

# SP

SISTEMA  
PENALE

**FASCICOLO**

**5/2024**

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè 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)** Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, 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, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, 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, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scarioina, 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, Silvia Bernardi, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Ponteprino, Tommaso Trincherà.

*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

V. BONINI, P. MAGGIO, <i>L'impugnazione dei provvedimenti a caratura riparativa: equilibri e squilibri tra sistemi</i> .....	5
D. COLOMBO, Pecunia (interdum) olet. <i>Brevi note sulla confisca di denaro nei reati tributari</i> .....	31
N. RITROVATI, L. TOMBELLI, <i>Mutamento del giudice e rinnovazione probatoria tra nuovi equilibri e vecchie ruggini</i> .....	59

### SCHEDE

E. ZUFFADA, <i>Sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e stato di detenzione: verso il definitivo superamento della presunzione di persistente pericolosità per chi ha spiato una pena detentiva inferiore ai due anni?</i> .....	81
D. ALBANESE, <i>Dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea un'altra svolta garantista in materia di acquisizione dei tabulati telefonici</i> .....	93
F. ALMA, <i>Offesa alla reputazione del movimento LGBT e configurabilità del delitto di diffamazione</i> .....	101
R. CORNELLI, <i>Il d.d.l. sicurezza alla prova della ricerca criminologica: prime annotazioni critiche</i> .....	113
C. PASINI, <i>Il disegno di legge sicurezza e il nuovo reato di rivolta in carcere e in strutture di accoglienza e trattenimento per migranti</i> .....	121
L. CAMALDO, <i>Condivisibili dubbi di legittimità costituzionale della disposizione introdotta dal decreto Caivano che prevede alcuni reati ostativi alla concessione della messa alla prova minorile</i> .....	135



## L'IMPUGNAZIONE DEI PROVVEDIMENTI A CARATURA RIPARATIVA: EQUILIBRI E SQUILIBRI TRA SISTEMI (\*)

di Valentina Bonini e Paola Maggio

*La Cassazione nega l'impugnazione del provvedimento di rigetto delle istanze di accesso ai programmi riparativi escludendo la natura giurisdizionale del procedimento ex art. 129-bis c.p.p. e guardando alla GR quale «servizio pubblico di cura relazionale tra persone, disciplinato da regole non mutuabili da quelle del processo penale, che talora risultano incompatibili con queste ultime». Una soluzione giurisprudenziale che, nel limitare la sindacabilità del provvedimento (anche a ragione della reiterabilità dell'istanza di accesso), rischia di marginalizzare la restorative justice. Di contro, in questa primissima fase applicativa, l'ermeneutica della complementarità funzionale fra i modelli impone di mettere in risalto la multiformità di atti e provvedimenti "a tema riparativo" disegnati dal d.lgs. n. 150 del 2022, le conseguenze dell'incorporazione del rigetto in un atto avente natura processuale, le ripercussioni della sindacabilità sulla discrezionalità dell'invio, i contenuti centrali del "favor reparationis".*

SOMMARIO: 1. Primi disorientamenti giurisprudenziali sull'impugnazione dei provvedimenti pronunciati ai sensi dell'art. 129-bis c.p.p. – 2. Struttura del procedimento riparativo e snodi giudiziari funzionali alla complementarità tra paradigmi. – 3. Atti e provvedimenti a "tema riparativo" nel procedimento penale e nel procedimento riparativo. – 3.1. Le attività endoriparative compiute dai mediatori. – 3.2. I provvedimenti del giudice di *input* riparativo. – 4. Discrezionalità del giudice e diritti degli interessati: gli argomenti della Cassazione. – 5. Contesti alieni o distanze ravvicinate? – 6. Le ricadute della complementarità. – 7. Il denegato controllo e il "sottinteso" della discrezionalità amplificata dell'invio. – 8. L'impugnazione dell'ordinanza di rigetto fra analogie mancate e proposte di soluzione concrete.

### 1. Primi disorientamenti giurisprudenziali sull'impugnazione dei provvedimenti pronunciati ai sensi dell'art 129-bis c.p.p.

Prima ancora che la disciplina organica sulla GR introdotta con il d.lgs. n. 150/2022 abbia fatto il proprio ufficiale debutto<sup>1</sup>, giunge ai giudici di legittimità la questione relativa all'impugnazione degli atti che introducono il percorso riparativo.

(\*) La riflessione è condivisa. Valentina Bonini ha redatto i §§ 1-4; Paola Maggio i §§ 4-8.

<sup>1</sup> Come noto, l'impianto normativo introdotto con la c.d. riforma Cartabia sembra chiaramente postulare che i programmi riparativi possano essere condotti solo da mediatori incardinati nei Centri per la GR che attendono ancora di essere istituiti, come, del resto, è stato sottolineato nelle circolari ministeriali in materia (cfr. Ministero della Giustizia, DGMC, Circolare 6/2023 del 31 agosto 2023, che richiamava a che «allo stato non possono essere intraprese in forza della ricordata disciplina [ex d.lgs. n. 150/2022, NdA] iniziative a cura

Investita di un ricorso introdotto direttamente avverso l'ordinanza con cui il giudice di merito aveva rigettato la richiesta dell'imputato di essere ammesso ai servizi riparativi ai sensi dell'art. 129-bis c.p.p., la sezione sesta della Corte di cassazione si cimenta con il delicato profilo della impugnabilità del provvedimento di diniego<sup>2</sup>.

La decisione di legittimità esclude l'impugnazione del provvedimento di rigetto delle istanze di accesso ai programmi di GR e, attraverso un'autoriferita lettura costituzionalmente conforme, perviene all'enunciazione del principio di diritto secondo cui «il procedimento riparativo di cui all'art. 129-bis cod. proc. pen. non ha natura giurisdizionale, concretizzandosi in un servizio pubblico di cura relazionale tra persone, disciplinato da regole non mutuabili da quelle del processo penale, che talora risultano incompatibili con queste ultime»<sup>3</sup>.

Nel ragionamento seguito dalla Corte di legittimità per negare il controllo del mancato invio, risalta la narrazione di due territori autonomi e di due culture inaccostabili che, pure condivisibile come approccio di fondo, solleva molteplici interrogativi, soprattutto in questa primissima (e delicata) fase di applicazione della riforma organica contenuta nel d. lgs. n. 150/2022.

La soluzione della Cassazione rischia anzitutto di relegare culturalmente la GR in un limbo di stragiudizialità con lo scopo di sminuirne il valore intrinseco<sup>4</sup>. In secondo luogo, preoccupano gli intrecci confusivi fra la tipologia del provvedimento, atto processuale (decreto, ordinanza, sentenza) che racchiude l'invio o il mancato invio, il regime tipico di impugnazione di questo atto e la sua pretesa dimensione extraprocessuale. In terzo luogo, emerge il rischio che dietro alla negazione della ricorribilità si annidino malcelate e generiche istanze deflative dei giudizi di legittimità. Infine, allarmano le ripercussioni che la negata impugnazione produce sugli istituti che dall'accesso ai programmi dipendono: per esempio, l'attenuazione della pena *ex art. 62, n.6*, le conseguenze dosimetriche *ex art. 133, seconda parte n. 3 c.p.*, la messa alla prova *etc.*<sup>5</sup>.

Negare l'accesso ai programmi senza alcun controllo sulla motivazione del mancato invio potrebbe in altri termini dare la stura a meccanismi automatici e arbitrari di ostacolo e rifiuto del complesso di effetti collegati all'esito riparativo, suscettibili di condizionare in modo non trascurabile il concreto trattamento sanzionatorio.

dell'Amministrazione», al contempo osservando che «esperienze di altra natura, fondate su prassi o discipline di settore previgenti al decreto legislativo 150-22, possono continuare ad essere seguite». Ciò nonostante, in quelle aree territoriali ove già si erano sviluppate e radicate esperienze riparative, gli invii ai servizi ai sensi dell'art. 129-bis c.p.p. sono stati tutt'altro che risparmiati. Si veda, in proposito, la prassi milanese, come rappresentata in una prima "fotografia" nel report che può essere letto al link: <https://www.camerapenalemilano.it/it/2095/news/schema-operativo-sulla-giustizia-riparativa---aggiornamento.html>.

<sup>2</sup> Cass., sez. VI, 12 dicembre 2023, n. 6595, Baldo.

<sup>3</sup> Cfr. Cass., sez. II, 12 dicembre 2023, n. 6595, Baldo, cit., § 4 del Considerato in diritto.

<sup>4</sup> Avverte delle ricadute disincentivanti rispetto alle pratiche riparative che riconduce ad una «vera e propria "crisi di rigetto"» F. FIORENTIN, *Ammissione ai percorsi con filtro forzato*, in *IlSole24Ore* 26 febbraio 2024, p. 24.

<sup>5</sup> Un quadro di sintesi è offerto da M. BORTOLATO, [La disciplina organica della giustizia riparativa e i suoi effetti sulla risposta punitiva](#), in questa *Rivista*, 24 novembre 2023.

Il d. lgs. n. 150/ 2022, oltre a sancire l'ampio accesso, libero e volontario, ai programmi riparativi in ogni stato e grado del processo, ha conferito diritti e facoltà agli interessati alla GR, che resterebbero sguarniti di significato effettuale: una irragionevolezza latente potrebbe pertanto originarsi nel rigetto insuscettibile di controllo, dato che il legislatore del 2022 ha previsto modalità informative capillari<sup>6</sup>, ha puntato sistematicamente sulla GR, ha inteso garantire l'equiconsiderazione della vittima e della persona indicata come autore dell'offesa, ha guardato in termini differenti alla ricomposizione della frattura prodotta dal reato, per il tramite della riparazione.

Con una sorta di controsenso, tutto ispirato alla previa consumazione del processo<sup>7</sup>, lo stop ai programmi legato alla negazione di impugnazioni sul mancato invio arresta *in limine* l'accesso ai medesimi, esacerbando il conflitto personale generato dal reato o comunque postergandone la risoluzione. Ciò, al di là della reiterabilità della richiesta di ingresso ai programmi in ogni stato e grado del giudizio, e della esclusione che possa maturare un giudicato sullo stesso rigetto<sup>8</sup>.

In un sistema che vede l'approdo ai servizi riparativi su *input* giudiziale, la sindacabilità della decisione del giudice sull'invio appare presidio fondamentale per limitare letture ingiustificatamente erosive dell'interesse delle persone alla riparazione.

---

<sup>6</sup> Peraltro, proprio sul terreno degli oneri informativi predisposti in modo generoso e puntiglioso nel codice di rito, la giurisprudenza ha avuto modo di esprimersi, seppure in termini ad oggi non uniformi, in ordine alla sussistenza di un "diritto" all'informazione sulla facoltà di accesso alla giustizia riparativa che, in tanto avrebbe spazi di riconoscimento in quanto funga da presidio di un più generale diritto di accedere ai servizi riparativi, in presenza delle condizioni individuate dalla disciplina; v. Cass., sez. VI, 9 maggio 2023, n. 25367, I, in *CED*, n. 285639-01, che ha escluso la ricorrenza di una nullità per violazione del diritto di difesa nell'ipotesi in cui venga omesso l'avviso della facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa; in senso contrario, Cass., sez. IV, 9 maggio 2023, n. 32360, Cela Blerdjan, *ivi*, n. 284926, che ha individuato in tale omissione un vizio rilevante ai sensi dell'art. 178, lett. c) c.p.p. In materia v. D. GUIDI, *Profili processuali della giustizia riparativa*, in *DisCrimen* 16 novembre 2022; R. MUZZICA, [Il ruolo dell'autorità giudiziaria nei programmi di giustizia riparativa](#), in questa *Rivista*, 17 febbraio 2023, p. 31; L. PARLATO, *La giustizia riparativa: i nuovi e molteplici incroci con il rito penale*, in D. CASTRONUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano 2023, p. 285; nonché, volendo, V. BONINI, [Giustizia riparativa e garanzie nelle architetture del d.lgs. n. 150/2022](#), in questa *Rivista*, 24 novembre 2023, p. 6. Sul contrasto giurisprudenziale v. S. DEL POPOLO, *I contrapposti orientamenti della Corte di Cassazione sui vizi derivanti dall'omesso avviso all'imputato della facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa. Uno snodo cruciale per il futuro dell'istituto?*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 18 gennaio 2024. In proposito deve osservarsi che l'attenzione già assai elevata riservata dal legislatore della riforma ai presidi informativi in materia di giustizia riparativa ha trovato conferma nelle recenti interpolazioni aggiuntive realizzate con il d.lgs. n. marzo 2024, il cui art. 2, lett. r) introduce un apposito comma 2-bis nell'art. 456 c.p.p. volto a dare conoscenza all'imputato raggiunto dal decreto di giudizio immediato della facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa; la lacuna originaria era stata segnalata da S. DEL POPOLO, *Decreto di giudizio immediato e mancato avviso all'imputato della facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa: tra dimenticanze, profili di illegittimità costituzionale e necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com) 11 maggio 2023.

<sup>7</sup> Invoca questa attenzione alla tempistica di ingresso verso la conciliazione, F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 220.

<sup>8</sup> Si interrogano sul valore del concetto nella riforma organica S. RUGGERI - E. MALINO, *Il pendolo della giustizia riparativa, tra presunzione di innocenza, logiche cognitive, e umanità del giudizio penale*, in *Jurisdiction*, 2023, p. 335 ss.

D'altra parte, l'impugnabilità dei provvedimenti a caratura riparativa è un profilo sul quale la recente novella è rimasta del tutto silente, non traducendo in articolato domestico la sollecitazione del Consiglio d'Europa che, nella Raccomandazione 2018/8, invita i legislatori nazionali a prevedere procedure di reclamo tra le garanzie operanti in tema di GR<sup>9</sup>.

Così, è lasciato all'interprete cimentarsi su un terreno tutto da dissodare, che richiede di verificare l'impugnabilità di atti relativi a inneschi ed esiti riparativi, senza sottrarsi al confronto con il complesso tema della natura e della struttura del procedimento riparativo, nonché della configurabilità di un diritto di accesso ai servizi riparativi.

Per queste ragioni occorrerà, pur nei limitati spazi di queste note, ripercorrere rapidamente la sequenza degli itinerari riparativi, tenendo a mente le specificità che la connotano in chiave di autonomo paradigma di risposta all'offesa collegata all'illecito penale.

## 2. Struttura del procedimento riparativo e snodi giudiziari funzionali alla complementarietà tra paradigmi.

Come è stato a più riprese sottolineato, anche nell'argomentare dei giudici di legittimità, le diversità strutturali, contenutistiche e funzionali del programma riparativo portano ad escludere che esso possa appartenere agli *interna corporis* del procedimento penale, rispetto a questo non atteggiandosi in veste di subprocedimento o procedimento incidentale classicamente intesi<sup>10</sup>; la vicenda di reato è comune scaturigine, che oggi apre a richieste di "giustizia" diverse, una delle quali ripudia gli assetti autoritativi, guarda alla dimensione delle emozioni, si fonda sul riconoscimento dell'altro piuttosto che sull'accertamento dei fatti, esclude ogni epilogo decisorio, oltre che sanzionatorio.

---

<sup>9</sup> Il § 23 Raccomandazione CM/Rec(2018)8, sulla giustizia riparativa in materia penale, ove, dopo l'affermazione della regola generale per cui le garanzie processuali devono essere applicate alla giustizia riparativa, si prevede che le parti dovrebbero essere informate e avere accesso a procedure di reclamo chiare ed efficaci.

<sup>10</sup> In dottrina v., per argomenti testualmente ripresi nel principio di diritto elaborato nella pronuncia che qui si annota, M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, in *Questione Giustizia*, 2023, p. 11, ove l'Autore, interrogatosi su «quale sia la natura del procedimento riparativo», afferma che «è di tutta evidenza, non è un procedimento giurisdizionale. Il programma riparativo e le attività che gli sono propri appartengono all'ordine di un servizio pubblico di cura della relazione tra persone, non diversamente da altri servizi di cura relazionale ormai diffusi in diversi settori della sanità e del sociale»; ID., [L'innesto della giustizia riparativa nel processo: l'avvio e la chiusura dalla prospettiva del giudice](#), in questa *Rivista*, 24 novembre 2023, p. 7; sul tema v. anche gli spunti offerti da L. KALB, *Introduzione*, in *Proc. pen. giust.*, fasc. straordinario 1/2023 su *Accertamento penale e giustizia riparativa*, p. 3; nonché, volendo, V. BONINI, *Il modello di giustizia riparativa concepito nel d.lgs. n. 150/2022, ivi*, p. 8. Con riferimento ai riverberi della natura incidentale sulla questione specifica dell'impugnazione del rigetto della richiesta di accesso, *infra*, § 6.

La siderale distanza tra i due paradigmi rende marcata la stonatura provocata da qualsiasi controllo giurisdizionale sulla materia umana ed emotiva di cui si tratta nella “conca della mediazione”<sup>11</sup>.

Rapidamente richiamata tale diversità strutturale e funzionale, resta da confrontarsi con i delicati momenti in cui i due sistemi sono, pur nel loro parallelismo, messi in comunicazione<sup>12</sup> per verificare se e in che misura queste occasioni di interlocuzione possano dirsi attratte nell’orbita del procedimento giudiziario, con l’effetto di seguirne principi e regole (anche) in tema di impugnazioni.

Volendo rapidamente ripercorrere la sequenza che ci interessa, l’itinerario riparativo si scandisce in un duplice passaggio introduttivo, cui può seguire una fase di svolgimento del programma, per concludersi con la comunicazione al giudice dell’epilogo raggiunto davanti al mediatore.

L’introduzione del programma riparativo, infatti, è preceduto da due momenti di vaglio preliminare: all’autorità giudiziaria spetta decidere in ordine all’invio *ex art. 129-bis c.p.p.* degli interessati davanti ai mediatori: a questi ultimi sono riservate le attività preliminari di cui all’art. 54 d.lgs. n. 150/2022, consistenti in uno o più incontri individuali volti ad impartire una informazione completa e su misura, a raccogliere il consenso degli interessati e a verificare la fattibilità in concreto del programma.

Si tratta, dunque, di una fase introduttiva composta di due diversi passaggi – uno giudiziario e uno riparativo – che trovano la propria disciplina in riferimenti normativi diversi (non a caso collocati l’uno nel codice di rito all’art. 129-*bis* c.p.p. e l’altro nella «disciplina organica» all’art. 54 d.lgs. n. 150/2022), che vedono il coinvolgimento attivo di soggetti diversi (l’autorità giudiziaria, da una parte, e i mediatori, dall’altra parte), che sono chiamati a sviluppare le proprie valutazioni sulla base di criteri diversi (di ammissibilità e di fattibilità)<sup>13</sup>, e alla luce di conoscenze diverse (ben più ampi saranno

<sup>11</sup> La felice espressione è di G. DI CHIARA, *La premura e la clessidra: i tempi della mediazione penale*, in *Dir.pen.proc.* 2/2015, p. 380.

<sup>12</sup> Consapevole del solco profondo che separa la *restorative justice* dalla giustizia penale autoritativa, il legislatore italiano del 2022 – pur affermata la complementarità tra i due sistemi – ha costruito due binari che sembrano destinati a muoversi lungo traiettorie parallele, che, senza mai incontrarsi, trovano piuttosto momenti di comunicazione reciproca attraverso appositi vettori normativi. In questo senso v. *Relazione illustrativa III d.lgs. 150/2022*, in *G.Uff. Serie generale* n. 245, Suppl. straordinario n. 5, 19 ottobre 2022, p. 370, ove, trattando del tema distinguo centrale tra “responsabilizzazione” riparativa e “responsabilità” penale, si chiarisce come «[l]a giustizia riparativa si muove su binari differenti rispetto all’accertamento della penale responsabilità circa il fatto di reato, sicché la partecipazione al programma di giustizia riparativa [...] non può assolutamente essere apprezzata, a fini processuali, come ammissione di responsabilità penale. Osserva A. PRESUTTI, *Riforma della giustizia penale e paradigma riparativo: una svolta coraggiosa per un prudente progetto di ammodernamento del sistema punitivo*, in *Mediaries* 2/2022, p. 9, che «[p]er la giustizia riparativa il sistema processuale apre un canale parallelo di operatività sempre percorribile al di là delle intersezioni normativamente consentite e interamente soggetto alle sue regole».

<sup>13</sup> Il distinguo sembra essere raccolto anche dall’Ufficio del Massimario, Corte di Cassazione, *Relazione su novità normativa. La “riforma Cartabia”*, n. 2/2023, Roma 5 gennaio 2023., p. 319, ove si sottolinea come l’art. 129-*bis* c.p.p. assegna all’autorità giudiziaria la sola autorizzazione dell’accesso ai servizi riparativi, rispetto ai quali «l’autorità giudiziaria apre le porte, ma non le varca». Osserva M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV*, cit., p. 9, come il giudice sia chiamato pronunciarsi in punto di ammissibilità (alla stregua di canoni giuridici), mentre i servizi riparativi sono chiamati a verificare la fattibilità (alla stregua di valutazioni

gli orizzonti conoscitivi dell'*equipe* riparativa a valle dei colloqui informali e riservati, condotti individualmente con i potenziali partecipanti).

Una volta superato questo doppio vaglio introduttivo, si apre la fase degli incontri dialogici *ex art.* 55 d.lgs. n. 150/2022 che vengono condotti dai mediatori alla luce dei principi tipici della *restorative justice* e nel rispetto della riservatezza, che segna la più immediata ricaduta della diversità ontologica dal sistema di giustizia tradizionale.

Infine, quale che sia l'approdo (interruzione, esito non raggiunto, esito positivo o mancato avvio) del programma riparativo, questo viene scheletricamente rappresentato nella comunicazione o nella relazione con cui, ai sensi dell'art. 57 d.lgs. n. 150/2022, l'*equipe* riporta i dati essenziali delle attività svolte e del risultato all'autorità procedente, chiamata a valutarli nei limiti di cui all'art. 58 d.lgs. n. 150/2022 e ai fini dell'operatività degli istituti innervati dal legislatore di venature riparative<sup>14</sup>.

### 3. Atti e provvedimenti a "tema riparativo" nel procedimento penale e nel procedimento riparativo.

Così sommariamente ripercorsa la sequenza di atti che mette in rapporto luoghi giudiziari e luoghi riparativi, si può osservare come essa si dipani – tanto spazialmente quanto sistematicamente – in parte nel procedimento penale e in parte all'interno del contesto riparativo, articolandosi in tre tipi di atti: 1) attività dell'autorità giudiziaria sul tema riparativo, che si traducono nell'adozione di provvedimenti tipici della sequenza processuale penale: si tratta, *ab initio*, dell'ordinanza adottata ai sensi dell'art. 129-*bis* c.p.p. e, a valle, della valutazione dell'esito riparativo raggiunto da valorizzare diversamente nei vari istituti codicistici in cui questo può rilevare; 2) attività proprie del mediatore, in senso tipico ed esclusivo, che vengono realizzate alla stregua dei principi della giustizia riparativa: tra queste rinveniamo la concreta conformazione del programma e la conduzione degli incontri tra i partecipanti (tipologia di programma, tempi, modalità, gestione del dialogo e dell'ascolto, ecc.); 3) attività proprie del mediatore, che si collocano sulle "frontiere porose" del procedimento riparativo<sup>15</sup>, fornendo occasioni di "interlocuzione" tra i due paradigmi: rilevano in questa

---

prevalentemente personologiche) del programma riparativo.

<sup>14</sup> Cfr., per una efficace ricognizione, F. CINGARI, [La giustizia riparativa nella riforma Cartabia](#), in questa *Rivista*, 24 novembre 2023, p. 18; 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), *Riassetto della penalità, razionalizzazione del procedimento di primo grado, giustizia riparativa*, Giappichelli, Torino 2023, pp. 291 ss.; 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 questa *Rivista*, 27 febbraio 2023, p. 8 ss.; nonché, per un'analisi problematica dei profili di valutazione del giudice, E. VENAFRO, *Giustizia riparativa e sistema penale*, in [www.lalegislazionepenale.com](#), 21 dicembre 2023, p. 27.

<sup>15</sup> Osserva G. DI CHIARA, *La premura e la clessidra*, cit., p. 381, che «i confini porosi tra i due mondi impongono dialoghi e coordinamenti senza i quali i due universi sarebbero paralleli e incommensurabili» sottolineando come ciò «se da una parte reca l'impronta della necessità di un raccordo dinamico che codifichi i flussi ai confini [...], dall'altra rimarca le diverse identità della fisica dell'uno e dell'altro universo».

prospettiva i passaggi della fase preliminare fino alla valutazione di fattibilità e quelli della fase conclusiva di ipostatizzazione dell'epilogo riparativo e di confezionamento della relazione per l'autorità giudiziaria.

### 3.1. *Le attività endoriparative compiute dai mediatori.*

In questo quadro, è agevole concludere che le attività *sub 2)* sfuggono a qualsiasi sindacato critico dell'autorità giudiziaria e, quindi, ad ogni impugnabilità ad opera delle parti. La conformazione concreta del programma, i tempi e i modi di svolgimento, l'ammissione dei soggetti principali e di supporto, i contenuti degli incontri rappresentano materiale ad alto tasso di informalità, sul quale il giudice non deve avere né sguardo né voce<sup>16</sup> e rispetto al quale non è ipotizzabile alcuna impugnabilità oggettiva. Non è un caso, del resto, che proprio rispetto a ciò che avviene nel corso degli incontri riparativi sia elevato un robusto argine di riservatezza (cfr. artt. 50, 51 e 52 d.lgs. n. 150/2022) destinato ad operare anche e soprattutto verso il procedimento penale, né che dalla "stanza della mediazione" – che pure è pronta ad ospitare un novero ampio di persone nel segno della massima inclusività – siano esclusi i difensori delle parti<sup>17</sup>. È questo l'*hard-core* dell'esperienza riparativa, che si atteggia in tutta la sua specificità e autonomia rispetto all'incedere giudiziario ed è stato ricondotto da parte della dottrina ad un «servizio pubblico di cura della relazione tra persone»<sup>18</sup>, che, all'evidenza, non lascia spazi al suo interno per atti dell'autorità giudiziaria.

La netta separazione tra *restorative justice* e giustizia penale trova temperamento quando si guardi agli snodi procedurali che fungono da occasioni di interlocuzione tra i due sistemi.

Tra le ipotesi *sub 3)* si registrano attività che, pur spettanti ai servizi riparativi, possono presentare anche un rilievo "extra-riparativo" ed "endo-giudiziario", così da consigliare l'innesto di alcune garanzie tipiche del procedimento penale e tradizionalmente estranee alle dinamiche riparative. Si tratta della fase preliminare di raccolta del consenso e del momento conclusivo in cui si sigla l'accordo riparativo.

In entrambi i casi ci si trova a compiere atti che, pur a caratura squisitamente riparativa, hanno ricadute nel contesto giudiziario, poiché dalla valutazione dell'*equipe* mediativa (prima sulla fattibilità del programma e poi sulla costruzione dell'esito riparativo) discendono conseguenze che hanno un rilievo nella costruzione della risposta penale in sede giudiziaria.

---

<sup>16</sup> In questo senso v. le considerazioni svolte da Ufficio del Massimario Corte di Cassazione, *Relazione su novità normativa*, cit., p. 323, ove, con riferimento al procedimento riparativo di cui all'art. 129-bis comma 4 c.p.p., si osserva come «una preventiva valutazione giudiziaria sul programma riparativo non sia prevista, così come non è previsto un intervento del giudice che integri o modifichi il programma, ma solo [...] la possibilità di richiedere al mediatore l'invio di comunicazioni sullo stato e sui tempi del programma».

<sup>17</sup> L'assunto risulta chiaramente dal combinato disposto tra gli artt. 55 comma 3 e 54 comma 2 d.lgs. n. 150/2022, che limitano la presenza dei difensori di vittima e persona a cui l'offesa è attribuita alla sola fase preliminare.

<sup>18</sup> L'espressione è di M. BOUCHARD, *L'innesto della giustizia riparativa nel processo*, cit., p. 7.

Sulla scorta di tale connotazione mista si è prevista la facoltà di assistenza difensiva per la vittima e per la persona indicata come autore dell'offesa, seppure con previsioni non sempre condivisibili nella costruzione normativa<sup>19</sup>.

Tradizionalmente presidiata attraverso la nullità di ordine generale di cui all'art. 178, lett. c) c.p.p., la garanzia della partecipazione del difensore che venga frustrata all'interno del contesto riparativo pare sfuggire alla possibilità di controllo attraverso impugnazione per ragioni di ordine sistematico e strutturale<sup>20</sup>: la separatezza tra processo riparativo e processo penale, esclude che il primo possa essere classificabile come segmento interno del secondo, neanche in via incidentale. Non è un caso che, rispetto alle "frontiere porose" tra giustizia riparativa e giustizia penale sia stati collocati due *gates*, tanto in entrata quanto in uscita, che assegnano momenti di controllo ora all'autorità giudiziaria ora ai mediatori. La scelta evidenzia la necessità di un raccordo tra luoghi diversi, ove i provvedimenti del giudice appartengono al terreno giudiziario, mentre quelli del mediatore al terreno riparativo: principi e regole, anche in materia di impugnazione, non possono che essere consequenzialmente diversi.

### 3.2. I provvedimenti del giudice di input riparativo.

In termini decisamente diversi è da ragionarsi in merito alle attività *sub* 1): queste, realizzate con atti dell'autorità giudiziaria dalla forma tipicamente riconducibile alle vesti delineate dall'art. 125 c.p.p., si collocano all'esterno del percorso riparativo e all'interno del procedimento penale. Due sono le *species* provvedimentali che possono assumere rilievo in queste occasioni di interlocuzione: il provvedimento di invio, adottato ai sensi dell'art. 129-*bis* c.p.p., e quello con cui, a valle del *restorative program*, il giudice valuta l'esito comunicato dall'*equipe* mediativa nell'ambito dei singoli istituti codicistici di volta in volta interessati.

---

<sup>19</sup> L'assistenza difensiva pare, per certi versi, ultronea, mentre per altri aspetti risulta ingiustificatamente limitata: così, la presenza del difensore assume scarso significato in sede di valutazione di fattibilità nella fase introduttiva, poiché essa sfugge a canoni squisitamente giuridici; sotto altro punto di vista, in sede di definizione dell'esito riparativo, può esservi interesse all'assistenza anche da parte di soggetti inclusi nel programma in veste diversa dalla vittima e dall'autore dell'offesa (ad esempio, il danneggiato o la comunità destinataria di interventi riparativi), e, soprattutto, può esservi un interesse all'assistenza difensiva anche quando si concludano accordi di carattere simbolico che, a dispetto del *nomen*, possono contemplare anche condotte fattive di importante impegno personale, come risulta dallo stesso art. 56 comma 2 d.lgs. n. 150/2022, ove l'esito simbolico è identificato, tra l'altro, in «impegni comportamentali anche pubblici o rivolti alla comunità, accordi relativi alla frequentazione di persone o luoghi», ossia impegni che possono determinare persino limitazioni (pur volontarie) della libertà di spostamento del soggetto. Sul tema v. V. ALBERTA, [L'innesto della giustizia riparativa nel processo: l'avvio e la chiusura dalla prospettiva dell'avvocato](#), in questa *Rivista*, 24 novembre 2023, p. 4.

<sup>20</sup> Deve sottolinearsi come l'esclusione dell'impugnabilità collegata alla violazione della garanzia difensiva possa frustrare significativamente l'interesse ad una partecipazione piena e consapevole. Proprio con riguardo alla presenza del difensore in sede di "confezionamento" dell'esito riparativo, osserva 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, p. 24, come sia «tutto da pensare e da costruire il rapporto tra diritto di difesa e cultura della mediazione».

L'art. 129-*bis* c.p.p. disciplina l'invio degli interessati ai servizi riparativi per iniziativa officiosa (giudice o pubblico ministero<sup>21</sup>) o su richiesta dell'imputato o della vittima proposta personalmente o per mezzo di procuratore speciale (comma 2). Quale che sia l'iniziativa, deve essere introdotto un contraddittorio sul punto e debbono essere verificate le condizioni di ammissibilità scolpite al comma 3, ove si stabilisce che l'invio «è disposto con ordinanza dal giudice che procede», qualora «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».

L'autorità competente a decidere dell'invio (giudice o pubblico ministero), la forma provvedimento (ordinanza o decreto motivato), nonché l'articolata procedura di coinvolgimento dei soggetti processuali riconducono inequivocabilmente la decisione in ordine all'invio ai servizi riparativi al novero degli atti del procedimento penale. La direzione verso la quale guarda la decisione assunta ai sensi dell'art. 129-*bis* c.p.p. è quella del programma riparativo, ma si tratta di atto ancora esterno al contesto riparativo e inequivocabilmente appartenente al procedimento penale: eccentrica è, dunque, la configurazione di tale atto come espressione di «un servizio pubblico di cura della relazione tra persone», con cui i giudici di legittimità<sup>22</sup> lo hanno identificato per escluderne in radice l'impugnabilità. Del resto, è la stessa Corte di cassazione a osservare come, pur nel rapporto di complementarità, «la giustizia riparativa trova il suo naturale *habitat* proprio nel procedimento penale: qui sono promossi tendenzialmente i percorsi riparativi e qui ricadono i suoi effetti positivi»<sup>23</sup>, confermando la collocazione endoprocessuale della decisione assunta ai sensi dell'art. 129-*bis* c.p.p.

Una volta chiarito che l'ordinanza di invio (o reietiva dell'invio) ai servizi riparativi è atto del procedimento penale<sup>24</sup>, alla cui disciplina generale è dunque sottoposto, è utile indagare quali siano gli spazi di discrezionalità assegnati al decisore dall'art. 129-*bis* c.p.p., per verificare se possa ritenersi sussistente un diritto degli interessati ad accedere ai servizi riparativi. Il quesito non riceve risposta univoca nelle fonti sovranazionali dedicate alla *restorative justice*, ove, pur configurandosi questa come un servizio di generale accessibilità, non si trova espressamente declinato un diritto all'esperienza

---

<sup>21</sup> Il giudice funzionalmente competente è individuato in base all'art. 45-*ter* disp. att. c.p.p. e si pronuncia con ordinanza; lo stesso art. 129-*bis* comma 3 c.p.p. prevede che «[n]el corso delle indagini preliminari provvede il pubblico ministero con decreto motivato».

<sup>22</sup> Cass., sez. II, 12 dicembre 2023, n. 6595, Baldo, cit., §4 Considerato in diritto. L'assunto è stato reiterato, seppure come mero *obiter dictum*, ancora da Cass., sez. II, 14 febbraio 2024, n. 8794, Pesce, inedita.

<sup>23</sup> Cass., sez. II, 12 dicembre 2023, n. 6595, Baldo, cit., §3.3. Considerato in diritto.

<sup>24</sup> Nello stesso senso conclude F. FIORENTIN, *Ammissione ai percorsi*, cit., p. 24, che osserva come «l'inquadramento sistematico operato dalla Cassazione nella sentenza 6596/2024 appare non del tutto persuasivo laddove nega la natura giurisdizionale all'attività del giudice nella verifica dei presupposti per l'accesso ai programmi riparativi. Questo sia perché l'attività è esercitata a fini di giustizia, implicando valutazioni inerenti a profili di sicurezza delle parti e di risoluzioni delle questioni derivanti dal fatto-reato; sia per le dirette ricadute dell'attività riparativa sul trattamento sanzionatorio e sulle modalità di esecuzione della pena e sulla libertà personale dell'imputato».

riparativa, né in generale né tantomeno in un rapporto di classica complementarità con la giustizia penale.

L'architettura normativa della riforma Cartabia esprime senza dubbio un *favor reparationis*<sup>25</sup> che, apprezzato in termini più direttamente proiettati sull'art. 129-*bis* c.p.p., pare rifuggire l'idea di un giudice che si atteggi a insindacabile arbitro della meritevolezza riparativa. Nell'assegnare un ruolo determinante all'autorità giudiziaria<sup>26</sup>, l'art. 129-*bis* c.p.p. ne guida la delibazione mediante criteri predeterminati (prognosi circa l'utilità del programma e diagnosi sull'assenza di pericoli per i partecipanti e per l'accertamento processuale). Si tratta di criteri sui quali si renderà necessaria una progressiva messa a fuoco<sup>27</sup>, ma già oggi può affermarsi che questi (e solo questi) guidano e vincolano il giudice nella decisione sull'invio: ad esempio, oltre ad essi

---

<sup>25</sup> Chiaro, in questo senso, è l'esordio dell'art. 43 comma 3 («[l']accesso ai programmi di giustizia riparativa è assicurato ai soggetti che vi hanno interesse») e 4 («[l']accesso ai programmi di giustizia riparativa è sempre favorito»), oltre che la previsione di una generale accessibilità tracciata dall'art. 44 d.lgs. n. 150/2022. Rinviene un *favor reparationis* che deve orientare il giudice verso l'invio anche nei casi di dubbio sulla sussistenza dei requisiti posti dall'art. 129-*bis* c.p.p. M. GALLI, *Tra binario riparativo e binario punitivo*, cit., p. 289.

<sup>26</sup> Tranne i casi in cui si abbia a che fare con un reato perseguibile su querela (non ancora presentata) o in cui la vicenda giudiziaria sia terminata anche nella sua fase esecutiva, l'approdo davanti ai centri per la giustizia riparativa avviene grazie all'*input* giudiziale, che è dunque momento determinante per accedere ai servizi riparativi.

<sup>27</sup> E' prevedibile che nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale si dipani un percorso di messa a fuoco dei criteri – non del tutto cristallini – delineati dall'art. 129-*bis* c.p.p. Alla luce dei principi generali che governano i rapporti tra giustizia penale e giustizia riparativa, l'utilità del programma dovrebbe misurarsi in relazione alla possibilità di offrire risposta alle conseguenze offensive attraverso un dialogo riparativo: essa, dunque, attiene ad una prospettiva propria del mediatore ed estranea allo sguardo del giudicante. Alla luce di ciò, deve ritenersi che il giudice debba limitarsi a verificare le condizioni minimali, da individuare nella generica disponibilità all'incontro riparativo da parte dei possibili partecipanti, se del caso coinvolgendo anche esponenti della collettività; sotto altro punto di vista, pare improprio estendere il sindacato del giudice alla astratta "congruenza riparativa" basata sul tipo di reato, posto che l'art. 44 d.lgs. n. 150/2022 sancisce l'accessibilità riparativa «senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità».

non è da richiedersi un riconoscimento dei fatti sostanziali del caso<sup>28</sup>, né è possibile valorizzare l'astratta tipologia criminosa come non trattabile in sede riparativa<sup>29</sup>.

#### 4. Discrezionalità del giudice e diritti degli interessati: gli argomenti della Cassazione.

Tornando alla vicenda giudiziaria portata allo scrutinio della Corte di cassazione, i criteri evocati dal giudice di merito per rigettare la richiesta di invio ai servizi riparativi sembrano porsi chiaramente al di fuori del solco segnato dall'art. 129-bis c.p.p.: lo stato detentivo (per altra causa) dell'imputato, la gravità delle modalità del fatto e, ancor più, il mancato risarcimento del danno sono indici, non solo neutri rispetto alla valutazione di utilità del programma riparativo, ma addirittura idonei ad evidenziarne l'utilità nella prospettiva di una possibile soddisfazione (pecuniaria o altrimenti riparatoria) della vittima, soddisfazione che la vicenda giudiziaria non le ha saputo consegnare.

Ma la sesta sezione della Corte di cassazione non si cura di confrontarsi con i profili argomentativi dipanati in sede di merito, sul presupposto che questi non siano sindacabili: peraltro, nell'incedere dei giudici di legittimità, affiora con straordinaria evidenza il nesso tra discrezionalità del giudice, obblighi motivazionali e impugnabilità del provvedimento, al punto da indurre la stessa Corte ad una lettura dell'art. 129-bis c.p.p. che non tiene conto neppure degli elementi letterali della disposizione. Per corroborare l'assunto per cui «gli interessati [alla giustizia riparativa] non debbano necessariamente ricevere tutela», la Corte richiama un precedente *dictum* in tema di

---

<sup>28</sup> In merito v., su posizioni diverse, S. CARNEVALE, *Potenzialità e insidie della giustizia riparativa in fase di cognizione*, in *Proc.pen. giust.*, fasc. straordinario 1/2023 su *Accertamento penale e giustizia riparativa*, cit., p. 95, p. ; P. MAGGIO, *Lo sguardo alle fonti internazionali*, ivi, p. 27; A. MALACARNE, *Presunzione di non colpevolezza e giustizia penale riparativa: una diade problematica*, in *Archivio penale*, 15 marzo 2024, p. 18 s. Sul tema, seppure secondo una traiettoria secondaria, che trae le mosse dalla critica all'iniziativa officiosa del giudice, O. MAZZA, *Il decreto attuativo della riforma Cartabia (ignorato dai partiti) ha vizi di incostituzionalità*, in *Il Dubbio*, 20 agosto 2022; L. ZILLETTI, *Nella giustizia riparativa di Cartabia insidie che è difficile minimizzare*, in *Il Dubbio*, 27 agosto 2022, i quali individuano una possibile lesione con la presunzione di non colpevolezza e con l'imparzialità del giudice nell'invio officioso di cui all'art. 129-bis c.p.p., in sintonia con quanto affermato dall'UCPI nelle sue *Proposte di emendamenti al d.lgs. 150/2022*, 7 febbraio 2023, p. 1 (leggibile al link [https://www.camerepenali.it/cat/11802/proposte\\_ucpi\\_di\\_emendamenti\\_al\\_dlgs\\_1502022\\_.html](https://www.camerepenali.it/cat/11802/proposte_ucpi_di_emendamenti_al_dlgs_1502022_.html)), che sollecitano l'abrogazione del potere officioso di invio «per impedire la palese violazione della presunzione costituzionale d'innocenza»; diversamente, M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., p. 9, che sottolinea l'eccentricità dell'iniziativa del giudice rispetto alle logiche della giustizia riparativa e introduce il felice paragone con «la tecnica del *nudge*, la spintarella gentile», tratta dalle riflessioni dell'economia comportamentale e della filosofia politica; escludono la compromissione della garanzia di cui all'art. 27 Cost. P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo*, cit., p. 19; M. PASSIONE, *Giustizia riparativa, così la riforma Cartabia realizza la Costituzione*, in *Il Dubbio* 25 agosto 2022.

<sup>29</sup> Chiaro è il contrasto con il principio fissato dall'art. 44 comma 1 d.lgs. n. 150/2022 di quelle posizioni giurisprudenziali che negano l'invio ai servizi riparativi in ragione della tipologia criminosa *sub iudice*: così, App. Milano, sez. V, ord. 12 luglio 2023, X, commentata in chiave critica da F. BRUNELLI, *La giustizia riparativa nei reati senza vittime*, in *Giurisprudenza penale*, 2023.

omesso avviso della facoltà di accesso ai programmi riparativi<sup>30</sup>: si osserva, così, che il giudice è titolare di una mera possibilità «di disporre “*ex officio*” l’invio delle parti ad un centro di mediazione» e che questo è rimesso «a una sua valutazione discrezionale, non sussistendo un obbligo in tal senso, né dovendo tale scelta essere motivata». È sufficiente una rapida lettura dell’art. 129-*bis* c.p.p. per rilevare le macroscopiche distorsioni interpretative che affiorano da questi passaggi: il provvedimento che decide sull’invio *ex art. 129-bis* c.p.p., invero, è motivato a pena di nullità, in ossequio alle regole generali dettate dall’art. 125 comma 3 c.p.p. per tutte le ordinanze (anche quella del giudice in tema di invio riparativo) e per tutti i decreti per i quali la legge richiede la motivazione (anche quello del pubblico ministero in tema di invio riparativo). Tale connotato, calato all’interno di un quadro normativo che fornisce al giudicante specifici criteri valutativi, pare collidere patentemente con la prospettiva di un provvedimento improntato a logiche di massima discrezionalità, non motivato e insindacabile.

A ben vedere, in questo passaggio i giudici di legittimità sembrano comprimere e confondere due diversi poteri che l’art. 129-*bis* c.p.p. consegna al giudice: da una parte v’è l’iniziativa officiosa che introduce il *thema reparationis* anche a prescindere dalla richiesta degli interessati e che può essere ricondotta a momenti di discrezionalità giudiziale, svincolata da presupposti tracciati dalla norma; dall’altra parte, v’è invece la deliberazione sul *thema reparationis* che, introdotta dalle parti o dal giudice, è guidata dai criteri legislativamente dati e che deve essere oggetto di motivazione, imposta dalla forma provvedimentale (e, non a caso, specificamente richiesta per l’ipotesi in cui sia il p.m. ad adottare il provvedimento con decreto che deve essere corredato della motivazione).

È più chiaro, allora, che la struttura normativa – a differenza di quanto affiora nell’argomentare della Corte<sup>31</sup> – non sembra lasciare al giudice una discrezionalità sull’invio che non sia quella squisitamente tecnico-interpretativa: se l’art. 129-*bis* c.p.p. riconosce al giudice una tendenziale libertà di attivarsi in via officiosa (come ben emerge dall’uso del verbo “potere” nel primo comma, che recita «l’autorità giudiziaria può disporre, anche d’ufficio, l’invio»), ne vincola invece il sindacato ai criteri dati, ricorrendo i quali le parti devono essere introdotte ai servizi riparativi (come reso manifesto dall’uso dell’indicativo presente nel terzo comma, ove si legge che «[l]’invio degli interessati è disposto con ordinanza dal giudice che procede»).

Pertanto, un rigetto dell’istanza motivato su criteri difformi da quelli tracciati dall’art. 129-*bis* c.p.p. limita indebitamente il diritto degli interessati di rivolgersi ai servizi riparativi, in dispregio al principio di generale accessibilità a più riprese sancito dalla

---

<sup>30</sup> Cass., sez. VI, 9 maggio 2023, n. 25367, I., cit., e in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com) 3 ottobre 2023, con nota critica di S. DEL POPOLO, *Le conseguenze dell’omesso avviso della possibilità di accedere ai programmi di giustizia riparativa. Nota (critica) a una recente sentenza di legittimità*. Per un commento critico v. anche A. PISCONTI, *Una precoce pronuncia della Cassazione in materia di giustizia riparativa*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it) 28 agosto 2023.

<sup>31</sup> Cass., sez. II, 12 dicembre 2023, n. 6595, Baldo, cit., §5.1. Considerato in diritto, ove si richiama anche Cass., sez. VI, 9 maggio 2023, n. 25367, I, cit., che, nel considerare le conseguenze dell’omesso avviso circa la facoltà di avviare un percorso riparativa, sembra riferirsi piuttosto alla discrezionalità dell’iniziativa officiosa e non della valutazione della richiesta di invio ai servizi riparativi.

disciplina organica (cfr. artt. 43, ult. comma e art. 44 d.lgs. n. 150/2022). È pur vero che né la cornice sovranazionale né il quadro nazionale collocano in capo agli interessati un “diritto” alla esperienza riparativa, che, peraltro, risulterebbe limitato anche dalla verifica di fattibilità di pertinenza dell’*equipe* mediativa, questa sì insindacabile nella sua natura extra-giurisdizionale<sup>32</sup>.

La costruzione dell’art. 129-*bis* c.p.p., però, pare strumentale a creare i presupposti per quel *favor reparationis* ben segnato nei principi in tema di accesso: gli stessi poteri officiosi del giudice – nella loro eccentricità rispetto a un contesto poggiante sulla volontà dei partecipanti<sup>33</sup> – hanno trovato giustificazione in chiave propulsiva, come strumento promozionale di una forma di giustizia (quella riparativa) ancora poco conosciuta da attori e comprimari del processo penale<sup>34</sup>.

Di fronte al panorama normativo tracciato dalla riforma del 2022, allora, pare tutt’altro che peregrino distinguere tra una mera “facoltà di accesso”, pur ampiamente favorita dagli artt. 43 ss. d.lgs. n. 150/2022, e un “diritto all’invio” davanti ai servizi riparativi, che trova presidio proprio nelle trame normative dell’art. 129-*bis* c.p.p.

Alla luce di queste caratteristiche del provvedimento adottato ai sensi dell’art. 129-*bis* c.p.p., merita un ripensamento e qualche precisazione il principio di diritto perentoriamente affermato dalla Corte di cassazione, che in modo troppo sbrigativo esclude ogni impugnabilità dello stesso, sottraendolo a qualsiasi sindacato e di fatto consegnandolo all’arbitrarietà giudiziale, con l’effetto di privare gli interessati della facoltà di accedere ai servizi riparativi.

## 5. Contesti alieni o distanze ravvicinate?

Lo “scacco” al diritto di impugnazione della sentenza Baldo è tutto cucito intorno all’alterità/diversità del contesto riparativo rispetto al processo penale e si consuma specificamente in tre mosse argomentative: *a)* il richiamo al principio di tassatività delle impugnazioni; *b)* l’esclusione della riconducibilità delle ordinanze *de quibus* nel “mantello” dell’art. 111 comma 7 Cost. relativo al ricorso per violazione di legge sui provvedimenti *de libertate*; *c)* la negazione del tratto decisorio dei provvedimenti di diniego così come della capacità dei medesimi di incidere in via definitiva su situazioni

---

<sup>32</sup> In proposito v. G. MANNOZZI, *Le sfide poste dall’istituzionalizzazione della giustizia riparativa: importazione di modelli e nuovi colonialismi*, in V. BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa nel d.lgs. n. 150/2022*, Giappichelli, Torino, 2024.

<sup>33</sup> Criticata in modo pressoché unanime dalla dottrina (in proposito, *ex plurimis*, S. CARNEVALE, *Potenzialità e insidie della giustizia riparativa in fase di cognizione*, cit., p. 94), l’iniziativa officiosa di cui all’art. 129-*bis* c.p.p. è stata oggetto di una proposta di abrogazione avanzata dall’U.C.P.I. ([https://www.camerepenali.it/cat/11802/proposte\\_ucpi\\_di\\_emendamenti\\_al\\_dlgs\\_1502022\\_.html](https://www.camerepenali.it/cat/11802/proposte_ucpi_di_emendamenti_al_dlgs_1502022_.html).)

Nonostante le serrate critiche a tale profilo, l’iniziativa officiosa è rimasta ferma anche nella rivisitazione dei contenuti dell’art. 129-*bis* c.p.p., ex d.lgs. 19 marzo 2024, n. 31, sulla base della prolungata copertura della delega realizzata con la l. n. 134/2021.

<sup>34</sup> Il riferimento è alla fortunata immagine del “nudge”, proposta ai nostri fini per la prima volta da M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV*, cit., p. 9.

giuridiche di diritto soggettivo, producendo, «con efficacia di giudicato, effetti di diritto sostanziale e processuale sul piano contenzioso della composizione di interessi contrapposti»<sup>35</sup>.

Se, come detto, è inevitabile che l'intersezione fra il risultato riparativo e il procedimento penale generi frizioni culturali e sistemiche, altrettanto necessario è evitare che la diversità d'ambiti, essenziale per la tenuta della integrazione fra i due modelli, venga strumentalizzata.

Da questo punto di vista, ci si rende subito conto di come il riferimento che la Cassazione compie alla elencazione pseudo definitoria della GR *ad excludendum* contenuta nella Relazione del Massimario (cosa non è la giustizia riparativa), per tenere distante l'universo riparativo dalle regole del processo, si presti a un facile sovvertimento logico delle negazioni in altrettante e corrispondenti affermazioni.

Quanto dapprima escluso, finisce di lì a poco per essere affermato nelle richiamate conseguenze che l'esito riparativo produce, in base a una attenta lettura delle disposizioni della disciplina organica. L'estinzione del reato per i reati procedibili a querela, l'attenuazione e l'incidenza sul *quantum* sanzionatorio, la concessione dei benefici penitenziari, gli effetti sulla tenuità segnano ricadute effettive, lasciano scorgere una rivoluzione dai contenuti tutt'altro che ancillari, pure in un quadro di complementarietà "integrativa" e di non sovrapponibilità con la giustizia penale<sup>36</sup>.

Altro elemento, sintomo di estraneità dal contesto processuale, utilizzato allo stesso fine argomentativo dalla Corte di legittimità, è la possibilità, ai sensi dell'art. 44 comma 3 d. lgs. n. 150 del 2022, del ricorso alla giustizia riparativa prima della proposizione della querela per i reati soggetti a questo regime di procedibilità e, in riferimento a tutti i tipi di reato, dell'accesso ai programmi anche nel corso dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 44 comma 2. Ed è proprio questa possibilità di lambire l'accertamento prima del suo stesso inizio e dopo la fine della cognizione, unita alla considerazione della assoluta inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso del programma, alla negazione di effetti sfavorevoli, alla impermeabilità del medesimo contesto riparativo, a offrire alla Cassazione la giustificazione della impossibilità di consentire una «contaminazione dannosa tra gli autonomi territori»<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Si richiama a questi fini Cass., Sez. Un, 28 maggio 2003, n. 25080, Grassi, in *CED*, n. 224610, secondo cui provvedimenti emessi in sede di reclamo avverso il decreto di liquidazione del compenso al difensore sono ricorribili per cassazione per violazione di legge ai sensi dell'art.111 della Costituzione, in quanto, pur non essendo formalmente qualificati come sentenze, hanno carattere decisorio e capacità di incidere in via definitiva su diritti soggettivi.

<sup>36</sup> Ufficio del Massimario Corte di Cassazione, *Relazione su novità normativa*, cit., p. 277, precisa «solo per esclusione: essa non è un rito speciale, ma al più un procedimento incidentale, parallelo alla giustizia contenziosa; non è una causa di estinzione del reato, se non limitatamente all'ipotesi della remissione tacita di querela ai sensi del (nuovo) art. 152 cod. pen.; non è una causa di non punibilità o di non procedibilità e non è un'alternativa al processo e alla pena, né è un'alternativa alla giustizia penale, non sostituendosi ad essa; [...] essa si affianca a quella contenziosa e (che) procede in parallelo ad essa (salvo divenirne complementare e convergere nell'ipotesi della remissione tacita e dell'eventuale sospensione del procedimento nel caso di reati perseguibile a querela ai sensi dell'art. 129-bis comma 4 cod. proc. pen.).»

<sup>37</sup> Cass., sez. II, 12 dicembre 2023, n. 6595, Baldo, cit., § 3.3.2 Considerato in diritto.

Nessuna impugnazione, dunque, per un atto avvertito come “alieno” rispetto al procedimento penale, nonostante le forme tipiche dallo stesso assunte.

Da questa angolazione non sorprende che, per una volta, non sia stata la tormentata norma di innesto, l’art. 129 *bis* c.p.p.<sup>38</sup>, che consente all’autorità giudiziaria di disporre «anche d’ufficio» l’invio ai Centri per la giustizia riparativa, a divenire oggetto degli strali critici della Cassazione, in quanto da essa si origina la principale intersezione con il procedimento: un dato di innesto, a rigore, capace di supportare endosistemicamente l’impugnabilità della decisione sul mancato invio, anziché di escluderla.

La Corte di legittimità disegna invece campi sideralmente distanti fra GR e processo, in cui si celebrano (a ragione) ritualità differenti: il principio di pubblicità, di controllo delle garanzie assicurate all’accusato, le regole sulla formazione della prova da un lato, la riservatezza- confidenzialità che muove tutta la dimensione dialogica della camera riparativa, dall’altro.

Separatezza conclamata e indiscutibile, valevole a evitare sia le coincidenze di contesti, sia soprattutto la condivisione di regole, di modo da ricondurre la giustizia riparativa «all’ordine di un servizio pubblico di cura della relazione tra persone, non diversamente da altri servizi di cura relazionale, ormai diffusi in diversi settori della sanità e del sociale»<sup>39</sup>.

Questo argomento sembra provare troppo o troppo poco, dato che anche la giustizia penale è un servizio pubblico nel quale il non punire, il variare delle punizioni o il degradarle, il valorizzare il postfatto<sup>40</sup>, può configurare un obiettivo, a ragione delle sue specificità, a patto che lo si inquadri in un piano complessivo di organizzazione e risposta sociale, efficiente e sicura al reato e a patto che, come nel d.lgs. n. 150/ 2022, sia la legge a dettare una disciplina con al centro la riparazione, in conformità alle garanzie costituzionali e ai principi scaturenti dalle fonti internazionali.

Parimenti, il riferimento compiuto dalla Cassazione alla «competenza umanistico-amministrativa dei Centri per la mediazione» finisce per suonare come tecnica giustificativa dello “scarto” extra-sistemico nel quale arginare la GR, nulla aggiungendo alla ontologica difformità di contenuti e di attività della camera riparativa, rispetto alla sequela di atti caratteristici dell’accertamento penale<sup>41</sup>.

Ed allora, l’incompatibilità lessicale e valoriale fra i due universi, la diversità di oggetto e di scopi della GR rispetto alla giustizia penale tradizionale, fondamentali per segnare

<sup>38</sup> V. *Supra*, § 2.

<sup>39</sup> Cass., sez. II, 12 dicembre 2023, n. 6595, Baldo, cit., §4 Considerato in diritto; M. BOUCHARD, *L’innesto della giustizia*, cit., p. 15.

<sup>40</sup> M. DONINI, *Punire e non punire. un pendolo storico divenuto sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, p.1301, spec. p. 1332 ss., si sofferma, (in prospettiva anche storico-filosofica) sui molti istituti di “non punibilità” o degradazione sanzionatoria dentro al sistema ordinario, nonché sull’accelerazione impressa alla dialettica punire/ non punire dalla “Riforma Cartabia”.

<sup>41</sup> Importanti sottolineature delle diversità di paradigmi in V. BONINI, *Il modello di giustizia riparativa* cit., p. 4 ss.; G. MANNOZZI - R. MANCINI, *La giustizia accogliente*, Franco Angeli, Milano, 2022, 131; E. MATTEVI, *La riforma organica della giustizia riparativa. Nuove prospettive*, in *La riforma Cartabia tra non punibilità e nuove risposte sanzionatorie*, Università degli Studi di Trento-Editoriale Scientifica, Trento-Napoli, 2023, p. 115 ss.

e limitare le aree di intersezione, vengono piegate al fine di giustificare la non impugnabilità del provvedimento di diniego, che di contro è, e rimane, atto del processo, innestato nelle regole del processo dallo stesso d.lgs. n. 150/ 2022.

## 6. Le ricadute della complementarietà.

Il diritto all'accesso alla GR, declinato in termini assoluti quanto alla possibilità di richiesta degli interessati, si scompone nel diritto all'invio ai servizi, parametrato dalla utilità del programma e dalla inesistenza di pericoli concreti, secondo una valutazione rimessa al giudice, e nel diritto a che il programma concretamente si svolga, rimesso al vaglio del mediatore chiamato a verificare la fattibilità del programma medesimo. In questo contesto, la discrezionalità del giudice, guidata e vincolata dalle logiche di legalità, all'interno del convincimento libero resta sempre attratta dai controlli degli atti in cui è riversata, mentre la discrezionalità del mediatore resta invece insindacabile nel caso di mancato avvio del programma.

Si comprende ancora meglio la fallacia dell'argomento della separatezza *ad colorandum* dei contesti, ai fini della giustificazione della non impugnabilità del provvedimento di rigetto. Nella negazione della natura giurisdizionale del provvedimento si annida infatti una palese confusione del contenitore formale (atto processuale tipico) con l'oggetto tematico (istanza di accesso alla GR), con conseguente svilimento del significato di garanzia dell'impugnazione, quale domanda di parte, finalizzata a provocare l'apertura di una fase di controllo (sui vizi o sulla generica ingiustizia) del provvedimento giudiziale<sup>42</sup>.

Senza considerare poi che la Cassazione per quanto detto in premessa trascura che la estraneità del programma riparativo rispetto al procedimento penale, sottratto alla gestione del giudice e riservato invece al mediatore esperto, è garanzia evidente dell'imparzialità dello stesso organo giudicante.

La preoccupazione più forte è che dietro a decisioni come quelle in commento possa annidarsi un fraintendimento globale delle relazioni fra GR e giudizio penale tale da condurre al deragliamento della efficace metafora del "binario separato"<sup>43</sup> in quella di un "binario morto", entro il quale isolare le istanze di riparazione.

Le numerose ripercussioni *quoad poenam* dell'esito riparativo, rimesso nel suo "farsi" al vaglio dei mediatori (e consegnato poi nel "valutarsi" al giudice), impongono semmai di chiarire la natura incidentale di questo vaglio – respinta dalla Cassazione alla luce della «marcata diversità di oggetto di cui tratta, dei soggetti partecipanti e degli obiettivi perseguiti»<sup>44</sup> – date le peculiari e innegabili interconnessioni fra la camera

---

<sup>42</sup> Secondo la lezione di G. TRANCHINA, *Impugnazione* (dir. proc. pen.), *Enc. dir.*, XX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 746.

<sup>43</sup> V. BONINI, *Giustizia riparativa, un binario parallelo che non contamina il processo penale*, in *Il dubbio*, 6 settembre 2022; analoga esemplificazione in R. BARTOLI, [Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva](#), in questa *Rivista*, 29 novembre 2022, p. 11.

<sup>44</sup> Cass., sez. II, 12 dicembre 2023, n. 6595, Baldo, cit., § 5, Considerato in diritto.

riparativa e il processo penale, non esauribili nella teorica processuale classica dell'accertamento incidentale o complementare<sup>45</sup>.

Il procedimento incidentale è infatti individuato allorché il sistema predisponga una serie di atti che, pur differenziata dal procedimento in corso, rimane sempre nell'ambito di questo, segnando una deviazione temporanea più o meno rilevante e, in alcuni casi, una stasi, variamente contenuta di esso. Il programma riparativo si situa invece al di fuori del processo, il d.lgs. n. 150/ 2022 norma soltanto alcuni passaggi cruciali e alcune scansioni nei rapporti reciproci rispetto all'accertamento *in itinere* o già concluso.

Neppure sembra esatto riferirsi alla generica accezione tecnica di procedimento complementare, laddove la seriazione di atti predisposta *ad hoc* è carente di qualsiasi relazione col procedere principale, tanto da risultare, il procedimento *ad hoc*, non solo del tutto autonomo da qualsiasi altro in ragione delle forme, ma addirittura indifferente rispetto all'effettiva sussistenza del procedere in corso, rispetto al quale, ove esso sussistesse, risulterebbe del tutto scollegato.

A ben vedere, la piena autonomia del momento riparativo, e soprattutto, la gestione del medesimo da parte dei mediatori, soggetti altri e diversi rispetto al giudice, deve pure tenere conto della comune scaturigine del conflitto originato dal reato, sfociando in una serie di effetti procedurali tipici e conseguenti dall'esito riparativo.

Il legislatore italiano sembra perciò essersi accostato a una versione lata della complementarità, intesa come «funzionalità di parti oppure di oggetti o di fenomeni valutabili solo in rapporto reciproco, (...) oggetti o fenomeni che assumono un valore, un significato, o si rivelano in qualsiasi modo utili, per il fatto di trovarsi connessi, accostati, inseriti uno nell'altro»<sup>46</sup>.

Una funzionalità idonea, proprio a ragione delle mantenute differenze intrinseche delle "due giustizie", a tradurre in modo più consono il nesso nuovo fra il programma riparativo e l'accertamento penale.

## 7. Il denegato controllo e il "sottinteso" della discrezionalità amplificata dell'invio.

Nella sentenza n. 6595 del 2023, la mancata coincidenza fra l'universo *restorative* e la giustizia penale assume il senso di un generico *escamotage* utile a negare tutela (nella forma del controllo successivo) agli interessati quanto all'accesso e allo svolgimento del programma di giustizia riparativa, iscrivendosi nel neonato filone giurisprudenziale, secondo cui la possibilità, per il giudice, di disporre *ex officio* l'invio delle parti a un centro di mediazione è rimessa a una sua valutazione discrezionale, non sussistendo un

---

<sup>45</sup> Su queste distinzioni, GIUS. SABATINI, *Incidenti (dir. proc. civ. e pen.)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Utet, Torino, 1962, p. 529; ID., *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Utet, Torino, 1953, p. 737; G. GIANZI, *Incidenti (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 5.

<sup>46</sup> S. FURFARO, *Procedimenti incidentali ed accertamenti complementari: significati, cambiamenti ed evoluzione dal codice rocco ad oggi*, in *La giustizia penale differenziata*, vol. III, coord. da M. MONTAGNA, Giappichelli, Torino, 2011, p. 16.

obbligo in tal senso, né dovendo tale scelta essere motivata, per cui la mancata attivazione del percorso riparativo di cui all'art. 129-bis c.p.p. o l'omissione dell'avviso alle parti della facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa previsti dall'art. 419 comma 3-bis c.p.p. non configura alcuna nullità<sup>47</sup>.

Pronunce di questo tipo evocano perplessità laddove escludono *ex ante* il possibile sorgere nell'atto di invio di qualsiasi patologia fra quelle enucleate nell'art. 179 c.p.p.

In direzione opposta, si segnalano decisioni che, con riferimento alla fase dell'esecuzione penale, si sono invece espresse a favore dell'impugnabilità – mediante reclamo giurisdizionale in base all'articolo 35-bis della legge sull'ordinamento penitenziario (l. n. 354/1975), avanti al Tribunale di sorveglianza – del provvedimento assunto dal magistrato di sorveglianza con cui si era negata l'autorizzazione all'avvio di un programma di giustizia riparativa<sup>48</sup>.

Soluzioni, queste ultime, più in linea con la richiamata Raccomandazione 2018/8, che invitava i legislatori nazionali a prevedere procedure di reclamo<sup>49</sup>.

A questo punto, e prescindendo dall'ovvia reiterabilità della istanza di accesso ai programmi in ogni stato e grado (che potrebbe ripercuotersi semmai sull'interesse all'impugnazione del rigetto), ci si rende conto che il mancato controllo sul provvedimento di diniego è suscettibile di condizionare a monte la discrezionalità del vaglio giudiziale in ordine all'accesso alla *restorative justice*, veicolata come detto dai parametri dell'«utilità» del percorso di giustizia riparativa per la risoluzione delle questioni specificamente derivanti dal reato nonché dell' «assenza di pericoli concreti per gli interessati e per l'accertamento dei fatti».

Poteri valutativi dell'autorità giudiziaria in sede di invio, lo si ribadisce, differenti nei contenuti e nelle forme da quelli che in termini di «fattibilità» e di «scelta del programma» sono rimessi in via esclusiva ai mediatori.

L'ampiezza dei parametri di «utilità» da un canto, e di «fattibilità» dall'altro, per evitare «disorientamenti»<sup>50</sup> impone considerazioni attente delle legittime strategie difensive dell'imputato<sup>51</sup> e, altrettanto avvertite, delle ragioni vantate dalla vittima diretta<sup>52</sup>.

Proprio intorno al criterio dell'utilità del programma di giustizia riparativa, contenuto nell'art. 129 bis c.p.p. in termini di cerniera di apertura e chiusura verso la camera riparativa, si stanno condensando talune criticità: a partire da una valutazione *passerpartout* “in negativo” che genericamente si sintetizza nell'impossibilità «di

<sup>47</sup> Cass., Sez. VI, 9 maggio 2023, n. 25367, I., cit., sulla quale si sofferma M. PASSIONE, [Programmi ed esiti di giustizia riparativa: disciplina giuridica](#), in questa Rivista, 24 novembre, 2023, 5.

<sup>48</sup> Trib. Sorv. Lecce, 30 novembre 2023, n. 4710, ined.

<sup>49</sup> Ancora il § 23 Raccomandazione CM/Rec(2018)8.

<sup>50</sup> C. CESARI, *La giustizia riparativa nel sistema penale italiano: prime riflessioni a margine di una svolta*, in *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*, in D. CASTRONUOVO – D. NEGRI (a cura di), Napoli, 2023, p. 394.

<sup>51</sup> A. PRESUTTI, [La giustizia riparativa alla prova del processo penale](#), in questa Rivista, 27 giugno 2023, p. 9.

<sup>52</sup> P. MAGGIO - F. PARISI, [Giustizia riparativa con vittima “surrogata” o “aspecifica”: il caso Maltesi-Fontana continua a far discutere](#), in questa Rivista, 19 ottobre 2023; F. COSTANTINI, *L'omicidio di Carol Maltesi e l'attuale disciplina della giustizia riparativa*, in *Giust. insieme*, 17 novembre 2023.

escludere l'utilità» con conseguente avvio dei percorsi riparativi, anche nelle forme della riparazione con vittima specifica<sup>53</sup>.

Scelta indubbiamente più semplice rispetto alla doverosità di una motivazione "in positivo" dell'utilità medesima.

In questa seconda ipotesi, infatti, andrebbero più specificamente chiarite le ragioni *restorative* che consentono l'avvio del percorso agli incontranti e occorrerebbe una messa a punto dello statuto per la motivazione del provvedimento di cui all'art. 129- *bis* c.p.p.

Se dovesse consolidarsi il criterio dell'utilità "in negativo", anche attraverso l'enfaticizzazione dei fini pubblicistici della giustizia riparativa, finirebbe verosimilmente per riconoscersi un'utilità *in re ipsa* dei programmi, che aprirebbe canali pressoché incondizionati all'invio.

Di contro, il diniego "muto" all'accesso, senza possibilità di successiva impugnazione, potrebbe pregiudicare le istanze *restorative* ragionevolmente attese dagli interessati, confinando la giustizia riparativa dietro a una barriera di marginalità e svalutazione.

Ciò rende particolarmente preziose in questo momento di avvio della riforma interpretazioni accorte dell'utilità, del pericolo concreto e delle ragioni di uguaglianza di trattamento, così da non escludere in modo *tranchant* l'accesso ai programmi<sup>54</sup>.

## 8. L'impugnazione dell'ordinanza di rigetto fra analogie mancate e proposte di soluzione concrete.

Collocata all'interno delle descritte ricadute iniziali della GR, la decisione della Cassazione in analisi potrebbe assumere un preoccupante significato politico-culturale di marginalizzazione delle opzioni riparative, addirittura soverchiante il dato tecnico della denegata impugnazione del provvedimento di rigetto, meritevole invece di grande attenzione dal punto di vista procedurale.

Nello specifico, va ricordato che la sentenza aveva ad oggetto un'ordinanza di diniego all'accesso al programma riparativo, emessa dal giudice monocratico del Tribunale di Verona successivamente alla condanna per i delitti di truffa aggravata e ricettazione.

Il dato impone subito di porre a raffronto il principio di tassatività (richiamato a gran voce dalla sentenza n. 6595 del 2023 e scolpito nell'art. 568 comma 1 c.p.p., quale ovvio corollario della inesistenza di fonti extralegislative nel modello processuale<sup>55</sup>), con

<sup>53</sup> Corte d'Assise di Busto Arsizio, ord. 19 settembre 2023, Fontana, con [nota di P. MAGGIO, F. PARISI](#), in questa *Rivista*, 19 ottobre 2023.

<sup>54</sup> Come avvenuto nella vicenda di Benno Neumair, per la cui ricostruzione giornalistica si veda C. CURRÒ DOSSI, *Benno Neumair chiede la giustizia riparativa. La sorella Madè e la zia: «Non così, non si è mai pentito*, in *Corriere della sera*, 16 settembre 2023. In materia di stupefacenti l'accesso è stato negato da C. App. Milano, Sez. V, 12 luglio 2023, X, cit., con rilievi critici di F. BRUNELLI, *La giustizia riparativa*, cit. In questa vicenda, secondo i giudici, trattandosi di reati "senza vittima" e mancando la parte con cui intrattenere un dialogo, non sarebbe stato ontologicamente ipotizzabile un dialogo di alcun tipo, neanche con vittima specifica.

<sup>55</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 915; C. VALENTINI, *Le disposizioni sulle impugnazioni*

le contrapposte enunciazioni desumibili dall'art. 568 comma 2 e dall'art. 111 Cost. sulla generale ricorribilità dei provvedimenti del giudice<sup>56</sup> nonché dall'art. 586 c.p.p., norma attributiva del diritto di impugnazione delle ordinanze dibattimentali<sup>57</sup>.

Guardando nell'insieme agli artt. 568, 581, 586 c.p.p., a emergere è la centralità del *favor impugnationis*<sup>58</sup>, che non può essere superata dalla mera enunciazione della tassatività, come mostra di comprendere la stessa Corte di Cassazione, laddove esclude appositamente l'accostamento con i provvedimenti *de libertate* che consentirebbe la ricorribilità diretta avverso il diniego e allo stesso modo si avvede della difficoltà di ritenere sussistente una delle gravi patologie processuali scandite dall'art. 179 c.p.p.

D'altronde riemerge la regola dell'impugnazione differita delle ordinanze rese nel corso del dibattimento in una con le sentenze finali, *ex art.* 586 c.p.p., che trova giustificazione nella loro natura interlocutoria, non produttiva di danno alle parti, se non a seguito della pronuncia della sentenza, nonché con riferimento al principio naturale di concentrazione del giudizio, di modo che la soluzione immediata di questioni incidentali non risulti pregiudizievole della necessaria continuità del dibattimento e, con essa, della rapida definizione del processo<sup>59</sup>, frazionando aspetti della regiodicanda<sup>60</sup>.

La specifica regola di impugnazione delle ordinanze vale, in base alla clausola eccezzuativa contenuta nel primo comma dell'art. 586 c.p.p., quando non è *diversamente* previsto dalla legge e di certo, nel *corpus* del d.lgs. n. 150/ 2022 non è contenuta alcuna previsione espressa che escluda il controllo sul provvedimento di diniego all'accesso ai programmi. Né sarebbe stato possibile per il legislatore, anche in termini di rispetto delle linee della delega, immaginare regimi di impugnazione differenziati una volta che la decisione in tema *restorative* è contenuta in un atto processuale.

Ciò consente *a contrario* il dispiegarsi del regime di impugnazione declinato dallo stesso art. 586 c.p.p., non potendo sussistere dubbi sulla connessione "sostanziale"<sup>61</sup> con la decisione di condanna della statuizione che ha negato l'accesso alla GR, né sugli effetti della medesima sulla sentenza, né ancora sulla esistenza di un interesse sostanziale a impugnare la decisione sul mancato invio<sup>62</sup>.

---

*in generale*, in *Le impugnazioni penali*, Trattato diretto da A. Gaito, I, Utet, Torino, 1998, p. 194.

<sup>56</sup> V. MELE, *Sub art.* 568 in *Commento del nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, VI, Utet, Torino, 1991, p. 22.

<sup>57</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 917; M. SCAPARONE, *Il regime di impugnazione delle ordinanze dibattimentali*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 3 ss.

<sup>58</sup> Sia consentito rinviare a P. MAGGIO, *Termini, forma e ammissibilità dell'impugnazione. i riflessi strutturali sull'appello*, in A. PULVIRENTI (a cura di), *Le impugnazioni dopo la riforma*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 85 ss.

<sup>59</sup> E. APRILE, *Le impugnazioni penali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 131; G. TRANCHINA, *Impugnazione (diritto processuale penale)*, in *ED*, II agg., Giuffrè, Milano, 1998, p. 93.

<sup>60</sup> J. P. PIERINI, *Nuovi profili dell'impugnazione differita contro le ordinanze dibattimentali*, in *Giur. it.*, I, 1994, II, c. 545.

<sup>61</sup> A. GALATI - E. ZAPPALÀ - V. PATANÈ, *Le impugnazioni*, in D. SIRACUSANO - A. GALATI - G. TRANCHINA - E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 752.

<sup>62</sup> Principio imposto da Cass., sez. I, 13 novembre 1992, n. 11656, Sanneris, CED, 192583.

Peraltro, prevale in giurisprudenza una più generale visione antiformalistica, nel senso della piena ammissibilità del controllo dell'ordinanza quando ciò emerga dalla sentenza e siano riscontrabili le relative ragioni di impugnazione<sup>63</sup>.

Senonché, il rigetto della richiesta di accesso è nella specie contenuto in un'ordinanza "successiva" alla decisione di condanna in primo grado, per cui l'appellabilità dovrebbe "fare i conti" con i termini per proporre impugnazione, trattandosi di un provvedimento non emesso "nel corso del giudizio" per indurre a una soluzione, costituzionalmente orientata, idonea a colmare il vuoto di tutela.

Da altra angolazione, la peculiarità della ordinanza che blocca gli "incontranti" sulle soglie della camera riparativa difficilmente potrebbe indurre a ricondurla nel novero dei provvedimenti abnormi, in quanto la decisione di rigetto alla GR non è stata emanata in difetto di potere, né ha prodotto una stasi del procedimento. L'art. 129-*bis* c.p.p. attribuisce infatti specificamente al pubblico ministero e al giudice un espresso potere di invio, e il ricorso per cassazione non può essere considerato come unico strumento idoneo ad eliminare la situazione di abnormità che altrimenti produrrebbe effetti irreversibili<sup>64</sup>.

L'irreversibilità non è prospettabile rispetto alle decisioni che escludono l'accesso, data la possibilità di reiterare le medesime in ogni stato e grado del procedimento<sup>65</sup>, nella specie, dunque in sede di giudizio di appello. Di qui l'interrogativo, circa la possibilità, se respinta anche in questa sede, di fare oggetto di ulteriore ricorso per cassazione, *ex art. 606 lett. b o lett. e*, il rigetto di accesso alla GR, riconducendo la questione nel novero di quelle valutabili entro gli spazi stretti del controllo di legittimità, ai fini di un eventuale annullamento con rinvio.

Per escludere l'impugnazione dell'ordinanza di rigetto si sarebbe forse potuta accentuare, con maggiore convinzione, la natura "ordinatoria" della decisione, rientrando nel novero dei molti provvedimenti che la giurisprudenza ritiene come tali insuscettibili di controllo<sup>66</sup>.

Più semplice e meno bisognosa di argomentazioni, invece, la pretesa diversità di ambiti (processuale vs. riparativo), cui si è ancorata in definitiva la Cassazione per evitare le molte complessità sottese al quesito sull'impugnazione.

---

<sup>63</sup> Cass., sez. un. 12 ottobre 1993, n. 10296, Balestriere, in *Giur. it.*, 1994, II, p. 545.

<sup>64</sup> Cass., Sez. VI, 12 settembre 1996, n. 2719, Dinacci, in *Cass. pen.*, 1997, 2466; Cass., Sez. V, 22 giugno 1992, n. 1338, Zinno, in *Cass. pen.*, 1994, p. 552.

<sup>65</sup> Lo chiarisce M. GIALUZ, *L'innesto della giustizia riparativa nel procedimento penale*, in G. L. GATTA- M. GIALUZ (Commentario diretto da), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale, La giustizia riparativa*, vol. IV, Giappichelli, Torino, 2024, p. 199, precisando che «al di là della natura amministrativa o giurisdizionale di tale sindacato, si tratta pur sempre di una decisione del giudice che il legislatore italiano ha previsto di rendere impugnabile solo quando l'ordinanza sia adottata nel corso del dibattimento, ai sensi dell'art. 586 c.p.p. E tale scelta non appare costituzionalmente illegittima: per un verso, non è invocabile l'art. 111, comma 7, Cost. perché l'ordinanza non è sicuramente configurabile quale provvedimento di carattere decisorio dotato della capacità di incidere in via definitiva; su situazioni giuridiche di diritto soggettivo per altro verso, non appare irragionevole il sistema che si fonda sulla sola rimediabilità dei provvedimenti adottati dal giudice chiamato – salvo diversa richiesta dell'imputato – a decidere nel merito».

<sup>66</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., sez. III, 9 luglio 2015, n. 37378, D. M., in *CED*, n. 265088.

Per completezza, ma in termini assolutamente problematici, ci si potrebbe infine interrogare su un ardito accostamento fra il controllo sul rigetto della richiesta di accesso ai programmi riparativi e le questioni sorte e sviluppate in ordine al regime di impugnazione che l'art. 464 *quater* comma 7 c.p.p. detta in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova per adulti.

Una premessa è tuttavia d'obbligo: il richiamo alla M.A.P. può generare equivoci o mostrarsi fuorviante, situandosi la messa alla prova all'interno del contesto processuale, con un vaglio ammissivo esclusivamente rimesso al giudice, relativo al programma di trattamento allegato alla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, per nulla coincidente con il potere di invio al programma di giustizia riparativa. Non meno anodino risulterebbe un tentativo di analogia con la messa alla prova nel rito minorile, tarata, anche nelle impugnazioni dei provvedimenti ammissivi, sulla esigenza tipica di limitazione minima di contatti dell'imputato con il sistema penale<sup>67</sup>.

Nondimeno, il nesso fra GR e M.A.P. pare rafforzato dal dato normativo riformato dal d.lgs. n. 150/ 2022, secondo cui il programma di messa alla prova può, oggi, prevedere, tra i vari "impegni", «condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa e lo svolgimento di programmi di giustizia riparativa» (art. 464-*bis* comma 4, lett. c) c.p.p.

Dato legislativo riformato che non deve condurre a semplicistiche (quanto dannose) similitudini: il programma di messa alla prova, allegato alla richiesta del rito speciale, va effettivamente autorizzato dall'autorità giudiziaria, non così quello di giustizia riparativa, che come più volte rimarcato spetta al mediatore costruire in uno spazio diverso dal procedimento penale. L'art. 129-*bis* c.p.p. scandisce esclusivamente l'invio da parte dell'autorità giudiziaria ai centri<sup>68</sup>.

Si tratta a ben vedere di istituti non coincidenti, avendo la messa alla prova lo scopo di offrire un percorso di reinserimento alternativo ai soggetti processati per reati di minore allarme sociale, insieme alla funzione deflattiva dei procedimenti penali attuata per il tramite dell'estinzione del reato dichiarata dal giudice in caso di esito positivo della prova, capace di conservare una componente afflittiva, ma di soddisfare nel contempo istanze specialpreventive e risocializzatrici, mediante l'incentivazione dei comportamenti riparativi indirizzati alla persona offesa dal reato.

---

<sup>67</sup> Cfr. C. PANSINI, *Scelte funamboliche sulle forme di controllo relative al diniego di messa alla prova per l'imputato adulto*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 113 ss. La disciplina dettata per il processo penale a carico di imputati minorenni dall'art. 28 comma 3 d.p.r. 22 settembre 1988 n. 448 – in forza del quale «contro l'ordinanza possono ricorrere per cassazione il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore» – deve essere interpretata alla luce del precedente comma 2, che ha ad oggetto esclusivamente l'ordinanza che dispone la sospensione. Tale correlazione tra i due commi indicati è stata letta dalla giurisprudenza nel senso di ritenere l'ordinanza con la quale il Tribunale per i minorenni rigetta l'istanza di messa alla prova dell'imputato, non impugnabile in via autonoma, ma solo congiuntamente alla sentenza che definisce il giudizio (v. Cass., sez. IV, 18 giugno 2002, n. 34169, Tenerelli, in *CED*, n. 225993; Cass., sez. I, 24 aprile 1995, n. 2429, Zagarella, *ivi*, n. 201298).

<sup>68</sup> Lo chiarisce R. A. RUGGIERO, *La giustizia riparativa messa alla prova*, in *Sist. pen.*, 2024, II, 182.

Entro questi ben delineati confini si inserisce la caratteristica impugnazione dei provvedimenti di ammissione (e di quelli di diniego) alla messa alla prova, disciplinata espressamente dall' art. 464-*quater* comma 7 c.p.p., che fissa il ricorso di Cassazione solo nei confronti dell'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova<sup>69</sup>.

Nonostante la disciplina codicistica, nella *probation* per adulti il tema dell'impugnabilità delle decisioni di rigetto<sup>70</sup> ha dovuto registrare l'intervento chiarificatore delle Sezioni unite, che appellandosi ancora una volta al principio di tassatività delle impugnazioni, ha assegnato prevalenza alla previsione generale dell'art. 586 c.p.p. e limitato l'autonoma ricorribilità per cassazione dei soli provvedimenti di accoglimento dell'istanza di messa alla prova, mentre per le ordinanze di rigetto è consentito l'appello, in uno alla sentenza conclusiva del processo.

La negazione della ricorribilità dell'ordinanza di rigetto della messa alla prova da parte del supremo consesso di legittimità ha trovato giustificazione nel tenore della disciplina espressa dell'art. 464-*quater* comma 7, riferita al solo provvedimento ammissivo<sup>71</sup>, residuando dunque l'appellabilità congiunta del diniego della richiesta di M.A.P. con la sentenza che definisce il grado di giudizio<sup>72</sup>.

Si è anche chiarito che nel corso delle indagini o nell'udienza preliminare non c'è spazio per il provvedimento di rigetto, poiché in entrambi i casi è previsto un meccanismo di recupero della richiesta, attraverso la riproposizione della medesima nella fase successiva o comunque prima dell'apertura del dibattimento.

Ed è stata proprio la possibilità di reiterazione della richiesta, ad avere consentito di escludere la impugnabilità delle decisioni precedenti, mentre il rigetto all'ultimo stadio permette l'impugnazione del provvedimento negativo, unitamente all'appello della sentenza di primo grado<sup>73</sup>.

Se la questione specifica affrontata dalla sentenza Baldo in ordine all'impugnabilità dei provvedimenti reiettivi dell'accesso ai programmi di giustizia riparativa depone nel senso della piena applicabilità dell'art. 586 c.p.p.<sup>74</sup>, vanno invece segnalati i pericoli e gli equivoci discendenti da improprie commistioni fra GR e M.A.P.

Ci si riferisce in particolare ad altra recente decisione che ha negato il buon esito della messa alla prova e la conseguente estinzione del reato in virtù della volontà dell'imputato di non proseguire il percorso di mediazione penale con la persona offesa, originariamente rientrante tra le prescrizioni della messa alla prova. Si è qui in effetti

---

<sup>69</sup> M.C. AMOROSO, *Il regime dell'impugnazione delle ordinanze decisorie sulle istanze di messa alla prova*, in *Dir. pen. contemp.*, 2 maggio 2016, p. 13.

<sup>70</sup> Si veda Cass., sez. VI, 19 novembre 2015, ord. R.M., in *Dir. giust.*, 30 dicembre 2015.

<sup>71</sup> Cass., sez. un., 31 marzo 2016, n. 33216, Rigacci, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1176; Cass., sez. un., 1° settembre 2016, n. 36272, Sorcinelli, *ivi*, n. 262738. In dottrina L. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2020, p. 273; M. MIRAGLIA, *La messa alla prova dell'imputato adulto. Analisi e prospettive di un modello processuale diverso*, Giappichelli, Torino, 2020, 214 ss.

<sup>72</sup> Cass., sez. V, 26 maggio 2020, n. 15812, S.R., in *CED* 279256.

<sup>73</sup> Cass., sez. un. 31 marzo 2016, n. 33216, Rigacci, *cit*; conforme, Cass., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 6046, Tortorelli, in *CED*, 268828.

<sup>74</sup> Nella stessa direzione M. GIALUZ, *L'innesto della giustizia riparativa nel procedimento penale*, in *Riforma Cartabia*, *cit.*, p. 199.

realizzato un grave fraintendimento tradottosi in una ripercussione *in malam partem* del mancato esito della messa alla prova, decisamente vietato dalla riforma organica sulla giustizia riparativa<sup>75</sup> che, all’opposto, «sterilizza il giudizio penale da ogni influenza pregiudizievole per l’imputato»<sup>76</sup>.

La riforma Cartabia e il suo investimento umanistico sulla giustizia riparativa hanno posto le basi per un mutamento culturale di sistema<sup>77</sup>, atteso e invocato dalle stesse prassi<sup>78</sup> che ne reclamano l’impellente messa in opera.

I primi “indicatori” e gli *alert* sistematici segnalano difficoltà interpretative per la fase di rodaggio nella interazione fra i due modelli di giustizia.

Con questa mutazione lessicale, concettuale, tecnica e valoriale, che non può (né deve) cedere a ibridazioni degli istituti processuali, così come a compromissioni dell’essenza *restorative*<sup>79</sup>, si è chiamati in effetti responsabilmente a misurarsi.

Lo spiega Adolfo Ceretti<sup>80</sup>: «inviare da parte di un magistrato un caso a un “Centro per la giustizia riparativa” significa, infine, agevolare un “meticcio di logiche”, ovvero lasciarsi alle spalle una lettura dogmatica del diritto e accettare l’esistenza della sovrapposizione di istanze giurisdizionali e non giurisdizionali, e dei giochi che esse comportano (un “meticcio di logiche”, appunto)».

Un cambiamento importante che impone al contempo approcci critici e attenti verso tutte le questioni insorte e verso quelle che inevitabilmente insorgeranno nel rispetto delle specificità d’ambito, come dimostra la possibilità di riconduzione del diniego di accesso ai programmi nel regime di impugnazione dell’atto processuale in cui la decisione è incorporata, di modo che il contenuto riparativo non ne snaturi i tratti tipici, e soprattutto non valga a issare ponti levatoi concettuali al fine di inibire l’accesso ai programmi.

Un percorso impervio che, da un lato, impone di evitare la appropriazione innaturale da parte del Leviatano e delle “agenzie legali” delle logiche *restorative*<sup>81</sup>, ontologicamente diverse e non sempre allineabili con quelli del potere statale nelle sue

<sup>75</sup> Cass., sez. II, 6 luglio 2023, n. 34767, in *Foro it.*, II, 2023, c. 682, con nota critica di F. PARISI, *Giustizia riparativa in malam partem? Una criticabile sentenza della Cassazione sui rapporti fra mediazione penale e messa alla prova dell’imputato*.

<sup>76</sup> P. BRONZO, *Restorative justice, processo ed esecuzione penale nella disciplina organica della giustizia riparativa*, in G. COLAIACOVO – M. N. MILETTI (a cura di) *La giustizia riparativa. Radici, problemi, prospettive* Atti del Convegno (Foggia, 21 novembre 2023), Cacucci, Bari, 2024, p. 46.

<sup>77</sup> M. DONINI, *La visione della giustizia riparativa: non è buonismo ma differenza tra pena e riscatto*, in *Il riformista*, 6 settembre 2022; G. L. GATTA, «Ci sono casi complessi ma la riconciliazione è la svolta del sistema», in *Il dubbio*, 26 settembre 2023, p. 2; M. GIALUZ – M. PASSIONE, *Imputato e vittima: incontro che può aiutare a ricucire le ferite del processo penale, dentro e fuori dalle aule*, *ivi*, p. 2.

<sup>78</sup> Ne costituisce riprova la Circolare del Ministero di Giustizia del 7 dicembre 2023 che ha vietato l’adesione a protocolli e linee operative volti ad anticipare l’avvio delle Conferenze locali e l’abilitazione dei centri di GR.

<sup>79</sup> Il pericolo è adombrato da F. FIORENTIN, *Ammissione ai percorsi*, *cit.*, p. 26.

<sup>80</sup> A. CERETTI, *Principi e obiettivi della giustizia riparativa*, in *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, *cit.*, p. 57.

<sup>81</sup> Lo denuncia G. MAGLIONE, *Restorative Justice Policy in Context: a Legal-Archaeological Analysis*, in *Int. Journ Semiot. Law*, 2020, p. 35, 493 ss.

dimensioni burocratiche e professionali<sup>82</sup>, dall'altro lato – alla luce della specificità della scelta italiana di innestare l'esito dell'accertamento fra gli elementi valutativi dei quali il giudice può fruire in sede decisoria – richiede agli operatori della giustizia di non cadere nel pregiudizio respingente ed “altero” della “alterità” di contesti.

Per usare una metafora clinica, onde evitare in Italia crisi di rigetto incontrollabili del modello *restorative*, bisognerebbe abbinare alla profilassi volta a prevenire l'insorgere della reazione “immunitaria”, la cura delle reazioni iniziali in atto; una “cura” condivisa, capace di guardare con consapevolezza e fiducia alle potenzialità della GR di attraversare il diritto, il processo penale e il diritto penitenziario, senza vedere intaccata la sua identità.

---

<sup>82</sup> B. PALI, G. MAGLIONE, *Discursive representations of restorative justice in international policies*, in *Eur. Journ. Criminol.*, 20, II, 2023, p. 507 ss.



## PECUNIA (INTERDUM) OLET. BREVI NOTE SULLA CONFISCA DI DENARO NEI REATI TRIBUTARI

di Davide Colombo

*Il contributo si sofferma sul tema della confisca di denaro, con particolare riferimento alla speciale ipotesi di confisca prevista per i reati tributari dall'art. 12-bis d.lgs. 74/2000. Dopo aver ripercorso i principali approdi giurisprudenziali a cui sono pervenute le sezioni unite della corte di cassazione (sia in relazione al rapporto tra misure ablatorie penali e procedura concorsuale, sia in relazione alla natura – diretta o per equivalente – della confisca di denaro), l'analisi si focalizza sulle principali criticità che discendono dai principi di diritto affermati dal supremo collegio. L'individuazione delle problematiche teoriche e applicative scaturenti dall'impostazione delle sezioni unite è quindi l'occasione per proporre una possibile soluzione, la quale consenta di delineare una disciplina della confisca di denaro capace di condurre a esiti ragionevoli ed equi.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il problema sullo sfondo: i rapporti tra confisca *ex art. 12 bis* d.lgs. 74/2000 e fallimento. – 3. Le sezioni unite sulla natura (diretta o per equivalente) della confisca di denaro. – 4. Gli ultimi approdi della giurisprudenza di legittimità. – 4.1. La sentenza n. 6576/2024. – 4.2. La sentenza n. 6577/2024. – 5. Le peculiarità della confisca di denaro nei reati tributari. – 6. I tentativi di erosione del principio sancito dalle sezioni unite *Coppola*. – 7. Prevenire il contagio: l'esigenza dell'effettiva confusione tra nuove somme e previo patrimonio del reo. – 8. Contenere il contagio: l'ammontare *ante* confusione come massimale di confisca delle somme percepite *post delictum*. – 9. Alcune brevi considerazioni finali.

### 1. Introduzione.

Negli ultimi anni, l'istituto della confisca ha interessato sempre con maggior frequenza l'attenzione della giurisprudenza di legittimità, chiamata al gravoso compito di definire il perimetro applicativo di una misura ablatoria dal relevantissimo impatto pratico e sempre più utilizzata dal legislatore<sup>1</sup>.

Il tema ha assunto – e assume tutt'oggi – particolare rilievo con riferimento alla speciale ipotesi di confisca prevista per i reati tributari dall'art. 12 *bis* d.lgs. 74/2000. In materia penal-tributaria, infatti, la confisca non esercita solo le tradizionali funzioni (a

---

<sup>1</sup> Sul punto, v. quanto osservato da V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1263, secondo cui, nell'attuale momento storico, la confisca costituisce «la prima forma di risposta statale coercitiva cui sono affidate, anzitutto, le medesime istanze retributive» della pena.

seconda dei casi) preventiva, sanzionatoria o ripristinatoria<sup>2</sup>, ma, in ossequio a una sua ormai famigerata natura “proteiforme”<sup>3</sup>, persegue anche importanti finalità di matrice prettamente recuperatoria, quale mezzo peculiare di riscossione coattiva alternativo – e più efficiente – rispetto alle consuete procedure amministrative.

In tempi recenti, sono due le questioni che, nella materia di cui si discute, hanno richiesto una presa di posizione netta da parte della giurisprudenza. Da un lato, si è posto il problema dei rapporti tra misure ablatorie e procedura concorsuale; dall’altro lato, ci si è interrogati sulla natura, diretta o per equivalente, della confisca di denaro.

Si tratta di problematiche che, ampiamente controverse e dibattute, hanno richiesto più volte l’intervento chiarificatore delle sezioni unite, invocate per dirimere profonde divergenze di opinioni, le quali, lungi dall’involgersi in astratte dispute teoriche, si riflettono in conseguenze applicative significativamente eterogenee.

Per quanto concerne il tema dei rapporti tra confisca e fallimento, le sezioni unite *Fallimento Lavanderia Giglio s.n.c.*<sup>4</sup> hanno ritenuto che, in virtù della natura obbligatoria della misura ablatoria *ex art. 12 bis* d.lgs. 74/2000, quest’ultima prevalga sempre sul vincolo della procedura fallimentare.

Per quanto attiene, invece, alla questione della natura della confisca di denaro, le sezioni unite *Coppola*<sup>5</sup> hanno, da ultimo, affermato che si tratta sempre di confisca diretta, atteso il carattere fungibile del bene-denaro, il quale per ciò solo si confonde automaticamente, quando acquisito, nel patrimonio del reo.

Dalla lettura delle sentenze richiamate appare evidente come, nelle intenzioni dei relativi estensori, i principi di diritto in esse affermati avrebbero dovuto costituire una sorta di epilogo, la parola conclusiva in grado di risolvere problematiche tratte e così addivenire finalmente a un orientamento interpretativo uniforme e condiviso.

Senonché le soluzioni proposte dal supremo consesso nomofilattico non sono riuscite a sopire i contrasti giurisprudenziali che ne avevano originato la necessità d’intervento. Anche dopo le pronunce delle sezioni unite, infatti, nella giurisprudenza di legittimità continuano a permanere incertezze interpretative, le quali ruotano attorno alla precisa individuazione dei confini applicativi della misura ablatoria *ex art. 12 bis* d.lgs. 74/2000.

Emblematiche, in tal senso, sono due recentissime pronunce, depositate nello stesso giorno, della terza sezione penale della corte di cassazione<sup>6</sup>, le quali, nello

<sup>2</sup> In argomento, v. *ex multis* R. BARTOLI, *Ripensare le confische*, in *La legis. pen.*, 26 settembre 2023.

<sup>3</sup> Per un approfondimento sul tema, si rinvia a T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema di responsabilità degli enti*, Padova, 2011, pp. 25 ss.; E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivi-applicativi*, Torino, 2012, pp. 23 ss.; A.M. MAUGERI, voce *Confisca* (diritto penale), in *Enc. dir. Annali*, Milano, 2015, pp. 185 ss.; T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020, pp. 1 ss.

<sup>4</sup> Cass., SS.UU., 22 giugno 2023, n. 40797, con nota di F. DI VIZIO, *La prevalenza della confisca tributaria sul fallimento*, in *Il Fallimento*, 1/2024, pp. 21 ss.

<sup>5</sup> Cass., SS.UU., 27 maggio 2021, n. 42415, con nota *ex multis* di M. SCOLETTA, [La confisca di denaro quale prezzo o profitto del reato è sempre “diretta” \(ancorché il denaro abbia origine lecita\). Esiste un limite azionabile alla interpretazione giudiziaria della legge penale?](#), in questa *Rivista*, 23 novembre 2021.

<sup>6</sup> Sono Cass., sez. III, 12 ottobre 2023 (dep. 14 febbraio 2024), n. 6576 e Cass., sez. III, 24 ottobre 2023 (dep. 14

scrutinare vicende tra loro in larga parte analoghe e pur dichiarando entrambe di fare applicazione dei principi di diritto affermati dalle sezioni unite, sono pervenute ad esiti diametralmente opposti.

Nel dettaglio, la questione tutt'oggi controversa (con cui si sono dovute confrontare le due sentenze poc'anzi menzionate) attiene alla possibilità di confiscare in via diretta il denaro di comprovata origine lecita ottenuto dal reo successivamente alla commissione di un reato tributario e confluito su un conto bancario a saldo zero, in particolare nel caso in cui sia stato dichiarato il fallimento della società nel cui interesse il delitto è stato commesso.

Nella sentenza n. 6576/2024, la corte ha ritenuto ammessa (*rectius* obbligatoria) la confisca diretta del denaro derivante dall'attività esercitata dalla persona giuridica poi fallita, ritenendo che esso si fosse automaticamente confuso nel patrimonio del reo. Tale conclusione, secondo la corte, deriva infatti da una piana applicazione del principio statuito dalle sezioni unite *Coppola*.

Nella sentenza n. 6577/2024, invece, i giudici di legittimità hanno escluso la possibilità di confiscare in via diretta le somme ottenute dalla curatela fallimentare a seguito della promozione (da parte del curatore) dell'azione di responsabilità nei confronti di sindaci e revisori della società, in quanto tali somme, essendo peraltro confluite su un conto bancario aperto dalla curatela, non costituirebbero in alcun modo il profitto dei reati tributari commessi dal legale rappresentante dell'ente.

Alla luce delle oscillazioni interpretative che ancora affliggono le decisioni della corte di legittimità, emerge allora l'impellente necessità di ricostruire con chiarezza i nodi focali delle problematiche dibattute e i connotati salienti degli orientamenti ermeneutici espressi, al fine di fornire all'interprete un quadro intelligibile della questione controversa.

L'obiettivo principale del presente contributo è allora quello di fare ordine in relazione a un tema per cui, negli ultimi anni, si è assistito all'affastellarsi di una congerie di opinioni differenti, spesso contrastanti, e in cui si registra una netta diversità di vedute tra le sezioni unite e la dottrina pressoché unanime.

Al fine di meglio inquadrare i termini del problema, ci pare opportuno prendere le mosse proprio dalle pronunce rese negli ultimi anni dalle sezioni unite (sia in relazione al rapporto tra confisca e fallimento, sia con riferimento alla natura, diretta o per equivalente, della confisca di denaro). Una panoramica che, peraltro, deve necessariamente, benché brevemente, soffermarsi anche sulle considerazioni espresse in dottrina e sulle sentenze delle sezioni semplici che, in tempi più recenti, hanno riguardato direttamente il tema di cui si discute.

All'esito di tale ricognizione giurisprudenziale disporremo delle necessarie coordinate per muoverci nell'analisi delle due recenti sentenze, più sopra indicate, della terza sezione della corte di cassazione, potendo evidenziarne i passaggi motivazionali maggiormente rilevanti in relazione alla questione esaminata e porre l'accento sui profili

giuridici che, esulando dal perimetro ermeneutico tracciato dalle sezioni unite, si prestano ancora oggi a un acceso dibattito giurisprudenziale e dottrinale.

L'esame di tali pronunce sarà infine l'occasione per annotare, anche alla luce delle considerazioni espresse da accorta dottrina, alcuni spunti di riflessione, nonché per proporre una possibile soluzione che, senza porsi in aperto conflitto con i principi di diritto affermati dalle sezioni unite, consenta tuttavia di delineare parametri interpretativi che assicurino un'applicazione uniforme e razionale della confisca di denaro nei reati tributari, anche in caso di intervenuto fallimento.

## 2. Il problema sullo sfondo: i rapporti tra confisca *ex art. 12 bis* d.lgs. 74/2000 e fallimento.

Per quanto concerne il problema dei rapporti tra confisca e fallimento, negli anni passati la giurisprudenza si era a lungo interrogata se dovesse prevalere la misura ablatoria ovvero la procedura concorsuale<sup>7</sup>. La delicatezza della questione e gli ampi margini interpretativi consentiti dal dato normativo erano stati forieri di un brioso contrasto giurisprudenziale, risolto solo pochi mesi or sono dalle sezioni unite, pronunciatesi proprio in un caso in cui veniva in rilievo l'ipotesi di confisca *ex art. 12 bis* d.lgs. 74/2000<sup>8</sup>.

Un primo filone interpretativo riteneva che il sequestro e la successiva confisca disposti su beni della società fallita siano pienamente legittimi, in quanto il fallimento non si traduce in una perdita della proprietà in capo al fallito, ma unicamente nella destinazione della totalità dei beni a soddisfacimento dei creditori, oltre che nell'assoluta insensibilità del patrimonio all'attività svolta dall'imprenditore successivamente alla dichiarazione del suo fallimento<sup>9</sup>. Conseguentemente, non può rilevarsi, in capo alla curatela fallimentare, una situazione di altrui appartenenza dei beni, i quali pertanto devono essere confiscati in tutti i casi in cui la legge preveda l'obbligatorietà della confisca (come nell'ipotesi di cui all'*art. 12 bis* d.lgs. 74/2000)<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Per una ricostruzione del dibattito giurisprudenziale e un attento inquadramento del problema giuridico ad esso sotteso, v. M. BONTEMPELLI, *I sequestri penali e la tutela dei terzi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 1323 ss., nonché F. CERQUA, *La dichiarazione di fallimento quale limite al sequestro preventivo*, in *Il Fallimento*, 1/2019, pp. 21 ss.

<sup>8</sup> Ad adire il supremo consesso nomofilattico era stata Cass., sez. III, ord. 29 novembre 2022, n. 7633. Per un breve commento all'ordinanza, v. D. COLOMBO, [La dichiarazione di fallimento quale causa ostativa al sequestro preventivo ex art. 12-bis d.lgs. 74/2000: rimessa la questione alle Sezioni Unite](#), in questa *Rivista*, fasc. 4/2023, pp. 35 ss.

<sup>9</sup> *Ex multis* Cass., sez. III, 3 giugno 2003, n. 24160.

<sup>10</sup> Cass., sez. III, 1° marzo 2016, n. 23907; v. anche Cass., sez. IV, 5 dicembre 2018, n. 7550, che ha ritenuto applicabile la misura cautelare anche con riguardo a somme di denaro appartenenti alla società fallita e assegnate ai creditori con piano di riparto dichiarato esecutivo ma non ancora eseguito.

Tale orientamento era evidentemente tributario di quanto affermato dalle sezioni unite nella nota sentenza *Focarelli* (Cass., SS.UU., 24 maggio 2004, n. 29951), in cui il supremo collegio aveva ritenuto che, con riferimento alla confisca obbligatoria, il sequestro rimarrebbe «insensibile» al fallimento, in quanto la cosa è «pericolosa in base ad una presunzione assoluta». In senso analogo, più di recente, Cass., sez. III, 7 giugno

Un orientamento ermeneutico di segno radicalmente opposto era riscontrabile in altre pronunce di legittimità, in cui la corte aveva sostenuto che il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di cui all'art. 12 *bis* d.lgs. 74/2000 non può essere adottato sui beni già assoggettati alla procedura fallimentare, in quanto la dichiarazione di fallimento importa il venir meno del potere di disporre del proprio patrimonio in capo al fallito, attribuendo al curatore il compito di gestire tale patrimonio al fine di evitarne il depauperamento<sup>11</sup>. Poiché ai fini della confisca non è tanto rilevante la proprietà ovvero la formale titolarità del bene interessato dalla misura di prevenzione quanto il sostanziale dominio su di esso, l'apertura della procedura fallimentare determina l'impossibilità di disporre il sequestro di beni ormai sottratti alla signoria del soggetto nei cui confronti dovrebbe essere adottato il provvedimento ablatorio<sup>12</sup>.

Con la sentenza *Fallimento Lavanderia Giglio s.n.c.*, le sezioni unite hanno aderito all'orientamento che riconosce la prevalenza della misura cautelare sul vincolo della procedura fallimentare.

In tale occasione, la corte ha preliminarmente osservato come tale soluzione risulti oggi espressamente affermata dalla disciplina dettata dal codice della crisi di impresa e dell'insolvenza<sup>13</sup>, il quale, infatti, per mezzo dell'art. 317, rinvia alle regole sui rapporti tra fallimento e misure ablatorie penali previste dal codice antimafia (d.lgs. 159/2011), le quali espressamente sanciscono la prevalenza della confisca sulla procedura fallimentare<sup>14</sup>.

2017, n. 28077; cfr. anche Cass., sez. III, 2 ottobre 2019, n. 47103. Critici sul punto A. FRAIOLI, *Note in materia di confisca e persona estranea al reato*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 877, nonché T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, cit., p. 198.

<sup>11</sup> Cass., sez. III, 10 ottobre 2018, n. 45574; Cass., sez. III, 20 dicembre 2021, n. 47299; Cass., sez. II, 19 maggio 2022, n. 19682.

<sup>12</sup> Cass., sez. III, 18 marzo 2022, n. 11068. In seno a tale indirizzo interpretativo è stato altresì osservato che la prevalenza dell'attrazione alla massa fallimentare non è riconducibile esclusivamente a interessi privatistici del ceto creditorio, riflettendosi invece soprattutto nella necessità che il tracollo dell'impresa non si estenda a macchia di leopardo ai soggetti che con questa abbiano avuto rapporti, a salvaguardia – dunque – delle esigenze economiche della collettività: così Cass., sez. III, 8 luglio 2022, n. 26275.

<sup>13</sup> Cass., SS.UU., 22 giugno 2023, n. 40797, § 7 del *Considerato in diritto*.

<sup>14</sup> L'art. 317 co. 1 CCII prevede che «le condizioni e i criteri di prevalenza rispetto alla gestione concorsuale delle misure cautelari reali sulle cose indicate dall'articolo 142 [i.e. i beni del debitore] sono regolate dalle disposizioni del Libro I, titolo IV del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159». Il secondo comma della disposizione precisa poi che «per misure cautelari reali di cui al comma 1 si intendono i sequestri delle cose di cui è consentita la confisca disposti ai sensi dell'articolo 321, comma 2, del codice di procedura penale». Ebbene, il d.lgs. 159/2011 contiene due norme dedicate ai rapporti tra sequestro e procedura concorsuale. L'art. 63 d.lgs. 159/2011, riguardante i casi in cui la dichiarazione di fallimento sia successiva al sequestro, prevede, al quarto comma, che «quando viene dichiarato il fallimento, i beni assoggettati a sequestro o confisca sono esclusi dalla massa attiva fallimentare». L'art. 64 d.lgs. 159/2011, invece, chiamato a disciplinare le ipotesi in cui il sequestro sia disposto successivamente alla dichiarazione di fallimento, stabilisce che, ove sui beni compresi nel fallimento ai sensi dell'art. 42 l. fall. (oggi art. 142 CCII) sia disposto sequestro, «il giudice delegato al fallimento, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, dispone con decreto non reclamabile la separazione di tali beni dalla massa attiva del fallimento e la loro consegna all'amministratore giudiziario». Sul tema, cfr. l'approfondito studio di A. MANGIONE, *Crisi d'impresa e confisca: la tutela dei creditori e i rapporti fra misure ablatorie penali (e di prevenzione) e le nuove procedure concorsuali*, in *Arch. pen.*, 2, 2023

Ma pur a prescindere da questo dato legislativo, le sezioni unite hanno ritenuto che, anche alla luce dell'assetto normativo vigente *ratione temporis*, la confisca del profitto dei reati tributari (e il sequestro ad essa funzionale), prevista dall'art. 12 *bis* d.lgs. 74/2000, prevalga sui diritti di credito vantati sul medesimo bene, sia nel caso di fallimento (oggi "liquidazione giudiziale") che per effetto della ammissione al concordato preventivo, in ragione della natura obbligatoria della misura ablatoria, alla cui salvaguardia è finalizzato il sequestro.

La suprema corte, infatti, ha rilevato che, a seguito della dichiarazione di fallimento, la titolarità dei beni resta in capo al fallito fino al momento della vendita fallimentare (per i beni) o del riparto dell'attivo (per il denaro). La dichiarazione di fallimento, infatti, comporta la perdita di disponibilità dei beni, ma non anche, per sé sola, la perdita della proprietà dei beni medesimi. I beni del fallito, dunque, sebbene acquisiti alla procedura concorsuale, non possono qualificarsi come "beni appartenenti a persona estranea al reato", il che rappresenta l'unico limite normativamente opposto all'applicazione della confisca diretta dei proventi del reato: tali beni restano di proprietà del fallito, mentre il curatore ne diviene mero gestore-detentore<sup>15</sup>.

Non risultando integrato il limite dell'appartenenza a terzi, la confisca *ex art.* 12 *bis* d.lgs. 74/2000 non incontra ostacoli di sorta alla sua applicazione e quindi, poiché confisca obbligatoria, è destinata a prevalere sempre su eventuali diritti di credito gravanti sul bene oggetto di ablazione, a prescindere dal momento in cui intervenga la dichiarazione di fallimento.

Sarebbe proprio la natura obbligatoria della confisca da reato tributario a rendere recessive le pretese creditorie rispetto all'interesse erariale al recupero dell'evasione di imposta, che è infatti «interesse sanzionato penalmente con riflessi obbligatori sulla confisca, che giustifica dunque anche il sacrificio dei creditori "privati"»<sup>16</sup>.

In conclusione, pertanto, le sezioni unite hanno affermato il principio di diritto in accordo al quale «l'avvio della procedura fallimentare non osta all'adozione o alla permanenza, se già disposto, del provvedimento di sequestro preventivo finalizzato alla confisca relativa ai reati tributari».

È appena il caso di osservare – ma la questione verrà approfondita nel prosieguo – che la soluzione indicata dalle sezioni unite opera solo nei casi in cui venga in rilievo la confisca diretta: solo in tale ipotesi, infatti, il limite all'ablazione del profitto è esclusivamente quello dell'appartenenza dei beni a terzi estranei al reato. Nella diversa eventualità in cui si tratti di confisca per equivalente, invece, il limite diventa quello – ai sensi dell'art. 12 *bis* d.lgs. 74/2000 – della disponibilità dei beni in capo al reo; disponibilità che, a seguito della dichiarazione di fallimento (oggi liquidazione giudiziale) viene meno in virtù dell'art. 42 l. fall. (oggi trasposto nell'art. 142 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza).

Ne consegue, in tutta evidenza, che la qualificazione della misura ablatoria in termini di confisca diretta o per equivalente dispiega significativi effetti in relazione al

---

<sup>15</sup> Cass., SS.UU., 22 giugno 2023, n. 40797, § 9 del *Considerato in diritto*.

<sup>16</sup> Cass., SS.UU., 22 giugno 2023, n. 40797, § 9 del *Considerato in diritto*.

rapporto con la procedura concorsuale, dacché nel primo caso la confisca sarà destinata a prevalere rispetto all'attrazione dei beni nella massa fallimentare, mentre nel secondo caso dovrà soccombere.

### 3. Le sezioni unite sulla natura (diretta o per equivalente) della confisca di denaro.

La questione della natura (diretta o per equivalente) della confisca di denaro è un problema che ha per molto tempo impegnato la giurisprudenza, dando origine a orientamenti interpretativi divergenti (tali da richiedere, per ben tre volte in meno di dieci anni, l'intervento delle sezioni unite), e che, nonostante l'intervento della recente sentenza *Coppola*, continua ad essere fortemente controverso e dibattuto.

Per districare l'ingarbugliata matassa giurisprudenziale che si è formata sulla spinosa questione della confisca di denaro, ci pare opportuno ripercorrere – pur brevemente – i principi affermati a più riprese dalle sezioni unite, le quali hanno tentato di affermare, da ultimo con una certa vigoria, la natura sempre diretta della confisca del denaro rinvenuto nel patrimonio del reo. Solo all'esito di tale ricognizione potremo spostare lo sguardo sulle successive sentenze delle sezioni semplici, al fine di cogliere i profili ancora oscuri del problema.

Il primigenio impulso al riconoscimento della natura sempre diretta della confisca di denaro è tradizionalmente ricondotto alla nota sentenza *Gubert*<sup>17</sup>. In quell'occasione le sezioni unite – chiamate a dirimere un contrasto giurisprudenziale relativo alla possibilità di aggredire con sequestro preventivo finalizzato alla confisca, diretta o per equivalente, i beni di una persona giuridica per le violazioni tributarie commesse dal legale rappresentante della stessa – avevano avuto modo di affermare la possibilità di procedere sempre alla confisca diretta, ai sensi dell'art. 240 c.p., del profitto del reato costituito da denaro.

Secondo le sezioni unite *Gubert*, la confisca dovrebbe sempre essere qualificata come diretta in ragione della fungibilità del bene-denaro, il quale, una volta acquisito nel patrimonio del reo, si confonderebbe con le altre somme detenute. Da ciò deriverebbe la superfluità della ricerca del nesso di pertinenzialità tra *res* e fatto delittuoso, essendo sufficiente che il denaro equivalga all'importo corrispondente al prezzo o al profitto del reato.

I principi affermati dalla sentenza *Gubert* erano in seguito stati sostanzialmente ribaditi dall'altrettanto celebre sentenza *Lucci*<sup>18</sup> – relativa alla confiscabilità del profitto

---

<sup>17</sup> Cass., SS.UU., 5 marzo 2014, n. 10561, con nota di T. TRINCHERA, [La sentenza delle Sezioni Unite in tema di confisca di beni societari e reati fiscali](#), in *Dir. pen. cont.*, 12 marzo 2014; con nota di G. TODARO, *Il sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, di beni di una persona giuridica: il rebus dei reati tributari*, in *Cass. pen.*, 9, 2014, pp. 2826 ss.; con nota di G.L. SOANA, *Le Sezioni Unite pongono limiti alla confisca nei confronti delle persone giuridiche per i reati tributari*, in *Riv. giur. trib.*, 5/2014, pp. 394 ss.

<sup>18</sup> Cass., SS.UU., 26 giugno 2015, n. 31617, con nota di G. CIVELLO, *Le Sezioni Unite "Lucci" sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della "condanna in senso sostanziale"*, in *Arch. pen.*, 2, 2015, nonché F. LUMINO, *La confisca del prezzo o del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione*, in *Cass. pen.*, 2016, 4, pp. 1384 ss.

del reato prescritto –, con la quale le sezioni unite avevano confermato la legittimità della confisca diretta del denaro a prescindere dall'accertamento del vincolo di derivazione con il reato contestato.

Le pronunce delle sezioni unite, rese a breve distanza di tempo l'una dall'altra, avevano fin da subito suscitato accese critiche da parte della dottrina<sup>19</sup>. Segnatamente, era stato osservato che, qualora si ritenesse configurabile la confisca diretta tutte le volte in cui il bene oggetto di ablazione abbia natura fungibile, si confonderebbero portata e connotati di concetti affatto diversi, strutturalmente e prima ancora semanticamente. Da un lato, infatti, la fungibilità costituirebbe un requisito intrinseco della *res*, una caratteristica che atterrebbe alla natura della cosa in sé considerata. Dall'altro lato, la pertinenzialità si porrebbe invece come parametro di relazione, come qualificazione del bene in ragione del rapporto con un elemento esterno al bene stesso, ossia il reato. Ne conseguirebbe, pertanto, che la fungibilità del bene non sarebbe idonea a fondare alcun giudizio circa la pertinenzialità dello stesso bene rispetto al reato, la quale andrebbe comunque debitamente dimostrata, quand'anche si volesse procedere alla confisca (diretta) di denaro<sup>20</sup>.

Le perplessità dottrinali si erano ben presto riflesse in reticenze giurisprudenziali all'accoglimento *sic et simpliciter* del principio affermato in doppia battuta dalle sezioni unite. In più occasioni, invero, sia i giudici di merito, sia i giudici delle sezioni semplici della corte di cassazione avevano iniziato a sfruttare gli spiragli interpretativi rinvenibili tra le statuizioni del supremo collegio per escludere, in specifici casi, l'applicazione della confisca diretta del denaro<sup>21</sup>. Sicché le resistenze emerse non solo nella giurisprudenza

---

<sup>19</sup> V'è chi ritiene, infatti, che l'accertata impossibilità di individuare la specifica somma derivante dal reato imponga di qualificare la confisca sempre come per equivalente, e mai diretta: se la confisca diretta esige la prova del nesso di pertinenzialità e per il denaro tale prova dovesse ritenersi impossibile, l'unica forma di confisca possibile dovrebbe essere inevitabilmente quella per equivalente: così M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2015, pp. 1677-1678; nello stesso senso R. BARTOLI, [Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto. Dialogando con la sentenza Gubert e Mario Romano](#), in *Dir. pen. cont.*, 20 ottobre 2016.

<sup>20</sup> In questi termini F. MUCCIARELLI - C.E. PALIERO, [Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4, 2015, pp. 253 ss. Si sono espressi in termini apertamente critici verso le sentenze *Gubert* e *Lucci* anche V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, cit., p. 1259; E. D'IPPOLITO, *Confisca*, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2019, p. 464; S. DELSIGNORE, sub *art. 12-bis*, in C. NOCERINO - S. PUTINATI (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. n. 158/2015*, Torino, 2015, p. 303.

<sup>21</sup> Segnatamente, gli sforzi ermeneutici di tale indirizzo giurisprudenziale erano volti a smussare l'assolutezza del principio, al fine di scongiurare la possibilità di disporre la confisca diretta del denaro anche in presenza della prova dell'insussistenza del legame di pertinenzialità tra reato e denaro vincolato. L'intento, in particolare, era quello di non obliterare del tutto la necessità della sussistenza di un nesso di derivazione tra reato e *res*, requisito essenziale della confisca diretta. In tal senso, v. Cass., sez. III, 29 settembre 2020, n. 31516; Cass., sez. III, 1° luglio 2020, n. 23040; Cass., sez. III, 23 gennaio 2019, n. 22061; Cass., sez. III, 20 marzo 2018, n. 17997; Cass., sez. III, 12 luglio 2018, n. 41104; Cass., sez. III, 30 ottobre 2017, n. 8995; Cass., sez. III, 9 febbraio 2016, n. 28223, quest'ultima con nota di C. SANTORIELLO, *Meno facile procedere a sequestro preventivo di somme di denaro*, in *ilPenalista.it*, 8 settembre 2016. Sul tema, cfr. anche A. KELLER, [Confisca diretta del denaro e prova dell'assenza di pertinenzialità: la recente giurisprudenza di legittimità erige i primi fragili argini alle sentenze Gubert e Lucci](#), in *Dir. pen. cont.*, 6, 2019, pp. 73 ss.

di merito, ma finanche in seno alla stessa giurisprudenza di legittimità, rispetto alla soluzione prospettata dalle sentenze *Gubert e Lucci*, avevano infine comportato un nuovo deferimento della questione alle sezioni unite<sup>22</sup>.

La sentenza *Coppola*, tuttavia, ha disatteso le aspettative di chi auspicava, se non un *revirement*, quanto meno una limitazione della portata del principio espresso nelle sentenze *Gubert e Lucci*. Invero, le sezioni unite *Coppola* non solo hanno ribadito tale principio, ma ne hanno anche fornito una interpretazione “assolutizzante”: in questa pronuncia, la suprema corte ha infatti ritenuto che, ai fini della confisca diretta del prezzo o profitto costituito da somme di denaro, è del tutto indifferente l’identità fisica dei beni numerari oggetto di ablazione rispetto a quelli materialmente illecitamente conseguiti.

Tale conclusione discenderebbe ontologicamente e normativamente dalla natura fungibile del bene-denaro, il quale, distinguendosi da qualunque tipo di altra “utilità”, si confonderebbe automaticamente nel patrimonio e perderebbe per ciò stesso ogni giuridico rilievo la sua identificabilità fisica<sup>23</sup>.

Secondo i giudici delle sezioni unite, una simile conclusione non determina la recisione del nesso di pertinenzialità che deve necessariamente avvincere, ai fini dell’applicabilità della confisca diretta, il profitto al reato, sorgendo tutt’al più l’esigenza di conformare tale nesso alla peculiare natura del denaro. Segnatamente, «per il denaro, il nesso di pertinenzialità col reato non può essere inteso come fisica identità della somma confiscata rispetto al provento del reato, ma consiste nella effettiva derivazione dal reato dell’accrescimento patrimoniale monetario conseguito dal reo, che sia ancora rinvenibile, nella stessa forma monetaria, nel suo patrimonio. È tale incremento monetario che rappresenta il provento del reato suscettibile di ablazione, non il gruzzolo fisicamente inteso»<sup>24</sup>.

Individuata la funzione della confisca nell’ablazione della somma che sia già entrata nel patrimonio dell’agente a causa della commissione dell’illecito e ivi sia ancora rinvenibile, ne discende che sarebbero del tutto irrilevanti sia «l’eventuale esistenza di altri attivi monetari in ipotesi confluiti nel patrimonio del reo, foss’anche a seguito di versamenti di denaro aventi origine lecita», sia «le vicende che abbiano in ipotesi

---

<sup>22</sup> Cass., sez. VI, ord. 17 novembre 2020, n. 7021, con nota di D. ATTANASIO, [Sequestro del denaro disposto a fini di confisca \(diretta\): ancora una questione rimessa alla valutazione delle Sezioni unite](#), in questa *Rivista*, 31 marzo 2021. V. anche F. ALVINO, *Fungibilità manifesta e infungibilità latente del denaro: le incerte frontiere della confisca in via diretta del profitto del reato, ancora al vaglio delle Sezioni unite*, in *disCrimen*, 19 aprile 2021.

<sup>23</sup> Cass., SS.UU., 27 maggio 2021, n. 42415, § 14 del *Considerato in diritto*.

<sup>24</sup> Cass., SS.UU., 27 maggio 2021, n. 42415, § 16 del *Considerato in diritto*. Secondo la corte, la confisca diretta del prezzo o profitto monetari richiederebbe comunque il loro effettivo conseguimento da parte del reo (*i.e.* l’accrescimento patrimoniale), il quale dovrebbe essere provato secondo gli ordinari *standard* probatori, come previsti sia per l’adozione della eventuale misura cautelare reale, sia poi per la confisca. Secondo le sezioni unite non opererebbe, cioè, alcun meccanismo presuntivo, né relativo – tale per cui l’indagato/imputato potrebbe scampare alla confisca diretta solo provando l’origine lecita delle componenti finanziarie del suo patrimonio – né assoluto – per cui la presunzione di pertinenzialità non sarebbe in alcun modo vincibile –. Infatti, il nesso eziologico tra profitto e reato dovrebbe essere sempre provato dal pubblico ministero, ma con riferimento all’incremento monetario di cui ha beneficiato il patrimonio del reo, e non al denaro fisicamente inteso.

interessato la somma riveniente dal reato, una volta che la stessa – intesa, come per sua natura, quale massa monetaria fungibile – sia stata reperita nel patrimonio del reo al momento dell’esecuzione della misura ablativa o, se del caso, del prodromico vincolo cautelare»<sup>25</sup>.

Secondo le sezioni unite, l’unica limitazione alla confisca diretta si configura allora nella sola ipotesi di “novazione oggettiva” (espressione mutuata dalla sentenza *Lucci*), ossia quando il denaro sia stato trasformato in beni di diversa natura, cagionando il venir meno, nel patrimonio del reo, di qualsivoglia attivo dello stesso genere; solo in questa ipotesi opera, nei casi normativamente previsti, lo strumento surrogatorio della confisca per equivalente, attuabile sui beni di diversa natura di cui disponga l’autore del reato.

Nell’opinione del supremo collegio, dunque, qualora il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, l’ablazione dell’effettivo accrescimento patrimoniale monetario deve essere qualificata come confisca diretta, e non per equivalente, e non è ostativa alla sua adozione l’allegazione o la prova dell’origine lecita del numerario oggetto di ablazione.

Anche la sentenza *Coppola* non è andata esente da vivaci – e pressoché unanimi – critiche dottrinali<sup>26</sup>. In estrema sintesi, oltre a ribadire i rilievi già sollevati in relazione a quanto sancito dalle sentenze *Gubert* e *Lucci*, è stato osservato come non sarebbe condivisibile l’impostazione delle sezioni unite nella parte in cui muove dall’assunto, posto a fondamento logico dell’intero impianto argomentativo, secondo cui, qualora il prezzo o il profitto del reato sia costituito da denaro, si determinerebbe una automatica ed effettiva confusione patrimoniale, la quale renderebbe di fatto inattuabile la distinzione tra somme di provenienza lecita e illecita<sup>27</sup>. L’argomento secondo cui l’automatismo della confusione deriverebbe dalla constatazione della natura fungibile del bene parrebbe infatti una fallacia logica, un *non sequitur*. Invero, mentre è naturale che solo i beni fungibili siano suscettibili di confusione, essendo ogni altro bene, proprio perché non fungibile, per definizione specificamente individuabile, d’altra parte la natura fungibile di una *res* non implica necessariamente l’avvenuta confusione<sup>28</sup>.

Si è quindi evidenziato che, affinché il nesso di pertinenzialità al reato del denaro costituente prezzo o profitto dell’attività delinquenziale possa davvero riferirsi all’incremento patrimoniale del reo e non alla somma monetaria specificamente

<sup>25</sup> Cass., SS.UU., 27 maggio 2021, n. 42415, § 14 del *Considerato in diritto*.

<sup>26</sup> V. *ex multis* A.M. DELL’OSSO, *Le Sezioni Unite rilanciano sulla natura diretta della confisca di denaro: vecchie e nuove perplessità*, in *Dir. pen. proc.*, 4, 2022; M. SCOLETTA, *La confisca di denaro quale prezzo o profitto del reato è sempre “diretta” (ancorché il denaro abbia origine lecita). Esiste un limite azionabile alla interpretazione giudiziaria della legge penale?*, cit.; C. DE GASPERIS, *Ancora sulla confisca di denaro: è sempre diretta anche se viene provata l’origine lecita. Limiti e perplessità di un creativo approdo ermeneutico*, in *Processo penale e giustizia*, 3/2022, pp. 730 ss.

<sup>27</sup> V. per tutti M. SCOLETTA, *La confisca di denaro quale prezzo o profitto del reato è sempre “diretta” (ancorché il denaro abbia origine lecita). Esiste un limite azionabile alla interpretazione giudiziaria della legge penale?*, cit.

<sup>28</sup> Sul punto, sia consentito il rinvio a D. COLOMBO, *Confisca (diretta) di denaro e nuovi contrasti giurisprudenziali a valle delle SS.UU. Coppola*, in *Le Società*, 10/2023, pp. 1127 ss.

individuata, sarebbe imprescindibile, quale presupposto, la prova dell'oggettiva confusione tra somme di provenienza lecita e somme derivanti dal reato<sup>29</sup>.

#### 4. Gli ultimi approdi della giurisprudenza di legittimità.

Le pronunce delle sezioni unite indicate nel paragrafo che precede costituiscono il substrato giurisprudenziale nel cui ambito si muovono le due sentenze segnalate in apertura.

Pur con le proprie specificità, i fatti scrutinati dalla corte di cassazione nei due procedimenti erano essenzialmente analoghi: dopo la commissione di reati tributari, il reo percepiva su un nuovo conto corrente somme di denaro di comprovata origine lecita, in un caso anteriormente alla dichiarazione di fallimento, nell'altro successivamente.

In entrambi i casi, il curatore fallimentare si doleva dell'ablazione di tale denaro, in misura corrispondente al profitto dei reati tributari commessi, rappresentando, da un lato, che l'intervenuto fallimento aveva privato il reo della disponibilità delle somme oggetto di confisca, e sostenendo, dall'altro lato, che la provenienza lecita e successiva al reato del denaro impedisse di ravvisare il nesso di pertinenzialità tra il delitto commesso e le somme oggetto di ablazione, necessario per qualificare la confisca come diretta.

Le attente considerazioni svolte dalla corte nelle due sentenze – che hanno condotto a due esiti opposti – meritano un esame puntuale, che consenta di individuare con precisione gli argomenti con cui i giudici di legittimità hanno inteso far governo dei principi di diritto sanciti dalle sezioni unite.

##### 4.1. La sentenza n. 6576/2024.

La vicenda da cui originava il procedimento infine esitato nella sentenza n. 6576/2024<sup>30</sup> è sintetizzabile come segue.

Il rappresentante legale di un ente commetteva, nell'interesse di quest'ultimo, il reato di indebita compensazione *ex art. 10 quater* d.lgs. 74/2000. Successivamente alla commissione del delitto, lo stesso apriva un nuovo conto corrente bancario intestato alla

---

<sup>29</sup> M. SCOLETTA, *La confisca di denaro quale prezzo o profitto del reato è sempre "diretta" (ancorché il denaro abbia origine lecita). Esiste un limite azionabile alla interpretazione giudiziaria della legge penale?*, cit. Già prima che la questione si ponesse a seguito della sentenza *Coppola*, aveva evidenziato – in relazione agli analoghi principi sanciti dalle sentenze *Gubert* e *Lucci* – la necessità dell'oggettiva confusione del profitto tra le somme di origine lecita T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., pp. 42-43, nt. 30, secondo cui «pur non essendo necessario che la misura ablativa colpisca proprio *quelle* somme – "monetariamente" individuate – acquisite attraverso il reato, potendo in questo caso la misura colpire anche l'equivalente nominale, è pur sempre richiesta la verifica che il denaro direttamente acquisito con l'attività delittuosa sia stato depositato su *quel* conto corrente dal quale sono prelevate le somme oggetto del provvedimento ablativo».

<sup>30</sup> Per un primo commento alla pronuncia, v. C. SANTORIELLO, *Confisca diretta delle somme di denaro affluite sul conto corrente della società dopo la commissione del reato*, in *Il Fisco*, 11/2024, pp. 1066 ss.

società, su cui confluivano somme di denaro derivanti dall'attività esercitata dalla persona giuridica. Intervenuta la dichiarazione di fallimento della società, veniva eseguito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta delle somme di denaro rinvenute sui rapporti bancari riferibili all'ente, sia quelli aperti prima della commissione del reato tributario, sia quello aperto in epoca successiva.

Il curatore fallimentare lamentava violazione di legge con riferimento all'art. 12 *bis* d.lgs. 74/2000. Secondo la prospettazione del ricorrente, il profitto dei reati tributari, costituendo ontologicamente un risparmio di spesa, si sostanzia nel saldo attivo presente sul conto corrente del contribuente al momento della consumazione del delitto tributario. Le eventuali somme di denaro percepite successivamente, quindi, non avrebbero alcuna pertinenzialità al reato commesso, di talché non sarebbe possibile apprenderle in via diretta.

Nell'affrontare il motivo di ricorso, la corte in via preliminare ricorda alcuni punti fermi a cui è pervenuta l'evoluzione giurisprudenziale in tema di confisca: il profitto del reato è configurabile anche in termini di risparmio di spesa, in particolare con riguardo ai reati tributari<sup>31</sup>; è ammessa la confisca diretta del profitto rimasto nella disponibilità di una persona giuridica, derivante dal reato tributario commesso dal suo legale rappresentante, non potendo considerarsi l'ente una persona estranea al detto reato<sup>32</sup>; la dichiarazione di fallimento dell'imputato non osta al provvedimento di confisca diretta ai sensi dell'art. 12 *bis* d.lgs. 74/2000<sup>33</sup>.

Tanto ricordato, i giudici di legittimità focalizzano la propria attenzione sull'ammissibilità della confisca diretta di somme di denaro, richiamando a tal proposito i principi enunciati dapprima dalle sezioni unite *Gubert* e *Lucci* e poi, da ultimo, dalle sezioni unite *Coppola*, secondo cui la confisca del denaro rinvenuto nel patrimonio del reo e rappresentante l'accrescimento patrimoniale derivante dal reato è da qualificare sempre come confisca diretta.

A questo punto, la corte dà conto del fatto che, a valle di tali sentenze, si sono registrate oscillazioni interpretative in relazione alla compatibilità della soluzione offerta dalle sezioni unite con le peculiarità del profitto nei reati tributari.

Secondo un primo e prevalente orientamento<sup>34</sup>, il principio di diritto affermato dalla sentenza *Coppola* sarebbe applicabile anche ai reati tributari (nonché, più in generale, a tutti i casi in cui il profitto consista in un risparmio di spesa), atteso che, ai fini del vantaggio conseguito, l'accrescimento patrimoniale e il mancato decremento delle risorse monetarie nella disponibilità del soggetto che ha tratto profitto dall'illecito rappresentano concetti equivalenti.

---

<sup>31</sup> Tale soluzione era già stata suffragata, tra l'altro, dalle sezioni unite *Adami* (Cass., SS.UU., 31 gennaio 2013, n. 18374, con nota di G. ROMEO, [Le sezioni unite sull'applicabilità dell'aggravante della transnazionalità all'associazione per delinquere](#), in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2013).

<sup>32</sup> Il relativo principio di diritto era stato formulato, come noto, dalla già citata sentenza *Gubert*.

<sup>33</sup> Come sancito dalla sentenza *Fallimento Lavanderia Giglio s.n.c.*

<sup>34</sup> Sostenuto, tra le altre, da Cass., sez. III, 26 novembre 2021, n. 3575; Cass., sez. III, 2 febbraio 2022, n. 11630; Cass., sez. III, 23 giugno 2022, n. 30710.

Un diverso filone interpretativo<sup>35</sup>, invece, allo stato minoritario, sostiene che, in tema di reati tributari, le somme di denaro affluite sul conto corrente della società in data successiva alla consumazione del delitto non sono suscettibili di confisca diretta, in quanto, non derivando da reato, non ne costituiscono il profitto. Segnatamente, viene osservato che le sezioni unite *Coppola* fanno riferimento all'ablazione della somma che sia "già entrata" nel patrimonio dell'autore del reato a causa della commissione dell'illecito ed ivi sia ancora rinvenibile, situazione che non si verifica allorché (come tipicamente avviene per i reati tributari) il profitto è costituito da un risparmio di spesa, dunque non un incremento patrimoniale, bensì una mancata decurtazione. Da tale particolarità discende, secondo l'indirizzo interpretativo in parola, una situazione diversa da quella esaminata dalla sentenza *Coppola* e che, per i propri connotati specifici, impone di qualificare la confisca del profitto come confisca di valore.

Preso atto del contrasto giurisprudenziale, la corte ritiene di condividere il primo degli orientamenti esposti e dunque afferma l'applicabilità anche ai reati tributari del principio di diritto sancito dalla sentenza *Coppola*. Secondo i giudici di legittimità, infatti, le sezioni unite avrebbero enunciato un principio di carattere generale, senza operare alcuna espressa distinzione tra profitto costituito da accrescimento patrimoniale e profitto integrato da risparmio di spesa. Una simile distinzione, peraltro, dovrebbe escludersi anche in virtù del tenore letterale dell'art. 12 *bis* d.lgs. 74/2000, in cui il legislatore, pur statuendo per reati in relazione ai quali il profitto è generalmente determinato da risparmio di spesa, ha previsto comunque come misura ordinaria proprio la confisca diretta.

Ne consegue, secondo la corte, l'assenza di preclusioni alla confisca diretta di somme di denaro rinvenute su un conto, intestato alla società, ma aperto in epoca successiva alla commissione del reato, su cui sono confluiti i proventi derivanti dallo svolgimento dell'attività societaria.

#### 4.2. La sentenza n. 6577/2024.

Nel caso esaminato dalla sentenza n. 6577/2024, l'amministratore di una società per azioni commetteva svariati reati tributari (omesso versamento dell'IVA, dichiarazione infedele, omessa dichiarazione) nell'interesse della persona giuridica. Una volta dichiarato il fallimento della società, il curatore recuperava alcuni crediti di spettanza della società fallita, in larga parte derivanti da un accordo transattivo stipulato dalla curatela con alcuni sindaci e revisori legali in conseguenza dell'azione di responsabilità di cui all'art. 146 co. 2 l. fall.; le somme di denaro così raccolte erano versate su un conto corrente aperto successivamente alla dichiarazione di fallimento e con saldo iniziale nullo.

---

<sup>35</sup> Inaugurato da Cass., sez. III, 4 febbraio 2022, n. 11086, la quale ha rimodulato, alla luce della sentenza *Coppola*, un precedente indirizzo interpretativo di senso essenzialmente analogo (propugnato in particolare da Cass., sez. III, 30 ottobre 2017, n. 8995 e ripreso più recentemente da Cass., sez. III, 29 settembre 2020, n. 31516).

A seguito del sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta degli ammontari depositati sul conto bancario, il curatore – dopo aver vanamente presentato istanza di riesame – ha proposto ricorso per cassazione, contestando, da un lato, l'applicazione della misura ablatoria nonostante l'intervenuto fallimento, nonché, dall'altro lato, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta di somme prive di alcun nesso di pertinenzialità rispetto al reato commesso.

Nell'esaminare i motivi di doglianza, la corte dapprima richiama il recente arresto delle sezioni unite *Fallimento Lavanderia Giglio s.n.c.*, ricordando conseguentemente che la dichiarazione di fallimento non impedisce di eseguire il provvedimento di confisca diretta *ex art. 12 bis* d.lgs. 74/2000.

Ciò chiarito, i giudici di legittimità osservano tuttavia che le somme percepite dalla curatela per effetto della transazione non possono considerarsi in alcun modo il profitto dei reati tributari commessi. Per un verso, si tratta infatti di somme di comprovata origine lecita, in quanto derivanti dall'accordo transattivo conseguente all'azione di responsabilità promossa nei confronti dei sindaci e dei revisori legali, del tutto avulsa dall'attività societaria della persona giuridica fallita. Per altro verso, tali somme sono confluite su un conto bancario aperto successivamente alla commissione del reato e alla dichiarazione di fallimento, in origine a saldo zero, tenuto peraltro conto che, alla data di apertura della procedura concorsuale, la società fallita non disponeva di alcun attivo patrimoniale e che alla data del decreto di sequestro preventivo non vi era nulla da sottoporre a sequestro.

In particolare, il collegio ritiene che la confisca diretta è possibile anche in relazione al denaro percepito in epoca posteriore alla commissione del reato, ma solo qualora «le somme di denaro affluite successivamente al reato sui conti correnti della società siano relativi all'attività societaria, perché in tal modo si verifica quella confusione descritta [dalla sentenza *Coppola*] in relazione all'accrescimento patrimoniale, che giustifica la confisca diretta del denaro a causa della sua fungibilità».

Nel caso scrutinato, tale condizione non si è verificata, giacché le somme rinvenute sul conto intestato alla curatela erano costituite dall'adempimento di un contratto transattivo stipulato con alcuni sindaci e revisori legali della società fallita in conseguenza dell'azione di responsabilità *ex art. 146* co. 2 l. fall., esperibile unicamente dal curatore del fallimento.

Conseguentemente, non potendo in alcun modo ricondurre le somme recuperate dalla curatela al profitto dei reati tributari commessi dall'imputato, secondo la corte non è possibile disporre la confisca diretta di tale denaro.

## 5. Le peculiarità della confisca di denaro nei reati tributari.

L'ipotesi di confisca prevista dall'*art. 12 bis* d.lgs. 74/2000 in materia penal-tributaria presenta connotati distintivi, sui quali da tempo si sono concentrate le riflessioni della dottrina e della giurisprudenza. Nei reati tributari, infatti, il profitto consiste tipicamente (non in un incremento patrimoniale, bensì) in un risparmio di spesa, ossia nel mancato esborso in cui si risolve l'inadempimento dell'obbligazione

fiscale nei confronti dell'erario<sup>36</sup>. Tale caratteristica ha indotto parte degli studiosi a ritenere che la misura ablativa, nell'ipotesi di cui si discute, abbia un perimetro applicativo specifico, modulato sulla base degli attributi propri del profitto-risparmio.

Invero, secondo alcuni, la circostanza che il profitto consista in una indebita omissione di spesa inibirebbe sul nascere la possibilità di applicare la confisca diretta, potendosi tuttalpiù procedere – se consentito – alla confisca per equivalente<sup>37</sup>. Il risparmio di spesa, infatti, è un'entità immateriale, in quanto tale non individuabile in una specifica somma di denaro pertinente al reato, costituendo invece un termine di valore che può al più fondare la confisca per equivalente<sup>38</sup>. Una simile conclusione si imporrebbe, secondo l'indirizzo interpretativo in parola, anche in considerazione del fatto che i risparmi di spesa hanno ad oggetto denaro, ossia una tipologia di bene che, in quanto non materialmente individuabile, sarebbe assoggettabile esclusivamente alla confisca per equivalente<sup>39</sup>.

Senonché, come già ampiamente visto, l'impostazione propugnata dalle sezioni unite (sentenze *Adami*, *Gubert*, *Lucci* e *Coppola*) va esattamente nel verso opposto: non solo si ammette la confisca diretta dei risparmi di spesa, ma viepiù si considera tale forma di apprensione come l'unica compatibile con il carattere fungibile del denaro.

La posizione assunta dalle sezioni unite, nella parte in cui viene ammessa la confisca diretta di risparmi di spesa, ci pare del tutto condivisibile. Una simile conclusione, dopotutto, come limpidamente posto in risalto dalla sentenza n. 6576/2024, discende dallo stesso dettato normativo: l'art. 12 *bis* d.lgs. 74/2000 prevede infatti quale forma prioritaria di confisca proprio quella diretta, riservando invece alla confisca per equivalente una funzione sussidiaria, residuale. In questa prospettiva, poco rileva allora l'artificiosa distinzione tra incremento patrimoniale e mancata decurtazione, risolvendosi infatti entrambe le locuzioni in concetti sostanzialmente equiparabili<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Per una panoramica delle criticità relative alla confisca di risparmi di spesa, cfr. T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, cit., pp. 94 ss.

<sup>37</sup> Sul punto *ex multis* F. MUCCIARELLI - C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, cit., pp. 253 ss.; R. BORSARI, *Reati tributari e confisca di beni societari. Ovvero, di un'occasione perduta dalle Sezioni Unite*, in *Le Società*, 2014, p. 874; V. MONGILLO, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 741 ss.; M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, cit., p. 1685.

<sup>38</sup> V. MONGILLO, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo del profitto a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 2332 ss.

<sup>39</sup> M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, cit., pp. 1677-1678; R. BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto. Dialogando con la sentenza Gubert e Mario Romano*, cit.

<sup>40</sup> Non ci sembra condivisibile, dunque, l'argomento speso da Cass., sez. III, 4 febbraio 2022, n. 11086 nella parte in cui, per escludere la confisca diretta di somme percepite successivamente alla commissione di un reato tributario, ritiene che il principio affermato dalla sentenza *Coppola* non operi laddove il profitto consista in un risparmio di spesa («la sentenza delle Sezioni Unite, nel sottolineare espressamente, anche nel principio formalmente enunciato ai sensi di quanto previsto dall'art. 173, comma 3, disp. att. cod. proc. pen., il dato della necessaria componente dell'«accrescimento patrimoniale» rappresentato dal denaro suscettibile di sequestro finalizzato alla confisca in via diretta, non ha, per ciò stesso, ritenuto estensibile il principio affermato con riguardo ai casi – tipicamente ricorrenti per effetto dei reati tributari – in cui il patrimonio dell'agente, lungi dal subire un incremento, si caratterizza, invece, per una mancata decurtazione dovuta all'omesso pagamento dell'importo dovuto all'erario a titolo di imposta, così legittimando la riaffermazione

Peraltro, va osservato che, una volta riconosciuta la possibilità di disporre la confisca diretta del profitto anche quando quest'ultimo è costituito da un risparmio di spesa, la misura ablativa può in tutta evidenza essere disposta a prescindere dalla materiale individuazione della somma che, astrattamente, il reo avrebbe dovuto versare all'erario. Invero, nei reati tributari, siccome il profitto consiste in un mancato esborso, lo stesso non è individuabile in una specifica somma materiale, ma costituisce un parametro di valore che attrae indistintamente l'intero patrimonio del reo esistente al momento della consumazione del reato; di talché, d'altra parte, perde completamente di significato l'allegazione dell'origine lecita di tale patrimonio. Con la conseguenza che, nel particolare settore penal-tributario, il principio affermato dalla sentenza *Coppola* sarebbe meramente ricognitivo di una regola già operante alla luce del dato legislativo.

Nondimeno, ci pare opportuno precisare che il profitto da risparmio di spesa ha ad oggetto il patrimonio del reo così come fotografato al momento della commissione del reato, in prospettiva statica. Il vantaggio direttamente tratto dal reato tributario è infatti circoscritto ai beni del reo presenti al momento della commissione del reato (indebitamente risparmiati in misura corrispondente al profitto conseguito, ossia all'imposta evasa)<sup>41</sup>; tale profitto, invece, non può consistere nelle somme ottenute in un momento posteriore, le quali, logicamente, non possono essere state risparmiate prima ancora di essere state percepite<sup>42</sup>.

L'inadempimento tributario genera una esposizione debitoria che permane fino all'estinzione dell'obbligazione; tuttavia, il risparmio di spesa di *diretta* derivazione dall'inadempimento può riguardare solo le somme che, essendo nella disponibilità del

---

del principio della insequestrabilità in forma diretta del denaro successivamente rivenuto nel patrimonio [...] della gestione commissariale, denaro certamente non derivante dal risparmio di spesa-profitto del reato tributario»). Per altro verso, va osservato che, nel caso esaminato dalla corte di legittimità, l'esclusione della confisca diretta del denaro ottenuto dalla curatela avrebbe potuto essere affermata sulla base di altri e, a nostro parere, più validi argomenti, ossia ritenendo quale presupposto della misura ablatoria l'effettiva confusione delle somme successive lecite nel patrimonio contaminato dal profitto. Sul punto, v. *infra* §§ 7-8.

<sup>41</sup> Va segnalato che, secondo parte della giurisprudenza, l'oggetto della misura ablatoria può essere identificato non solo nelle somme di denaro immediatamente disponibili per sostenere la spesa dovuta, e non utilizzate, ma anche nelle ulteriori attività patrimoniali in quel momento esistenti, con le quali sarebbe stato agevolmente possibile sostenere la stessa, perché facilmente liquidabili, e che successivamente sono state riscosse in denaro: così Cass., sez. III, 2 ottobre 2019, n. 47103.

<sup>42</sup> In termini in parte analoghi si pone quell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il profitto del reato tributario non può essere rinvenuto in importi superiori ai saldi attivi giacenti sui conti bancari e/o postali di cui il contribuente disponeva alla scadenza del termine per il pagamento, né in somme di denaro acquisite successivamente alla consumazione del reato: così *ex multis* Cass., sez. III, 19 febbraio 2020, n. 12058; Cass., sez. III, 2 ottobre 2019, n. 47103; Cass., sez. III, 23 gennaio 2019, n. 2206. Più di recente, Cass., sez. III, 4 febbraio 2022, n. 11086 ha precisato che «per accertare se il denaro costituisce profitto del reato tributario, e, cioè, un risparmio di spesa aggredibile in via diretta [...] è necessario avere riguardo non all'identità fisica delle somme, ma al valore numerario delle disponibilità giacenti sul conto dell'imputato alla scadenza del termine per il versamento dell'imposta, mentre il denaro versato successivamente a detto termine, che fosse stato sequestrato, non può essere ritenuto "profitto" del reato, ma rappresenta un'unità di misura equivalente al debito fiscale scaduto e non onorato, confiscabile se ricorrono i presupposti per la confisca per equivalente». Ritiene che tale impostazione consenta di soddisfare l'esigenza di accertare il nesso di pertinenzialità A.M. MAUGERI, *La nozione di profitto confiscabile e la natura della confisca: due inestricabili e sempre irrisolte questioni*, in *La legis. pen.*, 17 gennaio 2023.

reo al momento della scadenza per il versamento, sono state indebitamente trattenute o distratte. Invece, le somme percepite successivamente potranno semmai corrispondere al *valore* dell'obbligazione rimasta inadempita (e dunque, se possibile, essere oggetto di confisca per equivalente), ma non potranno in alcun modo costituire *quella* somma che il contribuente avrebbe dovuto versare all'erario in epoca anteriore, in quanto non ne aveva ancora la disponibilità.

Senza contare che, diversamente opinando, qualora il patrimonio del reo al momento della commissione del reato fosse incapiente, la misura ablativa avrebbe ad oggetto utilità future di origine lecita (la cui percezione è fisiologicamente eventuale e, dunque, la cui soggezione a confisca teoricamente *sine die*): possibilità, quest'ultima, non solo negata già in astratto da parte della giurisprudenza<sup>43</sup>, ma comunque circoscritta – da chi la ammette – alla sola ipotesi della confisca per equivalente<sup>44</sup>.

Alla luce di quanto detto fin qui, ci pare evidente allora che, a valle della sentenza *Coppola*, il problema che si pone all'interprete è quello di capire come si rapporti il principio sancito dalle sezioni unite ai casi in cui il reo percepisca denaro (di comprovata origine lecita) successivamente alla commissione del reato tributario. Scenario, questo, di cui la sentenza *Coppola* – è opportuno rilevare – non si è espressamente occupata, avendo infatti assunto come fulcro di analisi solo l'ipotesi in cui il reo percepisca somme lecite prima della consumazione del reato<sup>45</sup>.

## 6. I tentativi di erosione del principio sancito dalle sezioni unite *Coppola*.

In relazione all'ipotesi di somme di origine lecita percepite dal reo successivamente alla commissione del reato, alcune pronunce hanno adottato una linea interpretativa strettamente aderente a quella dettata dalle sezioni unite<sup>46</sup>, ritenendo che la confisca di denaro, ovunque e comunque esso sia rinvenuto nel patrimonio del reo, debba essere sempre qualificata come confisca diretta.

In altre occasioni, tuttavia, la giurisprudenza di legittimità ha provato a temperare l'assolutezza di tale imperativo ermeneutico, ritenendo in particolare che il

<sup>43</sup> In tal senso, *ex multis* Cass., sez. III, 27 febbraio 2013, n. 23649. V. anche Cass., sez. III, 19 gennaio 2015, n. 4097, con nota di L. GIORDANO, [In tema di confisca per equivalente di beni "futuri"](#), in *Dir. pen. cont.*, 14 maggio 2016.

<sup>44</sup> Tra le altre, v. Cass., sez. VI, 10 giugno 2014, n. 33861; Cass., sez. III, 25 maggio 2017, n. 37454.

<sup>45</sup> Va osservato che, se si accogliesse l'opinione dottrinale che condiziona il principio sancito dalle sezioni unite *Coppola* alla materiale confusione tra somme di origine lecita e illecita, la soluzione al quesito si imporrebbe nei termini seguenti: il "nuovo" denaro sarebbe confiscabile in via diretta solo laddove si confondesse nel con quelle parti del patrimonio del reo in cui è ancora presente il profitto del reato; viceversa, l'unica forma di confisca ammessa sarebbe quella per equivalente, in quanto non si potrebbe affermare in alcun modo la pertinenza al reato di somme da esso avulse e tenute separate dai profitti illeciti. Sul punto, v. *amplius* F. COLAIANNI – D. COLOMBO, [Quando i soldi sono infetti. Una nuova pronuncia delle Sezioni Unite ribadisce che la confisca del denaro rinvenuto nel patrimonio del reo è sempre "diretta"](#), in questa *Rivista*, fasc. 7-8/2022, pp. 59 ss.

<sup>46</sup> V. ad es. Cass., sez. III, 2 febbraio 2022, n. 11630; Cass., sez. III, 3 febbraio 2022, n. 13446; Cass., sez. III, 20 settembre 2022, n. 42616. Più di recente, cfr. Cass., sez. III, 22 gennaio 2024, n. 2566.

principio sancito nella sentenza *Coppola* possa operare solo laddove il denaro di origine lecita si sia confuso nel patrimonio del reo in cui era confluito il profitto del reato<sup>47</sup>. Si tenta, da un lato, di cogliere l'invito della dottrina a limitare il principio affermato dalle sezioni unite ai soli casi in cui si sia verificata una materiale confusione tra somme lecite e illecite; dall'altro lato, siccome tale possibilità è espressamente negata dalla stessa sentenza *Coppola*, si ricercano spiragli interpretativi che consentano comunque di escludere, in specifiche circostanze, quell'automatica *commixtio nummorum* che, nell'opinione delle sezioni unite, giustifica la confisca diretta del denaro.

Non sempre, tuttavia, le soluzioni offerte da quella giurisprudenza che tenta di discostarsi dal (*rectius*, di mitigare il) principio affermato dalla sentenza *Coppola* sono pienamente persuasive. L'impressione è che la corte si sia profusa in ammirevoli sforzi per ricercare linee interpretative che, pur dovendo fare i conti con gli ingombranti ostacoli posti dalle sezioni unite, riescano comunque a scongiurare esiti giudiziari palesemente iniqui. Si manifesta così una certa tendenza a elaborare criteri tesi a soddisfare le esigenze del caso concreto scrutinato, i quali però pongono in secondo piano la coerenza sistematica della soluzione di volta in volta adottata.

È il caso, ad esempio, delle due recenti decisioni più sopra segnalate (ossia le sentenze n. 6576/2024 e n. 6577/2024). Tali pronunce, benché apparentemente contrastanti, possono in realtà essere ricondotte a unità individuando una comune logica di fondo, volta a specificare le condizioni al ricorrere delle quali si realizza la confusione tra somme lecite e illecite e, dunque, è ammessa la misura ablatoria in via diretta.

In particolare, nella sentenza n. 6577/2024, i giudici di legittimità – come visto – introducono un dirimente criterio discrezionale: v'è confusione laddove le nuove somme, anche se confluite su conti bancari a saldo zero, derivino dall'attività societaria dell'ente; non v'è confusione qualora tali ammontari discendano da rapporti giuridico-economici di diversa natura (come quelli scaturenti dall'azione di responsabilità promossa dal curatore fallimentare nei confronti dei sindaci e dei revisori legali della società) e siano stati ottenuti quando la società non disponeva più di alcun attivo patrimoniale.

Tale criterio, benché non espressamente enunciato, è nella sostanza applicato anche dalla sentenza n. 6576/2024: in questo caso, infatti, le nuove somme di denaro percepite dal contribuente erano i ricavi tratti dalla prosecuzione dell'attività societaria, sicché la corte ha ritenuto avvenuta la confusione nel patrimonio del reo, con conseguente possibilità di disporre la confisca diretta anche sulle nuove entrate.

Questo criterio discrezionale però non ci pare del tutto convincente.

Invero, se si aderisce all'impostazione delle sezioni unite e si ritiene che il denaro, in quanto tale, si confonde sempre e automaticamente nel patrimonio del reo, perde di rilevanza l'indagine circa l'origine delle somme percepite dal contribuente successivamente alla commissione del reato, essendo queste ultime comunque assoggettabili a confisca diretta proprio perché – nell'opinione delle sezioni unite –

---

<sup>47</sup> In tal senso, v. in particolare, per tutte, Cass., sez. V, 18 luglio 2023, n. 31186, con nota di L. VALOTTI, [I confini della confisca diretta del denaro: opportuna ridefinizione e questioni aperte](#), in questa *Rivista*, 28 novembre 2023.

confusesi tra i beni del reo e dunque rappresentanti quel vantaggio patrimoniale in cui si è sostanziato il profitto del reato.

Viceversa, qualora si volesse porre un argine al principio sancito dalle sezioni unite, subordinandone la valenza alla condizione dell'effettiva confusione patrimoniale tra somme lecite e illecite, occorrerebbe proprio (e solo) verificare se, da un punto di vista naturalistico, tale confusione sia o meno avvenuta. Non sembra invece significativo, una volta esclusa la confusione materiale, discernere internamente a ciò che già denaro lecito è. Che le somme percepite dal reo successivamente alla commissione del reato costituiscano il provento di attività societarie ovvero provengano da altre fonti pare invero trascurabile<sup>48</sup>: pur sempre di denaro di origine giustificata si tratta, il che è l'unico fattore cruciale per riscontrare o meno il nesso di pertinenzialità al delitto (presupposto della confisca diretta) del denaro oggetto di ablazione<sup>49</sup>.

### **7. Prevenire il contagio: l'esigenza dell'effettiva confusione tra nuove somme e previo patrimonio del reo.**

Le remore ad accogliere una versione assolutizzante del principio affermato dalla sentenza *Coppola* – remore che sembrano serpeggiare sempre con più insistenza in parte della giurisprudenza di legittimità – ci sembrano del tutto condivisibili, in quanto votate a prevenire risultati pratici che, in talune circostanze, si appalesano come manifestamente iniqui.

Tuttavia, a fronte del rigore degli argomenti addotti dalla sentenza *Coppola*, occorre comprendere se vi siano effettivamente dei margini interpretativi, in seno a questa medesima pronuncia, per delineare soluzioni in grado di smussare le asperità del granitico principio affermato dalle sezioni unite.

---

<sup>48</sup> La circostanza che determinate somme di denaro siano recuperate dal curatore fallimentare nell'ambito di attività da egli stesso esclusivamente esperibili non sembrerebbe incidere in alcun modo sui termini della questione dibattuta. Tale denaro, infatti, benché recuperato dalla curatela, è di proprietà del contribuente fallito, sicché non opera il limite alla confisca diretta – *ex art. 12 bis d.lgs. 74/2000* – dell'appartenenza dei beni a terzi estranei al reato. Una simile conclusione, d'altronde, non discende solo dall'inequivocabile dettato normativo, ma è stata altresì ribadita con vigoria dalle sezioni unite *Fallimento Lavanderia Giglio s.n.c.*, che ne hanno peraltro fatto il fulcro nodale del proprio intero percorso argomentativo.

<sup>49</sup> Non ci sembra ridondante ricordare che la confusione si verifica allorché, naturalisticamente, beni fungibili si mescolano tra loro, in modo tale che divenga materialmente impossibile distinguere, all'interno della massa di beni, la provenienza di ciascuno di essi. In altri termini, è imprescindibile, affinché si possa parlare di confusione del denaro, che le somme monetarie si amalgamino, si fondano, si integrino in un tutto unitario, entro il quale non sia più possibile tracciare l'origine delle singole componenti della massa nummaria; con la conseguenza che è del tutto irrilevante, circa la verifica o meno della confusione, quale sia la fonte di una parte delle somme ormai mescolatesi. Solo in tale prospettiva, peraltro, i principi affermati dalle sezioni unite conserverebbero un senso: se fosse possibile individuare l'origine di somme ormai confuse, infatti, non si porrebbe il problema della natura diretta o per equivalente del denaro ivi ricompreso, essendo ancora possibile distinguere quello pertinente al reato commesso da quello ad esso estraneo.

A tal proposito, come evidenziato dianzi, non ci sembra corretto seguire un percorso argomentativo che guardi alla fonte delle somme percepite dal reo, in quanto un simile criterio – oltre ad essere espressamente rinnegato dalla sentenza *Coppola* – non ci pare suscettibile di incidere, come già rilevato, sui termini della questione dibattuta.

Invece, una limitazione al principio sancito dalle sezioni unite, che pur si muova alla luce dell'architettura motivazionale adottata dalla stessa corte, ci sembra poter discendere solo dall'esatta individuazione dei presupposti e delle condizioni dalla cui verifica dipende la confusione patrimoniale tra denaro di origine lecita e illecita.

Non percorribile, tuttavia, è la via suggerita dalla dottrina, che richiede, per poter disporre la confisca diretta del denaro, che il profitto del reato si sia materialmente confuso proprio in quell'ammontare da cui attinge la misura ablativa<sup>50</sup>. Questa soluzione, infatti, benché assolutamente condivisibile, è tuttavia lapidariamente rigettata dalla sentenza *Coppola*, di talché, finché le sezioni unite non dovessero essere investite nuovamente della questione ed eventualmente mutare il proprio indirizzo, occorre adeguarsi a quanto espressamente statuito dal supremo consesso nomofilattico.

Tuttavia, la sentenza *Coppola* non preclude una diversa via, fondata sull'esigenza, per confiscare in via diretta il denaro ottenuto successivamente alla commissione del reato, che tali nuove somme siano percepite dal reo quando nel suo patrimonio vi sia ancora effettiva traccia del profitto del reato. In altri termini, non si nega che il denaro, in quanto bene fungibile, confluisca automaticamente nel patrimonio del reo e che, così, divenga irrilevante la sua fisica distinzione rispetto alle altre somme ivi già presenti. Tuttavia, laddove – dopo la commissione del reato – il patrimonio del reo si sia completamente svuotato, dimodoché non sia più rinvenibile alcun attivo monetario, le somme percepite successivamente a siffatto svuotamento, benché confluite nello stesso patrimonio del reo, non possono però in alcun modo essersi confuse con quelle che rappresentano l'arricchimento tratto dal reato, poiché queste ultime somme non esistono più.

È questa la strada intrapresa da una recente pronuncia della quinta sezione della corte di cassazione<sup>51</sup>. I giudici di legittimità, in particolare, si soffermano su due particolari passaggi della sentenza *Coppola*, in cui le sezioni unite osservano che «l'occultamento o il consumo eventuali del *pretium delicti*, ovvero la sua sostituzione con altro numerario anche di origine lecita, avrebbero ad oggetto un valore monetario già confluito nel patrimonio del reo e divenuto perciò, al pari degli altri dello stesso tipo ivi rinvenuti, una sua indistinguibile componente liquida, tutt'ora esistente al momento della confisca», laddove «l'eventuale trasformazione di quella componente monetaria rileverebbe solo in quanto essa abbia comportato, al momento della cautela reale o dell'ablazione, il venir meno nel patrimonio del reo di qualsivoglia attivo dello stesso genere».

Orbene, secondo la quinta sezione, da tali passaggi si evincerebbe che, qualora il sequestro originariamente disposto abbia provocato l'azzeramento delle disponibilità di

---

<sup>50</sup> V. per tutti M. SCOLETTA, *La confisca di denaro quale prezzo o profitto del reato è sempre "diretta" (ancorché il denaro abbia origine lecita). Esiste un limite azionabile alla interpretazione giudiziaria della legge penale?*, cit.

<sup>51</sup> Si tratta della già citata Cass., sez. V, 18 luglio 2023, n. 31186.

denaro sui conti correnti dell'imputato, le somme successivamente percepite non possono essere state oggetto di quella confusione a cui si riferiscono le sezioni unite, posto che quest'ultima presuppone che non sia venuto meno, nel patrimonio del reo, qualsivoglia attivo dello stesso genere di quello costituente il profitto del reato (*i.e.* il denaro).

I giudici della quinta sezione ritengono dunque che «il sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta del denaro costituente profitto di un reato [...] non può avere ad oggetto denaro di certa provenienza lecita percepito successivamente all'esecuzione del sequestro preventivo o, in caso di mancata adozione della misura cautelare reale, della confisca, qualora, essendo meno nel patrimonio dell'imputato, al momento della cautela reale o dell'ablazione, qualsivoglia attivo dello stesso genere, sia impedita l'automatica confusione nel patrimonio stesso del denaro acquisito lecitamente dopo l'esecuzione della misura cautelare o di quella ablativa»<sup>52</sup>.

In sintesi, secondo questa sentenza, l'azzeramento delle disponibilità liquide del reo a seguito di sequestro equivarrebbe a fare *tabula rasa*, sicché le eventuali somme di denaro percepite successivamente, non essendosi in alcun modo potute confondere con il profitto del reato, non possono essere oggetto di confisca diretta, ma semmai – se possibile – solo di confisca per equivalente.

Occorre subito osservare che la soluzione proposta dalla quinta sezione della corte non discende pianamente dalle motivazioni della sentenza *Coppola*. Anzi, proprio dai passaggi poc'anzi riportati parrebbe trarsi la conclusione per cui le sezioni unite intendano escludere la confisca diretta del denaro solo quando quest'ultimo non sia proprio in alcun modo rinvenuto.

Tuttavia, l'opzione interpretativa suggerita dalla quinta sezione ci sembra ragionevole e condivisibile. L'azzeramento del patrimonio in cui è confluito il profitto del reato, infatti, inibisce la possibilità di ritrovare – anche solo in astratto – le somme di diretta derivazione dalla commissione del delitto. E invero, una volta intervenuto un simile azzeramento, ritenere che il denaro ottenuto successivamente possa costituire il profitto direttamente tratto dal reato è una prospettiva non solo evidentemente fallace sul piano logico, ma anche foriera di conseguenze paradossali.

Si pensi al seguente esempio. Il legale rappresentante di una società commette un reato tributario, traendo – a vantaggio dell'ente – un profitto-risparmio di spesa. In seguito, la contribuente consuma tutte le proprie disponibilità liquide, restando in possesso solo dell'immobile in cui esercita l'attività sociale. Interviene la dichiarazione di fallimento della società. Il pubblico ministero non può disporre né il sequestro finalizzato alla confisca diretta (non v'è più denaro) né quello finalizzato alla confisca per equivalente (il fallimento ha privato l'indagato della disponibilità dell'immobile). Successivamente, però, il curatore fallimentare aliena l'immobile e ne versa il prezzo su un conto bancario intestato alla curatela, in attesa di ripartirlo tra i creditori.

Ritenere che, nell'esempio proposto, sia possibile disporre la confisca diretta del denaro percepito a seguito della vendita del cespite ci pare irragionevole. Una simile

---

<sup>52</sup> Cass., sez. V, 18 luglio 2023, n. 31186, § 3 del *Considerato in diritto*.

somma, infatti, non ha alcuna pertinenza con il reato commesso, né si è in alcun modo confusa con denaro in cui sia in qualche modo ancora rinvenibile il profitto del reato (tant'è che, nelle more della vendita, non è reperibile alcuna utilità liquida suscettibile di confisca diretta). Né, d'altra parte, si può seriamente ritenere che la somma percepita in seguito, derivando dall'alienazione di un bene già esistente al momento della consumazione del reato tributario, rappresenti il risparmio di spesa direttamente tratto dal delitto: a seguire questa strada, infatti, si perverrebbe all'assurda conclusione per cui l'immobile stesso sarebbe già confiscabile in via diretta<sup>53</sup>.

Il percorso tracciato dalla sentenza n. 31186/2023 ci sembra allora meritevole di essere imboccato. La via interpretativa proposta, pur costretta a sfruttare un minuto spiraglio lasciato aperto dalla sentenza *Coppola*, consente tuttavia di pervenire, in specifici casi, a esiti ragionevoli ed equi. Certamente, non si può negare che una soluzione come quella descritta generi qualche attrito con quanto sostenuto dalle sezioni unite; tuttavia, simili frizioni non ci sembrano di entità tale da provocare una vera e propria frattura, che impedisca del tutto di perseguire l'opzione interpretativa in parola.

Invero, il principio affermato dalla sentenza *Coppola*, nella sua perentoria rigidità, è difficilmente malleabile, e dunque incapace di adeguarsi alle infinite sfaccettature della realtà e alle peculiarità dei singoli casi concreti. È allora condivisibile il tentativo di elaborare un criterio più flessibile e, quindi, più fruibile in relazione alle esigenze connaturate a ipotesi specifiche; un tentativo che merita approvazione soprattutto laddove offra soluzioni compatibili – ancorché non prettamente consequenziali – con quanto statuito dalle sezioni unite.

## **8. Contenere il contagio: l'ammontare *ante* confusione come massimale di confisca delle somme percepite *post delictum*.**

Laddove si ritenesse possibile intraprendere la via indicata dalla sentenza n. 31186/2023 – la quale ha l'indubbio merito di porre un freno a un impiego indiscriminato e incontrollato della confisca diretta di denaro –, occorre chiedersi se non sia consentito spingersi anche un po' più in là, enucleando alcune precisazioni che consentano di perimetrare l'opzione interpretativa in parola entro confini razionali e solidi, così da irrobustire l'argine entro cui incanalare i principi sanciti dalle sezioni unite<sup>54</sup>.

A tal proposito, in primo luogo, non vediamo la ragione per cui la confusione sarebbe inibita solo allorché l'azzeramento derivi dall'applicazione del sequestro. Se,

---

<sup>53</sup> Naturalmente, una diversa conclusione dovrebbe essere rassegnata qualora l'immobile fosse stato acquistato dalla contribuente utilizzando i proventi dell'evasione fiscale. In tal caso, infatti, l'immobile costituirebbe una diretta trasformazione del denaro ottenuto illecitamente e, dunque, già secondo le sezioni unite *Miragliotta* (Cass., SS.UU., 25 ottobre 2007, n. 10280), profitto confiscabile.

<sup>54</sup> L'immagine dell'argine per rappresentare i tentativi di circoscrivere l'ambito di applicazione dei principi di diritto sanciti dalle sezioni unite in tema di confisca di denaro è stata impiegata per la prima volta da A. KELLER, *Confisca diretta del denaro e prova dell'assenza di pertinenzialità: la recente giurisprudenza di legittimità erige i primi fragili argini alle sentenze Gubert e Lucci*, cit., pp. 73 ss. e più di recente ripresa da L. VALOTTI, *I confini della confisca diretta del denaro: opportuna ridefinizione e questioni aperte*, cit.

infatti, l'azzeramento previene la commistione delle nuove somme di denaro con il patrimonio in cui era confluito il profitto del reato, ciò vale, sul piano naturalistico, a prescindere dalla causa di tale azzeramento, essendo sufficiente che lo stesso si sia materialmente verificato. D'altra parte, se davvero si vuole cogliere in seno alla stessa sentenza *Coppola* un'apertura verso l'orientamento ermeneutico propugnato dalla sentenza n. 31186/2023, non può poi non osservarsi come siano le stesse sezioni unite a fare riferimento all'eventualità che il *pretium delicti* sia stato anche solo "consumato"<sup>55</sup> dal reo (e non necessariamente asportato dal sequestro).

Ma ciò che preme maggiormente sottolineare è che, a parere di chi scrive, quand'anche non si verificasse un completo azzeramento delle disponibilità liquide del reo, la confusione tra somme lecite e illecite non sarebbe comunque, da sola, condizione sufficiente per confiscare in via diretta il *quantum* di profitto rinvenibile nella massa nummaria così generatasi. Non è sufficiente, cioè, che il denaro di origine giustificata venga in contatto con una parte dei proventi criminosi per legittimarne l'ablazione in misura corrispondente all'utilità tratta dal reato. Occorre invece altresì che l'ammontare illecito (tale originariamente ovvero per derivazione dalla confusione) non diminuisca mai al di sotto del *quantum* di profitto. Diversamente opinando, si arriverebbe ad ammettere una *vis pestilens* del profitto illecito, suscettiva di propagarsi senza limiti sul denaro di origine lecita, con conseguenti ed evidenti disparità di trattamento – prive di reale giustificazione – tra le ipotesi in cui i ricavi successivi al reato rimangano separati dal resto del patrimonio del reo (per esempio, perché versati su un conto bancario a saldo zero) e quelle in cui si confondano con una piccola parte (finanche un solo centesimo) del profitto del reato<sup>56</sup>.

In sintesi: la confisca diretta di somme di denaro di comprovata origine lecita presuppone la confusione tra le stesse e il profitto del reato; in tale evenienza, l'ablazione diretta può avvenire entro un massimale costituito dalla somma presente prima della confusione, dovendosi per la restante parte procedere – se possibile – alla confisca per equivalente. Ciò in quanto nel meno non può stare il più, e dunque, se le disponibilità monetarie del reo sono diminuite al di sotto del *quantum* di profitto, non si può logicamente ritenere che *quel* profitto – ancorché materialmente non individuabile – sia ancora *interamente* presente nel patrimonio del reo<sup>57</sup>.

Alcuni esempi numerici possono aiutare a chiarire la tesi sostenuta.

Si pensi al caso in cui il contribuente disponga di un conto bancario con un attivo pari a 100. Il medesimo contribuente commette un reato tributario, evadendo le imposte per un ammontare pari a 100, conseguendone un profitto di pari importo. Poiché il

<sup>55</sup> Cass., SS.UU., 27 maggio 2021, n. 42415, § 14 del *Considerato in diritto*.

<sup>56</sup> Come se il denaro costituente il profitto del reato fosse latore di una malattia contagiosa: cfr. in tal senso quanto sostenuto in F. COLAIANNI – D. COLOMBO, *Quando i soldi sono infetti. Una nuova pronuncia delle Sezioni Unite ribadisce che la confisca del denaro rinvenuto nel patrimonio del reo è sempre "diretta"*, cit., pp. 59 ss.

<sup>57</sup> Una simile impostazione, invero, non ci sembra completamente inedita, ma anzi incontra autorevoli precursori in alcune pronunce (invero, precedenti alla sentenza *Coppola*) della corte di cassazione, in cui si era richiesto, ai fini della confisca diretta del denaro risparmiato, che nel patrimonio del reo fosse presente un'attività almeno pari al *quantum* della misura ablatoria: in questo senso Cass., sez. III, 19 febbraio 2020, n. 12058; Cass., sez. III, 2 ottobre 2019, n. 47103; Cass., sez. III, 23 gennaio 2019, n. 2206.

profitto nei reati tributari è costituito da un risparmio di spesa, lo stesso potrà essere individuato nel saldo attivo di 100 presente sul conto bancario del contribuente. Supponiamo che, dopo la commissione del reato, il reo spenda 90, cosicché il suo conto bancario presenti un attivo di 10. Inoltre, supponiamo che, sempre dopo la commissione del reato, nonché dopo la spendita dei predetti 90, il contribuente percepisca somme da fonti lecite per 90, in modo tale che l'ammontare disponibile sul conto bancario torni a essere 100.

La confisca diretta del denaro presente sul conto bancario del reo potrà avvenire per un massimo di 10: tale è la somma che presenta ancora un nesso di pertinenzialità rispetto al reato tributario commesso; i restanti 90 sono invece meramente *equivalenti* al valore del profitto, non potendone tuttavia costituire in alcun modo una diretta derivazione.

Ora: i 10 che costituiscono il profitto del reato possono essere oggetto di confisca diretta anche senza essere specificamente individuati. In questo senso la soluzione proposta conserva margini di coerenza con i principi affermati dalle sezioni unite: la confusione con il denaro di origine lecita rende praticamente impossibile risalire alla somma materiale che in origine costituiva il profitto del reato, né d'altra parte sarebbe ragionevole pretendere il rintraccio concreto di tale ammontare ovvero, stante l'impercorribilità di tale soluzione, escludere la possibilità di confiscare quei 10 in via diretta. E tuttavia, i 90 residui potranno essere confiscati solo per equivalente, non avendo – nonostante la confusione con una parte del profitto – alcuna pertinenza rispetto al reato commesso.

Un altro esempio. Si supponga sempre un saldo attivo iniziale pari a 100 e un profitto anch'esso di 100. In seguito, il reo percepisce 50 (sicché il nuovo saldo è pari a 150) e successivamente ne spende altri 50 (il saldo torna a 100). In questo caso, tutti i 100 sono confiscabili in via diretta: la confusione tra somme lecite e illecite ha impedito di individuare quale denaro sia fuoriuscito dal patrimonio del reo e quale vi sia rimasto, senza che ciò consenta ragionevolmente di ritenere reciso il nesso di pertinenzialità che lega le somme rimaste al reato. Il saldo sul conto bancario del contribuente, infatti, non è mai diminuito al di sotto del *quantum* di profitto, sicché si deve ritenere che quest'ultimo sia ancora interamente rinvenibile nel patrimonio del reo.

Un ultimo esempio. Il contribuente apre due conti bancari: il conto A presenta un saldo iniziale pari a 100, il conto B un saldo iniziale pari a 10. Successivamente, il contribuente dapprima commette un reato tributario con profitto pari a 100 e poi percepisce somme di origine lecita pari a 90, che versa interamente sul conto B. La confisca diretta del profitto potrà operare per 100 indifferentemente sulle somme del conto A o su quelle del conto B: secondo le sezioni unite, infatti, occorre considerare il patrimonio del reo nella sua interezza (non la materiale ubicazione dei singoli ammontari), il quale ha sempre avuto una consistenza tale da contenere il profitto del reato<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> A una diversa conclusione si dovrebbe pervenire qualora fosse possibile accogliere il suggerimento dottrinale di subordinare la confisca diretta all'obiettiva confusione tra somme lecite e illecite. Aderendo a tale impostazione, nell'esempio da ultimo formulato, la confisca diretta del profitto potrebbe operare per

È appena il caso di sottolineare che, benché l'accertamento concreto delle movimentazioni di denaro descritte possa apparire complicato, in realtà i moderni mezzi tecnologici impiegati per la gestione dematerializzata del denaro consentono di tracciare i flussi monetari relativi ai conti bancari con agevolezza. Invero, come è stata perspicuamente osservato, «il flusso di denaro che il reo riceve sul suo conto corrente come prezzo del reato è identificabile da parte degli inquirenti: vi è un saldo attivo precedente, uno successivo; vi è un movimento in entrata, con mittente e causale. Quella somma è, cioè, diversa e non sovrapponibile con quella, per ipotesi, presente su un altro conto del medesimo soggetto»<sup>59</sup>.

### 9. Alcune brevi considerazioni finali.

In conclusione, ci sia consentito di appuntare alcune brevissime riflessioni conclusive.

In primo luogo, occorre confrontarsi con il possibile timore che, accogliendo la soluzione interpretativa proposta nel paragrafo che precede, si consenta al reo di “scappare” alla confisca tramite movimentazioni surrettizie delle proprie disponibilità liquide, giustificate solo dall'intento di svuotare il proprio patrimonio.

A tal proposito, a noi sembra che una simile preoccupazione possa essere ridimensionata laddove si consideri che il codice penale prevede una specifica ipotesi di reato volta a contrastare operazioni decettive come quelle qui in ipotesi. Si tratta dell'art. 648 *ter* 1 c.p., il quale punisce – come noto – condotte di autoriciclaggio.

In tema, va peraltro osservato che, viceversa, l'accoglimento di una impostazione assolutizzante in tema di confisca di denaro avrebbe notevoli ripercussioni sulla concreta configurazione della fattispecie tipica di autoriciclaggio. Difatti, se la fungibilità del denaro comportasse davvero, automaticamente, l'impossibilità logica di identificarne una parte, ne deriverebbe l'inoffensività di condotte fino ad oggi ritenute riciclatorie, in quanto inidonee a ostacolare un risultato di per sé già irrealizzabile<sup>60</sup>. Si pensi, per esempio, al versamento dei proventi del reato su un conto corrente bancario: condotta fino ad oggi ritenuta da consolidata giurisprudenza come riciclatoria<sup>61</sup>, ma che, se si ammettesse la possibilità di confiscare sempre e comunque in via diretta il denaro di proprietà del reo, dovrebbe necessariamente essere qualificata altrimenti, non essendo infatti stato creato un concreto ostacolo all'identificazione dell'origine illecita di tali somme, ancora comunque rinvenibili nel patrimonio del reo e aggredibili mediante sequestro/confisca diretti<sup>62</sup>.

---

100 sulle somme del conto A, mentre per il conto B solo per 10, essendo il denaro relativo ai due rapporti bancari rimasto distinto, senza che le somme depositate sui due diversi conti si siano tra loro confuse.

<sup>59</sup> A.M. DELL'OSSO, *Le Sezioni Unite rilanciano sulla natura diretta della confisca di denaro: vecchie e nuove perplessità*, cit., p. 491.

<sup>60</sup> A.M. DELL'OSSO, *Le Sezioni Unite rilanciano sulla natura diretta della confisca di denaro: vecchie e nuove perplessità*, cit., p. 491.

<sup>61</sup> V. *ex multis* Cass., sez. VI, 9 novembre 2012, n. 43534; Cass., sez. VI, 9 gennaio 2009, n. 495.

<sup>62</sup> Per non parlare delle deleterie conseguenze che sorgerebbero se si ritenesse che anche le somme acquisite

In secondo luogo, la soluzione da noi proposta sembra poter dispiegare effetti positivi anche in relazione a un tema a cui, finora, abbiamo solo cursoriamente accennato, vale a dire il rapporto tra confisca e fallimento (oggi liquidazione giudiziale).

A tal proposito, occorre rilevare che il principio di diritto affermato dalle sezioni unite *Fallimento Lavanderia Giglio s.n.c.*, benché formulato all’esito di un sentiero motivazionale giuridicamente coerente, si espone al rischio di limitare eccessivamente la tutela dei creditori fallimentari, le cui pretese di soddisfazione potrebbero essere svilite in virtù dell’intervento della misura ablatoria penale<sup>63</sup>.

Tuttavia, la prevalenza della confisca sulla procedura concorsuale opera – come già visto – solo nei casi in cui si tratti di confisca diretta: solo in tale ipotesi, infatti, il limite all’ablazione del profitto è esclusivamente quello dell’appartenenza dei beni a terzi estranei al reato. Qualificare la confisca di denaro sempre come confisca diretta implica dunque l’ineluttabile prevalenza della misura ablatoria sulla procedura concorsuale (in quanto i beni rimangono, anche a seguito della dichiarazione di fallimento, di proprietà del fallito).

Invece, nella diversa eventualità in cui venga in rilievo la confisca per equivalente, il limite all’applicabilità della misura ablatoria diventa quello – ai sensi dell’art. 12 *bis* d.lgs. 74/2000 – della disponibilità dei beni in capo al reo; disponibilità che, a seguito della dichiarazione di fallimento (oggi liquidazione giudiziale) viene meno in virtù dell’art. 42 l. fall. (oggi trasposto nell’art. 142 del codice della crisi di impresa e dell’insolvenza). Pertanto, ammettere in date circostanze la possibilità di disporre esclusivamente (e solo se previsto) la confisca per equivalente eviterebbe di riconoscere sempre e comunque la prevalenza della misura ablatoria sulle ragioni della procedura concorsuale, con riflessi positivi quanto al rispetto della *par condicio creditorum*.

Il tema dei rapporti tra confisca e fallimento pare allora costituire un lampante esempio di come la corretta perimetrazione dell’ambito di applicazione della confisca diretta di denaro possa consentire di evitare conseguenze pratiche inique.

---

successivamente alla commissione del reato possano essere confiscate in via diretta. Si pensi al caso in cui il reo impieghi interamente il profitto del reato in attività economiche, contestualmente svuotando il proprio patrimonio. Se si ammettesse l’indiscriminata possibilità di confiscare in via diretta anche le somme percepite successivamente alla commissione del delitto, al reo sarebbe sufficiente allegare la probabile percezione futura di denaro (per esempio, il versamento dello stipendio) per escludere di aver concretamente ostacolato l’individuazione del denaro di origine illecita (tale potendo essere considerato, secondo l’opzione interpretativa da noi dinegata, anche il denaro percepito successivamente alla commissione del reato e appreso al patrimonio del reo) e dunque altresì escludere che sia integrata una ipotesi di autoriciclaggio.

<sup>63</sup> Per un approfondimento sulla questione, si rinvia *ex multis* a F. CERQUA, *La dichiarazione di fallimento quale limite al sequestro preventivo*, cit., pp. 21 ss.; E. BASILE, [I controversi rapporti tra confisca per equivalente e fallimento: legittimazione del curatore ad agire in sede esecutiva e criteri cronologici di prevalenza](#), in *Dir. pen. cont.*, 4/2017; M. BONTEMPELLI, *I sequestri penali e la tutela dei terzi*, cit., pp. 1323 ss.; L.A. DE BENEDICTIS, *Interferenze tra sequestri, procedure esecutive, fallimento*, in *Diritto della crisi*, 2023, pp. 1 ss.; G. BISCARDI, *Sequestro preventivo e dichiarazione di fallimento*, in *Giur. it.*, 2006, pp. 214 ss.; A. COSTANTINI, *La contesa infinita tra misure ablativo e fallimento: aspettando (di nuovo) le Sezioni Unite, una recente decisione di merito esclude il sequestro ai fini di confisca tributaria dei beni sottoposti a procedura concorsuale*, in *Dir. pen. econ. imp.*, 17 maggio 2023.

Nondimeno, la questione della natura della confisca di denaro sembra ancora ben lontana dall'essere risolta, tant'è che in dottrina ci si è iniziati a domandare come si possa addivenire, infine, a una soluzione condivisa: se tramite un rinvio (l'ennesimo) alle sezioni unite<sup>64</sup>, ovvero invocando nella mischia la corte costituzionale<sup>65</sup>.

A prescindere da quale strada si rivelerà quella effettivamente percorsa – non è da escludere, d'altronde, che le stesse sezioni semplici della corte di cassazione, pur all'esito di qualche scossa di assestamento dopo il terremoto delle sezioni unite, pervengano da sé a un orientamento interpretativo comune –, l'auspicio è naturalmente quello per cui, comunque, alla fine, una soluzione univoca venga effettivamente raggiunta, così salvaguardando quella certezza del diritto che, talvolta, viene impietosamente posta in secondo piano<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> In tal senso, v. F.E. MANFRIN, *La confisca (diretta) di denaro nella più recente giurisprudenza della corte di cassazione*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 5, 2022, p. 392.

<sup>65</sup> M. SCOLETTA, *La confisca di denaro quale prezzo o profitto del reato è sempre "diretta" (ancorché il denaro abbia origine lecita). Esiste un limite azionabile alla interpretazione giudiziaria della legge penale?*, cit.

<sup>66</sup> Lo rileva acutamente L. VALOTTI, *I confini della confisca diretta del denaro: opportuna ridefinizione e questioni aperte*, cit., il quale osserva che le oscillazioni giurisprudenziali a valle di ben tre sentenze delle sezioni unite «determina[no] un non trascurabile deficit in punto di certezza del diritto, che pare di particolare gravità in relazione a una misura che, anche a non volerla ritenere una misura sostanzialmente penale, realizza comunque una sensibile ingerenza nel diritto di proprietà dell'interessato, dovendo, così, essere conforme al dettato dell'art. 42 della Costituzione e sottostare alle garanzie sancite nell'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Cedu (tra cui, *in primis*, il principio di legalità)».



## MUTAMENTO DEL GIUDICE E RINNOVAZIONE PROBATORIA TRA NUOVI EQUILIBRI E VECCHIE RUGGINI (\*)

di Lorenzo Tombelli e Noemi Ritrovati

*Lo scritto ripercorre, con alcune note critiche, gli itinerari che hanno portato alle modifiche introdotte dalla c.d. riforma Cartabia in tema di rinnovazione probatoria a seguito del mutamento dell'organo giudicante. Un meticoloso approfondimento viene riservato alle pronunce – non sempre illuminanti – della Corte costituzionale e della Cassazione, tuttavia l'analisi si conclude con alcuni auspici de iure condendo.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione e il volto europeo del principio di immediatezza. – 3. L'immutabilità del giudice: un corollario del *giusto processo*. – 4. Dalla Consulta trasparente un (maldestro) tentativo di valorizzazione del principio di conservazione della prova acquisita. – 5. Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale *versus* efficienza del sistema penale: le Sezioni Unite *Bajrami*. – 6. La riforma *Cartabia*. – 6.1 La disciplina transitoria e i primi risvolti giurisprudenziali. – 7. Note conclusive: una riflessione *de iure condendo*.

### 1. Premessa.

La valutazione della prova da parte dell'organo giurisdizionale costituisce l'essenza del processo penale ed è notorio come il principio di immutabilità richiede che sia lo stesso giudice, avendo partecipato alla fase dibattimentale, a deliberare la sentenza. È innanzitutto su questo versante che dottrina e giurisprudenza si sono espresse nel corso degli anni perché, nonostante il codice di procedura penale ci imponga l'immutabilità del giudice, nella quotidianità tale regola vacilla molto frequentemente. Lo studio cercherà di affrontare le pronunce sia della Cassazione, che delle Sezioni Unite e della Corte costituzionale, molto spesso contraddittorie tra loro e lontane dal trovare un'unica soluzione. Il tema sembrava aver trovato un suo assetto con la sentenza delle Sezioni Unite *Iannasso* del 1999, tuttavia nel 2019 la Consulta invita il legislatore a ripensare agli strumenti della rinnovazione dibattimentale, in quanto essi possano essere funzionali per contenere la durata dei processi. Sul tema interviene,

---

(\*)Pur essendo il lavoro frutto di una riflessione condivisa, N. RITROVATI ha redatto i §§ 1, 3, 5, L. TOMBELLI ha redatto i §§ 2, 4, 6, 6.1, 7.

infine, anche la Corte di Cassazione, con la sentenza *Bajrami*, la quale ridimensiona nuovamente il principio di immediatezza.

Su questo sfondo non sfuggono le varie implicazioni che si riversano all'interno dell'iter processuale, poiché è unanime affermare che il giudice che ha partecipato al dibattimento, che ha assunto le prove nel contraddittorio tra le parti possa tanto meglio decidere rispetto ad un giudice che si limita ad una mera lettura del verbale d'udienza. Ecco che, sulla scorta di tali esigenze, interviene la riforma *Cartabia*. Il giudice effettivamente non decide nell'immediatezza del fatto, sulla base degli atti ai quali ha assistito, ma spesso a distanza di molto tempo: infatti, l'obiettivo della riforma è quello di intervenire, razionalizzando i tempi processuali, con effetti positivi sul valore della immediatezza, poiché si punta a dibattimenti più concentrati propiziando la riduzione e gli intervalli tra un'udienza e l'altra, oggi lunghissimi. Si cercherà di affrontare i principali profili di interesse, esaminando se effettivamente tale intervento ha soddisfatto le aspettative auspiccate.

## 2. L'evoluzione e il volto europeo del principio di immediatezza.

Dare attuazione al principio di immediatezza significa eliminare le possibili intermediazioni che si possono frapporre tra il giudice (o il collegio) che ha partecipato all'istruttoria probatoria e la persona fisica che ha il compito di deliberare e scrivere la sentenza. L'intenzione, da un lato, è quella di consentire al giudicante di prendere direttamente contatto con la fonte di prova; dall'altro, in linea tendenziale, si vuole evitare che vi siano mutamenti tra il soggetto che partecipa alla formazione della prova in contraddittorio e colui che prenderà la decisione di condanna o assoluzione<sup>1</sup>. Tale principio rinviene il suo fondamento nel diritto di "difendersi provando", garantito a chiunque si trovi imbrigliato in un procedimento penale, con l'obiettivo di assicurare ad ogni imputato la possibilità di potersi confrontare con l'accusatore davanti ad un giudice incaricato di assumere la decisione sull'imputazione formulata dal pubblico ministero.

Può essere utile approfondire il legame che intercorre tra il principio di immediatezza ed il quadro valoriale del sistema processual-penalistico adottato dal nostro ordinamento. In particolare, il diritto costituzionale delle parti ad ottenere una decisione in tempi ragionevoli: il richiamo alla durata ragionevole del processo è dovuto all'interpretazione portata avanti dalla Cassazione e avallata dalla Corte costituzionale. Invero, l'impostazione adottata dal nostro ordinamento è delineata dai principi e criteri direttivi contenuti nella legge-delega 16 dicembre 1987, n. 81, dalla quale emergono i connotati del processo penale di stampo accusatorio. Il nuovo modello, adottato con il

---

<sup>1</sup> P. TONINI, C. CONTI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, XXI ed., Milano, Giuffrè Editore, 2023, p. 179; gli Autori evidenziano come sia un dato ormai acquisito dalle scienze psicologiche che dal comportamento del dichiarante (il testimone nel processo penale) il giudice può trarre elementi utili per vagliare la credibilità del medesimo e l'attendibilità di quanto egli espone.

codice di rito dell'89, pone le sue fondamenta sui principi di oralità, immediatezza<sup>2</sup> ed è basato sul libero convincimento del giudice<sup>3</sup>. La stretta vicinanza tra i due principi fa sì che parte della dottrina sostenga che il principio di oralità è volto principalmente ad assicurare la pubblicità dell'udienza e, con essa, il trasparente esercizio della giurisdizione, in un momento cruciale come la fase dibattimentale. Con la conseguenza che esso copre l'intera fase, ossia fino al momento dell'entrata dei giudici in camera di consiglio. Il principio di immediatezza, dunque, è una specificazione del principio di oralità, tuttavia un'estensione più limitata riguarda il rapporto fra l'organo giudicante e la prova. Esso è volto ad assicurare che chi decide formi il proprio convincimento in presenza delle parti, avvalendosi, quindi, di fonti conoscitive qualificate e selezionate come migliori rispetto a possibili surrogati<sup>4</sup>.

Particolare interesse suscitano le pronunce europee: in primo luogo, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è concentrata sul principio di immediatezza nei casi di "rovesciamento" in appello della decisione di *prime cure*. Secondo la Corte di Strasburgo<sup>5</sup>, il giudice di secondo grado non può riformare una sentenza senza aver rinnovato l'istruttoria dibattimentale. La valutazione sulla responsabilità penale che si fonda sul contenuto delle dichiarazioni di un testimone escusso in primo grado, non può essere stravolta a seguito della mera lettura della trascrizione della *cross examination* avvenuta davanti a un altro giudice. Quindi, per affermare la responsabilità penale – dopo una sentenza assolutoria – occorre procedere alla rinnovazione probatoria. Si delinea, così, una indiscutibile esegesi dell'art. 6, comma 1, n. 3, Cedu secondo il quale una sentenza di appello che riforma una pronuncia di primo grado fondata su prove dichiarative necessita di un nuovo esame dei testi davanti al giudice dell'impugnazione<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> L. SURACI, *La parabola della immediatezza nel processo penale*, in *Diritto e procedura*, 2020; l'Autore ricorda il giurista Piero Calamandrei, il quale sostiene che l'oralità è un principio affermato nel codice, ma rimasto largamente inattuato nella prassi, a causa, tra gli altri, del carico eccessivo di lavoro gravante sui giudici, nonché ad una mancata formazione comune tra avvocatura e magistratura che determina il venir meno della fiducia tra i principali soggetti del processo penale. Calamandrei chiude il suo ragionamento ricordando che senza fiducia non può esserci spazio per l'oralità.

<sup>3</sup> I. SCORDAMAGLIA, *Tre anni dopo la sentenza Bajrami: l'immutabilità del giudice nella riforma Cartabia*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2023, 3.

<sup>4</sup> R. ORLANDI, *Immediatezza ed efficienza nel processo penale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2021, fasc. 3, p. 807.

<sup>5</sup> Corte e.d.u., *Dan C. Moldavia (n.2)*, 10 novembre 2020, n. 57575/14; cfr., V. AIUTI, *Impugnazioni e principio di immediatezza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritto penale e processo*, f. 11, p. 1440, 2020.

<sup>6</sup> Con la sentenza *Kostecki c. Polonia* del 4 giugno 2013, n. 14932/09, la Corte europea afferma che «la mancata escussione dei testimoni in dibattimento, sostituita dalla lettura delle dichiarazioni, è ammessa qualora tali prove in concreto non abbiano avuto un ruolo decisivo sulla sentenza di condanna». L'assenza di contraddittorio su una prova orale, quindi, consentita solo in casi eccezionali, comprime ingiustificatamente il diritto alla difesa, violando l'art. 6 della Convenzione europea. Cfr. V. COMI, *Riforma in appello di una sentenza assolutoria e obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*, in *Diritto penale e processo*, 2014, f. 2, p. 191.

Un principio indiscutibilmente garantista e, a parere di chi scrive, più ampio rispetto alla concezione italiana: l'immediatezza "europea" riguarda il momento *formativo* della prova, l'acquisizione. Mentre, il paradigma italiano attiene al rapporto tra il giudice-persona fisica e l'elemento probatorio. Ad ogni modo, l'opera di recepimento del principio convenzionale nell'ordinamento interno ha subito non poche resistenze. La recente giurisprudenza ha tentato di adeguarsi all'impostazione sovranazionale e la Cassazione ha più volte statuito che se il giudice di appello non intende uniformarsi alla valutazione effettuata in primo grado, ha il dovere di disporre la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale con riguardo quantomeno ai testimoni<sup>7</sup>. Talvolta gli Ermellini – coraggiosamente – hanno affermato che tale regola deve essere rispettata anche nei casi di assoluzione in primo grado, seguita da una condanna in appello.

Ultimamente si è pronunciata anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea. Nel 2019, dopo un rinvio pregiudiziale del Tribunale di Brescia, in ordine alla compatibilità degli artt. 511, comma 2, e 525, comma 2, c.p.p. con gli artt. 16, 18, 20 lett. b) della direttiva 2012/29/UE<sup>8</sup>, la Corte ha stabilito che il principio di immediatezza costituisce un'irrinunciabile garanzia nel processo penale. A Lussemburgo si è sottolineato che le garanzie spettanti alla persona imputata – come il diritto ad essere giudicato dallo stesso magistrato che ha partecipato all'istruttoria – non possono essere pregiudicate, nemmeno per esigenze legate alla tutela della vittima del reato (c.d. *vittimizzazione secondaria*<sup>9</sup>). Perciò, concludono i giudici europei, le norme della direttiva non ostano ad una normativa nazionale che preveda – a seguito di un mutamento del collegio giudicante, oppure in appello, – una nuova audizione della vittima del reato.

### 3. L'immutabilità del giudice: un corollario del *giusto processo*

L'art. 525, comma 2, c.p.p. enuncia il principio dell'immutabilità del giudice, presidiato dalla sanzione della nullità assoluta, prevedendo che possano concorrere a deliberare la sentenza solamente quei giudici che hanno partecipato all'attività dibattimentale<sup>10</sup>. La decisione deve quindi essere emessa da coloro che abbiano avuto una percezione diretta dei fatti prendendo parte alla formazione della prova nel

---

<sup>7</sup> A. CAPONE, *Dopo Dan c. Moldavia per un processo di parti nell'appello penale*, in *Rivista Diritto processuale*, 2015, fasc. 4-5, p. 1007.

<sup>8</sup> Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

<sup>9</sup> Per un approfondimento sul concetto della *vittimizzazione secondaria* nel processo penale si veda L. D'ANCONA, *Vittimizzazione secondaria: la pronuncia della CEDU*, in *Questione Giustizia online*, 2021; M. MONTELEONE, V. CUZZOCREA, *Le dichiarazioni delle vittime vulnerabili nei procedimenti penali*, in *Processo penale e giustizia*, fasc. 1, 2016; F. DI MURZIO, *La testimonianza della vittima "vulnerabile" nel sistema delle garanzie processuali*, in *Giurisprudenza penale web*, 2015.

<sup>10</sup> P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 228.

contraddittorio. Alcuni autori hanno letto in questa regola dell’immutabilità un corollario del *giusto processo*: infatti, se la prova deve formarsi nel contraddittorio tra le parti e se diviene necessaria una partecipazione diretta del giudice all’assunzione stessa, allora sarà anche necessario che la decisione sia presa da quello stesso giudice che ha partecipato a tali attività, in modo che egli decida «sulla base delle sole risultanze probatorie direttamente percepite durante il giudizio»<sup>11</sup>.

Il 23 dicembre 1999 viene pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il testo della legge costituzionale n. 2 per «l’inserimento dei principi del giusto processo nell’articolo 111 della Costituzione». È però con il nuovo testo dell’art. 111 della Costituzione che il concetto entra a pieno titolo nella Carta costituzionale<sup>12</sup> e ciò non tanto, e non solo, come diritto individuale o come proiezione del diritto di difesa, quanto piuttosto come «strumento attraverso il quale si attua la giurisdizione»<sup>13</sup>. Si provvede ad inserire due nuovi commi che rendono espliciti quei principi cardine ai quali deve uniformarsi ogni processo. Tali principi sono sintetizzati nella formula “giusto processo” e consistono nella riserva di legge in materia processuale, nell’imparzialità del giudice, nella parità delle parti e nella ragionevole durata dei processi.

Da queste considerazioni appena svolte emerge una direttiva di metodo: la regola generale accolta dal codice comporta che ogni dibattimento penale deve svolgersi davanti allo stesso giudice, il quale poi dovrà deliberare la sentenza<sup>14</sup>. La ragione di tale

<sup>11</sup> P. FERRUA, *Oralità del giudizio*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 282.

<sup>12</sup> Sulla riforma costituzionale esiste una varietà di giudizi, riconducibili a due opposte prospettive: quella di coloro che ritengono tali principi espressione di civiltà processuale, benché affievoliti; e quella di coloro che la ritengono più un segno di rivincita del potere politico sulla giurisdizione. Sulla riforma dell’art 111 Cost. ha esercitato notevole influenza il mondo politico, insofferente verso il progressivo estendersi dei controlli di legalità, ma ciò non significa che la riforma non fosse utile e necessaria. Sotto quest’ultimo profilo si obietta che sarebbe stato preferibile provvedere alla novella con legge ordinaria, evitando di coinvolgere la Costituzione. Non era possibile recuperare le garanzie “cadute” nel 1992 con legge ordinaria, non tanto perché lo impedivano le norme costituzionali, quanto per il «consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale che, in nome del principio della non dispersione della prova, condannava il nostro processo a valorizzare come prova ogni dichiarazione unilateralmente raccolta dagli organi inquirenti». Per cercare, quindi, di riaffermare il valore del contraddittorio era essenziale una riforma di rango costituzionale, la quale ha indubbiamente introdotto elementi di rigidità, obbligando il legislatore ad un assetto che forse sarebbe stato preferibile lasciare a sua valutazione discrezionale. Così, ciò che la Corte si ostinava a ritenere costituzionalmente non tollerabile, si è convertito in costituzionalmente obbligatorio. Sul punto, P. FERRUA, *Il giusto processo*, III ed., Bologna, Zanichelli, 2012, pp. 16 ss.

<sup>13</sup> M. CHIAVARIO, *Il giusto processo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Vol. XV, 2001, p. 3.

<sup>14</sup> In forza di questa disposizione, chiaramente preposta per la salvaguardia del principio cardine della “immediatezza”, l’organo giudicante di diversa composizione soggettiva rispetto al precedente deve procedere alla rinnovazione del dibattimento e, nel corso degli anni, si è posto il problema se fosse possibile ripristinare la corrispondenza tra giudice del dibattimento e giudice della deliberazione attraverso forme diverse dalla effettiva riacquisizione delle prove già assunte dal giudice diversamente composto. Sul punto varie e diversificate sono state le risposte fornite

principio è intuitiva: quel giudice che ha visto le prove formarsi dinanzi a sé, nel contraddittorio tra le parti, è colui che meglio le può valutare nella sentenza. Sul punto il codice non reca una disciplina espressa, bensì si limita a stabilire il principio in base al quale alla deliberazione della sentenza «concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento». Ad avviso della dottrina e della giurisprudenza, tale norma impone che, in caso di mutamento del giudice, si proceda alla rinnovazione del dibattimento; tuttavia, non vi è accordo sulle modalità con le quali tale rinnovazione debba aver luogo e sul regime di utilizzabilità delle prove assunte prima che cambiasse la composizione dell'organo giudicante<sup>15</sup>.

Il convincimento dell'organo giudicante si forma nel corso del procedimento, in modo progressivo. Pertanto, la presenza del giudice, chiamato alla valutazione delle prove formate in contraddittorio tra le parti, non può essere sostituita da una mera lettura del verbale d'udienza, cosa che accadrebbe se la decisione potesse essere emessa da un giudice che non ha assistito all'istruzione dibattimentale. Infatti, i suoi poteri in ambito probatorio, come sottolineato nella *Relazione al progetto preliminare del codice*, devono rivestire un ruolo «residuale e suppletivo rispetto alla carenza di iniziativa delle

---

dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Mentre l'orientamento più rigoroso riteneva necessario, al fine di garantire il principio di immutabilità del giudice, l'effettivo svolgimento dell'attività dibattimentale e, quindi, le nuove audizioni delle persone già escuse, la Corte di cassazione, a partire dalla metà degli anni '90, ha ritenuto legittimamente praticabili diversi e meno dispendiosi metodi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale esperita, agganciando l'art. 525 c.p.p. alla disciplina codicistica delle letture dibattimentali. Si veda L. SURACI, *Mutamento della persona fisica del giudice e necessità del consenso delle parti alla rinnovazione del dibattimento mediante lettura in Studium Iuris*, 2004, fasc. 1, p. 13.

<sup>15</sup> C. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: variazioni in tema di diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, fasc. 6, p. 742; L'Autrice, infatti, afferma che è evidente l'estrema laconicità della disciplina codicistica. Una sola norma – l'art. 525, comma 2, c.p.p. – costituisce il perno sul quale ruota un meccanismo assai complicato e bisognoso di una regolamentazione dettagliata. Non sfugge, infatti, che il fenomeno della rinnovazione del dibattimento di fronte ad un nuovo giudice reca con sé una serie di problemi di tipo tecnico-giuridico assai delicati e complessi. Un simile "silenzio" del legislatore appare oltremodo singolare specie in una materia, come il processo penale, nel quale la forma è parte integrante della sostanza. Come è noto, in tema di prova molti adempimenti sono posti a tutela dei diritti fondamentali delle parti in un assetto al quale è sotteso un delicato equilibrio tra interessi contrapposti. Ove, tuttavia, ci si soffermi un momento sulla formulazione dell'art. 525, comma 2, c.p.p., emerge, la ragione della rilevata anomalia. A ben vedere, la predetta disposizione non ha la funzione di disciplinare le vicende del dibattimento a seguito del mutamento del giudice. Si tratta, viceversa, di una norma di comando, che stabilisce il cosiddetto principio di immutabilità del giudice. A tale principio l'ordinamento attribuisce una rilevanza così forte da presidiarlo con la sanzione della nullità assoluta, insanabile e rilevabile in ogni stato e grado del procedimento. Poiché la gravità della sanzione comminata è indice della importanza dell'oggetto della tutela, è chiaro che il codice pone il canone della immutabilità del giudice tra i principi cardine del sistema processuale. Tradotto in divieto, l'art. 525, comma 2, deve essere letto come se recitasse «è vietato mutare il giudice nel corso del dibattimento».

parti»; dunque, entro questi limiti, il loro esercizio potrà anche avere una funzione utile, ossia contribuire alla completezza e all'attendibilità dell'accertamento finale<sup>16</sup>.

Secondo la dottrina, con la disposizione in esame il codice di rito non si limita a richiedere che, in caso di mutamento del giudice, si proceda alla rinnovazione del dibattimento. Piuttosto, attraverso tale norma, il legislatore mira ad impedire *ex ante* che tale mutamento si realizzi. Probabilmente i redattori del codice Vassalli hanno tenuto presente un dato di elementare evidenza: la prova è un atto peculiare che non si può rinnovare con la certezza di ottenere i medesimi risultati. Un nuovo esame dello stesso testimone può rivelarsi apparentemente identico al precedente, oppure può produrre esiti differenti<sup>17</sup>.

Secondo la dottrina, l'assunto di partenza è che il mutamento del giudice «in corso d'opera» è una ipotesi patologica da evitare e, ove tale situazione si verifichi, è necessario limitarne gli effetti dannosi che ne conseguono. Infatti, anche a prescindere dagli appesantimenti derivanti dalla ripetizione di attività dibattimentale già svolta, occorre tenere presente che l'immediatezza e l'oralità del primo dibattimento non si recuperano mai integralmente. Viceversa, la giurisprudenza sembra considerare il mutamento del giudice come un evento fisiologico e privo di conseguenze pregiudizievoli. Eppure, una impostazione del genere travisa la volontà del legislatore e può ripercuotersi negativamente sia sulla ricostruzione dei rimedi giuridici, sia sulla prassi giudiziaria. Difatti, il rapporto tra la partecipazione del medesimo giudice alla fase di formazione della prova e la relativa valutazione degli elementi assunti non è un fattore squisitamente teorico, bensì di concretizzazione di una corretta lettura dell'istruttoria dibattimentale<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> L'impiego di tali prerogative richiede però che esse siano attribuite allo stesso organo chiamato ad emettere la decisione, profilo che, a detta dell'Autore, è necessario sottolineare e che invece rimane nell'ombra in quelle dottrine che riducono l'immutabilità del giudice ad un semplice corollario dell'immediatezza. P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, op. cit., p. 228.

<sup>17</sup> Da un altro lato, essendo il dichiarante un uomo e non una macchina, egli può tenere un comportamento in qualche misura differente rispetto alla prima escussione tanto da risultare più o meno credibile. Dunque, esistono una pluralità di variabili idonee ad impedire che la rinnovazione dia luogo ad una identica rappresentazione dinanzi al nuovo giudice. Spesso l'*esame incrociato* di un dichiarante costituisce un'attività intrinsecamente irripetibile. Per di più, non sfugge che la rinnovazione del dibattimento comporta un enorme dispendio di risorse e di tempo e sacrifica i canoni dell'efficienza e della ragionevole durata del processo. Cfr. C. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: variazioni in tema di diritto alla prova*, op. cit., p. 742.

<sup>18</sup> A tal proposito, è preziosa l'autorevole esegesi sul giudizio di primo grado e, più specificamente, sui rapporti tra fonte di prova e autenticità del giudizio (sul tema dei rapporti tra giudizio e processo); infatti, vi è un'attenzione particolare sul giudizio, inteso non nel senso improprio di procedimento o processo, ma nel significato proprio e specifico del termine, per cui «esso equivale a decisione, e implica l'analisi del procedimento mentale del giudice per pervenire ad essa». Da questo angolo visuale, infatti, si è sostenuto che la decisione del giudice che partecipa al processo, secondo le regole processuali, è imprescindibile, in quanto vi è una trama di relazioni

#### 4. Dalla Consulta traspare un (maldestro) tentativo di valorizzazione del principio di conservazione della prova acquisita.

Nel 2019, con un lungo *obiter dictum*, la Corte costituzionale dichiara inammissibili le censure sollevate dal Tribunale di Siracusa<sup>19</sup>. Con la sentenza n. 132, il Giudice delle leggi affronta il tema del rinnovamento della prova penale a seguito del mutamento del giudice. Il Tribunale di Siracusa dubita della costituzionalità del vincolo a disporre – su richiesta di parte – la rinnovazione della prova (in particolare, la riassunzione della prova testimoniale già escussa in dibattimento) ad ogni mutamento dell’organo giudicante, in quanto una simile interpretazione delle norme può dilatare eccessivamente i tempi processuali, sino, ad una durata potenzialmente infinita. Con ciò, causando una violazione dell’art. 111 Cost. Tuttavia, l’ordinanza di remissione propone alla Consulta una soluzione singolare: dichiarare l’illegittimità costituzionale degli artt. 511, 525, comma 2, 526, comma 1, c.p.p., ove interpretati nel senso che, ad ogni mutamento della persona fisica del giudice, debba ritenersi condizione di legittimità della prova il riesame del teste davanti al nuovo giudicante, ovvero, di rigettare la questione stabilendo che ciò debba avvenire solo quando non ne risultino violati gli ulteriori principi costituzionali, come l’effettività e la ragionevole durata del processo.

In estrema sintesi possiamo riassumere così le argomentazioni sostenute dal giudice *a quo* e poste a fondamento della propria ordinanza. Innanzitutto, gli artt. 525 e 526 c.p.p. in ipotesi di mutamento della persona fisica del giudice non impongono, secondo il Tribunale, alcun obbligo di ascoltare nuovamente i testimoni già esaminati dal giudice sostituito. In secondo luogo, nell’ordinanza di remissione si evidenzia che la regola della rinnovazione del dibattimento si pone in netto contrasto con l’art. 111, comma 2, Cost. poiché quest’ultimo garantisce che il processo abbia una ragionevole durata. Infine – come ultima argomentazione – viene in rilievo il principio generale dell’*abuso del diritto*, strettamente connesso al c.d. “abuso del processo”<sup>20</sup>, il quale consiste in un vizio della funzione e che si realizza quando un diritto (oppure una facoltà)

---

e implicazioni (non identificazione) tra giudizi di conoscenza e giudizi di valore; in sostanza, tale orientamento dottrinario rifiuta la concezione della prova come mera tecnica di accertamento. Quindi l’espletamento del mezzo di prova non è concepito come funzionale alla mera percezione dei dati insignificanti o muti, bensì il rapporto tra fonte di prova e giudice che decide è utile per dare essenza al giudizio, giacché «il valore non è separato dal dato né nei cosiddetti giudizi di realtà né nei giudizi di valore». Così, A. VELE, *La rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, fasc. 10, p. 1226.

<sup>19</sup> Secondo taluni commentatori addirittura siamo di fronte ad una “nuova giurisprudenza”, in grado di rendere flessibili i diritti fondamentali dell’imputato. Si veda O. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stralciata del codice di procedura penale*, in *Archivio penale*, n. 2, 2019.

<sup>20</sup> Si veda L. PACIFICI, *L’abuso del processo penale*, in *Questione giustizia online*, 2018; P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1998; R. SACCO, *L’abuso del diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, Utet, 2001; S. LEVANTI, *Abuso del diritto*, in *Diritto&diritti*, 2001.

processuale viene esercitato per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento lo riconosce alla parte.

La Corte ha risolto il quesito dichiarando inammissibile la questione per indeterminatezza della domanda<sup>21</sup> ma, al contempo, ha colto l'occasione per formulare un invito esplicito al legislatore<sup>22</sup> affinché rivaluti la regola *pretoria* della rinnovazione dibattimentale. Secondo i giudici costituzionali si potrebbero introdurre ragionevoli "deroghe" al principio di identità tra giudice che assume la prova e il giudice che decide attraverso idonei *meccanismi compensativi*. Tali strumenti, nel rispetto del diritto di difesa, potrebbero essere funzionali ad evitare un uso distorto del dovere di nuova assunzione dei testimoni già comparsi davanti ad un organo giurisdizionale in diversa composizione.

La Corte costituzionale muove dalla premessa che il principio di immediatezza della prova è strettamente correlato al principio di oralità, evidenziando che la realtà effettiva delle aule giudiziarie ci mostra che il principio di immediatezza «rischia di divenire un mero simulacro»<sup>23</sup>. Analogamente ridotto a lettera morta è anche il principio di concentrazione delle udienze previsto dall'art. 477 c.p.p., in quanto, l'organo giudicante, perfino quando non muta nella sua composizione, finisce con il basare il suo convincimento «prevalentemente sulla lettura delle trascrizioni delle dichiarazioni rese in udienza», delle quali conserva «al più un pallido ricordo». Nel contempo, proprio l'ampio spazio temporale entro cui si svolgono i dibattimenti provoca il rischio che «il giudice che ha iniziato il processo si trovi nell'impossibilità di condurlo a termine, o comunque che il collegio giudicante muti la propria composizione, per le ragioni più varie». Inoltre, la rinnovazione delle prove dichiarative che ne consegue, spesso si risolve in una sterile conferma delle dichiarazioni rese a suo tempo dal dichiarante, senza dunque che il l'organo giudicante diversamente composto possa trarre, in punto di immediatezza, alcun beneficio dalla nuova escussione<sup>24</sup>. Viceversa, l'eccessiva dilatazione dei tempi processuali che ne deriva, specie in dibattimenti complessi, produce costi significativi, sia in termini di ragionevole durata del processo, quanto di efficienza della giustizia penale<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> La Corte costituzionale rileva come il giudice rimettente abbia formulato il *petitum* in termini di irrisolta alternatività: oscillando tra la richiesta di una sentenza interpretativa di rigetto e quella di una declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni censurate.

<sup>22</sup> P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Archivio penale*, fasc. 2, 2019.

<sup>23</sup> Corte cost., 20 maggio 2019, n. 132, disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>24</sup> Cfr. M. BARGIS, [Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni Unite e Corti Europee alle prospettive de iure condendo](#), in *questa Rivista*, 2020, fasc. 4, p. 5 ss.

<sup>25</sup> O. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, *op.cit.*; secondo l'Autore «stride non poco associare la giustizia penale, che dovrebbe essere giurisdizione, al concetto di amministrazione che, anche in ambito costituzionale, va ascritto a una ben diversa funzione statale». Inoltre, l'Autore correttamente sottolinea che il processo penale deve mirare ad una efficienza di tipo cognitivo, deve, quindi, essere «condotto in modo tale che si verifichi

La Corte, dunque, ha parimenti invitato a favorire la concentrazione temporale dei dibattimenti, così da assicurarne (idealmente) la conclusione del procedimento in un'unica udienza o, al massimo, in udienze immediatamente consecutive, come avviene di regola in molti ordinamenti stranieri<sup>26</sup>. Richiamando anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la Consulta rileva come il diritto della parte alla nuova audizione dei testimoni di fronte al nuovo giudice – o al mutato collegio – non sia *assoluto*, ma *modulabile* dal legislatore, entro limiti di ragionevolezza. Tuttavia, resta ferma la possibilità per quest'ultimo di introdurre presidi normativi volti a prevenire il possibile uso strumentale e dilatorio del diritto, soprattutto in considerazione della possibilità che il reato si possa prescrivere prima della sentenza definitiva<sup>27</sup>.

Nonostante sia una sentenza di inammissibilità, l'impostazione tenuta dal Giudice delle leggi ha scaturito numerose reazioni particolarmente critiche. Alcuni commentatori sostengono che si sia davanti ad una nuova era «antigarantista della giurisprudenza costituzionale», con la quale si inaugura una «stagione d'assalto alle garanzie della difesa»<sup>28</sup>. Effettivamente, il ragionamento sotteso alla pronuncia non può essere condiviso: l'affievolimento del diritto alla rinnovazione della prova davanti al giudice subentrato non può essere giustificato dalla impossibilità di celebrare i dibattimenti con tempi serrati e circoscritti a una sola udienza<sup>29</sup>. Aderire a questa impostazione riduce (veramente) il principio di immediatezza a mero simulacro. Altrettanto pericolosa è la premessa circa inutilità della rinnovazione dell'esame del testimone, in quanto egli si limiterebbe alla mera conferma delle dichiarazioni rese durante la prima convocazione<sup>30</sup>. Così facendo si svuotano i principi e i diritti

---

pienamente e nel minor tempo possibile il tema della colpevolezza dell'imputato». Tale principio «vieta ogni scorciatoia che riduca l'orizzonte conoscitivo del giudice o che pregiudichi il miglior metodo finora escogitato per approssimarsi alla verità giudiziale».

<sup>26</sup> G. LATTANZI, *Passato presente e futuro dell'oralità dibattimentale*, in *Cassazione penale*, 2022, fasc. 3, p. 931.

<sup>27</sup> G. MANFRINI, D. SARTORI, *Il principio di immediatezza nel processo penale*, op. cit., p. 649; secondo gli Autori, la Corte ha altresì precisato come la rimodulazione della regola della rinnovazione dibattimentale non troverebbe ostacoli nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, a ben vedere, non assolutizza il principio dell'immediatezza, potendo lo stesso essere sottoposto a ragionevoli deroghe, purché siano adottate misure appropriate ad assicurare che il nuovo giudice abbia piena conoscenza del materiale probatorio. In particolare, sono citati i casi in cui la Corte europea ha individuato una «misura compensativa», ossia la possibilità, per il nuovo giudice, di limitare la rinnovazione ai soli testimoni la cui deposizione sia ritenuta importante (Corte e.d.u., 2 dicembre 2014, *Cutean c. Romania* e Corte e.d.u., 6 dicembre 2016, *Škaro c. Croazia*). Si veda, inoltre, OSSERVATORIO SULLA LEGALITÀ DELLE DECISIONI GIUDIZIARIE, *Prime osservazioni in merito alla sentenza delle Sezioni Unite penali, ric. Bajrami, in tema di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale a seguito di mutamento del giudice*, Camera Penale di Modena, 2020, pp. 10 ss.

<sup>28</sup> D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Archivio penale*, fasc. 2, 2019.

<sup>29</sup> Cfr. L. ZILLETI, *La linea del Piave e il duca di Mantova*, in *Archivio penale*, fasc. 2, 2019.

<sup>30</sup> D. NEGRI, *ibidem*; l'Autore, effettuando un pronostico, provoca i lettori sostenendo che con la

costituzionali e la Corte costituzionale – ancora e presidio di garanzia della Carta – diviene la fautrice del c.d. *garantismo inquisitorio*.

Il secondo asse portante della pronuncia è l’invito al legislatore volto a valutare l’introduzione di possibili “rimedi compensativi”. Un richiamo – più o meno palese – alla giurisprudenza sovranazionale, con il quale si aderisce alla cultura “riduttiva” europea<sup>31</sup> e assumendo come parametro gli *standard* minimi di garanzia previsti dalla normativa pattizia. Tuttavia, a parere di chi scrive, non possiamo confondere l’interpretazione convenzionalmente orientata, certamente obbligatoria nell’ottica di implementazione delle garanzie (*ex art. 53 Cedu*), con lo scrutinio di legittimità costituzionale. Occorre rafforzare il sistema multilivello di garanzie: attraverso una piena adesione agli *standard* minimi europei, senza tradire i principi cardine del sistema legale nazionale. Pertanto, residuano dubbi, ad esempio, sul principio europeo all’*equo processo*, quale inedito diritto costituzionale da bilanciare con il principio di immediatezza. Se la Corte costituzionale intende riconoscere “nuovi diritti” occorre rintracciarli e dare loro una precisa collocazione nella Carta. Diversamente, l’immediatezza non può subire deroghe, in quanto la *ratio* giustificatrice della rinnovazione probatoria non risiede nella «presunta incompletezza o inadeguatezza della originaria escussione», ma nell’opportunità di mantenere un rapporto diretto tra il giudice e la persona dichiarante, «non garantito dalla semplice lettura dei verbali»<sup>32</sup> del precedente esame.

## 5. Rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale *versus* efficienza del sistema penale: le Sezioni Unite *Bajrami*.

Pochi mesi dopo la pronuncia n. 132/2019, anche la Cassazione si è trovata davanti le medesime questioni<sup>33</sup>: la nota sentenza *Bajrami* – depositata nell’autunno del 2019 – ha enunciato i seguenti principi:

---

nuova impostazione della Consulta, non avremo più declaratorie di incostituzionalità volte a colpire frontalmente «i pilastri del processo accusatorio», ma «pronunce volte a censurare l’“incongruità” di determinate garanzie processuali quando sia la realtà giudiziaria a rifiutarle».

<sup>31</sup> Si veda, *ex multis*, Corte e.d.u., 2 dicembre 2014, *Cutean c. Romania*; Corte e.d.u., 6 dicembre 2016, *Skaro c. Croazia*; Corte e.d.u., 10 febbraio 2005, *Graviano c. Italia*.

<sup>32</sup> Corte cost., ord. 7 giugno 2010, n. 205, disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>33</sup> La VI Sezione penale della Cassazione ha rimesso la decisione alle Sezioni Unite, rilevando contrasti giurisprudenziali, in ordine alla portata del principio di immutabilità; sollecitando il Supremo collegio a valutare «se il principio d’immutabilità di cui all’art. 525, comma 2, c.p.p., richieda la corrispondenza, rispetto al giudice che abbia proceduto alla deliberazione finale, del solo giudice dinanzi al quale la prova sia stata assunta, ovvero anche del giudice che abbia disposto l’ammissione della prova stessa»; e «se, ai fini di ritenere la sussistenza del consenso delle parti alla lettura degli atti assunti dal collegio che sia poi mutato nella sua composizione, sia sufficiente la mancata opposizione delle stesse, ovvero sia invece necessario verificare la presenza di ulteriori circostanze che la rendano univoca», così Cass., Sez. Un., 30 maggio 2019, *Bajrami*, n. 41736, Rv. 276754.

«il principio d'immutabilità del giudice, previsto dall'art. 525, comma 2, prima parte, cod. proc. pen., impone che il giudice che provvede alla deliberazione della sentenza sia non solo lo stesso giudice davanti al quale la prova è assunta, ma anche quello che ha disposto l'ammissione della prova, fermo restando che i provvedimenti sull'ammissione della prova emessi dal giudice diversamente composto devono intendersi confermati, se non espressamente modificati o revocati».

«L'avvenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere, ai sensi degli artt. 468 e 493 cod. proc. pen., sia prove nuove sia la rinnovazione di quelle assunte dal giudice diversamente composto, in quest'ultimo caso indicando specificamente le ragioni che impongano tale rinnovazione, ferma restando la valutazione del giudice, ai sensi degli artt. 190 e 495 cod. proc. pen., anche sulla non manifesta superfluità della rinnovazione stessa».

«Il consenso delle parti alla lettura ex art. 511, comma 2, cod. proc. pen. degli atti assunti dal collegio in diversa composizione, a seguito della rinnovazione del dibattimento, non è necessario con riguardo agli esami testimoniali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perché non chiesta, non ammessa o non più possibile»<sup>34</sup>.

Mentre con il primo e il terzo principio di diritto le Sezioni unite hanno risposto ai quesiti loro posti, con il secondo traspare l'intenzione del Collegio di occuparsi di aspetti non precedentemente chiariti dalle Sezioni Unite Iannasso<sup>35</sup>: pertanto, la pronuncia del 2019 si inserisce «in un filone interpretativo che si potrebbe definire additivo o paranormativo»<sup>36</sup>.

Con riferimento alle attività di cui agli artt. 492, 493, 495 c.p.p., la Corte esclude la necessità di una loro formale rinnovazione, in applicazione del principio di portata generale previsto all'art. 525 comma 2, ultimo periodo, c.p.p., secondo il quale i provvedimenti già emessi conservano efficacia se non espressamente revocati. Resta fermo, però, il potere del giudice di disporre d'ufficio la ripetizione. Tale regola appare compatibile con il principio della ragionevole durata del processo, per cui mediante l'applicazione della regola del tacito rinnovo viene salvaguardata l'esigenza pubblicistica delle parti di contenere i tempi del processo. Infatti, secondo il Collegio riunito, detta norma sarebbe espressione del più generale "principio di conservazione degli atti giuridici"<sup>37</sup>, con la conseguenza che «i provvedimenti sull'ammissione della prova emessi dal giudice diversamente composto devono intendersi confermati, se non espressamente modificati o revocati»<sup>38</sup>.

Nel procedimento davanti al giudice in mutata composizione le parti sono ammesse a formulare "nuove" richieste di prova<sup>39</sup>, ad esempio chiedendo di sentire un

<sup>34</sup> Cass., Sez. Un., 30 maggio 2019, *Bajrami*, op. cit.

<sup>35</sup> Cass., Sez. Un., 15 gennaio 1999, n. 2, *Iannasso*.

<sup>36</sup> In tal senso F. CASCINI, *Tramonto dell'immediatezza o sano realismo? Le Sezioni Unite Bajrami e il novum processuale*, in *Giustizia Insieme*, 2019, p. 5.

<sup>37</sup> Cfr., G. SANFILIPPO, *Il principio di immutabilità alla luce delle recenti Sezioni Unite*, in *Penale online*, 2019.

<sup>38</sup> Cass., Sez. Un., 30 maggio 2019, *Bajrami*, op. cit.

<sup>39</sup> Secondo la Corte, il requisito della espressa richiesta di parte alla riassunzione della prova orale trova fondamento nel principio dispositivo della prova, il quale informa il nostro sistema

teste la cui ammissione non è stata domandata in precedenza. In questo caso, il nominativo del teste dovrà essere indicato nella lista *ex art. 468 c.p.p.*; sul punto, la parte che ha interesse alla citazione, laddove non abbia depositato ritualmente la lista può chiedere un termine per il deposito. Qualora il mutamento del giudicante sia in concreto imprevedibile, al fine di esercitare il diritto/onere di presentare una nuova lista testi, la Corte ha riconosciuto la facoltà di richiedere un termine a difesa<sup>40</sup>.

Quanto alla parte che avanzi richiesta di riassunzione della prova testimoniale, già acquisita innanzi al giudice nella precedente composizione, essa ha l'onere di indicare «il nominativo del dichiarante e le circostanze sulle quali il nuovo esame deve vertere in una lista tempestivamente depositata *ex art. 468 c.p.p.*»<sup>41</sup>. La parte, nel depositare una nuova lista testimoniale, dovrà indicare le circostanze e, in particolare, quelle che rendono non superflua la ripetizione del mezzo di prova orale già assunto dal precedente giudice. La Corte sembra qui imporre un particolare rigore giustificativo in capo alla parte, richiedendo che tali circostanze siano «decisive»<sup>42</sup> o assumano, alla luce del materiale probatorio già presente nel fascicolo del dibattimento, un «concreto rilievo». L'interesse alla riassunzione di una testimonianza potrà essere motivato anche dalla esigenza di estendere l'esame a «circostanze nuove»<sup>43</sup> originariamente omesse e non emerse in sede di *cross-examination*.

---

processuale. A conforto di tale statuizione, starebbe la considerazione «che anche a seguito della rinnovazione del dibattimento, il procedimento di ammissione della prova continua ad essere disciplinato dal combinato disposto degli artt. 468 e 493 c.p.p.: la stessa sentenza *Iannasso* dava atto che le regole riguardanti l'ammissione delle prove non mutano per effetto della disposta rinnovazione del dibattimento e, d'altro canto, nessuna disposizione prevede per questo caso una disciplina *ad hoc*». Sul punto, OSSERVATORIO SULLA LEGALITÀ DELLE DECISIONI GIUDIZIARIE, *Prime osservazioni, op.cit.*, pp. 13 ss.

<sup>40</sup> La genericità della statuizione e dei suoi presupposti, disancorati da qualsivoglia disposizione normativa, secondo la dottrina solleva non poche perplessità applicative e, allo stato, non è possibile prevedere quali risposte verranno fornite dalla prassi. Ci si domanda, *in primis*, se, con la richiesta di un termine a difesa, dovranno essere esplicitati o comunque anche vagamente menzionati «i presupposti di novità» oggi previsti, «oppure se la richiesta costituisca l'esercizio di una facoltà». Altro dato che suscita perplessità è la concessione del termine che viene rimesso ad un giudizio di «imprevedibilità» del mutamento del giudice, i cui margini di discrezionalità parrebbero, in modo quanto mai aleatorio, estendersi sino alle parti. OSSERVATORIO SULLA LEGALITÀ DELLE DECISIONI GIUDIZIARIE, *Prime osservazioni, op.cit.*, p. 26.

<sup>41</sup> In difetto, la parte potrà «soltanto sollecitare il giudice, all'esito dell'istruzione dibattimentale, a disporre la nuova assunzione delle prove già precedentemente assunte dal giudice diversamente composto ai sensi dell'art. 507 c.p.p.» così Cass., Sez. Un., 30 maggio 2019, *Bajrami, op. cit.*

<sup>42</sup> La «prova decisiva» è soltanto quella che, a prescindere dalle previsioni circa il suo effettivo risultato, è, quantomeno in astratto, «idonea a superare contrasti e conseguenti dubbi emergenti dall'acquisito quadro probatorio oppure atta di per sé ad inficiare l'efficacia dimostrativa di altra o altre prove di sicuro segno contrario», OSSERVATORIO SULLA LEGALITÀ DELLE DECISIONI GIUDIZIARIE, *Prime osservazioni, op.cit.*, p. 18.

<sup>43</sup> Cass., Sez. Un., 30 maggio 2019, *Bajrami, op. cit.*

In tema di consenso del difensore alla lettura delle dichiarazioni precedentemente rese *ex art.* 511, comma 2, c.p.p.<sup>44</sup>, si ritiene che esso non occorra, tanto quando non si sia proceduto alla rinnovazione della prova, sia quando la ripetizione risulti ormai divenuta impossibile, oppure quando ritenuta non ammissibile. Invero, già la sentenza *Iannasso* aveva statuito che, allorquando nel corso del dibattimento rinnovato a causa del mutamento del giudice nessuna delle parti riproponga la richiesta di ammissione della prova assunta in precedenza, il giudice può di ufficio disporre la lettura delle dichiarazioni precedentemente raccolte nel contraddittorio delle parti e inserite legittimamente negli atti dibattimentali.

La richiesta di ammissione di prove completamente nuove sarà valutata dal giudice secondo i parametri ordinari di cui all'art. 190 c.p.p. Quest'ultima norma detta i criteri che limitano fortemente il potere del giudice di escludere le prove richieste dalle parti, pertanto, le Sezioni Unite attribuiscono un concreto rilievo al solo parametro della "non manifesta superfluità"<sup>45</sup>.

Ad ogni modo, secondo la nuova procedura introdotta dalle Sezioni Unite *Bajrami*, dinanzi al nuovo giudice potranno essere riproposte le questioni preliminari sollevate in precedenza davanti ad altro giudice, che siano state da quest'ultimo analizzate, mentre non potranno essere sollevate questioni del tutto nuove che le parti avrebbero potuto (e dovuto) avanzare davanti al precedente organo giudicante. La sentenza *Bajrami* non affronta direttamente la questione dei poteri del "nuovo" giudice riguardo all'ammissibilità dei riti alternativi, che nel procedimento davanti al Tribunale in composizione monocratica possono essere richiesti anche nella fase dibattimentale. Tuttavia, può essere utile ricordare che la giurisprudenza formatasi prima della *Bajrami* si era assestata in termini negativi<sup>46</sup>. Orbene, in mancanza di nuove direttive, prevalgono

<sup>44</sup> G. CAPITANI, *Le Sezioni Unite: quasi salve le prove quando muta il collegio giudicante*, in *Diritto e Giustizia*, 2019, p. 20.

<sup>45</sup> «Anche in caso di rinnovazione del dibattimento, pertanto, al giudice è attribuito il potere-dovere di valutare, ai sensi dell'art. 495, comma 1, e art. 190 c.p.p., comma 1, l'eventuale manifesta superfluità della reiterazione degli esami in precedenza svolti dinanzi al giudice diversamente composto, e conseguentemente non ammetterli; la rilevanza dei predetti esami non sembra poter essere messa in discussione, ove s'intenda procedere alla successiva declaratoria di utilizzabilità degli stessi previa lettura dei relativi verbali, ai sensi dell'art. 511 c.p.p.; mentre, i casi in cui il nuovo giudice ritenga che la prova già ammessa ed assunta dinanzi al giudice precedente sia vietata dalla legge appaiono, nella prassi applicativa, residuali, pur essendone sempre possibile il verificarsi», Cass., Sez. Un., 30 maggio 2019, *Bajrami*, *op. cit.* La Suprema corte ammette che il nuovo giudice possa ritenere la prova già ammessa ed assunta dinanzi a quello precedente vietata dalla legge, oppure che sia una prova superflua, quindi che verta sulle stesse circostanze già compiutamente oggetto del precedente esame; per esempio, la richiesta di reiterazione di un verbalizzante che già nel corso della precedente escussione aveva chiesto di consultare in aiuto alla memoria gli atti a sua firma, dato che non potrà che riportarsi nuovamente ai verbali. Infine, le prove possono essere irrilevanti, quindi ininfluenti sul giudizio. Sul punto, cfr. L. MIAZZI, *L'immutabilità del giudice del dibattimento dopo la sentenza delle SS.UU. Bajrami: istruzioni per la sopravvivenza*, in *Dir. proc. pen.*, 2019, pp. 16 ss.

<sup>46</sup> Si veda, *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 13 febbraio 2019, n. 38687; Cass. pen., sez. IV, 22 giugno

dunque le regole speciali dettate dalle norme e precisate dalla giurisprudenza in questi ultimi anni che escludono la possibilità di inedite richieste di riti alternativi in conseguenza del mutamento del giudice.

Non vi è dubbio che questa pronuncia abbia riaperto il conflitto “storico” rimasto sullo sfondo del contrasto giurisprudenziale: quello inerente il rispetto dei principi fondativi del codice di procedura penale di stampo accusatorio – tra cui, in particolare, quello di oralità – e l’esigenza di funzionamento effettivo del processo nel contesto di reale disponibilità di risorse e di concreto atteggiamento delle parti<sup>47</sup>. In sostanza, i principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite *Bajrami* risultano esorbitanti rispetto ai quesiti posti dall’ordinanza di rimessione, dal momento che le questioni erano soltanto due<sup>48</sup> e la Corte di cassazione riunita è arrivata ad esprimere ben tre diversi principi di diritto. Mentre il primo e il terzo sono direttamente riconducibili all’ordinanza di rimessione, il secondo, riferito ai presupposti per la rinnovazione dell’istruttoria, è un «riempimento non esplicitamente chiarito dalla sentenza *Iannasso*»<sup>49</sup>, il quale non si pone in connessione logica con gli altri due punti. Peraltro, quest’ultimo principio di diritto è quello di maggior rilievo, con ricadute importanti sul principio di immediatezza e di oralità; poiché legittima la separazione del giudice della decisione dal giudice dalle prove, attraverso la cartolarizzazione delle stesse. Tale questione si pone come un’ulteriore affermazione di forza della Corte di cassazione, rispetto al potere legislativo.

In conclusione, le statuizioni della giurisprudenza – costituzionale prima, di legittimità poi – hanno determinato un affievolimento dei principi di immediatezza e oralità, in favore della (tendenziale) speditezza dei tempi processuali, agevolando così il sopravvento della *prova verbalizzata*<sup>50</sup>.

## 6. La riforma Cartabia.

Con la legge 27 settembre 2021, n. 134, il legislatore ha delegato il Governo in materia di «efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari». Quindi, sono state

---

2018, n. 46410.

<sup>47</sup> Cfr. L. MIAZZI, *L’immutabilità del giudice del dibattimento dopo la sentenza delle SS.UU. Bajrami: istruzioni per la sopravvivenza*, op. cit., p. 20.

<sup>48</sup> In particolare, la riconducibilità o meno dell’ordinanza di ammissione delle prove nel percorso procedimentale sottoposto a rinnovazione e la verifica delle modalità di espressione del consenso alla lettura delle dichiarazioni dibattimentali rese davanti al “diverso” giudice.

<sup>49</sup> OSSERVATORIO SULLA LEGALITÀ DELLE DECISIONI GIUDIZIARIE, *Prime osservazioni*, op.cit., p. 41.

<sup>50</sup> A. MARANDOLA, [Riforma Cartabia: mutamento del giudice e rinnovazione dell’istruttoria probatoria](#), in *questa Rivista*, 31 luglio 2023; l’Autrice correttamente sostiene che la valorizzazione della lettura dei verbali delle precedenti dichiarazioni (la c.d. *prova verbalizzata*) determina un «reiterato tradimento delle promesse accusatorie, con conseguente indebolimento dei canoni costituzionali sui quali dovrebbe risposare la conformazione del nostro rito penale».

impartite alcune – forse poche – direttive per realizzare l’obiettivo prefissato, ossia l’efficienza del processo penale.

Limitatamente ai temi approfonditi in questa sede, spicca l’art. 1, n. 11 lett. d) l. n. 134 del 2021, con il quale si è suggerito al Governo di «prevedere che, nell’ipotesi di mutamento del giudice o di uno o più componenti del collegio, il giudice disponga, a richiesta di parte, la riassunzione della prova dichiarativa già assunta; stabilire che, quando la prova dichiarativa è stata verbalizzata tramite videoregistrazione, nel dibattimento svolto innanzi al giudice diverso o al collegio diversamente composto, nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate, il giudice disponga la riassunzione della prova solo quando lo ritenga necessario sulla base di specifiche esigenze». L’esecutivo ha dato seguito alle indicazioni ricevute dal Parlamento emanando il D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, il quale all’art. 30, comma 1, lett. f) prevede l’introduzione del comma 4-ter all’art. 495 c.p.p.

La novella stabilisce che «se il giudice muta nel corso del dibattimento, la parte che vi ha interesse ha diritto di ottenere l’esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni nel medesimo dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate, salvo che il precedente esame sia stato documentato integralmente mediante mezzi di riproduzione audiovisiva. In ogni caso, la rinnovazione dell’esame può essere disposta quando il giudice la ritenga necessaria sulla base di specifiche esigenze». Non accolta la più lineare e opportuna proposta avanza dalla Commissione Lattanzi<sup>51</sup>, volta a valorizzare regole ordinamentali in grado di neutralizzare i mutamenti dei collegi giudicanti dovuti (soprattutto) a trasferimenti dei magistrati, il bilanciamento sotteso alla nuova disciplina è del tutto evidente. Orbene, seguendo la linea tracciata dalle Corti, il legislatore delegato ha stabilito che la rinnovazione probatoria sia ammissibile – qualora richiesta dalle parti – ove la documentazione della prova dichiarativa già assunta non sia avvenuta mediante videoregistrazione dell’esame. Ciononostante, al giudice è consentito di disporre la riassunzione, sulla base di “specifici motivi”<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Si veda [Riforma del processo penale, del sistema sanzionatorio e della prescrizione del reato: la Relazione finale della Commissione Lattanzi](#), in questa Rivista, 25 maggio 2022, p. 30.

<sup>52</sup> Cfr. G. RANALDI, *Il dibattimento che verrà: prologòmeni di una riforma in fieri*, in “Riforma Cartabia” e rito penale, a cura di A. MARANDOLA, Milano, Cedam, 2022, p. 222.

Soprattutto la dottrina ha sollevato alcune critiche<sup>53</sup> – con rare eccezioni<sup>54</sup> – ritenendo eccessivamente vaga e indeterminata la delega legislativa, con la quale si è voluto dare un potere al giudice in merito alla rinnovazione della prova dichiarativa. Una materia che fin dal 1994 è stata teatro di una «guerra interpretativa»<sup>55</sup> e che sembrava aver trovato un suo assetto definitivo con la sentenza delle Sezioni Unite *Iannasso*. Dopodiché, la riforma della ministra Cartabia ha determinato un superamento dell'impostazione escogitata con la sentenza *Bajrami*: innanzitutto è possibile ravvisare un'ampiezza del diritto delle parti ad ottenere la rinnovazione della prova quando la prima escussione non sia stata videoregistrata. Dunque, ogniqualvolta l'esame del teste è stato solo verbalizzato "in modo tradizionale" nell'istanza non occorre palesare alcuna esigenza speciale; diversamente, nel momento in cui si è fatto ricorso alla videoregistrazione<sup>56</sup>, sarà necessaria una motivazione "rafforzata"<sup>57</sup>. Infine, non del tutto chiari sono i *poteri-doveri* attribuiti al giudice in ordine alla valutazione circa la non manifesta superfluità della richiesta di rinnovazione.

Taluni<sup>58</sup> sostengono che con l'intervento riformatore si sia voluto accentuare e assicurare la rappresentazione dell'atto. Ad esempio, l'utilizzo della videoregistrazione, misura fortemente voluta dal mondo dell'avvocatura, dovrebbe consentire al nuovo giudice di valutare una prova dichiarativa assunta davanti ad un altro organo giurisdizionale, tenendo conto anche degli aspetti non verbali. In particolare, il

---

<sup>53</sup> *Ex multis*, si veda M. BETZU, A. CHELO, *No more Bajrami? Dubbi di incostituzionalità sul diritto transitorio del nuovo art. 495, comma 4-ter, c.p.p.*, in *Penale Diritto e Procedura*, fasc. 1, 2023, p. 45; gli Autori prospettano una questione di legittimità costituzionale in particolare sul diritto transitorio, il quale farebbe rivivere l'impostazione enucleata dalla giurisprudenza della Cassazione. Difatti, «una eventuale decisione di accoglimento da parte della Corte costituzionale avrebbe così come effetto quello di rimuovere il limite temporale di applicabilità del comma 4-ter, consentendone la più piena espansione e facendo venir meno, una volta per tutte, l'ultrattività della "regola Bajrami"». Cfr. G. SPANGHER, *Bajrami forever*, in *Penale Diritto e Procedura*, fasc. 3, 2022, p. 457 ss.

<sup>54</sup> 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. 62.

<sup>55</sup> P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Torino, Giappichelli, 2008.

<sup>56</sup> A. CIAVOLA, *Le insidie del nuovo regime di documentazione della prova dichiarativa*, in *Processo penale e giustizia*, Fascicolo straordinario - *La disciplina transitoria della c.d. riforma Cartabia*, 2023; secondo l'Autrice la riproduzione audiovisiva diventa la modalità privilegiata di documentazione della prova dichiarativa. La riforma, sebbene, «risponda legittimamente all'esigenza di rendere più completa e, quindi, più fedele la verbalizzazione, tuttavia, nasconde numerose insidie, rischiando di alterare gli equilibri posti a fondamento del processo di tipo accusatorio»; cfr. G. PECCHIOLI, *Mutamenti di paradigma nella documentazione della prova dichiarativa: luci e ombre della disciplina che verrà*, in *Foro.it – Gli speciali 2022*, 1, col. 189.

<sup>57</sup> Già la Corte costituzionale – con la sentenza n. 132 del 2019 – aveva suggerito al legislatore di valorizzare la videoregistrazione, quale rimedio compensativo, in deroga al principio di immediatezza.

<sup>58</sup> I. SCORDAMAGLIA, *Tre anni dopo la sentenza Bajrami: l'immutabilità del giudice nella riforma Cartabia*, *op.cit.*

legislatore ha voluto distinguere la videoregistrazione riservata alle prove dichiarative e agli interrogatori effettuati fuori dall'udienza e la registrazione audio per documentare le sommarie informazioni<sup>59</sup>. La traduzione codicistica di tali principi si trova nell'art. 510, comma 2-*bis*, c.p.p. a norma del quale tutti gli atti destinati a raccogliere dichiarazioni di persone informate sui fatti necessitano di registrazione. In più, il comma 3-*bis* stabilisce la trascrizione della riproduzione audiovisiva solo a richiesta delle parti.

### 6.1 La disciplina transitoria e i primi risvolti giurisprudenziali.

L'art. 93-*bis* della disciplina transitoria della citata riforma Cartabia, modificato dal decreto-legge n. 162/2022<sup>60</sup>, ha stabilito che «La disposizione di cui all'art. 495, comma 4-*ter*, del codice di procedura penale, come introdotta dal presente decreto, non si applica quando è chiesta la rinnovazione dell'esame di una persona che ha reso le precedenti dichiarazioni in data anteriore al 1° gennaio 2023». A questo punto, appare ovvio che l'art. 495, comma 4-*ter*, non si applica alle dichiarazioni assunte prima del 1° gennaio 2023, residuano notevoli dubbi circa la disciplina applicabile a quelle assunte dopo tale data<sup>61</sup>.

I dubbi evidenziati dalla dottrina sono condivisibili e la recente giurisprudenza desta perplessità<sup>62</sup>. In particolare, il Tribunale di Tempio Pausania ha rigettato la richiesta di rinnovazione – procedendo con la mera lettura dei verbali delle precedenti dichiarazioni – affermando che la nuova escussione probatoria sarebbe condizionata alla videoregistrazione; o meglio, non sarebbe possibile accogliere l'istanza dei difensori dell'imputato in quanto il diritto alla rinnovazione può essere esercitato «per le prove dichiarative assunte (non video-registrate) successivamente al 1° luglio 2023, mentre prima di tale data, solamente nell'ipotesi in cui il tribunale sia dotato degli strumenti di videoregistrazione e non li abbia, tuttavia, attivati per la singola testimonianza»<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Tuttavia, è possibile procedere senza registrazione in caso di indisponibilità degli strumenti tecnici. Restano, invece, inutilizzabili le dichiarazioni rese da minorenni, infermi di mente o da persone in condizioni di particolare vulnerabilità non videoregistrate.

<sup>60</sup> Decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162, recante «Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di entrata in vigore del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di obblighi di vaccinazione anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali».

<sup>61</sup> Per le prove assunte tra il 1° gennaio 2023 e il 30 giugno 2023 il diritto alla rinnovazione deve operare automaticamente. Come osservato in dottrina, infatti, «solo la presenza della videoregistrazione rende possibile derogare alla rinnovazione e non invece che la videoregistrazione escluda la rinnovazione quando questa manchi per difficoltà tecniche o mancanza di mezzi», così G. SPANGHER, *La rinnovazione della prova dichiarativa per mutamento del giudice nel labirinto della Cartabia*, ne *Il Penalista*, 2023.

<sup>62</sup> A. MARANDOLA, [Riforma Cartabia: mutamento del giudice e rinnovazione dell'istruzione probatoria, tutto cambia e nulla cambia?](#), cit.; l'Autrice – avanza numerose critiche – commentando l'ordinanza del Tribunale di Tempio Pausania del 10 luglio 2023.

<sup>63</sup> Tribunale di Tempio Pausania, [ordinanza del 10 luglio 2023](#), disponibile in *questa Rivista*, 31

L'interpretazione data alle disposizioni riformate del codice di rito suscita qualche critica<sup>64</sup>. La premessa sottesa alla decisione del Tribunale è un'esegesi peculiare della nuova disciplina: pare che il giudicante pervenga al rigetto della richiesta di rinnovazione invertendo i termini del problema<sup>65</sup>. La presenza della verbalizzazione esclude la rinnovazione solo quando le precedenti dichiarazioni siano state già videoregistrate. Difatti, rileggendo l'art. 495, comma 4-ter, c.p.p. si può facilmente prendere coscienza che dal 30 giugno 2023, quando la parte richiedente formula un'istanza volta ad ottenere la rinnovazione dell'esame testimoniale, allegando elementi comprovanti l'utilità probatoria, al giudice spetta il compito di disporre la rinnovazione.

A parere di chi scrive, questa ricostruzione risulta corroborata dalla *Relazione illustrativa di accompagnamento alla Riforma*, la quale specifica che «in caso di mutamento di almeno uno dei componenti del collegio (e, quindi, in caso di rito monocratico, dell'ultimo giudice), a richiesta della parte che vi ha interesse, “debba sempre essere disposta” la riassunzione della prova dichiarativa già assunta»<sup>66</sup>. Quindi, in caso di mancata videoregistrazione del precedente esame, appare lapalissiano ritenere la rinnovazione un diritto delle parti<sup>67</sup>. Diversamente, qualora venisse accolta l'impostazione secondo la quale ogni volta che gli strumenti tecnici sono assenti o non funzionanti, la rinnovazione non possa essere disposta, si tradirebbe la *volutas legis*<sup>68</sup>. A questo punto, occorre interrogarsi sulla *ratio* del d.lgs. 150/2022: se «la volontà della riforma è stata quella di superare quella tormentata stagione tesa alla neutralizzazione dei valori cui è improntato l'intero regime dibattimentale del rito penale»<sup>69</sup>, non

---

luglio 2023.

<sup>64</sup> F. DEMARTIS, *Nessuna rinnovazione dell'istruzione dibattimentale anche se manca la registrazione delle precedenti dichiarazioni*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 2023; l'Autore sostiene che l'ordinanza del Tribunale di Tempio Pausania «si contraddistingue per una singolare interpretazione che pare confliggere sia col dato testuale che, più in generale, con lo spirito della riforma, che, in subietta materia, è quello di superare l'orientamento delle Sezioni Unite Bajrami».

<sup>65</sup> A. MARANDOLA, *Riforma Cartabia: mutamento del giudice e rinnovazione dell'istruzione probatoria, tutto cambia e nulla cambia?*, *op.cit.*

<sup>66</sup> [Riforma della giustizia penale: in G.U. la Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150](#), in questa Rivista, 2022.

<sup>67</sup> Occorre precisare, benché ormai superato, che l'art. 94 delle disposizioni transitorie ha posticipato l'operatività della previsione contenuta nel d.lgs. n. 150/2022 al 1° luglio 2023, così come dell'obbligo di videoregistrazione delle prove dichiarative, *ex art.* 510, comma 2-bis, c.p.p., quindi per le dichiarazioni rese prima del 1° gennaio 2023 si continua ad applicare il regime delineato dalla Cassazione.

<sup>68</sup> F. DEMARTIS, *Nessuna rinnovazione dell'istruzione dibattimentale anche se manca la registrazione delle precedenti dichiarazioni*, *op. cit.*, secondo l'Autore «il collegio si è sostituito al legislatore ed ha “creato” una nuova disciplina transitoria in base alla quale il diritto alla rinnovazione riguarderebbe soltanto le prove assunte successivamente al 1° luglio 2023 [...], così posticipando di sei mesi il termine a partite dal quale, in base al dato normativo, opera il diritto alla rinnovazione». Dunque, «la soluzione adottata – che si pone, quindi, in contrasto con la legge – parrebbe giustificata dalla sola esigenza di evitare una dilatazione dei tempi processuali».

<sup>69</sup> A. MARANDOLA, *Riforma Cartabia: mutamento del giudice e rinnovazione dell'istruzione probatoria*,

possiamo tradire le lodevoli aspettative. Sul tema sicuramente si pronuncerà la Corte di cassazione, nella speranza che la giurisprudenza di merito possa evitare di intraprendere la strada – molto tortuosa – che porta nuovamente all’abrogazione tacita dell’ennesimo tentativo di valorizzazione del principio di immediatezza e oralità. Un baluardo, come abbiamo avuto modo di approfondire, del libero convincimento del giudice<sup>70</sup>: espressione del generale principio del contraddittorio sancito all’art. 111 Cost.<sup>71</sup>, il quale richiede che i fatti oggetto dell’imputazione siano accertati mediante una contrapposizione dialettica tra le parti, innanzi ad un giudice terzo<sup>72</sup>. Dunque, non sono accettabili passi indietro, visto che il nuovo art. 495, comma 4-ter, c.p.p. traduce con legge ordinaria il principio costituzionale posto alla base del processo penale di stampo accusatorio.

## 7. Note conclusive: una riflessione *de iure condendo*.

Riassumendo, dal combinato disposto degli artt. 495, comma 4-ter, e 525, comma 2, c.p.p. si dovrebbe dedurre che, esclusivamente in presenza di dichiarazioni assunte mediante videoregistrazione, il diritto di entrambe le parti alla rinnovazione può subire una limitazione<sup>73</sup>.

In conclusione, un possibile raccordo è possibile ravvisarlo anche con la disciplina della documentazione delle prove dichiarative. Finché non verranno

---

*tutto cambia e nulla cambia?, op.cit.*

<sup>70</sup> D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2005; F. R. DINACCI, *L'immutabilità del giudice quale valore euristico da preservare attraverso ortodossie interpretative*, in *Diritto di difesa*, 2022. Si veda altresì G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*. *Diritto processuale penale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. VIII, Roma, 1988, p. 1.

<sup>71</sup> C. CONTI, *Il principio del contraddittorio in Costituzione*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, a cura di S. LANDINI, G. CONTE, Universitas Studiorum, 2017; l’Autrice rammenta che è «il metodo dialettico che consente la continua prospettazione di ricostruzioni alternative, tra le quali il giudice è chiamato ad effettuare una scelta motivata in ossequio alle rigide cadenze scandite dall’art. 546, lett. e c.p.p., così come da ultimo interpolato dalla legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. ridorma Orlando)».

<sup>72</sup> G. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Bari-Roma, Editori Laterza, 2020; l’Autore ricorda che «la formazione dialettica della prova dichiarativa non costituisce, peraltro, soltanto la meno imperfetta delle opzioni tecniche attualmente a nostra disposizione, ma è anche una scelta di civiltà. Verificare l’ipotesi accusatoria in contraddittorio con l’imputato significa ravvisare nella dignità del singolo un bene non meno prezioso dell’accertamento dei fatti e delle responsabilità».

<sup>73</sup> A. CIAVOLA, *Le insidie del nuovo regime di documentazione della prova dichiarativa*, in *Processo penale e giustizia*, op.cit.; l’Autrice conferma con chiarezza che «il timore che queste conclusioni possano scontrarsi con le esigenze di efficienza del sistema e di ragionevole durata del processo va fronteggiato ribadendo che la tutela delle prerogative poste a tutela dei diritti fondamentali dell’imputato e della indefettibilità della giurisdizione risultano prevalenti, in assenza, quanto meno, di una garanzia compensativa o di un principio costituzionale, anch’esso di valore primario».

adeguatamente organizzate le aule di udienza per poter procedere alla videoregistrazione, il diritto alla rinnovazione non potrà essere negato alle parti. L'unica eccezione riguarda ancora una volta le dichiarazioni assunte prima del 1° gennaio 2023: a quest'ultime resta applicabile la disciplina *pretoria* individuata a seguito della sentenza *Bajrami*. Se così fosse, si creerebbe una disparità di trattamento non costituzionalmente giustificata<sup>74</sup>.

Ebbene, qualora il legislatore abbia davvero a cuore l'efficienza del processo penale, come richiesto anche dalla giurisprudenza sovranazionale e dalla stessa magistratura, appare utile sanare le scoperture dell'organico nell'intero settore giustizia. L'ingresso di nuovi magistrati e cancellieri, nonché di apparecchiature tecniche, permetterebbe di definire i processi con tempi ragionevoli e nel rispetto delle garanzie costituzionali. Nuove regole sono altresì auspicabili per limitare – a proposito di mutamento del giudice in fase dibattimentale – l'impatto sui ruoli di udienza causato dai trasferimenti volontari dei magistrati. La gestione dei trasferimenti richiede (richiederebbe) un'attenta attività di programmazione in modo tale da consentire al giudice di portare a termine i procedimenti già assegnati o iniziati<sup>75</sup>.

Bisogna, pertanto, continuare a sollecitare il dibattito – prima che sia troppo tardi – in difesa della *legalità processuale*<sup>76</sup>, quale unica garanzia per una decisione giusta e rispettosa dei diritti inviolabili.

---

<sup>74</sup> M. GRIFFO, *La Bajrami rievolve grazie ad una (irrazionale) norma transitoria*, in *Giurisprudenza penale web*, 2023; A. CHELO, *Saldi intenti di razionalizzazione e timidi tentativi di recupero delle garanzie nel giudizio "secondo Cartabia"*, in *Diritto penale e processo*, 2023, p. 170.

<sup>75</sup> Cfr. A. GUERRA, C. TAGLIAPIETRA, *Giudici con la valigia. Quanto costa il trasferimento dei magistrati alla giustizia italiana*, Roma, Aracne, 2016; D. CAVALLINI, *Trasferimenti dei magistrati e funzionalità degli uffici giudiziari*, in [www.dirittodidifesa.eu](http://www.dirittodidifesa.eu), 2022.

<sup>76</sup> O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Edizioni ETS, 2016, p. 329; secondo le riflessioni dell'Autore «il processo è giusto, in tutti i suoi snodi, in tutta la sequenza procedimentale, nella misura in cui attua i principi costituzionali. E non esistono forme processuali che non sottendono valori costituzionali. Come detto, tutto il procedimento penale, dalla notizia di reato al giudicato, è attuazione di valori costituzionalmente rilevanti, per non parlare dei sempre più attuali principi europei della grande e piccola Europa». Perciò, «occorre essere chiari: senza forme, senza legalità processuale, non siamo più nel campo del diritto, non vi è più un processo inteso come concatenazione regolata di atti. Ci si sposta su un altro terreno, che sicuramente può risultare produttivo di risultati, ma non è degno di un ordinamento democratico. Senza le forme del processo penale l'amministrazione della giustizia diventa puro atto politico».



**SORVEGLIANZA SPECIALE DI PUBBLICA SICUREZZA  
E STATO DI DETENZIONE:  
VERSO IL DEFINITIVO SUPERAMENTO DELLA PRESUNZIONE  
DI PERSISTENTE PERICOLOSITÀ PER CHI HA ESPIATO  
UNA PENA DETENTIVA INFERIORE AI DUE ANNI?**

*Trib. Oristano, ord. 14 dicembre 2022, reg. ord. n. 22/2024*

di Edoardo Zuffada

1. Per l'ennesima volta, le misure di prevenzione tornano al cospetto della Corte costituzionale, questa volta sotto il profilo dei rapporti tra stato di detenzione ed esecuzione della misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza.

In particolare, nell'ordinanza in commento il Tribunale di Oristano dubita della legittimità costituzionale dell'art. 14 co. 2-ter d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (d'ora in avanti, cod. antimafia), ritenendo che tale disposizione si ponga in contrasto con gli artt. 3 co. 1 e 2, 13 co. 1 e 27 co. 3 Cost. nella parte in cui prevede che la sorveglianza speciale, disposta dal giudice della prevenzione prima o durante il periodo di carcerazione e rimasta sospesa per tale lasso temporale, trovi esecuzione in via automatica, senza cioè un nuovo accertamento circa la persistente sussistenza della pericolosità sociale del soggetto, nel caso in cui la pena detentiva abbia avuto una durata inferiore ai due anni.

Nel caso di specie, infatti, il giudice sardo era chiamato a valutare la penale responsabilità ai sensi dell'art. 75 cod. antimafia di un soggetto che, attinto da un provvedimento applicativo della misura della sorveglianza speciale mentre si trovava ristretto in carcere, una volta espiata la pena detentiva di durata inferiore a due anni veniva colto in più occasioni trasgredire le prescrizioni imposte con la misura di prevenzione personale, la quale aveva nel frattempo ripreso il suo corso senza che si fosse proceduto a un nuovo accertamento in merito alla perdurante pericolosità del soggetto.

2. Per meglio comprendere la censura mossa dal giudice rimettente all'art. 14 cod. antimafia, è bene ricostruire brevemente l'evoluzione della disciplina *in parte qua* del sistema di prevenzione.

2.1. Nell'impostazione originaria della l. 27 dicembre 1956, 1423, l'unica disposizione deputata a disciplinare i rapporti tra pena, misura di sicurezza e misura di prevenzione era l'art. 12, che, invero un po' laconicamente, stabiliva che: «il tempo trascorso in custodia preventiva seguita da condanna o in espiazione di pena detentiva,

anche se per effetto di conversione di pena pecuniaria, non è computato nella durata dell'obbligo del soggiorno» (co. 1); «l'obbligo del soggiorno cessa di diritto se la persona obbligata è sottoposta a misura di sicurezza detentiva» (co. 2); «se alla persona obbligata a soggiornare è applicata la libertà vigilata, la persona stessa vi è sottoposta dopo la cessazione dell'obbligo del soggiorno» (co. 3).

Com'è evidente, tale norma, che oggi trova collocazione, nello stesso testo, nell'art. 15 cod. antimafia, non forniva all'interprete sicure e univoche indicazioni in merito alle sorti della sorveglianza speciale in caso di sopravvenienza di una condanna a pena detentiva: non era chiaro, in particolare, se, una volta espiata la pena carceraria, al fine di dare nuovo corso alla misura personale fosse in ogni caso necessario procedere a una rivalutazione della pericolosità del soggetto o se, al contrario, ci si potesse attenere alla decisione già presa in sede di applicazione.

**2.2.** Chiamate a pronunciarsi sul punto, le Sezioni Unite *Tumminelli* avevano inizialmente escluso la necessità di una nuova valutazione, argomentando che l'esistenza della pericolosità sociale del proposto deve essere accertata con esclusivo riferimento al momento in cui viene emessa la decisione che l'afferma e che, conseguentemente, «una volta che la pericolosità sia stata riconosciuta esistente al momento della decisione, la misura deve essere disposta, senza che sia impedita dalla possibilità di futuri mutamenti della personalità del soggetto»<sup>1</sup>. Il che non significava, d'altro canto, che il destinatario della misura non potesse sollecitare una nuova valutazione in merito alla sua pericolosità attraverso lo strumento di cui all'art. 7 l. n. 1423/1956 (oggi art. 11 cod. antimafia), il quale ammette, in ogni momento, la possibilità di revoca o modifica del provvedimento applicativo della misura di prevenzione personale su istanza di parte e sentita l'autorità proponente. Per la Suprema Corte, in sostanza, «posto che la pericolosità della persona non è di per sé cancellata dalla privazione della libertà personale, il risultato positivo che può essere raggiunto per effetto del trattamento risocializzante connesso al regime di espiazione della pena, ovvero a seguito della sottrazione del soggetto all'ambiente in cui manifestava la propria condotta pericolosa, può avere rilevanza, *secundum legem*, soltanto ai fini della revoca della misura»<sup>2</sup>.

**2.3.** A ben vedere, però, la soluzione adottata dalle Sezioni Unite *Tumminelli* andava nella direzione opposta rispetto a quanto normativamente previsto in tema di misure di sicurezza.

Come noto, infatti, il regime applicativo delle misure di sicurezza, originariamente incardinato su numerosi schemi presuntivi e rigidi automatismi

---

<sup>1</sup> Cass., sez. un., 25 marzo (dep. 14 luglio) 1993, n. 6, *Tumminelli*, § 3, in *Cass. pen.*, fasc. 11/1993, p. 2491, con nota di P.V. MOLINARI, *Sull'applicabilità della misura di prevenzione della sorveglianza speciale di p.s. durante la detenzione in espiazione di pena della persona pericolosa*.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

applicativi, è stato completamente stravolto nel corso del tempo per effetto di una serie di pronunce di incostituzionalità e di interventi legislativi di riforma<sup>3</sup>.

A tal proposito, va anzitutto ricordata la sentenza n. 1/1971, con la quale la Corte costituzionale – nel dichiarare l’incompatibilità con l’art. 3 Cost. dell’art. 224 co. 2 c.p. nella parte in cui rendeva obbligatorio ed automatico, per i minori infraquattordicenni non imputabili, il ricovero, per almeno tre anni, in riformatorio giudiziario – aveva per la prima volta messo in discussione l’ordito di meccanismi presuntivi che governavano la disciplina delle misure di sicurezza<sup>4</sup>. In particolare, secondo la Corte la regola di cui all’art. 224 co. 2 c.p. appariva «palesamente contraria a qualunque criterio di ragionevolezza»: pur non dubitando, infatti, che «la severa misura di sicurezza sia obbligatoriamente comminata nel presupposto della pericolosità sociale del minore», la presunzione di pericolosità «non ha fondamento allorché si tratti della non imputabilità del minore di anni quattordici», e ciò proprio in ragione della «giovanissima età del soggetto», la quale non giustifica l’applicazione automatica di una misura così grave com’è quella del riformatorio giudiziario<sup>5</sup>.

Nel solco tracciato dalla sentenza n. 1/1971 si collocano poi le successive pronunce n. 139/1982 e n. 249/1983, nelle quali il Giudice delle leggi aveva riscontrato l’incostituzionalità, sempre per violazione del canone della ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost., di altre presunzioni di pericolosità previste in relazione all’applicazione, nei confronti dell’infermo di mente, del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario<sup>6</sup> e del ricovero in casa di cura e custodia<sup>7</sup>. In particolare, nella sentenza del 1982 il Giudice delle

<sup>3</sup> Cfr., per tutti, E. MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, agg. I, Milano, 1997, in part. p. 765 ss.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario: vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, in part. p. 31 ss.

<sup>4</sup> Corte cost., sent. 12-20 gennaio 1971, n. 1, con note di G. GIAMPAOLI, *La Corte costituzionale legislatrice?*, in *Scuola pos.*, 1971, p. 391 ss.; G. VASSALLI, *La pericolosità presunta del minore non imputabile*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 2.

<sup>5</sup> *Ivi*, § 6.

<sup>6</sup> Corte cost., sent. 8-27 luglio 1982, n. 139, con note di V. FERRARI, *Il cielo dei concetti e le diaboliche applicazioni. Altre riflessioni in tema di ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 169 ss.; A. MANACORDA, *Infermità mentale, custodia e cura alla luce della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, I, c. 292 ss.; E. MUSCO, *Variazioni minime in tema di pericolosità presunta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1584 ss.; G. RUSSO, *La pericolosità sociale dell’infermo di mente prosciolto*, in *Riv. it. med. leg.*, 1983, p. 375 ss.; G. VASSALLI, *L’abolizione della pericolosità degli infermi di mente attraverso la cruna dell’ago*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 1202 ss. In particolare, con tale sentenza la Corte costituzionale ha dichiarato l’incostituzionalità degli artt. 222 co. 1, 204 co. 2, 205 co. 2 n. 2 c.p., per violazione dell’art. 3 Cost., nella parte in cui non subordinavano il provvedimento di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario dell’imputato prosciolto per infermità psichica al previo accertamento da parte del giudice della cognizione o dell’esecuzione della persistente pericolosità sociale derivante dall’infermità medesima al tempo dell’applicazione della misura.

<sup>7</sup> Corte cost., sent. 15-28 luglio 1983, n. 249, con nota di D. GIURI, *Infermità psichica e presunzione di pericolosità nel giudizio della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 460 ss. In particolare, con tale sentenza la Corte costituzionale ha dichiarato l’incostituzionalità degli artt. 204 co. 2 e 219 co. 1 c.p. nella parte in cui non subordinavano il provvedimento di ricovero in una casa di cura e di custodia dell’imputato condannato per delitto non colposo ad una pena diminuita a causa di infermità psichica al previo accertamento da parte del giudice della persistente pericolosità sociale derivante dall’infermità medesima al tempo dell’applicazione della misura di sicurezza. Attraverso lo strumento di cui all’art. 27 l. n. 87/1953 è stata dichiarata anche l’incostituzionalità dell’art. 219 co. 2 c.p. nella parte in cui non subordinava il

leggi evidenziava correttamente come le presunzioni di pericolosità previste nelle disposizioni censurate fossero in realtà duplici: una prima presunzione, che ricollegava lo stato d'infermità alla pericolosità, già giudicato di per sé non in contrasto con il dettato costituzionale; e una seconda presunzione, che invece era incentrata sulla permanenza dell'infermità e, dunque, anche della pericolosità dal momento del fatto al momento del giudizio. Quest'ultima presunzione, secondo la Corte, «lungi dall'esprimere esigenze di tutela discrezionalmente apprezzate dal legislatore, finisce per allontanare la disciplina normativa dalle sue basi razionali»<sup>8</sup>. Dietro tale schema presuntivo, infatti, «non vi sono né dati d'esperienza suscettibili di generalizzazione, né esigenze di semplificazione probatoria»: di conseguenza, ricavare, «a distanza di tempo imprecisata, lo stato di salute mentale attuale da quello del tempo del commesso delitto, è questione di fatto che può e che deve essere verificata caso per caso; totalmente privo di base scientifica sarebbe comunque ipotizzare uno stato di salute (anzi di malattia) che si mantenga costante, come regola generale valida per qualsiasi caso d'infermità totale di mente»<sup>9</sup>.

Com'è evidente, nelle pronunce appena richiamate, la Corte costituzionale aveva ben messo in luce come la valutazione di pericolosità sociale necessiti di un costante aggiornamento, e ciò in ragione del peculiare oggetto del vaglio giudiziale, la personalità del reo, che non rimane sempre uguale a se stessa ma è suscettibile di subire modifiche, sia nel senso di un'evoluzione positiva, sia nel diverso senso di un'ulteriore intensificazione del rischio di recidiva.

Il legislatore della riforma Gozzini (l. 10 ottobre 1986, n. 663) ha poi recepito le indicazioni dei giudici costituzionali, disponendo l'abrogazione dell'art. 204 c.p., recante la disciplina generale delle ipotesi di pericolosità presunta, e contestualmente stabilendo espressamente che «tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa».

La nuova regola dettata dall'art. 31 l. n. 663/1986 non chiariva, tuttavia, se il "previo accertamento" della pericolosità riguardasse soltanto il momento dell'applicazione della misura di sicurezza, oppure si estendesse anche al successivo momento dell'esecuzione della misura *post delictum*. Investita di una questione concernente proprio questo specifico problema, la Corte costituzionale, con sentenza n. 1102/1988, affermava espressamente che l'unico modo per far fronte all'esigenza di verificare l'effettivo persistere della pericolosità al momento dell'inizio dell'esecuzione della misura di sicurezza consiste nella «reiterazione dell'accertamento»<sup>10</sup>.

---

provvedimento di ricovero in una casa di cura e di custodia dell'imputato condannato ad una pena diminuita a causa di infermità psichica per un delitto per il quale è stabilita dalla legge la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a dieci anni, al previo accertamento da parte del giudice della persistente pericolosità sociale derivante dall'infermità medesima al tempo della applicazione della misura di sicurezza.

<sup>8</sup> Corte cost., sent. n. 139/1982 cit., § 8.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Corte cost., sent. 30 novembre-13 dicembre 1988, n. 1102, con note di A. CALABRIA, *Le presunzioni di pericolosità nella giurisprudenza della Corte costituzionale prima e dopo la legge abrogatrice del 1986*, in *Giur. cost.*, 1989, p. 377 ss.; T. PADOVANI, *Una decisione costituzionale "conseguenziale" in tema di assegnazione a una casa di cura e di custodia*, in *Leg. pen.*, 1989, p. 611.

Da ultimo, il codice di rito del 1989, facendo tesoro anche dell'ultima pronuncia del Giudice delle leggi appena richiamata, ha espressamente previsto, all'art. 679, che «quando una misura di sicurezza diversa dalla confisca è stata, fuori dei casi previsti nell'articolo 312, ordinata con sentenza, o deve essere ordinata successivamente, il magistrato di sorveglianza, su richiesta del pubblico ministero o di ufficio, accerta se l'interessato è persona socialmente pericolosa e adotta i provvedimenti conseguenti, premessa, ove occorra, la dichiarazione di abitualità o professionalità nel reato».

2.4. Come anticipato, ancora dopo l'introduzione del codice antimafia nel 2011 si registrava una significativa discrasia tra quanto previsto per le misure di prevenzione e per le misure di sicurezza in relazione alla necessità o meno di una nuova valutazione di pericolosità a seguito dell'espiazione di una pena detentiva: per le prime, in base al principio di diritto formulato dalle Sezioni Unite *Tumminelli*, bisognava far fede all'accertamento effettuato in sede di applicazione della misura, salvo possibilità di revoca su istanza di parte; per le seconde, invece, in base al disposto dell'art. 679 c.p.p. occorreva in ogni caso procedere a una nuova verifica.

Stante la ormai riconosciuta afferenza delle misure di prevenzione e delle misure di sicurezza a un unico *genus*<sup>11</sup>, gli interpreti si sono interrogati sulla ragionevolezza di una così vistosa differenziazione di disciplina e tali dubbi hanno dato la stura alla proposizione di nuove questioni di legittimità costituzionale, le quali sono state peraltro prontamente accolte dalla Corte costituzionale.

Il riferimento è, in particolare, alla sentenza n. 291/2013, nella quale la Corte ha riconosciuto l'incostituzionalità dell'art. 12 l. n. 1423/1956 (e ovviamente anche dell'art. 15 cod. antimafia) nella parte in cui non viene previsto che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato al momento dell'esecuzione della misura<sup>12</sup>.

In particolare, la Corte, nel prendere atto della diversità di disciplina appena sopra illustrata, rileva che «il regime operante in rapporto alle misure di prevenzione personali è diverso e meno favorevole»<sup>13</sup>. In effetti, «la verifica della pericolosità sociale, operata nell'ambito del procedimento di applicazione della misura, viene considerata sufficiente a fondare le limitazioni della libertà personale implicate dalla stessa anche nel momento in cui – a qualunque distanza di tempo – ne divenga possibile l'esecuzione in ragione dell'avvenuta cessazione dello stato detentivo»<sup>14</sup>; e ciò «sebbene nelle more la

<sup>11</sup> Così Corte cost., sent. 16-22 dicembre 1980, n. 177, § 4.

<sup>12</sup> Corte cost., 2-6 dicembre 2013, n. 291, con note di M. FORMICA, *L'estensione alle misure di prevenzione personali di una "ragionevole" norma prevista per le misure di sicurezza*, in *Giur. cost.*, 2013, n. 6, p. 4669 ss.; F. FIORENTIN, *Lo scarto temporale tra delibera ed esecuzione impone al giudice una nuova indagine d'ufficio*, in *Guida dir.*, 2014, n. 2, p. 58 ss.; T. TRINCHERA, *Misure personali di prevenzione: nel caso di sospensione dell'esecuzione per lo stato di detenzione dell'interessato, la pericolosità va verificata a sospensione esaurita*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2013.

<sup>13</sup> *Ivi*, § 6.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

persona interessata sia soggetta a restrizione in carcere e, conseguentemente, al trattamento penitenziario, specificamente finalizzato al suo recupero sociale, in attuazione del precetto costituzionale che assegna alla pena una funzione rieducativa»<sup>15</sup>. D'altra parte, non può nemmeno reputarsi sufficiente il riconoscimento della facoltà in capo al proposto di proporre in ogni momento istanza di revoca della misura: a ben vedere, infatti, secondo il Giudice delle leggi, «la possibilità in questione – che presuppone il trasferimento sull'interessato dell'onere di attivare un procedimento inteso a verificare, in negativo, l'attuale inesistenza della pericolosità, quale condizione per sfuggire al delineato “automatismo” – non vale ad evitare il denunciato *vulnus* dell'art. 3 Cost.»<sup>16</sup>.

In effetti, la Corte – pur confermando la propria tradizionale impostazione, secondo cui la somiglianza tra misure di prevenzione e misure di sicurezza «non implica, di per sé sola, un'indiscriminata esigenza costituzionale di omologazione delle rispettive discipline»<sup>17</sup> – ritiene che, con riferimento al particolare profilo sottoposto alla sua attenzione, sia «dirimente la considerazione che tra i due modelli che il giudice *a quo* pone a raffronto – quello delle misure di sicurezza, che esige la reiterazione della verifica della pericolosità sociale anche nel momento dell'esecuzione, e quello delle misure di prevenzione, che considera sufficiente la verifica operata in fase applicativa, salva l'eventuale iniziativa dell'interessato intesa a contrastarla – l'unico rispondente ai canoni dell'eguaglianza e della ragionevolezza è il primo»<sup>18</sup>.

La Corte ammette una sola eccezione alla suddetta regola generale: resterà, infatti, «rimessa all'applicazione giudiziale l'individuazione delle ipotesi nelle quali la reiterazione della verifica della pericolosità sociale potrà essere ragionevolmente omessa, a fronte della brevità del periodo di differimento dell'esecuzione della misura di prevenzione», 'brevità' che i giudici costituzionali quantificano esplicitamente in «pochi giorni di pena detentiva»<sup>19</sup>.

Il messaggio del Giudice delle leggi è, dunque, chiaro e diretto: anche per le misure di prevenzione deve valere la stessa regola prevista dall'art. 679 c.p.p. per le misure di sicurezza, con la conseguenza che, qualora il destinatario della misura di prevenzione personale abbia trascorso un qualsiasi lasso di tempo in carcere in esecuzione della pena detentiva, sarà in ogni caso necessario procedere a un nuovo accertamento della pericolosità affinché la misura preventiva possa tornare a esplicare i propri effetti, fatto salvo il solo caso-limite in cui, data la particolare brevità della detenzione, il giudice ritenga che la prognosi di pericolosità sia rimasta immutata<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ivi*, § 7.

<sup>20</sup> Sul necessario accertamento dell'attualità della pericolosità per la pubblica sicurezza ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione personali v. F. BASILE (con la collaborazione di E. ZUFFADA), *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali*, II ed., Torino, 2021, p. 82 ss.

2.5. Infine, il legislatore della riforma Orlando (l. 17 ottobre 2017, n. 161) ha inserito all'art. 14 cod. antimafia un nuovo co. 2-ter, ai sensi del quale viene imposto un obbligo di verifica, da parte del giudice della prevenzione, dell'attualità della pericolosità del proposto, qualora quest'ultimo abbia espiato una pena detentiva superiore a due anni. Al di sotto di tale periodo, invece, la misura della sorveglianza speciale riprende automaticamente il suo corso.

Il legislatore ha dunque deciso di recepire solo in parte il *dictum* della Corte costituzionale, distinguendo tra pene detentive di durata più contenuta, che non importano la necessità di un nuovo scrutinio della pericolosità del sorvegliato speciale, e pene di maggiore durata, che invece impongono la reiterazione di tale scrutinio.

2.6. Per concludere il quadro ricostruttivo sinora delineato, sembra opportuno fare menzione a una particolare ricaduta del principio espresso dalla Corte costituzionale, riguardante l'applicazione dell'art. 75 cod. antimafia nell'ipotesi in cui, a seguito di un periodo di detenzione di consistente durata, il giudice non abbia proceduto, su istanza di parte ovvero *ex officio*, ad una rivalutazione dell'attualità e della persistenza della pericolosità sociale.

In particolare, nella giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza n. 291/2013 della Corte costituzionale erano emersi ben quattro orientamenti.

Secondo una prima e più garantista impostazione, il sorvegliato speciale sottoposto a pena detentiva non poteva essere imputato per il reato di cui all'art. 75 cod. antimafia per fatti commessi successivamente alla scarcerazione fino a quando il giudice della prevenzione non avesse nuovamente valutato l'attualità della pericolosità sociale<sup>21</sup>.

Un secondo orientamento, invece, escludeva che la mancata (ri)valutazione della pericolosità comportasse un'automatica inesistenza del titolo genetico o una sospensione *ex lege* del provvedimento: conseguentemente, il nuovo esame della pericolosità soggettiva sarebbe rimesso al giudice solo allorquando all'esito della detenzione emergano elementi idonei ad incidere sullo stato di pericolosità sociale precedentemente deliberato in senso positivo<sup>22</sup>.

Un terzo orientamento distingueva, poi, tra l'espiazione della pena e la detenzione cautelare, reputando che solo nel primo caso fosse necessario effettuare una nuova valutazione della pericolosità del sottoposto alla misura preventiva<sup>23</sup>.

Una quarta posizione, infine, riteneva invece sufficiente che la valutazione della persistente pericolosità fosse oggetto di un accertamento incidentale da parte del giudice di merito nell'ambito del procedimento penale avviato in relazione al reato di cui all'art. 75 cod. antimafia<sup>24</sup>.

Le Sezioni Unite *Marillo* hanno risolto il contrasto interpretativo aderendo all'orientamento più garantista e maggiormente fedele al principio espresso dalla Corte

---

<sup>21</sup> Cass., sez. I, 5 dicembre 2014 (dep. 17 febbraio 2015), n. 6878, Villani.

<sup>22</sup> Cass., sez. I, 9 marzo (dep. 6 giugno) 2017, n. 27970, Greco.

<sup>23</sup> Cass., sez. II, 5 marzo (dep. 26 marzo) 2015, n. 12915, Ragno.

<sup>24</sup> Cass., sez. I, 3 ottobre 2017 (dep. 14 marzo 2018), n. 11619.

costituzionale nella sentenza 291/2013<sup>25</sup>. In particolare, la Corte, valorizzando alcuni importanti arresti della giurisprudenza costituzionale<sup>26</sup>, di legittimità<sup>27</sup> ed europea<sup>28</sup> e richiamando la riforma dell'art. 14 cod. antimafia operata dalla l. n. 161/2017 (*supra*, 2.5.), ha affermato il principio di diritto in virtù del quale «[n]ei confronti di un soggetto destinatario di una misura di sorveglianza speciale, la cui esecuzione sia stata sospesa per effetto di una detenzione di lunga durata, in assenza di una rivalutazione dell'attualità e persistenza della sua pericolosità sociale ad opera del giudice della prevenzione, al momento della nuova sottoposizione alla misura, non è configurabile il reato di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale, previsto dall'art. 75 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159». In altre parole, per la Suprema Corte il periodo di detenzione determina la temporanea inefficacia della sorveglianza speciale, la quale può essere ripristinata solo in seguito ad un nuovo accertamento della pericolosità sociale che ne attesti l'attualità.

3. Alla luce della giurisprudenza costituzionale e del rinnovato quadro normativo appena sopra sinteticamente descritti, il Tribunale di Oristano dubita della legittimità costituzionale dell'art. 14 co. 2-*ter* cod. antimafia, nella parte in cui, in caso di detenzione inferiore ai due anni, la misura della sorveglianza speciale, rimasta sospesa durante l'esecuzione della pena carceraria, riprende automaticamente il suo corso senza necessità di un nuovo vaglio della pericolosità sociale del proposto.

3.1. Quanto alla rilevanza della questione, il giudice *a quo* osserva che, in caso di accoglimento, la decisione adottata dal giudice della prevenzione in sede di applicazione della sorveglianza speciale resterebbe priva «di efficacia esecutiva perché inidonea, da sé sola, a giustificare la permanenza della pericolosità sociale, rendendo necessario un ulteriore accertamento da compiere indefettibilmente e d'ufficio perché la misura possa essere concretamente posta in esecuzione»<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Cass., sez. un., 21 giugno (dep. 13 novembre) 2018, n. 51407, Marillo, con nota di F. MAZZACUVA, *Sorveglianza speciale e detenzione di lunga durata: le sezioni unite escludono la rilevanza penale delle violazioni commesse prima dell'accertamento della persistenza della pericolosità*, in *Dir. pen. cont.*, 10 gennaio 2019.

<sup>26</sup> Il riferimento è ovviamente a C. cost., sent. 2-6 dicembre 2013, n. 291.

<sup>27</sup> Il richiamo è ai due precedenti a Sezioni Unite *Gallo* e *Gattuso*, nei quali la giurisprudenza di legittimità si era già fatta carico della necessità di dare una risposta costituzionalmente compatibile rispetto al problema dell'applicazione della sorveglianza speciale a seguito di un periodo di detenzione [Cass., sez. un., 25 ottobre 2007 (dep. 6 marzo 2008), n. 10281, Gallo; Cass., sez. un., 30 novembre 2017 (4 gennaio 2018), n. 111, Gattuso]. In particolare, nella pronuncia *Gallo*, le sezioni unite avevano distinto il momento applicativo dal momento esecutivo della misura di prevenzione, evidenziando come, in caso di mutate condizioni tra i due momenti, fosse sempre possibile chiedere la revoca della misura. Nell'arresto *Gattuso*, invece, la Cassazione aveva affermato la necessità di accertare il requisito dell'attualità della pericolosità del proposto *anche* nei confronti di indiziati di appartenere ad associazioni mafiose.

<sup>28</sup> Le Sezioni Unite richiamano in particolare la sentenza *Labita c. Italia*, nella quale la Corte EDU aveva riconosciuto una violazione dell'art. 2 Prot. 4 CEDU rispetto all'applicazione della sorveglianza speciale nei confronti di un soggetto che, sebbene coniugato con la sorella di un pericoloso boss mafioso, non presentava precedenti ed era stato prosciolto dal reato di associazione di tipo mafioso e, dunque, difettava del requisito dell'attualità della pericolosità.

<sup>29</sup> Trib. Oristano, ord. 14 dicembre 2022, § II.

Tale diverso regime si rifletterebbe, com'è ovvio, sulla sussistenza delle ipotesi contravvenzionali di cui all'art. 75 co. 1 cod. antimafia contestate all'imputato del giudizio *a quo*, consistenti in plurime violazioni delle prescrizioni della sorveglianza speciale commesse successivamente alla notifica del verbale di sottoposizione alle prescrizioni imposte dal provvedimento originario in assenza di una verifica in concreto della persistenza della pericolosità sociale del soggetto. Persistenza di cui, secondo il giudice rimettente, «si sarebbe potuto dubitare nel caso di specie ove, non solo la misura di prevenzione era stata disposta per la durata di un solo anno», ma il proposto «aveva altresì beneficiato – nel corso della carcerazione *medio tempore* subita – della liberazione anticipata e di permessi premio con provvedimenti attestanti la partecipazione all'opera rieducativa e la correttezza della condotta intramuraria»<sup>30</sup>.

**3.2.** Quanto, invece, alla non manifesta infondatezza, il Tribunale di Oristano – dopo aver richiamato diffusamente la sentenza n. 291/2013 della Corte costituzionale (*supra*, 2.4.), nonché alcune recenti sentenze della Corte di cassazione che, sia pure con riferimento al momento deliberativo, valorizzano il requisito dell'attualità della pericolosità sociale al momento dell'applicazione delle misure di prevenzione<sup>31</sup> – evidenzia tre possibili violazioni della Carta costituzionale.

Anzitutto, il disposto dell'art. 14 co. 2-*ter* cod. antimafia si porrebbe in contrasto con l'art. 3 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza, in quanto «mantiene un ingiustificato trattamento differenziato fra soggetti che si trovano in posizioni analoghe». Posto, infatti, che «misure di sicurezza e misure di prevenzione hanno analoga *ratio* e sono parimenti orientate a prevenire la commissione di reati da parte di soggetti valutati come pericolosi e a favorirne il loro recupero verso l'ordinato vivere sociale»<sup>32</sup>, la previsione, in relazione alle misure *ante delictum*, di un lasso temporale rigido di due anni, al di sotto del quale non è imposto di verificare se la pericolosità sociale del proposto sia o meno in concreto rimasta inalterata, delineerebbe un'irragionevole diversità di trattamento tra il sottoposto a misura di prevenzione e il destinatario di una misura di sicurezza. L'irragionevolezza, secondo il giudice rimettente, «si desume dal fatto che tale meccanica esclusione dalla rivalutazione *ex officio* non consente di tener conto di quelle ipotesi in cui la detenzione, pur breve, abbia attenuato o addirittura escluso la concreta pericolosità del soggetto destinatario della misura di prevenzione diversamente da talune ipotesi di detenzione prolungata, ove il percorso rieducativo e di recupero al corretto vivere sociale può risultare ben più ostico»<sup>33</sup>. Peraltro, aggiunge il giudice *a quo*, «tale rigida soglia risulta iniqua anche sotto il profilo della mancata considerazione della durata della misura di prevenzione originariamente disposta, così precludendo in radice la rivalutazione anche nelle ipotesi in cui – come quella in esame – il differimento dell'esecuzione della misura della

---

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> In particolare, il riferimento è a Cass., sez. VI, 7 luglio (dep. 9 luglio) 2020, n. 20577, Mariniello, e a Cass., sez. II, 14 gennaio (dep. 3 marzo) 2020, n. 8541, Capizzi.

<sup>32</sup> Trib. Oristano, ord. 14 dicembre 2022, § III.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

sorveglianza speciale di P.S. si sia protratto oltre la complessiva durata della misura disposta con il provvedimento genetico»<sup>34</sup>.

In secondo luogo, viene sospettata una violazione dell'art. 13 Cost., norma che, secondo l'ormai pacifica giurisprudenza costituzionale, costituisce il principale referente costituzionale della sorveglianza speciale<sup>35</sup>. In particolare, secondo il Tribunale di Oristano, la censurata disposizione del cod. antimafia comporterebbe una violazione del requisito della proporzionalità della limitazione della libertà personale, «nella parte in cui pretende di far discendere l'esecuzione di misure di prevenzione personali e delle prescrizioni fortemente limitative ad esse correlate dal solo provvedimento deliberativo della misura e in assenza di una rivalutazione della pericolosità sociale che ne deve costituire il fondamento, non solo applicativo, ma esecutivo e legittimarne la perduranza in ipotesi di sospensione o differimento della sua esecuzione»<sup>36</sup>.

Infine, viene rilevata anche una possibile lesione dell'art. 27 co. 3 Cost.: secondo il giudice rimettente, infatti, il disposto dell'art. 14 co. 2-ter cod. antimafia lascerebbe intendere l'idea che, sotto i due anni, la pena non può esplicare un'efficace azione risocializzatrice, laddove, invece, il dettato costituzionale «riconosce a qualsiasi pena detentiva – anche di durata inferiore ai due anni – preminente funzione rieducativa»<sup>37</sup>.

\*\*\*

4. Rimandando ad altra sede riflessioni più approfondite, sia qui consentito rimarcare come il legislatore del 2017, nell'introdurre la disciplina di cui al co. 2-ter dell'art. 14 cod. antimafia, abbia deliberatamente deciso di discostarsi dalle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale nella più volte citata sentenza n. 291/2013, dove veniva esplicitamente sollecitata un'omologazione della disciplina delle misure di prevenzione a quella delle misure di sicurezza sotto il particolare profilo della necessità di un aggiornamento della prognosi di pericolosità a seguito dell'espiazione di un periodo di detenzione del soggetto destinatario.

Peraltro, la presunzione *iuris tantum* delineata dalla disposizione in discorso non può nemmeno trovare una qualche giustificazione nell'inciso in cui il Giudice delle leggi ammetteva, in alcuni limitati casi, la possibilità di non procedere a un nuovo accertamento della pericolosità dopo l'espiazione della pena detentiva. A ben vedere, infatti, la Corte costituzionale non solo aveva fatto riferimento a un lasso temporale assai breve, dell'ordine di pochi giorni (e non di due anni!), ma aveva anche espressamente indicato nel giudice (e non nel legislatore) il soggetto deputato a svolgere una tale valutazione, con ciò alludendo, di nuovo, alla necessità di una verifica da condurre in concreto e caso per caso.

Per di più, la scelta di ricorrere, ancora una volta, a una presunzione relativa di pericolosità appare disarmonica rispetto all'evoluzione normativa e giurisprudenziale

---

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> In tal senso, da ultimo, C. cost., sent. 24 gennaio-27 febbraio 2019, n. 24.

<sup>36</sup> Trib. Oristano, ord. 14 dicembre 2022, § III.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

che si è registrata in tema di misure di sicurezza e, più di recente, di misure di prevenzione, evoluzione che ha registrato un progressivo affrancamento da ormai superati meccanismi presuntivi e automatismi applicativi e una decisa virata verso modelli di accertamento in concreto della pericolosità sociale.

Ci sembra pienamente condivisibile, quindi, la censura mossa dal giudice rimettente al metro dell'art. 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza. In effetti, la regola dettata dall'art. 14 co. 2-ter cod. antimafia appare seriamente indiziata di essere irragionevole sia intrinsecamente, in quanto lo spartiacque di due anni di pena detentiva posto dal legislatore appare privo di qualsiasi fondamento razionale, sia in rapporto alla disciplina prevista per le misure di sicurezza dall'art. 679 c.p.p. che, al contrario, non contempla presunzioni e stabilisce la regola generale della rivalutazione in ogni caso della pericolosità del soggetto che abbia trascorso un periodo, più o meno lungo, in carcere in esecuzione di una pena detentiva.

Com'è ovvio, peraltro, un eventuale accoglimento della questione di legittimità costituzionale comporterebbe la revocabilità, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., di tutte le sentenze di condanna definitive intervenute fino alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 14 co. 2-ter cod. antimafia.

In conclusione, bene ha fatto il Tribunale di Oristano a sollecitare un nuovo intervento della Corte costituzionale che si auspica essere, una volta per tutte, definitivo.



**DALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA  
UN'ALTRA SVOLTA GARANTISTA  
IN MATERIA DI ACQUISIZIONE DEI TABULATI TELEFONICI**

*Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, causa C-178/22*

di Dario Albanese

1. Con la sentenza in epigrafe, ancora una volta la Corte di giustizia dell'Unione europea ha impresso una svolta garantista alla disciplina italiana in materia di acquisizione dei tabulati telefonici nel procedimento penale, regolata dall'art. 132 d.lgs. n. 196/2003<sup>1</sup>.

Tale disposizione, come noto, è stata recentemente modificata dal legislatore italiano allo specifico scopo di garantire il rispetto dei principi affermati dai giudici europei con l'importante sentenza *H.K.* del 2 marzo 2021<sup>2</sup>. È proprio in ottemperanza

<sup>1</sup> Si tratta del «codice in materia di protezione dei dati personali, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE».

<sup>2</sup> Cfr. Grande Sezione della Corte di giustizia UE, sentenza del 2 marzo 2021, *H.K.*, C-746/18, su cui cfr., tra gli altri, G. LEO, [Le indagini sulle comunicazioni e sugli spostamenti delle persone: prime riflessioni riguardo alla recente giurisprudenza europea su geolocalizzazione e tabulati telefonici](#), in *questa Rivista*, 31 maggio 2021, p. 11 ss. Con tale pronuncia, i giudici europei, rispondendo a un rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte suprema estone, hanno precisato che il diritto UE (e in particolare l'art. 15 della direttiva 2002/58/UE, letto alla luce degli artt. 7, 8, 11 e 52 della Carta di Nizza) osta a una disciplina nazionale che, da un lato, non circoscriva l'accesso di autorità pubbliche a dati idonei a fornire informazioni su comunicazioni effettuate da un utente «a procedure aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica», e, dall'altro lato, affidi nel corso di un rito penale al pubblico ministero, e non a un soggetto terzo, la competenza ad autorizzare l'accesso a tali dati.

La sentenza ha avuto un impatto dirompente nel nostro ordinamento, dal momento che la vecchia formulazione dell'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003 attribuiva proprio al pubblico ministero il potere di disporre, con decreto motivato, l'acquisizione di tabulati telefonici nell'ambito del procedimento penale, senza peraltro prendere in considerazione la gravità dei reati. Mentre una parte della giurisprudenza ha subito optato per la non applicazione della previsione interna, in favore della disciplina sovranazionale (sul punto v. J. DELLA TORRE, [L'acquisizione dei tabulati telefonici nel processo penale dopo la sentenza della Grande Camera della Corte di Giustizia UE: la svolta garantista in un primo provvedimento del g.i.p. di Roma](#), in *questa Rivista*, 29 aprile 2021), un diverso orientamento aveva invece escluso che quest'ultima potesse produrre effetti applicativi immediati, in ragione della sua indeterminatezza (al riguardo cfr. il provvedimento commentato da A. MALACARNE, [Ancora sulle ricadute interne della sentenza della Corte di Giustizia in materia di acquisizione di tabulati telefonici: il G.i.p. di Roma dichiara il "non luogo a provvedere" sulla richiesta del p.m.](#), in *questa Rivista*, 5 maggio 2021).

Tali incertezze interpretative hanno indotto il legislatore a intervenire con il d.l. 30 settembre 2021, n. 132, che ha modificato il d.lgs. n. 196/2003 allo scopo di garantire, da un lato, la possibilità di acquisire i dati esterni delle comunicazioni, e, dall'altro lato, il rispetto dei principi sanciti dalla sentenza *H.K.* (tra i

al *dictum* sovranazionale che, da un lato, si è reso necessario un provvedimento autorizzativo da parte del giudice, e, dall'altro lato, l'acquisizione dei tabulati telefonici è stata limitata ai procedimenti per i «reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, e di reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi»<sup>3</sup>.

Con una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta *ex art.* 267 TFUE dal giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Bolzano, la Corte di giustizia è stata oggi chiamata a valutare la compatibilità di tale delimitazione dei reati-presupposto legittimanti l'acquisizione dei tabulati telefonici con l'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/CE<sup>4</sup>, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In estrema sintesi, la Grande sezione ha affermato che la disciplina italiana può considerarsi compatibile con la normativa europea a condizione che, di fronte a una richiesta di acquisizione di dati «idonei a permettere di trarre precise conclusioni sulla vita privata dell'utente di un mezzo di comunicazione elettronica», il giudice «abbia la possibilità di negare detto accesso se quest'ultimo è richiesto nell'ambito di un'indagine vertente su un reato manifestamente non grave, alla luce delle condizioni sociali esistenti nello Stato membro interessato».

## 2. La vicenda procedimentale si lascia riassumere in poche battute.

A seguito di due denunce per due furti di telefono cellulare, il p.m. aveva avviato due procedimenti penali a carico di ignoti per il reato di furto aggravato (art. 625 c.p.).

Al fine di identificare gli autori di tali furti, il p.m. aveva chiesto al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione ad acquisire presso tutte le compagnie telefoniche

---

commenti alla nuova normativa cfr. ad esempio A. MALACARNE, [La decretazione d'urgenza del Governo in materia di tabulati telefonici: breve commento a prima lettura del d.l. 30 settembre 2021, n. 132](#), in *questa Rivista*, 8 ottobre 2021).

<sup>3</sup> Cfr. art. 132, co. 3, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. Sulla scelta di fare ricorso, in via prioritaria, al criterio astratto della cornice edittale cfr. la [Relazione del Massimario sulle novità introdotte dal d.l. 132/2021 in tema di acquisizione di tabulati telefonici e telematici](#), in *questa Rivista*, 18 ottobre 2021, p. 22 ss.

<sup>4</sup> Cfr. direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), pubblicata in G.U.C.E., 31 luglio 2002. L'art. 15, par. 1, prevede che «[g]li Stati membri possono adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi di cui agli articoli 5 e 6, all'articolo 8, paragrafi da 1 a 4, e all'articolo 9 della presente direttiva, qualora tale restrizione costituisca, ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 95/46/CE, una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica; e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica. A tal fine gli Stati membri possono tra l'altro adottare misure legislative le quali prevedano che i dati siano conservati per un periodo di tempo limitato per i motivi enunciati nel presente paragrafo. Tutte le misure di cui al presente paragrafo sono conformi ai principi generali del diritto comunitario, compresi quelli di cui all'articolo 6, paragrafi 1 e 2, del trattato sull'Unione europea».

i tabulati dei telefoni rubati<sup>5</sup>. Tali richieste riguardavano «tutti i dati [in possesso delle compagnie telefoniche], con metodo di tracciamento e localizzazione (in particolare utenze ed eventualmente codici IMEI [relativi all'identificatore internazionale apparecchiature mobili dei dispositivi] chiamati/chiamanti, siti visitati/raggiunti, orario e durata della chiamata/connesione ed indicazione delle celle e/o ripetitori interessati, utenze ed IMEI [dei dispositivi] mittenti/destinatari degli SMS o MMS e, ove possibile, generalità dei relativi intestatari) delle conversazioni/comunicazioni telefoniche e connessioni effettuate, anche in *roaming*, in entrata e in uscita anche se chiamate prive di fatturazione (squilli) dalla data del furto fino alla data di elaborazione della richiesta»<sup>6</sup>.

Di fronte a una tale richiesta, tuttavia, il g.i.p. dubitava della compatibilità dell'art. 132, comma 3, del d.lgs. n 196/2003 con l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, così come interpretato dalla Corte nella sentenza *H.K.* In quell'occasione si era infatti chiarito che «l'accesso di autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, idonei a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate e a permettere di trarre precise conclusioni sulla sua vita privata» può ammettersi solo nell'ambito di «procedure aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica»<sup>7</sup>. Vero è che il legislatore ha cercato di allinearsi a tale indicazione modificando l'art. 132 d.lgs. n. 196/2003, ma, secondo il giudice *a quo*, la soluzione adottata, essendo imperniata sul limite edittale dei tre anni di reclusione, risulta «tale che detti tabulati potrebbero essere comunicati [...] per perseguire reati che destano solo scarso allarme sociale e che sono puniti solo a querela di parte, in particolare i furti di scarso valore come i furti di telefono cellulare o di bicicletta»<sup>8</sup>. Sotto questo profilo, a ben vedere, il giudice non gode di alcun margine di discrezionalità: egli è tenuto unicamente a valutare, da un lato, la sussistenza di «sufficienti indizi di reato», e, dall'altro lato, la «rilevanza» dei dati di cui si chiede l'acquisizione «per l'accertamento dei fatti»; nessun giudizio gli è invece demandato quanto alla *concreta* gravità del reato per cui si procede, quest'ultima essendo stata apprezzata una volta per tutte e in astratto dal legislatore.

---

<sup>5</sup> Il fatto che il pubblico ministero avesse chiesto l'accesso a dati di comunicazioni effettuate da persone diverse dai legittimi proprietari dei telefoni non assume alcuna rilevanza nell'economia del percorso argomentativo seguito dalla Corte di giustizia. Come viene ricordato al par. 41 della sentenza in commento, «emerge dall'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2002/58 che l'obbligo di principio di garantire la riservatezza delle comunicazioni elettroniche effettuate mediante una rete pubblica di comunicazione e servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, nonché la riservatezza dei dati relativi al traffico a queste correlati, riguarda le comunicazioni effettuate dagli utenti di tale rete. Orbene, l'articolo 2, lettera a), di tale direttiva definisce la nozione di "utente" come qualsiasi persona fisica che utilizzi un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico, per motivi privati o commerciali, senza esservi necessariamente abbonata».

<sup>6</sup> Cfr. §17 della sentenza in commento.

<sup>7</sup> Cfr. Grande Sezione della Corte di giustizia UE, sentenza del 2 marzo 2021, *H.K.*, C-746/18, §45.

<sup>8</sup> Cfr. §21 della sentenza in commento.

3. Affermata la ricevibilità della domanda<sup>9</sup>, i giudici europei rispondono al quesito portato alla loro attenzione<sup>10</sup> ribadendo anzitutto che soltanto «gli obiettivi di lotta contro le forme gravi di criminalità o di prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica» possono giustificare una «grave ingerenza nei diritti fondamentali sanciti agli articoli 7 e 8 della Carta»<sup>11</sup>. Ciò premesso, la Corte riconosce che l'accesso oggetto del procedimento *a quo* poteva essere considerato una «grave ingerenza nei diritti fondamentali garantiti dagli articoli 7 e 8 della Carta». Ciò in quanto le richieste del pubblico ministero riguardavano le utenze e i codici IMEI dei dispositivi chiamati o chiamanti, i siti visitati e raggiunti, l'orario e la durata delle chiamate e delle connessioni, l'indicazione delle celle o dei ripetitori interessati, nonché le utenze e i codici IMEI dei dispositivi mittenti e destinatari degli SMS o MMS, e «un simile insieme di dati [...] sembra tale da permettere di trarre precise conclusioni sulla vita privata delle persone i cui dati sono stati conservati, come le abitudini di vita quotidiana, i luoghi di soggiorno permanenti o temporanei, gli spostamenti giornalieri o di altro tipo, le attività esercitate, le relazioni sociali di tali persone e gli ambienti sociali da esse frequentati»<sup>12</sup>.

Tanto appurato, si tratta allora di stabilire se la delimitazione dei reati-presupposto effettuata dal legislatore all'art. 132, co. 3, d.lgs. n. 196/2003 sia effettivamente funzionale alla «lotta contro le forme gravi di criminalità» ovvero alla «prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica».

---

<sup>9</sup> Cfr. §25 ss. della sentenza in commento, ove i giudici europei, a fronte dell'eccezione di irricevibilità formulata dal governo italiano e dall'Irlanda, ricordano che «nell'ambito della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali istituita dall'articolo 267 TFUE spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumere la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Pertanto, allorché le questioni sollevate riguardano l'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte è, in via di principio, tenuta a statuire», con la conseguenza «che le questioni vertenti sul diritto dell'Unione godono di una presunzione di rilevanza».

<sup>10</sup> Il quesito avanzato dal giudice *a quo* è così riformulato al par. 34 della sentenza in commento: «se l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, debba essere interpretato nel senso che esso osta a una disposizione nazionale che impone al giudice nazionale – allorché interviene in sede di controllo preventivo a seguito di una richiesta motivata di accesso a un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, idonei a permettere di trarre precise conclusioni sulla vita privata di un utente di un mezzo di comunicazione elettronica, conservati dai fornitori di servizi di un'indagine penale – di autorizzare tale accesso qualora quest'ultimo sia richiesto ai fini dell'accertamento di reati puniti dal diritto nazionale con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, purché sussistano sufficienti indizi di tali reati e detti dati siano rilevanti per l'accertamento dei fatti».

<sup>11</sup> Cfr. par. 36 della sentenza in commento.

<sup>12</sup> Cfr. par. 39 della sentenza in commento. Cfr. anche par. 40, ove si precisa che, come «risulta dal punto 39 della sentenza del 2 marzo 2021, *Prokuratuur* [...], tale valutazione non può essere smentita dal solo fatto che le due richieste di accesso ai dati relativi al traffico o ai dati relativi all'ubicazione in questione riguardavano soltanto brevi periodi, di meno di due mesi [...], dal momento che dette richieste riguardavano un insieme di tali dati idoneo a fornire informazioni precise sulla vita privata delle persone che utilizzavano i telefoni cellulari di cui trattasi».

4. Su questo versante, la Corte di giustizia ricorda anzitutto che, «tenuto conto della ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri ai sensi del Trattato FUE e delle notevoli differenze esistenti tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri in materia penale», spetta agli Stati membri «definire i "reati gravi" ai fini dell'applicazione dell'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58»<sup>13</sup>. Cionondimeno, i giudici europei sottolineano che, in tale operazione, i legislatori nazionali non sono del tutto liberi, ma devono «rispettare i dettami [dell'] articolo 15, paragrafo 1, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta»<sup>14</sup>.

Due sono, al riguardo, gli argomenti principalmente valorizzati. Da un lato si osserva che, nel consentire di "limitare" il diritto alla riservatezza delle comunicazioni, l'art. 15 della direttiva 2002/58 fissa «un'eccezione alla regola generale dettata in particolare [dagli] articoli 5, 6 e 9 e deve, pertanto, [...] essere oggetto di un'interpretazione restrittiva»<sup>15</sup>. Dall'altro lato, si pone l'accento sul terzo periodo dell'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58, ai sensi del quale tutte le misure adottate dagli Stati membri devono risultare «conformi ai principi generali del diritto comunitario», tra i quali figura il principio di proporzionalità<sup>16</sup>.

Da tali coordinate discende che «gli Stati membri non possono snaturare la nozione di "reato grave" e, per estensione, quella di "grave criminalità", includendovi [...] reati che manifestamente non sono gravi, alla luce delle condizioni sociali esistenti nello Stato membro interessato»<sup>17</sup>.

5. Confrontandosi specificamente con il quadro normativo italiano, i giudici europei rilevano l'esistenza della possibilità che una richiesta di acquisizione di dati costitutiva di una grave ingerenza nei diritti fondamentali venga presentata «al fine di perseguire reati che non rientrano, in realtà, nella criminalità grave», e ciò in quanto si è scelto di definire i "reati gravi" «con riferimento non a una pena minima applicabile, bensì ad una pena massima applicabile»<sup>18</sup>.

Ciò, tuttavia, non comporta automaticamente l'inconciliabilità tra il quadro normativo italiano e il principio di proporzionalità, per due diverse ragioni.

Anzitutto, osservano i giudici di Lussemburgo, l'art. 132 d.lgs. 196/2003 «riguarda, in maniera generale, l'accesso ai dati conservati dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, senza precisare la natura di tali dati». Conseguentemente, essa trova applicazione anche laddove «l'accesso non può essere qualificato come grave ingerenza, in quanto non riguarda un insieme di dati idonei a permettere di trarre precise conclusioni sulla vita privata delle persone interessate»<sup>19</sup>. E

<sup>13</sup> Cfr. par. 46 della sentenza in commento.

<sup>14</sup> Cfr. par. 47 della sentenza in commento.

<sup>15</sup> Cfr. par. 48 della sentenza in commento, ove si aggiunge che se la deroga all'«obbligo di principio di garantire la riservatezza delle comunicazioni elettroniche e dei dati a questi correlati» divenisse la regola, l'articolo 5 della direttiva sarebbe privato di gran parte della sua portata.

<sup>16</sup> Cfr. par. 49 della sentenza in commento.

<sup>17</sup> Cfr. par. 50 della sentenza in commento.

<sup>18</sup> Cfr. par. 57 della sentenza in commento.

<sup>19</sup> Cfr. par. 59 della sentenza in commento.

in tali ipotesi nulla osta a che il giudice conceda un'autorizzazione anche rispetto a "reati non gravi".

In secondo luogo – ed è questo il passaggio di maggiore interesse e impatto –, la disciplina italiana può essere ricondotta a sistema riconoscendo al giudice il potere di «negare o limitare [una richiesta di] accesso qualora constati che l'ingerenza nei diritti fondamentali che un tale accesso costituirebbe è grave, mentre risulta evidente che il reato in questione non rientra effettivamente nella criminalità grave»<sup>20</sup>. In altre parole, «allorché esamina la proporzionalità dell'ingerenza nei diritti fondamentali della persona interessata causata dalla richiesta di accesso, [il giudice] deve essere in grado di escludere detto accesso qualora quest'ultimo sia richiesto nell'ambito di un'azione penale diretta a perseguire un reato manifestamente non grave»<sup>21</sup>. Solo a questa condizione la soluzione adottata dal legislatore italiano può considerarsi compatibile con l'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58<sup>22</sup>.

\*\*\*

6. All'indomani della riformulazione dell'art. 132, co. 3, d.lgs. n. 196/2003, in dottrina si era fatto notare come la scelta operata dal legislatore italiano rispetto all'individuazione dei reati-presupposto legittimanti la richiesta di acquisizione dei dati sembrasse «superare gli ambiti delineati dalla Corte di giustizia»<sup>23</sup>. L'impressione ha oggi trovato conferma nell'importante sentenza appena illustrata. Vero è che la soluzione accolta dal legislatore italiano non è stata *tout court* bocciata dai giudici europei<sup>24</sup>; tuttavia, per potersi armonizzare con la normativa sovranazionale – e in particolare con la Carta di Nizza – essa deve essere integrata da un *test* di proporzionalità. Più precisamente, riprendendo la c.d. teoria dei tre gradini, che scompone il principio di proporzionalità in tre differenti "elementi costitutivi" (idoneità,

<sup>20</sup> Cfr. par. 60 della sentenza in commento.

<sup>21</sup> Cfr. par. 62 della sentenza in commento.

<sup>22</sup> La risposta alla questione pregiudiziale è così compendiata al par. 63 della sentenza in commento: «l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una disposizione nazionale che impone al giudice nazionale – allorché interviene in sede di controllo preventivo a seguito di una richiesta motivata di accesso a un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, idonei a permettere di trarre precise conclusioni sulla vita privata dell'utente di un mezzo di comunicazione elettronica, conservati dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, presentata da un'autorità nazionale competente nell'ambito di un'indagine penale – di autorizzare tale accesso qualora quest'ultimo sia richiesto ai fini dell'accertamento di reati puniti dal diritto nazionale con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, purché sussistano sufficienti indizi di tali reati e detti dati siano rilevanti per l'accertamento dei fatti, a condizione, tuttavia, che tale giudice abbia la possibilità di negare detto accesso se quest'ultimo è richiesto nell'ambito di un'indagine vertente su un reato manifestamente non grave, alla luce delle condizioni sociali esistenti nello Stato membro interessato» (corsivo aggiunto).

<sup>23</sup> Così G. SPANGHER, *Data retention: svolta garantista ma occorre completare l'impianto*, in *Guida dir.*, 16 ottobre 2021, n. 39, pp. 11-14.

<sup>24</sup> Cfr. in particolare il par. 56 della sentenza in commento, ove i giudici osservano che «una soglia fissata con riferimento alla pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni non appare [...] eccessivamente bassa», potendosi quindi considerare in linea con la normativa europea.

necessità e proporzionalità in senso stretto), si può dire che, ogni qualvolta la compressione del diritto alla riservatezza risulti “grave”, si rende necessario un giudizio di proporzionalità in senso stretto, volto a valutare se anche il reato per cui si procede sia a sua volta connotato da gravità<sup>25</sup>.

7. Se il criterio adottato dal legislatore, imperniato sul massimo edittale, assecondava esigenze di oggettività e certezza<sup>26</sup>, l’indicazione proveniente da Lussemburgo introduce invece nella materia *de qua* un margine di discrezionalità, demandato al giudice. Questi, infatti, è tenuto a valutare, in prima battuta, se l’insieme dei dati di cui si chiede l’acquisizione costituisce una “grave ingerenza” nei diritti delle persone interessate, e, dall’altro lato, se il reato per cui si procede sia “manifestamente non grave”.

Si tratta di un giudizio che peraltro non è del tutto nuovo nella trama dell’art. 132 d.lgs. 196/2003. Si deve infatti ricordare che tale disposizione, oltre che per i reati puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, ammette l’acquisizione dei tabulati telefonici anche per i «reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi». Anche questa previsione, a ben vedere, apre la strada a valutazioni discrezionali, ciò che non ha mancato di suscitare le critiche di una parte della dottrina<sup>27</sup>.

8. Il richiamo all’osservanza del principio di proporzionalità proveniente da Lussemburgo pare peraltro poter produrre i propri effetti anche oltre la materia dei c.d. tabulati telefonici. Invero, un’architettura del tutto simile – sebbene più rigorosa – a quella dell’art. 132 d.lgs. 196/2003 la si rinviene altresì nella disciplina delle **intercettazioni di conversazioni o comunicazioni** di cui agli artt. 266 ss. c.p.p. Il giudice deve infatti verificare che il reato per cui si procede rientri tra quelli per i quali l’art. 266 c.p.p. ammette le intercettazioni, che sussistano gravi indizi di reato (non semplicemente “sufficienti”) e che tale mezzo di ricerca della prova sia «assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini» (non semplicemente “rilevante”). Neppure in questo caso, a ben vedere, è previsto che il giudice valuti se il reato per cui si procede sia, in concreto, manifestamente non grave e tale da non

---

<sup>25</sup> Tale giudizio «esprime l’esigenza che il mezzo impiegato, idoneo e necessario, non risulti eccessivamente afflittivo, considerati gli effetti attesi», cfr. F. ZACCHÈ, *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 66. Sul punto v. anche S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 224 ss.

<sup>26</sup> Sul punto cfr. la [Relazione del Massimario sulle novità introdotte dal d.l. 132/2021](#)..., cit., p. 22 ss.

<sup>27</sup> Cfr. G. PESTELLI, *D.L. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio di procedura per tabulati telefonici e telematici*, in *Altalex*, 4 ottobre 2021, il quale rileva che «mentre il concetto di “minaccia grave” trov[a] un sicuro aggancio testuale nel dettato normativo (artt. 339 e 612 comma 2 c.p.) e solidi riferimenti negli ormai consolidati orientamenti interpretativi, i neo introdotti concetti di “molestia” o “disturbo gravi” appaiono del tutto nuovi al panorama giurisprudenziale, prestandosi pertanto ad interpretazioni del tutto discrezionali e incerte e rendono impossibile la prevedibilità delle decisioni (quante telefonate o atti di disturbo saranno necessari ed a che ora perché possa dirsi integrato il requisito della loro gravità?)». V. anche C. PARODI, *Sottratto al P.M. il potere di richiedere autonomamente i tabulati*, in *Il Penalista*, 1° ottobre 2021.

giustificare una grave ingerenza nella vita privata. Né varrebbe replicare che qui il principio di proporzionalità risulta maggiormente salvaguardato per il fatto che il criterio generale del massimo edittale prende in considerazione una pena «della reclusione superiore nel massimo a cinque anni» (art. 266, co. 1, lett. *a*), c.p.p.), e non tre. Come fatto notare dalla Corte di giustizia nella sentenza qui commentata, il rischio di ingerenze sproporzionate deriva infatti dalla mancata considerazione del *minimo* edittale. Tant'è vero che proprio il reato oggetto del procedimento *a quo* portato all'attenzione dei giudici europei, vale a dire il furto aggravato (artt. 624-625 c.p.), potrebbe legittimare, oltre all'acquisizione dei tabulati telefonici, anche l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni. Non sembra allora peregrino attendersi che dall'importante sentenza qui segnalata scaturisca qualche ulteriore onda tellurica, anche in settori limitrofi.

## OFFESA ALLA REPUTAZIONE DEL MOVIMENTO LGBT E CONFIGURABILITÀ DEL DELITTO DI DIFFAMAZIONE

*Cass. pen., Sez. V, sent. 15 giugno 2023 (dep. 2 ottobre 2023), n. 39770,  
Pres. Vessichelli, Rel. Brancaccio*

di Federica Alma

1. Quello di onore è un concetto fluido, dalla forte connotazione sociale, per ciò stesso «*strettamente relazionale ed inevitabilmente relativo*»<sup>1</sup>. Multiforme, immateriale, incoercibile in schemi nitidamente definiti, l'onore può, in un'ottica generale, inquadrarsi tra i beni «*personalistici*» aventi natura eminentemente normativa, «*facendo esso riferimento non ad una realtà di natura, ma a valori socioculturali desumibili dal nostro ordinamento giuridico od extragiuridico*»<sup>2</sup>. L'immagine che si ricava è quella di un bene di categoria dai contorni indefiniti e con un'essenza di irriducibile varietà: caratteri di incertezza, certo, che parrebbero stridere se confrontati alle esigenze di determinatezza proprie del diritto penale e della tutela da esso apprestata, sotto l'egida della più severa delle sanzioni.

Appare, allora, senz'altro d'interesse la sentenza che qui commentiamo brevemente, con la quale la Quinta Sezione della Corte di Cassazione chiarisce il significato di onore, precisando i margini di applicazione del reato di diffamazione ed indicando le coordinate ermeneutiche cui fare riferimento alla luce dei più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità.

Segnatamente, la pronuncia ricostruisce il concetto di onore non solo quale interesse individuale, facente capo al singolo, ma anche come bene giuridico di tipo sociale o collettivo, riferibile ad aggregazioni di individui ed enti. Muovendo da questa argomentazione, e in maniera pienamente aderente all'orientamento tradizionale consolidatosi in materia, il giudice di legittimità afferma che anche un soggetto collettivo può essere vittima di diffamazione, sempreché presenti i caratteri della determinatezza e dell'individuabilità; caratteri che – precisa la Corte, affiancando agli argomenti tradizionali un profilo di originalità – richiedono un accertamento in concreto, che tenga in debita considerazione le mire ed i contenuti della condotta offensiva realizzata:

---

<sup>1</sup> A. VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 4.

<sup>2</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, vol. I, Wolters Kluwer, Padova, 2019, p. 222. Sul punto si veda anche R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 213 ss. Con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 595 c.p., utile rinviare altresì a P. SAVANI, *Art. 595 c.p.*, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 273 ss., nonché a G. RICCARDI, *Art. 595 c.p.*, in E. DOLCINI, G. GATTA, *Codice penale commentato*, vol. III, Wolters Kluwer, Milano 2021, pp. 1333 ss.

proprio attraverso un simile ragionamento può concludersi nel senso della consistenza e della determinabilità del *Movimento LGBT*, in apparenza soggettività indistinta, ma in concreto «serie determinata di soggetti collettivi e associazioni»<sup>3</sup>, come tale idonea a rivestire la qualifica di persona offesa dal reato di cui all'art. 595 c.p. ove vittima di una frase di contenuto diffamatorio.

2. Procedendo, però, con ordine, giova ricostruire sommariamente i fatti da cui ha preso origine il giudizio, nonché le fasi processuali che ne sono seguite.

Nel gennaio 2017 l'imputata, medico, scrittrice, attivista e studiosa<sup>4</sup> delle tematiche che costituiscono lo sfondo della vicenda giudiziaria, pubblica sul proprio *blog* personale una serie di dichiarazioni indirizzate alle persone di orientamento omosessuale e, in particolare, rivolge un'esplicita critica al *Movimento LGBT*, accusato di «*stare sempre più diffondendo la pedofilia*»<sup>5</sup>.

All'esito del primo grado di giudizio quanto originariamente oggetto di contestazione subisce una netta ripermetrazione: se, da un lato, con riferimento alle espressioni rivolte al *Movimento LGBT*, l'imputata è condannata per il delitto di cui all'art. 595 c.p., avendo costei «*offeso l'onore e la reputazione delle persone di orientamento omosessuale*», rappresentate in sede processuale da due associazioni dedite alla promozione della tutela dei diritti all'autodeterminazione sessuale<sup>6</sup>, di contro, le ulteriori frasi da lei proferite, dirette alla categoria degli omosessuali in genere, conducono ad una sentenza di assoluzione, poiché giudicate inidonee ad integrare il reato di diffamazione in quanto genericamente indirizzate ad una platea di soggetti non individuata né individuabile.

Quindi, a seguito della conferma, da parte della Corte d'Appello di Torino, della pronuncia del giudice di prime cure, l'imputata ha proposto ricorso per Cassazione, deducendo sette motivi di censura e contestando, insieme alla violazione di profili strettamente processuali<sup>7</sup>, la possibilità di ritenere sussistente la fattispecie incriminatrice a lei imputata, da escludersi, secondo gli argomenti dalla stessa addotti, sia sotto il profilo obiettivo, sia sotto quello subiettivo, o comunque da ritenersi scriminata in virtù di un legittimo esercizio del diritto di critica.

---

<sup>3</sup> Cass., Sez. V, sent. 15.06.2023 (dep. 02.10.2023), n. 39770, §3.3 del Considerato in diritto.

<sup>4</sup> È quanto sostenuto dalla difesa dell'imputata in sede di ricorso avverso la pronuncia della Corte d'Appello di Torino, ove la donna è definita «*studiosa dei temi centrali sottesi alle sue dichiarazioni*» diffamatorie.

<sup>5</sup> Cass., Sez. V, sent. 15.06.2023 (dep. 02.10.2023), n. 39770, cit., §1 del Ritenuto in fatto.

<sup>6</sup> Sentenza del 14.12.2018, pronunciata dal Tribunale di Torino.

<sup>7</sup> In questo senso i primi due motivi di censura, con cui la ricorrente denunciava una violazione dell'art. 108 c.p.p., con conseguente lesione del diritto di difesa dell'imputata, ed una violazione ai sensi dell'art. 606, co. 1, lett. d), c.p.p., derivante dal mancato esercizio dei poteri istruttori da parte del giudice di secondo grado. Anticipando già in questa sede le conclusioni del giudice di legittimità, la Corte di cassazione dichiarava inammissibile per manifesta infondatezza il primo motivo ed inammissibile perché privo di pregio il secondo. Per una più estesa trattazione di questi profili si fa rinvio al testo di Cass., Sez. V, sent. 15.06.2023 (dep. 02.10.2023), n. 39770, §§2.1 e 2.2. del Ritenuto in fatto e §§2 e 2.1. del Considerato in diritto.

3. Ebbene, nella sentenza in esame la Corte di cassazione dichiara l'infondatezza del ricorso e lo rigetta, non prima, però, di aver proceduto ad una articolata ricostruzione degli elementi costitutivi del delitto di cui all'art. 595 c.p., così come elaborati dalla più recente giurisprudenza di legittimità.

3.1. Avendo riguardo, *in primis*, agli elementi oggettivi del reato, occorre premettere che la fattispecie portata all'attenzione della S.C. – lo si può desumere dalla sua collocazione topografica all'interno del codice penale<sup>8</sup> – è un delitto preordinato alla tutela dell'onore, bene giuridico che, come già evidenziato in premessa, soffre di una spiccata vaghezza semantica: fondandosi, principalmente, su parametri *extra* giuridici che mutano in dipendenza del costume sociale e della sensibilità dei tempi, il concetto di onore rende la diffamazione un reato a tipicità «*storicamente e socialmente mutevole*»<sup>9</sup>, con una area del penalmente rilevante necessariamente soggetta a progressive espansioni o contrazioni al variare dei contenuti del bene giuridico di categoria.

Sulla scorta delle opinioni avvicendatesi in dottrina ai fini di una unitaria ricostruzione del significato di onore, ed in linea di continuità con l'orientamento tradizionalmente fatto proprio dalla Corte di legittimità, la sentenza in esame individua l'oggetto di tutela del delitto di diffamazione nell'onore in senso "oggettivo" o "esterno": secondo questa impostazione, ha natura diffamatoria l'espressione idonea a ledere la reputazione della persona offesa, e cioè il sentimento di stima e di dignità personale che, in uno specifico contesto, derivano dall'opinione del gruppo sociale di appartenenza<sup>10</sup>.

Così concepito, l'onore (e più nello specifico la reputazione, che di esso è declinazione) non risiede in uno stato individuale, indipendente dal mondo esteriore, né nel semplice amor proprio, ma si identifica nel «*sensu della dignità personale nell'origine degli altri*», e pertanto in «*un sentimento limitato dall'idea di ciò che, per la comune opinione, è socialmente esigibile da tutti in un dato momento storico*»<sup>11</sup>.

D'altra parte, alcuni autori in dottrina hanno elaborato una differente concezione del bene giuridico in questione, ancorando i contenuti dell'onore a principi di rango costituzionale e pervenendo, in tal modo, ad un concetto unitario, universalmente valido in ragione del proprio fondamento normativo, capace di superare la dicotomia – tipica della concezione fattuale – tra onore in senso oggettivo ed onore in senso soggettivo<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> L'art. 595 c.p. si inserisce, difatti, nel Libro Secondo, Titolo XII (Dei delitti contro la persona), Capo II (Dei delitti contro l'onore) del codice penale.

<sup>9</sup> Cfr. F.M. IACOVIELLO, *Problemi vecchi e sensibilità nuova della Cassazione in materia di diffamazione a mezzo stampa*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2537 ss.

<sup>10</sup> Cfr. G. RICCARDI, *Art. 595 c.p.*, in E. DOLCINI, G. GATTA, *Codice penale commentato*, cit., pp. 1336 ss. In giurisprudenza *ex multis* Cass., Sez. V, sent. 28.02.1995 (dep. 24.03.1995), n. 3247, Rv. 201054-01; Cass., Sez. V, sent. 13.05.2016 (dep. 27.07.2016), n. 32789, Rv. 267399-01; Cass., Sez. V, sent. 18.10.2016 (dep. 29.11.2016), n. 50659, Rv. 268604-01.

<sup>11</sup> F.M. IACOVIELLO, *Problemi vecchi e sensibilità nuova della Cassazione in materia di diffamazione a mezzo stampa*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2535.

<sup>12</sup> La concezione "fattuale" dell'onore consente, difatti, di distinguere un onore in senso soggettivo, «*consistente nel sentimento effettivo che il soggetto ha del proprio valore*», suscettibile di lesione nelle sole ipotesi di ingiuria, alla presenza della persona offesa, da un onore in senso oggettivo, «*consistente nel sentimento di stima che gli altri hanno del soggetto*» e, pertanto, idoneo ad essere leso in occasione di dichiarazioni

Questa particolare declinazione del bene giuridico, nota come concezione “personalistica” o “costituzionalmente orientata” del bene, colloca l’onore tra i diritti inviolabili dell’uomo di cui all’art. 2 della Costituzione e lo annovera tra le componenti essenziali della pari dignità sociale delineata dall’art. 3 Cost.: nello specifico, il bene giuridico è descritto nei termini di «*attributo originario dell’individuo e valore intrinseco della persona umana in forza della dignità che gli è propria e che non può essere negata dalla comunità sociale*»<sup>13</sup>.

Nella sentenza in esame la Cassazione sposa la prima impostazione e preferisce, così, alla concezione personalistica del bene giuridico, quella fattuale ed oggettiva. Precisa, peraltro, la S.C. che l’adesione al primo orientamento di per sé non esclude l’esistenza di una connessione tra l’onore, la categoria dei diritti inviolabili dell’uomo ed il diritto di eguaglianza e di pari dignità sociale, come postulato dalla seconda impostazione: non è, infatti, possibile, secondo il giudice di legittimità, negare che l’interpretazione fattuale – come già quella personalistica, ma come anche le altre possibili caratterizzazioni del bene giuridico di categoria – si regga su principi e valori di ordine costituzionale e sovranazionale, dato il suo inserirsi «*in un contesto interpretativo multilivello ed integrato*»<sup>14</sup> quale quello contemporaneo.

**3.2.** Nella struttura generale della fattispecie criminosa delineata dall’art. 595 c.p., il veicolo dell’offesa arrecata all’onore del soggetto passivo del reato è un’espressione lessicale, di cui il giudice è chiamato ad accertare la portata negativa, spregiativa e, in ultima istanza, oggettivamente diffamatoria, in rapporto ai contenuti, alle modalità di comunicazione ed alle dinamiche di percezione della stessa nel panorama sociologico e storico in cui si inserisce.

Per meglio comprendere le fattezze del delitto in analisi, prima ancora di ripercorrere quanto affermato nella sentenza in commento, può richiamarsi una efficace similitudine elaborata da una risalente giurisprudenza<sup>15</sup>: nel reato di diffamazione, la parola utilizzata e la sua potenziale accezione offensiva si atteggiano come l’immagine di una diapositiva, che muta nella forma, nella struttura e nella colorazione a seconda delle proprietà della superficie su cui è proiettata. Per ricostruire il dato materiale della fattispecie in esame non è, allora, in linea di massima, sufficiente far riferimento al significato letterale della locuzione utilizzata, con un operato paragonabile a quello di chi, per verificarne i contenuti, guarda la diapositiva in trasparenza, accostando l’occhio direttamente alla pellicola di cui si compone; devono, invece, apprezzarsi i caratteri che

---

diffamatorie che si consumino dinanzi a terzi. La concezione personalistica dell’onore, anche detta concezione “costituzionalmente orientata”, supera la riferita distinzione e configura una unitaria figura, che accomuna, quale oggetto giuridico, le fattispecie di ingiuria e di diffamazione, distinguibili, di conseguenza, unicamente in ragione della presenza o dell’assenza di chi offeso. Sul punto si fa rinvio a G. RICCARDI, *Art. 595 c.p.*, in E. DOLCINI, G. GATTA, *Codice penale commentato*, cit., pp. 1336 ss.

<sup>13</sup> Cass., Sez. V, sent. 15.06.2023 (dep. 02.10.2023), n. 39770, cit., §3.1 del Considerato in diritto.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> La similitudine riportata è utilizzata in Cass., Sez. V, sent. del 07.02.1995 (dep. 24.03.1995), n. 1489, con nota di F.M. IACOVIELLO, *Problemi vecchi e sensibilità nuova della Cassazione in materia di diffamazione a mezzo stampa*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2531.

detta immagine acquista per effetto della proiezione su un preciso supporto, e così, simmetricamente, l'accertamento della portata diffamatoria dei lessemi proferiti deve tenere in debita considerazione il valore oggettivo e contingente degli stessi<sup>16</sup>, nonché la loro idoneità a "gettare luce negativa" sulla persona offesa<sup>17</sup>.

Facendo applicazione di questi principi, attraverso un giudizio di offensività dell'espressione linguistica idoneo a superare la mera portata etimologica della parola, la Corte di cassazione, con la sentenza n. 50659/2016<sup>18</sup>, ha escluso che l'attribuzione dell'appellativo di "omosessuale" ad un soggetto di differente orientamento sessuale possa determinare un pregiudizio della sua reputazione, comportando tale condotta, al più, una lesione dell'identità personale, come tale tutelabile unicamente in sede civile. Il giudice di legittimità ha, difatti, evidenziato che nel contemporaneo contesto storico il termine "omosessuale" è espressione di per sé neutra, ormai entrata nell'uso comune, che «*si limita ad attribuire una qualità personale attinente alle preferenze sessuali*» di un individuo e che non può, di conseguenza, considerarsi intrinsecamente offensiva, come invece poteva ritenersi in passato e come devono reputarsi «*altri appellativi che veicolano il medesimo concetto con chiaro intento denigratorio secondo i canoni del linguaggio corrente*»<sup>19</sup>.

Tornando al caso che qui ci occupa – e quindi in relazione alle accuse di «*stare sempre più diffondendo la pedofilia*» rivolte dall'imputata al Movimento LGBT – la Corte di cassazione conclude nel senso dell'oggettiva valenza diffamatoria dell'espressione adoperata dall'imputata.

Nel significato lessicale attuale e storicizzato, difatti, il termine pedofilia individua una forma di perversione o devianza sessuale, caratterizzata da ricorrenti fantasie, intense pulsioni e comportamenti sessualmente espliciti con bambini in età prepuberale. Trattandosi di atteggiamenti univocamente stigmatizzati da un punto di vista morale ed etico, oltretutto sanzionati a vario titolo come illeciti penali, al concetto di "pedofilo" si accompagna un giudizio di elevata riprovazione: l'attribuzione di detto appellativo è, allora, innegabile fonte di disonore e comporta una significativa lesione della reputazione del soggetto passivo. Né l'utilizzo dell'appellativo di "pedofilo" può ritenersi giustificato nel nome di presunte ricostruzioni storiche – come quelle prospettate dalla difesa dell'imputata – che stabiliscano una connessione tra il Movimento LGBT e gruppi che giustificano e liberalizzano condotte pedofile, essendo altrettanto «*riferibile alla comune, opposta e diffusa percezione la distanza e la non sovrapposibilità, né*

---

<sup>16</sup> Precisa ulteriormente Cass., Sez. V, sent. del 07.02.1995 (dep. 24.03.1995), n. 1489, cit., che, quanto alle modalità in cui il riferito accertamento deve svolgersi, pare necessario procedere «*non con gli strumenti rigidi della grammatica, o parti del discorso, ma con la mediazione dei sussidi di volta in volta necessari, non escluso, quando necessario, il cosiddetto linguaggio figurato*».

<sup>17</sup> In questi termini Cass., Sez. V, sent. 15.06.2023 (dep. 02.10.2023), n. 39770, cit., §3.2 del Considerato in diritto.

<sup>18</sup> Cass., Sez. V, sent. 18.10.2016 (dep. 29.11.2016), n. 50659, Rv. 268604, con nota di P. DUBOLINO, *Non sussiste la lesione della reputazione personale nell'attribuzione della qualifica di omosessuale*, in *Rivista penale*, fasc. 2, 2017, pp. 163-164.

<sup>19</sup> Così Cass., Sez. V, sent. del 18.10.2016 (dep. 29.11.2016), n. 50659, cit. e nel medesimo senso Cass., Sez. V, sent. del 22.06.2006 (dep. 17.07.2006), n. 24513 e Cass., Sez. V, sent. del 07.02.2020 (dep. 11.06.2020), n. 17944, Rv. 279116.

*confusione, tra l'inclinazione pedofila e l'omosessualità, la transessualità oppure la fluidità di genere»<sup>20</sup>.*

**3.3.** La sentenza affronta, quindi, un tema che assume centrale importanza nel caso di specie e si interroga sulla direzione lesiva della frase a contenuto diffamatorio e, così, sui caratteri propri della vittima del reato.

A questo proposito, giova preliminarmente rilevare che, contrariamente a quanto sostenuto in passato da alcune voci della dottrina – che escludevano la configurabilità di un'offesa alla reputazione di persone giuridiche, ritenendo l'onore un bene riferibile alle sole persone fisiche<sup>21</sup> – è oramai pacifico in giurisprudenza, nonché riconosciuto all'unisono tra gli interpreti, che anche un'entità giuridica o di fatto può ben rivestire la qualifica di persona offesa dal reato di diffamazione, con corrispondente titolarità del diritto di querela: si devono includere, dunque, nel novero delle potenziali vittime di condotte diffamatorie, le fondazioni, le associazioni e le altre tipologie di sodalizi, che rappresentano tanto un interesse collettivo, unitario ed indivisibile, delineato dall'attività svolta e dalle finalità dagli stessi perseguite, quanto plurimi interessi afferenti ai singoli componenti<sup>22</sup>. È, insomma, concettualmente ammissibile l'esistenza di un onore "sociale", o comunque «*di un onore e decoro collettivo, quale bene morale di tutti gli associati o membri, considerati come unitaria entità capace di percepire l'offesa*»<sup>23</sup>. D'altro canto, questa impostazione, da tempo fatta propria dalla dottrina civilistica, può farsi discendere dall'art. 2 della Costituzione, che non limita la salvaguardia dei diritti inviolabili dell'uomo al solo individuo, ma accorda tutela anche alle formazioni sociali ove si svolga la personalità del soggetto<sup>24</sup>.

La configurabilità del reato di diffamazione è, peraltro, subordinata alla condizione essenziale ed imprescindibile<sup>25</sup> che l'offesa alla reputazione sia rivolta ad una persona determinata ed individuata, o perlomeno individuabile, «*sia pure da parte di un numero limitato di persone, attraverso gli elementi della fattispecie concreta, quali la natura e la portata dell'offesa, le circostanze narrate, oggettive e soggettive ed i riferimenti personali e temporali*»<sup>26</sup>. Sul punto la giurisprudenza di legittimità, in linea con «*con la struttura ontologica del reato e con la ratio della sua previsione normativa*»<sup>27</sup>, ha costantemente affermato che, anche in assenza di una indicazione nominativa o di riferimenti

<sup>20</sup> Cfr. Cass., Sez. V, sent. del 15.06.2023 (dep. 02.10.2023), n. 39770, cit., §3.2 del Considerato in diritto.

<sup>21</sup> *Ex multis* V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, Utet, 1951, pp. 357 ss.

<sup>22</sup> Sul punto si veda Cass., Sez. V, sent. del 30.01.1998 (dep. 27.04.1998), n. 4982, Rv. 210601, con nota di C. LAZZARI, *Offesa diffusiva: una discutibile affermazione della Corte di cassazione*, in Cass. pen., 1999, p. 509.

<sup>23</sup> Così Cass., Sez. V, sent. del 24.01.1992 (dep. 16.03.1992), n. 2886, Rv. 189901; Cass., Sez. V, sent. del 21.09.2012 (dep. 08.11.2012), n. 43184, Rv. 253773.

<sup>24</sup> V. Cass., Sez. V, sent. del 30.01.1998 (dep. 27.04.1998), n. 4982, cit.

<sup>25</sup> In questi termini Cass., Sez. V, sent. del 24.11.1987 (dep. 22.03.1988), n. 3756, Rv. 177952.

<sup>26</sup> Cfr. Cass., Sez. V, sent. del 06.12.2021 (dep. 24.01.2022), n. 2598, Rv. 282679 e, in senso conforme, *ex multis*, Cass., Sez. V, sent. del 21.10.2014 (dep. 21.01.2015), n. 2784, Rv. 262681; Cass., Sez. V, sent. del 20.12.2010 (dep. 25.02.2011), n. 7410, Rv. 249601; Cass., Sez. V, sent. del 18.10.1993 (dep. 15.11.1993), n. 10307, Rv. 195555.

<sup>27</sup> Così Cass., Sez. V, sent. del 24.11.1987 (dep. 22.03.1988), n. 3756, Rv. 177952.

inequivoci a fatti o circostanze direttamente riferibili ad uno specifico individuo, il destinatario della condotta diffamatoria deve potersi identificare in termini di affidabile e ragionevole certezza dalla stessa prospettazione obiettiva dell'offesa: secondo un criterio di tipo oggettivo, deve potersi, insomma, desumere la piena ed immediata consapevolezza, da parte di chiunque sia raggiunto dall'affermazione diffamatoria, dell'identità del soggetto cui la stessa sia rivolta e che dalla stessa sia offeso, non potendosi, al contrario, dar rilevanza a intuizioni o congetture soggettive, proprie di chi, ad esempio, «*per sua scienza diretta, può esser consapevole, di fronte alla genericità di un'accusa denigratoria, di poter essere uno dei destinatari*»<sup>28</sup>.

Se non vi sarebbero dubbi circa la sussistenza del reato di diffamazione nell'ipotesi in cui l'espressione verbale a contenuto diffamatorio fosse rivolta ad un ente, pubblico o privato, dotato di una personalità giuridica definita e determinata, ovvero ad una persona fisica che ne compone l'organizzazione – realizzandosi, in quest'ultimo caso, una lesione plurioffensiva idonea a diffondersi anche alla persona giuridica cui l'individuo appartiene –, più complesso è, invece, il caso in analisi, a fronte di una offesa genericamente rivolta al *Movimento LGBT*, nome collettivo riferibile ad una pluralità indefinita di gruppi, organizzazioni ed associazioni, tra loro autonomi e differenti, ma accomunati dal perseguimento della finalità di tutela delle diverse identità sessuali e delle espressioni di genere.

Per superare i problemi interpretativi derivanti dall'espressione utilizzata dall'imputata, all'apparenza inidonea ad integrare il reato di cui all'art. 595 c.p. poiché priva di «*capacità individualizzante*»<sup>29</sup>, in quanto rivolta ad una entità di composizione eterogenea ed indistinta, senza ulteriori riferimenti specifici a individui o persone giuridiche facenti parte del *Movimento*, la decisione in commento precisa quale *iter* logico debba seguirsi per accertare che la frase a contenuto diffamatorio abbia un destinatario determinato ed individuato o, perlomeno, individuabile.

Nello specifico, la verifica della determinatezza del soggetto passivo – afferma la S.C. – non deve essere condotta in astratto e, così, accertare che la persona offesa cui sia diretta la diffamazione sia “in genere”, astraendo dal caso di specie, un soggetto almeno individuabile, ma deve indagare il piano concreto, e pertanto verificare la determinatezza di quelli che erano gli effettivi obiettivi dell'imputato, di quei soggetti che lo stesso mirava a ledere proferendo parole offensive. Di conseguenza, quanto al *Movimento LGBT*, non è corretto interrogarsi sulla possibilità o meno di assimilare l'entità – agglomerato eterogeneo di collettività riconducibili ad un medesimo intento – ad un unico soggetto collettivo determinato o determinabile nelle sue componenti, ma deve verificarsi se «*con il riferimento al Movimento suddetto si sia voluta attaccare sul punto dell'onore e della reputazione collettiva quella pletera di associazioni ed enti che si riconoscono in esso ed agiscono sotto la sua egida*»<sup>30</sup>, se quindi, pur con una espressione nella sua essenza indeterminata, l'imputata abbia voluto accusare di contribuire alla diffusione del

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> È questa la tesi sostenuta dalla difesa dell'imputata, da cui si fa discendere la necessaria esclusione del reato di diffamazione.

<sup>30</sup> V. Cass., Sez. V, sent. 15.06.2023 (dep. 02.10.2023), n. 39770, cit., §3.4. del Considerato in diritto.

fenomeno della pedofilia una serie determinata di soggetti collettivi ed associazioni, accomunate dall'appartenenza all'aggregazione movimentista.

Procedendo in questo modo, con una verifica della portata della locuzione che ne analizzi il contenuto calandolo nel contesto della condotta offensiva realizzata, la Corte di cassazione arriva, allora, ad affermare che *«nel caso della ricorrente e dell'espressione utilizzata nel suo blog, il riferimento al Movimento LGBT è stato "in concreto" utilizzato come espressione sintetica di collegamento logico-soggettivo-individualizzante, allo scopo di rappresentare con un solo termine tutte le associazioni giuridiche o enti di fatto che, riconosciute nell'appartenenza all'aggregazione movimentista [e individuabili, n.d.r.], danno vita ad un'attività politica sociale di tutela dei diritti dei soggetti-individui che li compongono, in quanto appartenenti alla comunità omosessuale, transgender o comunque che rivendica la fluidità sessuale»*<sup>31</sup>.

**3.4.** Da ultimo, rigettando l'ultima doglianza proposta dalla ricorrente, la Cassazione esclude che le espressioni utilizzate dall'imputata – di evidente portata diffamatoria per le ragioni sino a qui illustrate – possano ritenersi scriminate in virtù del riconoscimento della causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto, *sub specie* di diritto di critica.

Com'è noto, la libera manifestazione del pensiero – di cui il diritto di critica rappresenta una declinazione – si colloca tra le libertà fondamentali di rango costituzionale riconosciute e tutelate dal nostro ordinamento in quanto presupposto per l'esistenza e lo sviluppo di ogni società democratica. Espressamente garantita dall'art. 21 Cost., oltretutto dall'art. 10 CEDU, la libertà di pensiero non è assoluta né illimitata, ma trova i propri limiti naturali nella tutela del buon costume e nell'esistenza di beni ed interessi parimenti garantiti o protetti dalla Costituzione<sup>32</sup>: tra questi ultimi, in particolare, assume preminente importanza l'onore che, *«essenzialmente connesso con la persona umana»*<sup>33</sup>, deve ascriversi tra i diritti inviolabili di cui agli artt. 2 Cost. e 8 CEDU.

Rendendosi, pertanto, necessario un bilanciamento tra i due beni, l'onore e la libertà di pensiero, entrambi di rango costituzionale, la Corte di Cassazione – allineandosi alla giurisprudenza costituzionale e convenzionale – ha delineato il perimetro entro il quale una manifestazione del pensiero che leda la reputazione di taluno possa comunque ritenersi giuridicamente accettabile e, quindi, scriminata. A questo proposito sono stati elaborati i requisiti della *«verità oggettiva, della pertinenza e della continenza formale dei fatti narrati»*, alla presenza dei quali un fatto di diffamazione può dirsi giustificato<sup>34</sup>. Se, da un lato, la sussistenza dei citati requisiti assume importanza fondamentale perché la manifestazione del pensiero, nelle forme del diritto

---

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> C. cost, sent. 27.03.1974, n. 86 e, nel medesimo senso, C. cost, sent. 19.02.1965, n. 9. Con riferimento alla giurisprudenza di legittimità formatasi sul punto si segnalano Cass., Sez. VI, sent. del 08.03.1974 (dep. 29.07.1974), n. 5316, Rv. 127738; Cass., Sez. V, sent. del 28.11.1972 (dep. 22.02.1973), n. 1597, Rv. 123357; Cass., Sez. VI, sent. del 16.04.1971 (dep. 08.06.1971), n. 474, Rv. 118351.

<sup>33</sup> Così C. cost, sent. 27.03.1974, n. 86, cit.

<sup>34</sup> *Ex multis* Cass., Sez. U, sent. del 30.06.1984 (dep. 23.10.1984), n. 8959, Rv. 166252.

di cronaca, costituisca causa di giustificazione di una condotta nella sua essenza antigiuridica; differente è l'ipotesi in cui la manifestazione del pensiero costituisca esercizio del diritto di critica, e pertanto espressione di un giudizio o di una opinione soggettiva, che, come tale, «non può pretendersi rigorosamente obiettiva, posto che la critica, per sua natura, non può che essere fondata su una interpretazione, necessariamente soggettiva, di fatti e comportamenti»<sup>35</sup>. In quest'ultimo caso, allora, alla luce della peculiare natura della forma di manifestazione del pensiero, i limiti della verità obiettiva dei fatti narrati, della pertinenza e della continenza formale degli stessi devono ritenersi meno stringenti, ma comunque non integralmente caducati: il permanere di un necessario grado di tutela della reputazione impone che, comunque, le espressioni utilizzate consistano «in un'argomentazione che esplicita le ragioni di un giudizio negativo collegato agli specifici fatti riferiti»<sup>36</sup>, senza risolversi in un'aggressione gratuita alla sfera morale altrui, e che le modalità espressive dispiegate risultino «proporzionate e funzionali alla comunicazione dell'informazione o dell'opinione che ne costituisce l'oggetto»<sup>37</sup>.

Ebbene, nel caso in esame la Corte di cassazione conclude nel senso dell'assoluta lontananza della locuzione adoperata dall'imputata dalla complessità espressiva richiesta ai fini dell'integrazione della scriminante: la struttura e la forma dell'espressione in contestazione, non solo gravemente infamante ed inutilmente umiliante, ma altresì «laconica e povera concettualmente, declinata come un insulto e non come un dato di asserita riflessione»<sup>38</sup>, rendono la proposizione riferita una mera aggressione verbale del soggetto criticato, come tale non giustificabile in nome dell'asserito esercizio del diritto di critica, ma, al contrario, con il suo messaggio denigratorio *tranchant* ed incisivo, pienamente integrante la fattispecie di cui all'art. 595 c.p.

\*\*\*

4. La pronuncia della Quinta Sezione in esame ci consegna una chiara ed analitica ricostruzione dei confini applicativi del reato di diffamazione alla luce dei principi interpretativi consolidatisi nella più recente giurisprudenza della Cassazione.

In particolare, l'aspetto sul quale pare utile svolgere qualche ulteriore considerazione è senz'altro quello della corretta individuazione del soggetto passivo del delitto di cui all'art. 595 c.p., elemento tutt'altro che marginale, dirimente quanto alla legittimazione della persona fisica o giuridica ad esercitare il proprio diritto di querela ed a costituirsi, quindi, parte civile nel nascente procedimento penale.

Ebbene, le riflessioni in argomento, come già le affermazioni contenute nella sentenza in commento, muovono da un unico assunto: non può essere disconosciuta in capo ad un ente collettivo la capacità di essere soggetto passivo del delitto di

---

<sup>35</sup> In questo senso Cass., Sez. V, sent. del 16.04.1993 (dep. 03.07.1993), n. 6493, Rv. 194300.

<sup>36</sup> Cfr. Cass., Sez. V, sent. del 15.11.2022 (dep. 09.03.2023), n. 9953, Rv. 284177; Cass., Sez. V, sent. del 14.10.2021 (dep. 10.01.2022), n. 320, Rv. 282871; Cass., Sez. I, sent. del 05.11.2014 (dep. 06.02.2015), n. 5695, Rv. 262531.

<sup>37</sup> V. Cass., Sez. V, sent. 15.06.2023 (dep. 02.10.2023), n. 39770, cit., §3.2. del Considerato in diritto.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

diffamazione. La giurisprudenza maggioritaria e la dottrina sono, invero, ormai da tempo consolidate nel riconoscere in capo alle persone giuridiche, alle associazioni, agli enti di fatto privi di personalità giuridica, alle fondazioni, alle comunità religiose ed ai corpi amministrativi e giudiziari la titolarità dei beni giuridici dell'onore e della reputazione, da intendersi quali beni morali sociali o collettivi riferibili ai singoli associati o membri del soggetto collettivo e, per proprietà transitiva, all'ente stesso, che degli associati si compone. Insomma, espressioni denigratorie che incidano sulla considerazione esterna di cui l'ente gode presso i consociati ben possono integrare il reato di cui all'art. 595 c.p., poiché lesive tanto dell'onore dei singoli individui che del soggetto collettivo fanno parte, quanto dell'onore sociale di cui è titolare l'ente, *reductio ad unum* della pluralità di posizioni di cui si compone.

Perché possa ritenersi integrato il reato di diffamazione è imprescindibile poi – lo si è già evidenziato – che il destinatario dell'offesa sia determinato ed individuato o, perlomeno, in assenza di una inequivoca indicazione nominativa, individuabile in termini di affidabile certezza alla luce delle circostanze del caso concreto (la natura e la portata di quanto riferito, le circostanze oggettive e soggettive narrate, i riferimenti personali e temporali utilizzati). Il criterio cui fare affidamento in sede di individuazione dell'effettivo destinatario dell'espressione diffamante è un criterio di tipo oggettivo: dalla stessa prospettazione dell'offesa devono promanare elementi diretti o indiretti di qualsiasi specie, idonei a consentire una facile e certa individuazione del soggetto passivo da parte di chi abbia percezione dell'espressione lesiva, non potendosi, di contro, dar rilevanza a intuizioni o congetture di tipo soggettivo, anche se queste siano in grado di riempir di significato accuse denigratorie altrimenti generiche.

Al quadro sin qui delineato – al quale erano già pervenute per vie parallele tanto la giurisprudenza quanto la dottrina maggioritaria – la sentenza in esame aggiunge un'ulteriore precisazione: il vaglio della capacità individualizzante della locuzione utilizzata dal soggetto agente non può condursi in astratto, avendo a riferimento il semplice significato lessicale di quanto proferito, ma tale verifica deve essere condotta sul piano concreto, tenendo in debita considerazione le circostanze sussistenti nel caso di specie, calando quanto affermato dall'individuo nel contesto di realizzazione della condotta offensiva e avendo riguardo alle specifiche mire ed obiettivi fatti propri dall'imputato nel perpetrare il reato.

Le considerazioni svolte appaiono in linea con la struttura ontologica del reato di diffamazione e con la *ratio* della sua previsione normativa, preordinata alla tutela della reputazione, nel suo significato di stima e dignità di cui gode l'individuo in virtù del giudizio che il gruppo sociale di appartenenza matura nei suoi confronti.

Permangono, tuttavia, delle perplessità in merito alle conclusioni cui addiviene il giudice di legittimità ed alla loro rispondenza ai criteri poco sopra indicati. Puntualizza, difatti, la Quinta Sezione che, nel caso in esame, «*il riferimento al Movimento LGBT è stato "in concreto" utilizzato come espressione sintetica di collegamento logico-soggettivo-individualizzante, allo scopo di rappresentare con un solo termine tutte le associazioni giuridiche o enti di fatto che, riconosciute nell'appartenenza all'aggregazione movimentista, danno vita ad un'attività politica sociale di tutela dei diritti dei soggetti-individui che li compongono, in quanto appartenenti alla comunità omosessuale, transgender o comunque che*

*rivendica la fluidità sessuale*»<sup>39</sup>. Così, il ragionamento utilizzato dalla Corte offre una ricostruzione del soggetto passivo del reato che, nella sua ambizione di indagare la concreta portata del termine, pare disattendere il requisito dell'oggettiva e precisa individuabilità del destinatario dell'offesa da parte di chi ha percezione della frase denigratoria, valorizzando, invece, le intime volontà dell'imputata, che con tale espressione ellittica avrebbe voluto riferirsi alla pleora di associazioni ed enti che nel *Movimento* si riconoscono. Insomma, secondo questa impostazione, i requisiti della determinatezza ed individuazione, o perlomeno individuabilità, della persona offesa del reato, anche se non rinvenibili nella obiettiva prospettazione dell'offesa, in ragione, ad esempio, della genericità delle espressioni utilizzate per indicare il destinatario, ben potrebbero ricavarsi dagli intenti del soggetto agente, che nell'utilizzare formule indeterminate intendeva, per verità, colpire soggetti specificamente individuati o individuabili. Quella prospettata è, allora, una indagine che, sondando i privati intenti del soggetto agente, si rivela ben più complessa della verifica della identificabilità della persona offesa secondo un criterio di tipo oggettivo, che faccia discendere la potenziale individuabilità – in termini di affidabile e ragionevole certezza – del destinatario della diffamazione dalla possibilità che chiunque sia raggiunto dall'affermazione denigratoria abbia piena e immediata consapevolezza dell'identità del soggetto cui la stessa sia rivolta; né sfugge che, in casi limite, la parametrizzazione della determinabilità del soggetto offeso sulle intenzioni dell'imputato potrebbe portare a conferire penale rilevanza anche ad ipotesi prive di una effettiva lesione del bene dell'onore collettivo, bene giuridico non configurabile in capo a soggettività indeterminate nella loro composizione, ancorché determinate nella mente del soggetto che sia intenzionato ad offenderle.

Da ultimo, al di là del ragionamento logico utilizzato, destano perplessità anche le risultanze cui la Corte di cassazione addiviene all'esito della verifica in concreto della determinatezza del soggetto passivo: ammesso pure che, nel caso di specie, l'imputata abbia utilizzato il sintagma *Movimento LGBT* quale «*espressione sintetica di collegamento logico-soggettivo-individualizzante*» per riferirsi ai soggetti giuridici che al *Movimento* appartengono, come può ritenersi determinata o determinabile una categoria in costante divenire, che ricomprende al proprio interno una platea indeterminata di associazioni giuridiche o di enti di fatto, in cui chiunque, in potenza, potrebbe riconoscersi in ragione di una semplice adesione alle finalità di tutela della fluidità sessuale, dal *Movimento* perseguite?

---

<sup>39</sup> Cass., Sez. V, sent. 15.06.2023 (dep. 02.10.2023), n. 39770, cit., §3.4. del Considerato in diritto.



## IL DDL SICUREZZA ALLA PROVA DELLA RICERCA CRIMINOLOGICA: PRIME ANNOTAZIONI CRITICHE (\*)

di Roberto Cornelli

Prima di esplicitare alcune prime considerazioni di taglio criminologico e politico-criminale sul [Disegno di legge in approvazione](#), desidero sottoporre alle Commissioni parlamentari Giustizia e Affari Costituzionali un dato di contesto che spesso entra in modo distorto nel dibattito politico. Il fondamento politico-criminale richiamato a sostegno d'interventi in materia di sicurezza pubblica solitamente riguarda non tanto il peggioramento delle condizioni di sicurezza "reale", quanto di un aumento dell'insicurezza percepita. I reati possono anche diminuire – si dice da parte dei più attenti conoscitori delle statistiche della criminalità – ma è la percezione d'insicurezza delle persone a continuare ad aumentare e di questo sentimento la politica deve farsi carico rispondendo in modo fermo.

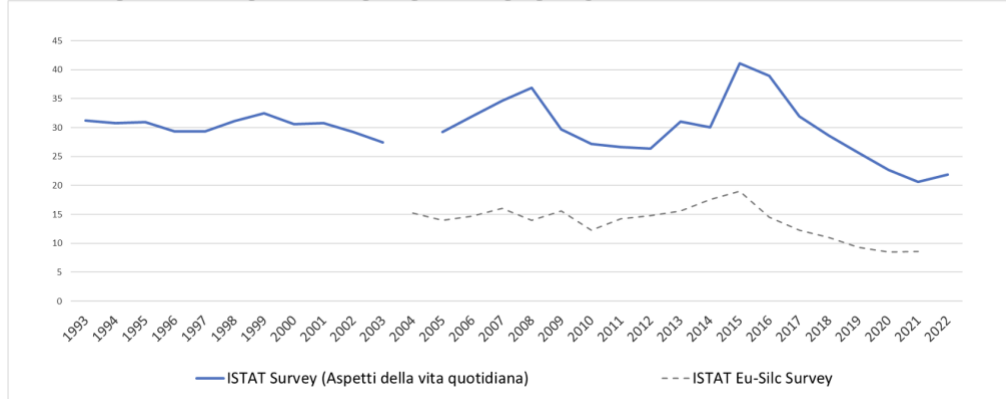
I dati ISTAT oggi disponibili (grafico 1) dicono esattamente l'opposto, vale a dire che l'insicurezza derivante dalla percezione della criminalità nel proprio quartiere di vita è in netta diminuzione negli ultimi 5 anni e, negli anni precedenti, ha avuto degli innalzamenti, poi rientrati, in corrispondenza all'approvazione di decreti sicurezza (il primo nel 2008) o in presenza di campagne mediatiche particolarmente pressanti (per es. nel 2015). L'ipotesi già validata in altri Paesi è che le leggi sulla sicurezza non intervengano per rispondere a una domanda di sicurezza che viene dal basso, ma al contrario alimentino campagne politico-mediatiche finalizzate, a volte, a ottenere visibilità o legittimazione politica, altre volte, a irrigidire il quadro delle libertà e delle garanzie democratiche. Non sembri un riferimento eccessivo: ogni torsione autoritaria è accompagnata o anticipata da strette repressive presentate come necessarie per garantire

---

*(\*)Testo a integrazione dell'audizione del 20 maggio 2024 del prof. Roberto Cornelli presso le Commissioni competenti, in relazione disegno di legge c. 1660/C recante "disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario".*

la sicurezza. Il problema è semmai capire quando la stretta repressiva sia da considerarsi un effettivo segnale di allarme per la democrazia.

Grafico 1 – percentuale di persone che percepiscono il proprio quartiere a rischio di criminalità. Anni 1993-2022



Fatta questa premessa di carattere generale, il disegno di legge in approvazione costituisce certamente l'ultimo atto di una lunga sequela di discorsi e provvedimenti che, nonostante il diverso segno politico dei governi in carica, hanno interessato il campo della sicurezza pubblica in modo tendenzialmente omogeneo. I tratti distintivi, che si ritrovano anche in questo testo, sono:

**1.** La credenza nella deterrenza carceraria, che viene intesa come unica leva per ridurre i reati ma che ormai è ampiamente questionata sulla base dei dati di ricerca criminologica dell'ultimo secolo (già Giacomo Matteotti, nei suoi studi penalistici giovanili di inizi Novecento, ne affrontava le criticità).

In tale direzione:

**1.1.** si opera un ampliamento della cornice edittale di fattispecie penali esistenti, nell'illusione che l'aumento della gravità della sanzione determini una riduzione dei reati.

**1.1.1.** Nel caso del delitto di truffa, anche senza considerare l'elevato numero oscuro derivante dalla mancata denuncia, il tasso di svelamento degli autori è talmente basso da risultare di nessuna utilità insistere sulla trasformazione dell'aggravante in reato autonomo di truffa aggravata, con aumento delle pene, garantendone la procedibilità d'ufficio, l'arresto obbligatorio in flagranza e l'applicazione della misura cautelare in carcere (art. 9);

**1.1.2.** nel caso dell'accattonaggio (art. 13), il rilevante incremento della cornice edittale dovrebbe disincentivare la commissione di comportamenti che, tuttavia, dal punto di vista criminologico, presentano motivazioni che prescindono da una valutazione di costi-benefici. Concretamente si tratta perlopiù di adulti che portano con sé minori nell'attività di accattonaggio e solo raramente di vere e proprie organizzazioni. Il contenimento in carcere di persone che, una volta uscite, se non accompagnate in percorsi reali di presa in carico delle loro vulnerabilità sociali, economiche, culturali e psicologiche, si troveranno nelle medesime condizioni di prima, quando non peggiori

proprio per l'effetto della carcerazione, subirà un aumento senza alcun beneficio in termini preventivi.

**1.1.3.** Viene introdotta l'ulteriore circostanza aggravante dell'art. 639 c.p. per il caso in cui il fatto sia commesso su beni mobili o immobili adibiti all'esercizio di funzioni pubbliche, con la finalità di ledere l'onore, il prestigio o il decoro dell'istituzione cui il bene appartiene (art. 16).

**1.2.** S'introducono nuove fattispecie di reato

**1.2.1.** che anticipano la tutela penale alla soglia del sospetto, come nel caso della detenzione di istruzioni per il compimento di atti di terrorismo (art. 1);

**1.2.2.** che puniscono allo stesso modo condotte profondamente diverse, come nel caso dell'occupazione arbitraria di immobili destinati a domicilio altrui in cui si prevede che fuori dai casi di concorso nel reato soggiace alla stessa pena dell'occupante chiunque si intromette o coopera nell'occupazione dell'immobile, ovvero riceve o corrisponde denaro o altra utilità per l'occupazione medesima (art. 8)

**1.2.3.** che trasformano in illeciti penali quegli illeciti amministrativi già introdotti in precedenti leggi per limitare le forme del dissenso, come nel caso del blocco stradale o ferroviario attuato mediante ostruzione fatta col proprio corpo, con un aggravamento di pena se commesso da più persone riunite (art. 11)

**2.** Il ricorso sempre più frequente a misure di diritto amministrativo punitivo, che non è altro che la versione contemporanea di quel diritto di polizia ottocentesco che, presente anche nelle democrazie costituzionali (si pensi alla mancata revisione in Italia delle leggi di pubblica sicurezza d'impianto fascista, mai adeguate alla realtà democratica e costituzionale), recentemente ha trovato nuovo slancio con la legge n. 48 del 2017 e che nell'attuale testo viene ulteriormente esteso con l'attribuzione al Questore di disporre il divieto di accesso alle aree di infrastrutture e pertinenze del trasporto pubblico anche a soggetti non solo condannati ma anche solo denunciati per reati contro la persona o il patrimonio (art. 10). La motivazione indicata nel testo è talmente chiara da non richiedere ulteriori commenti: "la disposizione che si intende introdurre avrebbe il pregio di consentire alle forze di polizia di intervenire immediatamente per «espellere» dalle suddette aree le persone destinatarie del divieto di accesso, svolgendo così una funzione di prevenzione di possibili reati che costoro potrebbero ivi commettere." La libertà di circolazione finisce per essere limitata con provvedimento amministrativo per generiche ragioni di prevenzione.

**3.** L'irrigidimento dell'ordinamento penitenziario, attraverso principalmente due novità, entrambe estremamente problematiche sia pure sotto diverso profilo.

**3.1.** Il rinvio della pena per donne incinte e madri di prole fino a un anno, introdotto dal codice Rocco di epoca fascista, viene reso da obbligatorio a facoltativo (art. 12). È una norma di stampo evidentemente mediatico-espressivo, riguardando numeri estremamente ridotti, e che rischia di compromettere in modo irreversibile la crescita psichica e motoria del bambino costringendolo in spazi ridotti e caratterizzati da deprivazione sensoriale. La previsione che la detenzione avverrebbe negli ICAM non allevia la gravità della norma, ben sapendo che queste strutture dedicate alle madri con

prole sono presenti solo in 5 istituti in tutta Italia e comunque spesso non sono altro che spazi dedicati all'interno della medesima struttura detentiva.

3.2. L'introduzione del nuovo reato di rivolta (art. 18) all'interno di un istituto penitenziario che tra le condotte punite inserisce anche le condotte di resistenza passiva (e dunque nei fatti pacifica) all'esecuzione degli ordini impartiti non ha alcuna relazione con il dichiarato intento di migliorare la sicurezza negli istituti, affermando semmai una concezione dell'ordine carcerario ancora una volta antiquata. Buona parte degli operatori di polizia penitenziaria che ho intervistato nelle mie ricerche (circa 1500 in tutto)<sup>1</sup> dimostrano di avere maggiore consapevolezza di cosa serve per migliorare il loro lavoro nelle carceri: la maggioranza di loro dice che serve più formazione alla gestione degli eventi critici, più capacità di relazionarsi in modo rispettoso con i detenuti, più sostegno da parte dei vertici dell'amministrazione penitenziaria nella gestione delle piccole o grandi problematiche quotidiane che creano tensioni tra detenuti e tra questi e gli agenti, spesso lasciati soli nei reparti a dover dare risposte che non possiedono. Non serve inserire norme che rendono ancora più teso, rabbioso e muscolare il clima nelle carceri. D'altra parte, inserire questa fattispecie così concepita nel catalogo dei reati ostativi *ex art. 4-bis* (art. 25) costituisce una linea di politica penitenziaria volta a smantellare l'eccezionalismo legato a reati gravi di mafia e terrorismo e, insieme, a abbattere il sistema dei benefici come ponte tra carcere e territorio in un'ottica di risocializzazione foriera di maggiore sicurezza.

4. La criminalizzazione di cittadini di Paesi extraeuropei presenti sul territorio italiano senza un titolo di soggiorno valido. Va ricordato che i CPR sono stati istituiti per legge ma senza ottemperare alla previsione dell'art. 13 della Costituzione laddove indica che i modi delle deroghe all'inviolabilità della libertà personale devono essere esplicitamente previsti dalla legge. Oggi i CPR sono luoghi di detenzione amministrativa privi di garanzie e di tutela minima dei diritti a cui non si possono applicare nemmeno le norme dell'ordinamento penitenziario. Va ricordato che nei CPR sono trattenute perlopiù persone non in ragione del fatto che hanno commesso delitti e neppure perché socialmente pericolose, come talvolta si sente dire a giustificazione della necessità di questi luoghi, ma solo per il fatto che non hanno o non hanno più un titolo di soggiorno valido. L'introduzione della condotta di resistenza passiva agli ordini impartiti, la cui applicazione in concreto in luoghi detentivi non accessibili al pubblico avverrà il più delle volte a partire dal resoconto degli operatori di società private che gestiscono i CPR, potrebbe comportare una facile forma di criminalizzazione di persone già private della libertà personale e della tutela dei propri diritti fondamentali. Laddove la previsione riguardi i Centri di accoglienza risulta persino concettualmente insostenibile, non trattandosi di luoghi detentivi neppure per via amministrativa.

---

<sup>1</sup> Cfr. R. CORNELLI, [Prima indagine sul personale lombardo della Polizia Penitenziaria \(PolPen XXI\)](#), in *questa Rivista*, 6 dicembre 2022.

5. Incentivo alla diffusione delle armi in circolazione. Estendere a tutti gli agenti di pubblica sicurezza (si stima che ce ne siano più di 300mila, ma il numero esatto non è probabilmente noto nemmeno al Ministro dell'Interno) l'autorizzazione a portare senza licenza armi private diverse da quelle di ordinanza (art. 20) comporta dei rischi collegati a una maggiore diffusione di armi da fuoco, tanto nello spazio pubblico quanto in ambiente domestico. Gli agenti, in effetti, essendo già idonei a possedere un'arma di ordinanza, già oggi non hanno alcuna difficoltà a ottenere il porto d'armi (beninteso per difesa personale e non già per proseguire fuori servizio i propri compiti di pubblica sicurezza, come sembrerebbe indicare il Disegno di legge). L'introduzione di questa norma avrebbe dunque l'unico effetto di incentivare la circolazione non controllata di armi private, con un incremento di rischi per la sicurezza pubblica.

La ricerca sull'argomento è chiara, e mi permetto di richiamarla più diffusamente a seguito di una specifica richiesta avanzata in sede di audizione<sup>2</sup>.

Si stima che le armi da fuoco nel mondo per il 2017 siano più di un miliardo, la maggior parte delle quali nelle mani di civili (85%), mentre il 13% in possesso delle forze armate e il 2% a disposizione delle forze di polizia: sono dati della rilevazione della *Small Arms Survey*, progetto del *Graduate Institute of International and Development Studies* con sede a Ginevra, che indica un aumento della riserva globale di armi da fuoco nell'ultimo decennio, largamente dovuta a un incremento di armi in possesso di civili, che sono passate da 650 milioni nel 2006 a 857 milioni nel 2017<sup>3</sup>. Queste stime forniscono un quadro di riferimento utile per collocare una serie di riflessioni sulla relazione tra armi da fuoco e tassi di omicidio<sup>4</sup>.

A livello globale nel periodo in cui si è verificato un deciso incremento delle armi in possesso di civili (2006-2017), è aumentata la percentuale di omicidi commessi con l'uso di armi da fuoco, che dal 40% nel 2004 passano al 44% nel 2016; inoltre, l'uso delle armi da fuoco è prevalente proprio in quei Paesi dell'America Latina che presentano un tasso di omicidi molto elevato e, in controtendenza rispetto al trend globale, in aumento negli ultimi due decenni<sup>5</sup>.

Nel contesto della violenza domestica e tra *partner*, la disponibilità di armi in casa, detenute anche legalmente o per ragioni professionali, aumenta il rischio di esiti letali e nelle aree regionali, come quella dei Balcani occidentali, in cui il possesso di armi è relativamente alto, un'elevata percentuale di omicidi con vittima femminile coinvolge l'uso delle armi<sup>6</sup>. Anche in Europa il possesso di armi è fortemente correlato con il tasso di omicidi di donne più che con quello con vittime maschili: solitamente le armi sono tenute in casa, dove più frequentemente avvengono i femicidi, mentre difficilmente sono portate in spazi pubblici<sup>7</sup>. In una *review* del 2016 che ha preso in considerazione 130 studi

<sup>2</sup> Cfr. R. CORNELLI, *Argomenti criminologici sulla legittima difesa*, in *Diritto Penale e Processo*, 7/2019, pp. 986-994.

<sup>3</sup> McEVOY, HIDE, *Global Violent Deaths 2017*, Small Arms Survey, 2017.

<sup>4</sup> Cfr. *Firearms and Violent Deaths*, Small Arms Survey Research Notes, 60, 2016; *Study on Firearms. A study on the transnational nature of and routes and modus operandi used in trafficking in firearms*, UNODC, Vienna, 2015.

<sup>5</sup> Oltre ai rapporti di UNODC, cfr. *A Fatal Relationship. Guns and Deaths in Latin America and the Caribbean*, Small Arms Survey, 2012.

<sup>6</sup> Cfr. *Too Close To Home. Guns and Intimate Partner Violence*, Small Arms Survey, 2013.

<sup>7</sup> KILLIAS - MARKWALDER, *Firearms and Homicide in Europe*, in Liem, Pridemore (a cura di), *Handbook of*

su 10 Paesi che dal 1950 al 2014 hanno esplorato le associazioni tra leggi sul possesso di armi da fuoco e omicidi, suicidi e morti non intenzionali da arma da fuoco, l'implementazione di leggi restrittive è associata a riduzioni nelle morti da arma da fuoco e in particolare a più bassi tassi di omicidi della propria partner e di morti accidentali di bambini<sup>8</sup>.

Un caso interessante da osservare è quello degli Stati Uniti: il possesso di armi da fuoco da parte di civili è uno dei più alti al mondo (secondo le stime della *Small Arms Survey* decisamente il più alto) e il tasso di omicidi decisamente più elevato di quello dell'Europa Occidentale e del Canada. La percentuale di crimini violenti – così come di suicidi, di incidenti legati al possesso di armi e di uccisioni da parte di agenti di polizia – che coinvolgono armi da fuoco è consistente (sono state usate armi da fuoco in circa il 70% degli omicidi, il 26% delle rapine e il 31% delle aggressioni aggravate) ed episodi di *mass shooting* compiuti attraverso armi semiautomatiche continuano a scuotere l'opinione pubblica, anche se misure decisamente restrittive circa la produzione e la commercializzazione di armi da fuoco, come quelle adottate di recente dal Governo neozelandese a seguito della strage di *Chirst Church*, non sembrano ancora praticabili nel contesto statunitense. Eppure un accurato studio di J. Scott Lewis<sup>9</sup> sulle differenze legislative nel controllo delle armi tra i diversi Stati USA rileva come a un maggior controllo delle armi corrisponde una diminuzione delle uccisioni di massa.

Tra i casi di studio sull'impatto della legislazione in materia di regolazione del commercio e del possesso di armi sulla violenza letale<sup>10</sup> spicca senz'altro la Croazia, in cui gli omicidi da arma da fuoco si sono ridotti del 70% tra il 2006 e il 2013, mentre gli altri omicidi sono rimasti stabili. Questa divergenza nell'andamento delle due tipologie di omicidi - che in altri Paesi limitrofi come l'Albania non è data - si riscontra a partire dal 2007 e corrisponde all'entrata in vigore di una nuova legge che ha ristretto le condizioni di acquisizione e possesso delle armi, accompagnata da campagne di sensibilizzazione sulla consegna volontaria delle armi (a dicembre 2011 erano già 58mila le armi raccolte) e sulla consapevolezza dei rischi correlati al possesso di armi<sup>11</sup>.

Potremmo sintetizzare quanto detto finora affermando che le condizioni di accesso da parte dei civili al mercato delle armi da fuoco incidono sulle variazioni del tasso di omicidi sia nei Paesi con alto tasso di criminalità violenta, sia in quegli Stati – come l'Italia e più in generale in Europa occidentale – in cui il possesso di armi è generalmente contenuto<sup>12</sup> e il tasso di omicidio è relativamente basso e caratterizzato da quote percentuali sempre maggiori di vittime femminili in ambiente domestico.

---

*European Homicide Research*, New York, 2012, 261-272.

<sup>8</sup> SANTAELLA-TENORIO - CERDÁ - VILLAVECES - GALEA, *What Do We Know About the Association Between Firearm Legislation and Firearm-Related Injuries?*, in *Epidemiologic Reviews*, 38, 2016.

<sup>9</sup> SCOTT LEWIS, *The Relationship between Gun Control Strictness and Mass Murder in the United States: A National Study 2009-2015*, in *International Social Science Review*, 94(2), 2018.

<sup>10</sup> Cfr. il libro di CARLSON, GOSS, SHAPIRA (a cura di), *Gun Studies: Interdisciplinary Approaches to Politics, Policy, and Practice*, 2019.

<sup>11</sup> Cfr. *Firearms and Violent Deaths*, Small Arms Survey Research Notes, 60, 2016.

<sup>12</sup> Cfr. *Firearms in the European Union*, Flash Eurobarometer 383, 2015.

Un'ultima annotazione: sulla base dei dati forniti dal rapporto Censis-Federsicurezza del 2018<sup>13</sup>, se "l'Italia fosse l'America", vale a dire se il nostro Paese avesse la medesima diffusione di armi pro capite presente negli Stati Uniti, si stima che ci sarebbero 2550 omicidi in più all'anno con arma da fuoco (nell'anno considerato, il 2016, in Italia si sono verificati 150 omicidi). Tutto sommato, pare che la corsa ad armarsi non sia una soluzione auspicabile per migliorare le condizioni di sicurezza, costituendo, semmai, un ulteriore problema<sup>14</sup>.

6. Incremento dei poteri di polizia. Le misure per rafforzare la tutela dell'attività espletata dagli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria e di pubblica sicurezza (artt. 14 e 15), quelle per tutelare le funzioni della Guardia di finanza (art. 21) e le disposizioni per il potenziamento dell'attività d'informazione per la sicurezza (art. 23) costituiscono interventi disorganici e a rischio di incostituzionalità (come nel caso in cui si prevede per le collaborazioni a fini informativi per la sicurezza possibilità di deroghe a vincoli di riservatezza previsti dalla normativa di settore di norme sulla privacy) o sproporzionate rispetto alle esigenze di tutela (come nei casi d'introduzione delle lesioni lievi e lievissime nell'art. 583-*quater* e dell'aggravante privilegiata non soggetta a bilanciamento anche per la resistenza a pubblica ufficiale).

D'altra parte, occupandomi di sistemi di polizia, di gestione dell'ordine pubblico e di uso eccessivo della forza, sostengo da tempo la necessità che questa materia sia sottratta a interventi puntuali, soprattutto per iniziativa governativa, e trovi un ambito di riforma complessiva, organica e coerente rispetto ai principi costituzionali.

---

<sup>13</sup> CENSIS-FEDERSICUREZZA, *Primo rapporto sulla filiera della sicurezza in Italia*, 2018, p. 28.

<sup>14</sup> Cfr. I risultati della *review* di studi empirici di STROEBE, *Firearm possession and violent death: A critical review*, in *Aggression and Violent Behavior*, 18, 2013, 709-721.



## IL DISEGNO DI LEGGE SICUREZZA E IL NUOVO REATO DI RIVOLTA IN CARCERE E IN STRUTTURE DI ACCOGLIENZA E TRATTENIMENTO PER MIGRANTI

*D.d.l. 1660/C recante “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell’usura e di ordinamento penitenziario”*

di Cecilia Pasini

1. Il 16 novembre 2023 il Consiglio dei Ministri ha approvato un Disegno di legge – su iniziativa del Ministero dell’Interno, del Ministero della Giustizia e del Ministero della Difesa – «*recante disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell’usura e di ordinamento penitenziario*». Come si evince già dalla denominazione del d.d.l. – e dai toni del comunicato stampa che ne ha immediatamente reso nota l’approvazione<sup>1</sup> – le modifiche intervengono in ambiti, piuttosto eterogenei, il cui denominatore comune può essere letto nella volontà di far fronte a una generalizzata esigenza di maggiore sicurezza a fronte di fenomeni considerarsi di importante allarme sociale.

Rinviando ad altre sedi per un commento sull’intero testo della proposta<sup>2</sup>, ci si concentrerà qui sugli artt. 18 e 19 del d.d.l.<sup>3</sup> che introducono due nuove fattispecie incriminatrici – la prima all’interno del codice penale e la seconda all’interno del TU Immigrazione – volte a mantenere la sicurezza degli istituti penitenziari e delle strutture di trattenimento e accoglienza per i migranti, punendo gli episodi di “rivolta”.

È doveroso premettere come tale proposta di legge sia stata presentata alla Camera il 22 gennaio e sia attualmente oggetto di discussione nelle Commissioni competenti e dunque suscettibile di interventi modificativi anche sostanziali; tuttavia, pare opportuno sin da ora sottolineare alcuni profili critici del testo di legge così come è

<sup>1</sup> Cfr. Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 59, 16 novembre 2023. Da qui si evincono le aree di intervento su cui si concentra la proposta: “Prevenzione e contrasto del terrorismo e della criminalità organizzata, beni sequestrati e confiscati, controlli di polizia”; “Sicurezza urbana”; “Tutela del personale delle forze di polizia, delle forze armate, del corpo nazionale dei vigili del fuoco e degli organismi del Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica”; “Tutela delle vittime di usura”; “Ordinamento penitenziario”.

<sup>2</sup> Per un commento al testo del d.d.l. cfr. L. ROSSI, [A proposito del nuovo disegno di legge in materia di sicurezza](#), in *questa Rivista*, 7 marzo 2024; F. FORZATI, *Il nuovo Ddl sicurezza fra (poche) luci e (molte) ombre: primi spunti di riflessione*, in *Arch. pen.*, 3/2023, pp. 1 ss. Inoltre, si rinvia sin da ora all’audizione del professore Marco Pelissero alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati in relazione al disegno di legge che può leggersi in M. PELISSERO, [A proposito del disegno di legge in materia di sicurezza pubblica: i profili penalistici](#), in *questa Rivista*, 27 maggio 2024, ricca di spunti anche sui profili oggetto del presente commento.

<sup>3</sup> Entrambi gli articoli si collocano nella sezione dedicata alla tutela delle forze dell’ordine.

stato presentato, formulando qualche prima considerazione sulle possibili conseguenze del nuovo intervento normativo.

2. Il nuovo art. 415 *bis* c.p. L'art. 18 del d.d.l.<sup>4</sup> si propone di introdurre nell'ordinamento una nuova norma, l'art. 415 *bis* c.p., rubricata "Rivolta all'interno di un istituto penitenziario", che, per maggior chiarezza, riporteremo per intero:

*«Chiunque, all'interno di un istituto penitenziario, mediante atti di violenza o minaccia, di resistenza anche passiva all'esecuzione degli ordini impartiti ovvero mediante tentativi di evasione, commessi in tre o più persone riunite, promuove, organizza o dirige una rivolta è punito con la reclusione da due a otto anni.*

*Per il solo fatto di partecipare alla rivolta, la pena è della reclusione da uno a cinque anni.*

*Se il fatto è commesso con l'uso di armi, la pena è della reclusione da tre a dieci anni.*

*Se dalla rivolta deriva una lesione personale, la pena è aumentata; se ne deriva la morte, la pena è della reclusione da dieci a venti anni.*

*Le pene di cui al quarto comma si applicano anche se la lesione personale o la morte avvengono immediatamente dopo la rivolta e in conseguenza di essa».*

**2.1. Una prima analisi del dato normativo.** Innanzitutto, è possibile inquadrare la fattispecie come reato proprio, poiché le condotte penalmente rilevanti vengono circoscritte a quelle poste in essere da chi si trova all'interno di un istituto penitenziario, condizione soggettiva necessaria ai fini della configurabilità del reato di rivolta. Si tratta altresì di una fattispecie necessariamente plurisoggettiva in quanto la norma richiede, perché sia integrato il reato, che le condotte tipiche siano poste in essere da tre o più persone riunite.

Quanto al bene giuridico tutelato, la norma è collocata all'interno del Titolo V del Libro II del codice penale, tra i delitti contro l'ordine pubblico. Con riferimento ai reati contenuti in detto titolo, dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate al fine di identificare con precisione il contenuto del bene giuridico tutelato, che per molti Autori rimane ancora dai confini indefiniti. Rinviando ad altre sedi una più approfondita analisi del tema<sup>5</sup>, ci si limiterà qui a sottolineare come, secondo larga parte della dottrina, al concetto di ordine pubblico in senso "ideale" (o normativo) – suscettibile di essere leso dalla semplice manifestazione del dissenso politico-ideologico – debba preferirsi il concetto di ordine pubblico in senso "materiale" (o empirico), capace di selezionare come penalmente rilevanti solo quelle condotte che si risolvano in una concreta minaccia per la vita collettiva<sup>6</sup>. Ed è sulla scorta di queste considerazioni che, come si avrà modo di specificare, andrebbe interpretata anche la nuova fattispecie incriminatrice.

<sup>4</sup> Si precisa che l'art. 18 del d.d.l. prevede in realtà un duplice intervento: oltre a introdurre il nuovo art. 415 *bis* c.p., su cui ci soffermeremo, inserisce una circostanza aggravante per il reato di cui all'art. 415 c.p. (Istigazione a disobbedire alle leggi) "se il fatto è commesso all'interno di un istituto penitenziario ovvero a mezzo di scritti o comunicazioni diretti a persone detenute".

<sup>5</sup> Cfr., per tutti, C. FIORE, *Ordine pubblico (dir. pen)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Giuffrè, 1980, pp. 1084 ss.; S. MOCCIA (a cura di), *Delitti contro l'ordine pubblico*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pp. 9 ss.

<sup>6</sup> Cfr. E. MEZZETTI, *I reati contro l'ordine pubblico*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale di diritto penale*, III ed., Giappichelli, 2019, pp. 434 ss.

Quanto alla condotta incriminata – su cui ci soffermeremo più diffusamente nel corso dei prossimi paragrafi – la norma punisce l’evento della rivolta in carcere, sanzionando alternativamente la *promozione, organizzazione e direzione* della rivolta (con la reclusione da due a otto anni) o la semplice *partecipazione* alla stessa (con la reclusione da uno a cinque anni). Si tratta altresì di un reato a forma vincolata, in quanto la norma prevede espressamente le condotte tipiche ai fini dell’integrazione dello stesso: in particolare si tratta di atti di violenza o minaccia, di resistenza anche passiva all’esecuzione degli ordini impartiti ovvero tentativi di evasione.

Con riferimento ad alcune delle condotte tipiche previste per l’integrazione del reato in esame, lo stesso può considerarsi plurioffensivo, comportando le stesse una lesione di beni giuridici diversi e ulteriori rispetto all’ordine pubblico: si pensi ad esempio alla condotta di tentata evasione, la quale lede l’interesse al rispetto delle decisioni dell’Autorità giudiziaria; o la violenza o la minaccia, condotte che risultano lesive dell’incolumità fisica e della libertà morale della persona (oltre a una possibile lesione del buon andamento della PA nel caso – assai probabile – in cui le condotte siano poste in essere ai danni di pubblici ufficiali<sup>7</sup>).

Sono inoltre previste una serie di ipotesi aggravate che contemplano i casi di utilizzo delle armi e di lesione personale o morte di taluno derivante dalla rivolta (anche se la lesione o la morte avvengono immediatamente dopo la rivolta e in conseguenza della stessa).

Da ultimo, giova sottolineare un aspetto non secondario: infatti, l’art. 25 del d.d.l., mediante modifica dell’art. 4 *bis*, comma 1 *ter*, ord. penit., ricomprende il reato di cui all’art. 415 *bis* c.p. all’interno del novero dei reati c.d. “ostativi”, rendendo più difficile l’accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione in carcere.

**2.2. Le condotte tipiche della nuova fattispecie incriminatrice.** Come anticipato, si dedicherà particolare attenzione all’analisi delle condotte tipiche previste dalla norma; innanzitutto, si ritiene interessante notare come la formulazione dell’art. 415 *bis* c.p. ricalchi perfettamente le ipotesi tipiche previste dall’art. 41 ord. penit. (l. 26 luglio 1975, n. 354)<sup>8</sup> che legittima l’impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti. Come è noto, si tratta di una norma che individua i casi eccezionali in cui, rendendosi indispensabile per fronteggiare un pericolo serio e attuale per l’ordine e la sicurezza degli istituti, il personale di polizia penitenziaria può ricorrere all’uso della forza fisica nei confronti dei detenuti: ciò risulta possibile “per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all’esecuzione degli ordini impartiti”. Dunque, pur tenendo conto della distinta finalità delle due norme, tale circostanza ci permetterà di richiamare le riflessioni dottrinali e la casistica giurisprudenziale che si è sviluppata intorno all’art. 41 ord. penit. al fine di meglio inquadrare la nuova fattispecie incriminatrice. Si premette che, ad avviso di chi

---

<sup>7</sup> Questa ultima interpretazione sembra trovare riscontro nelle intenzioni del legislatore, il quale classifica l’intervento in commento quale misura volta alla tutela delle forze dell’ordine.

<sup>8</sup> La circostanza viene sottolineata anche nella relazione introduttiva del disegno di legge alla Camera, cfr. A.C. 1660, p. 17.

scrive, la circostanza che le condotte tipiche del nuovo art. 415 *bis* c.p. siano già enucleate, con identica formulazione, dall'art. 41 ord. penit. non pone al riparo la nuova norma da eventuali osservazioni critiche, per due ordini di motivi: in primo luogo, si tratta in questo caso di una norma che modifica il perimetro delle azioni penalmente rilevanti – finalità non perseguita dall'art. 41 ord. penit. – e in secondo luogo poiché già con riferimento a quest'ultima fattispecie erano stati sollevati alcuni dubbi critici in ordine alla scarsa precisione delle condotte descritte, come si avrà modo di esplicitare meglio in sede di conclusioni.

Vi è poi un'ulteriore precisazione da fare, in quanto le condotte tipiche identificate dalla norma possono essere distinte in due tipologie: da un lato vi sono condotte (violenza, minaccia e tentativi di evasione) già riconducibili ad altre norme incriminatrici; dall'altro lato invece si osserva l'incriminazione della condotta di *“resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti”* – sempre qualora la stessa costituisca un contributo all'episodio di rivolta – che fino ad oggi risultava esclusa dal perimetro dell'azione penale, sulla quale appare interessante svolgere qualche riflessione ulteriore.

Innanzitutto, è doveroso sottolineare come la formulazione della fattispecie risulti particolarmente ampia, tralasciando di specificare con maggiore precisione le condotte a essa riconducibili, in quanto è facile immaginare come in un contesto di rivolta carceraria numerose azioni o mere omissioni potrebbero essere ricondotte a una *“resistenza, anche passiva, all'esecuzione di ordini impartiti”*, dovendo altresì notare come manchi il riferimento a ordini che siano quantomeno *legittimamente* impartiti.

Proprio con riferimento alle ipotesi di resistenza passiva è possibile procedere, al fine di meglio inquadrare quali condotte sarebbero riconducibili a tale definizione, con un'analisi della giurisprudenza in ordine al delitto di cui all'art. 337 c.p., che punisce la resistenza a un pubblico ufficiale<sup>9</sup>. Dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere escluso dal novero di comportamenti punibili ai sensi dell'art. 337 c.p. ogni condotta riconducibile a una mera disobbedienza o resistenza passiva, ritenendo penalmente rilevante solo un comportamento attivo, che integri una violenza o una minaccia<sup>10</sup>. Vengono dunque unanimemente ritenuti penalmente irrilevanti atteggiamenti di mancata collaborazione o di assoluta inerzia, fino a ricomprendere nel concetto di resistenza passiva anche una reazione *“spontanea e istintiva al compimento dell'atto del pubblico ufficiale”* che non si traduca nell'uso della forza al fine di impedirne l'azione<sup>11</sup>.

Per quanto attiene al contesto intramurario può richiamarsi a titolo di esempio una recente pronuncia della Corte d'Appello di Cagliari<sup>12</sup>. Nel caso di specie il collegio giudicante non ha ritenuto integrato il reato di cui all'art. 337 c.p. in capo a due detenuti

---

<sup>9</sup> Anche l'art. 337 c.p. è oggetto di proposta di modifica da parte dell'art. 14 del d.d.l., sempre nell'ottica di una maggiore tutela degli agenti e ufficiali di polizia giudiziaria o di pubblica sicurezza.

<sup>10</sup> Per tutti, con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, G. PASELLA-G. MENTASTI, sub *Art. 337 c.p.*, in E. DOLCINI, G. L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, V ed., Ipsa, 2021, pp. 1245 ss.

<sup>11</sup> Cfr. *ex plurimis* Cass., sez. V, 27 settembre 2013 (dep. 21 febbraio 2014) n. 8379; nello stesso senso Cass., sez. VI, 12 maggio 2015 (dep. 17 luglio 2015) n. 31300.

<sup>12</sup> Cfr. Corte app. Cagliari, sez. I, 09 maggio 2023 (dep. 24 maggio 2023), n. 500.

i quali, per evitare che un agente di polizia penitenziaria allocasse un nuovo detenuto nella loro cella, si posizionavano fisicamente davanti alla porta della stessa. Infatti, pur avendo manifestato il loro dissenso in modo “energico e inequivocabile”, la sola condotta descritta, che non si è protratta per più di un minuto, non configurava, secondo i giudici, un’azione intimidatoria o violenta: per questo motivo la Corte ha ritenuto che, pur sussistendo i presupposti per una sanzione disciplinare, il contegno dei detenuti fosse rimasto nel perimetro della resistenza passiva (e dunque della mancata esecuzione di un ordine impartito), giungendo ad escluderne la punibilità.

Infatti, come ricorda anche la citata pronuncia, il fatto che la resistenza passiva risulti attualmente penalmente irrilevante non significa che l’inosservanza degli ordini impartiti rimanga esente da qualsivoglia conseguenza: l’art. 77 reg. es. ord. pen. (d.P.R. 30 giugno 2000 n. 230) – cui l’art. 38 ord. penit. rinvia per la tipizzazione delle infrazioni disciplinari – prevede tra le condotte cui può conseguire una sanzione disciplinare di cui all’art. 39 ord. penit. anche l’«inosservanza di ordini o prescrizioni o ingiustificato ritardo nell’esecuzione di essi»<sup>13</sup>. Dunque, appare opportuno domandarsi se a fronte della presenza di uno strumento nell’ordinamento volto a far fronte a tali condotte – cioè quello del procedimento disciplinare – sia necessario far rientrare questa fattispecie nel campo di azione del diritto penale, con conseguenze anche importanti in punto di trattamento sanzionatorio.

**3. Il reato di rivolta nei luoghi di accoglienza e trattenimento dei migranti.** Si giunge ora all’esame della fattispecie gemella dell’art. 415 *bis* c.p. che l’art. 19 del d.d.l. intende introdurre nell’ordinamento, cioè il reato di rivolta commesso in strutture “di trattenimento e accoglienza per migranti”<sup>14</sup>. Infatti, mediante una modifica dell’art. 14 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (norma del TU Immigrazione che disciplina l’esecuzione del provvedimento di espulsione dello straniero irregolare) si intendono punire le stesse condotte di cui all’art. 415 *bis* c.p. nel caso in cui la rivolta avvenga in una serie di strutture – elencate mediante una serie di rinvii normativi, a perfetta esemplificazione della frammentarietà e disorganicità delle norme in tema di immigrazione nel nostro ordinamento – genericamente riconducibili all’accoglienza e al trattenimento delle persone migranti. Essendo le due nuove norme incriminatrici del

---

<sup>13</sup> Art. 77, comma 1, n. 16, d.P.R. 30 giugno 2000 n. 230. Giova poi ricordare come la norma richiami anche, tra le infrazioni disciplinari, la promozione e partecipazione a disordini e sommosse (nn. 18 e 19), oltre che ovviamente l’evasione e ogni fatto “previsto dalla legge come reato” (nn. 20 e 21).

<sup>14</sup> Anche in questo caso riportiamo il testo per completezza. Art. 14, comma 7.1, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286: “*Chiunque, durante il trattenimento in uno dei centri di cui al presente articolo o durante la permanenza in una delle strutture di cui all’articolo 10-ter o in uno dei centri di cui agli articoli 9 e 11 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, ovvero in una delle strutture di cui all’articolo 1-sexies del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39, mediante atti di violenza o minaccia o mediante atti di resistenza anche passiva all’esecuzione degli ordini impartiti, posti in essere da tre o più persone riunite, promuove, organizza o dirige una rivolta è punito con la reclusione da uno a sei anni. Per il solo fatto di partecipare alla rivolta, la pena è della reclusione da uno a quattro anni. Se il fatto è commesso con l’uso di armi, la pena è della reclusione da due a otto anni. Se nella rivolta taluno rimane ucciso o riporta lesioni personali gravi o gravissime, la pena è della reclusione da dieci a venti anni. Le pene di cui al quarto periodo si applicano anche se la lesione personale o la morte avvengono immediatamente dopo la rivolta e in conseguenza di essa*”.

tutto sovrapponibili<sup>15</sup>, per un'analisi della fattispecie si rinvia a quella appena svolta con riferimento all'art. 415 *bis* c.p., mentre ci si soffermerà ora su alcuni profili di criticità specifici della norma prevista per le strutture di accoglienza e trattenimento delle persone migranti, che si sommano alle criticità comuni alle due fattispecie di cui si parlerà in sede di considerazioni conclusive.

Il primo profilo di criticità riscontrabile in tale nuova fattispecie incriminatrice riguarda proprio l'individuazione dei luoghi in cui la norma dovrebbe operare, rivolgendosi alle persone migranti pressoché in ogni fase della loro permanenza in Italia. Infatti, l'elenco delle strutture citate dalla norma rimanda ai Centri di Permanenza per il Rimpatrio, c.d. CPR (disciplinati dallo stesso art. 14 TU Immigrazione), ai punti di crisi per l'identificazione, c.d. *hotspot* (di cui all'art. 10 *ter* TU Immigrazione), ai centri di governativi di prima accoglienza (di cui all'art. 9 del d.lgs. 18 agosto 2015 n. 142), ai Centri di accoglienza straordinaria, c.d. CAS (di cui all'art. 11 del d.lgs. 18 agosto 2015 n. 142) e infine alle strutture afferenti al Sistema di accoglienza e integrazione, c.d. SAI (di cui all'art. 1 *sexies* del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 febbraio 1990, n. 39). Non è questa la sede per approfondire la complessa materia dell'accoglienza delle persone migranti nel nostro paese<sup>16</sup>, tuttavia appare evidente come la norma elenchi tutte le strutture che i migranti si trovano ad "attraversare" (talvolta in condizioni di detenzione *de facto*<sup>17</sup>) durante il loro percorso migratorio in Italia: dal momento dell'identificazione nei punti di crisi appena dopo l'arrivo sul territorio nazionale, passando per la permanenza nelle diverse strutture che accolgono i migranti a vario titolo (richiedenti asilo prima, titolari di una forma di protezione poi), per finire con la fase del trattenimento pre-espulsivo presso i CPR. Dunque, ci troviamo di fronte a un intervento indirizzato alla generalità della popolazione migrante: non solo al soggetto già destinatario di un provvedimento di espulsione, ma anche a chi ha regolarizzato la propria posizione sul territorio nazionale ed è destinatario di misure di accoglienza da parte dello Stato.

Tale rilievo permette di constatare come, anche in questo caso, così come già evidenziato in relazione all'art. 415 *bis* c.p., l'intenzione del legislatore sembra quella di

<sup>15</sup> Per completezza si sottolinea la lieve differenza in punto di trattamento sanzionatorio: è prevista la pena della reclusione da uno a sei anni per chi promuove, organizza o dirige la rivolta o e da uno a quattro anni per chi partecipa. Inoltre, come è già stato fatto notare, nel reato che verrebbe inserito all'art. 14 TU Immigrazione è prevista una fattispecie aggravata unitaria per le ipotesi di lesione o morte conseguente alla rivolta, con previsione della pena della reclusione da dieci a venti anni, con un'irragionevole equiparazione tra l'evento delle lesioni e l'evento morte e altrettanto irragionevole differenziazione rispetto alla analoga fattispecie aggravata del reato di rivolta in istituto penitenziario, cfr. sul punto L. ROSSI, *A proposito del nuovo disegno di legge in materia di sicurezza*, cit.

<sup>16</sup> Per una panoramica generale sulla situazione del sistema di accoglienza in Italia e per un commento a una recente modifica si veda, tra gli altri, M. GIOVANNETTI, *Il prisma dell'accoglienza: la disciplina del sistema alla luce della legge n. 50/2023*, in *Quest. giust.*, 3/2023, pp. 141 ss.

<sup>17</sup> Non ci si sofferma in questa sede sui numerosi profili di illegittimità del trattenimento amministrativo in CPR, per cui si rimanda, per tutti, a L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018, pp. 222 ss.; G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, Carocci editore, 2013; A. DELLA BELLA, [Trattenimento](#), in *questa Rivista.*, 12 giugno 2023.

punire più che una condotta un “tipo” di autore, in questo caso il migrante<sup>18</sup> (irregolare, richiedente asilo, minore straniero non accompagnato o rifugiato), con una pericolosa tendenza all’accostamento, già a partire dalla proposta di legge, della figura della persona migrante a quella del detenuto<sup>19</sup>. Infatti, sebbene questa scelta di criminalizzazione non rientri in quella direttrice della *crimmigration* legata alla “criminalizzazione diretta in senso stretto del migrante” – cioè di quei reati propri dello straniero, posti a tutela dell’interesse dello Stato al controllo di flussi migratori<sup>20</sup> – è indubbio come contribuisca a una stigmatizzazione del soggetto migrante, soprattutto agli occhi dell’opinione pubblica.

Da ultimo è utile rilevare come, analogamente a quanto accade per gli istituti penitenziari, si tratti spesso di strutture caratterizzate da gravi carenze in termini di garanzie e rispetto dei diritti delle persone ospitano – ciò vale in primo luogo per i CPR ma spesso le stesse violazioni dei diritti umani fondamentali vengono riscontrate all’interno dei c.d. CAS o dei c.d. *hotspot*<sup>21</sup>. Anche in questo caso dunque la scelta non è stata quella di intervenire a monte, attraverso un ripensamento del sistema di accoglienza e trattenimento della persona migrante in Italia, ma con una norma che punisce severamente chi manifesta una situazione di disagio anche in forma pacifica<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Infatti, pur trattandosi astrattamente di un reato comune, nei fatti solo lo straniero si troverà nella posizione di poter esserne l’autore, in quanto il requisito è che il reato si consumi durante il “trattenimento” o la “permanenza” in uno dei luoghi destinati esclusivamente alle persone migranti. Per completezza si riporta che, pur se la norma non ne fa menzione, la relazione tecnica del disegno di legge fornita alla Camera precisa come gli autori del reato possano essere, oltre agli stranieri, anche i cittadini di altro Stato membro dell’Ue “nei casi di trattenimento previsti dall’art. 20 *ter*, del d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30” (cf. A.C. 1660, p. 42).

<sup>19</sup> Cfr. sul punto, in termini generali, le riflessioni di A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in questa *Rivista*, 4/2022, pp. 43 ss.

<sup>20</sup> Si veda, per tutti, G. MENTASTI, *La “crimmigration” nel sistema italiano: tra scelte di incriminazione e ricorso al trattenimento amministrativo*, Tesi di dottorato, in *AIR*, 2021 pp. 51 ss.; C. RUGGIERO, *Le linee di tendenza della crimmigration nel sistema penale italiano dal “decreto Minniti” al “decreto sicurezza-bis”*, in *Arch. Pen., Quesiti*, 2/2020, pp. 10 ss.

<sup>21</sup> Cfr., per un commento sulla situazione dei c.d. punti di crisi nel sistema di accoglienza, tra gli altri, L. MASERA, *Il “caso Lampedusa”: una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Diritti umani e diritti internazionali*, 1/2014, pp. 83 ss.; L. MASERA, [I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del Decreto Minniti](#), in *Dir. pen. cont.*, 3/2017, pp. 278 ss.; F. CANCELLARO, [Dagli hotspot ai “porti chiusi”: quali rimedi per la libertà “sequestrata” alla frontiera?](#), in questa *Rivista.*, 28 settembre 2020; G. FELICI, M. GANCITANO, [La detenzione dei migranti negli hotspot italiani: novità normative e persistenti violazioni della libertà personale](#), in questa *Rivista*, 1/2022, pp. 45 ss.

<sup>22</sup> Si ritiene interessante ricordare il caso, pur se non recentissimo, del Tribunale di Crotone che aveva ritenuto sussistenti i presupposti della legittima difesa, anche a fronte di una rivolta violenta posta in essere in un C.I.E. (oggi CPR), evidenziando la necessità di un intervento strutturale nei confronti di un sistema di accoglienza e trattenimento dei migranti carente delle condizioni minime di tutela, cfr. sul punto L. MASERA, [Rivolte degli stranieri detenuti nei C.I.E.: una forma di legittima difesa contro la violazione dei diritti fondamentali degli internati?](#) Nota a Trib. Crotone, sent. 12 dicembre 2012, Giud. D’Ambrosio, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2013.

**4. La fattispecie di rivolta in carcere in una prospettiva comparatistica.** Dopo aver analizzato alcuni profili riguardanti l'ordinamento interno a confronto con la fattispecie di resistenza passiva, risulta interessante rivolgere lo sguardo oltre i confini nazionali e indagare, seppur brevemente, come altri ordinamenti si rapportano al fenomeno della rivolta all'interno degli istituti penitenziari, ai fini di una valutazione più completa circa l'opportunità della nuova scelta di criminalizzazione del legislatore. Da una prima analisi di alcuni sistemi tra quelli dei Paesi occidentali emerge come vi siano altri ordinamenti che incriminano le condotte di ammutinamento o sommossa all'interno degli istituti penitenziari; tuttavia, come ci si accinge a illustrare, in nessuno dei casi studiati l'estensione della fattispecie risulta equiparabile a quella che si propone di introdurre nel nostro ordinamento.

**4.1. Il reato federale di sommossa e ammutinamento in carcere negli Stati Uniti.** Una prima fattispecie che prevede il reato di ammutinamento e sommossa commesso in istituto penitenziario federale sussiste nel sistema statunitense<sup>23</sup>: la norma punisce le condotte di istigazione, organizzazione, cospirazione e partecipazione alla sommossa o ammutinamento, con la pena della reclusione fino a dieci anni. Data la vaghezza del dato normativo, al fine di comprendere quali fattispecie vengano ricondotte al reato in esame è possibile rifarsi alla pronuncia *United States v. Bey* del 1982<sup>24</sup>. Il caso trae origine da un episodio di disordine verificatosi in un istituto penitenziario ad Atlanta in Georgia: la Corte in questo caso si interroga sul significato da attribuire alla norma, non essendoci una interpretazione univoca della fattispecie di ammutinamento. Infatti, in una precedente pronuncia veniva ricondotto alla fattispecie in esame «ogni caso in cui i detenuti oppongono resistenza al direttore o ai suoi subordinati nell'esercizio libero e legittimo della loro autorità legale»<sup>25</sup>. Tuttavia, la Corte nel caso di cui si tratta giudica non applicabile tale interpretazione in quanto – oltre a far riferimento a ulteriore precedente avente ad oggetto fattispecie diversa, l'ammutinamento dell'intero equipaggio su una nave – la ritiene eccessivamente estesa. La Corte precisa, dunque, come non si possa sussumere nella fattispecie di sommossa e ammutinamento «qualsiasi infrazione minore della disciplina carceraria», poiché in tal caso ogni minima violazione disciplinare integrerebbe un reato federale. In conclusione, pur confermando la condanna per ammutinamento dei due imputati, la Corte precisa come tale decisione dipenda dalle circostanze del fatto – che hanno implicato un uso

---

<sup>23</sup> 18 U.S.C. § 1792: “Whoever instigates, connives, willfully attempts to cause, assists, or conspires to cause any mutiny or riot, at any Federal penal, detention, or correctional facility, shall be imprisoned not more than ten years or fined under this title, or both”.

<sup>24</sup> *United States v. Bey*, 667 F.2d 7, 10 (5th Cir. 1982): nel caso di specie due detenuti si erano inizialmente rifiutati, a seguito di richiesta degli agenti di polizia penitenziaria, di consegnare gli strumenti per pulire il pavimento che stavano utilizzando nella loro cella; successivamente gli agenti si erano allontanati per dare il tempo ai detenuti di collaborare e consegnare gli attrezzi. Tuttavia, i detenuti persistevano nel rifiuto e iniziavano una colluttazione con altri agenti di polizia penitenziaria intervenuti nella cella, utilizzando il manico del bastone per pulire (che avevano precedentemente rotto) per colpire un agente e privarlo del manganello e poi colpendo un secondo agente mentre introduceva il gas lacrimogeno nella cella.

<sup>25</sup> *United States v. Bryson*, 423 F.2d 724 (4th Cir. 1970).

della violenza da parte dei detenuti nei confronti degli agenti di polizia penitenziaria – mentre il reato non sarebbe risultato integrato se gli imputati si fossero limitati al rifiuto di eseguire l’ordine impartito (cioè quello di consegnare gli attrezzi per la pulizia) né se si fossero semplicemente rifiutati di lasciare la cella.

Tale interpretazione trova conferma in altra pronuncia successiva, *United States v. Overstreet* del 1997<sup>26</sup>, in cui la Corte ritiene che l’ammutinamento richieda «qualcosa di più della semplice resistenza alle autorità o della mera violazione di una regola», demandando al sistema disciplinare la punizione di condotte meno gravi, quali la mancata esecuzione di ordini che non sfoci in un comportamento aggressivo e distruttivo.

**4.2. La fattispecie di ammutinamento in carcere nel Regno Unito alla luce delle linee guida del *Crown Prosecution Service*.** Analoga previsione che punisce l’ammutinamento in contesti carcerari esiste anche nel Regno Unito<sup>27</sup>: il *Chapter 25, section 1* del *Prison Security Act* ritiene integrato il reato di ammutinamento ogniqualvolta due o più detenuti «mettano in atto una condotta volta a promuovere uno scopo comune di rovesciare la legittima autorità del carcere».

Con riferimento a tale previsione, il comma 6 specifica che il reato si considera integrato anche mediante condotta omissiva e inoltre il comma 4 stabilisce che anche chi, durante un ammutinamento in carcere, abbia deliberatamente scelto di non eseguire un ordine legittimo dell’autorità, senza giustificato motivo, sarà considerato come partecipante all’ammutinamento. Ad una prima lettura la fattispecie sembra ricomprendere anche le condotte di inosservanza degli ordini impartiti e dunque di resistenza passiva; tuttavia, il *Crown Prosecution Service (CPS)* ha dettato alcune importanti linee guida in materia<sup>28</sup>, che permettono di comprendere quali casistiche possano essere ricondotte alla fattispecie di ammutinamento in carcere. Viene

<sup>26</sup> *United States v. Overstreet*, 106 F.3d 1354 (7th Cir. 1997), premesso il principio di diritto enunciato, la Corte conferma anche in questo caso la condanna degli imputati per ammutinamento in ragione della gravità delle condotte (in particolare essersi armati e aver distrutto alcuni ambienti dell’istituto, tra cui vetri delle finestre e un televisore, minacciando con le armi procuratesi anche gli agenti di polizia penitenziaria).

<sup>27</sup> *Prison Security Act 1992, chapter 25, section 1 (Offence of prison mutiny)*:

“(1) Any prisoner who takes part in a prison mutiny shall be guilty of an offence and liable, on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding ten years or to a fine or to both.

(2) For the purposes of this section there is a prison mutiny where two or more prisoners, while on the premises of any prison, engage in conduct which is intended to further a common purpose of overthrowing lawful authority in that prison.

(3) For the purposes of this section the intentions and common purpose of prisoners may be inferred from the form and circumstances of their conduct and it shall be immaterial that conduct falling within subsection (2) above takes a different form in the case of different prisoners.

(4) Where there is a prison mutiny, a prisoner who has or is given a reasonable opportunity of submitting to lawful authority and fails, without reasonable excuse, to do so shall be regarded for the purposes of this section as taking part in the mutiny.

[...]”

Si precisa che la norma è applicabile solo nei territori di Inghilterra e Galles.

<sup>28</sup> *Crown Prosecution Service, Prison-related Offences*, aggiornato al 17 agosto 2023.

innanzitutto premesso che l'azione penale per il reato di ammutinamento è da considerarsi giustificata solo in casi di "disordini gravi" e in ogni caso è da considerarsi fattispecie residuale poiché risulta preferibile l'imputazione per altri titoli di reati contro l'ordine pubblico, contro la persona o contro il patrimonio, anche se i fatti sono avvenuti in carcere. Si specifica inoltre come rimanga a disposizione di chi gestisce gli istituti penitenziari lo strumento del procedimento disciplinare che può essere instaurato per condotte meno gravi quali la "disobbedienza a un ordine legittimo" o il comportamento che consiste nel "negare a un agente penitenziario l'accesso a una parte della struttura": in questi casi il CPS sostiene che la possibilità di procedere con una sanzione disciplinare renderebbe superfluo un procedimento giudiziario.

In secondo luogo, con riferimento al comma 4 si specifica come la finalità della norma sia quella di disincentivare il sostegno, da parte di altri detenuti, a chi sta organizzando e dirigendo l'ammutinamento, rendendo – con la mancata esecuzione dell'ordine di evacuare la cella, ad esempio – più difficile l'intervento degli agenti di polizia penitenziaria che mirano a ripristinare una situazione di ordine. Tuttavia è da notare come tale reato, sempre secondo le linee guida del CPS, possa essere contestato solo nel caso in cui un ammutinamento sia già in corso e "non per punire la semplice contestazione dell'autorità legittima in altri contesti": dunque tale norma non può essere usata per punire – oltretutto con pena piuttosto severa – la mera disobbedienza in contesti diversi da quelli di una rivolta già in atto, non potendosi sostenere che la mancata esecuzione di ordini legittimi, in assenza di comportamenti più gravi, possa da sola integrare la fattispecie di ammutinamento o rivolta.

**4.3. Il reato di ammutinamento in carcere nel codice penale tedesco.** Da ultimo si può notare come anche il sistema tedesco conosca una fattispecie simile di ammutinamento in carcere che punisce, con la pena della reclusione da tre mesi a cinque anni, i detenuti che, in gruppo, adottino atteggiamenti coercitivi o aggressivi nei confronti del personale dell'istituto penitenziario, evadano o favoriscano l'evasione di altro detenuto<sup>29</sup>. Sono previste inoltre fattispecie aggravate nel caso in cui vi sia stato l'utilizzo di armi oppure se taluno si sia trovato in pericolo di vita o di una lesione grave in conseguenza delle condotte di ammutinamento. In questo caso già il dato normativo, che tipizza le condotte penalmente rilevanti, rende evidente come il reato possa risultare integrato solo da comportamenti attivi, che devono essere qualificati come violenti o coercitivi, non rilevando in nessun caso la mera disobbedienza a ordini impartiti.

In conclusione, dalla pur breve analisi della situazione in altri ordinamenti è possibile affermare come nessuna delle fattispecie richiamate – per espressa previsione

---

<sup>29</sup> German Criminal Code, Section 121 (*Mutiny by prisoners*):

*"Prisoners who gang up and with joint forces*

1. *coerce (section 240) or attack an official of an institution, another public official or a person charged with their supervision, care or investigation;*

2. *escape under use of force; or*

3. *by use of force aid one of their number or another prisoner to escape, shall be liable to imprisonment from three months to five years. [...]"*.

normativa o alla luce dell'interpretazione che ne viene fornita – possa dirsi equiparabile al testo del nuovo art. 415 *bis* c.p. che si propone di introdurre. Infatti, sebbene negli ordinamenti analizzati esistano fattispecie *ad hoc* per far fronte al fenomeno della rivolta in carcere, in nessun caso le stesse si spingono a ricomprendere condotte di mera disobbedienza o resistenza passiva (comportamenti su cui potrà intervenire nel caso una sanzione disciplinare), limitandosi a punire i fatti più gravi che sfociano in comportamenti violenti, i quali ovviamente – giova sottolinearlo di nuovo – trovano già rilevanza penale nel nostro ordinamento.

**5. Alcune riflessioni critiche e possibili profili di illegittimità costituzionale.** Come già ricordato, il disegno di legge si trova attualmente in discussione in sede di Commissione parlamentare, dunque l'*iter* per l'approvazione è tutt'altro che concluso e pertanto il testo è suscettibile di essere modificato anche in maniera rilevante. Tuttavia, si ritiene utile formulare qualche breve considerazione conclusiva sul testo ad ora presentato, evidenziandone le principali criticità e i prospettabili profili di illegittimità costituzionale.

In primo luogo è da sottolineare come l'art. 415 *bis* c.p. e la fattispecie gemella inserita nel TU Immigrazione rischino di rivelarsi di scarsa utilità pratica, in quanto, ad eccezione di una fattispecie su cui ci soffermeremo, non innovano né in punto di fattispecie penalmente rilevanti né in punto di trattamento sanzionatorio: infatti le condotte di violenza, minaccia e tentativi di evasione sono riconducibili, a seconda dei casi, a fattispecie di evasione nella forma del tentativo, danneggiamento, lesioni personali, minaccia, resistenza a pubblico ufficiale, fino ad arrivare al reato di devastazione e saccheggio che è punito con la reclusione fino a quindici anni<sup>30</sup>. L'unica condotta tipica che ad oggi risulta esclusa dall'area del penalmente rilevante, e che invece integrerebbe un fatto di reato alla luce delle nuove norme incriminatrici, è dunque quella della *“resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti”*. Proprio l'incriminazione di tale condotta – la cui formulazione particolarmente ampia permette di includere qualsiasi inosservanza di un ordine dell'autorità fino a ricomprendere le forme più comuni di protesta pacifica che i detenuti sono soliti attuare come strumento di esercizio della propria libertà di manifestazione del pensiero, quali la battitura delle sbarre o lo sciopero della fame – rischia di presentare, ad avviso di chi scrive, alcuni profili di illegittimità costituzionale.

In primo luogo, può ravvisarsi nella formulazione delle nuove fattispecie incriminatrici un difetto di precisione del dato normativo. Infatti, come già sottolineato in precedenza, il legislatore omette di specificare in maniera chiara quali siano le condotte riconducibili alla definizione di *“resistenza passiva”*, non richiedendo neppure che si tratti dell'inosservanza di un ordine *legittimamente* impartito, con il rischio che in un contesto di rivolta carceraria un numero consistente di condotte, anche omissive,

---

<sup>30</sup> La Corte di cassazione ha infatti confermato come il reato di devastazione e saccheggio di cui all'art. 419 c.p. possa essere contestato anche per fatti commessi all'interno di istituti penitenziari, cfr. ad esempio, Cass., sez. II, 6 ottobre 2022 (dep. 17 febbraio 2023), n. 6961.

possa essere ricompreso all'interno dei contorni, scarsamente definiti, di tale norma incriminatrice.

Infatti, come è già stato notato dalla dottrina sia in riferimento all'identica formulazione dell'art. 41 ord. penit. sia in relazione all'inosservanza degli ordini impartiti che integra una infrazione disciplinare<sup>31</sup>, la formulazione difetta di una specificità a nostro avviso necessaria in ordine alla delimitazione delle condotte a essa riconducibili, rendendosi senza dubbio doverosa una riflessione ulteriore dal momento che ci si confronta ora con una proposta di criminalizzazione di tale condotta.

Dunque, anche in considerazione dello specifico contesto all'interno del quale le norme sarebbero destinate a operare, le fattispecie incriminatrici, per come formulate attualmente, aprono ad alcuni dubbi in punto di compatibilità con il principio di precisione, rischiando di risolversi in una violazione del principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2 Cost.

In secondo luogo, sempre con specifico riferimento alle condotte di resistenza passiva, appare possibile sollevare qualche dubbio in tema di rispetto del principio di offensività. Infatti, se il bene giuridico tutelato dalla norma può essere individuato nell'ordine pubblico – nella sua accezione “materiale” come richiede la dottrina maggioritaria – la condotta della mera disobbedienza a un ordine impartito risulta difficilmente in grado di arrecare una lesione, anche nella forma del pericolo, a detto bene giuridico. Infatti, in assenza di specificazioni ulteriori con riferimento alle circostanze e al tipo di ordine che eventualmente non viene eseguito, la norma risulta carente di una valutazione in termini di pericolo della condotta, non potendosi rinvenire in concreto (ma probabilmente nemmeno in astratto) quel minimo di offensività richiesto per l'incriminazione penale.

Già con riferimento all'art. 41 ord. penit., che pure non rappresenta una norma incriminatrice, è stato osservato in dottrina come la formulazione «*resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti*» rischiasse di aprire la strada a un uso discrezionale della forza fisica, anche a fronte di condotte non particolarmente offensive<sup>32</sup>.

Infatti, come già illustrato, in un contesto come quello di una rivolta carceraria, il novero di condotte astrattamente riconducibili a tale formulazione risulterebbe particolarmente vasto, fino a ricomprendere forme di disobbedienza o inosservanza degli ordini di scarsa gravità e, in assenza di condotte attive lesive di altri beni giuridici, di tendenziale inoffensività. Dunque, il disvalore del reato sembra risiedere più nell'autore (il detenuto “rivoltoso”) che in una condotta intrinsecamente offensiva,

---

<sup>31</sup> Cfr. M. G. COPPETTA, *Commento all'art. 38*, in V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 518; E. LOI, N. MAZZACUVA, *Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario*, cit., p. 96. In giurisprudenza si veda Cass., sez. I, 12 ottobre 2017 (dep. 13 marzo 2018) n. 11308, che parla addirittura di “norma disciplinare in bianco”, in quanto “eleva a presupposto della sanzione disciplinare qualunque inosservanza di ordini o prescrizioni (o l'ingiustificato ritardo)”.

<sup>32</sup> Cfr. M. G. COPPETTA, *Commento all'art. 41*, in V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Cedam, 2019, p. 530.

caratteristica che si fatica a individuare in una azione o omissione che non risulta né minacciosa né violenta, ma limitata alla resistenza passiva<sup>33</sup>.

Da ultimo, pur ammettendo che le nuove norme incriminatrici siano compatibili con il principio di offensività anche con riferimento alla fattispecie di resistenza passiva, residuano alcuni dubbi, ad avviso di chi scrive, sulla compatibilità con il principio di ragionevolezza e proporzionalità di cui all'art. 3 Cost.

Infatti, per quanto attiene alle condotte di resistenza passiva è necessario procedere a un bilanciamento di interessi tra l'ordine pubblico, bene giuridico asseritamente tutelato dalla norma (non risultando, la condotta, lesiva di ulteriori beni giuridici al contrario di minaccia, violenza e tentativi di evasione), e la libertà di manifestazione del pensiero, in quanto, come detto, alcune delle condotte astrattamente riconducibili alla fattispecie di resistenza passiva costituiscono spesso l'unico strumento per i detenuti per esercitare la propria, seppur limitata, libertà di espressione. La dottrina penalistica sembra concorde nel ritenere che tale diritto – considerato fondamentale dal nostro impianto costituzionale – non possa incontrare limiti nella tutela dell'ordine pubblico se non nella sua accezione strettamente materiale: dunque il diritto penale potrebbe legittimamente punire solo quelle modalità di manifestazione del pensiero che implicino una diretta e immediata compromissione della sicurezza o incolumità pubblica<sup>34</sup>.

Nella fattispecie in questione tale bilanciamento di interessi non appare congruo, in quanto si assisterebbe alla compressione di un diritto fondamentale, già necessariamente limitato dallo *status* detentivo, a fronte di condotte connotate da scarsa offensività e asseritamente lesive di un bene giuridico dai contorni poco definiti.

Proprio in tema di garanzia del rispetto della libertà di manifestazione del pensiero, appare utile un breve cenno a un'ulteriore possibile conseguenza di questa scelta di criminalizzazione: il c.d. *chilling effect*<sup>35</sup>. Con il termine *chilling effect* ci si riferisce alla possibilità che un intervento legislativo svolga indirettamente una funzione di deterrenza rispetto all'esercizio di condotte riconducibili a un diritto costituzionale<sup>36</sup>. In particolare, nel momento in cui alcune specifiche condotte sono punite dal legislatore, è possibile che ciò comporti l'effetto di disincentivare ulteriori e diverse condotte, in qualche confinantanti con quelle penalmente rilevanti, che al contrario sono non solo non disolute dall'ordinamento e dunque lecite, ma addirittura riconducibili all'esercizio di un diritto fondamentale e dunque tutelate a livello costituzionale. Non di rado il *chilling effect* può derivare da una incertezza del dato normativo poiché una scarsa precisione nella descrizione delle condotte penalmente rilevanti potrebbe comportare una estensione, nella percezione dei consociati, a condotte che pure il legislatore non aveva

<sup>33</sup> Sul punto si rinvia alle considerazioni conclusive per qualche riflessione ulteriore. Cfr. nello stesso senso F. FORZATI, *Il nuovo Ddl sicurezza*, cit., pp. 20 ss.

<sup>34</sup> Cfr. C. FIORE, *Ordine pubblico (dir. pen)*, cit., p. 1095.

<sup>35</sup> Per una ricostruzione della teoria del *chilling effect* si veda per tutti, nel panorama italiano, A. GALLUCCIO, *Chilling Effect*, in C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M. SCOLETTA, F. CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero. 3: Parole dal lessico di uno studioso*, Giuffrè, 2022, pp. 1261 ss.; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Giappichelli, 2020, pp. 263 ss.

<sup>36</sup> Cfr. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 253.

intenzione di rendere oggetto di sanzione penale, arrivando dunque a una “iperdeterrenza”.

Indubbiamente il diritto fondamentale sul quale il *chilling effect* rischia di arrivare alla massima estensione è la libertà di espressione ed è proprio in questi termini che la questione può assumere una rilevanza con riferimento alla norma in commento. Infatti, le condotte riconducibili alla resistenza passiva e all’inosservanza di ordini impartiti costituiscono importanti strumenti, all’interno del contesto carcerario, per manifestare il proprio pensiero. La dottrina del *chilling effect* potrebbe costituire un’importante guida per il legislatore nelle scelte di criminalizzazione, in quanto lo stesso dovrebbe tenere in considerazione i costi collaterali di tali scelte e valutare il potenziale effetto di “raggelamento” dell’esercizio di un diritto fondamentale (nel caso di specie la libera manifestazione del pensiero)<sup>37</sup>. Dunque, sarebbe doverosa una riflessione sulla proporzionalità dell’intervento rispetto agli scopi perseguiti e all’intero contesto di riferimento, in quanto una legge che disincentiva l’esercizio del diritto alla libera manifestazione del pensiero – anche se non dal punto di vista strettamente teorico-normativo, ma sul piano della prassi – rischierebbe di porsi in contrasto con la tutela del diritto costituzionalmente garantito alla libertà di espressione tutelato dall’art. 21 Cost. e dall’art. 10 CEDU (su cui la Corte EDU fonda le proprie decisioni in materia di *chilling effect*, che allo stato rappresentano gli esempi poi significativi di applicazione di tale principio nel nostro ordinamento).

Infatti, pur se si comprende la necessità, in un contesto carcerario, del mantenimento dell’ordine e della sicurezza, tale interesse a nostro avviso non pare sufficiente per giustificare una limitazione del diritto alla libera manifestazione del pensiero con modalità del tutto pacifiche. L’incriminazione di condotte meramente omissive, che tuttavia per i detenuti costituiscono spesso l’unica forma di comunicazione a cui hanno accesso, rischia di compromettere illegittimamente la libertà di espressione di soggetti che già ne godono in forma necessariamente limitata. E a tale circostanza si aggiunge, come anticipato, il rischio di un completo congelamento dell’esercizio del diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero, a causa di una scarsa precisione del dato normativo che da un lato potrebbe portare a ricomprendere al suo interno un novero imprecisato di condotte e dall’altro a paralizzare l’esercizio del diritto fondamentale anche oltre i confini, seppur poco definiti, della norma, fino a disincentivare condotte che pur se lecite vengono erroneamente percepite come vietate.

---

<sup>37</sup> Cfr. A. GALLUCCIO, *Chilling Effect*, cit., p. 1270; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Giappichelli, 2021, p. 278.

**CONDIVISIBILI DUBBI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE  
DELLA DISPOSIZIONE INTRODOLTA DAL DECRETO CAIVANO  
CHE PREVEDE ALCUNI REATI OSTATIVI ALLA CONCESSIONE  
DELLA MESSA ALLA PROVA MINORILE**

*Trib. minorenni Bari, GUP, ord. 25 marzo 2024, giud. Stilla*

di Lucio Camaldo

1. Dopo la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale per i minorenni di Trento, con l'ordinanza del 6 marzo 2024<sup>1</sup>, in relazione all'art. 27-*bis* D.P.R. n. 448/1988 (rubricato «Percorso di reinserimento e rieducazione»), il Tribunale per i minorenni di Bari ha investito la Corte costituzionale di una nuova questione concernente un'altra disposizione che è stata anch'essa inserita *ex novo* dal c.d. "decreto Caivano" (d.l. 15 settembre 2023 n. 123, conv., con modificaz., dalla l. 13 novembre 2023, n. 159)<sup>2</sup> e che, sin dalla sua entrata in vigore, ha immediatamente suscitato rilevanti dubbi di compatibilità con i principi che caratterizzano il processo penale nei confronti di minori autori di reato<sup>3</sup>.

Con l'ordinanza del 25 marzo 2024<sup>4</sup>, il giudice (collegiale) dell'udienza preliminare presso la giurisdizione minorile, infatti, ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, comma 5-*bis*, D.P.R. n. 448/1988 per contrasto con l'art. 31, comma 2, Cost., nella parte in cui prevede che le disposizioni che consentono l'applicazione della sospensione del processo con messa alla prova (art. 28, comma 1, D.P.R. n. 448/1988) non si possano applicare al delitto di violenza sessuale di gruppo, di cui all'art. 609-*octies* c.p., nelle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 609-*ter* c.p.

Occorre, a tal riguardo, ricordare che il legislatore, in sede di conversione del già citato "decreto Caivano", recante «Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla

<sup>1</sup> Cfr. Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, Dott. Giovanni Gallo, con nota di L. CAMALDO, [Al vaglio della Corte costituzionale il percorso di reinserimento e rieducazione del minore, ai sensi dell'art. 27-bis d.p.r. n. 448/1988 \(c.d. messa alla prova semplificata\), recentemente introdotto dal decreto Caivano](#), in questa Rivista, 29 marzo 2024.

<sup>2</sup> V. S. BERNARDI, [Convertito in legge il d.l. "Caivano" in tema di contrasto al disagio e alla criminalità minorili: una panoramica dei numerosi profili d'interesse per il penalista](#), in questa Rivista, 15 novembre 2023. Cfr. anche A. MASSARO, *La risposta "punitiva" a disagio giovanile, povertà educativa e criminalità minorile: profili penalistici del c.d. decreto Caivano*, in *Proc. pen. giust.*, 2024, n. 2, p. 488 ss.; G. MASTRANGELO, *Il d.l. 15 settembre 2023, n. 123 e il processo penale minorile*, in *Cass. pen.*, 2024, n. 4, p. 1122 ss.

<sup>3</sup> In argomento, v. C. DE LUCA - L. MANTOVANI, *Decreto "Caivano" e modifiche al procedimento penale minorile: alcune questioni controverse*, in *Cass. pen.* 2024, n. 5, in corso di stampa.

<sup>4</sup> V. Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. 25 marzo 2024, presidente ed estensore Dott.ssa Francesca Stilla.

povertà educativa e alla criminalità minorile», ha innestato nel testo dell'art. 28 D.P.R. 448/1988 («Sospensione del processo e messa alla prova») un inedito comma 5-*bis*, che esclude l'applicazione della messa alla prova minorile qualora si proceda per delitti di omicidio volontario aggravato, violenza sessuale e violenza sessuale di gruppo aggravate, nonché alcune ipotesi di rapina aggravata<sup>5</sup>, con il chiaro intento di dare una risposta severa e immediata a seguito di un tragico delitto di violenza commesso da alcuni giovani ai danni di una minorenni nel Comune di Caivano, in provincia di Napoli, a cui la cronaca giudiziaria ha dedicato ampia attenzione.

A differenza della sospensione del procedimento con messa alla prova prevista nel rito degli adulti (artt. 464-*bis* ss. c.p.p.), l'omologo istituto contemplato nell'ambito del processo minorile era caratterizzato, nella versione antecedente all'intervento normativo citato, dalla assenza di preclusioni in ordine all'entità della pena o alla tipologia del reato commesso dal minorenni, potendo il giudice, dopo aver sentito le parti, disporre, senza alcuna limitazione, la sospensione del processo al fine di valutare la personalità del minorenni all'esito della prova<sup>6</sup>. Il *quantum* di pena comminata in astratto assumeva – e ancora assume – rilevanza ai fini della durata del periodo di *probation*: secondo l'art. 28, comma 1, D.P.R. n. 448/1988, infatti, la durata della messa alla prova non può superare i tre anni, quando si procede per reati per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a dodici anni; negli altri casi, tale periodo non deve essere superiore a un anno.

La recente riforma ha determinato una brusca inversione di rotta, perchè impedisce, in assoluto, l'accesso alla sospensione del processo con messa alla prova del minore, il quale, seppure abbia commesso le gravi fattispecie di reato contemplate dalla norma citata, necessita, proprio per questo, di un intervento (ri)educativo innestato nella fase processuale, quale unica soluzione alternativa alla condanna, non essendo applicabile, in tali procedimenti, la pronuncia di irrilevanza del fatto e, nella maggior parte dei casi, nemmeno il perdono giudiziale<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> L'art. 28, comma 5-*bis* D.P.R. n. 448/1988 (introdotto, nello specifico, dall'art. 6, comma 1, lettera c-*bis*) del decreto-legge 15 settembre 2023, n. 123, convertito con modificazioni nella legge 13 novembre 2023, n. 159) stabilisce, nello specifico, che «le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano ai delitti previsti dall'articolo 575 del codice penale, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 576, dagli articoli 609-*bis* e 609-*octies* del codice penale, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 609-*ter*, e dall'articolo 628, terzo comma, numeri 2), 3) e 3-*quinqies*), del codice penale». Si osserva che, nell'elenco di reati ostativi alla concessione del beneficio, è rimasto, inspiegabilmente, escluso il riferimento a fenomeni delittuosi di tipo associativo, rispetto ai quali pure si registra un crescente e preoccupante coinvolgimento di minorenni.

<sup>6</sup> La sospensione del processo con messa alla prova del minore è stata disposta anche per reati particolarmente gravi, come, ad esempio, l'omicidio o i delitti associativi. A tal proposito, cfr., volendo, L. CAMALDO, *Sospensione del processo e messa alla prova del minore imputato di omicidio: una recente decisione del Tribunale per i minorenni di Milano*, in *Cass. pen.*, 2006, n. 4, p. 1589 ss. V., altresì, J. MOYERSON (a cura di), *La messa alla prova minorile e i reati associativi*, Franco Angeli, Milano, 2018.

<sup>7</sup> Ai sensi dell'art. 169 c.p. e dell'art. 19 r.d.l. n. 1404/1934, il perdono giudiziale può essere applicato (soltanto) se per il reato commesso dal minore degli anni diciotto, il giudice ritiene applicabile una pena restrittiva della libertà personale non superiore nel massimo a due anni, ovvero una pena pecuniaria non superiore nel massimo a 1.549 euro, anche se congiunta a detta pena. Per un approfondimento, v., volendo, L. CAMALDO, *L'udienza preliminare nel processo penale minorile*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 161 ss.

Si pone, inoltre, un problema di diritto intertemporale, poiché, in mancanza di un'apposita disciplina transitoria, è lasciata all'interprete l'individuazione del perimetro applicativo della nuova disposizione in relazione ai fatti commessi antecedentemente alla sua introduzione.

2. Prima di analizzare le ragioni a fondamento della decisione di trasmissione degli atti alla Consulta, si ritiene opportuno descrivere sinteticamente la vicenda processuale nella quale si inserisce la questione di legittimità costituzionale in commento. Nel caso di specie, l'imputato è stato rinviato a giudizio per rispondere del reato di cui agli artt. 609-*octies*, commi 1, 2 e 3 e 609-*ter*, comma 1, n. 1 c.p. per aver partecipato, insieme a due coetanei, giudicati separatamente, ad atti di violenza sessuale nei confronti di una minore infra-quattordicenne, costretta a sedersi sugli scalini di un edificio, mentre uno dei predetti soggetti si abbassava i pantaloni e, dopo avere estratto il suo organo genitale, la costringeva a compiere un rapporto sessuale orale afferrandole la testa, ma non riuscendo a completare l'atto perché la minore si opponeva, anche se poi lo stesso le afferrava la mano e se la metteva nei pantaloni, obbligando la minore a masturbarlo.

Durante l'udienza preliminare, l'imputato ammetteva l'addebito e chiedeva la sospensione del processo per messa alla prova. Il giudice collegiale minorile, preso atto del parere favorevole del pubblico ministero, rinviava la decisione a un'udienza successiva, incaricando i competenti servizi minorili dell'amministrazione della giustizia (USSM) di verificare la fattibilità della messa alla prova.

Nelle more del rinvio e degli approfondimenti istruttori richiesti, il 15 novembre 2023, è entrata in vigore la legge di conversione del decreto Caivano (l. 159/2023), con cui, come già anticipato, si è stabilito di precludere la messa alla prova in relazione a determinate tipologie di reato, tra le quali la violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.) commessa ai danni di persona di minore età e dunque aggravata ai sensi dell'art. 609-*ter* c.p., così come contestata all'imputato nel caso concreto.

A fronte di tale situazione, nonostante i servizi sociali avessero trasmesso la relazione richiesta dal giudice con il progetto di messa alla prova, la difesa dell'imputato chiedeva un ulteriore rinvio dell'udienza, allo scopo di effettuare le opportune valutazioni conseguenti alla nuova disciplina, nonché per valutare l'opportunità di richiedere la definizione del procedimento con un rito alternativo.

All'udienza del 26 febbraio 2024, la difesa dell'imputato avanzava istanza di sospensione del procedimento con trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ritenuta l'illegittimità della nuova previsione dell'art. 28 comma 5-*bis* D.P.R. n. 448/1988 per violazione degli artt. 3 e 25 Cost., e il pubblico ministero esprimeva parere favorevole.

Dopo aver disposto un rinvio al 25 marzo 2024, il tribunale specializzato minorile riteneva la questione proposta rilevante e non manifestamente infondata per ragioni che meritano di essere analizzate.

3. La rilevanza della questione di legittimità costituzionale emerge dalla considerazione che la recente riforma impedisce al giudice di merito di valutare la

sussistenza dei presupposti per la concessione della messa alla prova e gli impone di rigettare automaticamente la richiesta dell'imputato sulla base soltanto della presenza, nel capo di imputazione, di una delle fattispecie tra quelle contenute nella disposizione introdotta dal legislatore, in relazione alla quale, tuttavia, sono stati avanzati dubbi di conformità con la Carta fondamentale. Il collegio minorile non può quindi adottare una decisione nel caso sottoposto alla sua attenzione, riguardante nello specifico il reato di violenza sessuale aggravata, indipendentemente dalla risoluzione della questione in esame da parte della Consulta.

Sebbene, infatti, la condotta contestata all'imputato sia stata commessa in un periodo antecedente all'intervento riformatore, il giudice *a quo*, considerando che la sospensione del procedimento con messa alla prova, pur avendo effetti sostanziali (ossia l'estinzione del reato, in caso di esito positivo della prova), è intrinsecamente caratterizzata da una dimensione processuale<sup>8</sup>, ha ritenuto correttamente di applicare «il principio del *tempus regit actum* e non il principio della *lex mitior* riferibile esclusivamente alla fattispecie incriminatrice e al trattamento sanzionatorio, con la conseguenza che la legge processuale applicabile va individuata in quella vigente al momento della pronuncia dell'ordinanza *ex art. 28 D.P.R. n. 448/1988* e non quando è stata proposta la sospensione del procedimento»<sup>9</sup>.

Si osserva, in proposito, che la richiesta di messa alla prova costituisce una mera dichiarazione di disponibilità al programma trattamentale, cui consegue una verifica di fattibilità a cura dei servizi sociali minorili, l'elaborazione del relativo progetto, la verifica, nel contraddittorio delle parti, della rispondenza del progetto alle esigenze di recupero del minore imputato sino alla decisione del giudice, momento conclusivo di un *iter* preliminare al quale è necessario fare riferimento per la individuazione della norma applicabile<sup>10</sup>.

4. Per quanto concerne la non manifesta infondatezza, il collegio ha rilevato che «la preclusione introdotta dalla norma in esame appare in contrasto con tutto l'impianto normativo che regola il processo penale minorile e che trova il proprio fondamento costituzionale nell'art. 31, comma secondo, della Costituzione»<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> In dottrina, v. C. Cesari, sub *art. 28 d.P.R. 448/88*, in G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al d.P.R. 448/1988*, Giuffrè, 2021, p. 461 ss. V. anche Corte cost., 29 marzo 2019, n. 68, in *Dir. pen. cont.*, 1° aprile 2019, che ha escluso l'operatività dell'art. 657-bis c.p.p. nei confronti dei minorenni condannati, ritenendo che il periodo trascorso in messa alla prova non possa considerarsi alla stregua di "pre-sofferto". In tale occasione, la Consulta ha affermato che «il senso delle prescrizioni inerenti al programma cui l'imputato deve essere sottoposto appare esclusivamente orientato a stimolare un percorso (ri)educativo del minore» e che le stesse non possano essere «ragionevolmente intese [...] dall'imputato come "punizioni" per i fatti di reato a lui addebitati, bensì [...] come preziose offerte educative, volte a stimolare un cammino che richiede però una consapevole adesione "interiore" da parte del destinatario». Sul tema, v. C. DE LUCA, *L'impossibilità di detrarre dalla pena da scontare il periodo trascorso in messa alla prova nel caso di imputato minorenne: profili di legittimità costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 5/6, p. 2278 ss.

<sup>9</sup> V. Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. 25 marzo 2024, cit., p. 3.

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

<sup>11</sup> Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. 25 marzo 2024, cit., p. 4.

In numerose pronunce, la Corte costituzionale ha affermato che, proprio in ossequio all'art. 31, comma 2, Cost., la disciplina del rito minorile si erge, nel suo complesso, sulla finalità di recupero del minore e sull'opportunità di una sua rapida fuoriuscita dal circuito penale<sup>12</sup>.

Pertanto, come rilevato dal giudice remittente, «al fine del perseguimento di tali finalità e dell'individuazione della migliore risposta del sistema alla commissione del reato da parte di un soggetto in formazione e in continua evoluzione, quale è il soggetto di minore età, il giudice è chiamato, di volta in volta, ad esaminare la personalità del minore imputato»<sup>13</sup>. A tal proposito, si richiama l'art. 9 D.P.R. n. 448/1988, che, come è noto, impone di acquisire elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minorenne al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità, valutare la rilevanza sociale del fatto nonché disporre le adeguate misure penali e adottare gli eventuali provvedimenti civili.

In questo contesto, la Consulta ha evidenziato che «la messa alla prova costituisce, nell'ambito degli istituti di favore tipici del processo penale a carico dei minorenni, uno strumento particolarmente qualificante, rispondendo, forse più di ogni altro, alle indicate finalità della giustizia minorile»<sup>14</sup>, perché richiede di valutare compiutamente la personalità del minore, sotto l'aspetto psichico, sociale e ambientale, anche ai fini dell'apprezzamento dei risultati degli interventi di sostegno disposti.

Qualora, infatti, all'esito dello svolgimento del programma trattamentale, il minorenne abbia dato prova del superamento di quelle situazioni che hanno portato alla commissione del reato, l'ordinamento prevede che il giudice possa dichiarare estinto il reato per esito positivo della prova, essendo venuto meno l'interesse alla pretesa punitiva, per il raggiungimento delle finalità di recupero del minore e del suo reinserimento sociale. Dunque, «sarebbe sommamente ingiusto punire un soggetto che, all'esito di un positivo percorso di messa alla prova, abbia conseguito un totale mutamento di vita e sia divenuto "altro" rispetto a quello che ha commesso il reato»<sup>15</sup>.

Costituiscono, certamente, elementi idonei a verificare la serietà dell'impegno dell'imputato e a scongiurare strumentalizzazioni del beneficio, sia i tempi di durata previsti per la messa alla prova (sino a tre anni per i delitti più gravi), sia la possibilità di verifiche intermedie dell'andamento del percorso, nonché, infine, la revocabilità della sospensione quando il minore abbia ripetutamente trasgredito le prescrizioni imposte (art. 28, comma 5, D.P.R. n. 448/1988).

Inoltre, il giudice minorile ha opportunamente evidenziato che «la possibilità di inserire, nel progetto di messa alla prova, importanti momenti di confronto con i servizi specialistici (consultorio familiare, neuropsichiatria infantile, SERD) e di supporto psicologico, utili nei delitti di relazione caratterizzati da dinamiche affettive

<sup>12</sup> Cfr. Corte cost., 25 marzo 1992, n. 125, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2897; Corte cost., 2 luglio 1983, n. 222, in *Cass. pen.* 1984, p. 13.

<sup>13</sup> Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. 25 marzo 2024, cit., p. 4.

<sup>14</sup> Così Corte cost., 5 aprile 1995 (dep. 14 aprile 1995), n. 125, in *Giur. cost.*, 1995, p. 972.

<sup>15</sup> Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. 25 marzo 2024, cit., p. 5.

disfunzionali (come nei casi di violenza sessuale e nei delitti di pedopornografia), riduce il rischio di recidiva, a beneficio della generalità dei consociati»<sup>16</sup>.

È allora evidente che l'introduzione di un catalogo di reati che privano *ex lege* l'imputato della possibilità di accesso a questo importante istituto di recupero e reinserimento sociale, «costituisce un *vulnus* non solo di tutela e protezione del minore autore del reato, ma anche di tutela dell'intera collettività contro i rischi di una possibile recidiva»<sup>17</sup>.

Seppure fondamentalmente mossa da comprensibili esigenze di sicurezza e ordine pubblico, la disposizione censurata «impedisce il necessario bilanciamento tra le predette esigenze di sicurezza e ordine pubblico e quelle di "protezione dell'infanzia e della gioventù", privilegiando automaticamente le prime»<sup>18</sup> e quindi «sottraendo al vaglio di un giudice specializzato e interdisciplinare la possibilità di valutare, caso per caso, le condizioni contingenti, per rendere la risposta del processo penale minorile aderente alla personalità del minore e maggiormente rispondente alle finalità rieducative, di recupero e di reinserimento sociale del minore autore di reato»<sup>19</sup>.

5. Si deve affermare, in conclusione, che ogni automatismo è inaccettabile nel sistema della giustizia penale minorile, come più volte ribadito dalla Corte costituzionale.

A questo proposito, sebbene nella diversa materia della esecuzione della pena detentiva, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lett. a) c.p.p., per violazione dell'art. 31, comma 2, Cost., nella parte in cui non consentiva la sospensione della esecuzione della pena detentiva nei confronti dei minorenni condannati per i delitti ivi elencati, evidenziando come debba essere bandita la possibilità di prevedere nei confronti dei minori «un rigido automatismo, fondato su una presunzione di pericolosità legata al titolo del reato commesso, che esclude la valutazione del caso concreto e delle specifiche esigenze del minore»<sup>20</sup>.

Successivamente, intervenendo, per la prima volta in relazione al nuovo ordinamento penitenziario minorile, la stessa Corte ha ritenuto illegittima la disposizione dell'art. 2, comma 3, d.lgs. n. 121/2018, nella parte in cui impedisce "automaticamente" ai condannati, che abbiano commesso nella minore età alcuni specifici e gravi delitti (c.d. reati ostativi, di cui all'art. 4-bis l. 354/1975), l'accesso alle misure penali di comunità e agli altri benefici, consentendo così al tribunale di sorveglianza specializzato una valutazione individualizzata per tutti gli autori di reato minorenni, senza che assuma alcuna rilevanza il tipo di reato commesso<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. 25 marzo 2024, cit., p. 5.

<sup>18</sup> Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. 25 marzo 2024, cit., p. 6.

<sup>19</sup> Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. 25 marzo 2024, cit., p. 7.

<sup>20</sup> Cfr. Corte cost., 22 febbraio 2017, n. 90, in *Cass. pen.*, 2017, n. 5, p. 898 ss. Per alcuni commenti, v. P. MAGGIO, *La Corte costituzionale afferma il diritto del minore alla sospensione dell'esecuzione*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 5, p. 301 ss.; F. MANFREDINI, *Verso l'esecuzione penale minorile: la Consulta dichiara illegittime le ipotesi ostative alla sospensione dell'ordine di carcerazione*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2017.

<sup>21</sup> V. Corte cost., 6 dicembre 2019, n. 263 (ud. 5 novembre 2019), in *www.cortecostituizionale.it*. In proposito,

In questa cornice, si colloca, altresì, la recente pronuncia della Corte costituzionale, allorquando, mettendo in relazione la messa alla prova dell'adulto con quella del minorenne, ha statuito che «la messa alla prova del minore è prevista per tutti i reati anche quelli di gravità massima, rispetto ai quali l'ordinamento sospende il processo in vista dell'eventuale estinzione del reato per finalità puramente rieducative, quindi non perché l'imputato lo richieda e il pubblico ministero vi consenta, ma solo perché, ed in quanto, lo ritenga opportuno un giudice strutturalmente idoneo a valutare la personalità del minore»<sup>22</sup>.

Alla luce di tali indicazioni, è opportuno, pertanto, sopprimere il divieto "assoluto" di concedere la messa alla prova minorile nei processi riguardanti i "reati ostativi" elencati nell'art. 28, comma 5-bis, D.P.R. n. 448/1988.

Si auspicava che il legislatore volesse, con un intervento "in autotutela", abrogare la controversa disposizione introdotta "a sorpresa" in sede di conversione del "decreto Caivano"<sup>23</sup>, ma poiché ciò non è accaduto si confida ora che il giudice delle leggi accolga le condivisibili censure di illegittimità costituzionale che sono state descritte.

---

cfr., volendo, L. CAMALDO, *Meno carcere per tutti i condannati minorenni. La prima pronuncia d'illegittimità costituzionale del nuovo ordinamento penitenziario minorile*, in *Dir. pen. uomo*, 2020, fasc. 1, p. 131 ss.

<sup>22</sup> Cfr. Corte cost., 6 luglio 2020, n. 139, in *Cass. pen.*, 2020, n. 11, p. 4142.

<sup>23</sup> In questi termini cfr., volendo, L. CAMALDO, *Al vaglio della Corte costituzionale il percorso di reinserimento e rieducazione del minore, ai sensi dell'art. 27-bis d.p.r. n. 448/1988 (c.d. messa alla prova semplificata), recentemente introdotto dal decreto Caivano*, cit.



Editore

ASSOCIAZIONE  
**"PROGETTO GIUSTIZIA  
PENALE"**