Milano, che ha dato seguito alla richiesta del Governo del Regno di Giordania di estradare un cittadino condannato alla pena di tre anni di lavori forzati, per il reato di tratta di esseri umani. Accogliendo le doglianze del ricorrente, il quale deduceva il contrasto con l'art. 4 § 2 Cedu – che proibisce la sottoposizione a lavori forzati – e con l'art. 705 co. 2 lett. b) e c) c.p.p., relativo ad alcune condizioni preclusive della consegna, la Cassazione osserva come la Corte territoriale abbia omissso di svolgere qualsiasi indagine sull'effettiva natura dei lavori forzati, invero da ritenersi indispensabile «al fine di escludere che gli stessi si sostanzino in un trattamento

¹ Sull'argomento, v. M. CHIAVARIO - A. PERDUCA, *Cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 33 ss.; M.R. MARCHETTI, *L'estradizione*, in M.R. MARCHETTI - E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Wolters Kluwer Cedam, Milano Padova, 2019, p. 23 ss.; G. RANALDI, *Il procedimento di estradizione passiva*, Utet Giuridica, Torino, 2012. Per le novità apportate dal d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, cfr. S. MARCOLINI, *Le modifiche in tema di estradizione*, in F. RUGGIERI (a cura di), *Processo penale e regole europee*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2018, p. 108 ss.

² Cfr. Cass., Sez. VI, sent. 26 aprile 2023 (dep. 6 giugno 2023), n. 24348.

destinato a violare i diritti fondamentali della persona»³. In particolare, rileva la S.C., la Corte d'appello si è limitata a recepire le informazioni, considerate comunque insufficienti, provenienti dall'autorità giordana, la quale avrebbe assicurato che il contenuto della pena irrogata sarebbe stato modulato in ragione dell'età e dello stato di salute del condannato, senza però fornire ulteriori dettagli. Di conseguenza, il provvedimento che ha acconsentito alla consegna a fini esecutivi risulta inficiato nella sua parte motivazionale, considerata inadeguata e al limite dell'apparenza⁴.

Se è infatti vero che l'art. 4 § 3 Cedu sottrae al divieto di lavori forzati od obbligatori, previsto dalla medesima norma, «il lavoro normalmente richiesto a una persona detenuta», si dà atto tuttavia che tale nozione è priva di un significato preciso e univoco a livello sovranazionale. Spetta, pertanto, alle autorità giudiziarie degli Stati membri del Consiglio d'Europa tracciarne i confini e accertare in concreto le caratteristiche della prestazione lavorativa che assurge a pena, valorizzando alcuni criteri individuati dalla Corte Edu⁵, quali gli orari e la natura delle mansioni da svolgere, nonché l'età e le condizioni di salute del condannato.

Alla stregua di tali premesse, la Cassazione annulla con rinvio la decisione della Corte milanese, invitando a compiere i dovuti accertamenti sulla natura e sui contenuti della pena inflitta all'estraddando⁶ onde verificare, in concreto, che il lavoro obbligatorio che gli sarebbe imposto al suo rientro in Giordania «risulti comunque imprescindibilmente pervaso da istanze rieducative e orientato alla reintegrazione sociale del condannato»⁷, in ossequio a quanto previsto dall'art. 27 co. 3 Cost.

3. Più dirompenti appaiono gli effetti che potrebbero discendere, sul piano nazionale, dalla seconda pronuncia sopra citata⁸, che richiama e si conforma a un'importante sentenza, *Liu c. Polonia*, riguardante un cittadino cinese indagato per reati ordinari, con cui la Corte di Strasburgo ha scosso il terreno della cooperazione giudiziaria penale tra gli Stati del Consiglio d'Europa e la Cina⁹.

³ V. § 3.1 della sentenza.

⁴ V. § 3.2 della sentenza.

⁵ V., in particolare, C. eur. dir. uomo, Sez. III, 9 febbraio 2016, *Meier c. Svizzera*, § 62 ss. Non si è invece attribuito rilievo alla mancata remunerazione della prestazione lavorativa svolta durante il periodo di detenzione. A questo proposito, v. C. eur. dir. uomo, Sez. III, 12 marzo 2013, *Floroiu c. Romania*, § 33, nonché Sez. IV, 9 ottobre 2012, *Zhelyazkov c. Bulgaria*, § 36.

⁶ Cfr. Cass., Sez. VI, 30 gennaio 2020 (dep. 30 marzo 2020), n. 8618, Pres. Costanzo, Rel. Calvanese. In quell'occasione, nell'ambito di una vicenda originata dalla domanda di estradizione avanzata dalla Russia, finalizzata a sottoporre il condannato alla pena dei lavori forzati e indirizzata alla Corte d'appello di Milano, si è affermato che «ai fini dell'accertamento della condizione ostativa prevista dall'art. 698 co. 1 c.p.p., la Corte di appello è tenuta a verificare se la pena prevista dalla legislazione dello Stato richiedente, al di là della sua denominazione formale, consista effettivamente in un trattamento che violi i diritti fondamentali della persona».

⁷ Cfr. § 3.4 della sentenza.

⁸ Cfr. Cass., Sez. VI, sent. 1° marzo 2023 (dep. 17 maggio 2023), n. 21125.

⁹ V. C. eur. dir. uomo, Sez. I, 6 ottobre 2022, *Liu c. Polonia*, che ha ravvisato la violazione degli artt. 3 e 5 § 1 Cedu.

Sulla scia di questa pronuncia, la S.C. annulla, questa volta senza rinvio, il provvedimento con cui la Corte d'appello di Ancona aveva accolto la richiesta dell'autorità cinese di disporre la consegna di una persona ritenuta responsabile del reato di «assorbimento illecito di depositi pubblici», per il quale è prevista una pena detentiva peraltro non determinata nel massimo edittale. Si ravvisa, infatti, il concreto rischio, evidentemente sottovalutato dalla Corte territoriale, «di sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti nel caso in cui la ricorrente fosse consegnata e sottoposta al regime detentivo in Cina», desumibile in particolare dagli atti sovranazionali, puntualmente riportati dalla pronuncia recentemente resa dalla Corte Edu, attestanti le gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani «all'interno del circuito penitenziario cinese», nonché «il tollerato ricorso a forme di tortura»¹⁰.

L'impianto motivazionale della sentenza di annullamento della S.C. si erge infatti – e questo la rende peculiare – su molteplici fonti sovranazionali (tra cui le osservazioni del Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura, i rapporti di Amnesty International e di Human Rights Watch, il più recente rapporto di Freedom House del 2022), già ampiamente prese in considerazione – come anticipato – dalla Corte di Strasburgo, che fotografano un'allarmante situazione carceraria in Cina, in cui l'uso abituale di maltrattamenti e tortura come strumento per estorcere confessioni dagli imputati rappresenta una pratica «ancora profondamente radicata nel sistema di giustizia penale»¹¹.

Da tali atti sono inoltre emerse l'opacità e l'inattendibilità delle (scarse) informazioni messe a disposizione dalle autorità cinesi, non inclini alla collaborazione e alla condivisione con le autorità estere.

Un altro dato estremamente preoccupante che si evidenzia attiene alla mancata ratifica del Protocollo addizionale alla Convenzione della Nazioni Unite contro la tortura, cui la Cina ha aderito, con la conseguenza, da un lato, di impedire regolari controlli *in loco* da parte di organismi indipendenti e, dall'altro, di precludere il ricorso a forme di protezione internazionale ai detenuti che lamentino una violazione dei diritti umani¹².

4. Proprio sulla base della cospicua documentazione internazionale sulle condizioni di detenzione in Cina, la Corte di Strasburgo, nella già citata sentenza Liu c. Polonia, ha esonerato il ricorrente dall'onere di provare il pericolo, individuale e concreto, di subire, se estradato, tortura e maltrattamenti, essendo sufficiente accertare che egli fosse destinato a espiare la pena presso un istituto penitenziario del Paese. È stata, in altri termini, superata la necessità di dimostrare la sussistenza di un pregiudizio esclusivamente relativo alla sfera individuale dell'estradando.

¹⁰ V. § 3 della sentenza.

¹¹ Cfr. § 2.1 della sentenza.

¹² A sostegno delle proprie argomentazioni, la S.C. evoca anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 5 maggio 2022, che riporta numerose e preoccupanti segnalazioni relative all'espianto coatto di organi ai danni di detenuti in Cina.

Alle medesime conclusioni cui sono giunti i giudici europei perviene, come si anticipava, la Cassazione, la quale afferma che le «criticità» che affliggono il sistema di giustizia e di esecuzione penale cinese «costituiscono di per sé un motivo ostativo alla consegna»¹³. Del resto, precisa la Sesta Sezione, «le carenze evidenziate dalla Corte Edu in ordine al rispetto dei diritti umani hanno una valenza sistemica e, quindi, [sono] valevoli anche nei confronti di altri soggetti di cui si richieda l'extradizione in Cina». Pertanto, le argomentazioni che sorreggono la pronuncia sovranazionale «s[on]o pienamente valide anche nel procedimento in esame, stante la loro portata generale»¹⁴.

Nel caso di specie, il rimprovero che la S.C. muove alla Corte d'appello consiste nel non aver adeguatamente valorizzato i plurimi atti internazionali, pur richiamati dalla difesa della ricorrente, e nell'essersi accontentata delle generiche rassicurazioni fornite dall'autorità richiedente, risoltesi nella «mera allegazione del corpus normativo astrattamente idoneo a fungere da garanzia avverso il rischio di sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti e di per sé insufficiente in assenza, in concreto, dell'accertata effettività di tali forme di tutela e prevenzione»¹⁵. I giudici chiamati a decidere sulla domanda di estradizione avrebbero, al contrario, dovuto svolgere «un'indagine mirata», «da compiersi utilizzando elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati in merito alle condizioni di detenzione vigenti nello Stato richiedente»¹⁶.

Nondimeno, l'esito della vicenda, rappresentato dall'annullamento senza rinvio, si giustifica alla luce della comprovata impossibilità di ottenere ulteriori informazioni dall'autorità richiedente, già peraltro sollecitate invano dalla Corte d'appello, in grado di sgretolare il fondato motivo di ritenere che la ricorrente, una volta estradata, sia esposta al rischio di gravi violazioni dei diritti fondamentali.

5. Le pronunce, sin qui brevemente ricostruite, rivelano un approccio fortemente garantista, da accogliere con favore in quanto perfettamente in linea con il dettato normativo che, in particolare agli artt. 698 co. 1 e 705 co. 2 c.p.p., impone di rifiutare l'extradizione a fronte del pericolo concreto che le garanzie fondamentali della persona siano messe a repentaglio nello Stato di destinazione. L'insegnamento che se ne può trarre è che, al cospetto dell'accertata inosservanza dei diritti fondamentali, l'autorità richiesta della cooperazione non dovrebbe esitare a opporre il proprio diniego, superando il timore di alterare l'equilibrio dei rapporti con lo Stato estero e di andare incontro, a sua volta, al rigetto di un'eventuale richiesta di collaborazione "a parti invertite". Occorre, in definitiva, arginare prassi rispondenti alla logica utilitaristica

¹³ V. § 3 della sentenza.

¹⁴ V. § 2 della sentenza.

¹⁵ Cfr. § 2.3 della sentenza.

¹⁶ Cfr. Cass., sez. VI, 30 marzo 2022 (dep. 5 maggio 2022), Pres. Ricciarelli, Rel. De Amicis, ove si è precisato che «l'autorità giudiziaria dello Stato richiesto, anche in mancanza di allegazioni difensive, in conformità all'art. 4 CDFUE, è tenuta a verificare, in base ad elementi oggettivi ed aggiornati, l'affidabilità della garanzia proveniente dallo Stato richiedente [nel caso di specie, la Russia] circa il rispetto degli *standard* convenzionali relativi al trattamento dei detenuti durante l'intero percorso rieducativo seguito negli istituti penitenziari».

del *do ut des*, pronte ad assecondare le altrui pretese, ma indifferenti ai risvolti negativi che ne derivano sul piano delle garanzie delle persone coinvolte.

Si auspica, dunque, che questo spirito possa pervadere i futuri approdi giurisprudenziali nel contesto della cooperazione giudiziaria in materia penale: non soltanto nel campo dell'extradizione e, più in generale, della mutua assistenza, ma anche in quello governato dal principio del mutuo riconoscimento (art. 82 TFUE), entro i confini euro-unitari.

**LA CASSAZIONE SUI CONCORSI UNIVERSITARI TRUCCATI:
NO ALLA TURBATIVA D'ASTA, SÌ AL (MORIBONDO)
ABUSO D'UFFICIO**

*Cass., sez. VI, 24 maggio 2023 (dep. 25 luglio 2023), n. 32319, Pres. Fidelbo, rel.
Silvestri*

di Gian Luigi Gatta

1. Con la sentenza che può leggersi in allegato, la Sesta Sezione della Corte di cassazione ha escluso che integrino il delitto di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.) le condotte minacciose, collusive e fraudolente tenute durante l'espletamento delle procedure di concorso per il reclutamento dei professori universitari. La "turbativa" dei concorsi per i professori universitari (naturalmente, fuori dalla più grave ipotesi di corruzione) può al più integrare il reato di abuso d'ufficio: un reato che però è oggi "un morto che cammina" dopo la presentazione al Senato del disegno di legge proposto dal ministro Nordio, che ne prevede l'abolizione. Di qui, a ulteriore conferma delle perplessità che suscita quella proposta, un possibile quanto evidente vuoto di tutela che si prospetta.

2. I fatti oggetto della decisione della Cassazione riguardano una procedura di valutazione comparativa per un posto di professore associato presso un dipartimento di medicina nell'Università di Torino; procedura vinta da uno degli imputati a seguito di minacce, collusioni e altri mezzi fraudolenti contestati in concorso a un componente della commissione giudicatrice e al direttore di una struttura sanitaria. In primo grado alcuni degli imputati venivano condannati per il reato di turbata libertà degli incanti (c.d. turbativa d'asta); in appello la sentenza di condanna veniva però annullata disponendo la trasmissione degli atti al pubblico ministero per procedere per (fatti e) reati diversi e, in particolare, per quelli di abuso d'ufficio e concussione. Presentava quindi ricorso il procuratore generale che, tra l'altro, contestava la ritenuta non configurabilità della turbativa d'asta.

3. La Sesta Sezione della Cassazione, su parere conforme del Sostituto Procuratore Generale, ha rigettato il ricorso e ribadito che i fatti contestati dalla Procura di Torino non possono integrare il delitto di turbativa d'asta ma, al più, il delitto di abuso d'ufficio. La decisione si pone in linea con una di poco precedente (n. 26225/2023), [già segnalata su questa Rivista](#), con la quale la stessa Sezione Sesta aveva escluso l'applicabilità dell'art. 353 c.p. in relazione alle procedure che riguardano non l'acquisizione di beni o servizi ma il reclutamento di personale presso la pubblica amministrazione.

È una decisione di grande rilievo per almeno tre ragioni. Anzitutto, già si è segnalato come essa evidenzi ed esemplifichi uno dei vuoti tutela che conseguirebbero all'abolizione dell'abuso d'ufficio. In secondo luogo, è una decisione di grande impatto sulla prassi, atteso che promette di avere ripercussione sui procedimenti penali in corso relativi a concorsi universitari e, in particolare, su quelli nei quali, come nel caso oggetto del giudizio, è stato contestato il delitto di turbata libertà degli incanti (si pone ora il problema dell'eventuale contestazione di fatti nuovi/diversi o della riqualificazione dei fatti contestati). In terzo luogo, in una dimensione più alta e lontana dalla cronaca e dalla prassi, si tratta di una decisione significativa di un orientamento della Sesta Sezione della Cassazione attento al principio costituzionale di tassatività della legge penale.

4. In questa sentenza, come in quella di poco precedente che si è sopra richiamata, la Cassazione mostra di fare sul serio con il divieto di analogia *in malam partem*: dopo avere richiamato la giurisprudenza costituzionale (da ultimo, le sentenze n. 115/2018 e 98/2021), individua nella lettera della legge un invalicabile confine oltre il quale l'interpretazione non può spingersi e il giudice deve fermarsi, non potendo far prevalere identità di *ratio* e ragioni di giustizia sostanziale. Nel quadro di una fattispecie legale che presenta, nella propria descrizione, concetti elastici quali sono quelli di "turbamento" e di "altri artifici" – che si prestano a ricomprendere condotte eterogenee – il vero e decisivo argine viene individuato dalla Cassazione nel concetto di "gare nei pubblici incanti e nelle licitazioni private per conto delle pubbliche amministrazioni". Tale concetto, con una interpretazione estensiva ritenuta ora inammissibile perché contraria al divieto di analogia, è stato ampliato dalla giurisprudenza ricomprendendovi qualsivoglia tipo di gara e di procedura di valutazione comparativa. Ed è sulla scia di questa giurisprudenza che diverse procure hanno per l'appunto contestato la turbativa d'asta anche in rapporto ai concorsi universitari: un reato più facile da provare rispetto a quelli di corruzione e di abuso d'ufficio.

La Cassazione, tuttavia, mette ora uno stop (e lo fa la Sezione competente per materia in tema di delitti contro la pubblica amministrazione): l'art. 353 c.p., in ragione del dato testuale, è riferibile "alle sole procedure indette per la cessione di un bene ovvero per l'affidamento all'esterno della esecuzione di un'opera o della gestione di un servizio"..."non può essere ricondotta all'interno della fattispecie ciò che ad essa è *aliunde*, come appunto le procedure concorsuali per l'assunzione di personale da parte dello Stato e delle sue articolazioni". Reclutare un professore è cosa ben diversa da acquistare beni o servizi. E la turbativa d'asta è comunque un reato dei privati contro la p.a., mentre i fatti contestati a membri di commissioni di concorso riguardano condotte poste in essere da pubblici ufficiali.

5. La decisione della Cassazione, fedele al principio di legalità, va salutata con favore perché mostra di fare sul serio con i principi e le garanzie costituzionali. Al tempo stesso, la sentenza pone, al legislatore – che ha il monopolio delle scelte politico-criminali – il problema della rilevanza penale delle condotte di "turbativa" dei concorsi universitari realizzate, fuori dai casi di corruzione, per avvantaggiare o per danneggiare

un candidato. Se oggi la Cassazione può avallare la decisione di rimandare gli atti al pubblico ministero, per valutare la contestazione dell'abuso d'ufficio, altrettanto non potrà fare se, come nelle intenzioni del Governo e del Ministro Nordio, tale reato sarà abolito. D'altra parte, la configurabilità dell'abuso d'ufficio è già oggi problematica in quanto, dopo la riforma del 2020, rileva la sola violazione di leggi (non anche, pertanto, dei regolamenti universitari) e, in particolare, di disposizioni che non lasciano residuare margini di discrezionalità. Ebbene, è evidente come la valutazione comparativa tra due candidati a un posto di professore, di ricercatore, di dottorando di ricerca ecc., sia attività eminentemente discrezionale, sottratta pertanto al sindacato del giudice penale. Siamo dunque di fronte a un vuoto di tutela penale, anzi, a un baratro.

In un Paese che fatica a riconoscere il merito – nonostante un Ministero sia oggi intitolato, appunto, all'Istruzione e al Merito – e nel quale malcostume e malaffare nella pubblica amministrazione non sono rarità – purtroppo, talora, anche nelle università – desta preoccupazione l'idea di un vuoto di tutela penale come quello che si prospetta leggendo la sentenza qui brevemente annotata. È una preoccupazione della quale dovrebbe farsi carico il legislatore, proprio perché, in ossequio alla riserva di legge e al principio della separazione dei poteri, non può farsene carico il giudice. Questa è, in fondo, la lezione della Cassazione, fedele ai principi costituzionali.

L'assenza di un presidio penalistico è grave in chiave di prevenzione, prima che di repressione. Dopo questa sentenza, e con un abuso d'ufficio moribondo, ad avere meno "paura della firma" saranno non i sindaci, ma i professori commissari di concorso che non rispettano le regole e il merito. Non è un bel messaggio per il Paese, per le nuove generazioni e per gli osservatori internazionali.

**COMPATIBILITÀ COSTITUZIONALE DELLE PENE FISSE:
IL TRIBUNALE DI MONZA SOLLEVA UNA QUESTIONE
CON RIFERIMENTO ALLE LESIONI STRADALI GRAVI AGGRAVATE
DALLA FUGA DEL CONDUCENTE EX ART. 590-TER C.P.**

Trib. Monza, Sez. pen., ord. 28 aprile 2023 (G.U. n. 23 del 7 giugno 2023), Giud. Polastri

di Francesco Emiliano Manfrin

1. Con l'ordinanza che qui si segnala, il Tribunale di Monza ha sollevato una questione di legittimità costituzionale in ordine all'art. 590-ter c.p. nella parte in cui prevede che per le lesioni colpose gravi con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale previste dall'art. 590-bis, co. 1, c.p. aggravate dalla fuga del conducente, la pena non può essere inferiore a tre anni.

La questione è stata ritenuta dal Tribunale monzese rilevante e non manifestamente infondata in relazione agli articoli 3 e 27, co. 1 e 3, della Costituzione.

Si tratta, invero, della seconda questione di legittimità che investe – a meno di un anno di distanza e per ragioni sostanzialmente sovrapponibili ad analoga questione sollevata dal Tribunale di Milano¹ – il menzionato combinato normativo, al fine di denunciarne la problematica compatibilità con il principio di uguaglianza e di ragionevolezza della pena, in funzione rieducativa.

2. Brevemente, il fatto. L'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale si innesta su un procedimento penale a carico di un soggetto imputato del reato di lesioni personali stradali gravi ex art. 590-bis c.p., dal momento che, in prossimità di un incrocio e in corrispondenza di un attraversamento pedonale rialzato, questi avrebbe investito un pedone impegnato nell'attraversamento per poi darsi successivamente alla fuga senza prestare il necessario soccorso.

Pertanto, gli è stata contestata, in qualità di conducente, anche l'aggravante di cui all'art. 590-ter c.p., la quale prevede che nel caso di cui all'art. 590-bis c.p. «se il conducente si dà alla fuga, la pena è aumentata da un terzo a due terzi e comunque non può essere inferiore a tre anni».

¹ Trib. Milano, Sez. XI penale, ord. 22 settembre 2022, giud. Trovato, con nota di S. TARANTINO, *Lesioni personali stradali gravi aggravate dalla fuga del conducente: sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 590-ter cod. pen. in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, 10.

La questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Milano, unitamente a quella oggetto dell'ordinanza di rimessione in commento, sarà discussa innanzi alla Corte costituzionale, come si evince dalla sezione "questioni pendenti" del sito cortecostituzionale.it, nell'udienza pubblica del 10 ottobre 2023.

Il reato di cui all'art. 590-bis, co. 1, c.p., che prevede la pena della reclusione da un minimo di tre mesi a un massimo di un anno, per effetto dell'applicazione della circostanza aggravante prevista dall'art. 590-ter c.p. comporta l'individuazione di una cornice edittale compresa tra quattro mesi di reclusione nel minimo (aumento di un terzo) e un anno e otto mesi di reclusione nel massimo (aumento di due terzi). Ciò nonostante, la pena «comunque non può essere inferiore a tre anni», che rappresenta una soglia ben al di fuori del *range* edittale.

Pertanto, si comprende agevolmente che la sanzione astrattamente irrogabile all'imputato, in caso di condanna, è predeterminata dal legislatore nella misura fissa di anni tre di reclusione, senza alcuna facoltà di dosimetria giudiziale.

3. Nel motivare in ordine alla non manifesta infondatezza della questione, il giudice rimettente osserva che l'impossibilità di adeguare la pena tra un minimo e un massimo pone in evidenza una prima criticità: il legislatore ha, infatti, inteso punire in modo identico fatti di disvalore diverso.

Ciò si coglie tenendo a mente che il medesimo art. 590-bis c.p. prevede per le lesioni stradali gravissime (necessariamente «più gravi di quelle gravi») la pena della reclusione da un minimo di un anno a un massimo di tre anni. Per effetto dell'aggravante della fuga del conducente, tale pena deve essere aumentata da un terzo a due terzi, originando quindi una cornice tra un minimo di un anno e quattro mesi a un massimo di anni cinque di reclusione. Va da sé che, anche nel caso delle lesioni gravissime, la pena «comunque non può essere inferiore a tre anni». Pertanto, è possibile affermare che per le lesioni stradali aggravate dalla fuga – siano esse gravi o gravissime – il minimo edittale coincide sempre con i tre anni di reclusione. La differenza consiste nella possibilità, per il caso delle lesioni gravissime, di modulare la sanzione, per esempio in base al grado della colpa, non essendo ciò possibile nel caso, di minor disvalore, delle lesioni gravi.

Questa prima criticità «*involgente in prima battuta il principio di uguaglianza*» si somma all'evidente irrazionalità di un trattamento sanzionatorio, con riferimento alle lesioni stradali gravi aggravate dalla fuga del conducente, che risulta «*schacciato*», sia nel minimo che nel massimo, sui tre anni di reclusione. Ciò impedisce al giudicante di parametrare la sanzione al caso concreto, che potrebbe essere realizzato con le modalità più diverse. Occorre, infatti, ricordare che, sul piano prettamente fenomenico, le lesioni personali rappresentano «*una fattispecie dogmaticamente e naturalisticamente di evento*»². Esse, infatti, possono essere causate dal reo con le modalità più disparate: si pensi alla quantità e qualità di regole cautelari violate, al grado della colpa o alle condizioni personali del reo.

4. Inoltre, premesso che al centro della questione di legittimità sollevata si pone l'impossibilità derivante dalle forme di automatismo sanzionatorio di parametrare la punizione all'evento concreto e al grado di colpevolezza dell'imputato, occorre aggiungere anche un importante rilievo in ordine alla funzione rieducativa assegnata

² Così al § 1 dell'ordinanza di rimessione in commento.

alla sanzione. Si nota, infatti, che il più ampio *genus* di individualizzazione della pena ricomprende la *species* di adeguamento della risposta punitiva ai casi concreti, e «*tale trattamento contribuisce a rendere quanto più possibile personale la responsabilità penale nella prospettiva segnata dall'art. 27, co. 1, Cost. e nello stesso tempo si pone quale strumento per una determinazione della pena quanto più possibile finalizzata agli scopi perseguiti dall'art. 27 co. 3 Cost*»³.

Con specifico riferimento a tale aspetto, nell'ordinanza di rimessione si dà opportunamente conto di una non risalente pronuncia della Corte costituzionale in materia di "pena fissa". La Consulta, infatti, con la sentenza n. 222 del 2018 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 216 L. F. nella parte in cui prevede le pene accessorie dell'inabilitazione all'esercizio dell'impresa commerciale e dell'incapacità a esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per la durata di dieci anni anziché «fino a dieci anni», proprio in ragione di considerazioni riguardanti la necessità di *individualizzare* la pena. In particolare, la Corte osservava come l'esigenza che «*la pena inflitta al singolo condannato non risulti sproporzionata in relazione alla concreta gravità, oggettiva e soggettiva, del fatto da lui commesso*» sia di regola soddisfatta da una cornice sanzionatoria tra un minimo e un massimo «*in modo da assicurare altresì che la pena appaia una risposta – oltre che non sproporzionata – il più possibile "individualizzata", e dunque calibrata sulla situazione del singolo condannato, in attuazione del mandato costituzionale di "personalità" della responsabilità penale di cui all'art. 27, primo comma, Cost.*»⁴.

Sulla scorta di tali considerazioni, risulta agevole per il giudice *a quo* ritenere che la discrezionalità giurisdizionale nella dosimetria della pena fissa di tre anni di reclusione prevista per le lesioni stradali gravi aggravate dalla fuga sia irrimediabilmente frustrata, stante l'impossibilità di modulare la sanzione in relazione alla concreta gravità del caso di specie.

5. Infine, la questione di legittimità costituzionale sollevata, oltre a non apparire manifestamente infondata, è ritenuta dal giudice rimettente anche rilevante.

A tal proposito basti osservare che l'art. 590-*quater* c.p. non consente il giudizio di equivalenza o di prevalenza tra talune aggravanti, tra cui quella prevista dall'art. 590-*ter* c.p., e le concorrenti circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli artt. 98 e 114 c.p. Si comprende, quindi, che è comunque impedito al giudice di neutralizzare gli effetti del descritto trattamento sanzionatorio della norma censurata mediante l'eventuale riconoscimento di circostanze attenuanti, non essendo nel procedimento *a quo* emerse ipotesi rilevanti ai sensi degli artt. 98 e 114 c.p., nominativamente indicati dall'art. 590-*quater* c.p. quali ipotesi derogatorie.

Il rischio che si preannuncia nel giudizio da cui è originata la presente questione di legittimità, pertanto, è quello di condannare l'imputato sulla base di una norma incriminatrice che, nell'impossibilità di essere modulata al caso di specie con riferimento

³ *Ibidem*.

⁴ Corte cost., sent. n. 222 del 2018, § 7.1.

al trattamento sanzionatorio di tipo fisso, risulta affetta dai plurimi profili di incostituzionalità richiamati.

6. Nell'attesa della pronuncia della Corte costituzionale, è possibile svolgere le seguenti brevi considerazioni.

6.1. Anzitutto, come accennato, occorre premettere che il tema problematico della ammissibilità delle pene fisse non può dirsi certamente nuovo nella dottrina penalistica⁵. D'altro canto, esso è altresì presente nella giurisprudenza della Corte costituzionale sin dall'inizio degli anni Sessanta⁶. Va, infatti, ricordato che con la sentenza n. 67 del 1963 la Corte, sia pur negando che dall'art. 27, commi 1 e 3, Cost. derivasse un'esigenza di individualizzazione della pena tale da rendere per ciò solo illegittime le comminatorie fisse, individuava «lo strumento meglio idoneo al conseguimento» delle finalità della sanzione e più rispettoso del principio di uguaglianza «[nel]la mobilità della pena, cioè la predeterminazione della medesima da parte del legislatore in modo da contenerla fra un massimo ed un minimo»⁷.

Tale affermazione ha consentito alla Corte costituzionale, a distanza di qualche anno, di precisare meglio con la storica sentenza n. 50 del 1980 che «in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono pertanto in armonia con il "volto costituzionale" del sistema penale ed il dubbio d'illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente "proporzionata" rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato»⁸.

Ed è proprio con riferimento alla proporzionalità della pena che la Consulta ha progressivamente – come ricorda il giudice rimettente – censurato i trattamenti sanzionatori "rigidi", dichiarandone l'incompatibilità con la Carta fondamentale: «per tutti valga l'esempio del tormentato art. 69 codice penale circa il divieto di prevalenza di una serie di circostanze attenuanti rispetto alla recidiva qualificata ex art. 99, comma 4, c.p. [...] (cfr. tra le tante, sentenza n. 251 del 5 novembre 2012, con riferimento all'attenuante di cui all'art. 73, comma, dPR 9 ottobre 1990, n. 309 nella formulazione previgente; sentenza n. 105 del 18 aprile 2014 in relazione all'attenuante di cui all'art. 648, comma 2, c.p.; sentenza n. 106 del 18 aprile

⁵ Sulla (il)legittimità costituzionale delle pene fisse, cfr. F. BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 193 ss.; E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 338 ss.

⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 67 del 1963, con cui la Corte costituzionale ha ritenuto infondata la questione di legittimità dell'allora vigente art. 54 r.d.l. 15 ottobre 1925, n. 2033 (e successive modificazioni), che puniva con ammenda fissa un'ipotesi di frode nella fabbricazione e nel commercio di olii minerali combustibili, con riferimento agli artt. 3 e 17, commi 1 e 3, della Costituzione. Per il commento, s. v. C. ESPOSITO, *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in *Giur. Cost.*, 2/1963, p. 661 ss.; in generale, per un breve *excursus* delle questioni di illegittimità costituzionale su questo tema, nella manualistica s. v. MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2022, p. 747.

⁷ Corte cost., sent. n. 67 del 1963, § 3.

⁸ Corte cost., sent. n. 50 del 1980, § 4, con nota di C. E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 725 ss.

2014, con riferimento all'attenuante di cui all'art. 609 bis, comma 3, c.p.; sentenza n. 205 del 17 luglio 2017, in relazione all'attenuante di cui all'art. 219, comma 3, L.F.)»⁹.

Invero, tali coordinate interpretative devono ritenersi valide anche con riferimento alla materia delle sanzioni amministrative, in relazione alle quali – sempre secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale – le previsioni sanzionatorie rigide, «che colpiscono in egual modo, e quindi equiparano, fatti in qualche misura differenti, debb[o]no rispondere al principio di ragionevolezza»¹⁰. Anche per tali sanzioni, quindi, vi è l'esigenza che non venga meno «un rapporto di congruità tra la sanzione e la gravità dell'illiceità sanzionato»¹¹. In ragione di ciò, anche di recente, con la sentenza n. 40 del 2023, la Consulta ha affermato l'illegittimità costituzionale di una sanzione amministrativa fissa, ritenuta manifestamente sproporzionata per eccesso rispetto al disvalore concreto di tutti i fatti ricompresi nella sfera applicativa della norma¹².

Orbene, è evidente che ormai il nodo tematico delle sanzioni fisse, e più in generale degli automatismi sanzionatori, costituisce sempre più frequentemente l'oggetto dello scrutinio di legittimità da parte della Corte costituzionale, che si tratti di una pena principale, accessoria o di una sanzione amministrativa "punitiva".

6.2. Pertanto, nel solco dei passaggi motivazionali richiamati, i tempi ci sembrano maturi per affermare la problematica compatibilità costituzionale di un automatismo sanzionatorio, quale quello oggetto dell'ordinanza di remissione qui in commento, che finisce per apprestare in modo indifferenziato un'unica risposta sanzionatoria a fatti, sussumibili sì all'interno della medesima fattispecie delle lesioni stradali gravi e aggravate dalla fuga, ma realizzabili con le modalità più disparate.

Sul punto, peraltro, sembra possibile superare anche una plausibile obiezione. Infatti, diversamente dal caso oggetto della sentenza 222 del 2018¹³, in cui le pene accessorie fisse conseguivano a fatti integranti diverse figure di reato di disvalore del tutto eterogeneo, nel caso di cui all'art. 590-ter c.p. i comportamenti puniti con la medesima pena (fissa) sarebbero in realtà tutti riconducibili al medesimo tipo di reato e, di conseguenza, potrebbe venire in rilievo la deroga, enucleata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 50 del 1980, alla "presunzione" di incostituzionalità delle pene fisse. In realtà, l'argomento non convince. Se è vero che il trattamento sanzionatorio del tutto

⁹ § 1 dell'ordinanza di remissione in commento.

¹⁰ Corte cost., sent. n. 212 del 2019, § 6.2.1.

¹¹ Corte cost., sent. n. 185 del 2021, § 4.

¹² Corte cost., sent. n. 40 del 2023, la cui questione di legittimità aveva ad oggetto l'art. 4 del decreto legislativo 19 novembre 2004, n. 297, recante «Disposizioni sanzionatorie in applicazione del regolamento (CEE) n. 2081/92, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli e alimentari», in riferimento all'art. 3, in combinato disposto con gli artt. 42 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

¹³ Corte cost., sent. n. 222 del 2018, con nota di A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. cont.*, 18 dicembre 2018. Per un commento alla relativa ordinanza di remissione, s. v. A. GALLUCCIO, *Pene fisse, pene rigide e Costituzione: le sanzioni accessorie interdittive dei delitti di bancarotta fraudolenta ancora al cospetto del Giudice delle leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2018, p. 876 ss.

anelastico in commento riguarda fatti ascrivibili al medesimo titolo di reato di cui all'art. 590-*bis* c.p., è altresì vero che non può essere certamente l'elemento della fuga del conducente a rendere meritevoli della medesima pena classi di comportamento naturalisticamente eterogenee. A tal proposito, al fine di rendere quanto più evidente la varietà di casi suscettibili di essere puniti con la medesima sanzione fissa di tre anni di reclusione, solo in ragione dell'elemento aggravatore della fuga, è possibile dare rilievo a diversi elementi. Si può pensare, ad esempio, al luogo in cui si è consumato il reato, essendo in astratto connotata da maggior disvalore la fuga di un conducente realizzata in una strada isolata e poco frequentata, rispetto a quella posta in essere da altro soggetto in un viale popolato da diversi astanti, potenzialmente in grado di prestare soccorso alla vittima. Ancora, si può fare riferimento anche alla «gravità del danno», in relazione alla diversità, anche notevole, che può sussistere nel numero di giorni necessari a guarire la lesione personale procurata da un conducente poi fuggito.

In sintesi, la pena fissa di tre anni – contemporaneamente soglia minima e tetto massimo – non si coniuga in modo coerente con la divergente possibilità di dosare la sanzione “base” delle lesioni stradali gravi, sulla scorta dei criteri previsti dall'art. 133 c.p.

Pare potersi auspicare, pertanto, che la strada per rendere la sanzione di cui all'art. 590-*ter* c.p. maggiormente conforme ad una pena individualizzata e proporzionata ai sensi dell'art. 27, co. 1 e 3, Cost.¹⁴ sia quella della declaratoria di illegittimità costituzionale, in modo da restituire al giudicante la discrezionalità necessaria per parametrare la punizione all'evento concreto e al grado di colpevolezza.

¹⁴ Con riferimento alla comparsa dell'idea di “proporzione” della pena nelle sentenze n. 50 del 1980, 103 del 1982 e 409 del 1989, s. v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021, p. 56 ss.

INTERCETTAZIONI E CRIMINALITÀ ORGANIZZATA: QUANDO A VOLER PRECISARE SI FINISCE PER COMPLICARE

Note a caldo a margine dell'art. 1 del decreto-legge 10 agosto 2023, n. 105

di Gian Luigi Gatta

1. Con l'art. 1 del decreto-legge 10 agosto 2023, n. 105 si interviene chirurgicamente sulla disciplina delle intercettazioni – telefoniche, informatiche e ambientali – nei procedimenti per reati di criminalità organizzata (sul tema v. i contributi di [G. Amarelli](#) e [G. Tessitore](#) pubblicati nei giorni scorsi dalla nostra *Rivista*). La necessità e l'urgenza dell'intervento sarebbero motivate – secondo quanto anticipato in [un comunicato stampa del Consiglio dei Ministri a metà luglio](#) – dalle implicazioni che l'applicazione generalizzata dei principi affermati in [una sentenza della Prima Sezione della Cassazione \(n. 34895/2022\)](#) potrebbe avere nei procedimenti in corso, comportando "l'inutilizzabilità del materiale probatorio acquisito sulla base dell'interpretazione precedente, che consentiva l'utilizzo degli strumenti previsti per la lotta alla criminalità organizzata anche in assenza della contestazione del reato associativo".

La disposizione su cui si interviene è l'art. 13 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152 che, in deroga all'art. 267 c.p.p., prevede per autorizzare le intercettazioni, quando si procede per un delitto di criminalità organizzata, presupposti meno stringenti rispetto a quelli ordinari. Al posto di "gravi indizi" bastano "sufficienti indizi" di reato; il ricorso alle intercettazioni deve essere "necessario" e non "indispensabile"; può procedersi a intercettazioni nel domicilio "anche se non vi è motivo di ritenere che si stia svolgendo l'attività criminosa". Questa disciplina è ispirata all'idea che nel bilanciamento tra tutela della riservatezza e tutela dell'ordine pubblico prevale la seconda, quando si tratta di criminalità organizzata. Le garanzie ordinarie si allentano in ragione della spiccata pericolosità del fenomeno criminale da combattere. È una logica notoriamente diffusa nel c.d. doppio binario della legislazione di contrasto alla criminalità organizzata.

2. Ma qual è l'ambito di applicazione di questa disciplina speciale, assai meno garantista di quella ordinaria prevista dal codice di procedura penale per la generalità dei reati? Arriviamo così alla questione oggetto della citata sentenza della Cassazione e del decreto-legge.

La lettera della legge non brilla per precisione: l'art. 13 d.l. n. 152/1991 fa infatti generico riferimento al concetto di delitti di "criminalità organizzata", senza indicare puntualmente un elenco di norme incriminatrici. È indubbio che nel concetto di criminalità organizzata rientrino le fattispecie associative (come l'associazione per delinquere e l'associazione di tipo mafioso); non è invece indubbio se a quel concetto siano riconducibili i delitti monosoggettivi (come l'omicidio o l'estorsione) aggravati ai

sensi dell'art. 416-bis.1 c.p. per l'impiego del c.d. metodo mafioso o dalla finalità di agevolare un'associazione di tipo mafioso, ovvero, ancora, le ipotesi di mero concorso nei delitti facenti capo a un'associazione a delinquere (non aggravato da modalità o agevolazione mafiosa).

Semplificando un problema complesso, va segnalato quel che è rimasto sullo sfondo del dibattito pubblico in questi giorni e cioè che il diritto vivente, rappresentato dalle Sezioni Unite della Cassazione – aveva già fornito una risposta al problema nel 2016, con la sentenza Scurato (n. 26889/2016). Il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite, come si legge nella massima, è questo: “in tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, ai fini dell'applicazione della disciplina derogatoria delle norme codicistiche prevista dall'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991, convertito dalla legge n. 203 del 1991, per procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata devono intendersi *quelli elencati nell'art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p.* nonché *quelli comunque facenti capo ad un'associazione per delinquere*, con esclusione del mero concorso di persone nel reato”.

Tra i delitti elencati nell'art. 51, co. 3-bis e 3-quater c.p.p., richiamato dalle Sezioni Unite Scurato, figurano anche quelli monosoggettivi aggravati dal c.d. metodo mafioso o dalla finalità di agevolare un'associazione mafiosa o commessi con finalità di terrorismo. Dunque, per le Sezioni Unite la disciplina derogatoria dell'ordinario regime di autorizzazione delle intercettazioni riguarda anche quei reati.

Di diverso avviso – e torniamo all'attualità – è però la sentenza n. 34895/2022 della Prima Sezione della Cassazione, secondo cui – andando subito all'osso – la sentenza delle Sezioni Unite Scurato, nel richiamare l'art. 51, comma 3-bis e 3-quater c.p.p., avrebbe inteso riferirsi solo ai delitti associativi annoverati nel relativo elenco e non agli altri (quelli monosoggettivi aggravati dal metodo mafioso, come nel caso di specie l'omicidio). Ciò in quanto dalla complessiva motivazione della sentenza Scurato – dice la Prima Sezione – si evince che “indefettibile...per integrare la nozione di delitti di ‘criminalità organizzata’...è la contestazione di una fattispecie associativa, anche comune, con la sola esclusione del concorso di persone nel reato”.

3. Ecco allora il cuore del problema: una sentenza di una sezione semplice che ha reinterpretato un principio affermato da una sentenza delle Sezioni Unite. È qualcosa di normale, di fisiologico nei processi di formazione della giurisprudenza. Se di interpretazione sbagliata si tratta – come parrebbe leggendo il principio di diritto della sentenza Scurato –, essa vincola per le legge solo il giudice del rinvio. Nel caso di specie, la Cassazione ha annullato una sentenza rinviandola alla Corte d'Appello di Napoli per una nuova valutazione sul profilo della utilizzabilità delle intercettazioni ambientali disposte, in assenza di gravi indizi, in un procedimento per omicidio aggravato ex art. 416-bis.1 c.p.: senza la contestazione di un delitto associativo, per la Sezione Prima, non sarebbe applicabile la disciplina derogatoria e quindi, in assenza di gravi indizi e di un reato in corso nel domicilio, le intercettazioni effettuate non potevano essere autorizzate e non possono ora essere utilizzate a fini di prova. Giusto o sbagliato che sia, questo principio vincola solo la Corte d'Appello di Napoli nel procedimento oggetto della sentenza delle Sezioni Unite.

Perché allora si è intervenuti con un decreto-legge? Le perplessità sono legittime, perché non si tratta di superare un principio affermato dalle Sezioni Unite e che, pertanto, è diritto vivente. Si tratta di superare un principio affermato un anno fa da una singola sentenza di una sezione semplice, che vincola un solo giudice. Certo, il rischio è che quella sentenza faccia giurisprudenza e inauguri un nuovo orientamento. Ed è un rischio che, nella fisiologia dei processi di formazione della giurisprudenza, viene normalmente affrontato dalla Cassazione, attraverso le riunioni di sezione o tra i presidenti di sezione e il ricorso eventualmente alle Sezioni Unite. Se si tratta di precisare un principio già affermato dalle Sezioni Unite è proprio necessario ricorrere a un decreto-legge? Non basta, nella logica e nelle dinamiche del sistema, sollecitare un nuovo intervento delle Sezioni Unite? Domande lecite, ancor più se è vero, come si legge nel comunicato della Presidenza del consiglio e sulla stampa, che l'intervento normativo sarebbe stato sollecitato da magistrati, cioè da attori del normale procedimento di formazione della giurisprudenza.

4. Quale che sia la ragione – compresa l'opportunità del Governo di mostrarsi sensibile all'antimafia, dopo la discussa uscita del Ministro Nordio sul concorso esterno, alla vigilia delle commemorazioni per la strage di Via D'Amelio – un ordinario problema di composizione di possibili contrasti giurisprudenziali viene ora affrontato con un intervento normativo. E il rischio è che la toppa possa essere peggiore del buco. A dimostrazione che sulle leve del penale bisognerebbe intervenire sempre con mano tremante, pensandoci molto bene. Non con un agostano decreto-legge *omnibus*.

L'art. 1, co. 1 del decreto-legge così stabilisce: *“Le disposizioni di cui all'articolo 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, si applicano anche nei procedimenti per i delitti, consumati o tentati, previsti dagli articoli 452-quaterdecies e 630 del codice penale, ovvero commessi con finalità di terrorismo o avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale o al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo”*.

Vengono richiamati delitti che sono *tutti* elencati nell'art. 51, co. 3-bis e 3-quater c.p.p., al quale hanno fatto espresso riferimento le Sezioni Unite Scurato: l'associazione per il traffico organizzato di rifiuti, il sequestro di persona a scopo di estorsione, i delitti aggravati dal metodo mafioso o dalla finalità di agevolazione mafiosa o di terrorismo. Viene quindi codificato per decreto-legge il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite Scurato: diventa legge nel 2023 quel che le Sezioni Unite hanno affermato nel 2016.

Nihil novi sub sole, apparentemente. Il diritto vivente diventa legge, con una forza vincolante ben maggiore di quella propria di una sentenza delle Sezioni Unite, peraltro erroneamente interpretata, a quanto pare, da una sentenza di una sezione semplice.

5. Senonchè, la tecnica adottata per l'intervento normativo sembra porre nuovi problemi interpretativi e rischia di mancare l'obiettivo perseguito, cioè l'utilizzabilità delle intercettazioni disposte nei procedimenti in corso.

A metà luglio era stata annunciata una norma di interpretazione autentica, cioè una norma che avrebbe esplicitato, oggi, il significato originario della disposizione

(vigente peraltro da decenni). Le norme di interpretazione autentica, per definizione, non sono innovative/modificative. Non introducono alcun *novum* normativo nell'ordinamento e sono applicabili *ex tunc*, cioè ora per allora (con efficacia da allora, cioè dal momento di entrata in vigore della disposizione autenticamente interpretata). Per avere questa efficacia, le norme di interpretazione autentica devono davvero essere tali e non, invece, delle norme modificative/innovative travestite da norme di interpretazione autentica per derogare agli ordinari principi in tema di successione di leggi nel tempo. Frodi delle etichette non sono ammissibili e su di esse è vigile la Corte costituzionale.

Per come formulato, l'art. 1 del decreto-legge n. 105/2023 non pare tuttavia una norma di interpretazione autentica. Non solo perché manca la consueta formula che introduce quel tipo di norme ("l'art. 13...deve essere interpretato nel senso che..."), ma anche perché è accompagnato, al secondo comma, da una disposizione transitoria di questo tenore: *"la disposizione del comma 1 si applica anche nei procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto"*.

Questa norma transitoria sembra aver senso solo sul presupposto che la norma introdotta non sia di interpretazione autentica; che sia, cioè, una disposizione nuova e che, come tale, avrebbe effetto solo per il futuro se non fosse, per l'appunto, derogata dalla norma transitoria stessa che la rende applicabile ai processi in corso.

Ora, se di norma nuova si tratta, il decreto-legge finisce paradossalmente per sconfessare le Sezioni Unite Scurato e per confermare la bontà dell'interpretazione della criticata sentenza della Prima Sezione penale, che ha escluso l'applicabilità dell'art. 13 d.l. n. 152/1991 ad ipotesi solo ora – questo è il punto – riconducibili alla nuova formulazione della disposizione.

A meno di non voler sostenere la tesi della inutilità della nuova disposizione, che si limita ad affermare quel che implicitamente, come riconosciuto dalle Sezioni Unite, era già affermato prima dal diritto vivente. Sarebbe però una inutilità dannosa, perché fornisce argomenti per sostenere che l'estensione dell'ambito applicativo della disciplina derogatoria delle intercettazioni è stato realizzato solo ora e non può valere per il passato, cioè per le intercettazioni già disposte.

Si può obiettare che, con la disposizione transitoria, il Governo ha comunque salvato gli effetti dell'estensione della norma anche per il passato, quanto meno per i procedimenti oggi in corso. Qui, tuttavia, mi sembra prospettabile un problema di costituzionalità.

Se la norma non è innovativa (è una norma di interpretazione autentica mal scritta) *nulla quaestio*: potranno essere utilizzate le intercettazioni antecedentemente disposte per i reati in essa considerati.

Se però la norma è innovativa (non è una norma di interpretazione autentica) vale per le modifiche a disposizioni processuali il principio *tempus regit actum*: gli atti da compiere sono regolati dalla nuova disciplina, quelli già compiuti restano regolati dalla vecchia. Ciò significa, a me pare, che intercettazioni *illegittimamente* disposte prima della modifica normativa non possono *adesso* essere considerate legittime e utilizzabili a fini di prova. La nuova norma potrà quindi interessare i procedimenti in corso nei quali ancora non siano state autorizzate intercettazioni e debbano esserlo.

L'intervento del Governo, in altri termini, *non può valere come una sanatoria per intercettazioni illegali nel momento in cui sono state disposte* (a voler accedere alla tesi della Prima Sezione della Cassazione, che sembra confermata, indirettamente quanto paradossalmente, dal decreto-legge). Se la norma transitoria intende dire questo, a mio parere è di più che dubbia legittimità costituzionale perché gli artt. 15 Cost. e 8 Cedu consentono limitazioni alla riservatezza nei limiti e con le garanzie stabilite dalla legge; una legge che, evidentemente, deve *preesister* rispetto al momento in cui quelle limitazioni sono disposte.

Se invece la norma non è innovativa, perché ribadisce quel che le Sezioni Unite avevano correttamente affermato già nel 2016, e la disposizione transitoria si limita a ribadire il principio *tempus regit actum*, allora siamo di fronte a un intervento che potrebbe risultare più dannoso che inutile perché per fugare il pericolo di una interpretazione di una sezione semplice della Cassazione, contraria alle Sezioni Unite, crea il pericolo, ben maggiore, di numerosi ulteriori problemi interpretativi. Nei procedimenti in corso in cui non sono contestati reati associativi ma delitti aggravati dal metodo mafioso o dalla finalità di agevolazione mafiosa, e sono state autorizzate intercettazioni ai sensi dell'art. 13 l. n. 152/1991, le difese potranno ora eccepire l'illegittimità delle intercettazioni posto che solo da oggi è in vigore una norma che le consente. Si potrà obiettare che quella norma ha solo recepito il preesistente diritto vivente (S.U. Scurato) ... ma è evidente che vi sarà spazio per molti dubbi e altrettante obiezioni.

Al paziente lettore che sia arrivato a leggere sin qui verrà forse spontanea una domanda: ma era proprio il caso di intervenire o non sarebbe stato meglio tenere nel cassetto la penna del legislatore e lasciar fare alla giurisprudenza?

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**