

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

7-8/2024

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 Andreazza, 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 Finocchiario, 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. Kistoris, 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 Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zaccà, Stefano Zirulia.

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Pontepino, Tommaso Trinchera.

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

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

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

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

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

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

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

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPER

A. ZAMPINI, <i>Un percorso di rieducazione accidentato sul piano normativo, ma non incostituzionale. Spunti per la “messa in sicurezza” dell’art. 27-bis d.P.R. n. 448 del 1988.....</i>	5
G. RIZZO MINELLI, <i>La salvaguardia dell’ambiente marino tra diritto sovranazionale ed istanze punitive.....</i>	21
G. BIONDI, <i>L’applicazione delle pene sostitutive di pene detentive brevi nella fase di esecuzione del processo penale.....</i>	51
E. CIPANI, <i>La giurisprudenza recente in tema di mafie delocalizzate, mafie straniere e mafie autoctone: riemerge il problema (probatorio?) della esteriorizzazione del metodo mafioso.....</i>	103
N. GRANOCCHIA, <i>Prevedibilità ex lege dell’evento mortale e responsabilità oggettiva nell’omicidio preterintenzionale. Un primo spiraglio per la colpa in concreto si apre nella giurisprudenza della Quinta Sezione.....</i>	117

CONTRIBUTI

G.L. GATTA, <i>Morte dell’abuso d’ufficio, recupero in zona cesarini del ‘peculato per distrazione’ (art. 314-bis c.p.) e obblighi (non pienamente soddisfatti) di attuazione della direttiva UE 2017/1371.....</i>	135
G.L. GATTA, <i>La legge Nordio e il “soffocamento applicativo” del traffico di influenze illecite. Tra parziale abolitio criminis e profili di illegittimità costituzionale per violazione di obblighi internazionali.....</i>	145
M. NICOLINI, <i>La Cassazione ancora sull’autonomia dell’elemento soggettivo della preterintenzione: un contrasto ormai conclamato.....</i>	153
P. CHIARAVIGLIO, <i>La pericolosità per l’ordine pubblico del conducente prevenuto fra automatismi e giudizi individualizzati.....</i>	161
E. DOLCINI, <i>Le funzioni della pena nel pensiero di Franco Bricola.....</i>	171
P. BERNARDONI, <i>Messa alla prova nel processo minorile e decreto “Caivano”: il GUP di Genova afferma l’irretroattività delle modifiche normative.....</i>	179
G.L. GATTA, <i>Abuso d’ufficio e traffico di influenze dopo la l. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale.....</i>	187

7-8/2024

**UN PERCORSO DI RIEDUCAZIONE ACCIDENTATO SUL PIANO
NORMATIVO, MA NON INCOSTITUZIONALE.
SPUNTI PER LA “MESSA IN SICUREZZA” DELL’ART. 27-BIS D.P.R. N. 448
DEL 1988**

di Andrea Zampini

Il giudice per le indagini preliminari del Tribunale per i minorenni di Trento ha sollevato una questione di legittimità costituzionale del nuovo art. 27-bis d.P.R. n. 448 del 1988. Introdotto dal d.l. 15 settembre 2023, n. 123 (d.l. Caivano), il percorso di rieducazione del minorente realizza una nuova ipotesi di probation nel corso delle indagini preliminari. L'autore, dopo aver ricostruito la fisionomia della nuovo istituto e non senza segnalare possibili interventi migliorativi de iure condendo, esclude l'incompatibilità dell'art. 27-bis d.P.R. n. 448 del 1988 con gli artt. 3 e 32 Cost., purché si ricorra ad una interpretazione costituzionalmente orientata.

SOMMARIO: 1. La vicenda al vaglio del giudice *a quo*. – 2. La fisionomia del nuovo istituto. – 3. I poli tematici della questione di legittimità costituzionale. – 4. La complessiva tenuta costituzionale del percorso di rieducazione.

1. La vicenda al vaglio del giudice *a quo*.

Tra i primi a cimentarsi nella difficile applicazione dell'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448 del 1988, il giudice per le indagini preliminari del Tribunale per i minorenni di Trento avrebbe dovuto decidere in ordine all'instaurazione del percorso di rieducazione per fatti risalenti al 15 ottobre 2023. Nel caso di specie, l'indagato era accusato di aver minacciato seriamente il padre nel corso di una lite domestica; le circostanze erano ammesse dal minorente nel corso di un interrogatorio svolto il 30 ottobre 2023.

Il 27 novembre 2023 il pubblico ministero, verificata la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448 del 1988, notificava l'invito ad accedere al nuovo istituto; un'opportunità che il giovane decideva di cogliere. Tuttavia, il 15 gennaio 2024 la difesa formulava istanza di proroga del termine previsto per il deposito del programma di trattamento, considerato che i sessanta giorni concessi dalla legge non consentivano di procedere alla definizione di un percorso sufficientemente strutturato. Allo stesso tempo, invitava la Procura a coinvolgere i servizi sociali ministeriali affinché procedessero ad una specifica indagine sul minorente e sulla sua famiglia.

L'istanza era rigettata dal pubblico ministero, poiché un approfondimento personologico era già stato avviato dai servizi sociali territoriali e perché, ad ogni buon conto, la legge non consentiva di procedere ad alcuna proroga del termine.

Alla luce del diniego, il 21 gennaio 2024 la difesa depositava tempestivamente una proposta di "percorso rieducativo" individuato in collaborazione con i servizi territoriali; proposta che il pubblico ministero trasmetteva al giudice, il quale a sua volta provvedeva alla fissazione dell'udienza prevista per la valutazione della domanda e per l'eventuale ammissione alla nuova ipotesi di diversione.

In questa circostanza il giudice, ritenendo di non avere sufficienti elementi per valutare la sussistenza dei presupposti di legge e, soprattutto, per verificare la consonanza del programma proposto con le esigenze educative e di sviluppo del minorenni, ha chiesto alla Consulta di pronunciarsi sulla compatibilità dell'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448 del 1988 con gli artt. 3 e 31, comma 2, Cost.

2. La fisionomia del nuovo istituto.

Secondo la relazione illustrativa che ha accompagnato l'iter parlamentare di conversione, il percorso di rieducazione «costituisce una versione "semplificata" dell'istituto della messa alla prova per i reati di minore gravità»¹. Se ben congegnato, questo approccio consentirebbe di addivenire ad una ancor più rapida fuoriuscita del minorenni dal circuito giudiziario, assicurando la "minima offensività" della risposta penale, oltre a rappresentare un'occasione di crescita personale e di recupero o di rinsaldamento dei legami sociali e familiari.

Purtroppo, il legislatore ha concepito il nuovo istituto utilizzando la decretazione d'urgenza, giustificata dall'ennesimo, tragico caso processuale-mediatico relativo ad allarmanti fenomeni di criminalità minorile. Nel d.l. 15 settembre 2023, n. 123, il nuovo istituto sembrava innanzitutto finalizzato ad esibire rigore sanzionatorio. Caratterizzavano detto impianto una nomenclatura anacronistica, che rimanda a concetti ormai superati, soprattutto nel settore minorile ("rieducazione", finalità che la Costituzione collega propriamente alle pene); un pubblico ministero inquirente tenuto ad avviare il procedimento – la legge parlava all'indicativo presente – tramite una «istanza», suggerendo che egli fosse obbligato a procedere al ricorrere delle condizioni normative; un minorenni indotto a sottostare ad una sorta di "sanzione irrogata senza condanna" o a patire pesanti e inevitabili conseguenze processuali, considerato che il rifiuto di accedere al percorso o la sua interruzione ingiustificata escludevano l'accesso alla messa alla prova nella fase processuale.

A parte l'infelice *nomen*, di un simile impianto permangono soltanto vaghe sembianze. La legge di conversione 13 novembre 2023, n. 159, è intervenuta pesantemente sull'istituto, mutandone la fisionomia: oggi il pubblico ministero "invita" il minorenni a valutare un percorso di *diversion*; il minorenni è chiamato a considerare

¹ In *Atti Parlamentari*, Senato della Repubblica, XIX legisl., n. 878.

tale opzione e può scegliere liberamente se ricorrervi; le conseguenze sulla sua sorte procedimentale sono collegate soltanto a condotte sabotatrici, e comunque mai inevitabili, come si dirà. Resta sul campo, certo, l'imperizia di un legislatore sciatto e impreciso, che non è stato capace di rimediare in sede di conversione alle numerose falle di una disciplina coniata frettolosamente.

Nella sua attuale versione, l'accesso al percorso di rieducazione conosce alcune limitazioni oggettive, come ormai avviene anche per la messa alla prova "processuale", dal cui perimetro applicativo sono stati esclusi alcuni gravi reati, proprio ad opera del Parlamento in sede di conversione². Il "raggio d'azione" dell'art. 27-bis d.p.R. n. 448 del 1988 è limitato *quoad poenam*, attraverso il rinvio alle fattispecie per cui «la legge stabilisce una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione ovvero una pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena detentiva». Parliamo di reati collocati in una soglia di gravità non elevata, benché in tale *range* si annoverino la violenza privata, la rissa aggravata, gli atti persecutori e – come nel caso oggetto del procedimento in esame – la minaccia aggravata.

Rileva, poi, la scarsa offensività in concreto della condotta, che deve sussistere pure a fronte di una fattispecie dalla gravità in astratto non trascurabile. Si tratta di un aspetto che testimonia la volontà del legislatore di limitare l'applicazione del percorso alle espressioni di microcriminalità giovanile. Il pubblico ministero deve, infatti, verificare che i fatti non rivestano «particolare gravità».

Ed è proprio al magistrato dell'accusa che si affida l'iniziativa del procedimento, nella fase delle indagini preliminari. Al ricorrere dei presupposti di legge, il pubblico ministero valuta se dare avvio alla procedura attraverso la notifica della «proposta di definizione anticipata del procedimento» al minore e all'esercente la responsabilità genitoriale³. Non è prevista la notifica al difensore, che pure potrebbe già essere stato

² I delitti di omicidio doloso aggravato ai sensi dell'art. 576 c.p., violenza sessuale e violenza sessuale di gruppo aggravate ai sensi dell'art. 609-ter c.p., rapina aggravata ai sensi dell'art. 628 commi 3 nn. 2, 3 e 3-*quinqüies* c.p. Il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale per i minorenni di Bari ha sollevato una questione di legittimità costituzionale della menzionata innovazione normativa; per un primo commento dell'ordinanza di rimessione v. L. CAMALDO, [*Condivisibili dubbi di legittimità costituzionale della disposizione introdotta dal decreto Caivano che prevede alcuni reati ostativi alla concessione della messa alla prova minorile*](#), in *questa Rivista*, 30 maggio 2024.

³ Quello descritto è un assetto di interessi non scontato, considerato che nella formulazione originaria dell'istituto la lettera della legge parlava all'indicativo presente e si riferiva ad una «istanza» del magistrato dell'accusa, suggerendo che egli fosse obbligato a dare avvio al percorso di rieducazione al ricorrere delle condizioni dettate dalla norma. Si sarebbe trattato di una scelta opinabile, incoerente «rispetto alle finalità rieducative del processo minorile» e, più in generale, foriera di «tensioni con la presunzione di non colpevolezza del minore» (A. NATALINI, *Crimini e minori, percorsi di recupero chiesti dal pm*, in *Guida dir.*, 2023, n. 45, p. 55).

Secondo alcune voci, ogni automatismo che all'insorgere dei presupposti di legge avrebbe imposto al magistrato di avanzare la richiesta di percorso rieducativo si sarebbe posto in contrasto tanto con gli obblighi di accertamento del fatto gravanti sull'accusa nella fase delle indagini preliminari, quanto con i principi previsti dall'art. 9, secondo il quale anche il pubblico ministero deve acquisire informazioni sulle condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minorenne al fine di accertarne prima di tutto l'imputabilità e il grado di responsabilità (in questi termini il parere del Consiglio Superiore della Magistratura sul d.l.). Più in generale, sarebbe stata incompatibile con le linee di fondo del sistema minorile

nominato; come d'altronde è avvenuto nel giudizio *a quo*, in cui anche all'avvocato, condivisibilmente, è stato notificato l'invito a proporre un percorso rieducativo.

Dal punto di vista della natura giuridica, un aspetto cruciale resta nebuloso. Non è chiaro se la notifica dell'invito ad aderire al percorso rappresenti una modalità particolare di esercizio dell'azione penale, circostanza che porterebbe con sé conseguenze rilevanti, a partire dall'irretrattabilità.

Da un'analisi complessiva della nuova disciplina non emergono indici ermeneutici chiari. Ad esempio, là dove il programma non sia avviato per indisponibilità sopravvenuta del minore o là dove questo termini prematuramente a causa dell'interruzione del percorso, l'art. 27-bis d.p.R. n. 448 del 1988 prevede soltanto che il giudice disponga la «restituzione degli atti al pubblico ministero» (commi 5 e 6).

Neppure argomenti di natura lessicale sembrano deporre nel senso dell'avvenuto esercizio dell'azione penale. Per un verso, il comma 3 e il comma 6 si riferiscono al minore quale «imputato» e fanno riferimento alla sospensione del «processo» (termine preferito in sede di conversione a «procedimento penale»), indicando così l'intervenuto esercizio dell'azione penale; inoltre, in caso di esito positivo del percorso di rieducazione, il giudice dichiara estinto il reato con sentenza, mentre invece in fase di indagine l'estinzione del reato suggerirebbe fisiologicamente un epilogo archiviativo. Tuttavia, il comma 2 parla del minore chiamandolo «indagato», come a sottolineare la sua perdurante sottoposizione alle indagini preliminari⁴.

L'ambiguità del legislatore è tanto più grave se si considera che nel rito per adulti la questione è oggi disciplinata con cristallino nitore. Qui, in tema di messa alla prova, insieme alla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini il pubblico ministero può formulare la proposta di messa alla prova dell'indagato, alla cui adesione consegue la formulazione dell'imputazione (art. 464-ter.1 c.p.p.); parimenti, il magistrato favorevole alla richiesta dell'indagato di accedere al *probation* durante le indagini è tenuto a fornire consenso «scritto e sinteticamente motivato, unitamente alla formulazione dell'imputazione» (art. 464-ter comma 3 c.p.p.).

In base ad una lettura sistematica, tuttavia, sembra possibile ritenere che l'atto in parola avvii un segmento procedimentale indirizzato verso l'implicito accertamento della responsabilità penale del minore – col suo imprescindibile consenso –, e ciò pare sufficiente per considerare l'atto in parola come atto di esercizio dell'azione penale. Così pare orientarsi anche il giudice rimettente, quando afferma che tra gli aspetti salienti del

ogni automatica preclusione, considerato che il decorso procedimentale che vede protagonista il minore deve essere improntato ad un trattamento individualizzato. D'altronde, l'attivazione dello strumento di diversione implica una valutazione anche sul programma “di recupero”, ovvero sulla possibilità che abbia successo (o anche solo una possibile valenza educativa), a sua volta da parametrare alla condizione personale, familiare e sociale del minore.

⁴ Si potrebbe provare ad attribuire senso al disallineamento ritenendo che l'esercizio dell'azione penale avvenga soltanto là dove il minore aderisca in concreto al programma; una soluzione da escludere, se consideriamo che il pubblico ministero si determina in favore dell'azione nel momento in cui notifica la proposta.

percorso di rieducazione vanno annoverati «l'esercizio informale dell'azione penale» e «l'accertamento del fatto in forma sommaria»⁵.

Se così stanno le cose, il pubblico ministero potrà ricorrere al nuovo istituto soltanto nel caso in cui abbia elementi sufficienti per pronosticare una ragionevole probabilità di condanna in giudizio; il che, a sua volta, rende necessario un adeguato approfondimento investigativo dei fatti.

In seguito alla notifica della proposta di definizione anticipata, il pubblico ministero non ha residui poteri di propulsione procedimentale: il progredire dell'itinerario è rimesso al minorenni e al suo difensore. Là dove il giovane sia interessato ad accedere al percorso di rieducazione, è necessario che essi prendano contatti con i servizi dell'amministrazione della giustizia e con gli altri soggetti menzionati dal comma 1 che ritengono di dover coinvolgere (enti del Terzo settore o istituzioni e organismi afferenti alla comunità di appartenenza).

Questo passaggio, che si sostanzia nell'elaborazione del programma di rieducazione, deve concludersi con il deposito del progetto presso la segreteria del pubblico ministero entro sessanta giorni dalla notifica della proposta del magistrato dell'accusa.

La formulazione del percorso di rieducazione presenta alcune criticità, a cominciare dal coinvolgimento non necessariamente incisivo dei servizi minorili, considerato che il comma 2 della disposizione parla di un programma «redatto in collaborazione anche con i servizi dell'amministrazione della giustizia». Come a dire che il minorenni e i soggetti chiamati ad assisterlo (titolare della responsabilità parentale e difensore, «cui oggi saranno attribuite nuove competenze e responsabilità»⁶) sono gravati di un ruolo centrale nella fase di elaborazione contenutistica. Ciò si tradurrà – come nel giudizio *a quo* – nel prendere contatto con i servizi territoriali o con altri enti disponibili a partecipare al percorso di rieducazione, in una sorta di *joint venture* paritaria. C'è da augurarsi che nella prassi i servizi minorili finiscano per assumere un ruolo di guida, mettendo a frutto la rete di professionalità e di contatti con istituti in grado di coinvolgere il minorenni nelle attività lavorative o di volontariato. Un esito per nulla scontato, se si considera il carico di lavoro sopportato da tali organismi.

Una volta depositato il percorso, il pubblico ministero deve trasmetterlo al giudice per le indagini preliminari, in modo tale che quest'ultimo possa procedere alla fissazione di un'udienza in camera di consiglio «per deliberare sull'ammissione del minore al percorso di reinserimento e rieducazione». Il presente indicativo adottato dalla norma sembra escludere ogni intervento del titolare dell'accusa, che non potrà rifiutarsi di sottoporre al giudice la proposta di percorso, quand'anche la trovasse inadeguata. Spetta al giudice il compito di valutare «la congruità del percorso di reinserimento e rieducazione». Non è chiaro, tuttavia, su quali criteri tale congruità vada parametrata.

Possibile che il giudice debba verificare se, in concreto, il percorso di rieducazione sia adeguato al positivo sviluppo della personalità del giovane, del suo senso critico e

⁵ P. 5 dell'ordinanza in commento.

⁶ F. TRIBISONNA, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul "giusto processo minorile" il passo è breve*, in *Dir. pen. e proc.*, 2023, p. 1580.

civico, delle sue sane relazioni sociali. In questo senso, può essere utile fare riferimento interpretativo alla necessità di valutare la personalità del minorenni all'esito di un percorso "di prova", in applicazione analogica dell'art. 28 d.p.R. n. 448 del 1988; d'altronde, esso è espressione delle direttrici di fondo del sistema minorile, chiamato innanzitutto a tentare la (ri)educazione del minorenni in un'ottica individualizzante.

Possibile, poi, che il giudice, non diversamente da quanto avviene nel procedimento a carico degli adulti ai sensi dell'art. 464-*quater* c.p.p., debba avviare il percorso quando, «in base ai parametri di cui all'articolo 133 del codice penale, reputa idoneo il programma di trattamento presentato». Se applicata senza adattamenti, si tratterebbe di un'opzione ermeneutica stridente col rito minorile, considerato che uno dei fondamenti costituzionali dell'istituto del *probation* risiede nella sua natura eminentemente educativa, che lascia in secondo piano contenuti di carattere punitivo. Come rimarcato dalla Corte costituzionale, «la messa alla prova del minore, al contrario di quella dell'adulto, è in larga parte svincolata da un rapporto di proporzionalità rispetto al reato per cui si procede»⁷. In larga parte, ma non del tutto svincolata, considerato che una commisurazione della prova alla gravità del fatto per cui si procede va pur sempre assicurata, se non altro per ragioni di eguaglianza di trattamento. Dunque, pur potendosi ritenere che in questa sede l'art. 133 c.p. non trovi pedissequa applicazione⁸, resta che il giudice è chiamato ad esprimersi sulla congruità del percorso rispetto al fatto per cui si procede – *rectius*: del fatto di cui il minorenni è ritenuto responsabile, pur secondo l'accertamento sommario e "consensuale" proprio dell'istituto –, dovendosi assicurare una tendenziale proporzionalità tra le attività programmatiche e la gravità del fatto.

È bene sottolineare che, a fronte di un pubblico ministero privo di un ruolo attivo in questa fase, è quanto mai essenziale che almeno il giudice proceda ad un quanto più possibile scrupoloso controllo su un programma stilato in tempi stringatissimi e, potenzialmente, grazie ad una non entusiasmante formula "fai da te".

In base a questi impalpabili criteri di congruità, peraltro, il giudice deve esercitare l'unico potere "contenutistico" che gli è espressamente attribuito dal comma 3 dell'art. 27-*bis*: fissare la durata del programma, potendosi regolare nel *range* stabilito dal comma 1, ovvero tra due e otto mesi. Anche questa norma genera perplessità. Innanzitutto, è verosimile che il minorenni e i servizi che lo coadiuvano – e, di fatto, lo guidano – nella definizione del programma di rieducazione pianifichino le attività da svolgere collocandole in un arco di tempo. Difficile immaginare, in altri termini, che il programma

⁷ Corte cost., 6 luglio 2020, n. 139, in *questa Rivista*, 10 febbraio 2021, con nota di L. CAMALDO. In materia affine, si ricorda che la mancata declaratoria di incostituzionalità dell'art. 28 si è basata sul fatto che la Corte ha ritenuto ben ponderato il «bilanciamento tra le esigenze di economia processuale, che avrebbero consigliato di ammettere forme di "patteggiamento" anche nel procedimento a carico di imputati minorenni, e le peculiarità del modello di giustizia minorile adottato dall'ordinamento italiano, sorretto dalla prevalente finalità di recupero del minorenni e di tutela della sua personalità, nonché da obiettivi pedagogico-rieducativi piuttosto che retributivo-punitivi» (Corte cost., 12 luglio 2000, n. 272).

⁸ Per una lettura parzialmente diversa, favorevole all'applicazione *tout-court* dell'art. 133 c.p. v. A. GAUDIERI, *L'impatto del d.l. 15 settembre 2023, n. 123, sul processo penale: uno sguardo d'insieme*, in AA.VV., *Il Decreto Caivano. Sicurezza e criminalità minorile*, Pacini, 2024, p. 33, nt. 37.

7-8/2024

non contenga già in origine delle indicazioni cronologiche in ordine allo svolgimento delle attività previste e degli impegni assunti. Inoltre, data la natura “consensuale” dell’istituto, è doveroso che il potere di determinare la durata del percorso sia esercitato in udienza, coinvolgendo le parti – in particolare, il minorenni – i servizi e il responsabile della responsabilità genitoriale; in ogni caso, pare di poter escludere che il giudice possa estendere temporalmente le attività trattamentali senza il consenso del minorenni. Dobbiamo ritenere che il giudice sia chiamato perlopiù a convalidare le indicazioni preliminari fornite dai redattori del percorso, pur in base agli intangibili parametri di cui si è detto; dato il tenore letterale della norma, non può escludersi che egli possa proporre modifiche al periodo di trattamento proposto, purché accettate espressamente dal minorenni.

Assai delicata, infine, l’evenienza in cui il percorso non sia deliberato perché il minorenni o il titolare della responsabilità genitoriale abbiano disertato l’udienza in cui devono essere sentiti. La risposta a tale condotta non può che essere, in un’ottica di sistema, la restituzione degli atti al pubblico ministero. Ci si chiede, tuttavia, se in questo frangente l’organo dell’accusa sia legittimato a ricorrere, per l’ulteriore corso del procedimento, alla neointrodotta ipotesi di giudizio immediato. I commi 5 e 6 dell’art. 27-*bis* d.p.R. n. 448 del 1988 consentono – rispettivamente – al pubblico ministero di instaurare il giudizio immediato anche fuori dei casi previsti dall’art. 453 c.p.p. nel caso in cui il minore non intenda accedere al percorso (e il comma 4 consente ai servizi di informare di ciò il giudice) o là dove il giudice ritenga, infine, non superata la “prova”.

Così ragionando, peraltro, le locuzioni «mancata adesione al percorso» e «non intenda accedere al percorso», cui si riferiscono i commi 4 e 5 dell’art. 27-*bis*, potrebbero essere riferite alla indisponibilità a convergere sulla proposta di definizione anticipata del procedimento formulata dal pubblico ministero ai sensi del comma 1. Ciò implicherebbe la possibilità, per il magistrato dell’accusa, di fare ricorso all’ipotesi speciale di immediato anche in tali evenienze.

Per quanto fondata su un argomento letterale – adesione e accesso sembrano riferirsi alla risposta ad una proposta – una lettura sistematica della disciplina sembra escludere tali possibilità.

In particolare, i commi 4, 5 e 6 dell’art. 27-*bis* trovano applicazione solo in seguito all’ordinanza di sospensione, che a sua volta postula la celebrazione dell’udienza fissata dal giudice dopo aver ricevuto dal pubblico ministero il programma depositato dal minorenni.

Gli epiloghi dell’udienza, infine, dipendono dalla valutazione di congruità operata dal giudice. Là dove egli decida in senso positivo, emetterà l’ordinanza di sospensione del processo e darà ufficiale avvio al percorso; da questo momento si sospende il corso della prescrizione. In questo caso, dal punto di vista formale, il percorso e l’ordinanza rappresentano atti distinti. La prassi dirà se il giudice preferirà recepire i contenuti

all'interno del provvedimento o limitarsi a richiamarlo quale allegato, non dissimilmente da quanto avviene in tema di messa alla prova⁹.

La norma tace, invece, sulle sorti del procedimento nel caso in cui il giudice non ritenga congruo il programma. In questo caso – in applicazione analogica degli esiti previsti dai commi 5 e 6 dell'art. 27-*bis* – pare che il giudice debba restituire gli atti al pubblico ministero. Là dove si ritenga che l'esercizio dell'azione penale sia avvenuto con la proposta di definizione anticipata, l'unica opzione nella disponibilità del pubblico ministero è l'avvio della fase propriamente processuale attraverso l'approdo all'udienza preliminare o – nella poco verosimile circostanza in cui ciò sia ancora possibile secondo i dettami dell'art. 453 c.p.p. – l'instaurazione del giudizio immediato. Là dove non si aderisse alla ricostruzione proposta, quelli appena rappresentati sembrano comunque gli unici sbocchi in concreto possibili, se si considera che la proposta di definizione anticipata esclude logicamente le strade dell'archiviazione e dell'emissione di una sentenza di non luogo per irrilevanza del fatto, a meno che non si basino su elementi sopravvenuti.

3. I “poli tematici” della questione sollevata.

Il giudice *a quo* articola una sola questione di legittimità costituzionale, imperniata, come si dirà, sull'impossibilità di coniugare la natura del neo introdotto strumento di diversione con il principio di personalizzazione dell'intervento penale minorile. Il percorso di rieducazione esprimerebbe, in altri termini, un assetto di valori in cui finirebbero per essere esaltati aspetti meramente retributivi di un rito espressione dell'incontinente volontà punitiva del legislatore; e lascerebbe, invece, in secondo piano quelli educativi. Ciò porrebbe l'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988 in rotta di collisione con gli artt. 3 e 31, comma 2, Cost., individuati quali parametri di legittimità costituzionale. Entro tale perimetro, il rimettente sviluppa due “poli tematici” potenzialmente autonomi.

3.1. Innanzitutto, il giudice contesta in radice la compatibilità del nuovo istituto con la fisionomia del rito minorile a causa della eccessiva contrazione dei tempi della procedura, che non consentirebbero una adeguata indagine personologica e impedirebbero di contemperare le esigenze dell'accertamento penale con l'imprescindibile tutela della sfera educativa.

Nella *ratio* stessa della nuova disciplina si anniderebbe un “peccato originale”: il celere procedimento immaginato dal legislatore «non permette un adeguato approfondimento informativo e conseguentemente un'effettiva presa in carico del minore e dei suoi bisogni educativi»¹⁰.

⁹ L. PEPINO, *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Digesto discipline penalistiche*, vol. XIII, Utet, 1997, p. 485.

¹⁰ P. 5 dell'ordinanza in commento.

In particolare, nella fase preliminare all'instaurazione del percorso, l'assenza di risorse cognitive adeguate «preclude la possibilità di redigere un programma personalizzato, rispettoso delle specifiche esigenze pedagogico-rieducative del minore»¹¹. La conseguenza, osserva il giudice, è che i programmi trattamentali siano stilati «sulla base della tipologia e della gravità del reato contestato e non già sulla base delle specifiche esigenze di recupero del minore, posto che il reato contestato è l'unico dato certo»¹².

Impedirebbe, d'altra parte, di colmare il fisiologico *gap* conoscitivo proprio delle fasi embrionali del procedimento l'estrema ristrettezza dei tempi della procedura. In prima battuta, al minorenne è dato un termine di soli sessanta giorni per formulare il programma trattamentale su cui basare il percorso, aderendo così alla proposta del pubblico ministero. In secondo luogo, in questo palcoscenico procedimentale, gli attori pubblici istituzionalmente chiamati a valutare le condizioni individuali, familiari e sociali del minorenne sono relegati al ruolo di comparse (il pubblico ministero si limita a notificare la proposta di definizione anticipata; il coinvolgimento dei servizi sociali è prescindibile).

Impedirebbe, ancora, di adeguare la nuova disciplina ai principi costituzionali anche l'inapplicabilità in via analogica della disciplina sulla messa alla prova, che funge da *tertium comparationis* "interno" al sistema minorile. Nel *probation* tradizionale, il giudice «affida» il minorenne ai servizi sociali (art. 28 d.P.R. n. 448/1988), che sono incaricati di elaborare un «progetto di intervento» calibrato sulla sua situazione personale e familiare e che sono tenuti ad un serrato *follow up* del minorenne, con periodiche relazioni al giudice (art. 27 disp. att. d.P.R. n. 448/1988, la cui applicazione analogica sarebbe preclusa dall'*incipit* della disposizione, secondo cui essa opera soltanto quando «il giudice provvede a norma dell'articolo 28» d.P.R. n. 448/1988)¹³.

Sul punto, poi, un *tertium comparationis* "esterno" è rappresentato dalla messa alla prova degli adulti, là dove è espressamente previsto che l'ufficio di esecuzione penale esterna «deve prendere in carico l'imputato» (art. 464-*quinquies*, comma 2, c.p.p.)¹⁴. Il fatto che lo stesso non avvenga durante il percorso di rieducazione fa ritenere al giudice che il minorenne sia destinatario di attenzioni inferiori rispetto all'adulto, mentre l'ordinamento costituzionale imporrebbe una soluzione normativa semmai rovesciata.

In entrambi gli istituti assunti dal rimettente come termini di paragone, infine, è previsto che gli organismi preposti relazionino al giudice, al fine di consentirgli di disporre gli elementi necessari per deliberare il successo o il fallimento della prova (artt. 27 disp. att. d.P.R. n. 448/1988 e 464-*septies* c.p.p.).

È in particolare in questo frangente che il giudice richiama quale parametro di legittimità anche l'art. 3 Cost., il quale unitamente all'art. 31 Cost. imporrebbe al legislatore di considerare il procedimento penale come l'occasione per rispondere in via "terapeutica" alle difficoltà sociali e relazionali di cui la commissione di un reato

¹¹ P. 7 dell'ordinanza in commento.

¹² *Ibidem*.

¹³ P. 8 dell'ordinanza in commento.

¹⁴ P. 5. e p. 10 dell'ordinanza in commento.

bagatellare può essere sintomo. In quest'ottica, «il procedimento penale diviene lo strumento per offrire al minore un'occasione per emanciparsi dalle cause che hanno indotto l'atto deviante e solo così risultano pienamente attuati, in tutta la loro forza semantica, i precipitati costituzionali secondo cui la Repubblica protegge la gioventù ed è suo compito rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale» che «impediscono il pieno sviluppo della persona umana»¹⁵. D'altronde, nelle ipotesi di diversione basate sulla valutazione di una condotta "socialmente riparativa", il coinvolgimento necessario di operatori specializzati e, soprattutto, pubblici rappresenta «un importante baluardo in difesa del principio di eguaglianza sostanziale, posto che assicura la parità di trattamento»¹⁶, che potrebbe essere messa in crisi in un sistema in cui il minorenni proveniente da contesti disagiati non sia in grado avere accesso a forme di adeguata assistenza già nella fase di sviluppo del percorso.

Peraltro, la rinuncia al necessario coinvolgimento di un attore pubblico, ad avviso del giudice *a quo*, imputa al solo minorenne il mancato rispetto del termine di 60 giorni entro cui aderire alla proposta del pubblico ministero mediante il deposito di un percorso trattamentale.

Secondo il rimettente, poi, neppure varrebbero a superare le criticità in punto di assenza di elementi su cui tarare un intervento personalistico gli istituti a disposizione dell'autorità giudiziaria per acquisire informazioni socio-economico-familiari. Il riferimento va agli artt. 6 e 9 d.P.R. n. 448/1988, che consentono al pubblico ministero e al giudice di acquisire ad ampio spettro elementi «circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minorenne», eventualmente avvalendosi dei servizi minorili (come pure dei servizi di assistenza sociale e sanitari degli enti locali e del servizio sanitario nazionale, secondo l'interpolazione operata dal d.l. n. 123 del 2023). Essi non favorirebbero una prognosi di compatibilità costituzionale perché destinati a prolungare i tempi di un istituto che il legislatore ha specificamente congegnato come snello e a progressione sincopata, e dunque incompatibili con la natura del nuovo istituto. In definitiva, «un maggior impiego dei servizi pubblici» risulterebbe «distonico rispetto alla stessa struttura dell'istituto (...) e ai fini perseguiti dal legislatore, volti a contenere i costi erariali e di alleggerire il carico di lavoro dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia»¹⁷.

Sotto questi profili, dunque «l'eccessiva accentuazione dei principi di celerità e razionalizzazione con la scelta legislativa di collocare l'istituto in esame all'interno della fase delle indagini preliminari [ha] comportato la compromissione di quegli strumenti, propri di un sapere scientifico-pedagogico, necessari ad assicurare quell'approccio personalistico indispensabile per garantire al trattamento giurisdizionale minorile la sua finalità educativa». D'altronde, argomenta il giudice, gli snodi procedurali deflativi innestati nella fase di indagine non hanno mai trovato terreno fertile nel procedimento minorile. I tentativi di innesto nel "fusto" del rito minorile non sono mai stati accolti

¹⁵ P. 6 dell'ordinanza in commento.

¹⁶ P. 8 dell'ordinanza in commento.

¹⁷ P. 12 dell'ordinanza in commento.

dalla Corte costituzionale: così è stato per il patteggiamento¹⁸, incompatibile con la «prevalente finalità di recupero del minore e di tutela della sua personalità, nonché da obiettivi pedagogico-rieducativi piuttosto che retributivo-punitivi»; così è stato per la messa alla prova in fase di indagine, considerato che la «finalità essenzialmente rieducativa della messa alla prova minorile si oppone a un'eccessiva anticipazione procedimentale delle relative valutazioni»¹⁹.

3.2. L'ordinanza sviluppa un secondo "polo" della questione di legittimità costituzionale, che forse avrebbe meritato di essere formulato in via autonoma. Oltre alla carenza di elementi conoscitivi in punto di "istruttoria", infatti, a deporre nel senso dell'incompatibilità della nuova disciplina con l'art. 31, comma 2, Cost. è anche la carenza di competenze interdisciplinari nell'organo chiamato a decidere sull'ammissione e sulla valutazione del percorso di rieducazione.

La collocazione sistematica del rito nel cuore delle indagini preliminari, infatti, consegna al giudice della relativa fase la competenza a governare la procedura descritta dall'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988. Tuttavia, giudice in questione è l'unico, nella fisiologia del rito minorile, a mutuare la composizione monocratica propria del giudice per le indagini preliminari del rito ordinario. Secondo il giudice rimettente, «tale scelta processuale riduce significativamente la possibilità di procedere mediante un giudizio a base personalistica, laddove priva l'organo giudicante dell'apporto interdisciplinare garantito dalla presenza della componente onoraria e della dialettica che si instaura tra essa e il giudice togato»²⁰. Si tratta di una scelta di politica processuale, osserva il rimettente, non in linea con la «giurisprudenza costituzionale e di legittimità formatasi sull'importanza della presenza della componente onoraria all'interno dell'organo giudicante nel processo penale minorile»²¹.

4. La complessiva tenuta costituzionale percorso di rieducazione.

Il giudice rimettente mette in discussione la compatibilità del nuovo "percorso" con i principi fondanti del processo minorile: se accolta così come posta la questione di legittimità costituzionale determinerebbe l'espunzione del nuovo istituto dal procedimento minorile.

Ci pare, tuttavia, che tale soluzione non sia imposta dalle ragioni addotte dal rimettente: benché condivisibili in punto di opportunità, diversi passaggi del percorso motivazionale dell'ordinanza non sembrano idonei a fondare l'incostituzionalità dell'intero istituto.

¹⁸ Corte cost. n. 272 del 2000, 12 luglio 2000, n. 272.

¹⁹ Corte cost. n. 139 del 2020, cit.

²⁰ Cfr. p. 9 dell'ordinanza in commento.

²¹ *Ibidem*.

Ci pare, ancora, una declaratoria di incostituzionalità non sia neppure davvero auspicabile²². Al netto delle sue pecche – superabili in via ermeneutica o emendabili dal legislatore – il nuovo istituto sembra avere potenzialità interessanti, consentendo al minorenni “autore” di reati meno gravi e sostanzianti in condotte bagatellari una assai rapida fuoriuscita dal circuito penale. Questo è, in fondo, uno degli obiettivi del legislatore processuale minorile e, in seconda battuta, degli operatori chiamati ad applicarne il prodotto. E si tratta di un *target* destinato a convergere con la volontà di realizzare obiettivi di deflazione e di razionalizzazione delle poche risorse impiegate nell’amministrazione della giustizia.

4.1. La principale preoccupazione del rimettente risiede nella ritenuta impossibilità di coniugare la celerità dell’incedere procedimentale con l’esigenza, imprescindibile, di approntare una risposta ordinamentale tarata sulla persona dell’imputato minorenni. Ciò sul presupposto, corretto, che la tempestiva conclusione dell’esperienza procedimentale del giovane, ormai consacrato in diverse fonti internazionali, non debba essere raggiunta al costo di frustrare altri interessi fondamentali del sistema minorile, che, per un verso, è animato anche dalla finalità di riabilitazione sociale e di educazione individuale e che, per altro verso, resta pur sempre un procedimento giurisdizionale volto all’accertamento della responsabilità penale.

La neointrodotta disciplina, tuttavia, non impedisce di valutare le esigenze del minorenni, né di analizzarne la situazione familiare e sociale, al fine di valutare la congruità del programma.

Un primo argomento in tal senso risiede nella natura meramente ordinatoria del termine imposto dal legislatore. L’omessa osservanza dei sessanta giorni concessi per l’elaborazione del programma, decorrenti dalla notifica dell’invito ad aderire al percorso, è sprovvista di sanzione: «in mancanza della previsione di un’invalidità che conseguia alla violazione del limite temporale, lo stesso debba considerarsi meramente ordinatorio, stante il disposto dell’art. 173 c.p.p., ma resta il fatto che la sua previsione così rigidamente congegnata, in un sistema che già conosce un’ipotesi di *probation* nella successiva fase dell’udienza preliminare, non può che evocare la natura urgente dell’intervento, che, pur in linea teorica apprezzabile nell’ottica della celere fuoriuscita del minore dal contesto penale, rischia di non trovare operatività pratica nel concreto»²³.

In altri termini, solo là dove un simile, stringato termine fosse presidiato da una espressa previsione di decadenza, potrebbero porsi dei dubbi sulla possibilità di

²² Contra, 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, secondo cui la Corte dovrebbe eliminare «un congegno mal concepito e non adeguatamente disciplinato, nonché distonico rispetto ai canoni fondamentali che informano il processo a carico dell’autore di reato in età evolutiva».

²³ F. TRIBISONNA, *Interventi in materia processuale penale*, cit., p. 1581. Contra, L. Camaldo, *Al vaglio della Corte costituzionale*, cit., par. 3, «alla difesa viene, peraltro, addossato il compito di presentare al pubblico ministero il progetto nel termine di 60 giorni e quindi eventuali ritardi saranno processualmente a essa imputabili, con la probabile conseguenza che, in caso di mancato rispetto del termine, l’indagato non potrà avvantaggiarsi della procedura deflattiva, posto che tale ipotesi non è regolata dalla disposizione in oggetto».

7-8/2024

valutare consapevolmente l'opzione procedurale a disposizione e ad articolare un programma, con un sacrificio eccessivo della tutela della gioventù e delle sue speciali esigenze di protezione. Ma così non è.

Sia, poi, qui consentito rilevare che i sessanta giorni di cui parla l'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988 sono stati oggetto di critica anche in ragione della mancata notifica della proposta di definizione anticipata ai servizi minorili, sul presupposto che «difficilmente un progetto dotato di qualche validità potrà essere predisposto dall'interessato e approvato dall'USSM in tempi così ristretti, dal momento che i servizi ministeriali in molte zone d' Italia sono pesantemente sottodimensionati»²⁴. Si tratta di una critica che non pare tenere conto del possibile rovescio della medaglia: l'effettiva attivazione del percorso è rimessa alla decisione del minorenni, per cui ogni coinvolgimento dei servizi prima che egli abbia maturato una convinta adesione rispetto alla scelta da compiere rischierebbe di essere del tutto inutile, appesantendo senza motivo organismi già gravati da un carico di lavoro notevole.

Peraltro, tale scansione temporale non è di per sé idonea ad incidere sull'approfondimento delle condizioni del minorenni, cruciale per consentire al giudice un assennato giudizio di adeguatezza del programma presentato.

Avuto riguardo alla natura non perentoria dei termini imposti dalla legge, è agevole argomentare che la loro inosservanza – là dove finalizzata a consentire un *focus* sulla conoscenza della condizione sociale e familiare del minorenni, specialmente da parte dei servizi e degli enti coinvolti nella concreta progettazione del programma – non comporti l'impossibilità di essere ammesso al rito, purché il deposito di quanto elaborato avvenga prima delle successive determinazioni del pubblico ministero. Il magistrato dell'accusa, infatti, a fronte della mancata adesione all'invito, è chiamato a procedere oltre nella propulsione procedimentale. Dando per esercitata l'azione penale nel momento della notifica dell'invito *ex art. 27-bis* d.P.R. n. 448/1988, i passi successivi non possono che essere, in alternativa, la richiesta di rinvio a giudizio o la richiesta di giudizio immediato. Tuttavia, considerati i fisiologici tempi "morti" del procedimento penale, è ben possibile che il minorenni possa disporre di ulteriore tempo per definire il programma e depositarlo prima che il p.m. si attivi. Anche in ragione di ciò, la difesa potrebbe prospettare la necessità di fruire di più tempo per definire il programma, senza che ciò condizioni le fisiologiche mosse dell'accusa.

Oltre alle ragioni "formali", pare che l'istituto possa contare su una sostanzialmente più robusta difesa. Su un piano differente, infatti, non sembrano decisive le censure mosse riguardo all'impossibilità di contare su una "generale" valutazione personologica del minorenni, che sottolineerebbe la natura punitiva, più che educativa, dell'istituto. Al netto delle critiche relative alla difficoltà di operare in termini ristretti al fine di comporre un programma al contempo individualizzato ed

²⁴ Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia, Audizione di fronte alle commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia, nella seduta del 27 settembre 2023, p. 4, che commentava il termine inizialmente previsto dal decreto-legge, pari a soli trenta giorni. Nota, poi, A. NATALINI, *Crimini e minori*, cit., p. 57, che «senza una preventiva conoscenza del minore si può stendere un progetto forse valido a livello "cartolare" ma privo di qualsivoglia ambizione recuperatoria».

efficace rispetto alle necessità (ri)socializzanti, il giudice *a quo* lamenta l'impossibilità di avere un quadro chiaro, nel cuore delle indagini, della personalità del minorenne. Si è già detto che, da un punto di vista sistematico, quando si determina nel senso di invitare il giovane a sottoporsi al percorso di rieducazione, il pubblico ministero deve già avere elementi sufficienti per ritenerne probabile la condanna in giudizio. Accanto agli elementi in grado di sostenere efficacemente l'accusa, non si dubita che l'autorità giudiziaria possa procedere ad indagini sulla personalità per realizzare una adeguata valutazione della situazione personale del minorenne.

Non colgono nel segno, quindi, le osservazioni del rimettente in ordine all'insufficienza degli strumenti a disposizione dell'autorità giudiziaria, ovvero le indagini previste ai sensi degli artt. 6 e 9 d.P.R. n. 448/1988. Queste, infatti, non si pongono in necessaria contraddizione con i tempi "sincopati" della nuova procedura, dovendo anzi essere *fisiologicamente* esperiti in un momento precedente alla notifica dell'invito da parte del pubblico ministero. Anche là dove essi non fossero stati disposti dal pubblico ministero prima della notifica dell'invito e dovessero essere "recuperati" dal giudice investito della decisione sull'ammissione al programma, il loro esperimento resta compatibile con la snellezza della procedura scandita dall'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988. In fondo, l'art. 9 d.P.R. n. 448/1988 consente di realizzare accertamenti anche fuori udienza – il comma 2 della disposizione addirittura consente di sentire «anche senza alcuna formalità» persone o esperti capaci di fornire elementi utili ad accertare la personalità del minorenne. Là dove calibrato secondo gli strumenti di personalizzazione ordinariamente disponibili, il percorso, «ben lungi dal riecheggiare istanze risarcitorie (se non in senso ideale) o sanzionatorie», si dimostra espressione di una progettualità «di recupero socio-educativo»²⁵.

In altri termini, non pare che le tempistiche dettate dall'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988 disegnino un procedimento incompatibile con la necessità di valutare la personalità del minorenne. Peraltro, si è registrata la possibilità di dilatare in via di prassi i tempi stringati del procedimento; ad esempio, eccedendo i sessanta giorni previsti per il deposito del programma o non fissando *ad horas* l'udienza per l'ammissione.

In questo frangente, dunque, le censure mosse in ordine al cronico affanno delle strutture della giustizia minorile, che non consentirebbero di addivenire al precoce approfondimento della conoscenza del giovane indagato, non paiono decisive per addivenire a una diagnosi di incostituzionalità. Ciò non significa, certo, che le preoccupazioni del remittente non siano fondate, e che l'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448 del 1988 non abbisogni di una profonda messa a punto in quanto a efficacia del procedimento. A noi pare, infatti, che l'istituto, più che porsi in contrasto con alcuni fondamentali principi costituzionali, rischi di collidere nella sua dimensione pratica con la ristrettezza di risorse economiche ed umane stanziata a favore della giustizia minorile. Ma da un simile contrasto non può discendere l'incostituzionalità di una disposizione di legge; al più, porrà il legislatore davanti ad un'alternativa radicale: o munire il sistema di risorse

²⁵ G. MARTIELLO, *Gli interventi del c.d. «decreto-Caivano» sul diritto penale minorile, tra salvaguardia della società dal minore delinquente e tutela del fanciullo dalla società indifferente*, in *Leg. pen.*, 12 febbraio 2024.

adeguate a far funzionare un istituto così sincopato oppure vederlo disapplicato nella prassi.

4.2. Non banali, poi, i profili di illegittimità costituzionale relativi al fatto che a decidere sull'instaurazione del procedimento sia il giudice per le indagini preliminari, unico giudice monocratico che caratterizza il rito minorile. Prima ancora del giudice *a quo*, alcuni autori avevano censurato il *deficit* in punto di «valutazione multidisciplinare»²⁶. In effetti, sono numerosi gli interventi del Giudice delle leggi in cui si afferma la centralità dell'apporto professionale dei giudici non togati, perché è «grazie alle competenze scientifiche dei soggetti che compongono il collegio giudicante che viene svolta una corretta valutazione delle particolari situazioni dei minori, la cui evoluzione psicologica, non ancora giunta a maturazione, richiede l'adozione di particolari trattamenti penali che consentano il loro completo recupero, ponendosi, quest'ultimo, quale obiettivo primario, cui tende l'intero sistema penale minorile»²⁷. Anche più di recente, la Corte costituzionale ha avuto modo di sottolineare che «lungi dall'ostacolare il finalismo rieducativo di cui all'art. 27 comma 3 Cost. e la protezione della gioventù di cui all'art. 31 comma 2 Cost., l'assegnazione della messa alla prova del minore al giudice dell'udienza preliminare e non anche al giudice per le indagini preliminari appare conforme a detti parametri, poiché assicura che le delicate valutazioni personalistiche implicate dall'istituto siano svolte da un organo collegiale, interdisciplinare e diversificato nel genere, pertanto idoneo ad espletarle nella piena consapevolezza di ogni aspetto rilevante»²⁸.

Detti precedenti appaiono vincolanti, soprattutto là dove affermano in modo *tranchant* che la messa alla prova è possibile nel rito minorile solo se “governata” da un giudice a composizione mista. Ma è parimenti vero che in tali occasioni la Corte costituzionale aveva adoperato simili argomentazioni presupponendo la disomogeneità della *ratio* della messa alla prova dei minorenni e degli adulti. Solo la prima riveste essenziale occasione di rieducazione del minorenne autore di reati anche molto gravi, con impronta non necessariamente negoziale: perciò essa può assolvere la sua «primaria funzione rieducativa solo se disposta, a tempo debito, da un giudice strutturalmente qualificato alle necessarie valutazioni di personalità, poiché queste condizionano l'esito positivo della prova, la conseguente dichiarazione di estinzione del reato e, in ultima analisi, l'effettiva fuoriuscita del minore dal circuito penale»²⁹. Così non è per il nuovo istituto, chiamato a rispondere esclusivamente a fatti di microcriminalità e solo con l'esplicito consenso – nella forma “rafforzata” dell'iniziativa – del minorenne.

Certo, rinunciare al patrimonio di conoscenze e di esperienze dell'organo collegiale in composizione mista impoverisce la “qualità” della cognizione del giudice.

²⁶ Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia, cit., 4; A. GAUDIERI, *L'impatto del d.l. 15 settembre 2023*, n. 123, cit., p. 35.

²⁷ Corte cost., 30 luglio 2008, n. 310.

²⁸ Corte cost. n. 139 del 2020, cit., secondo cui la scelta legislativa «trova la sua *ratio* anche nella struttura dell'organo giudicante, collegiale e interdisciplinare nell'un caso, monocratico e togato nell'altro».

²⁹ Corte cost., 14 aprile 1995, n. 125.

7-8/2024

Ancora una volta, tuttavia, ci pare lecito dubitare, tuttavia, che un simile impoverimento, nell'economia complessiva del nuovo istituto, implichi l'incostituzionalità dell'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988. D'altronde, la cognizione resta in mano ad un giudice togato, in sé specializzato nella materia minorile. Benché privo dell'apporto della componente laica, egli sembra comunque in grado di valutare la personalità e la prognosi di "riabilitazione sociale" del giovane anche in autonomia, anche considerata il sensibilmente ridotto "raggio d'azione" del percorso di rieducazione.

In altri termini, pare che la criticità in questione non sia espressione di un bilanciamento di valori costituzionalmente insostenibile. Ciò non toglie che, nell'ambito della sua discrezionalità, il legislatore dovrebbe tornare sul punto e disporre che a governare il percorso di rieducazione sia un giudice specializzato e misto. Le soluzioni per assicurare un simile risultato sono diverse.

La competenza a giudicare potrebbe essere direttamente attribuita al giudice dell'udienza preliminare, anche considerato che l'azione penale è stata ormai esercitata. Una simile soluzione, tuttavia, richiederebbe una radicale ristrutturazione dell'istituto, in cui verrebbe messa in crisi la possibilità di ricorrere al giudizio immediato in caso di "fallimento" del percorso; in tutte queste ipotesi, infatti, sorgerebbero rilevanti problematiche se a giudicare sul rinvio a giudizio – o sulle altre possibili ipotesi di diversione – fosse il medesimo giudice che ha valutato un percorso in cui si accerta nella sostanza la responsabilità penale del minorenne.

Un'alternativa risiede nella creazione di un'apposita articolazione del giudice per le indagini preliminari. A tal fine – sulla falsariga del nuovo disposto dell'art. 50-*bis* comma 2 ord. giud., il quale dispone che il giudice dell'udienza preliminare e il giudice dell'abbreviato che si innesta sul giudizio immediato richiesto dall'imputato siano composti da un togato e da due esperti – potrebbe essere inserito un comma 2-*bis* il quale precisi che il giudice per le indagini preliminari là dove debba vagliare il percorso di rieducazione, sia composto da un togato e da un laico. Un ricorso "limitato" alla componente esperta sarebbe d'altronde giustificato dalla verosimile minore rilevanza dei casi riconducibili all'applicazione dell'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988; oltre a liberare risorse "umane" da utilizzare nel caso in cui si approdasse all'udienza preliminare.

Si tratta, ovviamente, di soluzioni affidate alla esclusiva discrezionalità del legislatore.

LA SALVAGUARDIA DELL'AMBIENTE MARINO TRA DIRITTO SOVRANAZIONALE ED ISTANZE PUNITIVE

di Giulia Rizzo Minelli

In ragione dei sempre più frequenti casi di inquinamento e disastro ambientale causati dalle immissioni di sostanze tossiche nelle acque marine, riconducibili alle attività di impresa ed alla navigazione, il presente lavoro intende soffermarsi, partendo dalla dimensione internazionale ed europea del fenomeno, sulle disposizioni penali vigenti nel nostro ordinamento a salvaguardia delle risorse naturali marine e sulle modalità con cui le stesse sono tipizzate, valutando se sia veramente effettivo l'attuale impianto di tutela oppure se non sia necessario ripensare il ruolo del diritto penale in tale settore.

SOMMARIO: 1. Premessa. La rilevanza del bene ambiente e la necessaria individuazione di soluzioni atte a salvaguardarlo nella prospettiva sovranazionale. – 2. La tutela dell'ambiente marino da parte del diritto internazionale. – 3. Il contrasto all'inquinamento provocato da navi secondo il diritto comunitario. – 4. Il diritto penale nazionale per la tutela dell'ambiente marino. – 5. Il modello sanzionatorio puro per la tutela dell'ambiente. – 5.1. La gestione del rischio connesso alla navigazione: prevenzione e repressione dell'inquinamento marino provocato da navi. – 5.2. L'inquinamento delle acque marine nell'esercizio di attività economiche diverse dalla navigazione. – 5.3. La gestione dei rifiuti. – 5.4. Altre ipotesi contravvenzionali: la tutela del patrimonio faunistico marino e la salvaguardia del mare quale area naturale protetta. – 6. Il modello penalistico classico a tutela dell'ambiente ed i limiti ad esso connessi. – 7. Il modello parzialmente sanzionatorio: l'introduzione dei c.d. "eco-delitti" nel codice penale tra aspetti positivi della riforma e criticità legate alle difficoltà probatorie, alla carenza di determinatezza, ai difficili margini del rischio consentito ed alla mancata previsione sanzionatoria di specifici comportamenti aggressivi per l'ambiente. – 7.1. Prime pronunce della giurisprudenza di legittimità sulla configurabilità dei delitti di inquinamento e disastro ambientale delle acque marine. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Premessa. La rilevanza del bene ambiente e la necessaria individuazione di soluzioni atte a salvaguardarlo nella prospettiva sovranazionale.

«[L]'ambiente non è un'astrazione, ma rappresenta lo spazio vitale, la qualità della vita e la salute stessa degli esseri umani, comprese le generazioni non ancora nate». Questa affermazione della Corte Internazionale di Giustizia, estrapolata da un parere reso in materia di armi nucleari¹, coglie l'importanza fondamentale che ha un ambiente intatto

¹ Il riferimento è alla risoluzione 49/75 K del 15 dicembre 1999 con cui l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite aveva chiesto alla Corte Internazionale di Giustizia un parere consultivo ai sensi dell'art. 96 della Carta delle Nazioni Unite, sottoponendole il seguente quesito "La minaccia o l'impiego di armi nucleari è permessa nel

per il benessere della specie umana, evidenziando il ruolo essenziale del diritto internazionale, chiamato a tenere in considerazione ed a regolare la stretta connessione tra le esigenze della vita degli individui e la protezione dei differenti ecosistemi che ne rendono possibile la permanenza sulla Terra². E se tali considerazioni possono trovare riscontro con riguardo ad ogni risorsa naturale, il problema si accentua laddove si rivolga attenzione all'ambiente marino, che insiste sulla maggior parte della superficie terrestre e provvede al sostentamento di milioni di persone in termini di nutrimento, energia, lavoro e trasporto³.

In questo contesto si inserisce il presente scritto che si incentra sulla tutela penale offerta all'ambiente marino, ponendo attenzione sia alla dimensione internazionale ed europea del fenomeno sia alla sua protezione a livello nazionale, soffermandosi sui sempre più frequenti casi di inquinamento e disastro ambientale causati dalle immissioni di sostanze tossiche nelle acque marine e sulle tecniche di tutela impiegate per proteggerle⁴. Le sollecitazioni ad analizzare siffatta tematica provengono dalla mutata realtà socioeconomica e dal costante incremento dei traffici marittimi, dal palesarsi di antichi e nuovi fenomeni criminosi connessi alla attività di impresa ed alla navigazione, dall'esponenziale, ma controverso, intervento del legislatore, chiamato a normare un settore fino ad un recente passato sprovvisto di qualsivoglia tutela, e della giurisprudenza – nazionale, europea ed internazionale – che sempre più spesso è stata invocata per dirimere complesse vicende, concernenti l'ambiente marino, che hanno destato notevole interesse nell'opinione pubblica globale.

diritto internazionale in qualsiasi circostanza?". Con proprio parere dell'8 luglio 1996, la Corte – richiamando quando già espresso nella sentenza del 3 giugno 1985 relativa al caso della *Piattaforma continentale* tra Libia e Malta (in www.icj-cij.org/en/case/68 - CIG, Rep., 1985), che a sua volta riprendeva la sentenza del 20 febbraio 1969 sulla *Piattaforma continentale nel Mare del Nord* (in www.icj-cij.org/en/case/52, CIG, Rep. 1969) – ha ritenuto che per stabilire se vi sia un espresso divieto relativamente alla minaccia o all'uso di armi nucleari occorre ricercare sia la prassi effettiva che l'*opinio juris* degli Stati. Così, CIG, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, par. 95, in *I.C.J. Reports* 1996, pp. 226 e ss. Il parere viene richiamato, in dottrina, da C. FOCARELLI, *Lezioni di Diritto Internazionale, II, Prassi*, Milano, 2008, pp. 54-55; U. BEYERLIN, J. G. STOUTENBURG, *Environment, International Protection*, in *Oxford Public International Law*, 2012, p. 2.

² V. BUONUOMO, *La tutela dell'ambiente nelle fonti internazionali*, in A. COSSEDDU, M.G. RIGATELLI (a cura di), *Ambiente e Diritti. Tra responsabilità e partecipazione*, Canterano, 2017, pp. 123-161. Per maggiori approfondimenti si vedano tra gli altri anche S. LAVALLÉE, *Droit international de l'environnement*, Cowansville-Bruxelles, 2006; A.C. KISS, D. SHELTON, *Guide to International Environmental Law*, Leiden-Boston, 2007; P.W. BIRNIE, A. BOYLE, C. REDGWELL, *International Law and the Environment*, Oxford, 2009; F. SAND, J. PEEL, *Principles of International Environment Law*, Cambridge 2012; P.M. DUPHUY, J.E. VIÑUALES, *International Environmental Law*, Cambridge, 2015, *passim*.

³ A. MERIALDI, S. TREVISANT, *La protezione dell'ambiente marino*, in A. FODELLA, L. PINESCHI (a cura di), *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino, 2010, p. 315.

⁴ Si segnala, e rappresenta uno dei pochi interventi penalistici in materia, il contributo di L. RAMACCI, *La tutela dall'inquinamento delle acque marittime e costiere*, in *Riv. trim. Lexambiente*, 2, 2019, pp. 2 e ss.

2. La tutela dell'ambiente marino da parte del diritto internazionale.

La protezione del mare è divenuta effettivo oggetto di attenzione da parte dei giuristi solo sul finire degli anni '60, in seguito ad alcuni gravissimi casi di inquinamento – tra cui quello della petroliera liberiana *Torrey Canyon*, affondata nel 1967 a largo delle coste della Cornovaglia⁵, della nave *Sea Star*, incendiatasi nel 1972 nel Golfo dell'Oman⁶, della *Amoco Codiz*, distruttasi davanti alle coste bretoni nel 1972⁷, della nave *Urquiola*, incagliatasi a largo della città di A Coruña nel 1976⁸ oppure della *Exxon Valdez*, che urtò una scogliera nel Golfo dell'Alaska nel 1989⁹ – che hanno scosso l'opinione pubblica internazionale ed i Governi, facendo sorgere una coscienza ecologica la quale ha rappresentato, e tuttora rappresenta, il principale motore che muove i governanti a proteggere l'ambiente marino sia convenzionalmente – tramite la stipulazione di accordi internazionali successivamente al verificarsi dei suddetti incidenti – sia mediante comportamenti unilaterali degli Stati, consistenti tanto in interventi legislativi quanto in pronunce giurisprudenziali relative alla salvaguardia dell'ambiente marino¹⁰.

La progressiva attenzione rivolta all'ambiente marino si è manifestata prevalentemente sul piano del diritto convenzionale, passando da una disciplina settoriale (come attestano, ad esempio, la Convenzione c.d. *Oilpol*¹¹ o la *London Dumping*

⁵ A.J. O'SULLIVAN, A.J. RICHARDSON, *The Torrey Canyon Disaster and Intertidal Marine Life*, in *Nature*, 1967, pp. 241 e ss.; M. SPINEDI, *Problemi di diritto internazionale sollevati dal naufragio della Torrey Canyon*, in *Riv. dir. int.*, 1967, pp. 653 e ss.; E. BROWN WEISS, *Environmental Disasters in International Law*, in *An. Jur. Interam.*, vol. 81, 1986, pp. 141 e ss.; G. HANDL, *International Responsibility for Man-Made Disasters*, in *Am.Soc.Int.Law Proc.*, 1987, vol. 81, p.330; J. PFEIL, *The Torrey Canyon*, in *Oxford Public International Law*, 2006, pp. 2 e ss.; A. BOYLE, J. HARRISON, *Environmental Accidents*, in *Oxford Public International Law*, 2008, pp. 6 e ss.

⁶ N.M. HOOKE, *Shipping Disasters 1963-1987*, Londra, 1987, *passim*.

⁷ M.H. MARCHAND, *The Amoco Cadiz oil spill. Distribution and evolution of hydrocarbon concentrations in seawater and marine sediments*, in *Environment International*, vol. 4, n. 5-6, 1980, pp. 421-429.

⁸ J. ZAMORA TERRES, *Urquiola la verdad de una catástrofe*, Valencia, 1977, *passim*.

⁹ A. HALLIDAY, 23 years after one of history's worst oil spills, Exxon Valdez 'rests' in Gujarat, in *Indian Express*, 2 agosto 2012.

¹⁰ Sul tema, in generale, G. TESAURO, *L'inquinamento marino nel diritto internazionale*, Milano, 1971, *passim*; L.A. TECLAFF, *International Law and the Protection of the Oceans from Pollution*, in *Fordham Law Review*, vol. 40, n. 3, 1972; V. STARACE, F.A. PANZERA, *La protezione internazionale del mare contro l'inquinamento*, Milano, 1979, *passim*; G. CAMARDA, *Ambiente, ambiente marino e danno ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 1986, *passim*; U. LEANZA, *Il sistema regionale per la protezione del Mediterraneo contro l'inquinamento*, in *Dir. mar.*, 1986; I. CARACCILO, *La responsabilità internazionale dello Stato per l'inquinamento marino*, in *Dir. mar.*, 1991; G. CAMARDA, *L'evoluzione della normativa internazionale comunitaria e nazionale vigente in materia di sicurezza della navigazione e prevenzione dell'inquinamento marino*, in *Riv. giur. amb.*, vol. 5, 2001, *passim*; S.M. CARBONE, *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino dall'inquinamento: sviluppi e prospettive*, in *Dir. mar.*, 2001; L. SCHIANO DI PEPE, *Inquinamento marino da navi e poteri dello stato costiero* Torino, 2007, *passim*; A. MERIALDI, S. TREVISANT, *La protezione dell'ambiente marino*, cit.; Y. TANAKA, *The International Law of the Sea*, Cambridge, 2015, *passim*; A. LANCIOTTI, *La tutela del mare*, in R. GIUFFRIDA, F. AMARILLI (a cura di), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2018, pp. 97 e ss.

¹¹ *International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil* (c.d. *Oilpol*) adottata a Londra il 12 maggio 1954, avente precipuamente ad oggetto il divieto di scaricare volontariamente ed in specifiche zone marine (*prohibited zones*) idrocarburi o loro miscele in seguito ad operazioni di lavaggio delle cisterne o di carico e scarico¹¹, per la cui sanzione si demanda allo stato di immatricolazione della nave il quale può ricorrere, stando alla previsione convenzionale, anche allo strumento penale.

*Convention*¹²) ad accordi internazionali (c.d. *Multilateral Environmental Agreements*), caratterizzati dal superamento della visione tradizionale secondo cui l'ambiente marino interessa il diritto internazionale nella esclusiva visuale dei diritti e dei doveri interstatuali¹³, ed entro il limite della intangibilità della sfera di *domestic jurisdiction* di ciascuno stato¹⁴, ed al cui interno sono previsti non solo obblighi per ogni destinatario delle norme¹⁵, ma anche poteri di prevenzione e repressione dei fenomeni di inquinamento dell'ambiente marino, che va tutelato «in quanto tale», dal momento che in esso «gli interessi di tutti i cittadini del mondo sono intrecciati inestricabilmente»¹⁶.

Significativa la *International Convention For The Prevention of Pollution from Ships*, stipulata a Londra nel 1973 e modificata con il Protocollo del 1978 (c.d. *Convenzione Marpol 1973/78*)¹⁷, con l'obiettivo di «porre fine all'inquinamento volontario dell'ambiente marino» e di prevenire quello accidentale o colposo¹⁸ derivante da «harmfull substances»

¹² Trattasi della “*Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter*”, aperta alla firma a Città del Messico, Londra, Mosca e Washington il 29 dicembre 1972, ed entrata in vigore nell'agosto del 1975¹², integrata poi da un successivo Protocollo del 1996¹², l'ordinamento internazionale¹² ha inteso eliminare, o – quantomeno – ridurre e controllare le immersioni volontarie in mare di rifiuti, definiti dalla Convenzione stessa come quelle sostanze – diverse da quelle prodotte nelle normali operazioni delle navi – «smaltite in mare, in nome dell'espressa volontà di ricomprendere ogni tipo di inquinamento marino causato dalle navi nella disciplina pattizia internazionale».

¹³ U. VILLANI, *Gli strumenti giuridici internazionali di tutela dell'ambiente*, in *La tutela del paesaggio e la protezione dell'ambiente marino-costiero nell'azione del Consiglio d'Europa*, Napoli, 2001, *passim*.

¹⁴ M. FASCIGLIONE, *La protezione penale dell'ambiente marino nel sistema dei Multilateral Environmental Agreements (MEAs)*, in *Rivista sull'ambiente e il territorio*, n. 3, 2006, pp. 47 e ss.

¹⁵ In argomento, K. VON MOLTKE, *On Clustering International Environmental Agreements*, in G. WINTER (a cura di), *Multilevel Governance of Global Environmental Change: Perspectives from Science, Sociology and the Law*, Cambridge, 2006, *passim*; D. FRENCH, *Multilateral Environmental Agreements: Legal Status of the Secretariats*, in *Journal of Environmental Law*, vol. 23, 2011, pp. 155 e ss.; P. SANDS, J. PELL, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, 2012, *passim*.

¹⁶ Per uno sguardo d'insieme si veda C. WEERAMANTRY, *Environmental Law Symposium*, Melbourne, 2002, pp. 503 e ss.; N. A. MARTINEZ GUTIERREZ, *Limitation of Liability*, in AA.VV., *International Maritime Conventions. The relationship between global limitation conventions and particular liability regimes*, Londra -New York, 2011, pp. 210-216; con riferimento al Mar Mediterraneo si veda, recentemente, T. SCOVAZZI, *The Mediterranean guidelines for the determination of environmental liability and compensation: the negotiations for the instrument and the question of damage that can be compensated*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 13, 2009, pp. 183 e ss. Si rimanda anche a U. VIVALDI, *Inquinamento marino e regole internazionali di responsabilità*, Padova, 1996, pp. 29-30; S. M. CARBONE, *Strumenti internazionalistici e privatistici-internazionali relativi al risarcimento dei danni provocati da idrocarburi all'ambiente marino*, in P.A. PILITTU (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Badiali*, Roma, 2007.

¹⁷ La Convenzione è stata ratificata dall'Italia con la legge 29 settembre 1980, n. 662 ed è entrata in vigore il 2 ottobre 1983, dopo che le condizioni in essa previste (cioè, 12 mesi dopo, la ratifica da parte di almeno 15 stati, che rappresentassero il 50% del tonnellaggio mercantile mondiale) si erano realizzate, a seguito delle ratifiche di Italia e Grecia. Sulla Convenzione Marpol, *ex pluris*, A. GRIFFIN, *MARPOL 73/78 and Vessel Pollution - A Glass Half Full or Half Empty?*, in *Ind. J. Global Legal Stud.*, 1994, pp. 489-513; D.L. VANDER ZWAAG, A. POWERS, *The Protection of the Marine Environment from Land-Based Pollution and Activities - Gauging the Tides of Global and Regional Governance*, in *Ind J Global Legal Stud.*, vol. 23, pp. 423 e ss. Sui rapporti tra Convenzione Marpol e legge nazionale si rinvia a Cass. pen. sez. un., sent. 24 giugno 1998, in *Foro it.*, vol. 122, n. 4, 1999, p. 223/224-233/234.

¹⁸ G. MARTINO, *L'inquinamento marino dalla prospettiva nazionale a quella internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1978, pp. 1614 e ss.; così anche G. RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo*, cit., p. 586.

(art. 2, par. 2)¹⁹, richiedendo che i singoli stati adottino, nella propria legislazione interna delle «*sanzioni di natura tale da scoraggiare i potenziali trasgressori*»²⁰, implementando un sistema sanzionatorio che consenta l'effettiva instaurazione di procedimenti (anche) penali²¹ per accertare la violazione delle disposizioni convenzionali nello stato di bandiera ovvero, in alternativa, in quello in cui è avvenuta la violazione²².

È altresì rilevante la *United Nations Convention on the Law of the Sea*, aperta alla firma a Montego Bay il 10 dicembre 1982 ed entrata in vigore il 16 novembre 1994²³. La Parte XII della Convenzione, interamente dedicata alla «*protezione e preservazione dell'ambiente marino*», ha introdotto – nella Sezione V – un complesso di norme destinate a prevenire, ridurre e controllare l'inquinamento, stabilendo che gli Stati debbano introdurre sanzioni sufficientemente rigorose per scoraggiare le infrazioni, lasciando però gli Stati liberi nelle concrete determinazioni dell'entità della pena, dei soggetti responsabili degli illeciti e del grado dell'elemento psicologico richiesto (dolo o colpa) alla cui presenza imputare il fatto al proprio autore²⁴.

3. Il contrasto all'inquinamento provocato da navi secondo il diritto comunitario.

Sul piano comunitario, l'originaria ritrosia ad affrontare tematiche concernenti la protezione dell'ambiente, è stata superata in seguito a recenti disastri ecologici, come quelli provocati dagli incidenti delle petroliere *Erika* e *Prestige* avvenuti nelle acque comunitarie, in esito ai quali si è cercato di implementare un apparato normativo in grado di apprestare adeguata tutela alle risorse naturali, anche attraverso il diritto penale, che – non più comparsa ma spesso protagonista del processo di integrazione europea – è stato sovente invocato quale strumento maggiormente idoneo per fronteggiare le nuove sfide provenienti dall'acuirsi della criminalità transfrontaliera e dall'urgente necessità di porre rimedio alla inefficacia del regime sanzionatorio disposto dai singoli Paesi membri²⁵.

¹⁹ G. RIGHETTI, *op. ult. cit.*, p. 586.

²⁰ L'art. 4, infatti, nell'indicare gli obblighi di *enforcement* che lo Stato di bandiera e quello costiero sono tenuti ad attuare, impone ad entrambi di qualificare come "*offence*" qualsiasi violazione delle norme della Convenzione concernenti lo scarico di sostanze nelle acque e di prevedere adeguati e necessari procedimenti nei confronti dell'autore dell'infrazione.

²¹ Così M. FASCIGLIONE, La protezione penale dell'ambiente marino nel sistema dei Multilateral Environmental Agreements (MEAs), in Riv. Gazzetta ambiente, n. 3, 2006, p. 51.

²² A livello nazionale un primo intervento significativo si è avuto con la legge 31 dicembre 1982, n. 979, recante "*Disposizioni per la difesa del mare*" e – in particolare – le disposizioni di cui al Titolo IV, relativo alle "*Norme penali per la discarica di sostanze vietate da parte del naviglio mercantile*".

²³ L'Italia ha ratificato la Convenzione con la Legge del 2 dicembre 1994, n. 689.

²⁴ Y. TEPHANY, *La protection pénale de l'environnement marin dans les conventions internationales*, in P. CHAUMETTE, *Transforming the Ocean Law by Requirement of the Marine Environment Conservation - Le Droit de l'Océan transformé par l'exigence de conservation de l'environnement marin*, Marcial Pons, 2019, pp. 508 e ss.

²⁵ I. NICOTRA, *Sovranità statale e fonti europee nella protezione dell'ambiente*, in B. ROMANO (a cura di), *I reati ambientali alla luce del diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2013, pp. 4 e ss.

Significative, tra le tante, le direttive 2008/99/CE, con cui si è chiesto agli stati membri di salvaguardare l'ambiente introducendo sanzioni penali «*effettive, proporzionate e dissuasive*» e la direttiva 2009/123/CE, la quale sottolinea che «*lo scarico illecito di sostanze inquinanti effettuato dalle navi dovrebbe essere considerato reato qualora sia stato commesso intenzionalmente, temerariamente o per negligenza grave e qualora provochi un deterioramento della qualità dell'acqua*».

Nonostante il susseguirsi di interventi dell'Unione in campo ambientale, l'impatto della criminalità ambientale sull'ambiente naturale in Europa continua comunque a determinare l'aumento dei livelli di inquinamento, il degrado della fauna selvatica, la riduzione della biodiversità e la perturbazione dell'equilibrio ecologico. Partendo da tali constatazioni la Commissione europea, il 15 dicembre del 2021, ha proposto l'adozione di una nuova direttiva europea²⁶ atta a reprimere la criminalità ambientale²⁷. Il progetto di direttiva è peraltro, di recente approvato dal Parlamento Europeo che il 16 novembre 2023 ha adottato la nuova direttiva in materia ambientale²⁸.

La direttiva prospetta significative novità anche per la protezione delle risorse marine²⁹.

Nel dichiarato fine di contribuire a proteggere la natura e le risorse naturali, da un lato, e la salute pubblica ed il benessere degli individui dall'altro, il testo: 1) definisce nuovi reati ambientali³⁰, tra cui alcuni segnatamente incidenti sulle componenti ambientali marine ovvero lo scarico da navi di sostanze inquinanti, il reato di «*estrazione illegale di acqua*» ovvero il «*riciclaggio illegale di navi*»; 2) prevede specifiche circostanze aggravanti ed attenuanti³¹; 3) individua specifiche sanzioni; ; 4) rafforza l'efficacia della

²⁶ Documento Com/2021/851 final "Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce la direttiva 2008/99/CE" n. 2021/0422 COD del 15 dicembre 2021. Il 21 aprile 2022 si è conclusa la fase di consultazione pubblica della proposta di Direttiva presentata dalla Commissione Europea per reprimere la criminalità ambientale, onorando uno degli impegni del Green Deal europeo.

²⁷ Così, sempre, *European Commission, European Green Deal: Strengthening EU law to combat environmental crime*, cit.

²⁸ Il testo approvato è consultabile al seguente link: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2023/11/16/environmental-crime-council-and-european-parliament-reach-provisional-agreement-on-new-eu-law/>.

²⁹ Articolo 3 lett. c), d), g), n) p) della proposta di direttiva.

³⁰ Nel dettaglio, in particolare, la Commissione stabilisce che se il reato ha causato o ha rischiato di provocare lesioni gravi o il decesso di un individuo, gli Stati membri devono prevedere, quale adeguata sanzione, una pena detentiva almeno fino a dieci anni. Il progetto di direttiva propone inoltre l'adozione di ulteriori sanzioni, tra cui il ripristino delle risorse naturali compromesse, l'esclusione dall'accesso ai finanziamenti pubblici e alle procedure di appalto e la revoca delle autorizzazioni amministrative.

³¹ Articolo 8, lett. f), della Proposta di Direttiva. Tra le prime figurano la gravità del danno causato, il coinvolgimento della criminalità organizzata e i profitti illeciti generati o attesi, nonché una forma di recidiva ambientale, chiedendo agli Stati membri di aggravare la pena per colui il quale abbia già commesso in precedenza analoghe violazioni ambientali. Le circostanze attenuanti comprendono, invece, il ripristino dell'ambiente naturale allo stato precedente la violazione e la condivisione con le autorità di informazioni utili all'identificazione degli altri autori del reato o all'acquisizione di elementi di prova.

cooperazione³²; 5) individua un livello minimo e massimo edittale a cui si devono attenere i legislatori nazionali nella tipizzazione della singole fattispecie incriminatrici.

A questo ultimo riguardo, in particolare, sono state previste sanzioni più severe per i cosiddetti reati qualificati, cioè per quei reati che puniscono fatti causativi della distruzione di un ecosistema o di un habitat all'interno di un sito protetto, o di danni alla qualità dell'aria, del suolo o dell'acqua. Con tale ultima introduzione, l'Unione Europea – come dichiarato successivamente al momento della approvazione – ha così richiesto agli stati di criminalizzare i casi più gravi di danno ambientale “paragonabili all'ecicidio”³³.

Con questa nuova direttiva, il corpo del diritto penale nazionale e segnatamente del diritto penale dell'ambiente, subisce nuovi e molteplici condizionamenti. Ed invero se, il processo di integrazione europea ha progressivamente inciso sul diritto penale, proprio quelle materie – come la tutela dell'ambiente – che appartengono anche alla competenza comunitaria, ne mostrano maggiormente gli effetti³⁴. La nuova direttiva appare come l'ennesimo frutto dell'in(s)contro tra il principio di prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale e quello di riserva di legge assoluta in campo diritto penale³⁵, che assegna solo alla legge nazionale, in senso formale o materiale, la possibilità di individuare fatti penalmente rilevanti³⁶. In questo caso, infatti, numerose sono le

³² Cfr. Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Valutazione della direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente (direttiva sulla tutela penale dell'ambiente), del 28 ottobre 2020.

³³ Così Marie Toussaint, avvocato francese ed eurodeputata del gruppo Verdi/Alleanza libera europea, già parte del team degli ambientalisti di “End Ecocide”, che ha dichiarato «L'Unione Europea sta adottando una delle leggi più ambiziose al mondo...La nuova direttiva apre una nuova pagina nella storia dell'Europa, punendo da coloro che danneggiano gli ecosistemi e, di conseguenza, proteggendo la salute umana. Significa porre fine all'impunità ambientale in Europa, che è cruciale e urgente». Cfr. <https://it.euronews.com/my-europe/2024/02/27/reati-ambientali-la-svolta-dellunione-europea-pene-piu-severe-sino-ai-10-anni-di-carcere>.

³⁴ M. RONCO, *L'intreccio tra la legislazione nazionale e quella comunitaria in materia di diritto penale dell'ambiente*, in B. ROMANO (a cura di), *I reati ambientali alla luce del diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2013, p. 21.

³⁵ Sui fondamenti dei principi di legalità e riserva di legge, A. PAGLIARO, voce *Legge penale: principi generali*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1973, p. 1040; L. CARLASSARE, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990; M. TRAPANI, voce *Legge penale, I) Fonti*, in *Enc. giur.*, XVIII, 1990, pp. 1 e ss.; G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1994, pp. 278 ss.; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, pp. 50 e ss.; F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, pp. 199 e ss.; ID., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, G. VASSALLI (a cura di), Napoli-Roma, 2006, pp. 49 e ss.; T. PADOVANI, *Codice penale*, Milano, 2007, pp. 1 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, ed. VI, Padova, 2009, pp. 3 e ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Bologna, 2019, pp. 47 e ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III ed., Milano, 2021, pp. 29 e ss.

³⁶ A. BERNARDI, “Riserva di legge” e fonti europee in materia penale, in *Annali dell'Università di Ferrara, Nuova Serie, Scienze Giuridiche*, 2006, p. 21; G. FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa?*, in I. TRUJILLO, F. VIOLA (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna, 2007, pp. 143 e ss.; M. P. IADICICCO, *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell'ordinamento interno e comunitario*, Torino, 2007, pp. 21 e ss.; I. TRUJILLO, F. VIOLA, *Legalità penale e democrazia* e F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, entrambi in *Quaderni Fiorentini*, Vol. XXXVI, Milano 2007, rispettivamente a pp. 1247 e ss. e pp. 1279 e ss.; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale*

sollecitazioni che il legislatore comunitario rivolge a quello nazionale, non limitandosi più solo a richiedere di punire, ma individuando anche chi, cosa, come e quanto criminalizzare.

La nuova direttiva, che invoca lo strumento penale quale possibile rimedio alla attuale situazione ambientale, si pone tuttavia in approccio sinergico con altri strumenti previsti a livello comunitario nell'ottica di apprestare una adeguata protezione delle risorse naturali. Essa, infatti, si inserisce nel quadro già delineato dal *Green Deal*, dalla *European Union Biodiversity Strategy 2030*, dalla *European Union Action Plan against Wildlife Trafficking*, nonché dalla *European Union Serious and Organised Crime Threat Assessment 2021*, dalla *European Union Strategy to Tackle Organised Crime covering period 2021-2025*³⁷ e dalla recente *Nature Restoration Law*, approvata il 27 febbraio 2024 ed elaborata a supporto del *Biodiversity Strategy* al fine di arrestare le perdite di biodiversità e preservare gli ecosistemi, proponendosi di ripristinare il 20% di quelli degradati entro il 2030.

4. Il diritto penale nazionale per la tutela dell'ambiente marino.

Volendo ora prendere in esame i tempi e soprattutto le modalità con cui l'ordinamento italiano ha iniziato ad interessarsi ed a consolidare la attuale disciplina legislativa a tutela dell'ambiente marino, giova ribadire come essa abbia per lungo tempo trovato il proprio baricentro nella legislazione speciale, la quale è intervenuta a regolare il settore per sopperire all'originaria assenza di simili previsioni nelle disposizioni codicistiche³⁸.

Se all'epoca dell'entrata in vigore del codice Rocco, l'ambiente non rappresentava un oggetto primario di tutela penale, il crescente numero di provvedimenti sovranazionali da un lato, e la correlata inadeguatezza dell'esistente quadro normativo a far fronte alle più gravi compromissioni ambientali dall'altro lato, – peraltro enfatizzata con l'acuirsi della già evocata sensibilità ecologica in capo ai singoli – ha portato, quale contro-reazione alla progressiva *deminutio* del patrimonio naturale, alla vertiginosa proliferazione di fonti normative che si sono dimostrate inidonee a proteggere le matrici naturali dalle loro ripetute aggressioni.

A sostegno di alcune delle problematiche riscontrabili in materia ambientale di cui si dirà, si ritiene opportuno passare in rassegna le singole e specifiche disposizioni a tutela dell'ambiente marino (quantomeno quelle più significative), sia per operare una ricognizione sistematica delle stesse, sia per valutare se anche con riguardo a tale specifica componente ambientale il legislatore abbia optato per tecniche di

europeo vigente, Milano, 2007, pp. 1 e ss.; ID., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione Europea*, in *Cass. Pen.*, n. 3, 2010, pp. 326 e ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità europea*, Milano, 2010.

³⁷ B. ONOFRI, [Proposta per una direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale: nuove frontiere nella lotta ai crimini ambientali in Europa](#), in questa Rivista, 5 luglio 2022.

³⁸ L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente*, Milano, 2007, pp. 65 e ss.

incriminazione dubbie, valutando la loro tenuta rispetto ai paradigmi classici del diritto penale.

Tali disposizioni, lo si precisa fin d'ora, possono essere suddivise in base alla loro tecnica di tipizzazione, ascrivibile ad uno dei tre alternativi modelli di tutela legati al differente grado di offensività delle condotte sanzionate ed al corrispondente livello di intensità della risposta sanzionatoria conseguente alla loro configurazione come contravvenzioni o come delitti, oltre che al diverso vincolo di dipendenza rispetto al diritto amministrativo³⁹. Si possono, infatti, individuare un modello penalistico classico – in cui la condotta tipica risiede in una azione od omissione produttrice di un danno o di un pericolo concreto per il bene protetto – un modello parzialmente sanzionatorio – caratterizzato da una accessorietà media del diritto penale al diritto amministrativo, in quanto le condotte tipiche sono costituite dalla violazione di norme amministrative o di provvedimenti di natura extra-penale che il legislatore valuta come penalmente rilevanti solo ove esse sfocino in un evento lesivo per il bene protetto – ed un modello sanzionatorio puro, in cui massima è la subordinazione del diritto penale al diritto amministrativo.

5. Il modello sanzionatorio puro per la tutela dell'ambiente marino.

Procedendo secondo un ordine di crescente di gravità della risposta sanzionatoria, al primo livello di tutela ambientale si trovano molteplici figure contravvenzionali in cui l'anticipazione della tutela è portata ai propri estremi, in cui è labile il confine tra le norme contravvenzionali e le ipotesi amministrative ed in cui, in base al modello dei reati di pericolo astratto, si puniscono condotte del tutto prodromiche a fatti realmente pericolosi, in forza dell'esigenza di tutelare mere funzioni amministrative. Trattasi di reati costruiti alla stregua di un medesimo paradigma politico-amministrativo, segnati dall'essere posti a salvaguardia di una funzione amministrativa atta al governo della risorsa marina che deve essere effettiva e preesistente la violazione, salvo incorrere in responsabilità penale. Essi, come si dirà, paiono contraddistinti da scarsa efficacia general-preventiva con cui lo stesso è

³⁹ Questi possibili tre modelli di illecito hanno trovato compiuta elaborazione da parte della dottrina tedesca, soprattutto nelle opere di G. HEINE, *Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts*, in NJW, 1990, pp. 2425 e ss.; C. ROXIN, *Taterschaft und Taterschaft*, Berlino-New York, 1990, pp. 360 e ss.; A. CALAMATI, *Tecnica sanzionatoria e funzione della pena nei reati ecologici*, in Riv. pen., 1992, pp. 617 e ss.; N.J. DE LA MATA BARRANCO, *Proteccion penal del ambiente y accesoriadad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos prejudiciales para el ambiente amparados en una autorizacion administrativa ilicita*, Barcellona, 1996, pp. 61 e ss.; A. MANNA, *Le tecniche penalistiche di tutela dell'ambiente*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1997, pp. 673 e ss.; F.C. PALAZZO, *Principi fondamentali e opzioni politico criminali nella tutela penale dell'ambiente*, in Ambiente e diritto, S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), Firenze, 1999, II, 545, pp. 564 e ss.; V.B. MUSCATIELLO, *La tutela penale dell'ambiente (il diritto e il rovescio)*, in A. AMATO, V.B. MUSCATIELLO, R. NITTI, R. ROSSI, V. TRIGGIANI (a cura di), *Diritto penale dell'ambiente*, Bari, 2006, pp. 35 e ss.; G. PALMIERI, *Contributo ad uno studio sull'oggetto della tutela nel diritto penale dell'ambiente. Dal Codice Rocco al "codice dell'ambiente" (d.lgs n. 152/2006)*, Napoli, 2007, pp. 53 e ss.; L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente*, cit. p. 84.

consegnato ed in ragione della massima operatività del principio precauzionale, che determina l'appartenenza di simili illeciti alla categoria dei reati di pericolo astratto⁴⁰. Ed invero, dalla ricognizione di tali norme si potrà riscontrare che esse vengono costruite dal legislatore su forme "standardizzate" di aggressione a beni giuridici, punendo condotte formalmente riconducibili alla fattispecie tipica ma in realtà spesso carenti di quella pericolosità prognosticata in astratto dal legislatore⁴¹. E lo dimostra la breve disamina che verrà svolta, da cui si evince tanto il frequente ricorso ad una criticabile tecnica di tipizzazione quanto la circostanza che i pericoli ed i danni per l'ambiente marino sanzionati possono rinvenire la propria causa in un coacervo di fonti⁴². Così, alla preminenza di disposizioni volte a sanzionare comportamenti legati alla navigazione se ne affiancano infatti ulteriori, volte a punire sia casi di inquinamento che originano da attività imprenditoriali svolte sulla "terraferma" o in mare, dagli scarichi e dall'immersione di rifiuti, sia comportamenti – come la pesca – pregiudizievoli per la flora e la fauna marina, con conseguenze riflesse anche in termini di inquinamento marino.

5.1. La gestione del rischio connesso alla navigazione: prevenzione e repressione dell'inquinamento marino provocato da navi.

Uno dei principali pericoli per le acque marine è rappresentato dalla navigazione la quale rappresenta una attività lecita ma pericolosa, e quindi impone il doveroso rispetto di specifiche prescrizioni.

Il d. lgs. 9 novembre 2007, n. 202, emanato per garantire il recepimento della Direttiva 2005/35/CEE⁴³ e della decisione quadro del 2005/667/GAI⁴⁴, rappresenta l'attuale e più importante riferimento per la tutela delle acque marine nello svolgimento di attività connesse alla navigazione.

⁴⁰ M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura "sanzionatoria"*, Padova, 1996, pp. 15 e ss.; V.B. MUSCATIELLO, *La tutela penale dell'ambiente*, in A. FIALE (a cura di), *Diritto penale dell'ambiente*, Bari, 2006, pp. 21 ss., ove l'Autore evidenzia come il sistema in parola sia contraddistinto da una «offensività prodiga»; sul punto v. anche G. ROTOLO, *Riconoscibilità del precetto e modelli innovativi di tutela penale. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2018, pp. 30 e ss.; A. DE LIA, *Ambiente e diritto penale e principi costituzionali nella "biutiful cauntry"*. Osservazioni rapsodiche, in *Federalismi.it*, 2018, pp. 11 e ss.

⁴¹ M. CATENACCI, *I reati ambientali*, cit., p. 49; A. MANICCIA, *Crimini ambientali. "Mass disaster" e tutela penale dell'ecosistema*, Milano, 2021, p. 145.

⁴² Così L. RAMACCI, *La tutela dall'inquinamento delle acque marittime e costiere*, cit., pp. 42 e ss.

⁴³ Cfr. sentenza 3 giugno 2008, causa C-308/06, con nota di R. BIANCHI, *Rilevanza penale dell'inquinamento provocato dalle navi e recenti decisioni della Corte di Giustizia*, in *Ambiente&Sviluppo*, 5, 2009, pp. 431 e ss. Per maggiori approfondimenti si rinvia a R. BIANCHI, *Reati senza frontiere a tutela dell'ambiente: la decisione del Consiglio europeo*, in *Ambiente&Sviluppo*, 6, 2003, pp. 544 e ss.; B. SETTI, *Tutela penale dell'ambiente: conflitto istituzionale tra gli organi dell'Unione?*, in *Ambiente&Sviluppo*, 3, 2003, p. 245.

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 4 d. lgs. 202/2007: «Fatto salvo quanto previsto all'articolo 5, nelle aree di cui all'articolo 3, comma 1, è vietato alle navi, senza alcuna discriminazione di nazionalità, versare in mare le sostanze inquinanti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera b), o causare lo sversamento di dette sostanze». Per una ricognizione generale si rinvia a C. BERNASCONI, *L'influenza del diritto comunitario sulle tecniche di costruzione delle fattispecie penali*, in *Ind. pen.*, 1996, pp. 460 e ss.

Il decreto prevede sanzioni di differente severità a seconda che le violazioni siano state commesse con dolo (art. 8) o con colpa (art. 9). L'«*Inquinamento doloso*» punisce «*il comandante di una nave, battente qualsiasi bandiera, nonché i membri dell'equipaggio, il proprietario e l'armatore della nave nel caso in cui la violazione sia avvenuta con il loro concorso*», che dolosamente effettuano scarichi non autorizzati ai sensi dell'art. 4⁴⁵, mentre il reato di «*Inquinamento colposo*», che riprende il tenore della contravvenzione di cui all'art. 8, prevede pene pecuniarie più basse, in ragione del diverso elemento psicologico a supporto della condotta⁴⁶.

Anche nel d. lgs. 152/2006 è prevista una (per vero, unica) disposizione volta sanzionare le immissioni in mare da parte di navi. Trattasi dell'art. 137, il cui comma 13⁴⁷ punisce, con un *incipit* quasi perentorio ma nel contempo ipotetico (si applica *sempre* la pena, *se* lo scarico nelle acque del mare contiene sostanze o materiali per i quali è imposto il divieto assoluto di sversamenti)⁴⁸, lo scarico nelle acque del mare da parte di navi od aeromobili di sostanze vietate ai sensi delle disposizioni previste nelle convenzioni internazionali vigenti e ratificate dall'Italia, salvo che siano in quantità tali da essere resi rapidamente innocue dai processi fisici, chimici e biologici, che si verificano naturalmente in mare e purché in presenza di preventiva autorizzazione da parte dell'autorità competente⁴⁹. In base al modello sanzionatorio puro, tale reato è congegnato quale reato di pericolo concreto, a tutela cioè del bene finale tutelato, connotato da una specifica ed effettiva idoneità lesiva, come attestano le connotazioni strutturali della condotta vietata, che consiste nello scarico nelle acque marine di sostanze vietate dalla normativa nazionale ovvero dalla Convenzione Marpol e dal suo Protocollo integrativo, e, dall'altro, i requisiti negativi dell'area di tipicità, alla stregua

⁴⁵ La pena è aumentata laddove la violazione descritta causi danni permanenti o, comunque, di particolare gravità, alla qualità delle acque, a specie animali o vegetali o a parti di queste; il danno si considera di particolare gravità – in base a quanto perimetrato dal legislatore – quando l'eliminazione delle sue conseguenze risulta di particolare complessità sotto il profilo tecnico, ovvero particolarmente onerosa o conseguibile solo con provvedimenti eccezionali.

⁴⁶ La fattispecie ha recentemente trovato applicazione nella vicenda che ha riguardato il relitto Berkan B, in cui il GUP presso il Tribunale di Ravenna (sent. 10 ottobre 2022, n. 561) ha condannato il Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale, per il reato di cui all'art. 9 d. lgs. 202/2007, commesso in cooperazione colposa ex art. 113 con il proprietario della «nave», per aver – con condotte attive e omissive – apportato un contributo causale *efficiente alla determinazione del danno per le acque, completando colposamente* la condotta originata dal proprietario del relitto. La decisione del GUP ha destato perplessità visto che le disposizioni di cui al d. lgs. 202/2007 dovrebbero trovare applicazione laddove l'inquinamento sia commesso nell'ambito della navigazione, tramite un natante che sia funzionante, e non invece quando l'inquinamento promana da un oggetto che non ha più tale qualifica. Per un commento ed un ulteriore approfondimento, N. BALDELLI, *Un caso di inquinamento derivante da relitto navale. Note a GUP Tribunale di Ravenna*, 10 ottobre 2022, n. 561, in *Riv. Lexambiente*, 1/2023, pp. 69-83.

⁴⁷ A riguardo, C. FUMAGALLI, *Tribunale di Livorno 5 maggio 2009, Nave "Venezia D"*, in *Giur. it.*, vol. IV, 2009, p. 310.

⁴⁸ Così A.L. VERGINE, *La tutela penale delle acque nel d. lgs. 152/2006*, cit., p. 23, in cui l'Autrice parla di «*originale modello di incriminazione*».

⁴⁹ L. PRATI, G. GALOTTO, *Scarichi, inquinamento idrico e difesa del suolo*, Milano, 2008, pp. 169 e ss.; L. BISORI, *Sub. art. 137*, in F. GIUNTA (a cura di), *Codice Commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, Padova, 2006, p. 69; C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2016, p. 97.

dei quali è consentita – a fronte di una presunzione *iuris tantum* di pericolosità dello sversamento – una prova contraria circa l'assenza di nocività in concreto dello stesso ed è altresì ammessa – sia pur con l'originalità che contraddistingue tale formulazione – un'area lecita coincidente con la previa autorizzazione allo scarico⁵⁰. Si tratta, pertanto, di una norma avente una formulazione assai bizzarra – appare invero paradossale che la disposizione richieda la previa autorizzazione per eseguire uno scarico che è vietato in maniera assoluta, il quale può però divenire penalmente irrilevante laddove *ex post* si accerti che la sostanza è in concreto innocua –, contrassegnata da una evidente fumosità del fatto tipico, al punto da potersi financo rilevare che la stessa non soddisfi il principio di tassatività (e, quindi, di legalità), dato che la sua scarna determinatezza parrebbe comportare una «disagevole conoscibilità del precetto penale»⁵¹.

Il contenuto della disposizione di cui all'art. 137, co.13, d. lgs. 152/2006 e di quelle previste agli artt. 8 e 9 del d. lgs. 202/2007 può risultare in parte totalmente coincidente, al punto da far supporre un concorso apparente tra le stesse. V'è chi ha ritenuto che il concorso apparente tra le due norme debba risolversi nel senso di una tacita abrogazione dell'art. 137, comma 13, d.lgs. 152\2006 ad opera degli artt. 8 e 9 del d.lgs. 202\2007⁵². Ed invero, se la autorizzazione a scaricare in mare in grado di fondare l'asserita specialità della disposizione di cui al Testo Unico trovava il proprio riferimento all'art. 11 della legge del 1976, ora – in ragione della sua intervenuta abrogazione – non rinviene più analoghi corrispondenti nella normativa attualmente in vigore. Ancora, non può ritenersi da solo specializzante il riferimento – del tutto vago e financo in contrasto con il principio di tassatività – alla possibilità di rendere innocue le sostanze inquinanti, il quale isolatamente considerato non pare peraltro rappresentare un ostacolo insormontabile a cui dover far fronte. Infine, la mancanza di una espressa abrogazione⁵³, pur a fronte dell'incompatibilità dell'art. 137, co. 13, con la disposizione di poco successiva, parrebbe basarsi sulla precisa scelta legislativa di non tener conto, in tutto il corpo del d. lgs. 202/2007, del d.lgs. 152\2006, peraltro precedente al decreto in parola.

Secondo altre autorevoli opinioni, che in questa sede si ritiene di dover condividere, vi sarebbe un rapporto di specialità tra l'art. 137, co. 13, TUA e gli artt. 8 e 9 del d. lgs. 202/2007, sia perché la prima disposizione è caratterizzata da una maggior "ricchezza" tipica – andando a consentire una esenzione di pena nel caso in cui lo scarico

⁵⁰ Così A. L. VERGINE, *La tutela penale delle acque*, cit., pp. 23 e ss.; L. BISORI, *Sub art. 137*, cit., p. 70. V'è chi, invece, ritiene che il reato in esame sia di pericolo astratto – sebbene *sui generis* in ragione delle peculiarità che lo contraddistinguono, ed in particolare sulla possibilità di prova contraria, facendo leva sul fatto che l'interesse generale alla salvaguardia delle risorse del mare e quello, speciale, della p.a. alla salvaguardia della risorsa servendosi di proprie specifiche autorizzazioni, si attergerebbero diversamente rispetto al tipo legale: l'uno come parametro di tipicità in senso stretto e l'altro come parametro di liceità, dato che lo scarico non autorizzato è sempre illecito anche se innocuo, mentre lo scarico autorizzato è comunque illecito se pericoloso. In questo senso C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 97 e ss.

⁵¹ Così C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 97. Così anche L. BISORI, *Inquinamento delle acque*, in M. PELLISERO, C.E. PALIERO, *Reati contro l'ambiente ed il territorio, Tutela penale dell'ambiente*, Torino, 2019, pp. 308 e ss.

⁵² In questo senso L. RAMACCI, *La tutela dall'inquinamento delle acque marittime e costiere*, cit., p. 15.

⁵³ Alcuni articoli della legge 979/1982 sono stati abrogati dall'art. 14 del d. lgs. 202/2007.

sia autorizzato ed innocuo – sia perché le norme previste nel d. lgs. 202/2007 paiono dirette a sanzionare fattispecie più ampie, andando ad incriminare la condotta del soggetto qualificato che versa in mare le sostanze inquinanti vietate, mentre l’art. 137, co. 13, limita la punibilità alle condotte di vero e proprio scarico – che può essere effettuato da chiunque secondo le modalità descritte nel d. lgs. 152/2006 – che rappresenta una “sotto-ipotesi” del più generale sversamento⁵⁴. Sembra però difficile poter ravvisare un rapporto di specialità che si possa risolvere esclusivamente in favore della disposizione del comma 13 dell’art. 137 TUA e non viceversa, se non altro in ragione dei possibili soggetti attivi del reato e perché l’art. 2, comma 1, lett. b) del d. lgs. 202/2007 opera un espresso richiamo agli Annessi I e II della Convenzione Marpol, il quale potrebbe così fungere da elemento specializzante rispetto alla disposizione precedente che reca un generico riferimento alla Convenzione Marpol ed al suo Protocollo. Alla luce della specialità (per l’oggetto) della previsione *de qua*, se si vuole ritenere ancora vigente la disposizione del 2006 si può individuare una supremazia per specialità del decreto del 2007 anziché dell’art. 137, comma 13, del Testo Unico, se non altro limitatamente alle sostanze indicate negli Annessi I e II⁵⁵.

Peraltro, se *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacit*, la circostanza che nel caso concreto il d. lgs. 202/2007 non abbia provveduto espressamente ad abrogare il dettato di cui all’art. 137, co. 13, dovrebbe portare a ritenere che il legislatore abbia voluto mantenerlo in vigore⁵⁶. A riprova, anche il fatto che con il d. lgs. 121/2011, successivo ad entrambi i decreti ed introduttivo del citato art. 25-*undecies* nel catalogo 231, sono stati inseriti tra i reati presupposto sia le contravvenzioni di cui agli artt. 8 e 9 del d. lgs. 202/2007 sia quelle previste dall’art. 137 TUA, tra cui quindi anche quello di cui al comma 13.

5.2. L’inquinamento delle acque marine nell’esercizio di attività economiche diverse dalla navigazione.

Nella Parte III del d. lgs. 152/2006 si riscontrano ulteriori norme le quali prendono in considerazione ipotesi di scarichi che possono confluire – pregiudicandole – nelle acque marine. Il principale riferimento è sempre rappresentato dall’art. 137 del d. lgs. 152/2006.

Se può considerarsi scarico – in forza di un nesso funzionale e diretto delle acque reflue con il corpo recettore – qualsiasi immissione effettuata esclusivamente tramite un

⁵⁴ L. BISORI, *Inquinamento delle acque*, cit., p. 310.

⁵⁵ In favore di un rapporto di specialità fra le due disposizioni, anche C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell’ambiente*, cit., p. 98. In senso contrario, L. RAMACCI, *La tutela penale dall’inquinamento delle acque*, cit., p. 16.

⁵⁶ I sostenitori di un rapporto di specialità tra le due norme fanno altresì leva sul fatto che l’art. 14 del d.lgs. 202/2007 – successivo al d. lgs. 152/2006 – ha previsto l’espressa abrogazione di diverse disposizioni penali (quali l’art. 16 della legge 979/2002), dimostrando, almeno apparentemente, di aver avuto ben chiaro il quadro della legislazione penale, sicché la permanenza in vita dell’art. 137, comma 13, sarebbe frutto di una precisa scelta legislativa e non di un refuso, richiamando inoltre l’attenzione sul fatto che l’art. 3-bis del d.lgs. 152/06, ancorché entrato in vigore successivamente, richiede l’abrogazione espressa delle disposizioni contenute nel decreto. P. FIMIANI, *La tutela penale dell’ambiente*, Milano, 2015, pp. 246 e ss.

sistema stabile di collettamento che collega, senza soluzione di continuità, il ciclo di produzione del refluo con il corpo ricettore nelle acque superficiali, sul suolo, nel sottosuolo e nella rete fognaria, indipendentemente dalla loro natura inquinante, anche sottoposte a preventivo trattamento di depurazione, ne consegue che la disciplina racchiusa nella Parte III del d. lgs. 152/2006, a tutela delle acque, e le sanzioni ivi previste⁵⁷, potranno trovare applicazione laddove si sia in presenza di uno scarico – anche se soltanto periodico, discontinuo o occasionale – di acque reflue in uno dei corpi recettori specificatamente indicati dalla legge, effettuato tramite una conduttura, delle tubazioni o altri sistemi stabili. In tutti gli altri casi, quando cioè manchi un nesso funzionale e diretto tra le acque reflue ed il corpo recettore, si applicherà la disciplina sui rifiuti⁵⁸.

Per gli scarichi da terra con recapito finale in mare saranno quindi applicabili, se si tratta di acque reflue industriali, le sanzioni penali di cui all'art.137 d.lgs.152\200659 mentre, per le altre sostanze oggetto di scarico, quelle amministrative di cui all'art. 133 del medesimo decreto⁶⁰.

A tali condizioni andrà applicata la disciplina sugli scarichi, mentre in tutti gli altri casi opereranno le disposizioni in materia di rifiuti, ovviamente applicabili anche a quelli liquidi.

⁵⁷ Per le sanzioni in caso di violazione si veda l'art. 137, comma 12 d.lgs. 152/06 il quale prevede l'arresto o l'ammenda per l'inosservanza delle prescrizioni fissate dalle regioni qualora le acque (articolo 88) non risultino conformi ai requisiti di cui alla Tabella 1\ C dell'Allegato 2 (in tal caso le regioni stabiliscono programmi per ridurre l'inquinamento), ovvero, se da un campionamento risulti che uno o più valori di parametri di cui alla Tabella 1\ C dell'Allegato 2 non siano rispettati. In tal caso le regioni adottano misure appropriate previo accertamento, da parte delle autorità competenti al controllo, se l'inosservanza sia dovuta a fenomeni naturali, a causa fortuita o ad altri fattori di inquinamento. Viene altresì sanzionata punita l'inosservanza dei provvedimenti specifici e motivati, integrativi o restrittivi degli scarichi ovvero degli usi delle acque adottati dal Presidente della Giunta regionale, dal Presidente della provincia e dal Sindaco, nell'ambito delle rispettive competenze, qualora sia richiesto da eccezionali ed urgenti necessità di tutela della qualità delle acque predette. L'articolo 138 prevede, inoltre, che il Ministro della salute, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, nonché la regione e la provincia autonoma competente, ai quali è inviata copia delle notizie di reato, possano disporre, per quanto di competenza e indipendentemente dall'esito del giudizio penale, la sospensione in via cautelare dell'attività di molluschicoltura. A seguito di sentenza di condanna o di decisione emessa ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, divenute definitive, possono inoltre disporre, valutata la gravità dei fatti, la chiusura degli impianti.

⁵⁸ Il d.lgs. 152/2006 esclude, infatti, nell'art. 185, comma 2, lettera a), l'applicabilità della normativa sui rifiuti per «le acque di scarico», a condizione che siano disciplinate da altre disposizioni normative comunitarie, ivi incluse le rispettive norme nazionali di recepimento. Sul punto, si veda la più recente giurisprudenza e segnatamente, Cass. pen., sez. III, sent. 22 novembre 2017, n. 6998; Cass. pen., sez. III, sent. 28 marzo 2017, n. 24118; Cass. pen., sez. III, sent. 8 aprile 2015, n. 16623; Cass. pen., sez. III, sent. 19 ottobre 2011, n. 45340. In dottrina, D. POTETTI, *Le materia fecali di origine animale, fra la normativa sui rifiuti e quella sugli scarichi idrici*, in *Cass. pen.*, 1, 2012, pp. 220 e ss.

⁵⁹ L. BISORI, *Inquinamento delle acque*, cit., p. 65.

⁶⁰ C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., pp. 90 e ss.

5.3. La gestione dei rifiuti.

In materia di rifiuti navali, il principale riferimento si individua al comma 1 dell'art. 232, intitolato *"Rifiuti prodotti dalle navi e residui di carico"*, il quale recita che *«la disciplina di carattere nazionale relativa ai rifiuti prodotti dalle navi ed ai residui di carico è contenuta nel decreto legislativo 24 giugno 2003, n. 182»*. Il permanere del riferimento al d. lgs. 183/2002 pare costituire il frutto di una svista legislativa che nell'introdurre il d. lgs. 197/2021, attuativo della direttiva comunitaria 2019/883/UE ed espressamente abrogativo del primo decreto, ha mancato di prevedere un analogo adeguamento nell'art. 232 TUA. Il recente decreto, come si riporta l'art. 1, intende *«proteggere l'ambiente marino dagli effetti negativi degli scarichi dei rifiuti delle navi che utilizzano porti situati nel territorio dello Stato, nonché di garantire il buon funzionamento del traffico marittimo migliorando la disponibilità e l'uso di adeguati impianti portuali di raccolta dei rifiuti e il conferimento dei rifiuti stessi presso tali impianti»* ed esso si applica *«a tutte le navi, indipendentemente dalla loro bandiera, che fanno scalo o che operano in un porto dello Stato, ad esclusione delle navi adibite a servizi portuali, delle navi militari e da guerra, delle navi ausiliarie o di altre navi possedute o gestite da uno Stato, se impiegate solo per servizi statali a fini non commerciali, ed a tutti i porti dello Stato ove fanno abitualmente scalo le navi di cui alla lettera a)»*⁶¹.

All'impianto sanzionatorio di matrice amministrativa, si affiancano poi le disposizioni penali contenute nel d. lgs. 152/2006, alla Parte IV. In caso di abbandono o di immersione di rifiuti nelle acque marine potranno così trovare applicazione le disposizioni "generali" previste in materia di rifiuti e disciplinate dall'art. 256 commi 1, 2, 3 Parte IV del Testo Unico Ambiente.

Esse non si rivolgono ad uno specifico soggetto qualificato, ma trovano spazio nell'ambito della presente trattazione nella misura in cui il mare può venir a costituire il luogo in cui avviene lo scarico di rifiuti, divenendo rilevante lo specifico contesto faunistico-naturalistico che la disposizione intende tutelare⁶². L'art. 256 d. lgs. 152/2006, infatti, prevede diverse ipotesi contravvenzionali, le cui differenti condotte sono disciplinate nei tre commi che lo compongono e segnatamente: al primo viene sanzionato *«chiunque effettua [...] una attività di raccolta, trasporto, recupero, smaltimento, commercio ed intermediazione di rifiuti in mancanza della prescritta autorizzazione, iscrizione o comunicazione di cui agli articoli 208, 209, 210, 211, 212, 214, 215 e 216 [...]»*; al secondo sono estese le pene previste nel primo per i titolari di imprese che abbandonano o depositano in modo incontrollato i rifiuti ovvero li immettono nelle acque superficiali o sotterranee; al terzo è sanzionata *«la realizzazione o la gestione di una discarica non autorizzata [...]»*⁶³.

⁶¹ Così ai sensi dell'art. 3 d. lgs. 197/2021.

⁶² F. GIUNTA, *Sub art. 255 comma 1 TUA*, in F. GIUNTA (a cura di), *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, cit., pp. 183 e ss.; C. RUGA RIVA, *Rifiuti*, in *Reati contro l'ambiente e il territorio*, M. PELISSERO (a cura di), Torino, 2016, pp. 46 e ss.

⁶³ L'autorizzazione è necessaria sia per le operazioni di smaltimento sia per quelle di recupero, e non hanno alcun valore le autorizzazioni successive in sanatoria, le quali non hanno il potere di disciplinare i fatti ad esse antecedenti.

5.4. Altre ipotesi contravvenzionali: la tutela del patrimonio faunistico marino e la salvaguardia del mare quale area naturale protetta

Tra le disposizioni che interessano il mare si rinvencono anche quelle che concernono la pesca.

Il principale riferimento è rappresentato dal d. lgs. 9 gennaio 2012, n. 4 *“Misure per il riassetto della normativa in materia di pesca e acquacoltura, a norma dell’articolo 28 della legge 4 giugno 2010, n. 96”* e segnatamente dal combinato disposto degli articoli 7 (*Contravvenzioni*) e 10 (*Illeciti amministrativi*) del medesimo decreto.

Ad esse si affiancano gli artt. 8, che prevede le *“Pene principali per le contravvenzioni”*, 9, il quale stabilisce le *“Pene accessorie per le contravvenzioni”*, 22, che disciplina la *“Vigilanza e controllo”*, 23, dedicato al *“Risarcimento del danno”* e che legittima le Amministrazioni interessate a costituirsi parte civile nel giudizio penale per i reati previsti dall’art. 7⁶⁴ ed, infine, l’art. 27 che, per quanto qui di interesse, dispone che *«dalla data di entrata in vigore del presente decreto»*, cessano di avere applicazione le disposizioni contenute nel decreto del 2004, contestualmente abrogato⁶⁵.

Anche le disposizioni penale riguardanti le aree marine protette, di cui alla legge 6 dicembre 1991, n. 394, possono avere rilievo nel caso in cui avvengano comportamenti tali da porre in pericolo l’integrità. Il divieto di svolgere attività pregiudizievoli è previsto all’art. 11 per le aree naturali ed i parchi mentre all’art. 19, comma 3, per le aree marine protette. A tale ultimo proposito, le sanzioni contenute nell’art. 30 della legge n. 394/1991 sono di natura penale e mirano ad assicurare la massima tutela delle aree protette, impedendo o limitando alcuni comportamenti espressamente indicati che, anche solo potenzialmente, possano rappresentare un pericolo per l’integrità delle stesse⁶⁶. Si tratta di una elencazione non tassativa⁶⁷, impiegata per sanzionare diversi comportamenti ritenuti pregiudizievoli per le aree marine protette, come ha avuto occasione di ribadire la Suprema Corte all’esito di una vicenda in cui ha ritenuto penalmente rilevante la presenza di un soggetto in acqua, vicino ad un natante, con un fucile subacqueo e l’ormeggio, perché trattasi di un’attività capace di compromettere la tutela delle caratteristiche dell’ambiente oggetto di protezione. Ed invero, con tali disposizioni, ha rilevato la Cassazione, come *«il legislatore abbia inteso impedire tutte quelle*

⁶⁴ Ai sensi dell’art. 23 *«Per i reati previsti dal presente decreto le Amministrazioni interessate possono costituirsi parte civile nel relativo giudizio penale»*.

⁶⁵ Ai sensi dell’art. 27 *«Dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono abrogati: a) la legge 14 luglio 1965, n. 963; b) l’articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 2 ottobre 1968, n. 1639; c) l’articolo 1 della legge 5 febbraio 1992, n. 102; d) gli articoli 2 e 3 del decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 226, e successive modificazioni; e) i commi 2 e 3 dell’articolo 1 e gli articoli 6, 7, 8 e 9 del decreto legislativo 26 maggio 2004, n. 153; f) i commi 2 e 2-bis dell’articolo 11 del decreto legislativo 26 maggio 2004, n. 154. 2. Le norme abrogate dal comma 1 sono sostituite dalle disposizioni del presente decreto»*.

⁶⁶ L. ROBERTI MAGGIORE, *Reati marittimi: navigazione a motore in zona non consentita*, in *Dir. mar.*, 2, 2007, pp. 420 e ss.

⁶⁷ Così Cass. pen. sez. III, sent. 1° aprile 2014, n. 14950.

condotte idonee, anche in via potenziale e presuntiva, a pregiudicare le caratteristiche dell'ambiente»⁶⁸. A conclusioni non dissimili una ulteriore pronuncia della suprema Corte con cui si è precisato che, trattandosi di reato di pericolo astratto, l'illecito descritto dall'art. 19 si configura anche nel caso in cui un'imbarcazione stazioni «nel perimetro di una zona marina protetta, a prescindere dal fatto che l'ancora sia stata gettata all'interno o all'esterno di detto perimetro», giacché la sola permanenza dell'imbarcazione in tale area può comunque portare ad effetti pregiudizievoli per l'ambiente, quali lo scarico anche occasionale di rifiuti o la perdita anche fisiologica di carburante, idonei ad incidere sulle caratteristiche della zona oggetto di protezione⁶⁹. In entrambe le decisioni si assiste ad una eccessiva dilatazione della categoria del pericolo astratto e si mostrano i rischi che possono derivare dall'estensione e dall'ampliamento delle maglie del pericolo da parte della giurisprudenza in nome di una generica esigenza preventiva; tali risultanze giurisprudenziali manifestano, infatti, i limiti che i reati di pericolo astratto hanno in materia ambientale, ove spesso dilatano i confini delle contravvenzioni per implementare il nucleo di comportamenti punibili.

Meritano, infine, gli artt. 727-bis e 733-bis cod. pen., introdotti dal d.lgs. 7 luglio 2011 n. 121, attuativo della direttiva 2008/99/CE, ed applicabili anche con riferimento alla flora ed alla fauna marina⁷⁰. Trattasi di fattispecie penali di tipo contravvenzionale (uccisione, distruzione, cattura di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette, ex art. 727-bis cod. pen. e distruzione o deterioramento di habitat naturale protetto, ex art. 733-ter cod. pen.), che palesano un regime sanzionatorio privo della dissuasività auspicata dal legislatore comunitario, prestando il fianco ad un duplice ordine di obiezioni. La prima è relativa alla efficacia deterrente reclamata dalla direttiva UE, la seconda concerne l'effettività della risposta sanzionatoria, che finisce per avere una scarsa capacità di contrastare i comportamenti veramente dannosi per l'ambiente perché, di fatto, essa viene vanificata dai meccanismi clemenziali nazionali.

Il legislatore, in questo caso, anziché propendere per un intervento più meditato e meno clamoroso, ha prediletto «le scorciatoie di una roboante penalizzazione dagli incertissimi destini»⁷¹, dando vita ad una legislazione d'effetto, che trae motivi di

⁶⁸ Cass. pen. sent. n. 14950/2014, cit.

⁶⁹ Così Cass. pen., sez. III, sent. 11 dicembre 2013, n. 3687. Sempre con riferimento all'ormeggio, v. Cass. pen., sez. III, sent. 21 marzo 2012, n. 15742.

⁷⁰ M. BENOZZO, *La direttiva sulla tutela penale dell'ambiente tra intenzionalità, grave negligenza e responsabilità delle persone giuridiche*, in *Dir. giur. agr. alim. dell'ambiente*, 2009, n. 5, p. 301; G.M. VAGLIASINDI, *La direttiva 2008/99 CE e il Trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano*, in *Dir. comm. intern.*, 2010, pp. 458 e ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009, pp. 232 e ss.; L. SIRACUSA, *La competenza penale comunitaria al primo banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 898 e 899; ID., *L'attuazione della direttiva sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 febbraio 2011, p. 2; A. L. VERGINE, *Nuovi orizzonti del diritto penale ambientale*, in *Ambiente&Sviluppo*, n. 1., 2009, p. 10. Più di recente, A. ALBERICO, *Obblighi di incriminazione e "contro limiti" nell'adempimento della Direttiva 2008/99/CE in materia di tutela penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, pp. 233 e ss.

⁷¹ L'espressione è di A. ALESSANDRI, *I reati societari*, in L. PEPINO (a cura di), *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Milano 1999, p. 442.

legittimazione dal suo stesso esserci, «*indipendentemente dalla sua attendibile effettività*»⁷²; tuttavia si tratta, come osservato fin dalla loro comparsa nel codice⁷³, di disposizioni la cui applicabilità è e sarà difficoltosa, in ragione della inevitabile soccombenza a fronte di più gravi fattispecie. A ciò si aggiunga le limitate ipotesi di difficile realizzazione dei fatti ivi descritti.

6. Il modello penalistico classico a tutela dell'ambiente ed i limiti ad esso connessi.

Riprendendo la distinzione operata nel paragrafo quarto relativa ai diversi modelli di illecito penale ambientale – classificati attraverso criteri che tengano in considerazione la struttura della fattispecie, la sua tecnica di tipizzazione e le modalità di incriminazione utilizzate dal legislatore – è bene osservare come, al fine di far fronte alle indubbie carenze ed alle incertezze del legislatore che si sono ravvisate nel tentativo di regolare il diritto ambientale, anche con riguardo all'ambiente marino, si è fatto ricorso ai reati contro l'incolumità pubblica, previsti nel Titolo VI del codice penale, nell'ambito dei quali la condotta tipica risiede in una azione od omissione produttrice di un danno o di un pericolo concreto per il bene protetto.

A partire dagli anni Settanta la giurisprudenza, spesso ricorrendo all'interpretazione estensiva/analogica di fattispecie sanzionate più severamente rispetto a quanto previsto dalle contravvenzioni disseminate nella legislazione complementare, ha tentato di punire quelle condotte causative di maggior allarme per le risorse naturali e, di riflesso, per le popolazioni che su di esse insistono⁷⁴. Con particolare frequenza e soprattutto nei casi in cui si erano verificati dei danni diffusi a livello idrico la giurisprudenza ha spesso ritenuto ravvisabili gli estremi dei reati di avvelenamento di acque o sostanze alimentari e di adulterazione e contraffazione di sostanze alimentari di cui agli artt. 439 e 440 cod. pen. – disposizioni evidentemente dettate per altri fini – così come dei delitti di disastro aviatorio, naufragio o ancora di crollo di costruzioni.

Ciò dimostra la prassi di estendere l'ambito di applicazione delle norme che tutelano la pubblica incolumità ai casi di compromissione ambientale per via della insufficienza di strumenti normativi di contrasto alle forme più allarmanti e pericolose di inquinamento (i cosiddetti disastri chimici o ambientali), in grado di causare una vera, enorme ed irreversibile alterazione dell'ecosistema.

Per il raggiungimento dei sopradetti fini, è stato spesso fatto ricorso al delitto di cui all'art. 434 cod. pen., rubricato “*Crollo di costruzioni ed altri disastri dolosi*”, che descrive e punisce due condotte delittuose diverse tra loro: l'attentato alle costruzioni, da un lato,

⁷² Sempre A. ALESSANDRI, *I reati societari*, op. ult. cit.

⁷³ In particolare, C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale*, cit.

⁷⁴ R. BAJNO, *Problemi attuali del diritto penale ambientale*, cit., pp. 488 e ss.

e il c.d. “disastro innominato”, dall’altro⁷⁵. Proprio facendo leva su tale formulazione testuale, che prende in considerazione e punisce anche la causazione di un generico “altro disastro”, e su tale censurabile indeterminatezza (evidenziata e censurata dalla quasi totalità della dottrina), la figura del disastro innominato, a partire dalla vicenda Seveso⁷⁶, è divenuta la fattispecie di cui la giurisprudenza si è servita per rilevare che l’idoneità a determinare l’alterazione dell’ecosistema fosse sufficiente ad integrare il reato⁷⁷. La formulazione indubbiamente aperta della norma ha consentito alla giurisprudenza – sempre in chiave creativa e di supplenza – di ricondurvi qualsiasi evento innescato da una condotta (al pari degli altri disastri tipizzati nei delitti di “comune pericolo mediante violenza” di cui agli articoli precedenti) violenta, di portata distruttiva, che abbia conseguenze dannose tendenzialmente istantanee, gravi, complesse, diffuse sul bene direttamente leso, tanto da provocare un effettivo pericolo alla vita o all’incolumità fisica di un numero indeterminato di persone.

⁷⁵ Emblematici, in questo senso, i casi Eternit ed Ilva. Quanto al primo, Dopo le severe condanne pronunciate in primo grado ed in appello, il “caso Eternit” si è concluso con il proscioglimento degli imputati per intervenuta prescrizione, (Cass. pen., sez. I, sent. 19 novembre 2014, n. 7941). Per l’ampia letteratura in materia, si leggano tra gli altri F. PALAZZO, *Morti da amianto e colpa penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 185; R. BARTOLI, *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione dei lavoratori ad amianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 597; ID., *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata segnare un punto di svolta*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1712; ID., *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto*, in questa Rivista, 25 gennaio 2011, ID., *La recente evoluzione giurisprudenziale sul nesso causale nelle malattie professionali da amianto*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3-4/2014, p. 396; M. SURACE, *La morte del lavoratore per l’esposizione alle polveri di amianto: condizione perché sussista la responsabilità del datore di lavoro*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 211; L. MASERA, *La malattia professionale e il diritto penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 novembre 2011; ID., *Danni da amianto e diritto penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 ottobre 2010; M. ASCIONE, *La tutela penale rispetto al rischio amianto*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 900; L. SIRACUSA, *Nesso di causalità ed esposizione a “sostanze tossiche” (processi Montefibre 2011)*, in *Nel diritto*, 2012, p. 757; ID., *Causalità e colpa nell’esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto tra «caos» e «logos»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 969; R.; E. GUARNIELLO, *Malattie professionali, tumori da amianto, asbestosi*, in *Foro. it.*, 2000, p. 278; ID., *I tumori professionali nella giurisprudenza penale*, in *Foro. it.*, 1999, p. 237; A. DI AMATO, *La responsabilità penale da amianto*, Milano, 2003. Si rinvia anche a S. CORBETTA, *Il disastro provocato dall’Ilva di Taranto, tra forzature giurisprudenziali e inerzie del legislatore*, in *Corr. Merito*, n. 10, 2012, *passim*; A. PICILLO, *Tra le ragioni della vita e le esigenze della produzione: l’intervento penale ed il caso Ilva di Taranto*, in *Arch. pen.*, fasc. 2, 2013, pp. 1 e ss.

⁷⁶Ex multis, C. PERINI, *Rischio tecnologico e responsabilità penale*, su *Rass. It. Crimin.*, 2002, p. 389; E. BLASI, *Il caso Seveso: ampliamento della risarcibilità del danno non patrimoniale e riflessi sulla nozione di bene-ambiente*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 0/2010, pp. 83-102.

⁷⁷ Si veda, a tal proposito, la *Relazione al Progetto definitivo del Codice penale*, Roma, 1929, p. 225, ove, nel trattare del delitto di cui all’attuale articolo 434 cod. pen., si riportavano quali «ipotesi di fatti, costituenti pure disastro, che non sono espressamente compresi nei disastri specificamente indicati nel Progetto e che pure possono verificarsi», a titolo esemplificativo, «l’incaglio della nave, il quale se nel maggior numero dei casi non è un disastro pericoloso per la pubblica incolumità può in date evenienze (località in cui avviene, scoppi di caldaie, ecc.) divenire tale, perché mette in pericolo la vita dei passeggeri»; ancora, «la caduta di un ascensore privato può, in determinate circostanze, per il numero delle persone lese od esposte a pericolo, essere considerata un disastro, pur non rientrando nelle ipotesi specifiche previste nelle disposizioni di questo Titolo». Cfr. M. RICCARDI, *I “disastri ambientali”: la Cassazione al crocevia tra clausola di salvaguardia, fenomeno successorio e concorso apparente di norme*, in *Dir. pen. cont.*, 10, 2018, p. 322.

Tale operazione è stata “salvata” anche dalla Corte costituzionale⁷⁸, la quale ha riconosciuto l’importanza del delitto in esame quale norma di chiusura del sistema⁷⁹, ritenendo quindi possibile sussumere i disastri ecologici nell’alveo del delitto di cui all’art. 434 cod. pen.. Nella pronuncia era però chiaramente evidente il monito al legislatore affinché intervenisse per sopperire alla problematica lacuna del codice penale.

7. Il modello parzialmente sanzionatorio: l’introduzione dei c.d. “eco-delitti” nel codice penale tra aspetti positivi della riforma e criticità legate alle difficoltà probatorie, alla carenza di determinatezza, ai difficili margini del rischio consentito ed alla mancata previsione sanzionatoria di specifici comportamenti aggressivi per l’ambiente.

I tentativi di apprestare tutela all’ambiente in generale ed all’ambiente marino in particolare sono addivenuti ad un punto di approdo con la legge 22 maggio 2015 n. 68, recante “*Disposizioni in materia di delitti contro l’ambiente*”, che ha cercato di colmare un grave *vulnus* presente nell’ordinamento nazionale andando ad introdurre nel codice penale, specifici delitti con l’intento di sanzionare quelle aggressioni all’ambiente in grado di comprometterne, in maniera financo definitiva, l’integrità⁸⁰. La novella del 2015⁸¹ ha infatti introdotto nel codice penale nuovi reati, quali il delitto di inquinamento

⁷⁸ Così Corte cost., sent. 327/2008, cit., pp.10 e 11, ove si legge che l’art. 434 cod. pen., nella parte in cui punisce il disastro innominato, assolve pacificamente ad una funzione di «chiusura» del sistema e mira «a colmare ogni eventuale lacuna, che di fronte alla multiforme varietà dei fatti possa presentarsi nelle norme [...] concernenti la tutela della pubblica incolumità», anche – e soprattutto – «in correlazione all’incessante progresso tecnologico, che fa continuamente affiorare nuove fonti di rischio e, con esse, ulteriori e non preventivabili modalità di aggressione del bene protetto»⁷⁸. L’utilizzo da parte del legislatore dell’espressione “altro disastro” designerebbe «un accadimento sì diverso, ma comunque omogeneo, sul piano delle caratteristiche strutturali, rispetto ai disastri contemplati negli altri articoli compresi nel capo relativo ai “Delitti di comune pericolo mediante violenza”», vale a dire che gli accadimenti devono essere di dimensioni straordinarie e atti a produrre «effetti dannosi gravi, complessi ed estesi».

⁷⁹ Sempre Corte cost., sent. 327/2008, cit., p. 7. Sulla base di queste premesse, la Corte – in relazione alla specifica ipotesi di cui all’art. 434 cod. pen. – ha osservato che, per quanto vero che il concetto di disastro sia scarsamente definito e polisenso, tuttavia, «a precisare la valenza del vocabolo – riconducendo la previsione punitiva nei limiti di compatibilità con il precetto costituzionale evocato – concorrono la finalità dell’incriminazione e la sua collocazione nel sistema dei delitti contro la pubblica incolumità». Conformi anche Corte cost., sentt. nn. 247/1989; 122/1993; 34/1995; 5/2004.

⁸⁰ Sull’iter legislativo, A. L. VERGINE, *La strada dell’inferno è lastricata di buone intenzioni. A proposito del D.d.L. 1345/2014 sui delitti ambientali*, in *Riv. giur. amb.*, 5, 2014, pp. 457 e ss.

⁸¹ In argomento, per una panoramica generale, cfr. P. MOLINO, *Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Settore penale, “Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante disposizioni in materia di delitti contro l’ambiente”*, 29 maggio del 2015; L. RAMACCI, *Prime osservazioni sull’introduzione dei delitti contro l’ambiente nel codice penale e le altre disposizioni della Legge 22 maggio 2015, n. 68*, in *Lexambiente.it*, 8 giugno del 2015; ID., *Diritto penale dell’ambiente*, Piacenza, 2015, passim; M. TELESICA, *Osservazioni sulla Legge n. 68 del 2015 recante disposizioni in materia di delitti contro l’ambiente: ovvero i chiaroscuri di una agognata riforma*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 17 luglio del 2015; ID., *La tutela penale dell’ambiente. I profili problematici della Legge n. 68/2015*, Torino, 2022, passim; A. POSTIGLIONE, *Recenti sviluppi in Italia della tutela penale dell’ambiente*,

ambientale (art. 452-bis)⁸², di morte o lesione quale conseguenza del delitto di inquinamento ambientale (art. 452-ter)⁸³, di disastro ambientale (art. 452-quater)⁸⁴ – punibile, così come il reato di cui all’art. 452-bis, anche a titolo di colpa (art. 452-quinquies)⁸⁵ – di traffico ed abbandono di materiale ad alta radioattività (art. 452-sexies)⁸⁶, di impedimento del controllo alle autorità di vigilanza in materia ambientale (art. 452-septies)⁸⁷ e di omessa bonifica (art. 452-terdecies)⁸⁸. Il nucleo dei delitti è poi stato allargato in seguito all’entrata in vigore del d. lgs. 21/2018, con cui, in nome del “principio” della

in *Dir. giur. agr. alim. e amb.*, fasc. spec., 2015; C. PARODI, M. GEBBA, M. BORTOLOTTI, V. CORINO, *I nuovi delitti ambientali* (legge 22 maggio 2015, n. 68), Milano, 2015, *passim*; C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, *Commento alla Legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015, *passim*; L. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli “ecodelitti”: una svolta “quasi” epocale per il diritto penale dell’ambiente*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 2, 2015, pp. 205 e ss.; C. BERNASCONI, *Il “bastone” e la “carota” nella disciplina dei nuovi reati ambientali*, in *Studium Iuris*, 2015, 12, pp. 1400 e ss.; L. MASERA, *I nuovi delitti contro l’ambiente. Voce per il “Libro dell’anno del diritto Treccani 2016”*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 dicembre 2015, pp. 7 e ss.; G. AMARELLI, *I nuovi reati ambientali e la responsabilità degli enti collettivi: una grande aspettativa parzialmente delusa*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 405 ss.; G. GUGLIEMI, R. MONTANARO, *I nuovi ecoreati: prima lettura e profili problematici*, in *La resp. amm. soc. enti*, fasc. III, 2015, pp. 5 e ss.

⁸² Sul delitto, *ex multis*, G. PAVICH, *Reati di inquinamento ambientale e disastro ambientale: prime questioni interpretative*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1, 2017, pp. 405 e ss.; D. ZINGALES, *La fattispecie di inquinamento ambientale: la tutela dell’ambiente in chiave “ecocentrica” approntata dal codice penale*, in *Cass. Pen.*, fasc. 8/2019, pp. 293 e ss.; L. CORNACCHIA, *Inquinamento ambientale*, in L. CORNACCHIA, N. PISANI, (dir. da), *Il nuovo diritto penale dell’ambiente*, Bologna, 2018, pp. 90 e ss.; C.M. MELZI D’ERIL, *L’inquinamento ambientale a tre anni dall’entrata in vigore*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 7, 2018, pp. 51 e ss.; F. CRESCIOLI, *Il delitto di inquinamento ambientale: il difetto di tassatività e la sua punibilità anche a titolo di dolo eventuale*, in *Cammino Diritto*, 3, 2021, pp. 5 e ss.

⁸³ L. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli “ecodelitti”*, cit., pp. 205 e ss.; G. SALCUNI, G. SANTAMARIA, *Reato di morte o lesioni come conseguenza dell’inquinamento ambientale*, in A. MANNA (a cura di), *Il nuovo Diritto Penale Ambientale* (l. 22 maggio 2015, n. 68), Roma, 2016, p. 67; M.L. MATTHEUDAKIS, *Opzioni legislative in tema di colpevolezza nei nuovi reati ambientali*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1, 2018, pp. 233 e ss.

⁸⁴ A riguardo, cfr. A. BELL, A. VALSECCHI, *Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. n. 2, 2015; G. PAVICH, *Reati di inquinamento ambientale e disastro ambientale*, cit., pp. 405 e ss.; M. RICCARDI, *I “disastri ambientali”: la Cassazione al crocevia tra clausola di salvaguardia, fenomeno successorio e concorso apparente di norme*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 10/2018, pp. 336 e ss.; M. C. AMOROSO, *Il disastro ambientale tra passato e futuro*, in *Cass. Pen.*, fasc. 9, 2018, pp. 2953 e ss.

⁸⁵ In argomento, cfr. C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., p. 38; L. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli “ecodelitti”*, cit., pp. 205 e ss.; M.L. MATTHEUDAKIS, *Opzioni legislative in tema di colpevolezza nei nuovi reati ambientali*, cit., pp. 240 e ss.

⁸⁶ C. BOVINO, *Traguardo storico: arriva la legge sui nuovi delitti contro l’ambiente*, in *Ambiente&Sviluppo*, 6, 2015, pp. 351 e ss.; C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., pp. 40 e ss.; L. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli “ecodelitti”*, cit., pp. 207 e ss.

⁸⁷ *Ex multis*, cfr. G. AMENDOLA, *Ecoreati: il nuovo delitto di impedimento del controllo. Primi appunti*, pubblicato su *Lexambiente.it* il 18 dicembre del 2015; M. GALLO, *Ispersioni, il reato di impedimento del controllo tra luci ed ombre*, in *Guida al lavoro*, fasc. 31, 2015, *passim*.

⁸⁸ In argomento, *ex pluris*, G. AMENDOLA, *Il nuovo delitto di omessa bonifica: primi appunti*, in *Lexambiente*, 30 ottobre 2015; L. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n.68 sugli “ecodelitti”*, cit., p.214; B. DI LELLA, C. ROSSI, *La disciplina penale dell’omessa bonifica dopo la legge n.68 del 2015 tra spinte repressive e qualche distrazione*, in *Rivista giuridica dell’ambiente*, 2015,3, pp. 360-361; L. PRATI, *Il reato di omessa bonifica ex art. 452-terdecies: una norma problematica di dubbia giustizia sostanziale in Ambiente e Sviluppo*, 2017,1, pp.22-27; A. R. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale. La bonifica ed il ripristino ambientale. Uno studio de iure condito e de iure condendo*, Torino, 2020, *passim*; G. BONFISSUTO, *L’eco-delitto di “omessa bonifica” e le sue prime applicazioni nelle aule di giustizia. Brevi note a margine di Gup*, *Trib. di Fermo* 21/01/21, in *Riv. Lexambiente*, 2, 2021, pp. 28 e ss.

riserva di codice, è stato trasposto il contenuto dell'art. 260 del d. lgs. 152/2006 all'art. 452-*quaterdecies*, relativo alle attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti.

Se la riforma presenta aspetti positivi, e segnatamente l'inserimento nel codice penale di un intero titolo dedicato ai reati ambientali, espressione di una visione marcatamente ecocentrica in discontinuità con il tradizionale modello antropocentrico proprio della legislazione penale italiana complementare, l'attribuzione di indubbia centralità agli obblighi di ripristino dello stato dell'ambiente e la previsione di una speciale causa di estinzione del reato contravvenzionale di cui all'art. 318 TUA⁸⁹, criticabili sono invece alcune scelte politiche e di criminalizzazione. Rileva, in relazione al tema trattato, la scelta di eliminare nella predisposizione del testo definitivo il divieto di *air gun*⁹⁰, avente ad oggetto pratiche di ispezione dei fondali marini svolte con materiali esplodenti, in grado di danneggiare l'udito soprattutto delle balenottere e di altri grandi cetacei⁹¹.

Parimenti criticabile la previsione di cui all'art. 452-*quinquies*, con cui si è tipizzata, in forma mascherata, un tentativo colposo di delitto, oppure l'aumento dei termini prescrizionali⁹² e la mancata introduzione tra i delitti presupposto della responsabilità degli enti dell'ipotesi prevista dall'art. 452-*terdecies*. A ciò si affiancano poi altri aspetti poco soddisfacenti e riassumibili nella tecnica legislativa inadeguata utilizzata per la redazione delle fattispecie incriminatrici, in contrasto con il principio di legalità e segnatamente con il "corollario" della tassatività e nella previsione di macro-eventi di difficile verificabilità e quindi difficilmente provabili sotto il profilo eziologico.

Si è fin da subito riscontrata, inoltre, una certa approssimazione, soprattutto nella descrizione dei caratteri offensivi delle condotte punibili ed una palpabile sottovalutazione dei principali problemi che le ricerche internazionali più qualificate, oltre che la prassi applicativa, avevano evidenziato con riferimento a temi

⁸⁹ A. SERLENGA, *Legge n. 68/2015: la nuova procedura di estinzione del reato ambientale*, in *Ambiente&Sviluppo*, 6, 2016, pp. 419 e ss.; A. R. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale. La bonifica ed il ripristino ambientale. Uno studio de iure condito e de iure condendo*, Torino, 2020, pp. 73 e ss.; G. AMARELLI, *La procedura estintiva delle contravvenzioni ambientali: il controverso ambito di operatività, gli auspicati correttivi e le attese deluse dalla riforma Cartabia*, in *Riv. Lexambiente*, 4, 2022, pp. 5 e ss.

⁹⁰ A. MANNA, *La legge sui c.d. eco-reati: riflessioni critiche di carattere introduttivo*, in S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale*, 2016, pp. 971 e ss.

⁹¹ A tale riguardo si segnala l'interessante sentenza del TAR Puglia, Lecce, sez. I, 14 luglio 2012, n. 1341, anche in *Ambiente&Sviluppo*, 8/9, 2012, pp. 740 e ss., con nota di M. TAGLIAFERRO, *Attività di ricerca di idrocarburi e principio di precauzione*, con la quale è stata stabilita l'incompatibilità tra il programma di ricerca degli idrocarburi in mare mediante l'utilizzo della tecnica denominata *airgun* e il principio di precauzione. Secondo la sentenza dal suddetto principio deriva l'esigenza di un'azione ambientale tesa alla salvaguardia dell'ecosistema in funzione preventiva anche quando non sussistono evidenze scientifiche conclamate che illustrino la certa riconducibilità di un effetto devastante per l'ambiente ad una determinata causa umana. Pertanto, poiché allo stato attuale delle conoscenze appare sussistere anche una probabilità minima di collegare il fenomeno dello spiaggiamento dei cetacei sulle coste pugliesi all'utilizzo della tecnica *airgun*, la ricerca deve seguire metodiche meno invasive a tutela dell'ambiente. Più di recente il TAR Lazio, sez. II bis, 1° ottobre 2012, n. 8236, ha ribadito come la tecnica di ricerca *air gun* sia foriera di conseguenze che si ripercuotono anche a distanza, soprattutto con riferimento alla possibile migrazione della fauna marina.

⁹² E. COTTU, *La prescrizione dei reati ambientali: efficacia, coerenza, ragionevolezza?*, in *Dir. Pen. Cont.*, n.1/2018, pp. 272 e ss.

particolarmente delicati, come appunto quello della causalità e del rapporto tra illecito penale ed illecito amministrativo. Il nuovo testo – seguendo un modello sanzionatorio “misto” – ha infatti previsto fattispecie incriminatrici che puniscono la violazione della normativa extra-penale sull’ambiente, accompagnata dalla verifica di una effettiva situazione di danno per il bene protetto. Se tali scelte ottemperano a quanto previsto a livello comunitario, ove si sancisce che le violazioni ambientali devono essere “unlawful”, nella introduzione delle norme si è frustrato il principio di tassatività, soprattutto nei delitti di inquinamento e disastro ambientale, puniti solo se “abusivi”⁹³. Le norme richiedono, invero, che tale abusività segua, nel caso del delitto di cui all’art. 452-bis cod. pen. una «compromissione» o un «deterioramento significativi e misurabili» di «acque aria o di porzioni estese e significative del suolo o del sottosuolo; 2) di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna»⁹⁴, mentre in quello previsto all’art. 452-quater un «disastro», che si impenna sulla causazione di tre distinti eventi, due dei quali sono accomunati dalla identità dell’oggetto materiale, consistenti nella alterazione irreversibile dell’ecosistema (art. 452-quater, co. 2, n. 1) o nella particolare onerosità ed eccezionalità dei provvedimenti da adottare per il suo ripristino (art. 452-quater, co. 2, n. 2), mentre il terzo è caratterizzato dall’offesa alla pubblica incolumità, da valutarsi in relazione ai parametri della estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero del numero delle persone offese o esposte al pericolo (art. 452-quater, co. 2, n. 3)⁹⁵.

⁹³ Ex multis, L. BISORI, *Linee interpretative e nodi problematici della abusività della condotta nei nuovi reati ambientali. Prove tecniche di abusivismo giudiziario?*, in *Criminalia*, 2015, pp. 315 e ss., ivi anche L. TROYER, *I nuovi reati ambientali “abusivi”: quando la rinuncia alla legalità penale diviene un illusorio instrumentum regni*, pp. 329 e ss.

⁹⁴ Così Cass. pen., sez. III, sent. 5 settembre 2022, n. 32498. Nello specifico, in merito alla natura del delitto *de quo*, la Corte afferma come esso sia un «reato di danno, che non tutela la salute pubblica, ma l’ambiente in quanto tale e presuppone l’accertamento di un concreto pregiudizio a questo arrecato, secondo i limiti di rilevanza determinati dalla nuova fattispecie incriminatrice, che non richiedono la prova della contaminazione del sito nel senso indicato dal Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152, articoli 240 e segg». Ed ancora, si aggiunge che ai fini della configurazione del delitto di cui all’art. 452-bis cod. pen., «le condotte di “deterioramento” o “compromissione” del bene non richiedono l’espletamento di specifici accertamenti tecnici», in quanto «la “compromissione” e il “deterioramento” di cui al delitto di inquinamento ambientale consistono in un’alterazione, significativa e misurabile, della originaria consistenza della matrice ambientale o dell’ecosistema, caratterizzata, nel caso della “compromissione”, da una condizione di squilibrio funzionale, incidente sui processi naturali correlati alla specificità della matrice o dell’ecosistema medesimi e, nel caso del “deterioramento”, da una condizione di squilibrio “strutturale”, connesso al decadimento dello stato o della qualità degli stessi». Tanto premesso, la Cassazione rileva che correttamente i giudici della cautela hanno affermato la sussistenza del *fumus* del delitto in esame, dato che – nel caso sottoposto alla loro attenzione – era stato accertato che si era proceduto allo scorticamento dello strato tufaceo del fondo – quest’ultimo esteso ad un’area di circa 1.000,00 mq. e profondo non meno di 4/5 m. – così comportando un evidente deterioramento del bene ambiente, come tutelato dalla legge penale, visto il decadimento delle sue caratteristiche qualitative.

⁹⁵ M. CAPPAL, *Un “disastro” del legislatore: gli incerti rapporti tra l’art. 434 c.p. e il nuovo art. 452-quater c.p.*, 14 giugno 2016, in *www.penalecontemporaneo.it*; G.P. ACCINI, *Disastro ambientale (Dall’horror vacui all’horror pleni)*, Milano, 2018, pp. 55 e ss.; M. RICCARDI, *I disastri ambientali*, cit., pp. 320 e ss. Critico altresì A. GARGANI, *Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni*, in *Cass. Pen.*, 2016, pp. 2705 e ss., secondo cui l’art. 452-quater racchiude «una disposizione malferma, e di ardua decifrazione, chiamata all’improbabile compito di delineare la figura tipica di disastro ambientale» nonostante le tre ipotesi che dovrebbero dare sostanza a quest’ultima nozione siano «affette da un tasso di indeterminatezza esponenziale, dovuto all’intrinseca macro-latitudine del bene ambientale

Evidenti i limiti letterali di tali disposizioni: l'adozione di moduli normativi del tipo di quelli citati – «*chiunque cagiona una compromissione o un deterioramento dell'acqua, dell'aria, del suolo, di un ecosistema, della biodiversità*» (art. 452-bis) oppure «*chiunque cagiona un disastro ambientale*» costituito dall'«*alterazione dell'equilibrio di un ecosistema*» o «*l'offesa della pubblica incolumità*» (art. 452-quater) – impiegati nella tipizzazione dei delitti contro l'ambiente introdotti nel codice penale dimostrano scarsa tassatività, e l'uso di espressioni quali «*compromissione*» e «*deterioramento*», con cui il legislatore del 2015 scavalca i termini tipici e affidabili della causalità che si esprime con il «*provocare*» o «*cagionare*», lasciano ampi spazi di interpretazione. Ancora, è criticabile l'individuazione dell'oggetto su cui cade la condotta ed in cui si concretizza l'evento materiale del reato, atteso che anche quest'ultimo risulta d'indubbia indeterminatezza: l'«*acqua, l'aria, il suolo, il sottosuolo, l'ecosistema, la biodiversità*» e, ancora, la «*pubblica incolumità*»⁹⁶. Tale incertezza si riverbera poi inevitabilmente anche in sede di accertamento del nesso eziologico, ove la difficile valutazione delle condotte – spesso risalenti – causative della lesione alle matrici ambientali può portare tanto ad eccessive forzature quanto alla sostanziale inapplicabilità delle fattispecie di nuovo conio, per privilegiare invece quelle del Titolo VI, e segnatamente il criticato delitto di cui all'art. 434 cod. pen., dato che ivi si prescinde dall'accertamento dell'evento naturalisticamente inteso.

7.1. Prime pronunce della giurisprudenza di legittimità sulla configurabilità dei delitti di inquinamento e disastro ambientale delle acque marine.

Pare significativo rilevare, ai fini della presente indagine, che – pur nella indeterminatezza constatata – le prime decisioni rese in sede cautelare abbiano preso in esame casi riguardanti l'inquinamento dell'ambiente marino⁹⁷.

La prima sentenza della Suprema Corte⁹⁸ sul tema ha riguardato le condotte reiterate nel tempo del legale rappresentante di una società la quale aveva cagionato un deterioramento significativo e misurabile dell'ambiente fluviale e marino per non aver trattato adeguatamente le acque che fuoriuscivano dai propri impianti di depurazione e che venivano sversate dapprima sul suolo e poi immesse anche in corsi d'acqua superficiale per poi confluire nel mare, agendo in violazione di legge e delle prescrizioni contenute nelle autorizzazioni allo scarico. I supremi giudici hanno ritenuto configurabile il reato di inquinamento ambientale, rilevando che esso può venir

e alla difficile “governabilità” delle multiformi proiezioni offensive del nuovo modello di disastro».

⁹⁶ L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, vol. 47, fasc. 1, 2004, pp. 75 e ss.

⁹⁷ E. FASSI, *Il delitto di inquinamento ambientale di cui all'art. 452-bis c.p.: le prime indicazioni della Corte di Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 7, 2017, pp. 925 e ss.; A. TRUCANO, *Prima pronuncia della Corte di Cassazione in materia di inquinamento ambientale ex art. 452-bis c.p.*, in *Riv. giur. amb.*, 2-4, 2016, pp. 472 e ss.; R. LOSENGO, C. MELZI D'ERIL, *Inquinamento ambientale: la Corte di Cassazione costretta a fare il legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it; C. RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, in *Dir. giur. agr. e amb.*, 6, 2016, pp. 11 e ss.

⁹⁸ Cass. pen., sez. III, sent. 9 novembre 2016, n. 46904.

7-8/2024

integrato in presenza di una «situazione di inquinamento esteso, di danno per le matrici ambientali (e segnatamente – nel caso di ispecie – suolo, fiume e mare) e di pericolo per la salute umana, e dunque di una situazione idonea a determinare un deterioramento o una compromissione estesi di un ecosistema (e, quindi, un danno ambientale dovuto a deterioramento significativo e misurabile), soprattutto se la stessa situazione sia in atto da tempo, insista in maniera diretta e significativamente negativa sullo stato ecologico, chimico e/o quantitativo ovvero sul potenziale ecologico delle acque interessate, abbia effetti contaminanti sul terreno e sia idonea a creare un rischio significativo di effetti nocivi, anche indiretti, sulla salute umana a seguito dell'introduzione nel suolo o nel sottosuolo di sostanze, preparati, organismi o microrganismi nocivi per l'ambiente».

In una di poco successiva pronuncia, la Corte di Cassazione⁹⁹ ha riconosciuto gli estremi del reato di inquinamento ambientale in caso di mancato rispetto di norme progettuali relative ad operazioni di dragaggio e finalizzate all'attuazione di un progetto di bonifica di fondali, provocando la dispersione di sedimenti nelle acque circostanti e conseguentemente il trasporto degli inquinanti in essi contenuti (idrocarburi e metalli pesanti), tali da cagionare un deterioramento ed una compromissione significativa delle acque del golfo di La Spezia. Tale risultanza è stata resa possibile traendo le mosse dalla definizione dei concetti di compromissione e deterioramento, ed individuando la necessaria "abusività" della condotta «non soltanto nello svolgimento di attività in assenza delle prescritte autorizzazioni o sulla base di autorizzazioni scadute o palesemente illegittime o comunque non commisurate alla tipologia di attività richiesta, ma anche in presenza di comportamenti posti in essere in violazione di leggi statali o regionali, ancorché non strettamente pertinenti al settore ambientale, ovvero di prescrizioni amministrative»¹⁰⁰.

Ancora, con un'altra sentenza, la Terza Sezione della Corte di Cassazione¹⁰¹ si è soffermata *inter alia* sul significato da attribuire all'avverbio "abusivamente". Ed invero, «la vaghezza della sua formulazione, aprendo a diverse interpretazioni degli elementi costitutivi del fatto, non traccia infatti con sufficiente chiarezza il perimetro di punibilità del reato, ed ha ben

⁹⁹ Cass. pen., sez. IV, sent. 20 luglio 2017 n. 45836. Per una generale disamina, anche per i richiami ad altri contributi ed alla giurisprudenza, si rinvia a Av.Vv. *La legge sugli ecoreati due anni dopo*, Torino 2017. Per i rapporti tra disastro innominato e disastro ambientale v. invece Cass. pen., sez. I, sent. 17 maggio 2017, n. 58023; Cass. pen., sez. I, sent. 10 gennaio 2018, n. 2209.

¹⁰⁰ Sempre, Cass. pen., sez. IV, sent. 20 luglio 2017 n. 45836.

¹⁰¹ Cass. pen., sez. III, sent. 1° aprile 2022, n. 11998. La vicenda cautelare posta all'attenzione della Suprema Corte muove dall'ordinanza con cui il Giudice per le Indagini Preliminari presso il Tribunale di Palermo aveva applicato alla divisione "Servizio Ambiente e Depurazione" della Azienda Municipalizzata Acquedotto di Palermo S.p.a., la misura cautelare del commissariamento giudiziale (artt. 15 e 45, comma 3, d. lgs. n. 231/2001) in relazione agli illeciti amministrativi di cui agli artt. 25-*undecies*, comma 2, lett. f) e 25-*undecies*, comma 1, lett. a) d. lgs. n. 231/2001, perché i soggetti apicali della citata società si erano resi autori – secondo l'ipotesi accusatoria – dei delitti di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti e di inquinamento ambientale, rispettivamente previste agli artt. 452-*quaterdecies* e 452-*bis* cod. pen. perché, allo scopo di far conseguire alla società un ingente risparmio sui costi di smaltimento dei fanghi prodotti all'interno dei depuratori di acque reflue urbane di Palermo, a far data dall'agosto 2018 (e con condotta perdurante) avevano gestito abusivamente tali prodotti, lasciandoli depositati per più tempo del dovuto presso gli impianti di depurazione e scaricandoli poi sia in mare (peraltro in un'area marina protetta) che in acque superficiali dolci.

presto generato dubbi di compatibilità con i principi costituzionali di precisione, tassatività e determinatezza». Il ricorso al laconico avverbio “abusivamente”, secondo i Giudici, «deve essere interpretato «non solo secondo il significato di “clandestinamente” – riferendosi così solo a quei deterioramenti o compromissioni della matrice ambientale cagionati al di fuori di attività autorizzate, posto che sarebbe, infatti, illogico anche solo ipotizzare dei fatti di inquinamento autorizzati – dato che l’espressione “abusivamente” trova una portata decisamente più ampia, attribuendo rilevanza penale anche a quelle condotte realizzate in costanza di un titolo abilitativo, ma in violazione di prescrizioni amministrative o di leggi»¹⁰².

Considerazioni non dissimili riguardano il delitto di disastro ambientale. L’inadeguatezza della legislazione penale e l’immobilismo del legislatore hanno portato la giurisprudenza a plasmare la fattispecie, indubbiamente bisognosa di una nuova ed ulteriore – quanto necessaria ed inevitabile – formazione che ne consenta la comprensione e la applicazione, invertendo però il rapporto ed il ruolo di garante trasferito dal legislatore al giudice¹⁰³. A discapito di una formulazione non certo felice, infatti, tale delitto ha avuto rilievo nel far fronte a disastri pregiudizievoli per l’ambiente marino. È stato, ad esempio, ravvisato il delitto di cui all’art. 452-*quater* nel caso in cui sia stata svolta l’attività di pesca di frodo dei c.d. “datteri di mare”¹⁰⁴, oppure nel caso di pesca abusiva servendosi di un metodo di raccolta distruttivo del substrato roccioso e di circa 200 grammi di corallo rosso mediterraneo¹⁰⁵. Alcune sentenze, poi, hanno fatto leva sul requisito dell’abusività della condotta per individuare il comportamento punito, «non soltanto nello svolgimento di attività in assenza delle prescritte autorizzazioni o sulla base di autorizzazioni scadute o palesemente illegittime o comunque non commisurate alla tipologia di attività richiesta, ma anche in comportamenti posti in essere in violazione di leggi statali o regionali, ancorché non strettamente pertinenti al settore ambientale, ovvero di prescrizioni amministrative»¹⁰⁶. In questo modo, l’abusività della condotta, causativa di un’alterazione irreversibile dell’ecosistema marino, è stata ritenuta esistente in relazione all’esercizio di attività di pesca che, seppure non vietata, era stata effettuata con mezzi non consentiti e da soggetti privi dei necessari titoli abilitativi al fine di operare, per fini commerciali, la pesca abusiva di tonnellate di esemplari di oloturie, asportando totalmente dai fondali marini attaccati quella specie ittica e cagionando, così, secondo l’ipotesi accusatoria, un grave danno alla biodiversità presente nei tratti di mare interessati, nonché l’alterazione

¹⁰² La sentenza ha inoltre ribadito che la condotta abusiva idonea ad integrare l’art. 452-*bis* cod. pen. è quella: «a) svolta in assenza delle prescritte autorizzazioni o sulla base di autorizzazioni scadute o palesemente illegittime o comunque non commisurate alla tipologia di attività richiesta; b) posta in essere in violazione di leggi statali o regionali, ancorché non strettamente pertinenti al settore ambientale, ovvero di prescrizioni amministrative», prospettando così una interpretazione ampia dell’avverbio, che continua ad attrarre nel perimetro di tipicità del delitto in parola anche eventi di inquinamento eziologicamente collegati a violazioni di norme di natura non strettamente ambientale.

¹⁰³ Per tali, ed ulteriori, considerazioni si rinvia ad un interessante scritto di S. TORDINI CAGLI, *Il giudice legislatore e la legalità apparente: il disastro ambientale*, in Arch. pen., 2, 2020, pp. 5 e ss.

¹⁰⁴ Cass. pen., sez. III, sent. 5 ottobre 2021, n. 40325.

¹⁰⁵ Cass. pen., sez. III, sent. 30 gennaio 2020, n. 15596.

¹⁰⁶ Cass. pen., sez. III, sent. 24 maggio 2017, n. 18394.

grave ed irreversibile dell'ecosistema marino, operando poi lo smaltimento illecito dei residui, qualificabili come rifiuti speciali, riversandoli in mare¹⁰⁷.

In altra occasione, ancora, l'abusività dell'attività di pesca è stata individuata, stante l'utilizzo di esplosivi, portando a conseguenze irreparabili per un habitat naturale e segnatamente per singoli esemplari o popolazioni ittiche. Ed invero, con una recente pronuncia, la I sezione della Corte di Cassazione¹⁰⁸, confermando le condanne per disastro ambientale inflitte in sede di appello all'equipaggio di un peschereccio che era solito pescare con l'ausilio di armi esplosive, ha ritenuto di far rientrare tale pratica tra le condotte punibili dall'art. 452-*quater* nella misura in cui si dimostra pericolosa per l'incolumità dell'ecosistema marino. I Giudici, così, nel distinguere il reato di pesca vietata di cui al d. lgs. 4 del 2012 dalla ben più grave ipotesi di disastro ambientale, hanno rilevato che *«la norma prevede – al fine di tutelare le risorse biologiche il cui ambiente abituale o naturale di vita sono le acque marine nonché di prevenire, scoraggiare ed eliminare la pesca illegale, non dichiarata e non regolamentata – il divieto di **danneggiare le risorse biologiche delle acque marine con l'uso di materie esplodenti, dell'energia elettrica o di sostanze tossiche atte ad intorpidire, stordire o uccidere i pesci e gli altri organismi acquatici**»*. La ragion d'essere dell'intervento penale si individua così *«nell'esigenza di tutela della fauna ittica e di conservazione in un habitat non aggredito da mezzi innaturali. L'impiego di essi determina, infatti, morie di pesci e riduzione del patrimonio ittico con alterazione nell'equilibrio tra le specie marine. L'incriminazione di simili condotte ricorrendo al delitto di disastro ambientale, oltre alla tutela della fauna ittica, mira a tutelare l'incolumità pubblica e, là dove siano impiegati gli esplosivi, la salute pubblica»*¹⁰⁹.

8. Considerazioni conclusive

Dinnanzi ad una sempre più imminente minaccia per le risorse naturali non si è ancora addivenuti ad una effettiva soluzione in grado di apprestarvi adeguata protezione.

Le disposizioni contenute nelle convenzioni internazionali, nella misura in cui demandano alle scelte dei singoli Stati la previsione di sanzioni penali, rischiano di portare ad un recepimento nella pratica diversificato e talvolta inefficace.

Il quadro predisposto a livello europeo per la tutela dell'ambiente è in costante divenire. Superato l'originario scetticismo comunitario ad occuparsi di ambiente, oggi la sua tutela rappresenta uno degli scopi più attuali ed urgenti dell'Unione. Se sono stati profusi immensi sforzi nella creazione di strumenti che potessero efficacemente invertire la rotta e preservare l'ambiente come bene superindividuale funzionale alla vita di ciascuna persona, ad oggi gli essi non hanno raggiunto i livelli sperati, non riuscendo a colmare le lacune esistenti nell'attuale gestione dei reati ambientali a livello comunitario ed interno ai singoli Stati membri.

¹⁰⁷ Cass. pen., sent. 18394/2017, cit.

¹⁰⁸ Cass. pen., sez. I, sent. 9 giugno 2020, n. 17646.

¹⁰⁹ Cass. pen., sez. I, sent. 9 giugno 2020, n. 17646.

A livello nazionale, si riscontra una nutrita serie di disposizioni disseminate ed affastellate in leggi speciali e nel codice penale.

Alla luce di tale quadro viene quindi da chiedersi se non siano più opportune altre strategie di tutela, quantomeno in situazioni in cui l'offesa al bene protetto è marginale, pena il rischio di sbiadire quella che è la *ratio essendi* del diritto penale ed agglomerare nell'ordinamento giuridico fattispecie penali spesso inefficaci e scarsamente deterrenti. Nel nostro ordinamento, infatti, la tutela dell'ambiente marino segue un sistema piramidale in cui, ad una base costituita da sanzioni amministrative seguono fattispecie contravvenzionali – caratterizzate da una forte anticipazione della tutela penale attraverso reati di pericolo presunto per fatti prodromici o strumentali alla effettiva aggressione dell'ambiente e segnate da un impiego in funzione meramente sanzionatoria dell'inosservanza di precetti amministrativi – ed infine, al vertice, ipotesi delittuose, aventi portata generale e coneggiate quali reati di pericolo, riscontrabili nel Titolo VI, e di danno, racchiuse nel Titolo VI-*bis* del codice penale.

A complicare il quadro, la stretta compenetrazione tra il diritto penale e il diritto amministrativo.

Il dato appare poi maggiormente evidente ove al rinvio a precetti di natura amministrativa si affianca quello diretto a Convenzioni ed a Protocolli internazionali¹¹⁰.

A ciò si aggiunga la frequente utilizzazione della tecnica del rinvio nella costruzione delle fattispecie penali, che solleva innumerevoli perplessità legate alla natura squisitamente sanzionatoria, andando a tutelare non il bene ambiente in quanto tale (pur nel suo componente particolare), ma solo la pubblica funzione compromessa da tale inosservanza, nell'ottica di apprestare la propria tutela non a beni, bensì a funzioni¹¹¹. Un simile modello di criminalizzazione, nella misura in cui non consente l'effettivo accertamento della lesione o della messa in pericolo di un bene giuridico, pare porsi in contrasto con il principio di offensività del reato che trova nell'offesa al bene giuridico il suo naturale presupposto.

In questo contesto, si deve prendere atto che la tutela penale dell'ambiente, così come finora si è atteggiata, non sembra aver dato prova di particolare efficacia. Un sistema penale imperniato solo su una tutela meramente prevenzionistica e precauzionale, basata su fattispecie contravvenzionali chiamate a sanzionare pseudo-offese¹¹² all'ambiente marino con pene non particolarmente incisive e deterrenti, facilmente oblazionabili o comunque estinguibili con i meccanismi recentemente introdotti agli artt. 318 e ss. del d. lgs. 152/2006 per i reati ivi previsti, e prescrivibili in tempi brevi, si è dimostrato (e si dimostra) sostanzialmente inidoneo ad apprestare una adeguata tutela al bene protetto. In questi casi, l'autore delle contravvenzioni ambientali che abbia commesso fatti offensivi per l'ambiente o viene punito in maniera assai blanda

¹¹⁰ E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, pp. 589 ss.

¹¹¹ F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia*, cit., pp. 298 e ss.; M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit.

¹¹² La locuzione viene impiegata anche da M. CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela*, cit., p. 353.

in proporzione all'esiguità delle offese arrecate ("formali" e di pericolo astratto), o può fruire di strumenti premiali per fuggire dalla sanzione penale¹¹³.

Anche la riforma di cui alla legge 68/2015, ha finito per porsi come l'ennesima occasione sprecata. Ben altre erano le attese per pervenire ad una protezione efficace dell'ambiente in seguito tanto alle sollecitazioni provenienti dalla dottrina specialistica, dagli operatori di diritto impegnati sul campo e da vasti settori della collettività quanto alle pressioni espresse in sede sovranazionale¹¹⁴.

Ne potrebbe conseguire che, nel tentativo di garantire maggiore sistematicità alla materia¹¹⁵, le non poche fattispecie contravvenzionali che presidiano mere tutele di funzioni ovvero che si caratterizzano per anticipazioni di tutela talvolta eccessive punendo comportamenti strumentali o prodromici alla lesione dell'ambiente, potrebbero collocarsi in altra sede, privilegiando cioè soluzioni extra-penali consistenti in rimedi civilistici (in forma – per esempio – di *class actions*), in forme di giustizia riparatoria, ovvero in sanzioni amministrative, in grado di meglio adattarsi a comportamenti non effettivamente pericolosi per il bene protetto.

Rimarrebbero così nella sfera del penalmente rilevante solo i fatti connotati da dannosità rispetto al bene giuridico protetto, che troverebbero riscontro nelle figure delittuose già esistenti e collocate nel Titolo VI-bis del codice penale. Ciò consentirebbe, in prospettiva *de iure condendo*, di attribuire al diritto amministrativo la parte maggioritaria dell'intervento in materia ambientale, lasciando al diritto penale un margine di intervento solo nel caso in cui occorra sanzionare condotte che, oltre a rappresentare un illecito amministrativo in ragione del loro carattere "inquinante", siano altresì causative di un grave pericolo (in termini di lesione potenziale o effettiva) per le componenti ambientali e per la salute delle persone.

Pertanto, in conclusione, a fronte al costante promanare di frequenti iniziative tese ad una crescente ed incisiva incriminazione di comportamenti pregiudizievoli da parte dei singoli Stati per proteggere le componenti ambientali, invocandosi sanzioni effettive, dissuasive e drastiche, non rimane che attendere ulteriori sviluppi e chiedersi se questi siano davvero efficienti oppure se non si debbano invece promuovere più opportune altre strategie di tutela, anche scovre del ricorso al diritto penale, pena il rischio di sbiadire quella che è la sua *ratio essendi* ed introdurre nei singoli ordinamenti giuridici chiamati a recepire le sollecitazioni sovranazionali fattispecie penali spesso inefficaci e scarsamente deterrenti.

¹¹³ Tali considerazioni si rinvergono in C. RUGA RIVA, *L'inquinatore nuovo tipo di autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, pp. 1081 e ss.

¹¹⁴ M. TELESICA, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., pp. 3 e ss.

¹¹⁵ Si segnala un recente documento, contenente alcune proposte di modifica ai delitti ambientali avanzate dalla "Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale". Si rinvia, aderendo ai suggerimenti ivi indicati, a C. RUGA RIVA, *I reati ambientali*, in *AIPDP – Ricerca: "La riforma dei reati contro la persona"*, consultabile sul sito www.aipdp.it, pp. 26 e ss. Per un commento, L. SIRACUSA, *Note brevi a margine della proposta di riforma dei reati ambientali del gruppo di studio dell'associazione dei professori di diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2, 2022, pp. 137 e ss.

7-8/2024

L'APPLICAZIONE DELLE PENE SOSTITUTIVE DI PENE DETENTIVE BREVI NELLA FASE DI ESECUZIONE DEL PROCESSO PENALE

di Giuseppe Biondi

La riforma c.d. Cartabia, attuata attraverso la legge delega n. 134/2021 e, quindi, attraverso il d. lgs. n. 150/2022, ha inciso profondamente sull'intero sistema penale, sia sostanziale che processuale. Fra gli interventi più significativi è da annoverare senza dubbio quello che ha riguardato la riforma delle sanzioni sostitutive di pene detentive brevi previste dalla legge n. 689/81. Dopo avere esaminato, in una prima parte, gli aspetti processuali dell'applicazione delle nuove pene sostitutive di pene detentive brevi nella fase di cognizione (con la relativa disciplina transitoria), in questa seconda parte si passa ad esaminare la fase di esecuzione delle pene sostitutive.

SOMMARIO: 1. L'applicazione delle pene sostitutive nella fase di esecuzione. – 1.1. Generalità. – 1.2. Il pubblico ministero nell'esecuzione delle pene sostitutive. – 1.2.1. La necessità dell'ordine di esecuzione del pubblico ministero. – 1.3. L'esecuzione delle pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare. – 1.3.1. L'avvio dell'esecuzione. – 1.3.2. Le vicende esecutive: modifiche; licenze, sospensione e rinvio; revoca. – 1.4. L'esecuzione della pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità sostitutivo. – 1.4.1. L'avvio dell'esecuzione. – 1.4.2. Le vicende esecutive: modifiche; sospensione e rinvio; revoca. – 1.5. Sospensione dell'esecuzione delle pene-programma sostitutive, esecuzione di pene-programma sostitutive concorrenti, sopravvenienza di nuovi titoli esecutivi di pene-programma sostitutive. – 1.6. L'esecuzione delle pene-programma sostitutive per i condannati minorenni. – 1.7. La disciplina transitoria delle pene-programma sostitutive. – 1.8. La possibile esecuzione all'estero delle pene-programma sostitutive. – 1.9. L'esecuzione della pena pecuniaria sostitutiva. – 1.9.1. Il procedimento esecutivo. – 1.9.2. La conversione della pena pecuniaria sostitutiva non pagata. – 1.9.3. La c.d. conversione di secondo grado. – 1.9.4. La conversione della pena pecuniaria sostitutiva per i condannati minorenni. – 1.9.5. La disciplina transitoria delle pene pecuniarie sostitutive.

1. L'applicazione delle pene sostitutive nella fase di esecuzione¹.

1.1. Generalità.

In conseguenza della riscrittura della disciplina delle pene sostitutive delle pene detentive brevi nella fase di cognizione², anche la fase esecutiva ha ricevuto un totale *restyling* da parte del Riformatore del 2021/22.

¹ Per l'approfondimento dell'intera tematica mi sono avvalso dello stimolante confronto, sia dal punto di vista teorico che pratico, con mia moglie, la dott.ssa Michela De Lecce, magistrato di sorveglianza presso il Tribunale di Sorveglianza di Lecce, cui va, pertanto, il mio affettuoso ringraziamento.

² Per un esame sistematico della materia sia consentito il rimando a G. BIONDI, [L'applicazione delle pene sostitutive di pene detentive brevi nella fase di cognizione del processo penale](#), in questa Rivista, 14.2.2024, fasc. 2/24,

Le norme centrali nel sistema sono costituite dagli artt. 660 e 661 c.p.p. e dagli artt. 62, 63 e 71 della legge n. 689/81, come rispettivamente modificate dagli artt. 38 e 71 del d. lgs. 150/2022.

Il sistema così congegnato distingue l'esecuzione delle pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare sostitutive, dall'esecuzione della pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità sostitutivo e, infine, da quella della pena pecuniaria sostitutiva.

La principale differenza è che per le pene sostitutive della semilibertà e detenzione domiciliare sostitutive l'esecuzione è affidata al magistrato di sorveglianza (che resta competente anche per la conversione della pena pecuniaria sostitutiva), mentre per il lavoro di pubblica utilità sostitutivo l'esecuzione è affidata allo stesso giudice che ha emesso la sentenza o il decreto penale di condanna (invece, come vedremo, in sede di conversione della pena pecuniaria sostitutiva, l'eventuale applicazione della pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità è affidata al magistrato di sorveglianza).

Un ruolo centrale di impulso e di raccordo è rivestito dal pubblico ministero, ed è innanzitutto sulla sua figura che è bene soffermarsi.

1.2. Il pubblico ministero nell'esecuzione delle pene sostitutive.

L'art. 661 c.p.p. attribuisce al pubblico ministero, quando deve essere eseguita una sentenza di condanna a una delle pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare, il compito di trasmettere la sentenza al magistrato di sorveglianza, che provvede senza ritardo ai sensi dell'art. 62 della legge n. 689/81 (comma 1). Per contro, il comma 1-bis del medesimo articolo stabilisce che l'esecuzione del lavoro di pubblica utilità è ordinata dal giudice che ha applicato la pena, il quale provvede ai sensi dell'art. 63 della legge n. 689/81. Infine, la pena pecuniaria sostitutiva è eseguita a norma dell'art. 660 c.p.p. (comma 2 dell'art. 661 c.p.p. e art. 71, comma 1, legge n. 689/81), e, dunque, previa emissione dell'ordine di esecuzione da parte del pubblico ministero.

Le diverse modalità di esecuzione delle pene sostitutive, indicate dall'art. 661 c.p.p., sembrerebbero ritagliare al pubblico ministero un ruolo diverso, a seconda della pena sostitutiva: di mero impulso³ con riferimento alle pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare; di organo esecutivo principale, con riguardo alla pena pecuniaria sostitutiva, di mero "spettatore" (cui la sentenza irrevocabile o il decreto

pp. 93 e ss.

³ In passato, con riferimento alle sanzioni sostitutive di pene detentive brevi della semidetenzione e della libertà controllata, nella vigenza del vecchio art. 661 c.p.p., la dottrina (vedi F. CAPRIOLI e D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli ed., 2011, p. 217) evidenziava l'attribuzione al pubblico ministero di poteri meramente propulsivi, consistenti nell'obbligo di trasmettere l'estratto della sentenza di condanna al magistrato di sorveglianza territorialmente competente.

penale di condanna esecutivo vanno trasmessi solo per gli adempimenti di cui all'art. 70 della legge n. 689/81) in relazione alla pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità.

In realtà, non va dimenticato che ai sensi dell'art. 655 c.p.p. al pubblico ministero spetta di curare l'esecuzione dei provvedimenti. E' il pubblico ministero l'organo promotore dell'esecuzione penale. Al pubblico ministero va comunicato il provvedimento da eseguire (art. 28 d.m. n. 334/1989) e la segreteria del pubblico ministero provvede agli adempimenti conseguenziali (art. 29 d.m. n. 334/1989), fra i quali vi sono, *in primis*, le iscrizioni del provvedimento da eseguire nel relativo registro e la formazione del relativo fascicolo esecutivo⁴. Come è noto, in seguito al decreto ministeriale 27.3.2000, n. 264 (Regolamento recante norme per la tenuta dei registri presso gli uffici giudiziari), è stato adottato un nuovo sistema informativo di tenuta dei registri informatizzati per l'esecuzione penale, denominato SIES (Sistema informativo dell'esecuzione e della sorveglianza), teso a superare tutti i registri cartacei previsti in materia dal d.m. n. 334/1989. In questo registro informatizzato si iscrivono tutti i provvedimenti da eseguire. Questo sistema, poi, a sua volta si suddivide in quattro sottosistemi: il modulo SIEP (Sistema informativo esecuzioni penali), che è utilizzato dal pubblico ministero; il modulo SIUS (Sistema informativo uffici di sorveglianza) che è utilizzato per le attività del Tribunale e degli uffici di sorveglianza; il modulo SIGE (Sistema informativo giudice dell'esecuzione) che è utilizzato per le attività del giudice dell'esecuzione; il modulo SIEPE (Sistema informativo esecuzione penale esterna) che è utilizzato dall'UEPE.

Con particolare riguardo alle pene sostitutive, inoltre, al pubblico ministero spettano gli adempimenti di cui all'art. 70 della legge n. 689/81, nonché quelli di cui all'art. 657, comma 3, c.p.p.

In definitiva, se è vero che il sistema delle pene sostitutive è ispirato al principio dell'immediata esecutività delle stesse, senza meccanismi sospensivi simili a quello previsto dall'art. 656 c.p.p., e se è vero che, con riferimento alla pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, per ragioni di efficienza e celerità, si è preferito evitare il passaggio, ritenuto non indispensabile, ai fini dell'esecuzione, dall'ufficio del pubblico ministero, ancora previsto in generale dall'art. 43 del d. lgs. n. 274/2000⁵, è anche vero che il pubblico ministero conserva centralità nell'esecuzione pure delle pene sostitutive.

1.2.1. La necessità dell'ordine di esecuzione del pubblico ministero.

Ciò detto, l'art. 660, comma 1, c.p.p. prevede espressamente che il pubblico ministero, quando deve essere eseguita una condanna a pena pecuniaria, anche in sostituzione di pena detentiva, emetta ordine di esecuzione con il quale ingiunge al condannato il pagamento.

⁴ G. COLAIACOVO, *L'esecuzione delle pene detentive*, in *Esecuzione penale e vicende del giudicato*, (a cura di E. N. La Rocca), Giappichelli ed., 2024, p. 36.

⁵ Vedi Relazione illustrativa al decreto legislativo 10.10.2022, n. 150, in G.U. *serie generale* n. 245 del 19.10.2022, suppl. straordinario n. 5, pag. 388.

Gli articoli 62 e 63 della legge n. 689/81 non fanno espressamente riferimento all'emissione di un ordine di esecuzione da parte del pubblico ministero. Per contro, un riferimento ad un ordine di esecuzione della semilibertà sostitutiva, della detenzione domiciliare sostitutiva o del lavoro di pubblica utilità sostitutivo è espressamente contenuto nell'art. 68 comma 2 della legge n. 689/81.

È, dunque, necessario che le c.d. pene-programma sostitutive siano eseguite mediante l'emissione di un ordine di esecuzione del pubblico ministero?

Ragionevolmente, è necessario distinguere.

L'art. 62, comma 1, della legge n. 689/81 attribuisce al pubblico ministero l'onere di trasmettere al magistrato di sorveglianza del luogo di domicilio del condannato la sentenza irrevocabile di condanna alla pena sostitutiva della semilibertà o della detenzione domiciliare (non soltanto l'estratto, ma l'intera sentenza, in modo da mettere a disposizione del magistrato di sorveglianza tutti gli elementi che fondano e definiscono la pena sostitutiva). La norma poi aggiunge che il provvedimento di esecuzione è notificato, altresì, al difensore nominato per la fase dell'esecuzione o, in difetto, al difensore della fase del giudizio. La finalità, come si legge nella Relazione illustrativa della c.d. Riforma Cartabia, è quella di consentire al difensore di interloquire tempestivamente con il magistrato di sorveglianza in vista di eventuali aggiornamenti della situazione di fatto o giuridica dell'assistito⁶. Dunque, il pubblico ministero non può limitarsi ad una nota di trasmissione della sentenza di condanna irrevocabile al magistrato di sorveglianza, ma deve emettere un vero e proprio provvedimento di esecuzione, che, quindi, non può che assumere la forma di un ordine di esecuzione⁷, da notificare anche al difensore del condannato, con il quale dispone la trasmissione della sentenza.

D'altra parte, in primo luogo spetta al pubblico ministero individuare il magistrato di sorveglianza competente al quale trasmettere la sentenza. L'art. 62, comma 1, della legge n. 689/81 lo individua nel magistrato di sorveglianza del luogo di domicilio del condannato, da intendersi quale centro concreto di interessi del soggetto (secondo la nozione di ordine generale ricavabile dall'art. 43, comma 1, c.c.)⁸. Come in passato per le sanzioni sostitutive⁹, anche per le pene sostitutive si tratta di un criterio di determinazione della competenza territoriale del magistrato di sorveglianza derogatorio

⁶ Relazione illustrativa della c.d. Riforma Cartabia, *cit.*, pag. 386.

⁷ In questo senso in dottrina E. LOSCO e M. STRAINI, *"Pene sostitutive delle pene detentive brevi: una riforma culturale"*, in *La Riforma Cartabia* (a cura di G. Spangher), Pacini Giuridica, 2022, p. 21.

⁸ Vedi Cass. pen. sez. I, 24.4.1992, n. 1775.

⁹ Cass. pen. sez. I, 18.11.2008, n. 45001; Cass. pen. sez. I, 16.4.1996, n. 2535, che affermava l'operatività del criterio derogatorio di cui all'art. 62 della legge n. 689/81, nel testo vigente prima della riforma c.d. Cartabia, anche nell'ipotesi dell'imputato detenuto in luogo diverso da quello di residenza. *Contra*, S. LUERTI, *"L'esecuzione delle pene sostitutive: semilibertà, detenzione domiciliare e lavoro di pubblica utilità"*, in *Riforma Cartabia le modifiche al sistema penale*, vol. III, *"Le modifiche al sistema sanzionatorio penale"* (a cura di R. Bartoli, G. L. Gatta, V. Manes), Giappichelli ed., 2024, p. 151, secondo il quale, non specificando nulla la norma in via interpretativa, sembrerebbe che, proprio per l'assenza di previsione specifica, non sia derogato il criterio dettato dall'art. 677, comma 1, c.p.p., che fissa la competenza per territorio in capo al magistrato di sorveglianza che ha giurisdizione sull'Istituto di pena in cui si trova l'interessato all'inizio del procedimento e quindi, in questo caso, al momento dell'atto di impulso del pubblico ministero.

rispetto a quello previsto in generale dall'art. 677 c.p.p. Peraltro, in tale ottica, nel caso in cui non risulti reperibile un domicilio del condannato, ovvero quest'ultimo risulti irreperibile (circostanze, entrambe, verificabili a distanza di tempo da quando la pena sostitutiva è stata concretamente applicata dal giudice della cognizione al momento del passaggio in giudicato della sentenza), si impone in capo al pubblico ministero il compito di individuarlo o rintracciarlo, fino ad allora non potendo darsi luogo all'esecuzione della pena sostitutiva¹⁰.

Al pubblico ministero spetta ancora eventualmente di detrarre il c.d. presofferto dalla pena sostitutiva da eseguire, ove a ciò sollecitato dallo stesso condannato, ai sensi dell'art. 657, comma 3, c.p.p.¹¹, ovvero di effettuare il necessario cumulo, in caso di pene sostitutive concorrenti, ai sensi dell'art. 70 della legge n. 689/81. Al pubblico ministero spetta il compito di investire il magistrato di sorveglianza anche dell'eventuale riconoscimento di periodi di liberazione anticipata¹². Invero, per effetto del richiamo contenuto nel novellato art. 76 della legge n. 689/81 all'art. 47, comma 12-bis, legge n. 354/75, si è ribadita l'applicabilità anche alle pene sostitutive¹³, che si considerano a tutti

¹⁰ Cass. pen. sez. I, 23.7.1984, n. 1718; Cass. pen. sez. I, 20.2.1987, n. 486; nonché Corte Cost. 22-28.5.1987, n. 208, che evidenziava come finché non fosse stata certa la residenza del condannato (secondo il criterio di competenza territoriale vigente in base al precedente testo dell'art. 62 della legge n. 689/81) ci sarebbe stata una sentenza di condanna non ancora concretamente eseguibile, pur essendovi il magistrato dell'esecuzione (nel caso di specie, il pubblico ministero) deputato a tenerla in evidenza, almeno fino al limite temporale della prescrizione della pena, pronto ad eseguirla non appena se ne fossero verificate le condizioni favorevoli, nei modi previsti dall'art. 62 citato. Peraltro, è bene anche evidenziare che la mancata esecuzione della pena sostitutiva (ad esempio, per irreperibilità del condannato, ovvero per indisponibilità di un domicilio) può essere causa di revoca della stessa ai sensi dell'art. 66, comma 1, legge n. 689/81 (sul punto vedi E. LOSCO e M. STRAINI, *"Pene sostitutive delle pene detentive brevi..."*, cit., p. 21).

¹¹ Sul punto si rimanda a G. BIONDI, *"L'applicazione delle pene sostitutive..."*, cit., p. 143.

¹² Ciò lo si desume dall'art. 656, comma 4-bis, c.p.p., ma se ne ha ulteriore conferma dalla recente modifica apportata all'art. 656 c.p.p. dal d.l. 4.7.2024, n. 92, pubblicato in G.U. *serie generale* n. 155 del 4.7.2024, entrato in vigore dal 5.7.2024. Invero, l'art. 5, comma 1, del d.l. n. 92/2024 ha aggiunto il comma 10-bis all'art. 656 c.p.p., che prevede quanto segue: «10 -bis. Fermo il disposto del comma 4 -bis, nell'ordine di esecuzione la pena da espiare è indicata computando le detrazioni previste dall'articolo 54 della legge 26 luglio 1975, n. 354, in modo tale che siano specificamente indicate le detrazioni e sia evidenziata anche la pena da espiare senza le detrazioni. Nell'ordine di esecuzione è dato avviso al destinatario che le detrazioni di cui all'articolo 54 della legge 26 luglio 1975, n. 354 non saranno riconosciute qualora durante il periodo di esecuzione della pena il condannato non abbia partecipato all'opera di rieducazione.». Dunque, il pubblico ministero, nel calcolare il fine pena, deve tenere conto delle detrazioni di pena potenzialmente ottenibili dal condannato per liberazione anticipata, dovendo indicare sia la pena da espiare, detratta la liberazione anticipata, che la pena da espiare escludendo le detrazioni.

¹³ Come già previsto per la sanzione sostitutiva della semidetenzione (cfr. Cass. pen. sez. I, 18.11.1993, n. 4964/94), ma non anche per la sanzione sostitutiva della libertà controllata (vedi Cass. pen. sez. I, 15.11.2018, n. 2895/19). Dalla lettura della relazione illustrativa della c.d. Riforma Cartabia emergerebbe l'intenzione di ritenere applicabile l'istituto della liberazione anticipata a tutte le pene-programma sostitutive, e, quindi, anche al lavoro di pubblica utilità sostitutivo (vedi pag. 402 e ss.). In questo senso, in dottrina N. MADIA, *"Note minime, con andamento rapsodico, sugli aspetti generali delle nuove pene sostitutive"*, in *Penale diritto e procedura*, 5.7.2023, p. 7, secondo il quale la riscrittura dell'art. 76 della legge n. 689/81, rimandando alla disciplina contenuta nel comma 12-bis dell'art. 47 della legge n. 354/75, avrebbe determinato l'estensione della liberazione anticipata alla nuova tipologia di sanzioni, senza alcuna distinzione, e M. C. AMOROSO, *"Pene sostitutive delle pene detentive brevi"*, in *Relazione su novità normativa – La Riforma Cartabia*, a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, n. 2/2023, p. 199, che ritiene applicabile alle pene

sostitutive, senza alcuna distinzione, l'istituto della liberazione anticipata per effetto del richiamo contenuto nell'art. 76 della legge n. 689/81 all'art 47, comma 12-bis, della legge n. 354/75. Secondo F. ALVINO, *"Pene sostitutive delle pene detentive brevi"*, in *La riforma del sistema penale – commento al d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 (c.d. Riforma Cartabia)*, in *attuazione della legge delega 27 settembre 2021 n. 134* (a cura di A. Bassi – C. Parodi), Giuffrè ed., 2022, p. 378, il richiamo, attraverso l'art. 47, comma 12-bis, della l. n. 354/75, alla disciplina in materia di liberazione anticipata, istituto che la giurisprudenza già riconosceva applicabile alle sanzioni sostitutive, ne consentirebbe l'applicazione anche alle pene sostitutive, attesa la clausola, peraltro ribadita, che equipara (evidentemente anche ai fini della fruibilità della liberazione anticipata) le sanzioni sostitutive alle pene detentive delle specie corrispondenti a quella della pena sostituita. Sul punto si segnala la diversa opinione di M. BORTOLATO, [Percorsi alternativi alla pena detentiva nel giudizio di sorveglianza. I liberi sospesi e gli effetti della Riforma Cartabia](#), in questa *Rivista*, 23.2.2023, p. 7, secondo il quale la liberazione anticipata non sarebbe applicabile al lavoro di pubblica utilità sostitutivo, posto che l'esecuzione è affidata al giudice dell'esecuzione, cui il beneficio in questione è sconosciuto, e non al magistrato di sorveglianza. Quest'ultima opinione sembra preferibile non tanto per l'argomento processuale che la sostiene, che, sebbene plausibile, non sembrerebbe dirimente (non potrebbe escludersi, infatti, la possibilità per il condannato al lavoro di pubblica utilità sostitutivo di rivolgersi al magistrato di sorveglianza per ottenere il predetto beneficio, benché l'esecuzione della pena sostitutiva sia affidata al medesimo giudice che l'ha applicata), quanto per le medesime ragioni che avevano portato la Cassazione ad escludere l'applicazione della liberazione anticipata alla sanzione sostitutiva della libertà controllata. Si legge, invero, nella richiamata sentenza n. 2895/19, che *"la connotazione premiale della liberazione anticipata non si correla ad una mera restrizione della libertà personale: la riduzione di pena, disciplinata dall'art. 54 Ord. Pen., consiste in una detrazione di giorni per ogni semestre di pena detentiva espiata, quale riconoscimento a favore del condannato che abbia dimostrato di partecipare all'opera di rieducazione. Strutturato come abbuono di pena detentiva per brevi periodi predeterminati di comportamento qualificato, l'istituto rivela una inequivoca natura premiale ed una altrettanto inequivoca carica incentivante verso atteggiamenti partecipativi del soggetto all'azione rieducativa (ciò non toglie che esso rappresenti anche un rilevante strumento per il governo disciplinare degli istituti di pena, poichè la partecipazione all'opera di rieducazione non può non esprimersi, in via principale, nell'osservanza delle norme poste a presidio della corretta convivenza penitenziaria). Di conseguenza, in via principale la liberazione anticipata si lega ad una peculiare condizione del condannato a pena detentiva, il quale abbia dato prova di partecipare all'opera rieducativa, ed è funzionale ad un più efficace e rapido reinserimento nella società; essa ormai è pacificamente riconosciuta con riferimento a tutte le modalità esecutive che contemplano uno stato detentivo (detenzione carceraria, detenzione domiciliare, semilibertà) e, per espressa previsione di legge (art. 47, comma 12 bis, Ord. Pen.), può essere concessa anche all'affidato in prova al servizio sociale che, nel periodo di svolgimento della misura alternativa, abbia dato prova di un concreto recupero: quindi, in questo caso ultimo, ciò avviene a prescindere da uno stato detentivo, ma comunque pur sempre in relazione ad una condanna a pena detentiva, che viene espiata in forma alternativa. Quanto alle sanzioni sostitutive, un riconoscimento di liberazione anticipata è già stato affermato da questa Corte con riferimento alla semidetenzione (Sez. 1, n. 4964 del 18/11/1993, Rv. 197518), ma non già per la sua natura di sanzione sostitutiva, bensì, testualmente, per la «affinità» con la semilibertà e quindi per il contenuto sia pure parzialmente detentivo di essa. La menzionata componente detentiva [sottolineava la S.C.] è, invece, estranea alla libertà controllata, la quale è una sanzione sostitutiva che ha come peculiare connotazione il mantenimento dello stato di libertà, seppure accompagnato da controlli e prescrizioni. Né vale a contraddire questa conclusione il principio espresso da questa Corte (Sez. 1, n. 4758 del 03/07/2000, Rv. 216758) con riferimento ad una differente situazione, e cioè alla conversione della libertà controllata - originariamente disposta - in reclusione, a causa di violazioni di prescrizioni: detta situazione, infatti, conduce all'instaurazione di una condizione sovrapponibile a quella del soggetto originariamente condannato a pena detentiva. Nemmeno appaiono conferenti i riferimenti alle pronunzie che riconoscono il beneficio della liberazione anticipata alla liberazione condizionale e alla connessa libertà vigilata: si tratta, infatti, di istituti applicati comunque a soggetti già condannati a pena detentiva e già detenuti, nei confronti dei quali prosegue la pena detentiva, sia pure con modalità particolari (peraltro, la libertà vigilata ordinata in sede di liberazione condizionale si differenzia sotto l'aspetto funzionale dalla misura di sicurezza della libertà vigilata in quanto non ha lo scopo di fronteggiare una pericolosità sociale del condannato, ma quello di consentire un controllo dello stesso al fine di verificare se il giudizio sul ravvedimento trovi risponidenza nella realtà dei fatti, così collegandosi ai principi generali della liberazione anticipata e della partecipazione all'opera rieducativa, Sez. 1, n. 343 del 28/01/1991, Rv 186672). Dunque con questi*

7-8/2024

gli effetti come pene detentive della specie corrispondente a quella della pena sostituita (art. 57 della legge n. 689/81), dell'istituto della liberazione anticipata di cui all'art. 54 della legge n. 354/75, che, come è noto, opera anche con riferimento a periodi di custodia cautelare presofferti per il medesimo titolo¹⁴, evenienza non da escludere non solo con riguardo alle pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare, rispetto alle quali è possibile che, anche dopo la condanna a pena sostitutiva, prosegua l'applicazione della misura cautelare custodiale, come si ricava chiaramente dall'art. 300, comma 4-bis, c.p.p. e dall'art. 661, comma 1, c.p.p., ma anche rispetto alla pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità sostitutivo. Invero, il comma 4-bis dell'art. 300 c.p.p., come è noto, non consente di mantenere la custodia cautelare quando, in qualsiasi grado del processo, è intervenuta sentenza di condanna al lavoro di pubblica utilità sostitutivo, ancorchè sottoposta ad impugnazione, ma questo significa che l'imputato potrebbe avere sofferto nel medesimo processo in precedenza periodi di custodia cautelare, rispetto ai quali, al passaggio in giudicato della sentenza, potrebbe essere legittimato a richiedere la liberazione anticipata al magistrato di sorveglianza ai sensi degli artt. 54, comma 1, 69, comma 8, e 69-bis della legge n. 354/1975.

casì non è comparabile la situazione di chi sia stato condannato ad una sanzione sostitutiva di pene detentive brevi, quale la libertà controllata, la quale ha durata e contenuti differenti dalla sanzione sostituita e si connota per risultare incompatibile anche con l'affidamento in prova al servizio sociale (Sez. U., n. 8058 del 19/12/2001, Rv. 220821). La sanzione sostitutiva della libertà controllata costituisce una sorta di garanzia, anticipata sin dalla fase di cognizione, di evitare il contatto con l'ambiente penitenziario, poiché si assicura al condannato sin dalla fase del merito un percorso rieducativo "esterno" che si cristallizza nella decisione di condanna, evitando il rischio che nella fase di esecuzione della pena possa essergli eventualmente negata una misura alternativa: con la sentenza ultima menzionata, le Sezioni Unite di questa Corte hanno ritenuto meno afflittive le prescrizioni imposte al libero controllato rispetto all'affidato in prova. Del resto, mentre per le misure alternative non vi è dubbio che esse costituiscano l'espiazione in forma differente della originaria pena detentiva inflitta, anche terminologicamente l'art. 57 della Legge n. 689 del 1981 si limita a dire che la libertà controllata «si considera» come pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena sostituita [...] In definitiva, quindi, difettando nella libertà controllata uno stato detentivo o anche una mera "affinità" con esso e mancando inoltre un'osservazione personologica di istituto diretta alla verifica della partecipazione all'opera rieducativa ed essendo soltanto facoltativo un intervento del servizio sociale (peraltro finalizzato ai soli interventi eventuali di aiuto al reinserimento sociale), il ricorso deve essere rigettato". Orbene, innanzitutto l'art. 76 della legge n. 689/81 stabilisce l'applicabilità alle pene sostitutive dell'art. 47, comma 12-bis, della legge n. 354/75 "in quanto compatibile". Inoltre, pur prevedendo anche il nuovo art. 57 della legge n. 689/81 che, per ogni effetto giuridico, il lavoro di pubblica utilità sostitutivo (come le altre pene-programma sostitutive) si considera come pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena sostituita, deve osservarsi che la predetta pena sostitutiva difetta di un vero e proprio contenuto detentivo, tanto da risultare incompatibile con la custodia cautelare (art. 300, comma 4-bis, c.p.p.). Va, ancora, osservato che, mentre per le pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare è possibile ottenere l'affidamento in prova al servizio sociale dopo l'espiazione di almeno metà della pena (art. 47, comma 3-ter, legge n. 354/75), misura alternativa rispetto alla quale è possibile ottenere la liberazione anticipata (sicchè tale istituto potrebbe essere applicato per tutto il periodo di esecuzione della pena sostitutiva, poi tramutata in misura alternativa), ciò non è possibile per il condannato a pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, e ciò costituisce una ulteriore ragione per escludere la possibilità di riconoscere il beneficio della liberazione anticipata al condannato alla pena sostitutiva di cui all'art. 56-bis della legge n. 689/81. Ovviamente, discorso diverso riguarda la possibilità di richiedere la liberazione anticipata per periodi trascorsi in custodia cautelare nel corso del processo, che, come chiarito nel testo, è possibile anche per il condannato alla pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità sostitutivo.

¹⁴ Cass. pen. sez. I, 9.9.2019, n. 894/20.

Orbene, alla luce di quanto sopra rappresentato, è preferibile l'opinione¹⁵ secondo la quale il pubblico ministero dispone la trasmissione della sentenza di condanna irrevocabile alla pena sostitutiva della semilibertà o della detenzione domiciliare al magistrato di sorveglianza competente con un vero e proprio ordine di esecuzione¹⁶, da notificarsi al difensore del condannato¹⁷.

Differentemente dalle altre pene-programma sostitutive, per il lavoro di pubblica utilità sostitutivo l'art. 63, comma 1, legge n. 689/81 stabilisce che la sentenza penale irrevocabile o il decreto penale esecutivo che applicano il lavoro di pubblica utilità sostitutivo sono immediatamente trasmessi per estratto a cura della cancelleria all'ufficio di pubblica sicurezza o, in mancanza di questo, al comando dell'Arma dei Carabinieri competenti in relazione al Comune in cui il condannato risiede, nonché all'UEPE che deve prendere in carico il condannato. La sentenza irrevocabile e il decreto penale esecutivo sono altresì trasmessi al pubblico ministero per gli adempimenti di cui all'art. 70 della legge n. 689/81.

Come già rilevato, dalla Relazione illustrativa della c.d. Riforma Cartabia emerge chiaramente la volontà del legislatore di *bypassare* il pubblico ministero, affidando alla cancelleria del giudice che ha emesso la sentenza di condanna irrevocabile ovvero il decreto penale esecutivo il compito di trasmettere per estratto i suddetti provvedimenti direttamente all'organo di polizia che, successivamente, provvede a consegnarne copia al condannato ingiungendogli di attenersi alle prescrizioni in esso contenute e di presentarsi immediatamente all'UEPE (comma 2 dell'art. 63 della legge n. 689/81).¹⁸

Del resto, ai sensi dell'art. 657, comma 3, c.p.p., per l'eventuale presofferto, il condannato al lavoro di pubblica utilità sostitutivo può rivolgersi direttamente al giudice.¹⁹

¹⁵ Secondo P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario e delle misure punitive*, Giappichelli ed., 2023, p. 100, una volta che il giudice della cognizione ha emanato la sentenza di condanna, il c.d. titolo esecutivo, che contiene la pena sostitutiva cui il condannato dovrà essere sottoposto, il pubblico ministero trasmette la sentenza al magistrato di sorveglianza e notifica il provvedimento di esecuzione al condannato e al suo difensore.

¹⁶ S. LUERTI, *"L'esecuzione delle pene sostitutive: semilibertà .."*, cit., p. 153, esclude, invece, che un provvedimento esecutivo come quello descritto nel testo sia previsto dal novellato art. 62 della legge n. 689/81, e non sarebbe ad esso sovrapponibile il provvedimento con cui il pubblico ministero investe il magistrato di sorveglianza dell'esecuzione della pena sostitutiva, trasmettendogli la sentenza definitiva in vista dell'ordinanza ex art. 62 citato, sembrando avere tale atto mera funzione di impulso ed al più potendo contenere il computo della pena sostitutiva residua da eseguire, detratti i periodi di custodia cautelare o patiti senza titolo, ai sensi dell'art. 657 c.p.p., ma non governerebbe lo sviluppo successivo dell'esecuzione della pena sostitutiva. Secondo il citato Autore, la lacuna sarebbe difficilmente colmabile senza uno specifico intervento normativo, anche se, rileva, alcuni Uffici esecuzione delle Procure della Repubblica o delle Procure Generali si starebbero dotando di provvedimenti organizzativi in tale senso.

¹⁷ Pertanto, dall'emissione di questo ordine di esecuzione la competenza a provvedere con riferimento ad eventuali questioni che dovessero riguardare misure cautelari ancora in atto nel periodo intermedio ricadrebbe sul magistrato di sorveglianza: sul punto si rimanda a G. BIONDI, *"L'applicazione delle pene sostitutive .."*, cit., p. 143.

¹⁸ In dottrina P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario ..*, cit., p. 101, ritiene che si tratti di una vera e propria deroga alla procedura delineata, invece, per le altre pene sostitutive.

¹⁹ Secondo una recente pronuncia della Cassazione (Cass. pen. sez. I, 9.11.2023, n. 392/24), spetta al giudice

Orbene, stante la chiara *voluntas legis* espressa anche nella Relazione illustrativa, sembra evidente che, contrariamente al modello di esecuzione della condanna irrevocabile al lavoro di pubblica utilità espresso dall'art. 43 del d. lgs. n. 274/2000 – che prevede la trasmissione della sentenza irrevocabile per estratto al pubblico ministero e l'emissione dell'ordine di esecuzione da parte di quest'ultimo –, applicabile anche alle sanzioni sostitutive del lavoro di pubblica utilità previste dagli artt. 186, comma 9-*bis*, e 187, comma 8-*bis*, c.d.s. e dall'art. 73 comma 5-*bis*, DPR n. 309/90 in virtù dell'espresso richiamo contenuto in dette norme all'art. 54 d. lgs. n. 274/2000²⁰, nel caso di specie non è necessario che il giudice trasmetta la sentenza irrevocabile di condanna o il decreto penale di condanna esecutivo al lavoro di pubblica utilità sostitutivo al pubblico ministero affinché lo metta in esecuzione mediante l'emissione di uno specifico ordine. Sotto questo profilo, l'indicazione che emerge dall'art. 68, comma 2, della legge n. 689/81, di un possibile ordine di esecuzione anche con riferimento al lavoro di pubblica utilità sostitutivo sembrerebbe frutto di un refuso. Tuttavia, nell'ipotesi in cui il giudice trasmetta al pubblico ministero la sentenza di condanna irrevocabile o il decreto penale di condanna esecutivo al lavoro di pubblica utilità sostitutivo non soltanto per gli adempimenti di cui all'art. 70 della legge n. 689/81, ma anche per l'esecuzione della pena sostitutiva, fermo restando che il pubblico ministero potrebbe declinare l'invito, in ogni caso, ove anche provvedesse a dare esecuzione alla pena sostitutiva con ordine di esecuzione, ciò non dovrebbe comportare alcuna significativa violazione di legge, dovendosi ritenere l'opzione legislativa, tendente ad escludere il passaggio al pubblico ministero per l'esecuzione del lavoro di pubblica utilità sostitutiva, una mera scelta di opportunità rispetto al generale schema esecutivo ricavabile dall'art. 43 d. lgs. n. 274/2000.

1.3. L'esecuzione delle pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare.

1.3.1. L'avvio dell'esecuzione.

Dopo avere chiarito, in generale, il ruolo del pubblico ministero nella fase iniziale dell'esecuzione delle pene sostitutive, si passa ad esaminare il concreto svolgersi del procedimento esecutivo, cominciando con le pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare.

dell'esecuzione di occuparsi del presofferto in caso di condanna al lavoro di pubblica utilità sostitutivo.

²⁰ Vedi Cass. pen. sez. I, 14.9.2023, n. 3708/24, in relazione all'art. 186, comma 9-*bis*, c.d.s., secondo la quale non grava sull'interessato l'onere di avviare lo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, bensì al pubblico ministero, cui spetta l'atto di impulso alla procedura esecutiva. In senso conforme Cass. pen. sez. I, 17.9.2020, n. 15861, Cass. pen. sez. I, 17.5.2022, n. 36369 e Cass. pen. sez. I, 16.6.2023, n. 44392. *Contra* Cass. pen. sez. I, 8.3.2022, n. 11264, che ammette la possibilità che l'esecuzione del lavoro di pubblica utilità possa prendere avvio su iniziativa dello stesso condannato, anche in mancanza di ordine di esecuzione del pubblico ministero.

Si è già detto che il pubblico ministero²¹, emesso l'ordine di esecuzione, trasmette la sentenza irrevocabile di condanna²² al magistrato di sorveglianza del luogo di domicilio del condannato. Al magistrato di sorveglianza spetta il compito di verificare l'attualità delle prescrizioni dettate dal giudice della cognizione e, conseguentemente, provvedere alla conferma o alla modifica delle stesse²³. Si legge nella Relazione illustrativa della c.d. Riforma Cartabia che si è ritenuto indispensabile mantenere il vaglio del magistrato di sorveglianza considerato che, tra la sentenza di merito in cui è applicata la pena sostitutiva e la sua irrevocabilità all'esito di tre gradi di giudizio, le situazioni di fatto e soggettiva del condannato potrebbero mutare e il vaglio preliminare di esecutività del magistrato di sorveglianza implica la verifica dell'attualità di dette condizioni ovvero il loro mutamento. Peraltro, si è individuato nell'ufficio di sorveglianza l'organo giudiziario più adeguato, per le funzioni tipiche che già svolge, a seguire l'andamento della pena sostitutiva, con i poteri e con l'agilità di intervento che necessita, secondo le prassi consolidate dell'ufficio di sorveglianza, mentre il giudice della cognizione, che potrebbe essere anche collegiale e, in ipotesi, anche di secondo grado, non sarebbe strutturato per rispondere con la necessaria tempestività alle esigenze della pena sostitutiva della semilibertà e della detenzione domiciliare e del condannato stesso.

La competenza del magistrato di sorveglianza del luogo di domicilio del condannato è una competenza territoriale e funzionale, perché tale magistrato è quello che segue l'andamento della misura e interviene in tutti gli incidenti che si verificano nel corso del rapporto esecutivo.

Dunque, ricevuta la sentenza, iscritto il procedimento nel registro informatizzato SIUS, il magistrato di sorveglianza procede a norma dell'art. 678, comma 1-*bis*, c.p.p. e, previa verifica dell'attualità delle prescrizioni, entro il quarantacinquesimo giorno dalla ricezione della sentenza, provvede con ordinanza con cui conferma e, ove necessario, modifica le modalità di esecuzione e le prescrizioni della pena²⁴. Il magistrato di

²¹ Il pubblico ministero in questione è quello competente in relazione al combinato disposto degli artt. 655 e 665 c.p.p. Sul punto, è bene ricordare che in passato, con riferimento alle sanzioni sostitutive (e, nello specifico, alla sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità di cui all'art. 186, comma 9-*bis*, c.d.s.), la Cassazione ha affermato che la competenza esecutiva (che, di riflesso, comporta anche la competenza del pubblico ministero) spetta al giudice di primo grado, ai sensi dell'art. 665, comma 2, c.p.p., nell'ipotesi in cui la Corte di Appello si sia limitata a riformare la sentenza impugnata esclusivamente attraverso il riconoscimento della sanzione sostitutiva della pena detentiva, confermando nel resto (vedi Cass. pen. sez. I, 25.1.2018, n. 22280). Peraltro, individuato il magistrato di sorveglianza competente ai sensi dell'art. 62 della legge n. 689/81, il pubblico ministero potrebbe successivamente mutare, poiché da quel momento in poi sarà il pubblico ministero presso l'ufficio di sorveglianza competente, che potrebbe essere diverso da quello che ha avviato l'esecuzione della sentenza di condanna irrevocabile alla pena sostitutiva.

²² Giova solo evidenziare che, ai sensi dell'art. 95, comma 1, d. lgs. n. 150/2022, per il periodo disciplinato dalla predetta norma transitoria, la pena sostitutiva della semilibertà o della detenzione domiciliare potrebbe essere applicata anche con ordinanza del giudice dell'esecuzione.

²³ In questo senso, condivisibilmente, G. COLAIACOVO, *"L'esecuzione di misure di sicurezza, pene pecuniarie, pene sostitutive e pene accessorie"*, in *Esecuzione penale e vicende del giudicato*, (a cura di E. N. La Rocca), Giappichelli ed., 2024, p. 53.

²⁴ Vale la pena ricordare che il magistrato di sorveglianza può modificare le prescrizioni ad eccezione di quelle di cui all'art. 56-*ter*, comma 1, nn. 1, 2, 4 e 5 della legge n. 689/81, come si evince dall'art. 64, ultimo

sorveglianza, quindi, provvede ai sensi dell'art. 667, comma 4, c.p.p., e cioè *de plano*, con ordinanza opponibile dinanzi allo stesso magistrato di sorveglianza²⁵, che successivamente decide – sempre con ordinanza – all'esito del procedimento in contraddittorio ai sensi del combinato disposto degli artt. 666 e 678 c.p.p.

L'ordinanza, dunque, è innanzitutto comunicata al pubblico ministero e notificata al condannato e al suo difensore (quello appositamente nominato per la fase esecutiva, ovvero, al difensore della fase del giudizio di cognizione) per consentire loro di opporvisi. Quindi, una volta che è divenuta esecutiva per effetto della mancata opposizione nel termine di quindici giorni dalla notifica o dalla comunicazione, nell'ipotesi in cui il condannato è libero (o detenuto, ma in regime di arresti domiciliari, ovvero sottoposto a misura di sicurezza provvisoria non a carattere detentivo), è immediatamente trasmessa per l'esecuzione all'ufficio di pubblica sicurezza del Comune in cui il condannato è domiciliato ovvero, in mancanza di questo, al Comando dell'Arma dei Carabinieri territorialmente competente. E', altresì, trasmessa anche all'UEPE e, nel caso della semilibertà, al direttore dell'Istituto penitenziario cui il condannato è stato assegnato. Ricevuta l'ordinanza, l'organo di polizia, redigendo apposito verbale in cui sono riportati tutti gli adempimenti effettuati (verbale da comunicare al Questore e agli altri uffici interessati, nonché al direttore dell'Istituto di pena presso cui si trova il condannato in semilibertà), ne consegna copia al condannato ingiungendogli di attenersi alle prescrizioni in essa contenute e di presentarsi immediatamente all'UEPE. Provvede, altresì, al ritiro e alla custodia delle armi, munizioni ed esplosivi e del passaporto ed alla apposizione sui documenti equipollenti dell'annotazione "*documento non valido per l'espatrio*", limitatamente alla durata della pena²⁶. Dal momento della consegna dell'ordinanza al condannato e della redazione del relativo verbale inizia a decorrere la pena sostitutiva.

Nell'ipotesi in cui il condannato dovesse essere detenuto o internato, l'ordinanza del magistrato di sorveglianza è trasmessa al direttore dell'Istituto penitenziario affinché informi anticipatamente l'organo di polizia della dimissione del condannato. La pena

comma, della legge n. 689/81. In dottrina (vedi M. BORTOLATO, "*Percorsi alternativi alla pena detentiva ..*", cit., p. 8) si sottolinea la necessità che, nel governo delle pene sostitutive (appunto "pene" e non "misure"), l'intervento del magistrato di sorveglianza sia ispirato al necessario rispetto della statuizione giudiziale e da buon senso. In questo caso il magistrato di sorveglianza è "schiavo", più che in altre occasioni, di quanto ha deciso il giudice della condanna alle cui statuizioni deve adeguarsi. Nello stesso senso R. DE VITO, "*Le pene sostitutive: una nuova categoria sanzionatoria per spezzare le catene del carcere*", in *Questione giustizia*, 2/2023, p. 17, secondo il quale non è previsto, ed è da considerarsi escluso, che il magistrato di sorveglianza possa modificare la pena sostitutiva, eventualmente applicandone una ritenuta più confacente alle mutate esigenze rieducative del condannato, poiché la pena sostitutiva comminata dal giudice non è misura alternativa.

²⁵ L'ordinanza non è immediatamente esecutiva, ma lo diviene con la sua irrevocabilità, e cioè alla scadenza del termine per presentare opposizione, senza che l'atto oppositivo sia stato presentato: cfr. Cass. pen. sez. I, 8.6.2015, n. 36754, in tema di procedimento *de plano* dinanzi al giudice dell'esecuzione.

²⁶ Alla cessazione dell'esecuzione della pena, le cose ritirate sono poi restituite a cura dello stesso organo di polizia e vengono annullate le annotazioni effettuate sui documenti equipollenti al passaporto (art. 62 ultimo comma, legge n. 689/81).

7-8/2024

sostitutiva inizia a decorrere, in questo caso, dal giorno successivo a quello della dimissione.

La norma non precisa se l'ordinanza irrevocabile debba essere trasmessa anche al pubblico ministero ai sensi dell'art. 659 c.p.p. Comportando la "carcerazione o la scarcerazione" del condannato, è preferibile l'opinione secondo la quale all'ordinanza in questione debba accompagnarsi l'ordine di esecuzione del pubblico ministero ai sensi dell'art. 659 c.p.p., al quale spetterà comunque di determinare il c.d. fine pena²⁷.

L'art. 661 c.p.p. ha previsto che, fino alla decisione del magistrato di sorveglianza, se il condannato alla pena sostitutiva della semilibertà o della detenzione domiciliare è in custodia cautelare, permane lo stato detentivo in cui si trova e il tempo corrispondente è considerato come pena espiata a tutti gli effetti. In tutti gli altri casi, le misure cautelari disposte perdono efficacia, come del resto già chiarito da tempo dalla Cassazione nel più alto consesso²⁸.

Dall'emissione dell'ordine di esecuzione del pubblico ministero, con trasmissione della sentenza irrevocabile al magistrato di sorveglianza competente ai sensi dell'art. 62 della legge n. 689/81, essendo la fase esecutiva già avviata, per la decisione su questioni inerenti la misura cautelare non sarebbe più competente il giudice dell'esecuzione, ma il magistrato di sorveglianza.²⁹ Questa conclusione è avvalorata da

²⁷ In tale senso, condivisibilmente, M. BORTOLATO, *"Le misure alternative tra prassi, novità e problematiche relative all'art. 656 c.p.p.e ai liberi sospesi"*, relazione tenuta al corso della Scuola Superiore della Magistratura *"Alternative al carcere ed esecuzione penale esterna: nuove pene sostitutive, misure alternative alla detenzione e messa alla prova"* Napoli, Castel Capuano, 21.3.2024, p. 7, che richiama le disposizioni di cui agli art. 97 e 100 del DPR 230/00 relative alle misure alternative dell'affidamento in prova e della detenzione domiciliare, che attribuiscono al pubblico ministero specifici obblighi esecutivi, fra i quali anche la determinazione del c.d. fine pena, e che sottolinea come l'esecuzione delle pene sostitutive, che trovano la loro fonte in provvedimenti del giudice della cognizione, debba spettare integralmente al pubblico ministero competente per l'esecuzione.

²⁸ Cass. pen. sez. un., 31.3.2011, n. 18353; peraltro, le Sezioni Unite precisavano che la perdita di efficacia opera di diritto, senza che sia necessario alcun provvedimento che la dichiari, anche se, ove insorgano questioni in ordine alla misura coercitiva non custodiale nel periodo intercorrente tra il passaggio in giudicato della sentenza e il concreto avvio della sua esecuzione, la competenza a decidere spetta al giudice dell'esecuzione.

²⁹ Si veda, sul punto, Cass. pen. sez. VI, 10.2.2017, n. 25504 e Cass. pen. sez. VI, 31.1.2018, n. 14753, secondo le quali, nel periodo intercorrente fra il passaggio in giudicato della sentenza e l'inizio della fase di esecuzione della pena (individuata nell'emissione dell'ordine di esecuzione), spetta al giudice dell'esecuzione la competenza a decidere sulle questioni relative alle misure cautelari personali ancora in corso, detentive e non detentive, con ordinanza *"de plano"* emessa ai sensi dell'art. 667, comma 4, c.p.p., suscettibile di opposizione davanti allo stesso giudice. *Contra* Cass. pen. sez. I, 6.7.2021, n. 35791, secondo la quale spetta al magistrato di sorveglianza la competenza a provvedere sulla richiesta del condannato in via definitiva a pena detentiva, che sia rimasto in regime di arresti domiciliari in attesa dell'emissione dell'ordine di esecuzione, volta ad ottenere l'autorizzazione all'allontanamento dal luogo degli arresti domiciliari (nella specie, per effettuare un colloquio presso un centro per l'impiego). Peraltro, se si ritiene che ordine di esecuzione del pubblico ministero e trasmissione della sentenza di condanna irrevocabile al magistrato di sorveglianza competente possano essere anche due atti temporalmente distinti, nel periodo intermedio intercorrente tra l'emissione del primo, e la trasmissione della sentenza, la competenza a provvedere sulle questioni relative alle misure cautelari personali ancora in corso dovrebbe essere attribuita al magistrato di sorveglianza individuato ai sensi dell'art. 677 c.p.p., e non ai sensi dell'art. 62 della legge n. 689/81.

una prima pronuncia della Cassazione³⁰, secondo cui, quanto alle pene sostitutive della detenzione domiciliare e della semilibertà, la norma (art. 661 c.p.p.) disciplina anche l'ipotesi in cui tali pene sostitutive siano applicate a un soggetto in custodia cautelare per la medesima causa: in tale ipotesi, si stabilisce che il condannato debba permanere nello stato detentivo in cui si trova e il tempo corrispondente è considerato come pena espiata a tutti gli effetti, mentre in tutti gli altri casi le misure cautelari perdono immediatamente efficacia. L'esplicita previsione dell'ipotesi dell'applicazione della pena sostitutiva della detenzione domiciliare, oltre che di quella della semilibertà, a soggetto attinto da una misura cautelare, coniugato con il disposto dell'art. 62 della legge n. 689 del 1981, conferma, secondo i giudici di legittimità, la competenza del magistrato di sorveglianza a emettere ogni provvedimento attratto nell'alveo dell'esecuzione della sentenza. L'impulso avente ad oggetto l'avvio dell'esecuzione delle predette pene sostitutive è affidato dalle indicate norme al pubblico ministero che ha il compito di trasmettere la sentenza al magistrato di sorveglianza del luogo del domicilio del condannato, contestualmente alla notificazione del provvedimento di esecuzione al difensore del condannato. E' poi il magistrato di sorveglianza a dovere provvedere "senza ritardo" al compimento delle attività disciplinate dall'art. 62 della legge n. 689/81 e, dopo avere verificato l'attualità delle prescrizioni, ad emettere, entro il quarantacinquesimo giorno dalla ricezione della sentenza, l'ordinanza, resa a norma dell'art. 678, comma 1-bis, c.p.p., che conferma, nonché, se necessario, modifica le modalità di esecuzione e le prescrizioni della pena sostitutiva, con il seguito procedimentale esecutivo affidato alla sua direzione. Il sistema, quindi, non contempla l'emersione di una competenza diversa da quella del magistrato di sorveglianza dall'avvio dell'esecuzione determinato dalla trasmissione da parte del pubblico ministero del titolo esecutivo al suddetto magistrato. Da quel momento è il magistrato di sorveglianza a dovere assumere le conseguenti determinazioni esaminando anche le sopravvenienze inerenti alla posizione del condannato rispetto al suo *status libertatis*, come cristallizzato in virtù dei provvedimenti emessi dal giudice della cognizione. L'articolazione del complessivo assetto espressa dall'art. 661 c.p.p., laddove prevede in via ordinaria il caso della pena sostitutiva da applicarsi a soggetto condannato in custodia cautelare, corrobora la conclusione che è il magistrato di sorveglianza a dovere provvedere in ogni caso.

1.3.2. Le vicende esecutive: modifiche; licenze, sospensione e rinvio; revoca.

In questo paragrafo l'attenzione viene riservata alle vicende esecutive delle pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare.

³⁰ Cass. pen. sez. I, 12.1.2024, n. 9282, fattispecie in tema di conflitto di competenza insorto tra giudice dell'esecuzione e magistrato di sorveglianza in ordine alla revoca della pena sostitutiva della detenzione domiciliare ai sensi degli artt. 62 e 66 della legge n. 689/81 a condannato in stato di custodia cautelare al momento dell'avvio dell'esecuzione della pena sostitutiva.

La vigilanza e il controllo sull'adempimento delle prescrizioni è demandato dall'art. 65 della legge n. 689/81 all'ufficio di pubblica sicurezza del luogo in cui il condannato sconta le pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare, ovvero, in mancanza di questo, al Comando dell'Arma dei Carabinieri territorialmente competente. Altro organo incaricato della vigilanza è il nucleo di Polizia Penitenziaria presso l'UEPE. Questi organi di vigilanza tengono per ogni condannato sottoposto a vigilanza e controllo un registro nominativo ed un fascicolo all'interno del quale sono custodite la sentenza di condanna alla pena sostitutiva e l'ordinanza del magistrato di sorveglianza che conferma o modifica le prescrizioni, copia della corrispondenza con l'Autorità Giudiziaria e con le altre autorità, una cartella biografica in cui sono riassunte le condanne riportate e ogni altro documento relativo all'esecuzione della pena. Per il condannato alla pena sostitutiva della semilibertà, stante il richiamo all'art. 26 del d.p.r. n. 230/2000, è istituita anche la cartella personale fin dal momento del suo ingresso in Istituto di pena. Inoltre, al direttore dell'Istituto di pena è demandato il controllo circa il rispetto da parte del condannato dell'obbligo di permanenza in carcere previsto dal comma 1 dell'art. 55 della legge n. 689/81.

Nel corso dell'esecuzione della pena sostitutiva può sorgere la necessità di modificare alcune delle prescrizioni imposte con l'ordinanza del magistrato di sorveglianza. L'art. 64 della legge n. 689/81 stabilisce che, salvo le prescrizioni immutabili di cui all'art. 56-ter, comma 1, nn. 1, 2, 4 e 5, della legge n. 689/81, le modifiche delle altre prescrizioni possono essere richieste dal condannato al magistrato di sorveglianza per comprovati motivi³¹ e devono essere inoltrate per il tramite dell'UEPE. Il magistrato di sorveglianza procede sempre *de plano* ai sensi dell'art. 678, comma 1-bis, c.p.p., con ordinanza opponibile dinanzi allo stesso magistrato di sorveglianza dall'interessato, dal suo difensore o dal pubblico ministero nel termine di quindici giorni dalla notifica o dalla comunicazione ai sensi dell'art. 667, comma 4, c.p.p.³² La relativa ordinanza (diventa irrevocabile) è immediatamente trasmessa

³¹ Si è sottolineato che la norma non richiede più, come in passato, nella vigenza della vecchia formulazione dell'art. 64 della legge n. 689/81, "*sopravvenuti motivi di assoluta necessità*", bensì solo la sussistenza di "*comprovati motivi*", che dunque potrebbero essere anche preesistenti al momento dell'applicazione della pena, ma non debitamente considerati in quel momento, e potrebbero consistere anche in mere ragioni di opportunità soggettiva, collegate al perseguimento delle finalità rieducative della medesima pena sostitutiva (vedi M. C. AMOROSO, "*Pene sostitutive delle pene detentive brevi*", cit., p. 211).

³² Si lamenta (si veda sempre M. C. AMOROSO, "*Pene sostitutive delle pene detentive brevi*", cit., p. 212) la mancata previsione di una preliminare interlocuzione sull'istanza di modifica da parte del pubblico ministero, il quale potrebbe prospettare il suo punto di vista solo in sede di opposizione. Ciò assumerebbe particolare criticità nell'ipotesi in cui l'istanza di modifica riguardasse la prescrizione del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa di cui all'art. 56-ter, ultimo comma, legge n. 689/81, attesa la mancata previsione dell'interlocuzione della persona offesa al riguardo. Orbene, le plausibili segnalate criticità potrebbero essere attenuate, da un lato, dalla circostanza che l'istanza di modifica deve essere veicolata tramite l'UEPE, che, come notato nella Relazione illustrativa della c.d. Riforma Cartabia (vedi pag. 389), può "filtrare" le richieste e, se del caso, istruirle (eventualmente anche interloquendo con la persona offesa) prima di inoltrarle al magistrato di sorveglianza, dall'altra, dal fatto che l'ordinanza emessa *inaudita altera parte* dal magistrato di sorveglianza non è immediatamente esecutiva, ma lo diventa solo se non opposta nei termini di legge, sicché il pubblico ministero ha la possibilità di fare valere le proprie ragioni con l'opposizione nella certezza che, con la presentazione della stessa, impedisce l'esecutività del

all'UEPE, all'organo di polizia (evidentemente agli organi di polizia che hanno il controllo e la vigilanza sull'esecuzione della pena sostitutiva) e, per la semilibertà, al direttore dell'Istituto di pena.

Sempre nel corso dell'esecuzione delle predette pene sostitutive può sorgere per il condannato la necessità di godere di licenze, che l'art. 69, comma 1, della legge n. 689/81 collega a giustificati motivi attinenti alla salute, al lavoro, allo studio, alla formazione, alla famiglia o alle relazioni affettive. I giorni di licenza non possono superare nel complesso la durata di quarantacinque giorni all'anno. Nel "silenzio" della norma³³, sulla richiesta provvede il magistrato di sorveglianza con decreto motivato, sostanzialmente ai sensi dell'art. 69, comma 7, della legge n. 354/75. Il relativo provvedimento, secondo un recente orientamento della Cassazione (sviluppatosi con riguardo alle corrispondenti misure alternative)³⁴, è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost. per violazione di legge, trattandosi di provvedimento, avente natura giurisdizionale, che incide sulla libertà personale. Il richiamo del comma 3 dell'art. 52 della legge n. 354/75 consente al magistrato di sorveglianza di revocare la licenza, in caso di trasgressione da parte del condannato, nel corso della sua esecuzione, degli obblighi impostigli, indipendentemente dalla revoca della pena sostitutiva³⁵. Al condannato, poi, che, allo scadere della licenza o dopo la revoca di essa, non rientra in Istituto o nel luogo di detenzione domiciliare, è applicabile l'art. 66 comma 1 della legge n. 689/81, ovvero è possibile la revoca della stessa pena sostitutiva, con conversione della parte residua di pena nella pena detentiva sostituita ovvero in altra pena sostitutiva più grave. Il magistrato di sorveglianza compie, ove occorra, sommari accertamenti e, qualora ritenga di doversi disporre la revoca della semilibertà o della detenzione domiciliare e la conversione prevista dal predetto comma 1 dell'art. 66 legge n. 689/81, procede a norma dell'art. 666 c.p.p. (art. 66 comma 3 della legge n. 689/81). Dunque, in questi casi il magistrato di sorveglianza non emette provvedimenti "revocatori" *de plano* opponibili o ricorribili, ma ciò può fare solo dopo il contraddittorio necessario fra le parti. Per effetto del richiamo dell'art. 53-bis della legge n. 354/75 contenuto nell'art. 76 della legge n. 689/81, si ritiene applicabile, in quanto compatibile, la relativa disciplina alle pene sostitutive. Pertanto, il tempo trascorso dal condannato in licenza è computato ad ogni effetto nella durata della pena sostitutiva, salvi i casi di mancato rientro o di altri gravi comportamenti da cui risulta che il soggetto non si è dimostrato meritevole del beneficio. Avverso il decreto motivato del magistrato di sorveglianza, che esclude dal

provvedimento emesso ai sensi degli artt. 667, comma 4, e 678, comma 1-bis, c.p.p.

³³ Nel vecchio testo dell'art. 69 della legge n. 689/81 si stabiliva che *"per motivi di particolare rilievo, attinenti al lavoro, allo studio o alla famiglia, possono essere concesse, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 52 della L. 25 luglio 1975, n. 354, sospensioni della semidetenzione e della libertà controllata per la durata strettamente necessarie e comunque per non più di sette giorni per ciascun mese di pena."* L'esplicito richiamo all'art. 52 della legge n. 354/75 nella sua interezza consentiva di rimandare a tutta la disciplina delle licenze ai condannati in misura alternativa della semilibertà. Attualmente il richiamo è solo al comma 3 dell'art. 52 della legge n. 354/75.

³⁴ Cass. pen. sez. I, 26.10.2023, n. 5031/24. In senso contrario in precedenza Cass. pen. sez. 13.12.2002, n. 15684/03, che riteneva inoppugnabile il provvedimento.

³⁵ Ragionevolmente, anche il decreto motivato di revoca è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost.

computo i giorni di licenza, l'interessato può proporre reclamo al Tribunale di Sorveglianza secondo il procedimento di cui all'art. 14-ter della legge n. 354/75³⁶, ma il magistrato di sorveglianza che ha emesso il provvedimento non può comporre il collegio.

Il terzo comma dell'art. 69 della legge n. 689/81 prende in esame le ipotesi di rinvio dell'esecuzione delle pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare ancorandole ai casi di cui agli artt. 146 (rinvio obbligatorio) e 147 c.p. (rinvio facoltativo) e rimandando per la relativa disciplina processuale all'art. 684 c.p.p.³⁷ Pertanto, la competenza a provvedere è attribuita al Tribunale di Sorveglianza, che può anche disporre per il condannato alla semilibertà sostitutiva l'applicazione della detenzione domiciliare sostitutiva, in quanto compatibile, e in questo caso l'esecuzione della pena prosegue durante la detenzione domiciliare. Peraltro, ai sensi dell'art. 678, comma 1-bis, c.p.p., nei casi di cui all'art. 146 comma 1 nn. 1) e 2) c.p., il Tribunale di Sorveglianza procede a norma dell'art. 667, comma 4, c.p.p., mentre negli altri casi ai sensi dell'art. 666 c.p.p. Quando vi è fondato motivo per ritenere che sussistono i presupposti perché il Tribunale disponga il rinvio, il magistrato di sorveglianza può ordinare il differimento dell'esecuzione, ovvero, se la protrazione dell'esecuzione può cagionare grave pregiudizio al condannato, disporre la liberazione, ovvero ancora, stante la specifica ipotesi prevista per le pene sostitutive, disporre l'applicazione al condannato alla semilibertà sostitutiva della detenzione domiciliare sostitutiva. Il provvedimento, che dovrebbe assumere la forma dell'ordinanza non impugnabile³⁸,

³⁶ Secondo E. LOSCO e M. STRAINI, *"Pene sostitutive delle pene detentive brevi.."*, cit., p. 23, si segue la procedura di cui all'art. 14-ter della legge n. 354/75, cui testualmente rinvia l'art. 53-bis della medesima legge. Tuttavia, occorre ricordare l'intervento della Corte Costituzionale sull'art. 14-ter legge n. 354/75 con la sentenza n. 53 del 1993, che, sebbene calibrato sul permesso premio, sembra, perverso, esprimere un principio di carattere generale, estensibile anche alle licenze di cui si discute, facendo discendere dal recupero a detenzione del periodo trascorso in licenza per immeritevolezza da parte del condannato la necessità di assicurare nel relativo procedimento la *vocatio in ius*, l'appagamento integrale dell'esigenza del contraddittorio e dell'impugnabilità del provvedimento, esigenze che possono essere assicurate dal procedimento tipico dinanzi al Tribunale di Sorveglianza di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p.

³⁷ La norma continua a richiamare le vecchie sanzioni sostitutive della semidetenzione e della libertà controllata e, dunque, non è stata "aggiornata" rispetto alle nuove pene sostitutive neppure in seguito all'intervento "integrativo" e "correttivo" effettuato attraverso il d. lgs. del 19.3.2024, n. 31, pubblicato in G.U. *serie generale* n. 67 del 20.3.2024, entrato in vigore in data 4.4.2024. Per un primo sommario commento al citato decreto correttivo si rinvia a *"Il sistema del diritto penale. Dossier. D. lgs. 31/2004 correttivo Cartabia. Commento articolo per articolo"*, Dike Giuridica, 2024. Per un approfondimento si rimanda alla Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Cassazione n. 15/2024 pubblicata il 16.4.2024, nonché a L. Agostino, *"Le prime correzioni alla Riforma Cartabia: il d. lgs. 31/2024 tra interventi di microchirurgia e alcune modifiche di più ampio respiro"*, in www.laegislazionepenale.eu, 15.5.2024; M. CECCHI, *"Rinnovate scansioni procedurali per l'applicazione delle pene sostitutive"*, in *Penale diritto e procedura*, 17.3.2024; G. DE MARZO, *"Le modifiche di diritto penale e processual-penale alla riforma Cartabia"*, in *Il Foro Italiano*, 2023, IV, p. 365.

³⁸ Vedi Cass. pen. sez. I, 2.4.2001, n. 23261. Secondo S. LUERTI, *"Sospensione dell'esecuzione, licenze e rinvio delle pene sostitutive"*, in *Riforma Cartabia le modifiche al sistema penale*, vol. III, *"Le modifiche al sistema sanzionatorio penale"* (a cura di R. Bartoli, G. L. Gatta, V. Manes), Giappichelli ed., 2024, p. 169, il magistrato di sorveglianza, in virtù di quanto previsto dall'art. 678, comma 1-bis, c.p.p., provvederebbe sempre ai sensi dell'art. 667, comma 4, c.p.p., ma in questo caso la sua ordinanza non sarebbe opponibile innanzi allo stesso magistrato, poiché, essendo emessa in via provvisoria e di urgenza, passa automaticamente al vaglio del

conserva effetto fino alla decisione del Tribunale, al quale il magistrato di sorveglianza trasmette immediatamente gli atti. Si discute sulla necessità della trasmissione degli atti al Tribunale di Sorveglianza in caso di rigetto della richiesta da parte del magistrato di sorveglianza³⁹. Nelle medesime forme si provvede quando occorre disporre la proroga del rinvio dell'esecuzione (ultimo comma dell'art. 69 della legge n. 689/81).

Il richiamo contenuto nell'art. 76 della legge n. 689/81 all'art. 51-*quater* della legge n. 354/75 permette soprattutto di sospendere le eventuali pene accessorie, che potrebbero essere incompatibili con l'attività che in base alla singola pena sostitutiva il condannato è chiamato a svolgere, nel corso dell'esecuzione delle pene sostitutive. Questa possibilità, secondo quanto auspicato nella Relazione illustrativa della c.d. Riforma Cartabia, dovrebbe costituire un ulteriore incentivo alla sostituzione della pena detentiva breve.

Infine, l'art. 66 della legge n. 689/81 disciplina le ipotesi di revoca delle pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare. Il comma 1 stabilisce che, salvo quanto previsto dall'art. 71 della legge n. 689/81 per la pena pecuniaria, determinano la revoca della pena sostitutiva la mancata esecuzione, ovvero la violazione grave e reiterata degli obblighi e delle prescrizioni ad essa inerenti. La parte residua si converte nella pena detentiva sostituita⁴⁰ ovvero in altra pena sostitutiva più grave. Il compito di segnalare al magistrato di sorveglianza che ha emesso l'ordinanza *ex* art. 62 della legge n. 689/81 ogni violazione degli adempimenti imposti con la pena sostitutiva spetta agli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, al direttore dell'Istituto di pena a cui il condannato è assegnato, ovvero al direttore dell'UEPE (comma 2). Il magistrato di sorveglianza, come già sopra riportato, compiuti, ove occorra, sommari accertamenti, qualora ritenga di disporre la revoca della semilibertà o detenzione domiciliare sostitutiva e la conversione delle predette pene, deve procedere a norma dell'art. 666 c.p.p.⁴¹, senza, quindi, la possibilità di un intervento di urgenza *inaudita altera parte*⁴². Trattasi di competenza funzionale in capo al magistrato di sorveglianza⁴³. Come sottolineato in dottrina⁴⁴, la norma costruisce il carcere come ultimo rimedio, offrendo criteri abbastanza sicuri per governare i poteri del giudice che riceva notizia di violazione delle prescrizioni. Invero, a parte l'ipotesi della pena sostitutiva rimasta non

Tribunale di Sorveglianza, ai sensi dell'art. 684, comma 2, c.p.p.

³⁹ In senso favorevole Cass. pen. sez. I, 29.4.2016, n. 51849, evidenziando che in caso contrario, stante la non impugnabilità del provvedimento, il condannato si vedrebbe sfornito di tutela; in senso contrario Cass. pen. sez. I, 11.5.2018, n. 23363, in un caso però in cui la richiesta, rivolta particolarmente al magistrato di sorveglianza, riguardava l'applicazione in via provvisoria della misura alternativa.

⁴⁰ Avendo come riferimento per il ragguaglio i criteri di cui all'art. 57 della legge n. 689/81.

⁴¹ L'ordinanza costituisce provvedimento iscrivibile nel casellario giudiziale ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. g) d.p.r. n. 313/2002.

⁴² La sospensione dell'esecuzione della pena sostitutiva, come vedremo, è prevista in caso di arresto o di fermo del condannato ai sensi dell'art. 68, comma 1, della legge n. 689/81. Sicché se la violazione degli obblighi o delle prescrizioni ha comportato l'arresto o il fermo del condannato alla pena sostitutiva della semilibertà o detenzione domiciliare, l'esecuzione della pena sostitutiva si sospende, indipendentemente dalla sua eventuale revoca.

⁴³ Si veda la già citata Cass. pen. sez. I, 12.1.2024, n. 9282.

⁴⁴ R. DE VITO, "Le pene sostitutive: una nuova categoria sanzionatoria ...", cit., p. 18

eseguita (che normalmente comporterà la revoca della pena sostitutiva e la conversione nella pena detentiva sostituita), l'intervento revocatorio si giustifica solo in presenza di violazioni gravi, ovvero di violazioni reiterate degli obblighi e delle prescrizioni ad essa inerenti⁴⁵. Pertanto, sempre secondo la citata dottrina, al magistrato di sorveglianza, nell'ambito degli eventuali accertamenti che la norma gli consente di effettuare, è attribuita la possibilità di adottare provvedimenti di vario tipo, dalla semplice ammonizione (se necessario, preceduta dalla convocazione), alla rimodulazione delle prescrizioni nei casi di inadempimenti puntuali o occasionali, fino a giungere, nelle ipotesi più gravi, alla vera e propria revoca della pena sostitutiva, con sostituzione della stessa con la corrispondente pena detentiva sostituita, ovvero, con riguardo alla detenzione domiciliare, alla sostituzione della stessa con la semilibertà. In realtà, la norma prevede come unico provvedimento eventualmente adottabile, peraltro all'esito dell'udienza camerale partecipata, la revoca e la conversione o sostituzione, non anche provvedimenti modificativi *in peius* delle prescrizioni o degli obblighi. A quest'ultimo riguardo, va osservato che l'art. 64 della legge n. 689/81 prevede modifiche dell'ordinanza *ex art.* 62 legge n. 689/81 soltanto su istanza del condannato, non su segnalazioni o richieste degli organi di vigilanza e controllo. Certamente, il magistrato di sorveglianza può provvedere sulle segnalazioni degli organi di vigilanza e controllo rigettando eventuali richieste di revoca della pena sostitutiva, contestualmente ammonendo il condannato sul rispetto delle prescrizioni e obblighi. Ma modifiche *in peius* delle prescrizioni e degli obblighi non sembrano consentite. Giova evidenziare che la conversione della parte di pena sostitutiva nella pena detentiva sostituita va operata calcolando la pena residua non dalla data della violazione, ma da quella del provvedimento di conversione⁴⁶.

L'articolo 72 della legge n. 689/81 prevede specifiche ipotesi di revoca della pena sostitutiva in conseguenza di violazioni delle prescrizioni e degli obblighi che la norma stessa sanziona in prima battuta elevando la fattispecie a delitto. Invero, il comma 1 prevede che il condannato alla pena sostitutiva della semilibertà o della detenzione domiciliare che per più di dodici ore, senza giustificato motivo, rimane assente dall'Istituto di pena ovvero si allontana da uno dei luoghi indicati nell'art. 56 della legge n. 689/81, è punito ai sensi dell'art. 385, comma 1, c.p. Come rilevato nella Relazione illustrativa della c.d. Riforma Cartabia, la norma incriminatrice viene mutuata, per la semilibertà sostitutiva, dall'art. 51, comma 3, della legge n. 354/1975, e per la detenzione

⁴⁵ In dottrina (P. Troncone, *Manuale di diritto penitenziario ...*, cit., p. 101) si evidenzia che per la revoca potrebbe bastare una sola violazione se grave, mentre se lieve la revoca scatta solo se la violazione viene reiterata.

⁴⁶ Fra le più recenti, con riferimento alle sanzioni sostitutive, Cass. pen. sez. I, 10.12.2009, n. 50017 e Cass. pen. sez. I, 29.11.2000, n. 9589/01, che sottolinea come, in caso contrario, vi sarebbe una inammissibile duplicazione della sanzione nel periodo intercorrente tra la violazione e il provvedimento di conversione. Ciò non si verifica in caso di sospensione della esecuzione della pena sostitutiva, che, come detto, può verificarsi in caso di arresto o di fermo del condannato in conseguenza della violazione degli obblighi o delle prescrizioni (si pensi al caso di arresto per il delitto di cui al comma 1 dell'art. 72 della legge n. 689/81, la cui condanna comporta la revoca della pena sostitutiva, salvo che il fatto sia di lieve entità). In questo caso, la data della riconversione, ai fini del calcolo della pena residua, deve essere fatta decorrere dal momento in cui l'esecuzione della pena sostitutiva era effettivamente cessata (Cass. pen. sez. I, 12.1.2007, n. 12470).

domiciliare sostitutiva, dall'art. 47-ter, comma 8, della legge n. 354/1975. Il mancato rientro in carcere del semilibero, o l'allontanamento dal luogo di esecuzione della pena del detenuto domiciliare, se ingiustificati e protratti per più di dodici ore, integrano una condotta penalmente rilevante di evasione. Ciò che vale per le misure alternative alla detenzione è ragionevole che valga anche per le pene sostitutive, e che sia sanzionato con la stessa pena, a parità di disvalore del fatto⁴⁷. Si applica la disposizione del quarto comma dell'art. 385 c.p.⁴⁸. La condanna⁴⁹ importa la revoca della pena sostitutiva, salvo che il fatto sia di lieve entità (comma 3)⁵⁰. Dunque rimane aperta la finestra della salvezza se il fatto è di lieve entità⁵¹. Tuttavia, è sempre aperta la possibilità della revoca della pena sostitutiva e della conversione in caso di allontanamenti inferiori alle dodici ore, come sottolineato nella stessa Relazione illustrativa della c.d. Riforma Cartabia. La competenza a provvedere, anche se non espressamente prevista dalla norma, va attribuita al magistrato di sorveglianza che ha emesso l'ordinanza ex art. 62 della legge n. 689/81, in virtù non solo della generale competenza desumibile dall'art. 66 della medesima legge, ma anche per effetto di quanto previsto dal successivo comma 5 dell'art. 72, sebbene in relazione al comma 4 dello stesso articolo. Invero, il comma 4 dell'art. 72 della legge n. 689/81, come recentemente modificato dall'art. 5 comma 1 lett. b) del d. lgs. n. 31/2024 (il c.d. decreto correttivo della Riforma Cartabia), stabilisce che la condanna a pena detentiva per un delitto non colposo commesso dopo l'applicazione ovvero durante l'esecuzione di una pena sostitutiva, diversa dalla pena pecuniaria, ne determina la revoca e la conversione per la parte residua nella pena detentiva sostituita, quando la condotta tenuta appare incompatibile con la prosecuzione della pena sostitutiva, tenuto conto dei criteri di cui all'art. 58 della legge n. 689/81⁵². Il comma 5 del

⁴⁷ Preme osservare che in passato, nel previgente regime delle sanzioni sostitutive, benché non fosse prevista una disposizione analoga a quella in esame, la giurisprudenza era giunta alla conclusione che l'allontanamento dall'Istituto di pena del condannato in regime di semidetenzione per un periodo superiore a dodici ore comportava l'integrazione del delitto di evasione, e non la semplice conversione della sanzione sostitutiva nella corrispondente pena detentiva sostituita ai sensi dell'art. 66 della legge n. 689/81, e ciò in virtù del riferimento, contenuto nell'ultimo comma dell'art. 55 della legge n. 689/81, alla circostanza che il condannato, durante il periodo di permanenza in Istituto, era sottoposto alle norme della legge n. 354/75, in quanto applicabili, e, dunque, anche all'art. 51 della predetta legge: vedi Cass. pen. sez. VI, 4.12.2009, n. 8978/10 e Cass. pen. sez. VI, 20.9.2018, n. 8292/19.

⁴⁸ A tale proposito non è configurabile la circostanza attenuante di cui all'art. 385, comma quarto, c.p., nel caso in cui la persona evasa dalla detenzione domiciliare rientri spontaneamente nel luogo di esecuzione della misura da cui si era temporaneamente allontanata, essendo indispensabile che la stessa si presenti presso un istituto carcerario o si consegna ad un'autorità che abbia l'obbligo di tradurla in carcere (*ex plurimis* da ultimo Cass. pen. sez. VI, 27.10.2020, n. 1560/21).

⁴⁹ Da intendersi come definitiva, secondo quanto indicato nella Relazione illustrativa della c.d. Riforma Cartabia a pag. 399.

⁵⁰ Sia perché la norma fa esplicito riferimento a una sentenza di condanna, sia perché esclude la possibilità di revoca della pena sostitutiva in presenza di un fatto di lieve entità, deve ritenersi che la sentenza di assoluzione dal delitto di evasione per la particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131-bis c.p. non consente la revoca della pena sostitutiva.

⁵¹ R. DE VITO, "Le pene sostitutive: una nuova categoria sanzionatoria ..", cit., p. 19.

⁵² Anche questo provvedimento è iscrivibile nel casellario giudiziale ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. g) d.p.r. n. 313/2002.

citato art. 72 prevede che la cancelleria del giudice che ha pronunciato la sentenza in questione informa senza indugio il magistrato di sorveglianza competente per la detenzione domiciliare sostitutiva o per la semilibertà sostitutiva. Dunque, la condanna (sempre definitiva) a pena detentiva per un delitto doloso (o preterintenzionale)⁵³ commesso dopo l'applicazione della pena sostitutiva (e cioè nel periodo compreso tra la sentenza che sostituisce la pena detentiva e la sua concreta esecuzione)⁵⁴ nonché durante l'esecuzione della pena sostitutiva potrebbe comportare la revoca e la conversione delle pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare a condizione che la condotta tenuta risulti incompatibile con la prosecuzione della pena sostitutiva, secondo i criteri valutativi previsti dall'art. 58 della legge n. 689/81. È evidente che la norma mira ad attribuire al magistrato di sorveglianza una certa discrezionalità e ad evitare facili automatismi revocatori in un'ottica sempre di rigore temperato.

Infine, va osservato che la revoca con conseguente conversione della pena sostitutiva nella pena detentiva sostituita determina un ulteriore effetto negativo per il condannato. Invero, l'art. 67, comma 1, della legge n. 689/81 stabilisce che non si applicano al condannato in espiazione di pena sostitutiva le misure alternative alla detenzione previste dal Capo VI del Titolo I della legge n. 354/75, con un'unica eccezione, e cioè con la possibilità, prevista dall'art. 47, comma 3-ter, legge n. 354/75, per il condannato alla pena sostitutiva della semilibertà o della detenzione domiciliare, dopo

⁵³ Si veda Relazione illustrativa della c.d. Riforma Cartabia pag. 400. In effetti, comunque si voglia intendere l'elemento soggettivo del delitto preterintenzionale (dolo misto a colpa – Cass. pen. sez. V, 10.11.2023, n. 49667 -, dolo e responsabilità oggettiva – vedi Cass. pen. sez. V, 27.6.2012, n. 35582 -, dolo e prevedibilità dell'evento più grave – vedi Cass. pen. sez. V, 9.11.2023, n. 4564/24 -), non vi è dubbio che alla base vi è l'elemento soggettivo del dolo.

⁵⁴ La modifica apportata all'art. 72 della legge n. 689/81 dall'art. 5 del d. lgs. n. 31/2024, attraverso l'inserimento nel comma 4, dopo le parole *“per un delitto non colposo commesso”*, delle parole *“dopo l'applicazione ovvero”*, è servita proprio a riempire, per così dire, quel vuoto normativo che si sarebbe venuto a creare in precedenza, e cioè a dare rilievo anche ad eventuali comportamenti del condannato, integranti gli estremi del delitto non colposo, commessi nel periodo intermedio che va dalla sentenza che sostituisce la pena detentiva breve con la pena sostitutiva al momento della concreta esecuzione di quest'ultima, periodo che potrebbe essere anche significativo, specie con riguardo alle pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare, per le quali è prevista anche l'appellabilità della sentenza di condanna, a differenza della sentenza di condanna al lavoro di pubblica utilità sostitutivo, che è solo ricorribile per cassazione. La modifica, sebbene opportuna, probabilmente non sarà sufficiente a consentire al magistrato di sorveglianza un immediato intervento revocatorio già in sede di avvio dell'esecuzione della pena sostitutiva ai sensi dell'art. 62 della legge n. 689/81 a fronte di comportamenti del condannato, non integranti delitto non colposo, ma comunque di tale gravità da essere indici di una maggiore pericolosità sociale, posti in essere nel periodo intercorrente tra la pronuncia della sentenza di condanna e tale momento valutativo. Invero, come segnalato da attenta dottrina (M. BORTOLATO, *“Le misure alternative tra prassi, novità e problematiche..”*, cit., p. 8; M. GIALUZ, [Osservazioni sui correttivi alla Riforma Cartabia tra rettifiche condivisibili, qualche occasione perduta e alcune sbavature](#), in questa Rivista, 29.1.2024), in questi casi il magistrato di sorveglianza non può non confermare la pena sostitutiva, trattandosi di un giudicato penale che applica una sanzione che necessariamente andrebbe eseguita, né potrebbe revocarla, presupponendo la revoca che alla pena sostitutiva sia stata data già applicazione ed esecuzione. In ogni caso, la modifica apportata dall'art. 5 del d. lgs. n. 31/2024, costituendo modifica *in peius*, potrà essere applicata solo per i fatti commessi successivamente al 4.4.2024, data di entrata in vigore del decreto correttivo (sul punto, vedi Relazione n. 15/2024 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Cassazione, p. 41).

l'espiazione di almeno metà della pena, di ottenere la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, qualora il condannato abbia serbato un comportamento tale per cui l'affidamento in prova appaia più idoneo alla sua rieducazione e assicuri comunque la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati. Si è voluto in tale modo disciplinare in maniera chiara il rapporto tra pene sostitutive e misure alternative alla detenzione, riservando queste ultime, a parte l'eccezione di cui si è appena detto, solo alle pene detentive.⁵⁵ Orbene, ai sensi del comma 2 dell'art. 67 della legge n. 689/81, salvo che si tratti di minori di età al momento della condanna⁵⁶, il condannato in espiazione pena detentiva per conversione, effettuata ai sensi dell'art. 66 o dell'art. 72 comma 4 della legge n. 689/81, non può accedere alle misure alternative prima dell'avvenuta espiazione di metà della pena residua. A differenza della precedente formulazione della norma, più radicale, la nuova disposizione, sempre in un'ottica di *favor*, consente anche al condannato a pena sostitutiva revocata e convertita nella pena detentiva sostituita di accedere alle misure alternative alla detenzione purchè risulti espia la metà della pena residua.

1.4. *L'esecuzione della pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità sostitutivo.*

1.4.1. L'avvio dell'esecuzione.

A differenza delle altre pene-programma sostitutive, per il lavoro di pubblica utilità sostitutivo il legislatore ha previsto modalità esecutive parzialmente diverse.

L'art. 63 della legge n. 689/81 stabilisce che, divenuta irrevocabile la sentenza o esecutivo il decreto penale di condanna che applicano il lavoro di pubblica utilità⁵⁷, la cancelleria li trasmette per estratto all'Ufficio di Pubblica Sicurezza o, in mancanza di questo, al Comando dell'Arma dei Carabinieri competente per territorio in relazione al Comune in cui il condannato risiede, nonché all'UEPE che deve prendere in carico il condannato. La sentenza irrevocabile o il decreto penale esecutivo sono altresì trasmessi al pubblico ministero per gli adempimenti di cui all'art. 70 della legge n. 689/81.

⁵⁵ Come è noto, in passato, con riferimento alle sanzioni sostitutive della semidetenzione e della libertà controllata, parte della giurisprudenza ammetteva la compatibilità delle sanzioni sostitutive con le misure alternative alla detenzione (Cass. pen. sez. I, 27.1.1997, n. 524 e Cass. pen. sez. I, 28.4.2000, n. 3219 con riferimento a libertà controllata e semidetenzione e affidamento in prova al servizio sociale). In senso contrario altra parte della giurisprudenza (Cass. pen. sez. I, 27.4.1998, n. 2366 e Cass. pen. sez. I, 23.9.1999, n. 5127). Il contrasto era stato risolto dalle Sezioni Unite che avevano escluso la compatibilità dell'affidamento in prova al servizio sociale con la sanzione sostitutiva della libertà controllata (Cass. pen. sez. un., 19.12.2001, n. 8058/02).

⁵⁶ Ciò in ossequio alla sentenza della Corte costituzionale n. 109 del 22.4.1997.

⁵⁷ Ai sensi dell'art. 95, comma 1, d. lgs. n. 150/2022, per il periodo transitorio disciplinato dalla predetta norma, la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità potrebbe essere applicata anche con ordinanza del giudice dell'esecuzione, con tutte le conseguenze in termini di individuazione del giudice competente anche a curare l'esecuzione della pena sostitutiva.

Va subito osservato che il legislatore ha individuato nel giudice che ha applicato con il provvedimento (sentenza irrevocabile/decreto penale esecutivo) la pena sostitutiva il giudice funzionalmente competente a curare l'esecuzione della stessa. Ciò lo si desume anche da altre norme, come per esempio l'art. 64 della legge n. 689/81, che individua nel *"giudice che ha applicato la pena sostitutiva"*, quello competente a provvedere sulla modifica delle modalità di esecuzione, ovvero l'art. 66 della legge n. 689/81, che attribuisce al *"giudice che ha applicato il lavoro di pubblica utilità"* la competenza a provvedere alla sua eventuale revoca, ovvero ancora l'art. 69, comma 4, legge n. 689/81, che incarica il *"giudice che ha applicato il lavoro di pubblica utilità"* per l'adozione del provvedimento di rinvio dell'esecuzione della pena sostitutiva.

Dunque, sicuramente, per l'ipotesi in cui il lavoro di pubblica utilità sostitutivo risulti applicato con il decreto penale di condanna esecutivo il giudice competente per l'esecuzione è il GIP. Qualche problema potrebbe sorgere, ad esempio, quando il lavoro di pubblica utilità sostitutivo risulti applicato con sentenza irrevocabile. Invero, normalmente ciò avverrà attraverso la sentenza del giudice di primo grado⁵⁸. Tuttavia, non può escludersi che ciò avvenga all'esito del giudizio di appello, allorché la Corte di Appello riformi la sentenza di primo grado applicando il lavoro di pubblica utilità sostitutivo non riconosciuto in primo grado, vuoi per effetto di ulteriori interventi sul trattamento sanzionatorio (riconoscimento di circostanze attenuanti o di altri benefici) che hanno determinato una riduzione della pena tale da consentire l'accesso alla pena sostitutiva, vuoi per effetto del solo accoglimento del motivo di appello riguardante l'omessa sostituzione della pena detentiva breve. Ma la pena sostitutiva potrebbe essere applicata anche dal giudice del rinvio, in seguito all'accoglimento del ricorso per cassazione. In tutti questi casi, a differenza del passato, quando la competenza esecutiva veniva determinata ai sensi dell'art. 665 c.p.p.⁵⁹, il *"Riformatore Cartabia"* sembra avere attribuito tutta la competenza in sede esecutiva funzionalmente al giudice che ha applicato la pena sostitutiva, che, quindi, potrebbe essere indifferentemente il giudice di primo grado o di appello, ovvero il giudice del rinvio. Conseguenzialmente, anche il pubblico ministero, cui comunque il provvedimento va trasmesso, è quello specularmente competente in relazione al giudice che ha funzionalmente competenza per l'esecuzione del lavoro di pubblica utilità sostitutivo.

⁵⁸ Non va dimenticato che la sentenza di primo grado che applica il lavoro di pubblica utilità sostitutivo non è appellabile secondo quanto disposto dall'art. 593, comma 3, c.p.p., ma solo ricorribile per cassazione.

⁵⁹ La Cassazione ha precisato in passato che anche nel caso di applicazione di una sanzione sostitutiva, ai sensi dell'art. 186, comma 9-bis, c.d.s. ovvero ai sensi degli artt. 53 ss. legge n. 689/1981, la competenza a provvedere sulla richiesta di revoca della sanzione sostitutiva concessa dal giudice di appello che, per il resto, avesse confermato la pronuncia di primo grado, apparteneva al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 665, comma 2, c.p.p., in quanto il riconoscimento di tale sanzione si riteneva costituire una riforma soltanto in relazione alla pena della sentenza di primo grado (Cass. pen. sez. I, 25.1.2018, n. 22280). Peraltro, la Cassazione aveva anche affermato che la competenza a decidere in ordine ad un'istanza di differimento dell'esecuzione della pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, di cui all'art. 186, comma 9-bis, del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, per gravi ragioni di salute appartiene, non al giudice dell'esecuzione, ma al Tribunale di Sorveglianza (Cass. pen. sez. I, 27.6.2019, n. 36054).

Ciò detto, il comma 2 dell'art. 63 della legge n. 689/81 dispone che, appena ricevuto il provvedimento di cui al primo comma, l'organo di polizia ne consegna copia al condannato ingiungendogli di attenersi alle prescrizioni in esso contenute e di presentarsi immediatamente all'UEPE. Qualora il condannato sia detenuto o internato, copia del provvedimento è comunicata altresì al direttore dell'Istituto, il quale informa anticipatamente l'organo di polizia e l'UEPE della dimissione del condannato. Immediatamente dopo la dimissione, il condannato si presenta all'UEPE per l'esecuzione del lavoro di pubblica utilità. Il riferimento, contenuto nella disposizione in esame, al condannato detenuto o internato dovrebbe riguardare il condannato alla pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità sostitutivo detenuto o internato per altra causa, e ciò perché, ai sensi del nuovo comma 4-*bis* dell'art. 300 c.p.p., la pronuncia in qualsiasi grado del processo di sentenza di condanna o sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., ancorché sottoposta a impugnazione, al lavoro di pubblica utilità sostitutivo comporta che non può essere mantenuta la custodia cautelare. Dunque, si è esclusa la possibilità di mantenere la misura della custodia cautelare (a stretto rigore, la custodia cautelare in carcere o negli altri luoghi di cui agli artt. 285-*bis* e 286 c.p.p., e gli arresti domiciliari), mentre risulterebbero compatibili astrattamente sia le altre misure coercitive che quelle interdittive. Pertanto, al momento del passaggio in giudicato della sentenza, che applica il lavoro di pubblica utilità sostitutivo, il condannato non dovrebbe essere in stato di custodia cautelare (ovvero sottoposto a misura di sicurezza detentiva provvisoria) per quella causa (al più per altra causa), né conserverebbero efficacia altre misure cautelari, anche coercitive non custodiali, secondo l'insegnamento sempre valido delle Sezioni Unite⁶⁰. D'altra parte, ciò appare coerente con quanto disposto dall'art. 68, comma 2, della legge n. 689/81, che prevede che l'ordine di esecuzione, fra l'altro, anche del lavoro di pubblica utilità sostitutivo non sospende l'esecuzione di pene detentive o l'esecuzione, anche provvisoria, di misure di sicurezza detentive, né il corso della custodia cautelare.

Con la sentenza o con il decreto penale di condanna il giudice dà incarico all'UEPE e agli organi di polizia di verificare l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità e l'UEPE è tenuto a riferire periodicamente al giudice che ha applicato la pena sostitutiva sulla condotta del condannato e sul percorso di reinserimento sociale (comma 3 dell'art. 63 della legge n. 689/81). Peraltro, al termine del lavoro di pubblica utilità, l'UEPE riferisce l'esito al giudice e, fuori dai casi di revoca di cui all'art. 66 della

⁶⁰ Cass. pen. sez. un., 31.3.2011, n. 18353; peraltro, le Sezioni Unite precisavano che la perdita di efficacia opera di diritto, senza che sia necessario alcun provvedimento che la dichiari, anche se, ove insorgano questioni in ordine alla misura coercitiva non custodiale nel periodo intercorrente tra il passaggio in giudicato della sentenza e il concreto avvio della sua esecuzione, la competenza a decidere spetta al giudice dell'esecuzione. Nel caso di specie, con riguardo alla sentenza di condanna che sostituisce la pena detentiva con quella del lavoro di pubblica utilità sostitutiva, si è visto che, fra l'altro anche ai sensi dell'art. 661, comma 1-*bis*, c.p.p., l'esecuzione di tale pena sostitutiva è ordinata e seguita dal giudice che l'ha applicata. Siccome, al passaggio in giudicato della sentenza, l'eventuale misura cautelare coercitiva ancora in atto sarà necessariamente di tipo non custodiale, la stessa perderà di diritto efficacia e per eventuali questioni sul punto sarà competente a decidere lo stesso giudice che ha applicato la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità.

legge n. 689/81, quando il lavoro di pubblica utilità si è svolto con esito positivo, il giudice dichiara eseguita la pena e estinto ogni effetto penale ad eccezione delle pene accessorie perpetue⁶¹ e dispone, altresì, la revoca della confisca nei casi di cui all'art. 56-bis comma 5, della legge n. 689/81 (comma 4 dell'art. 63 della legge n. 689/81). Dunque, agli organi di polizia sono attribuiti compiti di vigilanza e controllo, all'UEPE, oltre ai medesimi compiti, anche quello di riferire periodicamente al giudice l'andamento della esecuzione della pena sostitutiva e quello di rendere una relazione finale con la quale fornisce al giudice gli elementi per la valutazione conclusiva dell'esecuzione della pena sostitutiva. La norma non chiarisce come debba procedere il giudice nel momento in cui riceve la relazione (anche conclusiva) da parte dell'UEPE. Nell'ipotesi in cui emergano elementi per procedere *ex art. 66* della legge n. 689/81 non vi è dubbio che il giudice debba agire, ove si determini per la revoca, ai sensi dell'art. 666 c.p.p., norma espressamente richiamata dall'ultimo comma del predetto articolo 66. Nell'ipotesi inversa, e cioè nel caso in cui il lavoro di pubblica utilità ha avuto un esito positivo, e, quindi, è possibile per il giudice emettere i provvedimenti di cui all'ultimo comma dell'art. 63 legge n. 689/81, la disposizione normativa nulla dice. In passato, con riferimento al lavoro di pubblica utilità applicato in sostituzione della pena detentiva, ai sensi degli artt. 186, comma 9-bis, e 187, comma 8-bis, c.d.s., la Cassazione aveva affermato la necessità della fissazione di una udienza da parte del giudice, così come del resto prescritto dalle norme, per potere provvedere, pena la nullità del provvedimento emesso *de plano* ai sensi dell'art. 178 lett. b) c.p.p.⁶². Si ritiene preferibile, nel silenzio della legge, che il giudice provveda, come per la revoca, ai sensi dell'art. 666 c.p.p.

1.4.2. Le vicende esecutive: modifiche; sospensione e rinvio; revoca.

Specularmente a quanto previsto per le altre pene-programma, anche per il lavoro di pubblica utilità sostitutivo l'art. 65 della legge n. 689/81 individua gli organi deputati al controllo e alla vigilanza sull'esecuzione della pena sostitutiva. Si tratta in

⁶¹ La formula utilizzata dal legislatore, del tutto simile a quella che oggi caratterizza la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale (vedi art. 47, comma 12, legge n. 354/75, come modificato dall'art. 1, comma 7, della legge n. 3/2019), consente di affermare, come per la misura alternativa, che l'estinzione di ogni effetto penale in seguito al positivo esito del lavoro di pubblica utilità sostitutivo comporta l'esclusione della possibilità di tenere conto della condanna ai fini della recidiva (vedi Cass. pen. sez. un., 27.10.2011, n. 5859/12). Per contro, come per la misura alternativa, l'eventuale estinzione della pena con ogni effetto penale a seguito del positivo esito del lavoro di pubblica utilità sostitutivo non impedisce che della condanna si tenga conto in senso ostativo alla concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena (vedi Cass. pen. sez. IV, 29.11.2018, n. 1779/19) ovvero non osta all'eventuale revoca del beneficio di cui all'art. 163 c.p. ai sensi dell'art. 168 comma 1 n. 1) c.p. (Cass. pen. sez. I, 22.4.2016, n. 39748), ovvero ai sensi dell'art. 168, comma 3, c.p. perché riconosciuto in violazione dell'art. 164 comma 2 n. 1) c.p. (Cass. pen. sez. I, 14.6.2022, n. 40824).

⁶² Cass. pen. sez. I, 28.3.2014, n. 20336. D'altra parte, si riteneva viziata della medesima nullità di ordine generale l'ordinanza di revoca della sanzione sostitutiva emessa *de plano* (Cass. pen. sez. I, 24.10.2012, n. 44536). Pertanto, nell'uno come nell'altro caso il giudice dell'esecuzione poteva provvedere solo dopo l'instaurazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 666 c.p.p.

questo caso dell'ufficio di pubblica sicurezza del luogo in cui il condannato sconta la pena sostitutiva, ovvero, in mancanza di questo, del Comando dell'Arma dei Carabinieri territorialmente competente. Altro organo incaricato della vigilanza è il nucleo di Polizia Penitenziaria presso l'UEPE. Questi organi di vigilanza tengono per ogni condannato sottoposto a vigilanza e controllo un registro nominativo ed un fascicolo all'interno del quale sono custodite la sentenza di condanna irrevocabile (o il decreto penale di condanna esecutivo) alla pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità sostitutivo, copia della corrispondenza con l'Autorità Giudiziaria e con le altre autorità, una cartella biografica in cui sono riassunte le condanne riportate e ogni altro documento relativo all'esecuzione della pena.

Anche per la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità sostitutivo può sorgere la necessità di modificare, in corso di esecuzione, alcune delle prescrizioni imposte con la sentenza o con il decreto penale di condanna. L'art. 64, comma 2, della legge n. 689/81 stabilisce che, salvo le prescrizioni immutabili di cui all'art. 56-ter, comma 1, nn. 1, 2, 4 e 5, della legge n. 689/81, le modifiche delle altre prescrizioni possono essere richieste dal condannato al giudice che ha applicato la pena sostitutiva per comprovati motivi⁶³ e devono essere inoltrate per il tramite dell'UEPE. Il giudice provvede con ordinanza emessa *de plano*, a norma dell'art. 667, comma 4, c.p.p., quindi, con ordinanza opponibile dinanzi allo stesso giudice dal condannato, dal suo difensore o dal pubblico ministero nel termine di quindici giorni dalla notifica o dalla comunicazione del provvedimento. La relativa ordinanza (diventa irrevocabile) è immediatamente trasmessa all'UEPE e all'organo di polizia che hanno il controllo e la vigilanza sull'esecuzione della pena sostitutiva.

L'art. 69 della legge n. 689/81 prende in esame anche per la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità sostitutivo la necessità per il condannato di periodi di sospensione, collegati a giustificati motivi attinenti alla salute, al lavoro, allo studio, alla formazione, alla famiglia o alle relazioni affettive, ovvero a cause riconducibili all'attività di lavoro non retribuita in favore della collettività che il condannato sta svolgendo nell'ambito del programma predisposto per la pena sostitutiva (comma 2). Il periodo di sospensione non può superare nel complesso la durata di quarantacinque giorni all'anno. Anche in questo caso la norma non precisa chi debba provvedere e con quali modalità. Trattandosi, in ogni caso, di una modifica *lato sensu* intesa della pena sostitutiva, è possibile ricorrere allo stesso schema procedimentale previsto dal comma 2 dell'art. 64 della legge n. 689/81 (e, quindi, ordinanza emessa *de plano* dal giudice che ha applicato la pena sostitutiva opponibile ai sensi dell'art. 667, comma 4, c.p.p.). Al condannato, poi, che, allo scadere della sospensione, non si presenta al lavoro è applicabile l'art. 66 comma 2 della legge n. 689/81, ovvero l'organo di pubblica sicurezza o l'UEPE deve darne informazione al giudice che ha applicato la pena sostitutiva ai fini dell'eventuale revoca della stessa. La norma non contiene alcun richiamo all'art. 52 comma 3 della legge n. 354/75, come per le altre pene-programma, e d'altra parte, nel caso di specie, il provvedimento previsto è di sospensione del lavoro di pubblica utilità,

⁶³ Si veda la nota (31).

sicché non dovrebbero essere associate allo stesso eventuali prescrizioni. Allo stesso modo, non si ritiene applicabile alla pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità sostitutivo il disposto dell'art. 53-*bis* della legge n. 354/75, richiamato, in quanto applicabile, dall'art. 76 della legge n. 689/81 apparentemente per tutte le pene sostitutive, in quanto nel caso di specie il provvedimento in questione è di sospensione della pena, e non si tratta di un provvedimento che concede licenze o permessi. Viceversa, non bisogna dimenticare il richiamo contenuto sempre nell'art. 76 della legge n. 689/81 all'art. 51-*quater* della legge n. 354/75, che, come già rilevato per le altre pene-programma, permette soprattutto di sospendere le eventuali pene accessorie, che potrebbero essere incompatibili con l'attività che in base alla singola pena sostitutiva il condannato è chiamato a svolgere, nel corso dell'esecuzione delle pene sostitutive. Il provvedimento di sospensione, che per le altre pene-programma è affidato al magistrato di sorveglianza, nel caso di specie è ovviamente di competenza del giudice che ha applicato la pena sostitutiva.

Il quarto comma dell'art. 69 della legge n. 689/81 prende in esame anche per il lavoro di pubblica utilità sostitutivo le ipotesi di rinvio dell'esecuzione quando le condizioni di cui agli artt. 146 e 147 c.p. non sono compatibili con la prosecuzione della prestazione lavorativa. Come osservato nella Relazione Illustrativa della c.d. Riforma Cartabia, si tratta di un adeguamento della disciplina in materia alle diverse peculiarità del lavoro di pubblica utilità, che – essendo pena espiata con ampi margini di libertà – può essere legittimamente sospesa solo quando le condizioni soggettive del condannato “non sono compatibili con la prosecuzione della prestazione lavorativa”. La competenza a provvedere è sempre affidata al giudice che ha applicato la pena sostitutiva che provvede nelle forme previste di cui all'art. 666 c.p.p., senza la possibilità di un intervento cautelare e di urgenza, previsto, come sopra indicato, solo per le altre pene-programma⁶⁴. Nelle medesime forme si provvede anche per la proroga del termine del rinvio (comma 5 dell'art. 69 della legge n. 689/81).

Infine, l'art. 66 della legge n. 689/81 disciplina anche le ipotesi di revoca della pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità sostitutivo. Il comma 1 stabilisce che, salvo quanto previsto dall'art. 71 della legge n. 689/81 per la pena pecuniaria, determinano la revoca della pena sostitutiva la mancata esecuzione, ovvero la violazione grave e reiterata degli obblighi e delle prescrizioni ad essa inerenti⁶⁵. La parte residua si converte nella pena detentiva sostituita ovvero in altra pena sostitutiva più grave. Le segnalazioni al giudice che ha applicato la pena sostitutiva possono essere effettuate dagli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, ovvero dal direttore dell'UEPE (comma 2). Il giudice che ha applicato la pena sostitutiva, compiuti, ove occorra, sommari accertamenti, qualora ritenga di disporre la revoca della pena sostitutiva e la sua conversione, deve procedere a norma dell'art. 666 c.p.p. Si richiamano le considerazioni già espresse a proposito delle altre pene-programma.

⁶⁴ Si veda M. BORTOLATO, “Le misure alternative tra prassi, novità e problematiche..”, cit., p. 8.

⁶⁵ Fra questi casi può ricomprendersi anche il mancato rientro al lavoro del condannato che ha beneficiato di periodi di sospensione ai sensi dell'art. 69 comma 2, ultima parte, della legge n. 689/81.

L'articolo 72 della legge n. 689/81 prevede specifiche ipotesi di revoca della pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità sostitutiva. *In primis*, il combinato disposto dei commi 1 e 3 stabilisce che il condannato che, senza giustificato motivo, non si reca nel luogo in cui deve svolgere il lavoro ovvero lo abbandona è punito ai sensi dell'art. 56 del d. lgs. n. 274/2000⁶⁶ e la sua condanna, da intendersi come definitiva, importa la revoca della pena sostitutiva, salvo che il fatto sia di lieve entità. Anche in questo caso rimane aperta la finestra della salvezza se il fatto è di lieve entità. Il comma 4 dell'art. 72 della legge n. 689/81, come recentemente modificato dall'art. 5 comma 1 lett. b) del d. lgs. n. 31/2024 (il c.d. decreto correttivo della Riforma Cartabia), stabilisce che la condanna a pena detentiva per un delitto non colposo commesso dopo l'applicazione ovvero durante l'esecuzione di una pena sostitutiva, diversa dalla pena pecuniaria, ne determina la revoca e la conversione per la parte residua nella pena detentiva sostituita, quando la condotta tenuta appare incompatibile con la prosecuzione della pena sostitutiva, tenuto conto dei criteri di cui all'art. 58 della legge n. 689/81. Il comma 5 del citato art. 72 prevede che la cancelleria del giudice che ha pronunciato la sentenza in questione informa senza indugio il giudice che ha applicato il lavoro di pubblica utilità sostitutivo. Dunque, la condanna (sempre definitiva) a pena detentiva per un delitto doloso (o preterintenzionale, come già precisato) commesso dopo l'applicazione della pena sostitutiva (e cioè nel periodo compreso tra la sentenza irrevocabile o il decreto penale di condanna esecutivo che sostituiscono la pena detentiva e la loro concreta esecuzione)⁶⁷, nonché durante l'esecuzione della pena sostitutiva potrebbe comportare la revoca e la conversione del lavoro di pubblica utilità sostitutivo a condizione che la condotta tenuta risulti incompatibile con la prosecuzione della pena sostitutiva, secondo i criteri valutativi previsti dall'art. 58 della legge n. 689/81. È evidente che la norma mira ad attribuire al giudice una certa discrezionalità e ad evitare facili automatismi revocatori in un'ottica sempre di rigore temperato.

Conclusivamente, va ricordato che al condannato in espiazione della pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità sostitutivo non si applicano le misure alternative alla detenzione (art. 67, comma 1, della legge n. 689/81).

⁶⁶ L'art. 56 del d. lgs. n. 274/2000 sanziona al comma 1 con la reclusione fino ad un anno il condannato che senza giustificato motivo si allontana dai luoghi in cui è obbligato a permanere o che non si reca nel luogo in cui deve svolgere il lavoro di pubblica utilità o che lo abbandona. Giova evidenziare che l'ultimo comma della citata norma stabilisce che, in caso di condanna, non sono applicabili le sanzioni sostitutive previste dagli artt. 53 e ss. della legge n. 689/81, oggi ovviamente da intendersi pene sostitutive.

⁶⁷ Come già detto in precedenza, la modifica apportata all'art. 72 della legge n. 689/81 dall'art. 5 del d. lgs. n. 31/2024, attraverso l'inserimento nel comma 4, dopo le parole "*per un delitto non colposo commesso*", delle parole "*dopo l'applicazione ovvero*", è servita a riempire un vuoto normativo. La possibilità di un intervento revocatorio da parte del giudice che ha applicato la pena sostitutiva per effetto della commissione da parte del condannato di un delitto non colposo nel periodo intermedio tra l'applicazione della pena sostitutiva e la sua concreta esecuzione assume valenza anche rispetto al lavoro di pubblica utilità sostitutivo, benché normalmente tale periodo intermedio è notevolmente ridotto tra l'emissione del decreto penale di condanna, la sua esecutività e la concreta applicazione della pena sostitutiva, mentre lo è meno rispetto alla sentenza di condanna, pur sempre ricorribile per cassazione. Anche in questo caso, però, come per le altre pene-programma, l'intervento correttivo è risultato parziale e non tale da coprire eventuali comportamenti, non integranti delitto non colposo, ma pur sempre gravi, commessi nel predetto periodo intermedio.

1.5. *Sospensione dell'esecuzione delle pene-programma sostitutive, esecuzione di pene-programma sostitutive concorrenti, sopravvenienza di nuovi titoli esecutivi di pene-programma sostitutive.*

Le vicende che attengono al concorso tra titoli esecutivi sono disciplinate dagli artt. 68 e 70 della legge n. 689/81 e dall'art. 51-*bis* della legge n. 354/75, in quanto applicabile, secondo il richiamo contenuto nell'art. 76 della legge n. 689/81.

Fondamentale è la norma di cui all'art. 68 della legge n. 689/81, che disciplina il concorso tra titoli che concernono l'esecuzione della pena o della misura di sicurezza detentiva, ovvero titoli cautelari detentivi, e titoli che riguardano l'esecuzione di una pena-programma sostitutiva.

La disposizione in questione chiarisce in maniera non equivoca la prevalenza del titolo che concerne la pena o la misura di sicurezza detentiva, ovvero il titolo cautelare detentivo, rispetto all'altro.

Il comma 1, infatti, stabilisce che l'esecuzione della semilibertà sostitutiva, della detenzione domiciliare sostitutiva o del lavoro di pubblica utilità sostitutivo è sospesa in caso di notifica di un ordine di carcerazione o di consegna, ovvero di arresto o fermo del condannato o di applicazione, anche provvisoria, di una misura di sicurezza detentiva. In questi casi, il giudice che ha in carico l'esecuzione del lavoro di pubblica utilità sostitutivo, ovvero il magistrato di sorveglianza nelle altre ipotesi, determinano la durata residua della pena sostitutiva e trasmettono il provvedimento al direttore dell'Istituto in cui si trova il condannato e questi informa anticipatamente l'organo di polizia della data in cui riprenderà l'esecuzione della pena sostitutiva (comma 3), che, comunque, riprende a decorrere dal giorno successivo a quello della cessazione dell'esecuzione della pena o misura di sicurezza detentiva ovvero dal secondo giorno successivo in relazione alle necessità di viaggio e alle condizioni dei trasporti (comma 4).

L'ampia dizione della norma ("*ordine di carcerazione o di consegna*"⁶⁸ ma anche "*arresto o fermo*" ovvero "*applicazione, anche in via provvisoria, di una misura di sicurezza detentiva*") consente di includere nei provvedimenti in questione ogni provvedimento, avente natura cautelare o provvisoria, ovvero definitiva, che comporta lo stato detentivo del condannato in espiatione di pena sostitutiva. Sicchè, il provvedimento con il quale il magistrato di sorveglianza o il giudice che ha in carico l'esecuzione del lavoro di

⁶⁸ Per E. LOSCO e M. STRAINI, "*Pene sostitutive delle pene detentive brevi..*", cit., p. 24, questa espressione pone problemi interpretativi. Invero per ordine di carcerazione dovrebbe intendersi quello di cui all'art. 656, comma 1, c.p.p., perché è solo in relazione all'esecuzione della reclusione o dell'arresto che nel codice di procedura penale è usato questo termine; l'ordine di consegna sembrerebbe invece essere quello di cui all'art. 704 c.p.p. in tema di estradizione passiva. Nella definizione non sembrerebbe compresa l'ordinanza applicativa di custodia cautelare in carcere. Ma, secondo gli Autori, si tratterebbe di una conclusione in evidente contrasto con la previsione della sospensione della pena sostitutiva in caso di arresto o fermo, esplicitamente prevista. Non resta che concludere che, con l'uso della formula "*ordine di carcerazione*", si sia inteso ricomprendere in un'unica dizione tutte le ipotesi di ingresso in carcere, anche in fase cautelare.

pubblica utilità sostitutivo determinano la pena sostitutiva residua va trasmesso anche agli organi di polizia giudiziaria che hanno il controllo e la vigilanza sull'esecuzione della misura cautelare degli arresti domiciliari. Il provvedimento, nonostante il silenzio della norma, va notificato anche al condannato, il quale potrebbe contestare il calcolo del residuo pena sostitutiva effettuato dal magistrato di sorveglianza o dal giudice, evidentemente attivando un vero e proprio incidente di esecuzione, che è lo strumento tipico per contestare la correttezza del computo della pena da espiare⁶⁹.

Peraltro, anche se non esplicitato, è da ritenere che la notifica di un ordine di esecuzione unitamente a decreto di sospensione ai sensi dell'art. 656, comma 5, c.p.p. non determini la sospensione della pena sostitutiva⁷⁰. Invero, la norma richiede l'effettivo verificarsi dello stato detentivo del condannato a pena sostitutiva, mentre l'ordine di esecuzione in questione, appunto perché sospeso, non comporta l'immediato stato detentivo del condannato, che può eventualmente subentrare (con conseguente sospensione della pena sostitutiva) se, nel termine di trenta giorni dalla sua notifica, il condannato non propone istanza di misura alternativa.

Tema diverso è quello della possibile compatibilità della misura alternativa successivamente applicata al condannato che è già in espiazione di pena sostitutiva per altro titolo⁷¹. Invero, non determinando alcuna sospensione della pena sostitutiva la notifica dell'ordine di esecuzione sospeso ai sensi dell'art. 656 comma 5 c.p.p., può verificarsi che, in accoglimento dell'istanza di misura alternativa, il Tribunale di Sorveglianza ammetta il condannato, per il diverso titolo, alla misura alternativa. A quel punto sorge il problema dell'eventuale compatibilità della misura alternativa concessa per il diverso titolo con la pena sostitutiva già in esecuzione. Secondo un'opinione dottrina⁷², l'art. 70, comma 4, della legge n. 689/81, che fissa un principio che dovrebbe orientare nei casi controversi, stabilisce che le pene sostitutive sono sempre eseguite dopo le pene detentive, sicché, costituendo le misure alternative solo una diversa modalità esecutiva della pena detentiva, dovrebbero essere sempre eseguite prima delle pene sostitutive, con l'ulteriore conseguenza della sospensione della pena sostitutiva. A questo argomento se ne può aggiungere un altro desumibile dall'art. 297 comma 5 c.p.p., che esprime il principio generale per cui uno stesso giorno o periodo di privazione di

⁶⁹ Si veda in generale Cass. pen. sez. IV, 1.8.1989, n. 669, con riferimento ai provvedimenti in materia di presofferto e determinazione del residuo da espiare normalmente emessi dal pubblico ministero.

⁷⁰ In questo senso, condivisibilmente, E. LOSCO e M. STRAINI, *"Pene sostitutive delle pene detentive brevi.."*, cit., p. 24.

⁷¹ Tema a sua volta diverso da quello concernente la compatibilità della pena sostitutiva con le misure alternative alla detenzione rispetto al medesimo titolo definitivo, che è risolto, come già visto, dall'art. 67, comma 1, della legge n. 689/81, nel senso dell'inapplicabilità delle misure alternative, salvo l'eccezione prevista dall'art. 47, comma 3-ter, della legge n. 354/1975.

⁷² M. BORTOLATO, *"Le misure alternative tra prassi, novità e problematiche.."*, cit., p. 7. L'Autore, però, pone la conclusione dell'incompatibilità *ipso iure* tra misura alternativa e pena detentiva che si ricaverebbe dall'art. 70 comma 4 della legge n. 689/81 come problematica, poiché potrebbe astrattamente non esservi alcuna incompatibilità, ad esempio, tra l'affidamento in prova e la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità sostitutivo.

libertà personale non può essere autonomamente imputato a due diverse pene⁷³. Pertanto, non è possibile la compatibilità tra misura alternativa e pene sostitutive poiché, in quanto entrambe espiazione pena, non sarebbe possibile computare il medesimo periodo ad entrambe. Sicchè, essendo la misura alternativa modalità esecutiva diversa della pena detentiva, per il principio desumibile dal comma 4 dell'art. 70 della legge n. 689/81, deve ritenersi che debba darsi prevalenza alla misura alternativa, con soccombenza della pena sostitutiva, che va sospesa.

In senso conforme si registra una prima presa di posizione della Cassazione⁷⁴. Invero, la Suprema Corte, chiamata a valutare l'ordinanza di un giudice dell'esecuzione, che aveva rigettato la richiesta di sostituzione della pena detentiva breve ai sensi dell'art. 95 d. lgs. n. 150/2022 in ragione del fatto che risultava già in esecuzione un cumulo per fatti commessi in precedenza (con pena complessiva di due anni, mesi due e giorni nove di reclusione) con affidamento in prova in corso (ciò che illuminava negativamente la personalità del richiedente), ed inoltre l'entità complessiva della pena da eseguire (tenendo conto del cumulo già in atto) avrebbe superato il limite di legge per l'ammissione ad una delle pene sostitutive di cui all'art. 20-bis c.p., la annullava con rinvio. Premetteva la Corte che la nuova disciplina delle pene sostitutive trova la sua naturale collocazione nel giudizio di cognizione, mentre l'attribuzione di competenza al giudice della esecuzione (nei sensi descritti dall'art. 95 del d.lgs. n.150 del 2022) è avvenuta per coniugare, da un lato, la necessità di rendere applicabili le nuove disposizioni di diritto sostanziale più favorevoli a tutti i casi in cui alla data del 30.12.2022 non si era formato il giudicato, dall'altro, quella di non attribuire alla Corte di Cassazione un potere incompatibile con la fisionomia normativa del giudizio di legittimità. Le istanze, rivolte, ai sensi della disciplina transitoria, al giudice della esecuzione, sono pertanto da qualificarsi come una "appendice" del giudizio di cognizione. Non può, pertanto, ragionarsi sul nuovo istituto in termini di sovrapposizione con la disciplina delle misure alternative alla detenzione previste dalla legge di ordinamento penitenziario, pur nella comune finalità delle due discipline di offrire una opportunità di risocializzazione diversa dalla tradizionale pena detentiva. La premessa, secondo il giudice di legittimità, risultava necessaria proprio in ragione del tema che occorreva esplorare, relativo alla possibile coesistenza tra una misura alternativa in corso di esecuzione (affidamento in prova ai servizi sociali ai sensi dell'art. 47 legge n. 345/1975) e l'applicazione di pena sostitutiva in un nuovo giudizio. Secondo la Corte, la ricognizione delle disposizioni introdotte con il d.lgs. n.150 del 2022 porta a ritenere possibile simile evenienza. Ciò perché : a) già l'art. 61 della legge n. 689 del 1981

⁷³ Vedi Cass. pen. sez. I, 12.1.1993, n. 56. secondo la quale *"la coesistenza dell'esecuzione da parte di un medesimo soggetto, il quale versi nella duplice situazione giuridica di imputato e condannato, di una delle misure alternative alla detenzione previste dalla legge n. 354 del 1975 e di una misura cautelare, consentita dal disposto del secondo comma dell'art. 298 c.p.p., non deroga al principio secondo cui uno stesso giorno (o periodo) di privazione della libertà personale non può essere autonomamente imputato a due diverse pene; come si evince dal quinto comma dell'art. 297 stesso codice, infatti, per quel che concerne la misura cautelare, la coesistenza è limitata al computo ed al decorso dei termini massimi di durata ed il relativo periodo non può essere computato ai fini della determinazione della pena da eseguire ai sensi dell'art. 657, primo comma, c.p.p."*. Vedi ancora Cass. pen. sez. II, 20.1.2015, n. 4152.

⁷⁴ Cass. pen. sez. I, 7.12.2023, n. 13133/24.

conferma che la condanna ad una pena sostitutiva va indicata nel dispositivo della sentenza di condanna unitamente alla pena che si va a sostituire, dunque si tratta di una opzione affidata al giudice della cognizione, indenne dalla operazione di cumulo di pene inflitte con sentenze diverse; b) l'art. 53 della legge n. 689 del 1981, al comma 3, impone di tener conto, ai fini della determinazione del limite di pena detentiva, della pena aumentata ai sensi dell'art. 81 c.p., dunque della eventuale pena inflitta per il reato continuato, se riconosciuto con la sentenza che si va ad emettere in cognizione; c) la disciplina dettata all'art. 70 della legge n. 689 del 1981 regola in sede di esecuzione il fenomeno della coesistenza di più titoli, il che sta a significare come il legislatore non ha trascurato il fenomeno, ma lo ha “postposto” sul piano della regolamentazione, rispetto alla decisione da emettersi in cognizione. Con ciò, sostengono i giudici di legittimità, si intende dire che il giudice della cognizione - ed è da ritenersi tale, per le ragioni dette in premessa, anche il giudice della esecuzione ai sensi dell'art. 95 del d.lgs. n.150 del 2022 - decide sempre in via autonoma nell'ambito del “proprio” giudizio, lì dove sussistano i presupposti di legge per l'accoglimento della domanda (limite di pena per il reato oggetto di giudizio + adeguatezza della pena sostitutiva ai sensi dell'art. 58 della legge n. 689/81) e soltanto in un secondo momento (la sede esecutiva in senso proprio) può porsi un problema di coesistenza di più titoli, che va risolto secondo le disposizioni di cui all'articolo 70 citato. In particolare, va anche rilevato che la citata disposizione non implica la necessaria unificazione dei titoli che comportano pene detentive (che potrebbero essere oggetto, *medio tempore*, di una misura alternativa come l'affidamento in prova ai servizi sociali) con quelli che comportano pene sostitutive. Ciò si desume dal testo del quarto comma, ove si legge che “.. le pene sostitutive sono sempre eseguite dopo le pene detentive..” ; dunque, è ben possibile che le sentenze in esecuzione abbiano ad oggetto tanto pene detentive (che vanno eseguite prima, anche in affidamento) che pene sostitutive (che vanno eseguite dopo). Solo nella ipotesi in cui le decisioni da porre in esecuzione siano “tutte” riferibili a pene sostitutive il legislatore interviene a prevedere la necessità del cumulo (cumulo dunque solo omogeneo), con la conseguenza di imporre il rispetto, in questo caso, del limite massimo dei quattro anni delle “pene sostituite” e dunque della reclusione o dell'arresto, che vanno pertanto eseguite, salvo che la pena residua sia pari o inferiore ad anni quattro (vedi art. 70 comma 3 della legge n. 689/81). Da quanto sinora detto, conclude la Corte, deriva che è erroneo il presupposto da cui è partito il giudice della esecuzione nella decisione al vaglio, posto che in nessun caso il giudice che riceve la domanda di pena sostitutiva può respingerla solo in ragione della esistenza di un precedente cumulo di pene detentive già in esecuzione.

Giova evidenziare che gli stessi principi risultano espressi in una successiva pronuncia della Cassazione. Invero, la Corte è stata chiamata ad affrontare la seguente questione: “*se costituisca ostacolo all'ammissibilità dell'applicazione, ai sensi dell'art. 95 d. lgs. n. 150/2022, da parte del giudice dell'esecuzione di una delle sanzioni sostitutive previste dal capo III della legge n. 689/81, la sopravvenienza di un titolo di condanna a pena detentiva, la cui entità sommata alla pena sostitutiva dal predetto giudice, superi il limite di anni quattro*”. Dall'informazione provvisoria diffusa circa la notizia di decisione, la Cassazione ha risposto al quesito fornendo la seguente soluzione: “*negativa, in quanto non opera il*

principio di unicità del rapporto esecutivo di cui all'art. 663 c.p.p. e, ai fini dell'ammissione alle sanzioni sostitutive, deve farsi riferimento al solo titolo per il quale la sostituzione sia richiesta; la contestuale esistenza di plurimi rapporti esecutivi, l'uno relativo a pena detentiva, l'altro a sanzioni sostitutive, è evenienza contemplata dall'art. 70, comma 4, legge n. 689/81, per il quale le pene sostitutive sono sempre eseguite dopo le pene detentive e l'art. 68, commi 1 e 2, della stessa legge stabilisce che l'esecuzione delle pene sostitutive resti sospesa in caso di notifica di un ordine di carcerazione o di consegna, ovvero in caso di arresto, fermo del condannato o di applicazione di misura di sicurezza provvisoria, mentre l'ordine di esecuzione delle pene sostitutive, emesso nei confronti di condannato detenuto o internato, non sospende l'esecuzione di pene detentive o di misure di sicurezza detentive. Non è ravvisabile in tale soluzione il dubbio di legittimità costituzionale degli artt. 68 e 70 della legge n. 689/81 per contrasto con l'art. 3 Cost."⁷⁵

In modo speculare rispetto a quanto previsto dal comma 1 dell'art. 68 della legge n. 689/81, il comma 2 della medesima disposizione prevede che l'ordine di esecuzione delle pene-programma sostitutive emesso nei confronti di un soggetto imputato detenuto o internato non sospende l'esecuzione di pene detentive o l'esecuzione, anche provvisoria, di misure di sicurezza detentive, né il corso della custodia cautelare. Per quanto sopra esposto, il principio che si ricava da questa norma, come da quella di cui all'art. 70 comma 4 della legge n. 689/81, vale anche se il soggetto è in esecuzione pena nelle forme della misura alternativa alla detenzione.

L'art. 70 della legge n. 689/81 disciplina l'ipotesi dell'esecuzione di pene sostitutive concorrenti (si potrebbe definire questa ipotesi di tipo statico, nel senso che

⁷⁵ Corte di Cassazione, Sez. I penale, notizia di decisione n. 4 del 2024 del 15.2.2024, p.m. in proc. Murgia Luigi, R.G.N. 39618/2023. In altra sentenza (Cass. pen. sez. I, 2.2.2024, n. 11950), la Cassazione, ha affermato ancora il seguente principio: *"può essere disposta, alle condizioni oggettive e soggettive di legge, la sostituzione della pena a norma dell'art. 53 della legge n. 689 del 1981 nei confronti di un soggetto che si trovi sottoposto a misure alternative alla detenzione per altra causa"*. In questo caso il giudice dell'esecuzione, investito di richiesta di sostituzione della pena detentiva breve ai sensi dell'art. 95 d. lgs. n. 150/2022, aveva rigettato la richiesta ritenendo incompatibile la pena sostitutiva con l'esecuzione di una pena detentiva per altra causa in misura alternativa alla detenzione, richiamando al riguardo gli artt. 67 della legge n. 689/81 e 51-bis della legge n. 354/75, come a sua volta richiamato dall'art. 76 della legge n. 689/81. La Cassazione riteneva inconferenti tali richiami e affermava il principio di cui sopra sulla base degli artt. 62 e 63 della legge n. 689/81. Peraltro, in una successiva pronuncia (Cass. pen. sez. I, 16.2.2024, n. 14859), la Cassazione ha ribadito il principio anche in un caso in cui, nell'ambito dell'applicazione della disciplina transitoria di cui all'art. 95 d. lgs. n. 150/2022, il giudice dell'esecuzione aveva rigettato l'istanza del condannato volta ad ottenere la pena sostitutiva sul presupposto che in ordine al medesimo titolo esecutivo il pubblico ministero aveva emesso già l'ordine di esecuzione con sospensione ai sensi dell'art. 656, comma 5, c.p.p. e il condannato aveva conseguenzialmente avanzato la richiesta di misura alternativa. In altra pronuncia (Cass. pen. sez. I, 18.1.2024, n. 25457) la Cassazione ha affermato nuovamente il principio, che era stato espresso nella sentenza n. 13133/2023 (dep. 2024) – sopra richiamata: vedi nota (74) – per l'ipotesi del condannato sottoposto a misura alternativa alla detenzione, estendendolo, per identità di *ratio*, anche all'ipotesi in cui la pena per altro reato debba essere espiata in Istituto penitenziario. Nel caso concreto, invero, il giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 95 d. lgs. n. 150/2022, in violazione di legge, aveva dichiarato inammissibile l'istanza di sostituzione della pena detentiva sulla base del rilievo dell'esistenza di un ordine di carcerazione per la pena complessiva di anni cinque e mesi cinque di reclusione, mentre la normativa non prevede come ostacolo alla pronuncia che disponga la sostituzione della pena inflitta per un determinato reato l'avvenuta emissione di un provvedimento di carcerazione per un altro reato o per altri reati, per i quali sia stata inflitta una pena più elevata rispetto ai limiti per la sostituzione invocata.

la norma disciplina la concorrenza di titoli esecutivi per i quali non si è ancora avviata l'esecuzione). Come emerge anche dalle prime pronunce della Cassazione sopra richiamate e riportate, la norma in questione si occupa della concorrenza di più titoli esecutivi riguardanti tutti le pene sostitutive. Dal combinato disposto degli artt. 68, commi 1 e 2, e 70, comma 4, della legge n. 689/81 emerge chiaramente che non è prospettabile l'ipotesi di un cumulo ai sensi dell'art. 663 c.p.p. tra titoli esecutivi relativi a pene detentive e titoli esecutivi relativi a pena sostitutive.⁷⁶

Orbene, quando contro la stessa persona sono state pronunciate, per più reati, una o più sentenze o decreti penali di condanna a pena sostitutiva, si osservano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli da 71 a 80 c.p. (comma 1 dell'art. 70 legge n. 689/81). Tendenzialmente, il cumulo delle pene sostitutive deve rispettare il limite di pena astrattamente previsto dall'art. 53 della legge n. 689/81 per la sostituibilità della pena detentiva breve, che, come è noto, è di quattro anni. A tale fine, il comma 2 dell'art. 70 della legge n. 689/81 stabilisce che, se più reati importano pene sostitutive, anche di specie diversa, e il cumulo delle pene detentive sostituite non eccede complessivamente la durata di quattro anni, si applicano le singole pene sostitutive distintamente, anche oltre i limiti di cui all'art. 53 della legge n. 689/81 per la pena pecuniaria e per il lavoro di pubblica utilità. Dunque, la norma prevede l'applicazione distinta delle pene sostitutive (peraltro, come vedremo, secondo l'ordine interno indicato nel successivo comma 4 della medesima disposizione, e cioè si esegue prima la semilibertà, poi la detenzione domiciliare e, quindi, il lavoro di pubblica utilità). Tuttavia, ad esempio, a fronte di due condanne al lavoro di pubblica utilità sostitutivo della durata ciascuna di anni due, che, cumulate, avrebbero "sforato" il limite di pena detentiva che consente la sostituibilità con il lavoro di pubblica utilità sostitutivo (che è pari ad anni tre), con la conseguenza che avrebbero potuto comportare l'applicazione del lavoro di pubblica utilità sostitutivo per anni tre e per il residuo anno l'applicazione di altra pena sostitutiva, come, ad esempio, la detenzione domiciliare sostitutiva, in tale modo parzialmente modificando *in peius* la sanzione, si è espressamente prevista la possibilità di superare i limiti di cui all'art. 53 della legge n. 689/81 per la pena pecuniaria o il lavoro di pubblica utilità sostitutivi in caso di cumulo. Pertanto, nell'esempio sopra riportato, due condanne a due anni ciascuna al lavoro di pubblica utilità sostitutivo comportano l'esecuzione di quattro anni di lavoro di pubblica utilità sostitutivo.

Il terzo comma dell'art. 70 della legge n. 689/81 si occupa dell'ipotesi in cui, per effetto del cumulo, si supera il limite di durata complessivo di quattro anni. In questi casi, salvo che la pena residua da eseguire sia pari o inferiore ad anni quattro, si applica per intero la pena sostituita. Fondamentale, pertanto, diventa l'eventuale calcolo del presofferto. A tale fine, occorre considerare che il comma 5 dell'art. 70 della legge n. 689/81 rimanda per la disciplina processuale del cumulo tra pene sostitutive all'art. 663 c.p.p. in quanto compatibile, facendo salva, però, limitatamente all'esecuzione del lavoro di pubblica utilità, anche concorrente con pene sostitutive di specie diversa, la

⁷⁶ In questo senso si veda anche S. LUERTI, "Esecuzione di pene sostitutive concorrenti", in *Riforma Cartabia le modifiche al sistema penale*, vol. III, "Le modifiche al sistema sanzionatorio penale" (a cura di R. Bartoli, G. L. Gatta, V. Manes), Giappichelli ed., 2024, p. 182.

competenza del giudice che ha applicato la pena⁷⁷. Dunque, il pubblico ministero, chiamato a dare esecuzione ad una sentenza di condanna a pena sostitutiva, nell'ipotesi in cui debba procedere al cumulo con altre pene sostitutive applicate per effetto di altre condanne, deve procedere alla verifica di eventuale presofferto ai sensi dell'art. 657, comma 3, c.p.p. Questa norma, modificata dall'art. 38 del d. lgs. n. 150/2022, non prevede, però, un automatismo in tema di c.d. presofferto, poiché riconosce al condannato la facoltà di chiedere al pubblico ministero (ovvero allo stesso giudice che ha applicato il lavoro di pubblica utilità sostitutivo, considerato che per questa pena sostitutiva l'esecuzione è affidata direttamente al giudice che l'ha applicata) lo scomputo della custodia cautelare o di altra pena detentiva *inutiliter data* quando nei suoi confronti debbano essere eseguite pene sostitutive, lasciandogli in questo modo la possibilità di scegliere la detrazione a lui più favorevole, così come del resto affermato dalla giurisprudenza di legittimità⁷⁸. Fondamentale, pertanto, è l'interlocuzione tra il pubblico ministero e lo stesso condannato che viene favorita dal provvedimento di esecuzione che il pubblico ministero è tenuto a notificare al difensore del condannato ai sensi dell'art. 62 della legge n. 689/81. Invero, il decreto di fungibilità non è necessariamente contestuale all'ordine di esecuzione e se interviene successivamente a quest'ultimo (e all'eventuale decreto di cumulo) non può essere utilizzato per valutarne le condizioni di legittimità e di efficacia⁷⁹. Dunque, al fine di evitare che, per effetto del cumulo che "sfora" il limite dei quattro anni, il pubblico ministero dia corso all'esecuzione delle pene sostituite, è opportuno che si proceda ai necessari ragguagli, rispetto ai quali normalmente potrà procedere il pubblico ministero, quando si tratta di ragguagliare la custodia cautelare subita per lo stesso reato, mentre potrebbe essere necessaria o opportuna l'interlocuzione con il condannato negli altri casi di c.d. presofferto⁸⁰.

Occorre, poi, considerare che il pubblico ministero competente a predisporre il cumulo è quello individuato ai sensi dell'art. 665, comma 4, c.p.p. (art. 663, comma 2, c.p.p.), e cioè il pubblico ministero presso il giudice che ha emesso il provvedimento divenuto esecutivo per ultimo. Peraltro, questo giudice (e, quindi, correlativamente, il pubblico ministero) va a sua volta individuato facendo applicazione dei criteri determinativi della competenza del giudice dell'esecuzione ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art. 665 c.p.p.

⁷⁷ Attesa la peculiarità della pena sostitutiva in questione, si è prevista una deroga alla disciplina generale, che fa salva la competenza del giudice che ha applicato la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità anche nel caso in cui concorra con altre condanne alle pene sostitutive della semilibertà o della detenzione domiciliare, rispettando in questo modo la regola esecutiva specifica prevista dall'art. 63 della legge n. 689/81, che attribuisce la competenza per l'esecuzione direttamente al giudice che ha emesso la sentenza di condanna o il decreto penale di condanna al lavoro di pubblica utilità sostitutivo.

⁷⁸ Cass. pen. sez. I, 20.6.2000, n. 4503.

⁷⁹ Cass. pen. sez. I, 28.1.2004, n. 8745.

⁸⁰ Va anche considerata la possibilità per il condannato di richiedere il riconoscimento di riduzione di pena per liberazione anticipata rispetto a periodi di custodia cautelare presofferti per quel medesimo titolo, che, ove riconosciuti, contribuirebbero a ridurre il residuo pena.

Sotto il profilo procedurale, secondo taluna dottrina⁸¹, facendo riferimento alla sola disposizione di cui all'art. 70 della legge n. 689/81, che nulla espressamente prevede, in mancanza di giurisprudenza sul punto, si prospettano due possibili alternative per l'ipotesi considerata dal comma 3 dell'art. 70 della legge n. 689/81: a) riconoscere la competenza del giudice dell'esecuzione per il caso in cui si ritenga necessaria una revoca esplicita, ma anche garantita da un vaglio giurisdizionale; b) ritenere che la revoca operi *ipso iure* e attribuire il potere al pubblico ministero dell'esecuzione, che a questo punto dovrà anche disporre la carcerazione ai sensi dell'art. 656 c.p.p. per le pene detentive superiori a quattro anni. Si ritiene preferibile questa seconda opzione, che posticiperebbe la verifica del giudice dell'esecuzione in sede di eventuale incidente promosso dal condannato ai sensi dell'art. 666 c.p.p.

Può verificarsi, però, che il nuovo titolo esecutivo relativo a pena sostitutiva intervenga mentre è in corso di esecuzione altra pena sostitutiva. Al riguardo, va ricordato che l'art. 76 della legge n. 689/81 espressamente richiama, in quanto compatibile, l'art. 51-*bis* della legge n. 354/75, che disciplina l'ipotesi della sopravvenienza di nuovi titoli esecutivi privativi della libertà durante l'esecuzione di una misura alternativa alla detenzione. Condividendosi sul punto un'opinione dottrina⁸², siccome la sopravvenienza di titoli detentivi nei confronti del condannato in esecuzione di una pena sostitutiva è disciplinata dall'art. 68 della legge n. 689/81, il richiamo all'art. 51-*bis* O.P. deve intendersi effettuato per disciplinare l'ipotesi del sopravvenire di un nuovo titolo esecutivo di pena sostitutiva e si ricollega direttamente alla fattispecie di cui all'art. 70 della legge n. 689/81 (si tratta della fattispecie di pene sostitutive concorrenti che si potrebbe definire di tipo dinamico). In questi casi, il magistrato di sorveglianza che ha in esecuzione, ai sensi dell'art. 62 della legge n. 689/81, la semilibertà o la detenzione domiciliare sostitutiva, investito dal pubblico ministero (competente rispetto al nuovo titolo esecutivo ai sensi dell'art. 655 c.p.p. e, quindi, al cumulo ai sensi dell'art. 663 c.p.p.), tenuto conto del cumulo effettuato (e, quindi, dell'eventuale detrazione del c.d. presofferto)⁸³, deve procedere a verificare la sussistenza delle condizioni per la permanenza della pena sostitutiva *ex art.* 70 della legge n. 689/81, provvedendo con ordinanza. In caso contrario, deve disporre la cessazione dell'esecuzione della pena sostitutiva, ordinando l'esecuzione della pena sostituita (cui farà seguito ordine di esecuzione del pubblico ministero *ex art.* 659 c.p.p.). Stante il richiamo all'art. 69-*bis* della legge n. 354/75, contenuto nell'ultimo comma dell'art. 51-*bis* citata legge, il magistrato di sorveglianza provvede in camera di consiglio *de plano*, e il suo provvedimento è comunicato o notificato senza ritardo ai soggetti indicati nell'art. 127 c.p.p. che possono proporre reclamo, entro dieci giorni dalla

⁸¹ S. LUERTI, "Esecuzione di pene sostitutive concorrenti", cit., p. 181. L'Autore prevede una scarsa applicazione della fattispecie in esame, poiché le pene-programma sostitutive si applicano solo con il consenso dell'imputato, il quale difficilmente lo fornirà in ipotesi in cui rischi che, attraverso il cumulo della nuova pena sostitutiva con una precedente, si possa determinare l'esecuzione (a questo punto, immediatamente carceraria) della corrispondente pena detentiva sostituita.

⁸² Si rimanda ancora a F. ALVINO, "Pene sostitutive delle pene detentive brevi", cit. p. 388.

⁸³ Ovvero di periodi di riduzione di pena per liberazione anticipata già ottenuti dal condannato per eventuale custodia cautelare presofferta.

7-8/2024

comunicazione o notificazione, al Tribunale di Sorveglianza (di cui non può fare parte il magistrato di sorveglianza che ha provveduto) e quest'ultimo decide ai sensi dell'art. 678 c.p.p.⁸⁴

La norma in esame (cioè l'art. 51-*bis* O.P., come richiamato, in quanto compatibile, dall'art. 76 della legge n. 689/81), consentirebbe al pubblico ministero (competente rispetto al titolo esecutivo ai sensi dell'art. 655 c.p.p. e, quindi, al cumulo) di provvedere allo stesso modo anche nell'ipotesi in cui la pena sostitutiva in corso di esecuzione sia quella del lavoro di pubblica utilità, a dimostrazione dell'insostituibile ruolo che tale organo continua a rivestire anche nell'ambito dell'esecuzione di questa pena sostitutiva. Il pubblico ministero, invero, potrebbe investire il giudice che ha in corso l'esecuzione del lavoro di pubblica utilità sostitutivo affinché provveda a valutare la possibilità del cumulo delle due pene sostitutive (anche di specie diversa). L'art. 51-*bis* O.P., come richiamato dall'art. 76 della legge n. 689/81, disposizione strutturata sull'intervento della magistratura di sorveglianza, tuttavia non prevede nulla sulle modalità attraverso le quali dovrebbe provvedere il giudice in questione. Si potrebbe ritenere applicabile, in via analogica, la procedura prevista dall'art. 66, ultimo comma, della legge n. 689/81, e, quindi, il procedimento esecutivo di cui all'art. 666 c.p.p., trattandosi comunque di provvedimento che sostanzialmente comporta il venire meno della pena sostitutiva e il ripristino della pena sostituita che, come la revoca tipizzata dall'art. 66 citato, può incidere sullo *status libertatis* del condannato a pena sostitutiva. Dunque, il giudice dinanzi al quale è in corso di esecuzione il lavoro di pubblica utilità sostitutivo, nel contraddittorio tra le parti, effettuato il cumulo con eventuale presofferto (ovvero, verificata la correttezza di quello eseguito dal pubblico ministero che lo ha investito della decisione, non dimenticandosi su tale aspetto una possibile competenza concorrente dei due organi), decide con ordinanza, disponendo la prosecuzione nell'esecuzione della pena sostitutiva nel rispetto dei commi 2 e 4 dell'art. 70 della legge n. 689/81⁸⁵, ovvero ne dispone la revoca/cessazione, ordinando la carcerazione del

⁸⁴ Stante la natura impugnatoria del reclamo in questione (vedi Cass. pen. sez. un., 25.2.2021, n. 12581), non prevedendo la legge diversamente, si ritiene che l'ordinanza del magistrato di sorveglianza non sia immediatamente esecutiva ai sensi dell'art. 588 c.p.p.

⁸⁵ A questo riguardo, si potrebbe discutere se, a fronte dell'esecuzione in corso del lavoro di pubblica utilità sostitutivo, il subentro di un nuovo titolo esecutivo riguardante altra pena-programma sostitutiva di specie diversa (detenzione domiciliare/semilibertà) comporti o meno la sospensione del lavoro di pubblica utilità sostitutivo. Farebbe propendere per la soluzione positiva la circostanza che il comma 4 dell'art. 70 della legge n. 689/81 prevede che il lavoro di pubblica utilità sostitutivo è sempre eseguito anche dopo le altre pene-programma sostitutive. Il carattere perentorio della disposizione non sembrerebbe ammettere eccezioni. D'altra parte, l'ordine di esecuzione della semilibertà sostitutiva e della detenzione domiciliare sostitutiva non sospende l'esecuzione di pene detentive o di misure di sicurezza detentive ovvero di misure cautelari custodiali ai sensi dell'art. 68, comma 2, legge n. 689/81, ma nulla dice tale norma con riguardo alle pene sostitutive. Anzi, volendo interpretare in senso ampio il termine "*ordine di carcerazione*" contenuto nel primo comma del citato art. 68 della legge n. 689/81, si potrebbe sostenere che l'ordine di esecuzione alla pena sostitutiva della semilibertà o della detenzione domiciliare, che subentra mentre è in corso di esecuzione la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, comportando una "*carcerazione*" in senso lato del condannato, determina la sospensione della meno invasiva pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità. E' anche vero che tutto ciò si porrebbe in contrasto con le esigenze di recupero e rieducazione del condannato che, in seguito alla sospensione del lavoro di pubblica utilità sostitutivo per effetto dell'esecuzione delle

condannato (cui darà concreta esecuzione il pubblico ministero ai sensi dell'art. 656 c.p.p.).

Infine, il comma 4 dell'art. 70 della legge n. 689/81, come già detto, ribadisce il principio della decrescente afflittività nell'esecuzione delle pene, sia esterno, per cui si applicano per prime le pene detentive, sia interno, per cui le pene sostitutive si applicano secondo l'ordine di maggiore sacrificio della libertà personale⁸⁶.

1.6. L'esecuzione delle pene-programma sostitutive per i condannati minorenni.

Come è noto, ai sensi dell'art. 75 della legge n. 689/81 le disposizioni relative alle pene sostitutive si applicano, in quanto compatibili, anche agli imputati minorenni. Si applica, peraltro, l'art. 30 del d.p.r. n. 448/1988, nel testo modificato dall'art. 73 comma 1 del d. lgs. n. 150/2022. Il comma 2 dell'art. 30 citato attribuisce al pubblico ministero competente per l'esecuzione di trasmettere l'estratto della sentenza al magistrato di sorveglianza per i minorenni del luogo di abituale dimora del condannato, che curerà l'esecuzione anche della pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità. Il magistrato di sorveglianza convoca, entro tre giorni dalla comunicazione, il minorenne, l'esercente la responsabilità genitoriale, l'eventuale affidatario e i servizi minorili dell'amministrazione della giustizia (chiamati a svolgere le funzioni attribuite all'UEPE: vedi comma 3 dell'art. 30 d.p.r. n. 448/1988) e provvede in ordine all'esecuzione della pena sostitutiva, tenuto conto anche delle esigenze educative del minorenne. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni di cui al Capo III della legge n. 689/81.

Dunque al magistrato di sorveglianza minorile sono attribuite le funzioni esecutive con riferimento a tutte le pene-programma sostitutive.⁸⁷

Il comma 4 dell'art. 30 del d.p.r. n. 448/1988, nel solco di quanto già previsto dall'art. 12, ultimo comma, del d. lgs. n. 121/2018 in materia di esecuzione delle misure penali di comunità, prevede che, al compimento del venticinquesimo anno di età, se è in corso l'esecuzione di una pena sostitutiva, il magistrato di sorveglianza per i minorenni

altre più restrittive pene-programma sostitutive, potrebbe vedere sfumare all'esito quelle occasioni di prestazione di attività non retribuita che gli erano state offerte con l'avvio della pena sostitutiva di cui all'art. 56-bis della legge n. 689/81.

⁸⁶ In questo senso, condivisibilmente, F. ALVINO, *"Pene sostitutive delle pene detentive brevi"*, cit. p. 388.

⁸⁷ Sul punto si segnala la diversa opinione di M. ZELANTE, *"Pene sostitutive e giustizia minorile"*, in *Riforma Cartabia le modifiche al sistema penale*, vol. III, *"Le modifiche al sistema sanzionatorio penale"* (a cura di R. Bartoli, G. L. Gatta, V. Manes), Giappichelli ed., 2024, p. 221, secondo la quale, siccome l'art. 30, comma 3, d.p.r. n. 448/1988 prevede espressamente che si applichino, in quanto compatibili, le disposizioni di cui al Capo III della legge n. 689/1981 in materia di pene sostitutive delle pene detentive brevi, ad eccezione dell'art. 59, ciò consentirebbe di affermare, in un'ottica di interpretazione sistematica del comma 2 del medesimo art. 30, che anche nel rito minorile l'esecuzione del lavoro di pubblica utilità sostitutivo sarebbe affidata al giudice del merito. In realtà, proprio l'inciso *"in quanto compatibili"* non consente di seguire questa opinione, che appare porsi in contrasto con la lettera della legge che, al comma 2 dell'art. 30 d.p.r. n. 448/1988, individua il solo magistrato di sorveglianza minorile come organo di esecuzione della *"pena sostitutiva"* genericamente intesa.

trasmette gli atti al magistrato di sorveglianza ordinario per la prosecuzione della pena, ove ne ricorrano le condizioni, con le modalità previste dalla legge n. 689/81.

1.7. La disciplina transitoria delle pene-programma sostitutive.

Sul punto, sia consentito un richiamo a quanto riportato in altro lavoro⁸⁸.

Va solo aggiunto che l'art. 95 comma 2 del d. lgs. n. 150/2022 stabilisce che le sanzioni sostitutive della semidetenzione e della libertà controllata, già applicate⁸⁹ o in corso di esecuzione al momento dell'entrata in vigore del decreto stesso, continuano ad essere disciplinate dalle disposizioni previgenti. Tuttavia, i condannati alla semidetenzione possono chiedere al magistrato di sorveglianza la conversione nella semilibertà sostitutiva.

Come riporta la Relazione illustrativa della c.d. Riforma Cartabia, in assenza di una disposizione transitoria, fermo il limite del giudicato (art. 2, comma 4, c.p.), l'abolizione delle predette sanzioni sostitutive avrebbe comportato la cessazione dell'esecuzione per quanti vi fossero sottoposti al momento dell'entrata in vigore della Riforma. Tale esito sarebbe stato, tuttavia, irragionevole, poiché la Riforma comportava solo un *restyling* delle sanzioni sostitutive, che venivano sostituite dalle pene sostitutive, senza che fosse venuto meno il disvalore penale del fatto per il quale era in esecuzione la pena, né la valutazione sulla meritevolezza e il bisogno di punire il fatto con una pena sostitutiva della pena detentiva. Occorreva, pertanto, introdurre una deroga al principio di retroattività della *lex mitior* – abolitrice delle sanzioni sostitutive della semidetenzione e della libertà controllata – stabilendo che alle medesime sanzioni sostitutive, già disposte al momento dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2022, continuano ad applicarsi le norme previgenti. L'unica eccezione per i condannati alla semidetenzione, ai quali è stata riconosciuta la possibilità di chiedere al magistrato di sorveglianza la conversione nella pena sostitutiva della semilibertà, che presenta contenuti analoghi (e più favorevoli, quanto, ad esempio, al numero minimo da trascorrere in istituto). Il numero esiguo alla data di entrata in vigore della Riforma dei condannati alla sanzione sostitutiva della libertà controllata o della semidetenzione avrebbe reso comunque molto limitato l'impatto di questa disposizione transitoria.

⁸⁸ Si veda G. BIONDI, "L'applicazione delle pene sostitutive ..", cit., p. 145 e ss., nonché A. DIDI, "Le disposizioni in materia di pene sostitutive delle pene detentive brevi", in *Processo Penale e Giustizia*, numero straordinario, "Giustizia penale: la disciplina transitoria della c.d. riforma Cartabia" 2023, e A. NATALINI, "Relazione su novità normativa - Disciplina transitoria e prime questioni di diritto intertemporale del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, come modificato dall'art. 6 del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162", a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, n. 68/2022, p. 32.

⁸⁹ La locuzione "già applicate" disgiunta da quella "o in corso di esecuzione" sembra alludere non solo alle sanzioni sostitutive irrogate con sentenze irrevocabili al momento dell'entrata in vigore della Riforma, ma non ancora poste in esecuzione, ma anche a sentenze con cui è stata già applicata la sanzione sostitutiva ma non ancora irrevocabili al momento dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2022. Una diversa interpretazione sarebbe palesemente irragionevole e darebbe luogo ad ingiusta disparità di trattamento tra situazioni sostanzialmente omogenee.

L'art. 95, comma 3, d. lgs. n. 150/2022 stabiliva che le modalità di svolgimento del lavoro di pubblica utilità sostitutivo, in attesa della formulazione del decreto ministeriale ai sensi dell'art. 56-*bis*, comma 4, legge n. 689/81, sarebbero state ancora disciplinate ai sensi del d.m. 26.3.2001, in quanto compatibile. Giova evidenziare, al riguardo, che con d.m. 27.7.2023, pubblicato sul Bollettino Ufficiale del Ministero della Giustizia n. 14 del 31.7.2023, sono state disciplinate le modalità di svolgimento del lavoro di pubblica utilità sostitutivo.

1.8. La possibile esecuzione all'estero delle pene-programma sostitutive.

Come è noto, con riferimento alle misure alternative alla detenzione dell'affidamento in prova al servizio sociale e della detenzione domiciliare si è posto il problema della loro possibile esecuzione all'estero in uno Stato membro dell'Unione Europea ai sensi del d. lgs. 15.2.2016, n. 38, emanato per conformare il diritto interno alla decisione-quadro 2008/947/GAI del Consiglio del 27.11.2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive, risolto dalla Cassazione in senso positivo per l'affidamento in prova⁹⁰, ma negativo per la detenzione domiciliare⁹¹.

La questione, secondo taluna dottrina⁹², potrebbe proporsi anche per le pene-programma sostitutive, in particolare per il lavoro di pubblica utilità sostitutivo e, soprattutto, per la detenzione domiciliare sostitutiva.

Con riguardo a quest'ultima pena sostitutiva, a differenza della misura alternativa della detenzione domiciliare, l'Autrice sostiene la possibilità di una sua esecuzione all'estero presso altro Stato membro dell'Unione Europea, che ha aderito alla decisione-quadro 2008/947/GAI, ai sensi del d. lgs. n. 38/2016, sulla base delle seguenti considerazioni, alla luce delle differenze di disciplina esistenti tra questo istituto e la detenzione domiciliare/misura alternativa, disciplinata all'art. 47-*ter* legge n. 354/1975. Invero, ai fini dell'esecuzione della pena sostitutiva è sufficiente che si trascorrono nell'abitazione dodici ore, a fronte di una permanenza che l'ordinamento penitenziario prevede possa estendersi fino a ventiquattro ore. L'art. 47-*ter*, comma 4, legge n. 354/1975, rinviando, quanto alle modalità esecutive della misura, all'art. 284 c.p.p., consente l'allontanamento dall'abitazione, su autorizzazione del giudice, «per il tempo strettamente necessario per provvedere alle... indispensabili esigenze di vita ovvero per esercitare una attività lavorativa», mentre il condannato che sconta la detenzione domiciliare sostitutiva «in ogni caso... può lasciare il domicilio per almeno quattro ore al giorno, anche non continuative, per provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita e di salute». Il condannato a tale sanzione, inoltre, a differenza di chi sia stato ammesso

⁹⁰ Cass. pen. sez. I, 16.5.2018, n. 15091/19, Cass. pen. sez. I, 25.5.2020, n. 16942, Cass. pen. sez. I, 15.6.2020, n. 20977.

⁹¹ Cass. pen. sez. I, 4.3.2022, n. 20771.

⁹² M. C. AMOROSO, "Pene sostitutive delle pene detentive brevi", cit., p. 205 e ss.

alla detenzione domiciliare *ex art. 47-ter* citato, potrà fruire di licenze «per giustificati motivi, attinenti alla salute, al lavoro, allo studio, alla formazione, alla famiglia o alle relazioni affettive», disponendo in tal senso l'art. 69, comma 1, della legge n. 689 del 1981, che individua in quarantacinque giorni l'anno la durata massima complessiva delle licenze. I caratteri descritti, secondo l'Autrice, sembrerebbero tali da poter far ritenere che la detenzione domiciliare, come configurata dalla cd. Riforma Cartabia, partecipi del denominatore comune delle misure previste dall'art. 4 del d.lgs. n. 38 del 2016, che sono caratterizzate dallo svolgersi nella comunità esterna, ove il condannato è collocato con margini più o meno estesi di libertà; dall'imporre allo stesso comportamenti positivi variamente configurati, comunque volti al reinserimento sociale, sotto la promozione, la consulenza e l'assistenza di organi pubblici, eventualmente accompagnati da prescrizioni e limitazioni capaci di contribuire alla sicurezza pubblica; dal condizionare la risoluzione dell'espiazione penale in atto alla tenuta e alla riuscita di tali comportamenti.

La tesi non convince.

Invero, mentre sembrerebbe possibile fare rientrare nelle “sanzioni sostitutive” previste dal d. lgs. n. 38/2016 e dalla decisione-quadro 2008/947/GAI il lavoro di pubblica utilità sostitutivo, che non ha i caratteri della pena detentiva (pur essendo considerato, ad ogni effetto giuridico, come pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena sostituita: vedi art. 57 della legge n. 689/81), e che si caratterizza per la prestazione di attività non retribuita in favore della collettività con il rispetto di alcune prescrizioni⁹³, per contro non può dirsi lo stesso per la detenzione domiciliare sostitutiva, che ha i caratteri della pena detentiva, come emerge chiaramente dalla circostanza che

⁹³ Tale pena sostitutiva, pertanto si attaglierebbe perfettamente alle definizioni contenute negli artt. 2, n. 4), e 4 della decisione-quadro 2008/947/GAI nonché agli artt. 2, lett. e), e 4 del d. lgs. n. 38/2016. Peraltro, la possibilità di svolgere il lavoro di pubblica utilità sostitutivo all'estero, presso uno Stato membro UE che ha aderito alla decisione-quadro 2008/947/GAI, potrebbe essere segnalata già in sede di giudizio di merito, prima che il giudice della cognizione applichi la pena sostitutiva, e, quindi, potrebbe essere anche oggetto di valutazione da parte dell'UEPE in sede di predisposizione del programma trattamentale. In ogni caso, al passaggio in giudicato della sentenza, il pubblico ministero presso il giudice che ha applicato la pena sostitutiva potrebbe essere investito dal compito di avviare l'esecuzione all'estero del lavoro di pubblica utilità sostitutivo ai sensi degli artt. 5 e ss. del d. lgs. n. 38/2016. Quanto l'Autorità competente dello Stato di esecuzione avrà comunicato il riconoscimento della sentenza, l'Autorità Giudiziaria italiana non sarà più tenuta alla vigilanza circa l'osservanza degli obblighi e delle prescrizioni impartite, potendo riassumere l'esercizio del potere di sorveglianza in conseguenza della comunicazione, ad opera dell'autorità competente dello Stato di esecuzione, della cessazione della propria competenza per l'esecuzione, in ragione del fatto che la persona condannata si è sottratta all'esecuzione o non ha più in quello Stato la residenza e la dimora abituale. Può, inoltre, riassumere la competenza quando tiene conto, ai fini della decisione da assumere, della durata e del grado di osservanza delle prescrizioni e degli obblighi impartiti durante il periodo in cui la persona condannata è stata sorvegliata all'estero (art. 8 d. lgs. n. 38/2016). A quest'ultimo riguardo, giova evidenziare che il condannato, cittadino italiano (non anche lo straniero, per il quale si veda l'art. 10 c.p.), a pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità che non si reca nel luogo all'estero dove deve svolgere la prestazione di attività non retribuita o lo abbandona potrebbe incorrere anche nel delitto di cui al combinato disposto degli artt. 72, comma 2, legge n. 689/81 e 56 d. lgs. 274/2000, perseguibile in Italia, sempre che il condannato si trovi nel territorio dello Stato, a richiesta del Ministro della Giustizia ai sensi dell'art. 9, comma 2, c.p.

la sua applicazione risulta compatibile con il mantenimento della misura della custodia cautelare (non con quella della custodia cautelare in carcere). Certamente, la pena sostitutiva della detenzione domiciliare ha elementi che la distinguono dalla misura alternativa della detenzione domiciliare. Tuttavia, il condannato alla pena sostitutiva della detenzione domiciliare è comunque tenuto a rimanere nel domicilio per non meno di dodici ore al giorno (e, quindi, se non ha motivi legati allo svolgimento del programma di trattamento per uscire dalla propria abitazione, potrebbe rimanervi anche per venti ore, essendo prevista la possibilità di uscire per almeno quattro ore al giorno, anche se non continuative). Se si allontana dal domicilio, senza giustificato motivo, per più di dodici ore può essere punito per evasione ai sensi del comma 1 dell'art. 385 c.p. Non può tacersi che sia la decisione-quadro 2008/947/GAI, che il d. lgs. n. 38/2016 che vi dà attuazione in Italia, escludono l'applicazione delle loro disposizioni alle sentenze penali che irrogano pene detentive (art. 1, § 3, lett. a) della decisione-quadro e art. 4 lett. c) del d. lgs. n. 38/2016, che prevede, fra gli obblighi e prescrizioni impartite, fra l'altro, con le sanzioni sostituite, restrizioni al diritto di lasciare il territorio dello Stato di esecuzione, ma non anche l'obbligo di rimanere in un luogo determinato) e la pena sostitutiva della detenzione domiciliare ha tutti i caratteri della pena detentiva.

1.9. L'esecuzione della pena pecuniaria sostitutiva.

1.9.1. Il procedimento esecutivo.

La disciplina dell'esecuzione della pena pecuniaria sostitutiva ha risentito del generale intervento riformatore apportato dalla c.d. Riforma Cartabia allo scopo di restituire effettività al sistema⁹⁴.

A tale fine, l'art. 71 della legge n. 689/81 stabilisce al comma 1 che alla pena pecuniaria sostitutiva della pena detentiva si applicano le disposizioni dell'art. 660 c.p.p. A sua volta, l'art. 660 c.p.p., che concerne l'esecuzione delle pene pecuniarie, anche in sostituzione di una pena detentiva, è stato totalmente modificato ed è stata introdotta una procedura alquanto complessa⁹⁵.

Il comma 1 dell'art. 660 c.p.p. attribuisce al pubblico ministero⁹⁶ il compito di dare esecuzione alla pena pecuniaria sostitutiva attraverso l'emissione di un ordine di esecuzione con il quale ingiunge al condannato il pagamento⁹⁷. L'ordine contiene le

⁹⁴ In generale sul tema si rinvia a A. NOCERA, *"La disciplina dell'esecuzione delle pene pecuniarie"*, in *Relazione su novità normativa – La Riforma Cartabia*, a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, n. 2/2023, p. 215.

⁹⁵ In tale senso, G. COLAIACOVO, *"L'esecuzione di misure di sicurezza, pene pecuniarie,.."*, cit., p. 50.

⁹⁶ Il riferimento deve intendersi sempre al pubblico ministero competente ai sensi degli artt. 655 e 665 c.p.p.

⁹⁷ Giova ricordare che, in tema di sostituzione di pene detentive brevi, nel caso in cui l'imputato sia stato condannato ad una pena detentiva congiunta a quella pecuniaria, il giudice, fermo il potere discrezionale di cui all'art. 58 l. 24 novembre 1981, n. 689, deve sostituire la sola pena detentiva e la pena pecuniaria - che non incide, tramite il meccanismo del conguaglio, sul limite massimo della pena detentiva previsto dalla legge - si affianca alla sanzione sostitutiva in concreto applicata (Cass. pen. sez. II, 1.12.2016, n. 54715 e più

generalità della persona nei cui confronti deve essere eseguito e quanto altro valga ad identificarla⁹⁸, l'imputazione, il dispositivo del provvedimento, l'indicazione dell'ammonimento della pena, nonché le modalità del pagamento⁹⁹, che può avvenire in un'unica soluzione, ovvero in rate mensili ai sensi dell'art. 133-ter c.p., secondo quanto disposto dal giudice nella sentenza o nel decreto penale di condanna (comma 2). L'ordine di esecuzione contiene ancora: 1) l'intimazione al condannato alla pena pecuniaria sostitutiva di provvedere al pagamento entro il termine di novanta giorni dalla notifica e l'avviso che, in mancanza, la pena pecuniaria sarà convertita nella semilibertà sostitutiva o nella detenzione domiciliare sostitutiva, ovvero, in caso di insolvenza¹⁰⁰, nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo o nella detenzione domiciliare sostitutiva ai sensi dell'art. 71 della legge n. 689/81; 2) l'avviso al condannato che, quando non è già stato disposto nella sentenza o nel decreto penale di condanna, entro venti giorni, può depositare presso la segreteria del pubblico ministero istanza di pagamento

di recente Cass. pen. sez. I, 11.2.2020, n. 20688). Questa distinzione assume rilevanza sotto il profilo dell'esecuzione delle due pene pecuniarie. Se, infatti, la pena pecuniaria si considera sempre come tale, anche se sostitutiva della pena detentiva (art. 57, secondo comma, legge n. 689/81), sicché, ai sensi degli artt. 73 e 76, comma 1, c.p., salvo che la legge stabilisca diversamente, le due pene pecuniarie (sostitutiva e principale), se della stessa specie, si considerano come una pena unica, deve osservarsi che, sul piano esecutivo, il procedimento, che è certamente quello di cui all'art. 660 c.p.p., presenta qualche significativa differenza tra i due tipi di pena pecuniaria, soprattutto in sede di conversione della pena pecuniaria in caso di insolvenza o insolvenza del condannato. Invero, per la pena pecuniaria sostitutiva si segue il disposto di cui all'art. 71 legge n. 689/81, per cui, come vedremo, la pena pecuniaria non pagata viene revocata e si converte in semilibertà o detenzione domiciliare sostitutiva, in caso di insolvenza, e in lavoro di pubblica utilità sostitutivo, se il condannato non si oppone, ovvero in detenzione domiciliare sostitutiva in caso di insolvenza; nel caso della pena pecuniaria principale, invece, si segue il combinato disposto degli artt. 102 e 103 legge n. 689/81, per cui, in caso di insolvenza, il mancato pagamento comporta la conversione in semilibertà sostitutiva con il criterio di ragguaglio previsto dall'art. 135 c.p. (con un tetto massimo di anni quattro in caso di conversione della multa e di due anni in caso di conversione dell'ammenda), mentre, in caso di insolvenza, il mancato pagamento comporta la conversione in lavoro di pubblica utilità sostitutivo, se il condannato non si oppone, ovvero nella detenzione domiciliare sostitutiva, con il criterio di ragguaglio specificatamente previsto dal comma 2 dell'art. 103 legge n. 689/81. Appare evidente, quindi, che, pur nell'unicità del procedimento esecutivo, la legge prevede aspetti differenti per le pene pecuniarie sostitutive rispetto a quelle principali. Ne consegue che, pur eventualmente unico l'ordine di esecuzione, deve essere chiara l'indicazione della pena pecuniaria come sostitutiva o principale, così come devono essere tenute distinte le intimazioni previste dal comma 3 dell'art. 660 c.p.p.

⁹⁸ Anche il codice fiscale del condannato come condivisibilmente ritenuto da A. NOCERA, *"La disciplina dell'esecuzione delle pene pecuniarie"*, cit., p. 219.

⁹⁹ Al riguardo, si evidenzia che, ai sensi dell'art. 181-bis disp. att. c.p.p., come inserito dall'art. 41, comma 1, lett. gg), del d. lgs. n. 150/2022, le modalità di pagamento delle pene pecuniarie applicate dal giudice con la sentenza o con il decreto penale di condanna sono indicate dal pubblico ministero, anche in via alternativa, nell'ordine di esecuzione di cui all'art. 660 c.p.p. Esse comprendono, in ogni caso, il pagamento attraverso un modello precompilato, allegato all'ordine di esecuzione. Con un decreto del Ministero della Giustizia (da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della norma, e cioè dal 30.12.2022, sentito il Garante per la protezione dei dati personali) sarebbero state individuate e periodicamente aggiornate le modalità tecniche di pagamento, anche per via telematica. Il primo decreto ministeriale risulta emesso in data 28.6.2023 ed è stato pubblicato nel Bollettino Ufficiale del Ministero della Giustizia n. 14 del 31.7.2023.

¹⁰⁰ Come è noto per insolvenza del condannato è da intendersi permanente impossibilità di adempiere, e trattasi di una situazione distinta da quella di insolvenza, che rappresenta invece uno stato transitorio, che consente il differimento o la rateizzazione della pena pecuniaria (Vedi Cass. pen. sez. I, 9.6.2005, n. 26358).

rateale della pena pecuniaria, ai sensi dell'art. 133-ter c.p.¹⁰¹; 3) l'avviso al condannato che se il processo si è svolto in sua assenza, nel termine di trenta giorni dalla conoscenza della sentenza può chiedere, in presenza dei relativi presupposti, la restituzione nel termine per proporre impugnazione o la rescissione del giudicato; l'avviso al condannato che ha facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa (comma 3). Peraltro, se con la sentenza o il decreto penale di condanna è stato disposto il pagamento in rate mensili, ai sensi dell'art. 133-ter c.p., l'ordine di esecuzione contiene l'indicazione del numero delle rate, dell'importo e delle scadenze di ciascuna per il pagamento. In questo caso, il pubblico ministero ingiunge al condannato il pagamento della prima rata nel termine di trenta giorni dalla notifica del provvedimento, con l'avviso che in caso di mancato tempestivo pagamento della prima rata sono previsti l'automatica decadenza dal beneficio e il pagamento della restante parte della pena in un'unica soluzione, da effettuarsi, a pena di conversione ai sensi del comma 3, entro i sessanta giorni successivi (comma 4).¹⁰²

L'ordine di esecuzione va notificato al condannato¹⁰³ e al suo difensore nominato per la fase dell'esecuzione o, in difetto, al difensore che lo ha assistito nella fase del giudizio (comma 2). Quando è provato o appare probabile che il condannato non abbia avuto effettiva conoscenza dell'ordine di esecuzione, il pubblico ministero può assumere, anche presso il difensore, le opportune informazioni, all'esito delle quali può disporre la rinnovazione della notifica (comma 5). A quest'ultimo riguardo bisogna ricordare che in passato la Cassazione riteneva che lo stato di irreperibilità del condannato non consentisse di valutarne l'effettiva insolvibilità, con la conseguente impossibilità di procedere alla conversione della pena pecuniaria.¹⁰⁴ Ne deriva di conseguenza che appare fondamentale la certezza della notifica dell'ordine di esecuzione al condannato.

Se entro il termine indicato nell'ordine di esecuzione il pubblico ministero accerta l'avvenuto pagamento (in caso di pagamento rateale ciò avviene con il versamento dell'ultima rata), dichiara l'avvenuta esecuzione della pena pecuniaria sostitutiva (comma 6). Altrimenti, in caso di mancato pagamento dell'intera pena ovvero di una

¹⁰¹ Se l'istanza di pagamento rateale viene presentata, il pubblico ministero trasmette gli atti al magistrato di sorveglianza competente, che procedere ai sensi dell'art. 667, comma 4, c.p.p. Come, vedremo, il magistrato competente va individuato ai sensi dell'art. 677 c.p.p.

¹⁰² Si legge nella Relazione illustrativa della c.d. Riforma Cartabia (pag. 441) che per il pagamento della prima rata è parso congruo prevedere un termine più breve rispetto a quello ordinario di novanta giorni. Il mancato pagamento della prima rata non determina peraltro la conversione della pena pecuniaria, potendo il condannato – decaduto dal beneficio del pagamento rateale – pagare in un'unica soluzione la multa o l'ammenda entro i successivi sessanta giorni e, pertanto, entro l'ordinario termine di novanta giorni.

¹⁰³ L'ordine di esecuzione va tradotto nei confronti dell'imputato alloggiato a pena di nullità a regime intermedio (da fare valere con apposito incidente di esecuzione: vedi Cass. pen. sez. I, 30.11.2005, n. 2727/06, in tema di ordine di esecuzione ai sensi dell'art. 656 c.p.p.), e tuttavia l'eventuale nullità comporta la rinnovazione dell'atto nullo e da tale momento decorrono eventuali termini per l'esercizio di diritti difensivi, ma non incide sul rapporto esecutivo, che si instaura sempre legittimamente con l'irrevocabilità della sentenza o del decreto penale di condanna (vedi Cass. pen. sez. I, 23.2.2018, n. 20768, sempre in tema di ordine di esecuzione ex art. 656 c.p.p.).

¹⁰⁴ Cass. pen. sez. un., 23.10.1995, n. 35/96.

sola rata, trasmette gli atti al magistrato di sorveglianza competente per la conversione ai sensi dell'art. 71 della legge n. 689/81. Nel caso del pagamento rateale la conversione riguarderà solo la parte non ancora pagata (comma 7).

Giova evidenziare che anche per la pena pecuniaria sostitutiva è possibile l'esecuzione all'estero, in uno Stato membro dell'Unione Europea che ha riconosciuto la decisione-quadro 2005/214/GAI, sulla base del decreto legislativo 15 febbraio 2016 n. 37, che, ai sensi degli artt. 4 e ss., attribuisce al pubblico ministero presso l'Autorità Giudiziaria che ha emesso la decisione sulla sanzione pecuniaria il compito di procedere all'esecuzione mediante trasmissione della sentenza definitiva all'Autorità competente dello Stato membro in cui la persona condannata disponga di beni o di un reddito, o in cui risieda e dimora abitualmente. Quando l'Autorità competente dello Stato di esecuzione riconosce la decisione sulle sanzioni pecuniarie, dandone informazione, anche diretta, al pubblico ministero che ha disposto la trasmissione, l'Autorità italiana non è più tenuta all'adozione dei provvedimenti necessari all'esecuzione. L'Autorità italiana riassume il potere di procedere all'esecuzione se: a) l'Autorità competente dello Stato di esecuzione dà notizia della mancata esecuzione, totale o parziale; b) l'Autorità competente dello Stato di esecuzione ha rifiutato il riconoscimento e l'esecuzione, anche per questione relativa alla violazione dei diritti fondamentali o dei principi giuridici fondamentali dell'Unione europea, fatto salvo il caso in cui il rifiuto sia dovuto all'esistenza di altra decisione, per gli stessi fatti nei confronti della stessa persona, nello Stato di esecuzione o in diverso Stato, e, in tale ultimo caso, tale decisione abbia ricevuto esecuzione; c) alla persona condannata, e per i fatti di cui alla condanna, sia stata concessa l'amnistia o la grazia. Qualora la persona condannata fornisca la prova di un pagamento, totale o parziale, il pubblico ministero di cui all'articolo 4, comma 1, d. lgs n. 37/2016 ne dà comunicazione all'autorità competente dello Stato di esecuzione, facendo richiesta di deduzione dall'importo complessivo oggetto di esecuzione (art. 7 d. lgs. n. 37/2016).

1.9.2. La conversione della pena pecuniaria sostitutiva non pagata.

Come visto, ai sensi del comma 7 dell'art. 660 c.p.p., in seguito al mancato pagamento della pena pecuniaria sostitutiva, il pubblico ministero trasmette gli atti al magistrato di sorveglianza competente per la conversione ai sensi dell'art. 71 della legge n. 689/81. Quest'ultima norma ribadisce, innanzitutto, l'applicabilità alla pena pecuniaria sostitutiva della pena detentiva breve delle disposizioni di cui all'art. 660 c.p.p. (comma 1); quindi, che il mancato pagamento della pena pecuniaria sostitutiva entro il termine di cui all'art. 660 c.p.p.¹⁰⁵ ne comporta la revoca e la conversione in una delle pene-programma sostitutive e, ai fini della loro scelta, il magistrato di sorveglianza procederà ai sensi dell'art. 58 della legge n. 689/81 (comma 2). Il procedimento per la

¹⁰⁵ Se è stato disposto il pagamento rateale, il mancato pagamento di una rata, alla scadenza stabilita, comporta la revoca della pena pecuniaria sostitutiva e la conversione ha luogo per la parte residua (art. 71 comma 2 ultima parte della legge n. 689/81).

conversione è disciplinato dall'art. 667, comma 4, c.p.p.¹⁰⁶ e si applica, in quanto compatibile, l'art. 545-bis, comma 2, c.p.p.¹⁰⁷ (art. 660, comma 8, c.p.p.).

Le norme su indicate non specificano qual è il magistrato di sorveglianza competente. In passato, la Cassazione si è mostrata divisa in ordine all'individuazione del magistrato di sorveglianza competente, in talune pronunce affermando che andava individuato sempre secondo il criterio derogatorio previsto dal vecchio art. 107 della legge n. 689/81 (il magistrato di sorveglianza del luogo di residenza del condannato); in altre, invece, riteneva applicabile la regola generale posta dall'art. 677 c.p.p. allorché il condannato fosse detenuto¹⁰⁸.

¹⁰⁶ L'art. 678, comma 1-bis, c.p.p. stabilisce altresì che il magistrato di sorveglianza, nelle materie, fra l'altro, attinenti alla rateizzazione e alla conversione delle pene pecuniarie, all'esecuzione delle pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare e delle pene conseguenti alla conversione della pena pecuniaria, procede a norma dell'art. 667, comma 4, c.p.p.

¹⁰⁷ Si tratta della c.d. udienza di *sentencing*, rispetto alla quale sia consentito il rinvio a G. BIONDI, "L'applicazione delle pene sostitutive ..", cit., p. 104 e ss.

¹⁰⁸ Riassume molto bene il contrasto Cass. pen. sez. I, 8.1.2020, n. 4392, di cui si riporta di seguito la motivazione: "2.1. Secondo un primo indirizzo, il criterio di individuazione della competenza per territorio in tema di conversione di pena pecuniaria è quello del luogo di residenza del condannato, stabilito dall'art. 107, comma 1 della legge 24/11/1981, n. 689; e esso sarebbe operante anche se il condannato si trovi ristretto in un istituto penitenziario sito in luogo diverso da quello di residenza, dato che la predetta disposizione ha natura di norma speciale e prevale sulla regola generale dettata dal primo comma dell'art. 677 del vigente codice di rito in forza della clausola contenuta nell'art. 210 disp. coord. cod. proc. pen. secondo cui continuano a osservarsi le disposizioni di leggi o decreti che regolano la competenza per materia o per territorio in deroga alla disciplina del codice (cfr. Sez. 1, n. 3378 del 14/05/1997, Testa, Rv. 207750; Sez. 1, n. 730 del 3/2/1997, Serra, Rv. 206979; Sez. 1, n. 5963 del 14/9/1996, Giannetti, Rv. 206182; Sez. 1, n. del 10/4/1995, Toledo, Rv. 202275; Sez. 1, n. del 5/5/1994, Trotta, Rv. 198414). Una tesi, questa, ribadita, anche di recente, da questa stessa Sezione della Corte di cassazione, sul rilievo che se è vero che l'art. 107, comma 2, legge n. 689 del 1981 richiama testualmente, in linea con le norme generali di procedura penale vigenti al tempo della sua emanazione, non già la competenza del giudice di sorveglianza a disporre la conversione (illo tempore attribuita al pubblico ministero o al pretore), bensì quella relativa all'adozione dei provvedimenti conseguenti alla già disposta conversione, è vero, altresì, che il nuovo codice di rito ha sancito, all'art. 660, l'unificazione in capo a tale giudice di entrambe le competenze, di modo che questi provveda tanto in ordine alla conversione, quanto in ordine alla determinazione delle modalità di esecuzione delle misure da essa nascenti, affidandosi la competenza a verificare i presupposti per la conversione a un organo che, per essere più vicino al luogo di residenza del medesimo, sia in grado di acquisire in maniera più diretta e immediata le notizie riflettenti la situazione patrimoniale del soggetto (così Sez. 1, n. 8259 del 14/12/2018, dep. 2019, Cafiero, non massimata). 2.2. Secondo l'opposto orientamento, che il Collegio condivide e riafferma, la disposizione di cui all'art. 107, comma 1 della legge n. 689/81 è stata abrogata con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, il quale ha disciplinato ex novo la materia della conversione delle pene pecuniarie, mutando radicalmente le linee del procedimento e l'ambito delle funzioni del magistrato di sorveglianza e del pubblico ministero. Pertanto, non può ritenersi conferente il riferimento alla disposizione dettata dall'art. 210 disp. coord. contenente una clausola di salvezza che non può produrre l'effetto di assicurare la perdurante vigenza di una norma ormai espunta dall'ordinamento (Sez. 1, n. del 6/3/1997, Addati, Rv. 207092; Sez. 1, n. del 22/2/1995, Ziggio, Rv. 200591; Sez. 1, n. del 16/6/1994, Salvadori, Rv. 198950; Sez. 1, n. del 20/9/1993, Roteli, Rv. 195293). Tale soluzione ha avuto l'autorevole avallo delle Sezioni unite di questa Corte (Sez. U, n. 12 del 29/10/1997, Russo, Rv. 208813), secondo cui con il passaggio dal codice di procedura penale del 1930 a quello del 1988, il nuovo codice ha completamente ridisegnato la disciplina della materia della conversione delle pene pecuniarie e ha mutato anche l'ambito delle competenze degli organi, sicché il criterio determinativo della competenza per territorio del magistrato di sorveglianza non può che essere ricavato dalle regole che lo stesso codice ha dettato nell'art. 677, il cui primo comma riguarda l'ipotesi del condannato ristretto in un istituto di prevenzione o di pena. Al contrario, il criterio della residenza del detenuto fissato dall'art. 107 della legge n. 689/81, riguardava non l'individuazione del magistrato di sorveglianza territorialmente competente ad ordinare la conversione, essendo riservata tale competenza - a norma del combinato

La questione assume rilievo anche in seguito alle modifiche apportate dal d. lgs. n. 150/2022, poiché sia l'art. 660 c.p.p., che l'art. 71 legge n. 689/81, non chiariscono come deve individuarsi il magistrato di sorveglianza competente per la decisione in ordine alla conversione della pena pecuniaria sostitutiva, mentre il comma 12 dell'art. 660 c.p.p. stabilisce che l'ordinanza di conversione è eseguita dal magistrato di sorveglianza ai sensi degli artt. 62 e 63 della legge n. 689/81, in quanto compatibili.

Il diverso riferimento contenuto nel comma 12 dell'art. 660 c.p.p. al magistrato di sorveglianza competente a dare esecuzione all'ordinanza di conversione (peraltro con il richiamo, in quanto compatibili, agli artt. 62 e 63 della legge n. 689/81) rispetto al generale rimando al "*magistrato di sorveglianza competente per la conversione*", rinvenibile nel comma 7 dell'art. 660 c.p.p., lascerebbe opinare che si tratti di Organi giudiziari potenzialmente distinti: il magistrato di sorveglianza competente a decidere in ordine alla conversione dovrebbe essere individuato in base alle ordinarie regole previste dall'art. 677 c.p.p., mentre quello competente a dare esecuzione all'ordinanza di conversione andrebbe individuato nello stesso magistrato che ha emesso l'ordinanza, nell'ipotesi della conversione della pena pecuniaria sostitutiva nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo, ai sensi dell'art. 63 della legge n. 689/81 in quanto compatibile (tale norma, nell'ipotesi dell'ordinaria esecuzione della pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità sostitutivo, individua l'organo esecutivo nello stesso giudice che l'ha

disposto dello stesso art. 107 e dell'art. 586 del codice del 1930 - non al magistrato di sorveglianza, ma al pubblico ministero o al pretore. Pertanto, è stato ritenuto erroneo il richiamo all'art. 210 disp. coord. per giustificare la sopravvivenza di una regola di competenza territoriale in ordine all'esercizio delle potestà decisorie inerenti al provvedimento di conversione, delle quali il magistrato di sorveglianza è stato investito soltanto con l'entrata in vigore del codice del 1988. Quanto alla possibilità di coesistenza dei concorrenti criteri di determinazione della competenza per territorio stabiliti dagli artt. 677, comma 1, cod. proc. pen. e 107, comma 1, legge n. 689/81, talché la prima disposizione identificerebbe il magistrato di sorveglianza competente a deliberare la conversione disposta dal pubblico ministero o dal pretore, mentre la seconda disposizione continuerebbe a regolare la competenza territoriale relativa alla determinazione delle modalità di esecuzione della pena conseguente alla conversione (Sez. 1, n. 5759 del 5/11/1996, Grimaldi, Rv. 206178; Sez. 1, n. 234 del 19/1/1995, De Leo, Rv. 200478; Sez. 1, n. 2130 del 9/5/1994, Fappa, Rv. 197881; Sez. 1, n. 1180 del 10/3/1994, Bicim, Rv. 197205), essa è stata ritenuta incompatibile con la disciplina del procedimento di conversione, configurato su basi strutturali unitarie dall'art. 660, comma 2 e 4, cod. proc. pen., con cui è stata definitivamente superata la scissione nelle due distinte fasi, con organi e oggetto diversi, previste dalle norme previgenti. Invero, le stesse Sezioni Unite hanno riconosciuto l'inscindibilità del procedimento con riferimento alla conversione nei confronti di condannato irreperibile, osservando che la possibilità di emettere due separati provvedimenti non trova supporto giuridico in alcuna specifica disposizione ed è, anzi, esclusa in modo esplicito dalla lettera del quarto comma dell'art. 660 cod. proc. pen. che prescrive l'adozione delle modalità di esecuzione con lo stesso provvedimento di conversione (Sez. U, n. 35 del 25/10/1995, dep. 1996, Nikolic, Rv. 203294). La natura unitaria del procedimento di conversione porta necessariamente ad ammettere che il criterio determinativo della competenza per territorio non può che essere unico e che, nell'ipotesi di condannato in stato di detenzione, tale criterio corrisponde - per le ragioni dianzi esposte - a quello enunciato dal primo comma dell'art. 677 cod. proc. pen., la cui estensione copre tanto la pronuncia dell'ordine di conversione quanto l'individuazione delle modalità esecutive, sicché, anche sotto questo profilo, non ha alcuna ragion d'essere il riferimento all'art. 107 della legge n. 689/81 (in termini analoghi Sez. 1, n. 50971 del 28/9/2018, Leveque, Rv. 274516). Una ricostruzione, quella appena riassunta, che il Collegio ritiene di fare propria, ribadendo quanto recentemente affermato con altra pronuncia di questa stessa Sezione (ci si riferisce alla citata Sez. 1, n. 50971 del 28/9/2018, Leveque, Rv. 274516), successivamente disattesa da altra decisione, già ricordata (il riferimento è alla menzionata Sez. 1, n. 8259 del 14/12/2018, dep. 2019, Cafiero, non massimata), che si era, però, discostata dall'insegnamento delle Sezioni unite senza darne conto."

emessa), ovvero, negli altri casi, nel magistrato di sorveglianza competente a dare esecuzione alle altre pene-programma sostitutive ai sensi dell'art. 62 della legge n. 689/81 (e cioè al magistrato di sorveglianza del luogo di domicilio del condannato), al quale, se diverso da quello che ha provveduto sulla conversione¹⁰⁹, l'ordinanza, una volta divenuta eseguibile, andrebbe trasmessa dal pubblico ministero. Questa diversa individuazione della competenza sarebbe coerente con i principi di fondo che regolano l'esecuzione delle pene sostitutive, che prevedono l'attribuzione ad uno stesso magistrato della competenza in fase esecutiva (mentre, invece, il ricorso al criterio generale attributivo della competenza ai sensi dell'art. 677 c.p.p., anche per la fase esecutiva dell'ordinanza di conversione, comporterebbe il rischio di un continuo spostamento della competenza a seconda dei momenti in cui il magistrato di sorveglianza verrebbe ad essere investito di un'eventuale istanza).

Il magistrato di sorveglianza procede alla conversione della pena pecuniaria con ordinanza, previo accertamento della condizione di insolvenza ovvero di insolvibilità del condannato¹¹⁰. A tale fine dispone le opportune indagini nel luogo del domicilio o della residenza, ovvero dove si ha ragione di ritenere che il condannato possieda beni o cespiti di reddito e richiede, se necessario, informazioni agli organi finanziari o di polizia giudiziaria (comma 9 dell'art. 660 c.p.p.)¹¹¹. Dovendo seguire il procedimento di cui all'art. 667, comma 4, c.p.p., il magistrato di sorveglianza provvede con ordinanza opponibile. In caso di opposizione, provvede all'esito del procedimento in contraddittorio con una nuova ordinanza ricorribile per cassazione. A tale riguardo, è bene ricordare che, in deroga a quanto previsto dall'art. 666, comma 7, c.p.p., il ricorso contro l'ordinanza di conversione ne sospende l'esecuzione (art. 660, comma 13, c.p.p.). Dunque, per l'esecutività dell'ordinanza che dispone la conversione occorre attendere il completamente dell'intero *iter*, fino eventualmente alla sentenza della Cassazione.

L'accertamento che il magistrato di sorveglianza deve compiere circa la condizione di insolvenza o di insolvibilità del condannato ha diversi effetti: in primo

¹⁰⁹ Si pensi all'ipotesi in cui al momento della decisione in ordine alla conversione della pena pecuniaria sostitutiva non pagata il condannato si trovi detenuto. In questo caso il magistrato di sorveglianza competente per la conversione andrebbe individuato in quello del luogo di detenzione ai sensi dell'art. 677 c.p.p., mentre per l'esecuzione il magistrato di sorveglianza sarebbe quello del luogo di domicilio del condannato.

¹¹⁰ Per le differenti nozioni si rimanda alla nota (100).

¹¹¹ In dottrina G.M. PAVARIN, *"Il nuovo corso delle alternative al carcere tra prassi, problemi applicativi e ulteriori prospettive di riforma"*, relazione tenuta al corso della Scuola Superiore della Magistratura *"Alternative al carcere ed esecuzione penale esterna: nuove pene sostitutive, misure alternative alla detenzione e messa alla prova"* Napoli, Castel Capuano, 22.3.2024, p. 5, segnala la particolare criticità che comporterà il lavoro di pubblica utilità sostitutivo disposto in conversione della pena pecuniaria non pagata per insolvibilità del condannato che non abbia potuto pagare a causa delle proprie condizioni economiche e patrimoniali ai sensi dell'art. 103, 1° comma l. n. 689/1981. Invero, ulteriore aggravio di lavoro per la magistratura di sorveglianza conseguirà infatti alla necessità di fare un'istruttoria apposita al fine di distinguere il condannato che non vuole pagare, il quale si vedrà convertire la multa o l'ammenda in semilibertà sostitutiva *ex art.* 102, 1° comma, l. n. 689/1981, da quello che non può pagare a causa delle proprie condizioni economiche e patrimoniali, il quale si vedrà convertire la pena pecuniaria nel lavoro di pubblica utilità: ciò a causa della notoria non fluidità dei rapporti tra gli uffici di sorveglianza e gli organi della Guardia di Finanza, i quali ultimi si interfacciano molto più volentieri con gli organi del pubblico ministero.

luogo, quando il mancato pagamento è dovuto ad insolvibilità, il condannato può chiedere al magistrato di sorveglianza il differimento della conversione per un tempo non superiore a sei mesi, rinnovabile per una sola volta se lo stato di insolvibilità perdura¹¹²; inoltre, sempre quando le condizioni economiche e patrimoniali del condannato al momento dell'esecuzione rendono impossibile il pagamento entro il termine indicato nell'ordine di esecuzione (e, quindi, in presenza di una situazione di insolvibilità, da valutarsi al momento dell'esecuzione della pena pecuniaria sostitutiva), la pena pecuniaria sostitutiva è revocata e può essere convertita nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo, se il condannato non si oppone, ovvero nella detenzione domiciliare sostitutiva.

In definitiva, il "Riformatore" ha *in primis* escluso che al mancato pagamento della pena pecuniaria sostitutiva possa fare seguito, come conseguenza, la conversione nella pena detentiva sostituita. Quindi, ha disciplinato in modo differente l'ipotesi del mancato pagamento "colpevole", rispetto a quella del mancato pagamento "incolpevole", nel primo caso non consentendo alcun differimento della conversione e stabilendo che la pena pecuniaria sostitutiva non pagata si converta o in semilibertà sostitutiva o in detenzione domiciliare sostitutiva, nel secondo caso, permettendo il differimento della conversione, e, comunque, riconoscendo la possibilità della conversione nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo (se il condannato non si oppone) ovvero nella detenzione domiciliare sostitutiva, e, quindi, escludendo l'ipotesi più grave della conversione nella semilibertà sostitutiva.

Giova ricordare che, ai sensi dell'art. 660, comma 15, c.p.p., il condannato può sempre pagare le pene pecuniarie sostitutive anche nel corso dell'esecuzione delle pene sostitutive conseguenti alla conversione per mancato iniziale pagamento delle stesse, dedotta ovviamente la somma corrispondente alla durata della pena conseguente alla conversione già espiata. A tale fine, può anche chiedere ed essere ammesso al pagamento rateale, ai sensi dell'art. 133-ter c.p.¹¹³, e, in tale caso, dopo il pagamento della prima rata, l'esecuzione della pena sostitutiva conseguente alla conversione è sospesa, riprendendo il suo corso in caso di mancato pagamento di una delle rate. L'integrale pagamento della pena pecuniaria sostitutiva, calcolata come sopra, comporta l'immediata revoca delle pene sostitutive conseguenti alla conversione.

Il provvedimento di conversione di cui all'art. 71 legge n. 689/81 è iscrivibile nel casellario giudiziale ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. g-bis) d.p.r. n. 313/2002.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 660, comma 14, c.p.p., 71, comma 1, e 107 della legge n. 689/81, per l'esecuzione della semilibertà sostitutiva, della detenzione domiciliare sostitutiva e del lavoro di pubblica utilità sostitutivo, quali pene conseguenti alla conversione della pena pecuniaria sostitutiva, si applicano gli artt. 62, 63, 64, 65, 68 e 69 della legge n. 689/81, con l'ulteriore precisazione che la competenza spetta sempre al magistrato di sorveglianza che provvede ai sensi dell'art. 678 comma 1-bis c.p.p.

¹¹² Non si tiene conto, peraltro, di questo periodo ai fini dell'estinzione della pena pecuniaria per decorso del tempo (art. 660, comma 10, seconda parte, c.p.p.).

¹¹³ La richiesta va sempre rivolta al magistrato di sorveglianza che provvede con ordinanza ai sensi dell'art. 667, comma 4, c.p.p., come si desume dal generale riferimento contenuto nell'art. 660, comma 3, c.p.p.

L'art. 107 della legge n. 689/81 non richiama anche l'art. 67 della medesima legge, e ciò, per quanto concerne le pene-programma sostitutive conseguenti alla conversione di pene pecuniarie principali, si giustifica per effetto dell'art. 103-*bis* della legge n. 689/81, a mente del quale le misure alternative alla detenzione non si applicano al condannato alla semilibertà sostitutiva o alla detenzione domiciliare sostitutiva derivanti dalla conversione della pena pecuniaria ai sensi del Capo di riferimento della medesima legge (ovvero del Capo V rubricato "*disposizioni in materia di pene pecuniarie*"). Tuttavia, proprio quest'ultimo riferimento genera un problema interpretativo. Invero, per effetto del suddetto richiamo, l'art. 103-*bis* citato sembrerebbe riferibile solo alle pene-programma sostitutive derivanti dalla conversione delle pene pecuniarie principali non pagate. Manca qualsiasi esplicito (come avviene, come vedremo, per l'art. 108 della legge n. 689/81) o implicito (come desumibile dalla combinazione di altre norme) richiamo anche alle pene pecuniarie sostitutive. La conseguenza paradossale sarebbe che, con riferimento alle pene-programma sostitutive in conseguenza della conversione di pene pecuniarie sostitutive non pagate sarebbe possibile l'accesso alle misure alternative alla detenzione, quantomeno all'affidamento in prova al servizio sociale ai sensi dell'art. 47 comma 3-*ter* legge n. 354/1975 in relazione alla semilibertà sostitutiva e alla detenzione domiciliare sostitutiva, dopo l'espiazione di almeno metà della pena, e ciò in aperto contrasto con la *ratio* sottesa all'inserimento della disposizione di cui all'art. 103-*bis* della legge n. 689/81, che era proprio quella di scongiurare l'eventualità che il condannato a pena pecuniaria potesse sottrarsi al pagamento confidando nella concessione dell'affidamento in prova¹¹⁴. Un'interpretazione sistematica, alla luce della *ratio legis*, porta a concludere per l'applicabilità dell'art. 103-*bis* anche alle pene-programma sostitutive conseguenti alla conversione della pena pecuniaria sostitutiva.

1.9.3. La c.d. conversione di secondo grado.

L'art. 108, comma 1, della legge n. 689/81, norma espressamente applicabile anche alle ipotesi di inosservanza delle prescrizioni inerenti alle pene sostitutive conseguenti alla conversione anche della pena pecuniaria sostitutiva, stabilisce che la mancata esecuzione delle pene-programma sostitutive frutto di conversione, ovvero la violazione grave o reiterata degli obblighi e delle prescrizioni ad esse inerenti, ne comporta la revoca e la parte residua si converte in eguale periodo di reclusione o di arresto. Tuttavia, sempre in un'ottica di *favor libertatis*, la detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità sostitutivi possono essere convertiti in altra pena sostitutiva più grave, secondo la discrezionale valutazione del magistrato *ex art.* 58 della legge n. 589/81. Ancora una volta la competenza è attribuita al magistrato di sorveglianza che provvede sempre ai sensi dell'art. 678, comma 1-*bis* c.p.p. La norma richiama nell'ultima parte l'applicazione, in quanto compatibili, dei commi 2 e 3 dell'art. 66 della legge n. 689/81. *Nulla quaestio* sul richiamo al comma 2 dell'art. 66 citato, norma che si riferisce ai

¹¹⁴ Vedi Relazione illustrativa della c.d. Riforma Cartabia pag. 452.

doveri informativi ricadenti sull'UEPE, sugli ufficiali o agenti di p.g. o sul direttore dell'Istituto penitenziario circa eventuali violazioni da parte del condannato. Problematico, appare, invece, il richiamo al comma 3 della medesima disposizione, che riguarderebbe il procedimento che dovrebbe seguire il magistrato di sorveglianza per disporre la revoca e la conversione, che dovrebbe essere il procedimento a contraddittorio necessario di cui all'art. 666 c.p.p. Questo richiamo si porrebbe in contrasto con quanto stabilito nel periodo precedente del comma 1 dell'art. 108 legge n. 689/81, che attribuisce la competenza a provvedere per la conversione al magistrato di sorveglianza ai sensi, però, dell'art. 678, comma 1-*bis*, che richiama, a sua volta, l'art. 667, comma 4, c.p.p. Il richiamo al comma 3 dell'art. 66 della legge n. 689/81, in quanto compatibile, va evidentemente inteso in ordine alla possibilità che tale norma riconosce al magistrato di sorveglianza di compiere, ove occorra, sommari accertamenti, prima di determinarsi all'eventuale revoca e conversione, che verrà disposta non ai sensi dell'art. 666 c.p.p., bensì ai sensi dell'art. 667, comma 4, c.p.p.

Il comma 2 dell'art. 108 legge n. 689/81 richiama le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 72 della legge n. 689/81, norme che disciplinano le conseguenze in termini di responsabilità penale con riguardo a determinate violazioni.

Anche i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 108 della legge n. 689/81 vanno iscritti nel casellario giudiziale ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. g-*bis*), d.p.r. n. 313/2002.

1.9.4. La conversione della pena pecuniaria sostitutiva per i condannati minorenni.

Per quanto concerne la pena pecuniaria sostitutiva, l'art. 103-*ter*, comma 1, della legge n. 689/81, con riferimento ai condannati minorenni, stabilisce che, in caso di mancato pagamento, la stessa si converte nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo, se vi è il consenso del minore non più soggetto ad obbligo di istruzione (quindi, minore che abbia compiuto i sedici anni). In caso contrario si converte nella detenzione domiciliare sostitutiva.

In particolare, la disposizione disciplina l'irrogazione delle pene da conversione nei confronti dei condannati minorenni ed è improntata a *favor rei* nei confronti degli stessi. Infatti, in piena armonia con i principi del sistema penale, sono previste opportune deroghe alla disciplina ordinaria onde mitigare gli effetti delle pene da conversione nei confronti dei soggetti che non abbiano raggiunto la maggiore età.¹¹⁵

A differenza dei condannati maggiorenni, per i minorenni la norma prevede due deroghe: la prima riguarda l'eliminazione di ogni distinzione in ordine alle cause (colpevole o incolpevole) del mancato pagamento; la seconda concerne la conversione della pena pecuniaria sostitutiva non pagata nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo, se vi è il consenso del minore non più soggetto ad obbligo di istruzione, ovvero nella detenzione domiciliare sostitutiva (mai la semilibertà sostitutiva).

¹¹⁵ M. ROMANO, "Norme di coordinamento", in *La Riforma Cartabia* (a cura di G. Spangher), Pacini Giuridica, 2022, p. 824.

Inoltre, l'ultimo comma dell'art. 103-ter legge n. 689/81 stabilisce l'applicabilità, in quanto compatibili, delle disposizioni di cui agli artt. 71 e 103-ter¹¹⁶ della medesima legge e 660 c.p.p. Non si applica, invece, l'art. 103-bis della legge n. 689/81, sicchè il minore condannato, nel corso dell'esecuzione della detenzione domiciliare sostitutiva, può essere affidato in prova al servizio sociale ai sensi dell'art. 5 del d. lgs. n. 121/2018.

1.9.5. La disciplina transitoria delle pene pecuniarie sostitutive.

L'art. 97 d. lgs. n. 150/2022 ha posto una specifica disciplina transitoria in materia di esecuzione e conversione delle pene pecuniarie.

In particolare, al comma 1 ha previsto che, salvo che risultino più favorevoli al condannato, le disposizioni in materia di conversione delle pene pecuniarie, previste dall'art. 71 del d. lgs. n. 150/2022 e dal Capo V della legge n. 689/81, come modificate dal medesimo decreto, si applicano ai reati commessi dopo la sua entrata in vigore.

Per contro, fermo restando quanto previsto dal comma 1, ai reati commessi prima dell'entrata in vigore del decreto continuano ad applicarsi le disposizioni in materia di conversione ed esecuzione delle pene pecuniarie previste dal Capo V della legge n. 689/81, dall'art. 660 c.p.p. e da ogni altra disposizione di legge vigenti prima della data di entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2022 (comma 2)¹¹⁷.

Infine, le disposizioni del d.p.r. n. 115/2002, abrogate o modificate dal d. lgs. n. 150/2022¹¹⁸, continuano ad applicarsi in relazione alle pene pecuniarie irrogate per reati commessi prima della sua entrata in vigore.

Orbene, stante la natura sostanziale delle norme in materia, il "Riformatore" ha dettato una disciplina transitoria che limita la nuova disciplina in materia di esecuzione e conversione delle pene pecuniarie sostitutive ai procedimenti esecutivi che si avviano in ordine a pene pecuniarie sostitutive irrogate per reati commessi dopo l'entrata in vigore della riforma (e, quindi, dal 30.12.2022 in poi), salvo per eventuali norme che dovessero risultare più favorevoli. Trattandosi normalmente di norme più sfavorevoli per il condannato, difficilmente avranno efficacia retroattiva¹¹⁹. Per i procedimenti esecutivi che hanno riguardo alla pena pecuniaria sostitutiva irrogata per fatti-reato

¹¹⁶ Norma che consente di applicare alle pene-programma sostitutive per effetto di conversione di pena pecuniaria (nel caso di specie, lavoro di pubblica utilità sostitutivo e detenzione domiciliare sostitutiva), in quanto compatibili e non espressamente derogate, le disposizioni del Capo III della legge n. 689/81 e le ulteriori disposizioni di legge, ovunque previste, che si riferiscono alle corrispondenti pene sostitutive.

¹¹⁷ Per una efficace sintesi si rimanda per brevità a A. IMPOSIMATO e M.C. UBIALI, "La disciplina transitoria", in *Riforma Cartabia le modifiche al sistema penale*, vol. III, *Le modifiche al sistema sanzionatorio penale* (a cura di R. Bartoli, G. L. Gatta, V. Manes), Giappichelli ed., 2024, p. 378.

¹¹⁸ Si veda art. 98 comma 1 lett. d) d. lgs. n. 150/2022.

¹¹⁹ F. ALVINO, "Pena pecuniaria", in *La riforma del sistema penale – commento al d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 (c.d. Riforma Cartabia)*, in attuazione della legge delega 27 settembre 2021 n. 134 (a cura di A. Bassi – C. Parodi), Giuffrè ed., 2022, p. 399, sottolineava la possibilità della retroattività della modifica apportata dall'art. 1 comma 1 lett. e) d. lgs. n. 150/2022 all'art. 133-ter c.p., che estende, sino a raddoppiarlo, l'arco temporale nel quale può corrispondersi, in rate mensili, l'importo della pena pecuniaria.

7-8/2024

commessi prima dell'entrata in vigore tendenzialmente continuerà a trovare applicazione la precedente disciplina.

**LA GIURISPRUDENZA RECENTE IN TEMA DI MAFIE DELOCALIZZATE,
MAFIE STRANIERE E MAFIE AUTOCTONE:
RIEMERGE IL PROBLEMA (PROBATORIO?)
DELLA ESTERIORIZZAZIONE DEL METODO MAFIOSO**

di Edoardo Cipani

Il presente contributo si propone di indagare le pronunce più recenti in materia di mafie delocalizzate e di mafie “atipiche”, ovvero mafie straniere operanti in Italia e mafie autoctone, cercando di far emergere il differente (ed ingiustificato) approccio adottato dai giudici in tema di esteriorizzazione del metodo mafioso. Il necessario rispetto dei principi di offensività, materialità e proporzionalità della pena induce l'autore a sollecitare, in particolare con riferimento alle mafie delocalizzate e a dettato normativo invariato, un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, che risolva una volta per tutte questo controverso tema, ennesima manifestazione di quel fenomeno di “processualizzazione delle categorie sostanziali” fonte di incertezze applicative.

SOMMARIO: 1. Il dato letterale dell'art. 416-bis: l'“avvalersi” della forza di intimidazione e le due ricostruzioni del reato associativo mafioso. – 2. L'esteriorizzazione del metodo mafioso nelle mafie delocalizzate: i due tentativi di composizione del contrasto interpretativo. – 2.1. Cass. n. 47538/2022: la locale operante in territorio romano. – 2.2. Cass. n. 17511/2024: la locale operante in territorio trentino. – 3. L'esteriorizzazione del metodo mafioso nelle “mafie atipiche”: la mafia straniera e le mafie autoctone. – 3.1. Cass. n. 14444/2023: la “locale” nigeriana. – 3.2. Cass. n. 2159/2023: la mafia autoctona dei Casamonica. – 4. Rilievi conclusivi: la “processualizzazione delle categorie sostanziali”.

1. Il dato letterale dell'art. 416-bis: l'“avvalersi” della forza di intimidazione e le due ricostruzioni del reato associativo mafioso.

In forza di quanto disposto dal terzo comma dell'art. 416-bis c.p., l'associazione è di tipo mafioso quando “coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento ed omertà che ne deriva” per perseguire gli scopi previsti dalla norma.

Dalla predetta formulazione sono emerse due distinte ricostruzioni dogmatiche del reato.

Una prima tesi¹ qualifica la fattispecie quale reato associativo “puro”, al pari dell’associazione a delinquere semplice di cui all’art. 416 c.p.: il reato si consumerebbe in forza del mero associarsi, senza la necessità di compiere attività ulteriori. La suddetta tesi, che fonda le sue argomentazioni prevalentemente sulla natura di reato di pericolo dell’art. 416-bis c.p., nonché sulle esigenze di anticipazione della tutela penale ad essa connesse, si dipana all’interno di vari filoni che cercano di riempire di contenuto il termine “avvalersi”.

Secondo una prima impostazione, l’avvalersi costituirebbe attributo essenziale dell’associazione ma soltanto eventuale del contegno associativo, dovendo l’associato semplicemente assumerne il “proposito operativo”². Afferisce a questa tesi quella posizione giurisprudenziale secondo cui il metodo mafioso costituirebbe un connotato strutturale dell’associazione, senza caratterizzare le singole condotte associative³.

Una seconda impostazione, sempre espressione del medesimo indirizzo ermeneutico, qualifica l’avvalersi quale oggetto del dolo specifico dei singoli associati⁴, adducendo a sostegno di tale ricostruzione un argomento teleologico, connesso alla “ratio” di estensione dell’area del penalmente rilevante propria dell’introduzione dell’art. 416-bis c.p., oltre ad un argomento storico, che rimanda al testo originario della proposta di legge La Torre, che considerava lo sfruttamento della forza di intimidazione proprio come elemento qualificante il programma di scopo dell’associazione⁵.

Due paiono essere le obiezioni formulabili avverso la suddetta interpretazione⁶: in primo luogo, lo stesso dato letterale della norma, essendo evidente come “si avvalgono” non possa assumere lo stesso significato di “hanno lo scopo di avvalersi”⁷; in secondo luogo, dirimente appare il richiamo al principio costituzionale di offensività, rischiando l’interpretazione in esame di conferire rilevanza penale ad atti meramente preparatori che non pongono effettivamente in pericolo i beni giuridici tutelati dalla norma.

In forza di queste considerazioni si impone la seconda tesi, prevalente in dottrina⁸ e pressoché consolidata anche in giurisprudenza, che qualifica l’art. 416-bis c.p. come reato associativo “a struttura mista”, che richiede la realizzazione di condotte ulteriori

¹ Si richiamano G. FIANDACA, *Commento all’art. 1 L. 13/9/1982*, in *Legislazione Penale*, 1983, p. 261; G. NEPPI MODONA, *L’associazione di tipo mafioso*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, II, p. 899.

² G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 1995, p. 100; M. VALIANTE, *L’associazione criminosa*, 1997, Milano, p. 283.

³ Cass., sez. I, 6 aprile 1987, Aruta, in Cass. Pen., 1989, p. 348; Cass., sez. II, 15 aprile 1994, Matrone, in Cass. Pen., 1996, p. 76, richiamate da A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 1993, p. 99.

⁴ G. DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Digesto Pen.*, I, Torino, 1987, p. 312.

⁵ Si riporta il testo della originaria proposta di legge: “L’associazione o il gruppo è mafioso quando coloro che ne fanno parte hanno lo scopo di commettere delitti o comunque di realizzare profitti o vantaggi per sé o per altri, valendosi della forza intimidatrice del vincolo mafioso”.

⁶ Ben espone da A. CAVALIERE, op. cit., p. 102.

⁷ G. SPAGNOLO, *L’associazione di tipo mafioso*, Padova, 1993, p. 52, richiamato da A. CAVALIERE, op. cit., p. 102.

⁸ “Ex multis”, si richiamano G. SPAGNOLO, op. cit., p. 66; A. CAVALIERE, op. cit., p. 107; G. INSOLERA-T. GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Torino, 2022, p. 78.

rispetto al mero associarsi. A sostegno di tale posizione ermeneutica si richiamano i principi costituzionali di offensività, materialità e di proporzionalità della pena, in considerazione della gravità delle sanzioni comminate dall'art. 416 bis c.p., che giustificano il compimento di comportamenti ulteriori rispetto allo stabile accordo associativo e alla predisposizione di mezzi organizzativi improntati alla realizzazione delle finalità mafiose.

Cionondimeno, anche questa posizione interpretativa si divarica al suo interno in una molteplicità di filoni circa il contenuto effettivo dell'avvalersi della forza di intimidazione. Una prima tesi richiede la realizzazione di un'attività esterna non necessariamente corrispondente alla commissione di delitti⁹. Una seconda tesi ritiene invece necessaria la commissione reiterata di violenze private o minacce, quantomeno tentate¹⁰.

In giurisprudenza, una chiara presa di posizione in favore della struttura mista dell'associazione di tipo mafioso è stata assunta da una recente pronuncia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹¹. Investiti della questione circa la rilevanza del rituale di affiliazione ai fini dell'integrazione della condotta partecipativa, i giudici di legittimità affermano espressamente come, ai fini dell'integrazione dell'art. 416-bis c.p., sia necessario che "il sodalizio abbia in termini effettivi dato prova di possedere tale forza e di essersene in concreto avvalso"¹².

Chiaro è che questa tesi richiede uno sforzo probatorio ulteriore, che nella prassi può rivelarsi difficile da soddisfare, così rischiando di restringere la portata applicativa della disposizione, pregiudicando le esigenze di anticipazione della tutela penale ad essa sottese.

Così delineato il variegato panorama interpretativo, è ora tempo di passare all'esame di alcune pronunce giurisprudenziali recenti, in tema di mafie delocalizzate, mafie straniere e mafie autoctone, che sembrano rinverdire il dibattito interpretativo sopra riportato, rischiando di generare qualche incertezza applicativa.

2. L'esteriorizzazione del metodo mafioso nelle mafie delocalizzate: i due tentativi di composizione del contrasto interpretativo.

Uno dei primi banchi di prova della tenuta dell'art. 416-bis c.p. a fronte dell'evoluzione del crimine mafioso è stato, come noto, il fenomeno della colonizzazione del nord Italia ad opera delle locali di 'ndrangheta, impiantate in territori di nuovo insediamento pur mantenendo un collegamento operativo con la casa-madre¹³.

⁹ G. SPAGNOLO, op. cit., p. 49.

¹⁰ G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Messina, 1988, p. 285. Nello stesso senso, A. CAVALIERE, op. cit., p. 109.

¹¹ Cass., Sez. Un., 27 maggio 2021, Modaffari, n. 36958, con nota di G. AMARELLI, *La tipicità debole della partecipazione mafiosa e l'affiliazione rituale: l'incerta soluzione delle Sezioni Unite tra limiti strutturali del 416-bis e alternative possibili*, in *Diritto Penale e Processo*, 6/2022, p. 786.

¹² Cass., Sez. Un., 27 maggio 2021, cit., p. 15.

¹³ La letteratura scientifica sul tema è molto estesa, basti qui richiamare tre contributi di particolare pregio,

7-8/2024

Le due ricostruzioni dogmatiche della fattispecie associativa mafiosa sopra richiamate hanno originato due orientamenti interpretativi in punto di esteriorizzazione del metodo mafioso da parte della locale nel territorio di nuovo insediamento ai fini dell'applicazione dell'art. 416-bis c.p.

Secondo un primo orientamento¹⁴, che riflette la qualificazione del reato in termini di reato associativo puro, ai fini della configurazione dell'art. 416-bis è sufficiente una capacità di intimidazione soltanto potenziale, derivante dal mero collegamento funzionale con il sodalizio-madre, senza la necessità di una vera e propria esteriorizzazione *"in loco"* del metodo mafioso.

Per contro, un secondo orientamento¹⁵, che appare maggioritario, e che riflette la qualificazione del reato in termini di reato associativo a struttura mista, ritiene necessaria una capacità di intimidazione non soltanto potenziale, bensì attuale, effettiva ed obiettivamente riscontrabile.

Tale contrasto interpretativo ha generato due tentativi di rimessione alle Sezioni Unite, entrambi respinti dal Primo Presidente e restituiti alla sezione remittente.

Un primo tentativo si registrò nel 2015, ad opera della seconda sezione¹⁶, che formulò il seguente quesito: "se, nel caso in cui un'associazione di stampo mafioso, nella specie 'ndrangheta, costituisca in Italia o all'estero una propria diramazione, sia sufficiente, ai fini della configurabilità della natura mafiosa, il semplice collegamento con l'associazione principale, oppure se la suddetta diramazione debba esteriorizzare in loco gli elementi previsti dall'art. 416-bis c.p. comma terzo". L'esistenza del contrasto venne tuttavia negata dal Primo Presidente, il quale, con il provvedimento di restituzione del 28 aprile 2015, sembrò aderire all'orientamento che ritiene necessaria una forma di esteriorizzazione della forza di intimidazione¹⁷.

Il tentativo di risolvere il contrasto senza l'intervento delle Sezioni Unite non condusse all'esito auspicato, permanendo la suddetta divergenza interpretativa, che indusse la prima sezione ad operare un ulteriore tentativo di rimessione alle Sezioni Unite nel 2019¹⁸. Il quesito formulato fu questa volta più specifico: "Se sia configurabile il reato di cui all'art. 416-bis c.p. con riguardo a una articolazione periferica di un sodalizio mafioso, radicata in un'area territoriale diversa da quella di operatività dell'organizzazione madre, anche in difetto della esteriorizzazione, nel differente

che affrontano approfonditamente il tema: F. SERRAINO, *Associazioni 'ndranghetiste di nuovo insediamento e problemi applicativi dell'art. 416-bis c.p.*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2016, 1, p. 264; C. VISCONTI, *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416-bis c.p.*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 1/2015, p. 353; E. MAZZANTINI, *Il punto su "mafie delocalizzate" e impiego del metodo mafioso*, in *Diritto Penale e Processo*, 9/20, p. 1270.

¹⁴ Si richiamano, *"ex plurimis"*, Cass., sez. II, 4 aprile 2017, n. 24851 e Cass., sez. II, 28 marzo 2017, n. 24850, riportate da G. AMARELLI, *Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza. Accordi e disaccordi sul metodo mafioso*, in *Giurisprudenza Italiana*, 4/2018, p. 957.

¹⁵ Si richiamano, *"ex plurimis"*, Cass. Sez. II, 18 maggio 2017, n. 29850, Barranca e Cass. Sez. V, 3 marzo 2015, n. 31666, Bandiera, CED 265571.

¹⁶ Cass., sez. II, 25 marzo 2015, n. 15807 e 15808, commentata da C. VISCONTI, op. cit., p. 376, E. MAZZANTINI, cit., p. 1272, G. AMARELLI, cit., p. 962.

¹⁷ In questo senso, C. VISCONTI, op. cit., p. 376, E. MAZZANTINI, cit., p. 1272, G. AMARELLI, cit., p. 962.

¹⁸ Cass., sez. I, 15 marzo 2019, n. 15768, commentata da E. MAZZANTINI, cit., p. 1273.

territorio di insediamento, della forza intimidatrice e della relativa condizione di assoggettamento e di omertà, qualora emerga la derivazione e il collegamento della nuova struttura territoriale con l'organizzazione e i rituali del sodalizio di riferimento".

Anche in questa seconda occasione il tentativo di coinvolgere le Sezioni Unite si rivelò infruttuoso, operandosi un'ulteriore restituzione degli atti alla sezione remittente. In particolare, il Presidente Aggiunto affermò di condividere i rilievi formulati dal Primo Presidente nel 2015, rilevando come "il panorama giurisprudenziale appare consolidato nell'affermare che ai fini della configurabilità di un'associazione di tipo mafioso è necessaria una effettiva capacità intimidatrice del sodalizio criminale da cui derivino le condizioni di assoggettamento ed omertà di quanti vengano con esso effettivamente in contatto"¹⁹.

Secondo il Presidente, le divergenti soluzioni riscontrabili nella prassi giudiziaria originavano dal "differente presupposto cognitivo emerso nel giudizio di merito", essendo ravvisabili due distinte manifestazioni del fenomeno di delocalizzazione: se il nuovo aggregato costituiva "una struttura autonoma ed originale", si rendeva necessaria una puntuale verifica probatoria di tutti gli elementi costitutivi del reato, in particolare di una forza di intimidazione effettiva e riscontrabile; se il nuovo aggregato si presentava "come mera articolazione territoriale di una tradizionale organizzazione mafiosa, in stretto rapporto di dipendenza o, comunque, in collegamento funzionale con la casa madre", la prova dell'effettiva esteriorizzazione del metodo mafioso poteva ricavarsi dalla "diffusa consapevolezza del collegamento con l'organizzazione principale", ovvero "dall'esteriorizzazione in loco di condotte integranti gli elementi previsti dall'art. 416-bis comma terzo c.p."²⁰. In sostanza, l'asse del discorso si sposta dal piano della tipicità a quello della prova, venendo di fatto ancora negata l'esistenza di un contrasto interpretativo in punto di forza di intimidazione in seno alla giurisprudenza di legittimità.

Alla luce di quanto esposto, occorre ora chiedersi se, a seguito dei due arresti richiamati, la recente giurisprudenza emersa in tema di mafie delocalizzate presenti un orientamento univoco, o risulti ancora ondivaga in punto di esteriorizzazione del metodo mafioso.

¹⁹ Ordinanza del Presidente Aggiunto di restituzione degli atti alla sezione remittente, 17 luglio 2019, p. 1, commentata da G. AMARELLI, *Mafie delocalizzate: le Sezioni Unite risolvono (?) il contrasto sulla configurabilità dell'art. 416-bis c.p. non decidendo*, in questa Rivista, dicembre 2019, da E. MAZZANTINI, op. cit., p. 1270 e da C. VISCONTI, *La mafia "muta" non integra gli estremi del comma 3 dell'art. 416-bis c.p.: le sezioni unite non intervengono, la I sezione della Cassazione fa da sé*, in questa Rivista, gennaio 2020.

²⁰ Ordinanza del Presidente Aggiunto di restituzione degli atti alla sezione remittente, 17 luglio 2019, pp. 2-3.

2.1. Cass. n. 47538/2022: la locale operante in territorio romano.

La prima pronuncia in esame ha ad oggetto una locale di 'ndrangheta operante nel Comune di Roma²¹, in collegamento funzionale con un organo collegiale di vertice denominato "la Provincia" operante nel territorio calabrese di origine.

Nel primo motivo di ricorso, il ricorrente lamenta l'erronea applicazione dell'art. 416-bis c.p., comprovata dall'assenza di esteriorizzazione "*in loco*" del metodo mafioso da parte della locale romana, essendo necessario che la nuova struttura sprigioni una forza di intimidazione effettiva ed obiettivamente riscontrabile (conformemente a quanto affermato dall'orientamento prevalente, esposto nel paragrafo precedente).

I giudici di legittimità prendono le mosse dalla "*ratio*" di introduzione dell'art. 416-bis c.p., connessa ad un'esigenza di estensione della tutela penale, in relazione a realtà associative più complesse delle ordinarie associazioni criminali, aprendo un ambito operativo "destinato a perseguire tutte le altre aggregazioni (anche straniere) che, malgrado prive di un *nomen* e di una "storia" criminale, utilizzino metodi e perseguano scopi corrispondenti alle associazioni di tipo mafioso già note"²².

Nel proseguo della argomentazione, ed in particolare in punto di esteriorizzazione del metodo mafioso, l'atteggiamento dei giudici di legittimità si fa ambiguo, riproponendo le oscillazioni interpretative sopra esposte in merito al carattere potenziale o effettivo della capacità intimidatoria manifestata "*in loco*".

Infatti, dapprima i giudici fanno proprio l'orientamento della capacità di intimidazione soltanto potenziale, affermando espressamente come, se per le associazioni che non hanno una connotazione criminale qualificata sotto il profilo storico sia necessario analizzare in concreto l'atteggiarsi, non bastando per esse la sola parola, "diverso è il caso delle locali di 'ndrangheta, ove assume particolare rilievo il collegamento della struttura territoriale con la casa madre", essendo stato affermato che "il reato di cui all'art. 416-bis c.p. è configurabile anche in difetto della commissione di reati-fine e della esteriorizzazione della forza intimidatrice". Nello stesso senso, evidenziano che "non è necessaria la prova della capacità intimidatrice o della condizione di assoggettamento o di omertà, in quanto l'impatto oppressivo sull'ambiente circostante è assicurato dalla fama conseguita nel tempo dalla consorteria"²³.

Successivamente, aderendo apparentemente all'orientamento della effettiva capacità di intimidazione, affermano che la reale connotazione delle forme di "delocalizzazione" delle mafie storiche risiede nella "intrinseca, e non implicita, forza di intimidazione derivante dal collegamento con le componenti centrali dell'associazione mafiosa, dalla riproduzione sui territori delle tipiche strutture organizzative della 'ndrangheta, dall'avvalimento della fama criminale conseguita, nel corso di decenni, nei territori di storico ed originario insediamento"²⁴. Nello stesso senso, poco dopo, si

²¹ Cass., sez. II, 16 dicembre 2022, n. 47538, CED 284182.

²² Cass., sez. II, 16 dicembre 2022, cit., p. 9.

²³ "*Ibidem*", p. 10.

²⁴ "*Ibidem*", p. 12.

7-8/2024

riconosce che “il Tribunale del riesame ha comunque evocato indici particolarmente significativi di esteriorizzazione del metodo”²⁵.

Le ambiguità della pronuncia si acuiscono inoltre se si approfondiscono i precedenti richiamati dai giudici di legittimità: in un caso viene richiamato un precedente che non ha nulla a che fare con il fenomeno della delocalizzazione, trattandosi della ricostituzione, nell’area di tradizionale radicamento, di un gruppo criminale a distanza di tempo da parte di un noto capo mafia²⁶; in un altro caso viene richiamato un precedente di legittimità concernente sì un’articolazione periferica della ‘ndrangheta, ma tuttavia operante nello stesso territorio calabrese di origine²⁷.

Dall’esame della pronuncia emerge in conclusione un’evidente oscillazione tra i due orientamenti richiamati, apparendo assolutamente non chiaro se la locale stanziatasi su un territorio di nuovo insediamento debba esteriorizzare il metodo mafioso, o se sia invece sufficiente il mero collegamento con il sodalizio-matrice.

2.2. Cass. n. 17511/2024: la locale operante in territorio trentino.

La seconda pronuncia oggetto di esame concerne una locale ‘ndranghetista operante nell’area urbana di Trento, particolarmente attiva nella gestione delle cave di porfido site in Val di Cembra²⁸. Anche in questa pronuncia l’atteggiamento dei giudici di legittimità in punto di esteriorizzazione del metodo mafioso pare essere ambiguo.

I giudici sembrano infatti aderire, in apertura della pronuncia, alla tesi della capacità intimidatrice soltanto potenziale, affermando che la diramazione territoriale sia sussumibile all’interno del paradigma dell’art. 416-bis c.p. “anche in difetto della commissione di reati-fine e della esteriorizzazione della forza intimidatrice”, qualora ne emerga “il collegamento con la casa-madre e l’adozione di un comune modulo organizzativo”²⁹.

Nel proseguo della pronuncia, tuttavia, i giudici riconoscono il carattere “piuttosto controverso” del tema della esteriorizzazione del metodo mafioso, postosi sia con riferimento alle nuove mafie (o mafie autoctone, che approfondiremo nel paragrafo successivo), sia con riferimento alle mafie delocalizzate, e ne propongono una soluzione che, in continuità con i rilievi del Presidente Aggiunto del 2019, distingue i due fenomeni richiamati. In particolare, “qualora il nuovo aggregato si caratterizzi come un fatto autonomo ed originale, pur proponendosi di mutuare dalle mafie storiche i moduli organizzativi ed operativi che delle stesse sono proprie, dovrà essere necessariamente acquisita *ex novo* la prova di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie prevista e punita

²⁵ “*Ibidem*”, p. 13.

²⁶ Ci si riferisce a Cass., sez. II, 14 marzo 2019, n. 27808, Furnari, in CED 276111, richiamata in Cass., sez. II, 16 dicembre 2022, cit., p. 12.

²⁷ Ci si riferisce a Cass., sez. II, 2 marzo 2021, n. 12362, Mazzagatti, in CED 280997, richiamata in Cass., sez. II, 16 dicembre 2022, cit., p. 12.

²⁸ Cass., sez. VI, 6 marzo 2024, n. 17511, Arfuso, non ancora massimata.

²⁹ Cass., sez. VI, 6 marzo 2024, cit., p. 8.

dall'art. 416-bis c.p. e, quindi, anche della manifestazione all'esterno della capacità di intimidazione propria del metodo mafioso"; per contro, ove si sia in presenza di una articolazione periferica in collegamento con una mafia tradizionale, "sarà sufficiente la dimostrazione di univoci elementi significativi dell'anzidetto collegamento, funzionale ed organico, perché l'organismo delocalizzato sia percepito come proiezione dell'associazione base, conosciuta e riconosciuta per la forza criminale di cui è portatrice e concreta espressione"³⁰.

Dai rilievi sopra esposti, sembrerebbe dunque emergere, quale presupposto imprescindibile per l'applicazione dell'art. 416-bis c.p., una necessaria esteriorizzazione del metodo mafioso, limitatamente però alle sole mafie autoctone, essendo sufficiente la prova di un collegamento funzionale con la casa madre per quanto riguarda le mafie delocalizzate. Cionondimeno, nel proseguo i giudici parlano di percepibilità "*ab externo*" di tale collegamento, per poi richiamare l'orientamento della necessaria esteriorizzazione in chiusura della pronuncia, richiedendo che "il sodalizio faccia effettivo, concreto, attuale e percepibile uso – ancorché non necessariamente con metodi violenti o minacciosi – della suddetta forza di intimidazione"³¹.

Anche questa pronuncia mostra l'atteggiamento ondivago dei giudici di legittimità in punto di esteriorizzazione del metodo mafioso, anche se qui sembra emergere una preferenza verso l'orientamento rigoroso, che ritiene necessaria una forma di manifestazione della forza intimidatrice.

Appare ora opportuno verificare se tale atteggiamento si riscontri anche con riferimento ai due fenomeni contigui delle mafie straniere e delle mafie autoctone, di cui la stessa pronuncia in alcuni passaggi motivazionali fa menzione.

3. L'esteriorizzazione del metodo mafioso nelle "mafie atipiche": la mafia straniera e le mafie autoctone.

Come noto, la portata applicativa dell'art. 416 bis c.p. è stata estesa, oltre che alla colonizzazione di nuovi territori da parte delle mafie tradizionali, a nuovi fenomeni criminali, quali le mafie straniere e le mafie autoctone di nuova formazione³². Questa opera di estensione, non esente da autorevoli critiche dottrinali³³, ha condotto ad alcune

³⁰ "*Ibidem*", p. 9.

³¹ "*Ibidem*", p. 9.

³² Per un'efficace sintesi del tema, I. MERENDA-C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis tra teoria e diritto vivente*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, gennaio, 2019. Più estensivamente, F. BASILE-G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2024, p. 155; G. INSOLERA-T. GUERINI, cit., p. 78. Per una fenomenologia sociologica delle neoformazioni mafiose, si richiama A. LA SPINA, *Riconoscere le organizzazioni mafiose, oggi: neoformazione, trasformazione, espansione e repressione in prospettiva comparata*, in *Riconoscere le mafie. Cosa sono, come funzionano, come si muovono*, M. SANTORO (a cura di), Bologna, 2015, p. 95. Per ulteriori approfondimenti, si richiama G. PIGNATONE-M. PRESTIPINO, *Modelli criminali. Mafie di ieri e di oggi*, Bari, 2019.

³³ Ci si limita a richiamare il lavoro di P. POMANTI, *Le metamorfosi delle associazioni di tipo mafioso e la legalità penale*, Pisa, 2018, p. 52.

variazioni interpretative degli elementi costitutivi del reato, compendiate da massime giurisprudenziali che ormai possono dirsi consolidate.

In relazione alle mafie straniere operanti in Italia, l'esteriorizzazione della forza di intimidazione ha infatti subito un doppio ridimensionamento qualitativo-quantitativo rispetto al modello tradizionale storicamente connotato³⁴.

In particolare, sul versante qualitativo, in una nota pronuncia concernente un gruppo di cinesi operante in territorio fiorentino, i giudici di legittimità affermavano come il gruppo criminale potesse "passare da mezzi molto forti (...) a mezzi semplici come minacce o percosse rispetto a soggetti che, vivendo già in condizioni di clandestinità e di semi-illegalità, non siano in grado di contrapporre valide difese", risultando in questo modo la forza intimidatrice "inversamente proporzionale ai livelli di collegamento che la collettività sulla quale si esercita è in grado di mantenere per cultura, o per qualsiasi altra ragione, con le istituzioni statali di contrasto"³⁵.

Sul versante quantitativo, invece, i giudici forgiavano la categoria ermeneutica delle "piccole mafie" poi impiegata, come vedremo, anche in materia di mafie autoctone, affermando che l'art. 416-bis c.p. sia configurabile "anche con riguardo ad organizzazioni che, senza controllare tutti coloro che vivono o lavorano in un certo territorio, rivolgono le proprie mire a danno dei componenti di una certa collettività a condizione che si avvalgano dei metodi tipicamente mafiosi e delle conseguenti condizioni di assoggettamento ed omertà"³⁶.

Con riferimento invece al diverso fenomeno delle mafie autoctone, ovverosia di quei gruppi criminali originali ed indipendenti dai gruppi criminali tradizionali, la forza di intimidazione ha parimenti conosciuto una variazione interpretativa qualitativo-quantitativa rispetto al modello tradizionale storicamente connotato.

In particolare, una recente pronuncia avente ad oggetto il clan Fasciani³⁷, mafia autoctona di origine abruzzese che mutua sul territorio romano metodi tipicamente mafiosi, ben compendia i due corollari interpretativi che ormai possono dirsi consolidati nella giurisprudenza in tema di mafie autoctone.

In primo luogo, sul versante qualitativo, e in particolare in relazione al bene giuridico che viene in rilievo, la pronuncia consolida il principio di diritto formulato per la prima volta dalla Corte di Cassazione in sede cautelare nella nota vicenda di "mafia capitale"³⁸: per ritenersi integrato il delitto in esame "la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo può essere diretta a minacciare tanto la vita o l'incolumità personale, quanto, anche o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative

³⁴ Ravvisano le medesime "leve ermeneutiche" I. MERENDA-C. VISCONTI, cit., p. 10.

³⁵ Cass., sez. VI, 30 maggio 2001, Hsiang Khe ed altri, n. 35914, CED 221245, § 19 del considerato in diritto, commentata da C. VISCONTI, *Mafie straniere e 'ndrangheta al nord*, cit., p. 356.

³⁶ Cass., sez. VI, 30 maggio 2001, cit., § 19 del considerato in diritto.

³⁷ Cass., sez. VI, 26 ottobre 2017, Fasciani e altri, n. 57896, in CED 271724, con commento di G. AMARELLI, *Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2018, 4, p. 956.

³⁸ Cass., sez. VI, 10 marzo 2015, n. 24535 e Cass. sez. VI, 10 marzo 2015, n. 24536, entrambe in *Cass. Pen.* 2016, 1, pag. 87 e ss, con commento di C. VISCONTI, *A Roma una mafia c'è e si vede*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015.

di specifiche categorie di soggetti, ed il suo riflesso esterno in termini di assoggettamento non deve tradursi necessariamente nel controllo di una determinata area territoriale”³⁹.

In secondo luogo, sul versante quantitativo, recependo l’elaborazione giurisprudenziale in tema di mafie straniere, si evidenzia come “nello schema normativo previsto dall’art. 416-bis c.p. non rientrano solo grandi associazioni di mafia ad alto numero di appartenenti, dotate di mezzi finanziari imponenti, e in grado di assicurare l’assoggettamento e l’omertà attraverso il terrore e la continua messa in pericolo della vita delle persone; rientrano anche piccole mafie con un basso numero di appartenenti (bastano tre), non necessariamente armate (...), che assoggettano un limitato territorio o un determinato settore di attività avvalendosi, però, del metodo dell’intimidazione da cui derivano assoggettamento ed omertà”⁴⁰.

In forza di quanto detto, appare evidente come il problema dell’esteriorizzazione del metodo mafioso in rapporto a questi fenomeni inediti dell’associazionismo criminale si sia posto solo dal punto di vista del “*quomodo*”, essendo sempre stato ritenuto elemento imprescindibile per contestare il reato associativo, discutendosi circa la natura qualitativo e quantitativa della stessa, e mai nell’ “*an*”, come invece avvenuto in tema di mafie delocalizzate, discutendosi circa la necessità o meno di tale esteriorizzazione. Occorre quindi domandarsi se questa impostazione si sia mantenuta ferma anche nella più recente giurisprudenza di legittimità.

3.1. Cass. n. 14444/2023: la “locale” nigeriana.

Se con riferimento al fenomeno delle mafie delocalizzate si è dunque registrato un persistente contrasto interpretativo in punto di esteriorizzazione della forza di intimidazione, diverso appare essere il recente panorama interpretativo in tema di mafie straniere e mafie autoctone.

Nella prima pronuncia in esame, avente ad oggetto un’articolazione dell’organizzazione criminale nigeriana denominata “Black Axe”⁴¹, operante in Italia, i giudici di legittimità, in un passaggio ripreso anche all’interno della sentenza sulla locale operante sul territorio trentino, affermano che il controverso tema dell’esteriorizzazione del metodo mafioso è stato risolto “nel senso che la concreta e non solo potenziale capacità di intimidazione del sodalizio di stampo mafioso costituisce pacificamente requisito intrinseco ed ineliminabile rispetto alla stessa possibilità di inquadrare un fatto associativo in seno al paradigma delineato dall’art. 416-bis c.p.”⁴².

Ciò detto, analogamente a quanto affermato dalla sentenza della locale trentina e in continuità con i rilievi del Presidente Aggiunto del 2019, da un punto di vista probatorio si distingue il fenomeno della nuova mafia, per cui è necessaria l’acquisizione della prova di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie ex art. 416-bis c.p., da quello

³⁹ Cass., sez. VI, 26 ottobre 2017, cit., p. 39.

⁴⁰ “*Ibidem*”, p. 40.

⁴¹ Cass., sez. VI, 21 febbraio 2023, n. 1444, in De Jure.

⁴² “*Ibidem*”, p. 8.

della mafia delocalizzata, per cui è sufficiente la dimostrazione di univoci elementi significativi del collegamento funzionale ed organico con la casa madre.

Con particolare riferimento al fenomeno delle mafie straniere, i giudici di legittimità prendono inequivocabilmente posizione a favore della tesi della necessaria esteriorizzazione del metodo mafioso. In particolare, affermano come sia necessario “un accertamento, senza scorciatoie probatorie o automatismi di sorta, oggettivo sulla percepibilità all'esterno della capacità intimidatoria dell'associazione costituita in Italia”, al fine di verificare se sussista “la concreta capacità del gruppo criminale di esercitare la forza intimidatoria, ancorché non necessariamente con metodi violenti o minacciosi”⁴³. Accertamento giustificato dal fatto che “i fenomeni esogeni alla criminalità organizzata italiana rendono necessario un accertamento sul carattere mafioso del gruppo associativo che non si risolve nella verifica di un mero collegamento funzionale con la casa madre”.

In questa materia il tema dell'esteriorizzazione del metodo mafioso risulta dunque porsi in termini rigorosi, non risultando sufficiente la prova del mero collegamento funzionale con la casa madre, ricostruzione che appare sicuramente più conforme alla qualifica dell'art. 416-bis c.p. in termini di reato associativo “a struttura mista”, finendo per richiedere una capacità di intimidazione effettiva e concreta in capo al sodalizio criminale. Interpretazione rigorista che conduce, nel caso di specie, all'assoluzione degli imputati con riferimento al reato di associazione di tipo mafioso ex art. 416 bis c.p.

3.2. Cass. n. 2159/2023: la mafia autoctona dei Casamonica.

Giunti a questo punto, resta da esaminare come il tema della esteriorizzazione si ponga con riferimento al fenomeno delle mafie autoctone, ovvero sia quelle esperienze criminali originali ed autonome rispetto ai sodalizi tradizionali.

La linea interpretativa dei giudici sembra attestarsi su un indirizzo rigorista conforme a quello assunto in tema di mafie straniere, richiedendo la prova di una effettiva esteriorizzazione del metodo mafioso.

Una chiara e recente espressione di questo indirizzo ermeneutico ci viene fornita infatti dalla pronuncia dei giudici di legittimità concernente la mafia autoctona del clan Casamonica⁴⁴, clan di origine sinti migrato nel territorio romano dal Molise e dall'Abruzzo, ivi fondando comunità di cospicue dimensioni, saldate da solidi vincoli parentali⁴⁵.

⁴³ “*Ibidem*”, p. 14.

⁴⁴ Cass., sez. II, 24 novembre 2023, n. 2159, Casamonica, CED 285908.

⁴⁵ In un passaggio riportato nella sentenza si legge: “un'unica razza... la famiglia è tutta unita cioè l'importanza è che uno sta unito con l'altro (...) Noi siamo proprio uniti, proprio in famiglia è una cosa, è la razza propria che è fatta in questa maniera” (Sentenza Gup, p. 71, riportata in Cass., sez. II, 24 novembre 2023, cit., p. 48).

In questo senso, infatti, si afferma come ai fini della sussistenza dell'art. 416-bis c.p. sia sufficiente che "l'organizzazione abbia conseguito fama criminale, utilizzando metodologie proprie di sodalizi di stampo mafioso o adottandone i modelli di organizzazione, e che, soprattutto, abbia manifestato una concreta e reale capacità di intimidazione effettivamente percepita come tale, così producendo un assoggettamento omertoso nell'ambito oggettivo e soggettivo, pur eventualmente circoscritto, in cui opera"⁴⁶.

Parimenti, in un passaggio successivo si chiarisce come se per le mafie tradizionali, la cui esistenza è già stata giudiziariamente e storicamente acclarata, "è sufficiente accertare la sussistenza della condotta partecipativa dei singoli imputati intranei alla consorterìa", con riferimento alle nuove mafie "il *thema probandum* involge in primo luogo il carattere mafioso dell'associazione" e dunque "l'avvalimento del potere intimidatorio (cosiddetta capacità intimidatoria esteriorizzata nell'ambito territoriale di operatività, presupposto costitutivo della fattispecie, quale fattore di produzione della tipica condizione di assoggettamento ed omertà nell'ambiente circostante)"⁴⁷.

Ritengono dunque i giudici di legittimità, in conclusione, che "il Gup e la Corte di Appello, con motivazione rigorosa, hanno ritenuto provata un'effettiva capacità di intimidazione, attuale e non solo potenziale, obiettivamente sprigionata dal sodalizio, in modo tale da piegare ai propri fini la volontà di gran parte di coloro che fossero venuti a contatto con i suoi componenti"⁴⁸, connotandosi il clan per l'utilizzazione "della carica intimidatrice nascente dal vincolo associativo, che si proietta all'esterno attraverso un'opera di controllo del territorio e di prevaricazione nei confronti di chi vi abita, tale da determinare uno stato di soggezione ed omertà non solo nei confronti degli onesti cittadini, nei riguardi dei quali si dirige l'attività delittuosa, ma anche nei confronti di coloro che abbiano intenti illeciti, costringendoli a confrontarsi con il sodalizio criminale"⁴⁹.

In conclusione, risulta confermata l'impostazione assunta dalla giurisprudenza in tema di mafie straniere, ribadendo i giudici la necessità della prova dell'esteriorizzazione del metodo mafioso, in termini di forza di intimidazione attuale ed effettiva, così marcando una netta distinzione rispetto alla posizione ambivalente assunta all'interno delle pronunce in tema di mafia delocalizzata.

4. Rilievi conclusivi: la "processualizzazione delle categorie sostanziali".

Dall'analisi delle pronunce richiamate emerge in tutta evidenza un differente approccio assunto dalla giurisprudenza nell'affrontare il tema delle mafie delocalizzate e quello delle mafie autoctone e straniere.

⁴⁶ "Ibidem", p. 37.

⁴⁷ "Ibidem", p. 51.

⁴⁸ "Ibidem", p. 58.

⁴⁹ "Ibidem", p. 60.

Infatti, se il problema dell'esteriorizzazione del metodo mafioso viene risolto pacificamente in tema di mafie autoctone e straniere, ritenendosi necessaria la prova di un'effettiva esteriorizzazione della forza di intimidazione da parte del sodalizio mafioso, ben diversa è la situazione in materia di mafie delocalizzate, dove nelle pronunce più recenti riemerge il contrasto interpretativo tra capacità di intimidazione esteriorizzata ed effettiva e capacità di intimidazione soltanto implicita e potenziale.

A ben vedere, i giudici cercano di mantenere separati i due piani: quello probatorio, inerente all'esteriorizzazione del metodo mafioso, e quello sostanziale, inerente alla capacità di intimidazione. Infatti, le pronunce ribadiscono questa massima consolidata, secondo cui il controverso tema della esteriorizzazione del metodo mafioso "è stato risolto nel senso che la concreta – e non solo potenziale – capacità di intimidazione del sodalizio di stampo mafioso costituisce pacificamente requisito intrinseco ed ineliminabile rispetto alla stessa possibilità di inquadrare un fatto associativo in seno al paradigma delineato dall'art. 416-bis c.p., cosicché la differente declinazione della questione relativa alla esteriorizzazione del metodo mafioso va in realtà semplicemente ricondotta alle due distinte forme con cui l'esperienza giudiziaria ha evidenziato il manifestarsi all'esterno del citato fenomeno della delocalizzazione". È la stessa soluzione proposta dal Presidente Aggiunto nel 2019 con riferimento alle mafie delocalizzate, dove il baricentro è stato spostato dal piano ermeneutico a quello probatorio.

Tuttavia, a parere dello scrivente, questa impostazione è l'esito di quel processo di "processualizzazione delle categorie sostanziali"⁵⁰, in forza del quale l'organo giudiziale, sulla base delle contingenze probatorie disponibili, plasma la tipicità penale in ossequio ad esigenze di politica criminale, confondendo il piano probatorio con quello ermeneutico. Si tratta di un'inversione argomentativa, in virtù della quale il giudice, piuttosto che prendere le mosse da una definizione sostanziale chiara e generale, per poi ricondurvi il caso di specie, secondo un ragionamento deduttivo, inverte l'iter logico, in base ad un ragionamento induttivo, inferendo il concetto sostanziale dalle caratteristiche concrete (e probatorie) del caso di specie, da sussumere nella norma di portata generale in attuazione di un generalizzato intento repressivo. Si tratta di un uso strumentale del diritto e del processo penale, che risolve in termini probatori questioni di carattere evidentemente interpretativo, ponendosi in contrasto con il dettato costituzionale.

Proprio la necessità di tutelare i principi costituzionali impone di aderire alla posizione giurisprudenziale assunta in sede di mafie autoctone e straniere che, in conformità ai principi di materialità, offensività e proporzionalità della pena, richiede

⁵⁰ Estensivamente sul tema, S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Napoli, 2007; A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Legislazione Penale*, 2013, 3, p. 839; A. GARGANI, *Crisi del diritto sostanziale e "vis expansiva" del processo*, *Criminalia*, 2016, p. 303; T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Indice penale*, 1999, p. 528; T. PADOVANI, *Il diritto sostanziale e il processo*, in AA. VV., *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, a cura di L. FOFFANI-R. ORLANDI, Bologna, 2016, p. 93; D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 2005, 2, p. 507.

sempre una capacità di intimidazione effettiva e dunque esteriorizzata, senza distinguere i due piani predetti.

Del resto, si fatica a comprendere il motivo per cui permanga questa differenza di approccio, dal momento che, oltre all'assoluta mancanza di qualsivoglia dato letterale che deponga in tal senso, la distinzione fenomenica tra mafie nuove e mafie tradizionali rischia ormai di rivelarsi anacronistica. Sono ormai decenni che le nuove mafie, al pari di quelle storiche, hanno consolidato il proprio prestigio criminale, ponendosi su un piano di parità rispetto a quelle tradizionali. Del resto, di ruolo paritario rispetto alle tradizionali organizzazioni criminali parlano gli stessi giudici di legittimità, che, nella pronuncia sul clan Casamonica, affermano chiaramente: "emerge invero in maniera nettissima da un'intercettazione il ruolo paritario, quantomeno nel territorio romano, del clan Casamonica rispetto alle organizzazioni criminali tradizionali"⁵¹.

Alla luce di questi rilievi, due paiono essere le soluzioni prospettabili.

Anzitutto, si potrebbe riflettere su una modifica normativa dell'art. 416-bis, che richieda "*expressis verbis*" un avvalersi effettivo della forza di intimidazione e impieghi la tecnica degli indici normativi nella descrizione dello stesso⁵². Del resto, gli indici normativi, quali "criteri di indirizzo dell'attività interpretativa del giudice"⁵³, ben si confanno alla tematica in esame, in cui si realizza, come visto, una stretta interrelazione tra profili sostanziali e profili probatorio-processuali.

Tuttavia, non rinvenendosi segnali di un imminente intervento normativo in materia, a dettato normativo invariato si ritiene necessario un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, in particolare in tema di mafie delocalizzate, che uniformi l'approccio interpretativo e ribadisca con forza la necessaria esteriorizzazione del metodo mafioso, senza confondere il piano probatorio con quello sostanziale. In mancanza di tale intervento chiarificatore, la formulazione di espressioni ambigue (che si è cercato di evidenziare nelle pronunce esaminate) rischia di avallare interpretazioni del dato normativo che, in vista di un'anticipazione della tutela penale, si pongono in evidente contrasto con i principi costituzionali richiamati.

⁵¹ Cass., sez. II, 24 novembre 2023, cit., p. 61.

⁵² In questo senso, si richiamano A. DI NINO, *Paese che vai, usanze (mafiose) che trovi. Il sigillo finale della Cassazione al processo Aemilia*, in *Archivio Penale*, 2/2023, p.34; F. VITARELLI, *L'operatività del 416-bis in contesti non tradizionali: una tipicità liquida? Risvolti pratici e persistenti questioni teoriche all'esito del processo "mafia capitale"*, in *Legislazione Penale*, 2020, p. 24.

⁵³ In questi termini A. DI MARTINO, *Lo sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2020, p. 68.

7-8/2024

**PREVEDIBILITÀ EX LEGE DELL'EVENTO MORTALE E
RESPONSABILITÀ OGGETTIVA NELL'OMICIDIO
PRETERINTENZIONALE. UN PRIMO SPIRAGLIO PER LA COLPA IN
CONCRETO SI APRE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA QUINTA
SEZIONE**

*Cass., Sez. V, sent. 3 aprile 2023 (dep. 31 agosto 2023), n. 34402, Pres. Catena, est.
Sessa; Cass., Sez. V, sent. 10 novembre 2023 (dep. 13 dicembre 2023), n. 49667, Pres.
Sabeone, est. Caputo*

di Nicolò Granocchia

Il prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità ravvisa l'elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale nel c.d. dolo unitario, ritenendo che la prevedibilità dell'evento mortale sia assorbita nell'intenzione di risultato. Aderendo a tale posizione, la prima delle sentenze in commento reputa infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 584 c.p. proposta dal ricorrente per violazione del principio di colpevolezza. Invero, la prevedibilità dell'evento sarebbe insita nella disposizione incriminatrice e non potrebbe essere ignorata da chiunque sia obbligato a rispettare la legge penale. Al contrario, la seconda pronuncia ravvisa l'elemento psicologico dell'omicidio preterintenzionale nella combinazione tra il dolo, per la condotta base, e la colpa in concreto, per l'evento. La Corte rileva l'inammissibilità di una presunzione assoluta come quella che vorrebbe la prevedibilità dell'evento assorbita dall'intenzione di risultato ed estende alla disposizione in esame la soluzione delle Sezioni unite Ronci. Dal suo canto, la dottrina è risoluta nel criticare la prevalente posizione giurisprudenziale, rilevando come essa finisca per ascrivere in modo oggettivo la responsabilità. Nondimeno, si discute se la necessaria imputazione colpevole dell'evento imponga l'accertamento della colpa nei suoi tratti ordinari o se, invece, essa assuma una diversa conformazione nel contesto illecito. Al riguardo, è opportuno vagliare le varie posizioni dottrinali al fine di saggiarne l'effettiva "distanza" e di proporre una lettura costituzionalmente orientata della disposizione.

SOMMARIO: 1. L'orientamento prevalente nella giurisprudenza di legittimità. – 2. Uno spiraglio per la colpa in concreto. – 3. La dottrina unanime critica la tesi della prevedibilità *ex lege*. – 4. La colpa concepita nei suoi requisiti ordinari. – 5. La diversa conformazione della colpa nel contesto illecito. – 6. Considerazioni conclusive.

1. L'orientamento prevalente nella giurisprudenza di legittimità.

La prima delle sentenze in esame aderisce alla posizione giurisprudenziale dominante e valorizza il dolo unitario dell'omicidio preterintenzionale¹.

Nel caso di specie la Corte di Assise d'appello confermava la sentenza di primo grado che condannava l'imputato per il reato di cui all'art. 584 c.p., perché costui con atti diretti a cagionare lesioni personali, avendo colpito la vittima al volto e avendola fatta stramazzone al suolo battendo la testa, ne causava la morte per ipertensione endocranica.

Nel proporre ricorso in Cassazione l'imputato reiterava l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 584 c.p. in relazione all'art. 27 commi 1 e 3 della Costituzione, per contrasto col principio di colpevolezza e con la funzione rieducativa della pena. In particolare, il ricorrente evidenziava come con la formula dell'"assorbimento della prevedibilità dell'evento nell'intenzione di risultato" l'orientamento giurisprudenziale prevalente finisse per imputare la responsabilità in termini oggettivi, ossia sulla base del mero nesso causale. In subordine, egli proponeva un motivo volto a denunciare l'erronea applicazione degli artt. 43 e 584 c.p. e avanzava una lettura costituzionalmente adeguata del reato, sì da richiedere la colpa in concreto per l'imputazione dell'evento morte, in quanto elemento essenziale della fattispecie.

Al contrario, la Cassazione ha aderito all'impostazione prevalente affermando che l'elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale non sia costituito da dolo e responsabilità oggettiva, né da dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 c.p. assorbe la prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione di risultato. La valutazione relativa alla prevedibilità dell'evento da cui dipende l'esistenza del delitto *de quo* sarebbe insita nella stessa legge, essendo assolutamente probabile che da un'azione violenta contro una persona possa derivarne la morte. Infatti, la fattispecie di cui all'art. 584 c.p. presupporrebbe che "non raramente" da atti diretti a ledere o percuotere possa, naturalisticamente, ancorché involontariamente, sopravvenire la morte del soggetto passivo, data la delicatezza degli equilibri biologici. Vi sarebbe, quindi, una relazione di omogeneità e progressività dell'evento più grave rispetto ai meno gravi eventi effettivamente voluti dal reo.

La Corte ha rilevato, così, che l'impostazione del dolo di risultato, basata su di una prevedibilità presunta *ex lege*, non confligga, ma sia in linea con le sentenze 24 marzo 1988, n. 364 e 13 dicembre 1988, n. 1085 della Consulta.

Inoltre, la Cassazione ha evidenziato come la radicale differenza concettuale e ontologica che corre tra le fattispecie di cui agli artt. 584 e 586 c.p. renda inconcepibile l'accostamento analogico di elementi strutturali dell'una all'altra. Ne deriva l'esclusione

¹ Cass., sez. V, 31 agosto 2023, n. 36402. Conformi: Cass., Sez. V, 18 ottobre 2012, n. 791; Cass., Sez. V, 17 maggio 2012, n. 40389, in *Cass. pen.*, 2013, 7-8, 2667; Cass., Sez. V, 25 settembre 2015, n. 38946; Cass., Sez. V, 4 febbraio 2019, n. 5515; Cass., Sez. V, 9 maggio 2022, n. 18396 in *Cass. pen.*, 2022, 10, 3508; Cass., Sez. V, 21 gennaio 2022, n. 15269; Cass., Sez. V, 27 aprile 2022, n. 16189.

della possibilità di estendere all'omicidio preterintenzionale gli esiti della rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 586 c.p. operata dalle Sezioni unite Ronci².

Infatti, la Corte ha osservato come il delitto previsto dall'art. 586 c.p. si differenzi da quello di cui all'art. 584 c.p., perché in quest'ultimo l'evento ulteriore e non voluto inerisce allo stesso genere di interessi giuridici (incolumità della persona) oggetto dell'azione aggressiva, mentre nella prima ipotesi l'evento è conseguenza di un delitto doloso diverso dalle percosse o dalle lesioni e, pertanto, del tutto eterogeneo. Invero, la Cassazione osserva che non a caso nell'ambito dei delitti dolosi il legislatore ha selezionato le condotte di percosse e lesioni, isolandole dagli altri reati confluiti nell'art. 586 c.p. Anche l'argomento letterale impedirebbe l'analogia, dato che il solo art. 586 c.p. richiama esplicitamente la disposizione di cui all'art. 83 c.p., implicando così un preciso riferimento all'elemento soggettivo della colpa.

Quindi, un'interpretazione che giungesse a omologare le due fattispecie sarebbe non solo contraria allo spirito della legge, ma anche non rispettosa della diversità strutturale delle stesse, che trova conferma all'art. 43 c.p. Infatti, tra i modi di atteggiarsi dell'elemento soggettivo tale disposizione contempla anche la preterintenzione, che s'incentra sulla derivazione dell'evento più grave dalla condotta lesiva dell'agente, elevata a previsione *ex lege* in virtù della probabilità del suo verificarsi.

Siccome la previsione dell'evento è insita nella norma incriminatrice essa non potrebbe essere ignorata da chiunque sia obbligato a rispettare la legge: chi percuote o lede una persona non ignora, perché ciò è espresso nella disposizione incriminatrice, che dalla sua condotta possa derivare un evento più grave, sicché allorquando esso si verifica ne risponderà, a titolo preterintenzionale, come fatto suo proprio. Infatti, si rileva che chiunque sia tenuto a osservare la legge conosca a priori le probabili conseguenze di quella determinata condotta e non possa in alcun modo addurre l'imprevedibilità dell'evento a sua giustificazione, perché sarebbe come scusarsi invocando l'ignoranza del precetto.

Dunque, la Corte ha dichiarato manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 584 c.p. perché la disposizione non prevedrebbe un'ipotesi di responsabilità oggettiva in contrasto col principio di colpevolezza. Invero, la Cassazione osserva che l'art. 584 c.p. non addebita all'agente la responsabilità dell'evento morte sulla base del mero rapporto di causalità, essendo tale elemento soggettivamente collegato all'agente tramite la previsione *ex lege* che lo contiene e che il reo non può ignorare.

Pertanto, la Corte ha evidenziato come l'eccezione di illegittimità costituzionale non fosse nemmeno rilevante, perché nel caso in esame, pure a voler accedere all'impostazione che richiede l'ulteriore componente colposa rispetto all'evento morte, si dovrebbe rilevare la sussistenza di tale elemento soggettivo in capo al reo, in considerazione della forza impressa al pugno inferto in pieno volto alla persona offesa.

² Cass., Sez. un., 29 maggio 2009, n. 22676, Ronci.

2. Uno spiraglio per la colpa in concreto.

La seconda delle pronunce in commento si discosta dall'orientamento giurisprudenziale prevalente e identifica l'elemento psicologico dell'omicidio preterintenzionale in una combinazione di dolo, per il reato di percosse o di lesioni, e di colpa in concreto, per l'evento mortale³. Ne deriva l'apertura di uno spiraglio per la rilettura costituzionalmente orientata della fattispecie e per lo sviluppo di un contrasto giurisprudenziale che potrebbe favorire la rimessione della questione alle Sezioni unite.

Nel caso di specie, l'imputato veniva condannato per il delitto di omicidio preterintenzionale, per aver colpito la vittima con un duro colpo che la faceva cadere a terra, per aver proseguito il pestaggio con calci e pugni e averle cagionato delle lesioni che, prima del decesso, vennero qualificate come gravissime. I giudici di merito pervenivano all'accertamento della responsabilità aderendo all'orientamento giurisprudenziale maggioritario che identifica l'elemento soggettivo della fattispecie in esame nel c.d. dolo unitario.

Al contrario, con la sentenza in commento la Cassazione ha sposato la tesi che imputa l'omicidio preterintenzionale a titolo di dolo misto a colpa in concreto.

In particolare, la Corte ha richiamato la giurisprudenza della Consulta che ha costituzionalizzato il principio di colpevolezza, evidenziandone la finalità comune ai canoni di legalità e di irretroattività della legge penale di cui all'art. 25 co.2 della Costituzione: esso mira a garantire ai consociati libere scelte di azione sulla base di una valutazione anticipata delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta. Tuttavia, tale "calcolabilità" verrebbe meno ove all'agente fossero addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non solo non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili. Inoltre, dalla finalità rieducativa della pena sancita dall'art. 27 co. 3 della Costituzione deriva la necessità di rinvenire un collegamento soggettivo, almeno a titolo di colpa, tra l'agente e gli elementi più significativi della fattispecie. Di conseguenza, la Cassazione ha evidenziato come l'evento mortale si iscriva nel novero degli elementi che contribuiscono a contrassegnare il disvalore della fattispecie, traendone conferma anche dalla significativa differenza di pena comminata per i "reati-base" e il delitto di cui all'art. 584 c.p. Di conseguenza, vi è la necessità che esso sia caratterizzato dal coefficiente di imputazione soggettiva della colpa in senso stretto.

Nonostante l'autosufficienza dell'argomento, la Corte ha osservato che la soluzione non sarebbe impedita nemmeno dalla formulazione letterale dell'art. 43 c.1 c.p.

Si è rilevato, invero, che a fronte della conformazione bipartita della fattispecie di cui all'art. 584 c.p. e dell'autonomia della preterintenzione nel quadro delle diverse

³ Cass., sez. V, 13 dicembre 2023, n. 36402; Cass, Sez. V, 14 aprile 2006, n. 13673 in *Studium iuris*, Vol. V, 2007, 610, con nota di MAGNINI. Per una posizione affine, che indaga anche la conformazione della colpa nel contesto illecito si veda: Cass., sez. V, 7 dicembre 2022, n. 46467.

forme di colpevolezza, la mancata esplicita previsione della colpa in relazione al più grave evento mortale non sia di ostacolo all'accoglimento della tesi in esame. Infatti, la colpa non è espressamente esclusa e l'art. 43 c.p. delinea la figura della preterintenzione come intermedia tra dolo e colpa e, in combinato disposto con l'art. 42 c.2 c.p., la contrappone alla responsabilità oggettiva.

La Cassazione ha richiamato, inoltre, l'art. 59 c.2 c.p. come riformato dalla legge 7 febbraio 1990, n. 19 che ha reso possibile una combinazione di dolo e di colpa, al fine di superare la tesi secondo cui in un contesto illecito non sarebbe possibile individuare i presupposti dell'imputazione colposa della responsabilità.

Su queste premesse la Corte ha promosso un'interpretazione costituzionalmente orientata, precisando che, ove la si reputasse preclusa, l'unica soluzione percorribile sarebbe la proposizione dell'incidente di legittimità costituzionale. Nello specifico, la Cassazione ha ritenuto estensibile all'omicidio preterintenzionale la proposta ermeneutica elaborata dalle citate Sezioni unite Ronci in relazione alla fattispecie di cui all'art. 586 c.p., secondo la quale la responsabilità per l'evento non voluto può essere ascritta al reo solo a condizione che si accerti la prevedibilità ed evitabilità della verifica dello stesso come conseguenza della condotta dolosa di base. Si tratterebbe, a parere del Supremo consesso, di una colpa "normale": il contesto illecito non influenzerebbe la fisionomia dell'elemento soggettivo in esame né il procedimento di individuazione dell'omologo agente modello.

A tal fine la Corte ha svolto delle considerazioni critiche avverso gli argomenti spesi dall'orientamento maggioritario per escludere l'estensione all'omicidio preterintenzionale del principio di diritto enunciato in relazione all'art. 586 c.p.

Innanzitutto, è stata richiamata l'omogeneità dei beni tutelati dai reati di percosse o lesioni e da quello di omicidio preterintenzionale, che non si ravvisa per i delitti che vengono in rilievo ai fini dell'integrazione dell'art. 586 c.p. Tale relazione giustificerebbe, invero, l'amputazione dalla colpevolezza del coefficiente soggettivo della colpa per l'evento mortale, nell'ottica della realizzazione di una tutela avanzata della persona. Nondimeno, la Cassazione ha evidenziato come tale argomento risulti confutato da un importante passaggio della sentenza 24 luglio 2007, n.322 della Consulta, che esclude la possibilità che il fondamentale principio *nulla poena sine culpa* venga sacrificato dal legislatore in nome di una più efficace tutela penale di altri valori, ancorché essi pure di rango costituzionale. Infatti, punire in difetto di colpevolezza, al fine di "dissuadere" i consociati dal porre in essere le condotte vietate o di "neutralizzare" il reo implicherebbe una strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale.

Inoltre, la Corte ha rilevato come la tesi del dolo unitario e dell'assorbimento della prevedibilità dell'evento nell'intenzione di risultato finisca per configurare un'inammissibile presunzione assoluta della probabilità che dalle azioni violente integranti le fattispecie di percosse o lesioni derivi l'evento morte, dato che non è ammessa la prova contraria. A tal riguardo è stata richiamata la giurisprudenza costituzionale secondo la quale le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di uguaglianza quando sono

7-8/2024

arbitrarie e irrazionali, ossia se non corrispondono a dati di esperienza generalizzati⁴. L'irragionevolezza si potrebbe cogliere, così, tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della medesima presunzione.

Dunque, la Cassazione ha osservato come la presunzione di derivazione dell'evento morte dagli atti diretti a percuotere o ledere non risponda a tali canoni.

Infatti, dal raffronto della condotta di percosse con quella oggetto della sentenza Ronci, ossia la cessione di due dosi di eroina, emergerebbe, a parere della Corte, una probabilità di causazione dell'evento mortale maggiore nel secondo caso. Ne discende la confutazione della presunzione su cui fa leva l'orientamento maggioritario e della pretesa distinzione ontologica tra i reati di omicidio preterintenzionale e di morte come conseguenza di altro delitto sotto il profilo dell'elemento soggettivo. Del resto, la Cassazione ha evidenziato come una riprova di tale assunto possa cogliersi dalle stesse pronunce che si inscrivono nell'orientamento maggioritario, che evidenziano come "non raramente" da atti diretti a percuotere o ledere possa sopravvenire la morte del soggetto passivo. Dalla "non rarità" è stata ricavata, così, l'agevole possibilità di formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione prospettata.

Infine, anche l'argomento del paradosso sanzionatorio è stato smentito dalla sentenza in esame. L'orientamento maggioritario rileva l'incongruenza cui condurrebbe la tesi della colpa in concreto, dato che la prevedibilità dell'evento morte non è richiesta dal legislatore per l'omicidio preterintenzionale, punito con la reclusione da 10 a 18 anni, mentre per l'omicidio colposo, per la cui integrazione è necessaria la prevedibilità, è inflitta la meno severa pena della reclusione da 6 mesi a 5 anni. Tuttavia, la Cassazione ha evidenziato come la più severa comminatoria edittale dell'omicidio preterintenzionale rispetto a quello colposo si giustifichi proprio perché l'elemento psicologico del primo è rappresentato dalla combinazione di dolo, per il "reato-base", e colpa in concreto, per l'evento mortale, mentre per l'omicidio colposo il segmento doloso è assente.

Ciononostante, la Cassazione ha respinto il ricorso, rilevando che il giudice di merito avesse adeguatamente accertato la colpa per l'evento mortale, valorizzando la zona vitale -la testa- verso la quale furono indirizzati plurimi colpi, l'età avanzata della vittima e l'intensità dei colpi inferti.

3. La dottrina unanime critica la tesi della prevedibilità *ex lege*.

La tesi dell'assorbimento della prevedibilità dell'evento nell'intenzione di risultato è criticata con vigore dalla dottrina unanime, che ne denuncia il contrasto con il principio di colpevolezza⁵. Invero, si evidenzia come la giurisprudenza prevalente

⁴ Corte Cost., 23 luglio 2015, n.185; Corte Cost., 23 luglio 2013, n. 232; Corte Cost., 18 luglio 2013, n. 213.

⁵ S. CANESTRARI, *Colpa e preterintenzione*, in *Enciclopedia del diritto, I tematici*, 2021, pp. 93-94; D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2019, pp. 149 ss.; M.L. MATTHEUDAKIS, *Forme miste dolo-colpa*, in *Enciclopedia del diritto, I tematici*, 2021, p. 556; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2016,

attui il malcelato tentativo di “camuffare” l’ascrizione oggettiva della responsabilità che, nel vigente quadro costituzionale non può fondare, nemmeno implicitamente, l’imputazione penale.

L’“equilibrismo verbale” in cui incorre la Cassazione risulterebbe già svelato ove si valorizzasse adeguatamente il dato sistematico⁶. Infatti, la tesi del dolo misto a responsabilità oggettiva mina la scelta legislativa di porre la preterintenzione come figura intermedia tra il dolo e la colpa, inserita materialmente tra l’uno e l’altro nell’ordine decrescente di colpevolezza di cui all’art. 43 c.p., e di contrapporla alla responsabilità oggettiva, come emerge dal combinato disposto con l’art. 42 c. 3 c.p.

Peraltro, è decisiva la critica assiologica che denuncia la violazione del principio *nulla poena sine culpa*, rinvenendo nella formula dell’“assorbimento della prevedibilità nell’intenzione di risultato” la riproposizione della tesi del dolo misto a colpa in astratto, per violazione della legge penale⁷. Tanto è evidente che la prima delle sentenze in commento sostiene che, siccome la prevedibilità dell’evento sarebbe insita nella legge, chiunque sia tenuto a osservare il precetto debba conoscere a priori le probabili conseguenze di quella condotta e non possa in alcun modo addurne l’imprevedibilità a sua giustificazione, perché sarebbe come scusarsi invocando l’ignoranza della legge penale.

Innanzitutto, la tesi è insostenibile sul piano logico perché pretende di attribuire alla disposizione incriminatrice due significati confliggenti: il divieto di tenere una certa condotta e il comando di eseguirla con cautela⁸. Inoltre, vi sarebbe il rischio di stravolgere il concetto di prevenzione dell’evento: la regola cautelare che si vorrebbe

p. 343; G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2017, pp. 386-387; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, Delitti contro la persona*, Milano, 2011, pp. 109-110; C.F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Manuale di diritto penale parte generale*, Milano, 2013, p. 394; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, I delitti contro la persona*, Torino, 2013, p. 26; F. BASILE, *I delitti contro la vita e l’incolumità individuale*, cit., 203; A. FIORELLA, *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2019, p. 60; V. MANES, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino, 2023, p. 155; M. PELISSERO, in R. BARTOLI – M. PELISSERO – S. SEMINARA, *Diritto penale, Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2022, pp. 79 ss.; G. PIFFER, [Preterintenzione e reati aggravati dall’evento](#), in questa Rivista, 18 luglio 2022; F. CERQUA, *Il criterio di imputazione dell’evento non voluto nell’omicidio preterintenzionale. Brevi osservazioni*, in *Giur. merito*, fasc. 4, 2009, pp. 1058ss; A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2018, p. 347; A. MANNA, *Corso di diritto penale*, 2015, p. 439.

⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2017, p. 355; S. CANESTRARI, *Colpa e preterintenzione*, cit., p. 94, che precisa che, nonostante la collocazione intermedia tra il dolo e la colpa, la preterintenzione non debba considerarsi come una terza forma di colpevolezza.

⁷ M.L. MATTHEUDAKIS, *Forme miste dolo-colpa*, cit., 557; S. CANESTRARI, *Colpa e preterintenzione*, cit., p. 93; M. PELISSERO, *Bondage e sadomasochismo: i limiti della responsabilità penale tra fine di piacere e libero consenso*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2017, 3, p. 347; M. CATERINI, *Il reato eccessivo, La preterintenzione dal versari in re illecita al dolo eventuale*, Napoli Roma, 2008.

⁸ F. BASILE, *La colpa in attività illecita, Un’indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, pp. 174-175. D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., p. 160; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2019, pp. 271-272; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, 2008, p. 393; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Torino, 2021, p. 693, evidenziano che la colpa per inosservanza di leggi consegua non alla violazione di una legge qualsiasi, ma soltanto di quella a finalità precauzionale, avente specificamente per scopo l’impedimento di eventi del tipo di quello che si verifica.

ricavare dalle disposizioni incriminatrici dei delitti di percosse e lesioni non contiene l'indicazione di alcuna modalità di condotta, osservando la quale si potrebbe evitare l'evento mortale. Se ne potrebbe ricavare un obbligo cautelare solo generico e indifferenziato, seppure la colpa presupponga la violazione di una regola di diligenza specifica il cui contenuto va determinato in base alle circostanze del caso concreto. Infine, se anche si volesse riconoscere una funzione preventiva agli artt. 581 e 582 c.p., si dovrebbe pur sempre rammentare come la violazione del precetto non sia sufficiente ai fini del rimprovero colposo. Infatti, l'inosservanza di una regola cautelare specifica non può fondare un giudizio definitivo sul contrasto della condotta con la cautela doverosa, costituendone solo un indizio. Siccome ogni disposizione normativa è per definizione astratta, il giudice dovrebbe comunque svolgere un'indagine sulla colpa in concreto, vertente sulle specifiche modalità di realizzazione del fatto, evitando automatismi e schemi presuntivi⁹.

Un ulteriore argomento assiologico induce a rilevare il ruolo centrale che l'evento mortale svolge nel contesto del delitto di cui all'art. 584 c.p.: si tratta dell'elemento più significativo della fattispecie, sul quale si concentra il relativo disvalore¹⁰. Dalla giurisprudenza costituzionale discende così la necessità di individuare un nesso non solo oggettivo, ma anche soggettivo tra l'agente e l'evento mortale. Si impone, dunque, l'esigenza di un'imputazione almeno colposa della responsabilità.

La tesi del c.d. dolo unitario è criticata anche in relazione al presupposto della progressione lesiva che la giurisprudenza coglie tra i delitti dolosi di base e l'evento non voluto¹¹. Invero, si rileva come tale connessione funzionale appaia particolarmente debole nei rapporti con il delitto di percosse, che viene interpretato dalla giurisprudenza in termini estremamente ampi, ricomprendendovi non solo il colpire o il battere, ma qualsiasi manomissione violenta dell'altrui persona¹². Le percosse non sono

⁹ F. BASILE, *Delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, 2015, p. 202; S. CANESTRARI, *Colpa e preterintenzione*, cit., p. 95 evidenzia che nel caso in esame i confini dell'obbligo di diligenza risultino essere quanto mai vaghi ed indeterminati, poiché agli artt. 581 e 582 c.p. non vengono specificate modalità di condotta che l'agente avrebbe dovuto considerare (e seguire), in via precauzionale, rispetto al verificarsi dell'evento mortale; A. BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Napoli, 1999, p. 203.

¹⁰ Si rammenti come la Corte costituzionale con la sentenza 23-24 marzo 1988, n. 364, mettendo in relazione il principio di personalità della responsabilità penale con la funzione rieducativa della pena, rispettivamente di cui ai co. 1 e 3 dell'art. 27 Cost., abbia affermato che la finalità di risocializzazione postuli quanto meno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica. Infatti, non avrebbe alcun senso la rieducazione di chi, non essendo almeno in colpa rispetto al fatto, non avrebbe bisogno di essere rieducato. Con la successiva pronuncia 13 dicembre 1988, n. 1085 la Consulta ha poi precisato come sia indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano rimproverabili all'agente, ossia che siano allo stesso soggettivamente collegati a titolo di dolo o di colpa.

¹¹ M. PELISSERO, in R. BARTOLI – M. PELISSERO – S. SEMINARA, *Diritto penale*, cit., p. 81, accusa l'opinione giurisprudenziale prevalente di realizzare un'evidente circolarità, poiché si diparte dall'astratta omogeneità dei beni giuridici protetti dalle norme in tema di percosse, lesioni e omicidio per affermare, in via parimenti astratta, la sussistenza di una progressione criminosa.

¹² M. PELISSERO, *Bondage e sadomasochismo*, cit., p. 5; V. BADALAMENTI, [Il criterio di imputazione colpevole dell'omicidio preterintenzionale: la Cassazione segna un ritorno ai binari costituzionali](#), in questa Rivista, 13

naturalisticamente idonee a mettere in pericolo la vita del soggetto aggredito e non si vede come possano ritenersi più prossime all'evento letale rispetto alle condotte di abbandono di minori *ex art. 591, co. 3 c.p.* o di omissione di soccorso *ex art. 593, co. 3 c.p.*, per le quali la giurisprudenza di legittimità richiede l'elemento soggettivo della colpa in concreto¹³. Di conseguenza, si evidenzia come la presunzione assoluta su cui si fonda l'orientamento prevalente risulti in contrasto con il principio di ragionevolezza, potendosi formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta alla base della stessa.

La soluzione dell'assorbimento della prevedibilità nell'intenzione di risultato non è sincronizzata, per di più, né con l'evoluzione legislativa né con quella giurisprudenziale.

Infatti, se con la riforma dell'art. 59, co. 2 c.p. il legislatore ha imposto l'imputazione colpevole delle circostanze aggravanti se ne deve ricavare che l'innovazione debba valere, *a fortiori*, per i delitti preterintenzionali in senso stretto, in cui la causazione di un evento ulteriore non voluto fonda un titolo autonomo di reato. Sarebbe irrazionale, invero, che per determinare un effetto meno rilevante (circostanza aggravante) l'ordinamento imponga un requisito aggiuntivo (prevedibilità dell'evento) rispetto a quello (la mera causazione) reputato sufficiente per la produzione di un effetto giuridico più significativo¹⁴. Quindi, deve ritenersi che con la riforma del regime di imputazione delle circostanze aggravanti il legislatore abbia implicitamente modificato anche il criterio di ascrizione dell'evento non voluto nei delitti preterintenzionali.

Inoltre, pur aderendo al consolidato orientamento in esame, la più recente giurisprudenza di legittimità e di merito si spinge "oltre", sino ad accertare la concreta prevedibilità dell'evento aberrante¹⁵.

dicembre 2023; S. CANESTRARI, *Colpa e preterintenzione*, cit., p. 96, evidenzia come il delitto di percosse codifichi un ambito di rischio scarsamente significativo, secondo massime di esperienza, in direzione del bene vita.

¹³ N. GRANOCCHIA, *L'imputazione dell'evento non voluto nella fattispecie di "morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina"*, in *Arch. pen. web*, 2023, p. 3.

¹⁴ D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., 156. G. DE FRANCESCO, *Opus illicitum. Tensioni innovatrici e pregiudizi dommatici in materia di delitti qualificati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 996; F. DASSANO, *Colpa in re illicita; verso il superamento della responsabilità oggettiva*, in F. Dassano – S. Vinciguerra, *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, p. 273.

¹⁵ Si noti come la stessa sentenza Cass., sez. V, 31 agosto 2023, n. 36402, qui in commento, dopo aver dichiarato infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale la reputi, comunque, irrilevante evidenziando come nel caso di specie si dovrebbe riscontrare la sussistenza dell'elemento soggettivo colposo in capo al reo, in considerazione della forza impressa al pugno inferto in pieno volto alla persona offesa. Parimenti Cass., Sez. V, 9 maggio 2022, n. 18396 nella vicenda relativa al "caso Cucchi" ha dato seguito al consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, pur affermando che: «attese le modalità con le quali gli imputati hanno percosso la vittima, attingendola con violenti colpi al volto e in zona sacrale, chiunque sarebbe stato in grado di rappresentarsi come prevedibile conseguenza di tale azione le lesioni interne. Conseguentemente prevedibile è che dalle stesse possa innescarsi un processo degenerativo in grado di avere esiti anche letali...». Analogamente, con riferimento alla giurisprudenza di merito si consideri come la Corte d'Assise di Brescia, Sez. II, 12 luglio 2019, n. 3 (con nota di B. FRAGASSO, [Una spinta causa la morte di un uomo: l'omicidio preterintenzionale, in un caso di scuola, tra responsabilità oggettiva e dolo misto a colpa](#), in questa *Rivista*, 17 dicembre 2019) abbia applicato sia il modello della prevedibilità dell'evento morte in astratto sia

Infine, la tesi del dolo unitario sembra smentita da un argomento di proporzione giuridica, secondo il quale sarebbe incongruo punire un omicidio realizzato senza colpa con una pena molto superiore, nel minimo, alla pena massima dell'omicidio colposo e prossima, nel massimo, alla pena minima dell'omicidio doloso¹⁶.

Dalle considerazioni svolte emerge, così, la necessità di proporre un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione di cui all'art. 584 c.p., che non può ritenersi preclusa dalla scelta del legislatore di rafforzare, attraverso l'incriminazione dell'omicidio preterintenzionale, la tutela della vita. Infatti, come ha precisato la Consulta nella sentenza 24 luglio 2007, n. 322 il principio di colpevolezza non può essere sacrificato dal legislatore in nome di una più efficace tutela penale di altri valori, ancorché essi pure di rango costituzionale. Invero, punire in difetto di colpevolezza, al fine di dissuadere i consociati dal porre in essere le condotte vietate o di neutralizzare il reo implicherebbe l'indebita strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale.

L'esigenza della rilettura dell'art. 584 c.p. è aggravata dalla prima delle sentenze in commento che, portando alle estreme conseguenze la tesi del dolo unitario, giunge a sostenere che l'addurre l'imprevedibilità dell'evento integri un errore sul precetto *ex art. 5 c.p.*, così ponendosi in aperta contraddizione con il canone dell'ascrizione colpevole della responsabilità.

Peraltro, l'interpretazione costituzionalmente adeguata non è impedita dalla presunta impossibilità di muovere un rimprovero colposo per la causazione di un evento non voluto nei confronti di chi abbia intrapreso volontariamente un'attività illecita¹⁷.

quello in concreto. Inoltre, la Corte di Assise di Sassari, 21 febbraio 2022, n. 1 (con nota di M. NICOLINI, [La Corte d'assise di Sassari supera la prevedibilità in astratto e apre alla colpa in concreto nell'omicidio preterintenzionale](#), in questa Rivista, 13 aprile 2022) ha interpretato la fattispecie di omicidio preterintenzionale discostandosi dall'orientamento giurisprudenziale consolidato in punto di elemento soggettivo e ha affermato la necessità di accertare in concreto la colpa dell'agente in relazione all'evento morte.

¹⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 356.

¹⁷ Per un'approfondita disamina della questione si consenta di rinviare ad altro precedente lavoro, N. GRANOCCHIA, *L'imputazione dell'evento non voluto nella fattispecie di "morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina"*, cit. In ogni caso, per la tesi favorevole F. BASILE, *Delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2015, p. 206; F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, *Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005; S. CANESTRARI, *Osservazioni su colpa in attività illecita, omicidio preterintenzionale e art. 586 c.p.*, in *"La riforma dei reati contro la persona"* dell'Associazione italiana professori di diritto penale, in [www.aipdp.it](#), 3 marzo 2020; G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 38; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, p. 355; G. DE FRANCESCO, *I reati aggravati dall'evento*, in *SI*, 1996, p. 559; E. GALLO, *Delitti aggravati dall'evento e delitti di attentato*, in *Giur. it.*, 1990, IV, p. 414. Per la tesi contraria A. PAGLIARO, *Diritto penale parte generale*, Padova, 2001, p. 321; R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, p. 131; A. CARMONA, *Il versarsi in re illecita «colposo». Un breve percorso tra pratiche giurisprudenziali e suggestioni dogmatiche, pensando alla riforma del codice penale*, *Ind. pen.*, 2001, 223; A. CASTALDO, *La struttura dei delitti aggravati dall'evento tra colpevolezza e prevenzione generale*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di STILE, Napoli, 1989, p. 303; A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989; G. ZUCALÀ, *Nota introduttiva (artt. 59-70)*, in A. CRESPI – F. STELLA – G. ZUCALÀ (a cura di), *Commentario breve al Codice penale*, 2003, p. 71.

Innanzitutto, non coglie nel segno la critica logica basata sull'antinomia del precetto "percuoti con cautela", per cui sarebbe incongruente accompagnare l'imperativo di non tenere una determinata condotta con l'obbligo di adottare un minimo di diligenza nella sua realizzazione. Tuttavia, va precisato che la contemporaneità di due atteggiamenti psicologici distinti, anche se riflessi dalla medesima condotta, sia ammissibile giacché rivolta a due eventi separati¹⁸. Invero, si tratta della stessa ragione che, in assenza di una fattispecie qualificata, permetterebbe alle lesioni volontarie seguite da morte non voluta di trovare disciplina nel concorso ideale di reati.

Inoltre, tra i molteplici indici positivi dell'ammissibilità di un'imputazione composita, in termini di dolo misto a colpa, assume centrale e indiscutibile rilievo il disposto dell'art. 59 c.2 c.p., recante i criteri di ascrizione delle circostanze aggravanti. Un'ulteriore conferma normativa si trae dagli artt. 83 c.2 e 586 c.p. che stanno a dimostrare come, anche versando *in re illicita*, sia possibile una colpa generica rispetto a un evento ulteriore¹⁹.

La tesi in esame è legittimata altresì dal principio di uguaglianza/ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione, che consente di differenziare il trattamento sanzionatorio del soggetto che abbia cagionato l'evento ulteriore non voluto in circostanze che rendevano agevole la previsione della sua verifica e quello di chi lo abbia determinato in condizioni eccezionali tali da renderlo non prevedibile. Inoltre, la possibilità di muovere un rimprovero colposo si impone a maggior ragione nei confronti di chi agisca nell'ambito di un'attività illecita, dovendo il reo adottare tutte le cautele necessarie al fine di contenere il rischio che dalla condotta criminosa in atto derivino delle conseguenze ulteriori non volute²⁰.

L'ammissibilità di una *culpa in re illicita* trova conferma anche nella giurisprudenza, sia costituzionale sia di legittimità²¹. Infine, dall'indagine comparatistica emerge come molti ordinamenti, sia europei sia extraeuropei, ammettano la colpa rispetto a tali eventi ulteriori, esplicitamente o in via interpretativa.

Seppure la dottrina maggioritaria concordi nel rilevare il contrasto della prevalente giurisprudenza di legittimità con il principio di colpevolezza, analoga

¹⁸ A. BONDI, I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani, cit., 202.

¹⁹ F. MANTOVANI, Diritto penale, cit., 356

²⁰ M.L. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata, Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, 2020, p. 153, evidenzia come non si comprenda davvero perché imponga soltanto a cittadini "onesti" obblighi preventivi e legittimare invece un atteggiamento remissivo, sul piano precettivo e preventivo, nei confronti di chi oltrepassi la soglia di penale rilevanza. F. CERQUA, *Il criterio di imputazione dell'evento non voluto nell'omicidio preterintenzionale*, cit., p. 8; A. BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, cit., p. 203.

²¹ Con la richiamata sentenza 13 dicembre 1988, n. 1085 la Corte costituzionale ha riferito il requisito della colpa anche ad attività illecite, come la sottrazione e l'impossessamento di una cosa mobile altrui al fine di farne un uso momentaneo (art. 626, co. 1 n. 1 c.p.), osservando che la mancata restituzione non sia addebitabile all'agente se dovuta a caso fortuito o forza maggiore, ossia se non determinata da colpa. Inoltre, con la citata pronuncia Ronci le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato a chiare lettere la praticabilità di un rimprovero colposo *in re illicita*, nel proporre un'interpretazione conforme a Costituzione dell'art. 586 c.p.

sintonia non può rinvenirsi in ordine all'identificazione dei criteri di ascrizione soggettiva della responsabilità per l'evento mortale. Invero, si discute se la colpa debba essere concepita nella sua conformazione ordinaria o se, al contrario, il contesto criminoso ne determini una deformazione. Di seguito si analizzeranno le diverse posizioni emerse, al fine di saggiarne la reale "distanza".

4. La colpa concepita nei suoi requisiti ordinari.

La seconda delle sentenze in commento applica all'omicidio preterintenzionale la rilettura costituzionalmente orientata che le Sezioni unite Ronci hanno proposto dell'art. 586 c.p. e ne rinviene l'elemento psicologico in una combinazione di dolo, per il reato di percosse o di lesioni, e di colpa in concreto, per l'evento mortale. In particolare, nell'ottica dell'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 584 c.p. la Corte richiede l'accertamento in concreto della colpa, ancorandolo alla violazione di regole cautelari di condotta e a un coefficiente di prevedibilità ed evitabilità in concreto del rischio connesso alla carica di pericolosità per i beni della vita e dell'incolumità personale intrinseca alla consumazione del reato doloso di base. Dunque, la Cassazione sostiene che la colpa non subisca alterazioni nella struttura o nel contenuto allorché si manifesti in ambito illecito. Si tratta, quindi, della nozione "comune" di colpa, che si risolve nella realizzazione di un fatto non voluto, rimproverabile al soggetto per la violazione di una regola di diligenza, prudenza o perizia che discende da una valutazione positiva di prevedibilità ed evitabilità della verifica dell'evento. L'accertamento deve essere svolto con un giudizio di prognosi postuma, secondo il punto di vista di un omologo agente modello.

Anche una parte della dottrina ritiene che la responsabilità colposa sia retta da un paradigma unitario e che, quindi, il contesto illecito non ne immuti i connotati²².

A tal proposito si rileva come la tradizione giuridica interna sia favorevole alla configurazione di una colpa in attività illecita: il Carrara insegnava che un rimprovero per colpa può essere mosso "così a carico di chi versa in cosa illecita, come a carico di chi versa in cosa lecita"; si rilevava che l'imputazione colposa, in forza delle regole generali che la governano, "ha per base la imprudenza e la prevedibilità, indipendentemente da qualsivoglia lecitudine o illecitudine del fatto"²³. È stato osservato, infatti, che la possibile coesistenza delle due forme dell'elemento soggettivo del reato non sia seriamente

²² F. BASILE, *Delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, 2015, pp. 203 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI (diretto da), *Codice Penale Commentato, parte generale*, pp. 3032 ss.; E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l'interprete in attesa di un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 871, 878 e 879; G. MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 371; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, p. 371; A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 346-347.

²³ F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. III, opera XXXI, *Sul caso fortuito*, 1898, p. 20.

contestabile, “giacché le norme cautelari di condotta valgono tanto per chi agisce legittimamente quanto per chi opera illegittimamente”²⁴.

Quindi, l'imputazione colposa si sostanzierebbe nella trasgressione di un modello comportamentale a contenuto precauzionale imposto dall'ordinamento, ricostruito secondo il criterio di un referente-tipo della cerchia sociale di appartenenza dell'autore, in relazione alla specie di azione criminosa concretamente realizzata. Di conseguenza, per definire il parametro dell'agente modello si dovrebbe muovere dall'autore concreto e vi si dovrebbero rinvenire le note distintive che fungano da indici di selezione del circolo di rapporti che nella situazione concreta risulti più prossimo a esso. All'interno di tale contesto si dovrebbe pensare, poi, all'agente ideale come soggetto avveduto, coscienzioso e ragionevole, espressione di quel circolo. Dunque, secondo tale tesi il modello di riferimento della responsabilità colposa andrebbe individuato secondo gli usuali parametri soggettivo-obiettivi, perché la diligenza richiesta è comunque legata alla “cerchia di appartenenza” dell'agente e non viene ricodificata *in itinere* con lo sviluppo causale della condotta²⁵.

Tale impostazione trae conferma dell'identità dei criteri di imputazione colposa in ogni genere di attività umana dalla previsione dell'eccesso colposo nelle scriminanti di cui all'art. 55 c.p.²⁶. In questa figura giuridica, invero, sarebbe la stessa lettera della legge ad ammettere esplicitamente il ricorso alle qualifiche normative ordinarie della colpa in una situazione di obiettiva illiceità. Allorché si tratti di verificare se l'eccesso sia dovuto a colpa si dovrà procedere a un raffronto tra la condotta dell'agente concreto e quella che ci si poteva ragionevolmente attendere da un individuo medio, posto nella medesima situazione (illecita) in cui l'agente concreto si è trovato²⁷. In definitiva, per appurare se l'eccesso sia colposo o incolpevole è necessario ambientare, in una situazione di illiceità, l'omologo agente ideale.

Infine, l'esigenza di concepire la colpa nella fisionomia ordinaria e di accertarla secondo il medesimo procedimento impiegato nei contesti leciti è argomentata dalla tesi

²⁴ F. ANTOLISEI, *La colpa per inosservanza di leggi*, in GP, 1948, II, 11. Analogamente G. LEONE, *Il reato aberrante*, Napoli, 1964, 108, rileva che: «le regole dell'agire cauto valgono tanto per chi opera legittimamente quanto per chi opera illegittimamente, sia perché non è detto che il tenere un comportamento illecito dispensi da qualsiasi dovere di oculatezza allorché questo si profili nei confronti del mondo estraneo all'offesa illuminata dall'intenzionalità, sia perché è rispondente ai sani criteri della psicologia esigere questa oculatezza più da chi versa in un comportamento illecito che da colui che agisce onestamente, essendo al primo più facilmente rappresentabile l'ampliamento della sfera di danno derivante dalla propria azione delittuosa».

²⁵ A. BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, cit., p. 204.

²⁶ F. BASILE, *La colpa in attività illecita, Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, cit., p. 309. In senso contrario: A. LORETO, *Reati aggravati dall'evento e colpa nelle attività illecite. Un dibattito ancora aperto, tra incertezze dogmatiche e prospettive di riforma*, in Ind. pen., 10, 2, 2007, p. 453 evidenzia come in tale fattispecie non si possa parlare propriamente di colpa in attività illecita, considerato che il contesto di azione iniziale viene reso legittimo dall'esistenza dei presupposti normativi di una causa di giustificazione. Dunque, la trasgressione del dovere obiettivo di cautela sarebbe riferibile a un contesto inizialmente lecito, diversamente che nelle fattispecie aggravate, ove l'imputazione colposa si innesta in un'attività che, *ab origine*, riflette la propria contrarietà all'ordinamento.

²⁷ F. VIGANÒ, sub art. 52, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI (diretto da), *Codice Penale Commentato, parte generale*, Milano, 1999, 485.

in esame in ragione della necessità di assicurare un'effettiva imputazione colpevole dell'evento mortale e di evitare che in sede applicativa la colpa venga imbarbarita e oggettivamente impoverita fino al punto di ridursi a poco più di una lustra²⁸.

5. La diversa conformazione della colpa nel contesto illecito.

Al contrario, secondo un'impostazione alternativa sarebbe più corretto riferirsi alla sola prevedibilità in concreto dell'evento, svincolata da una cornice deontica²⁹.

Nello specifico, si dubita che il parametro dell'evitabilità possa assumere rilievo nel contesto illecito, dato che l'evento ulteriore non voluto sarebbe evitabile *in re ipsa*, attraverso la mera astensione dalla condotta illecita di base³⁰. Ne deriva l'esclusione della possibilità di individuare vere e proprie istruzioni operative con finalità preventiva che assumano valore giuridico cogente, potendo esse rilevare solamente quali usi comportamentali atti a contenere il rischio illecito. Quindi, ciò che manca non è la precauzione in sé, ma la giuridicità e la doverosità della sua adozione: il dovere di diligenza è un concetto con effetti giuridici vincolanti che opera nei limiti di ciò che è consentito dall'ordinamento³¹.

Ne discende l'uso del solo parametro della prevedibilità in concreto, che induce ad assegnare decisiva rilevanza giuridico-penale alle possibilità di rappresentazione in termini probabilistici dell'evento non voluto e di controllo finalistico sullo sviluppo fenomenico della condotta. La posizione in esame sostiene che la responsabilità penale fondata sulla mera prevedibilità dell'evento non voluto si coniughi perfettamente con l'art. 27 della Costituzione e con l'esigenza di un'imputazione personale e colpevole. Si osserva, invero, come la prevedibilità edificata sulla possibile efficienza causale della condotta non sia un'astratta categoria logica utile a mascherare l'ascrizione oggettiva della responsabilità, ma sia una possibilità motivata dall'esperienza dell' (e nell') agire concreto. Si tratta, quindi, di una possibilità sostanziale, fondata sulle osservazioni concrete del fatto.

Invece, secondo altra parte della dottrina il giudizio di colpevolezza per la verifica dell'evento ulteriore deve essere basato sulla violazione di regole di condotta a scopo preventivo, pur attribuendo alla colpa una peculiare fisionomia nell'attività illecita³².

²⁸ G. MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, cit., p. 371.

²⁹ A. CARMONA, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4591.

³⁰ A. CARMONA, *Il versari in re illecita colposo. Un breve percorso tra pratiche giurisprudenziali e suggestioni dogmatiche, pensando alla riforma del codice penale*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 240.

³¹ A. CARMONA, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, cit.

³² S. CANESTRARI, *Colpa e preterintenzione*, *Enciclopedia del diritto, I tematici*, cit., pp. 96-97; D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., pp. 157 ss.; F. CERQUA, *Il criterio di imputazione dell'evento non voluto nell'omicidio preterintenzionale. Brevi osservazioni*, cit., p. 1058.

La lettura costituzionalmente orientata delle fattispecie preterintenzionali è svolta sulla base dello schema del dolo misto a colpa, valorizzando la logica sostanziale che ha spinto il legislatore a configurare la preterintenzione come distinta dalla responsabilità oggettiva e dalla mera sommatoria di dolo e colpa. Si evidenzia, invero, come l'intenso legame che salda il delitto doloso di base e l'evento più grave finisca per condizionare la nozione di colpa. Infatti, in tali fattispecie si assiste alla tipizzazione di una situazione di rischio in cui risulta oggettivamente prevedibile l'esito ulteriore, attraverso la descrizione di un reato-base doloso di pericolo astratto verso i beni giuridici protetti dalla complessiva fattispecie preterintenzionale.

Affinché sia integrato lo schema preterintenzionale occorre accertare poi la violazione, nell'esecuzione dell'illecito doloso di base, di regole comportamentali di "attenzione" il cui scopo fosse quello di evitare il rischio realizzatosi nella concreta conseguenza qualificante. Dunque, si afferma la necessità di basare il giudizio di colpevolezza per la verifica dell'evento ulteriore sulla violazione di regole di condotta a scopo preventivo le quali, nondimeno, assumono come punto di riferimento un parametro più oggettivo (l'uomo mediamente avveduto) di quello consueto dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*. Infatti, nel contesto illecito vengono meno le esigenze di personalizzazione della componente oggettiva della colpa, sottese al temperamento dei contrapposti principi del *neminem laedere* e del *favor libertatis*³³. Si tratterebbe, quindi, di una colpa generica oggettivata.

Dunque, secondo la tesi in esame anche in ambito illecito i criteri di formazione delle regole cautelari sarebbero costituiti dai parametri della riconoscibilità e prevenibilità del rischio di verifica dell'evento. Tuttavia, si prescinde dalla cerchia deontologica e sociale di chi agisce e si rapporta la misura della pretesa comportamentale alle massime della comune prudenza empirica. Si tratta del generale dovere di accortezza a cui chiunque è chiamato a rispondere e che, nel caso dell'autore di un crimine, si sostanzia nel dovere di non produrre conseguenze ulteriori e più gravi di quelle che egli persegue intenzionalmente con il suo comportamento³⁴.

Invero, l'essere autore di un illecito doloso espone l'agente a un monito ordinamentale più intenso di quello che caratterizza le attività rischiose lecite: egli ha il dovere aggiuntivo di non aggravare le conseguenze delle proprie azioni criminali, già contrassegnate da disvalore. Deve utilizzare, inoltre, tutte le conoscenze richieste nel

³³ A. LORETO, *Reati aggravati dall'evento e colpa nelle attività illecite. Un dibattito ancora aperto, tra incertezze dogmatiche e prospettive di riforma*, cit., p. 452.

³⁴ M.L. MATTHEUDAKIS, *Forme miste dolo-colpa*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 559 evidenzia, per di più, come l'eventuale imbarazzo nella definizione dell'impegno cautelare debba essere superato non cercando necessariamente di identificare una in particolare tra le possibilità realizzative di una condotta illecita. Viceversa, si dovrà individuare in negativo, cioè per esclusione, un comportamento cauto subordinatamente doveroso, stabilendo "cosa non fare" al fine di "limitare i danni". Quindi, se l'obiettivo criminoso del soggetto è percuotere o provocare non più che delle lesioni personali (non la morte), ecco che è ipotizzabile la regola cautelare propria (capace, quindi, di neutralizzare il rischio) che non suona esplicitamente nel senso di indirizzare l'agente a colpire, per esempio, le dita, ma impone di non colpire in testa, perché, come è ben noto, esercitando violenza al capo di una persona, il rischio di morte è tutt'altro che trascurabile.

caso di specie tenuto conto del tipo e grado di rischio e quelle maggiori, eventuali, di cui disponga.

Ne discende lo spostamento verso l'alto del livello di esigibilità di una condotta conforme ai doveri ordinamentali e di rimproverabilità del comportamento effettivamente tenuto³⁵. Quindi, l'eventuale deficit di conoscenze o di esperienza del singolo non rileverà in senso favorevole al reo: non si può distinguere il modello del "terrorista esperto" da quello del "delinquente alle prime armi", come può accadere, invece, in alcune ipotesi di rischio consentito.

Infine, si evidenzia come nel contesto illecito assuma rilievo anche il parametro dell'evitabilità: non si tratterà di un "comportamento alternativo lecito" che condurrebbe a rilevare una prevenibilità *in re ipsa*, ma di un comportamento alternativo "modalmente meno illecito", che si traduca nella concreta possibilità di governare il decorso causale dell'azione lesiva, evitando che essa trasmodi in ulteriori eventi dannosi³⁶.

Dunque, l'imputazione della responsabilità a titolo di omicidio preterintenzionale presuppone il riscontro di una regola cautelare definita in concreto, tenuto conto della peculiare situazione di rischio connessa all'esecuzione della condotta dolosa di base, che il reo nella commissione di atti diretti a percuotere o ledere ha violato e la verifica, con un giudizio *ex ante*, se un soggetto, posto nella medesima situazione dell'agente, avrebbe potuto prevedere ed evitare l'evento mortale.

6. Considerazioni conclusive.

L'identificazione del criterio di ascrizione della responsabilità per l'omicidio preterintenzionale nel dolo misto a colpa in concreto, concepita nei requisiti ordinari, rappresenta un importante sviluppo della giurisprudenza di legittimità. Di conseguenza, la seconda delle pronunce in esame potrebbe inaugurare una diversa sensibilità della Cassazione verso la conformazione della preterintenzione al principio di colpevolezza, così favorendo il superamento di un orientamento che conduce a un'imputazione oggettiva, per colpa in astratto, della responsabilità.

A tal proposito è opportuno tenere conto delle sentenze, sia di merito sia di legittimità, che, pur aderendo alla teorica dell'"assorbimento della prevedibilità dell'evento mortale nell'intenzione di risultato", si spingono ad accertare la sussistenza della colpa in concreto. Ciò consente di "sdrammatizzare" il problema della conformazione della responsabilità preterintenzionale al principio di colpevolezza, dimostrando come in molti casi risultino integrati gli estremi dell'imputazione colposa³⁷. Se spesso la prevedibilità poteva essere agevolmente riscontrata, ciò non è accaduto perché la ricordata formula dell'«assorbimento della prevedibilità dell'evento nella intenzione di risultato» evita al giudice l'onerosa dimostrazione della colpa, che richiede

³⁵ F. DASSANO, *La colpa in re illicita: verso il superamento della responsabilità oggettiva*, cit., pp. 277-278.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ G. PIFFER, *Preterintenzione e reati aggravati dall'evento*, cit.

un rigoroso approfondimento in punto di fatto: così gli viene richiesto solo di accertare il dolo dell'ipotesi delittuosa base, con evidente semplificazione della motivazione.

Ciononostante, la rilettura costituzionalmente orientata della responsabilità preterintenzionale appare ineludibile: compito dell'interprete è assicurare la compatibilità delle fattispecie criminose con il vigente sistema costituzionale, anche quando la soluzione garantista possa rilevare in un numero assolutamente contenuto di ipotesi.

In particolare, tra le tesi proposte in dottrina non sembra esserci una "distanza" considerevole, dato che imporre al giudice l'accertamento della prevedibilità in concreto dell'evento *praeter intentionem* costituisce sicuramente un guadagno sul piano delle garanzie in relazione all'attuale diritto vivente³⁸. D'altronde, in alcuni casi cambierebbe poco rispetto a esigere il riscontro di una vera e propria colpa, considerato che la prevedibilità dell'evento è uno dei fattori più importanti nell'edificazione della regola cautelare.

Nondimeno, sembra che la prevedibilità non rilevi giuridicamente di per sé, ma nella misura in cui alimenti una prospettiva deontica. Al fine di evitare che il messaggio general-preventivo risulti parziale e non garantisca la necessaria tutela a oltranza di beni giuridici primari, come la vita, l'ordinamento non si limita a vietare la condotta, ma, in via subordinata, prescrive comportamenti diversi da quelli che rendano concretamente prevedibile l'evento qualificante.

Sebbene paia pronosticabile l'adesione della giurisprudenza di legittimità alla tesi dell'unitarietà strutturale del coefficiente colposo, in ragione dell'estensione all'omicidio preterintenzionale della soluzione interpretativa delle Sezioni unite Ronci, risulta preferibile una lettura che valorizzi maggiormente la formulazione letterale della disposizione.

Infatti, *de iure condito* deve sostenersi la posizione che imputa il delitto di cui all'art. 584 c.p. a titolo di dolo misto a colpa generica oggettivata, poiché maggiormente rispettosa del dato positivo. Nonostante possa opporsi qualche ragionevole dubbio in relazione al delitto di percosse, altrettanto non vale per le lesioni, per le quali si potrà valorizzare il nesso funzionale tipizzato dalla legge: l'astratta prevedibilità della causazione dell'evento mortale "fotografata" dalla norma dovrà poi essere confermata in concreto. Quindi, l'imputazione preterintenzionale della responsabilità potrà operare ove si riscontri, di fianco al dolo del delitto base, la violazione di una regola cautelare oggettivata, fondata sul generale dovere di accortezza e diretta a conformare il comportamento esecutivo dell'intenzione criminosa, sì da contenere il rischio della verifica dell'evento non voluto attraverso l'adozione di una condotta "modalmente meno illecita".

Infine, *de iure condendo* si potrebbe affiancare alla prospettiva abolizionista, che muove dal rilievo dell'assoluta incompatibilità della logica del *versari in re illicita* con

³⁸ S. CANESTRARI, *Colpa e preterintenzione*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 98; G. PONTEPRINO, *Preterintenzione e culpa in re illicita. La costruzione di uno statuto differenziato quale argine allo strisciante riconoscimento della responsabilità oggettiva*, in www.laegislazionepenale.eu, 9 marzo 2024.

l'attuale quadro costituzionale, l'alternativa del mantenimento della fattispecie dell'omicidio preterintenzionale³⁹.

Attraverso l'introduzione di un esplicito riferimento all'imputazione colposa della responsabilità si potrebbe continuare a valorizzare il nesso di rischio intercorrente tra il delitto doloso di base e l'evento mortale. Ciò consentirebbe di evidenziare un'apprezzabile differenza rispetto alle ipotesi di occasionale e più "anonimo" combinarsi di un illecito doloso e di uno colposo e applicare una sanzione più severa di quella che altrimenti deriverebbe dall'applicazione della disciplina sul concorso di reati⁴⁰. Per tal via si eviterebbe anche l'indebita espansione dell'ambito di applicazione dell'art. 575 c.p. attraverso l'imputazione a titolo di dolo eventuale, nel quale la giurisprudenza potrebbe "rifugiarsi" per rispondere a un'esigenza repressiva non adeguatamente soddisfatta dall'applicazione del criterio del cumulo giuridico.

Inoltre, sul piano della struttura oggettiva della fattispecie sarebbe opportuna l'introduzione, di fianco alla direzione degli atti, del requisito dell'idoneità, nonché l'eliminazione del riferimento al delitto di percosse, il cui nesso di rischio con l'evento mortale genera condivisibili dubbi⁴¹. Nondimeno, sarebbe comunque necessaria la rimodulazione della cornice edittale al fine di adeguarla ai principi di offensività e proporzionalità, data l'irragionevolezza insita nella previsione all'art. 584 c.p. di una pena massima prossima al minimo dell'omicidio doloso⁴².

³⁹ T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 271-272 sostiene che «il delitto preterintenzionale non sia suscettibile di imbellettamenti ermeneutici» in ragione dell'assoluta incompatibilità della logica del *versari in re illicita* con il principio costituzionale di colpevolezza. Ne deriverebbe la neutralizzazione della differenza con i delitti aggravati dall'evento nei quali, per l'assenza di una progressione tra condotta ed evento non voluto, si pretende l'accertamento della colpa in concreto. Dall'assimilazione delle due tipologie di fattispecie discenderebbero problemi, peraltro, sul piano della ragionevolezza del trattamento sanzionatorio, a causa dell'estrema severità delle sanzioni previste dall'art. 584 c.p. Quindi, ripudiata la plausibilità del criterio di imputazione obiettiva basato sulla determinazione dolosa di un rischio illecito, la dottrina in esame propone l'abrogazione dei delitti preterintenzionali, con l'effetto di applicare le pene previste per il concorso formale tra i reati dolosi di percosse o lesioni e l'omicidio colposo.

⁴⁰ S. CANESTRARI, *Colpa e preterintenzione*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., 101; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2004, p. 174.

⁴¹ G. PONTEPRINO, *Preterintenzione e colpa in re illicita. La costruzione di uno statuto differenziato quale argine allo strisciante riconoscimento della responsabilità oggettiva*, cit.

⁴² S. CANESTRARI, *Osservazioni su colpa in attività illecita, omicidio preterintenzionale e art. 586 c.p.*, in "La riforma dei reati contro la persona" dell'Associazione italiana professori di diritto penale, in www.aipdp.it, 3 marzo 2020.

**MORTE DELL'ABUSO D'UFFICIO,
RECUPERO IN ZONA CESARINI DEL 'PECULATO PER DISTRAZIONE'
(ART. 314-BIS C.P.) E OBBLIGHI (NON PIENAMENTE SODDISFATTI)
DI ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA UE 2017/1371^(*)**

di Gian Luigi Gatta

Dedicherò il mio intervento all'art. 9 del decreto-legge, estraneo alla materia penitenziaria alla quale è per lo più dedicato il decreto-legge oggetto di converisione. Tale articolo inserisce nel codice penale un nuovo art. 314-bis e, con esso, il nuovo delitto di "Indebita destinazione di denaro o cose mobili", che punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni, *"fuori dei casi previsti dall'articolo 314:*

il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, li destina ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto".

1. Nelle premesse del decreto-legge il Governo motiva il ricorso alla decretazione d'urgenza in ragione di una ritenuta "straordinaria necessità e urgenza di definire, anche in relazione agli obblighi euro-unitari, il reato di indebita destinazione di beni ad opera del pubblico agente". Consentitemi di sottolineare come questa motivazione, non accompagnata da ulteriori precisazioni, sia criptica e incapace di giustificare il ricorso alla decretazione d'urgenza, alla luce dei presupposti previsti dall'art. 77 Cost.

La Relazione di accompagnamento del decreto-legge, nel tentativo di chiarire le ragioni dell'intervento del Governo, finisce, con una eterogenesi dei fini, per negarle. Essa fa riferimento, infatti, alla necessità di chiarire se e in che limiti sono penalmente rilevanti le condotte distrattive del funzionario pubblico, risolvendo un problema posto dalla riforma attuata dalla legge n. 86 del 1990 sopprimendo dall'art. 314 c.p. il peculato per distrazione e riformando l'abuso d'ufficio. Orbene, onorevoli Senatori, da quella riforma sono passati trentaquattro anni!

Se un'esigenza di chiarimento si pone, non è certo da oggi, e il decreto-legge sembrerebbe allora utilizzato al di fuori dei presupposti costituzionali.

^(*) Memoria scritta presentata il 10 luglio 2024 alla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica, in occasione dell'audizione nell'ambito dell'esame del disegno di legge n. 1183 «Conversione in legge del decreto-legge 4 luglio 2024, n. 92, recante misure urgenti in materia penitenziaria, di giustizia civile e penale e di personale del Ministero della giustizia».

7-8/2024

2. Senonché, a mio parere, la decretazione d'urgenza si giustifica per ragioni non esplicitate ma solo evocate nell'apparente motivazione che si legge nelle premesse del decreto-legge e nella citata Relazione del Governo. Lo scorso 14 giugno, intervenendo alla [riunione del Consiglio dei ministri della giustizia dell'Unione Europea](#), a proposito della nuova proposta di Direttiva europea in tema di contrasto alla corruzione il Ministro della giustizia On. Carlo Nordio ha rassicurato l'Europa circa la prossima abolizione del reato di abuso d'ufficio dicendo che nel nostro Paese vi è "un arsenale normativo penale di ben diciassette articoli" per contrastare la corruzione e il malaffare nella p.a. Ribadendo quanto sostenuto in altre sedi e a più riprese nell'ultimo anno, il Ministro Nordio ha quindi affermato il carattere non problematico dell'abolizione dell'abuso d'ufficio, che come sapete è in queste ore in corso alla Camera (d.d.l. A.C. 1718, d'iniziativa del Ministro Nordio).

Nei timidi riferimenti a non meglio precisati "obblighi eurounitari", nella premessa del decreto-legge e nella Relazione, vanno rinvenute le vere ragioni dell'intervento normativo, [necessario per evitare una violazione di obblighi di incriminazione previsti dal diritto UE](#) e per non esporre il Paese a una procedura di infrazione. Ciò in quanto, come è reso evidente dal decreto-legge, a fronte dell'abolizione dell'abuso d'ufficio non è affatto sufficiente per far fronte a quegli obblighi "l'arsenale normativo penale" evocato dal Ministro.

L'ormai imminente abolizione dell'abuso d'ufficio, piuttosto, apre una voragine nella tutela della p.a. che il Governo si è tardivamente reso conto di dover arginare, limitatamente agli obblighi europei, e che il Parlamento, nonostante le indicazioni emerse anche nel corso delle audizioni disposte nel corso dell'esame del citato disegno di legge C. 1718, non ha evitato attraverso opportuni emendamenti.

Permettetemi allora, pur con tutto il dovuto rispetto, di sottolineare come questo modo di procedere – l'adozione per decreto-legge di un emendamento a un disegno di legge ancora all'esame del Parlamento – è al di fuori delle normali e proprie dinamiche del processo di formazione delle leggi e come ciò sia ancora più grave allorché accade in una materia, come quella penale, presidiata dalla garanzia costituzionale della riserva di legge.

Mentre vi parlo l'abuso d'ufficio non è ancora stato abolito, ma è già in vigore una norma che, per rispettare i vincoli del diritto UE, ne conserva in vita una parte – il c.d. peculato per distrazione; norma speciale e più favorevole, quindi applicabile anche ai fatti commessi prima della sua introduzione.

3. Per comprendere meglio quel che cripticamente è scritto nella Relazione del decreto-legge occorrono due passaggi. Il primo riguarda la definizione del peculato per distrazione e i suoi rapporti con l'abuso d'ufficio. Il secondo richiede di mettere a fuoco gli obblighi di incriminazione derivanti dai vincoli europei.

3.1. Per sessant'anni, dal 1930 al 1990, il peculato (art. 314 c.p.) ha punito pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso di denaro o di altra cosa mobile, appartenente alla pubblica amministrazione, se ne appropria, ovvero lo distrae a profitto proprio o di altri". Un

grave delitto contro la p.a., da sempre punito nel massimo con dieci anni di reclusione (dieci anni e sei mesi, dal 2015). Quando nasce, il peculato abbraccia condotte sia di *appropriazione*, sia di *distrazione*, per tale ultima intendendosi la *destinazione di denaro o beni ad uso diverso* da quello che legittima il possesso.

La citata riforma del 1990 riscrisse la fattispecie del peculato limitandola alle condotte di appropriazione. Questo non comportò però una *abolitio criminis*, perché da allora – come è risaputo tra i penalisti – dottrina e giurisprudenza ricondussero il vero e proprio peculato per distrazione alla fattispecie di abuso d’ufficio (e il peculato per sottrazione/appropriativa al peculato ex art. 314 c.p.).

Pur dopo la formale abrogazione dell’ipotesi di peculato per distrazione, secondo il consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità, la previsione dell’articolo 314 c.p. è rimasta applicabile «nel caso in cui il denaro o altri beni siano *sottratti* alla destinazione pubblica ed impiegati per il soddisfacimento di interessi privatistici dell’agente», ricorrendo tuttavia la diversa ipotesi delittuosa di cui all’articolo 323 c.p. «quando si sia in presenza di una distrazione a profitto proprio che [...] si concretizzi in un uso indebito del bene che *non ne comporti la perdita* e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell’ente cui appartiene [...] ovvero qualora l’*utilizzodi* denaro pubblico avvenga in *violazione delle regole contabili* e sia funzionale alla realizzazione, oltre che di indebiti interessi privati, *anche di interessi pubblici* obiettivamente esistenti [...]»¹.

3.2. Vengo ora ai vincoli europei. Il peculato per distrazione è oggetto di un obbligo di incriminazione derivante dal diritto UE, che vincola il legislatore ai sensi dell’art. 117, comma 1 Cost. Mi riferisco all’art. 4, comma 3 della [Direttiva UE 2017/1371 del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale](#). Come si legge nel nono considerando di questa direttiva, possono ledere gli interessi finanziari dell’Unione alcune condotte del funzionario pubblico che mirano alla “appropriazione indebita di fondi o beni, per uno scopo contrario a quello previsto”.

L’art. 4, comma 3 stabilisce che “gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché, se intenzionale, l’appropriazione indebita costituisca reato” e precisa subito che “ai fini della presente direttiva, s’intende per «appropriazione indebita» “l’azione del funzionario pubblico, incaricato direttamente o indirettamente della gestione di fondi o beni, tesa a impegnare o erogare fondi o ad appropriarsi di beni o *utilizzarli per uno scopo in ogni modo diverso da quello per essi previsto*, che leda gli interessi finanziari dell’Unione”. Il successivo comma 4 dell’art. 4 della Direttiva precisa poi che ai fini della direttiva s’intende per «funzionario pubblico» un funzionario dell’Unione o un funzionario

¹ V. Cass., Sez. 6, n. 36496 del 30/09/2020, dep. 18/12/2020, Vasta Mario, in motivazione (par. 6 del considerando in diritto), ove si richiamano Cass. Sez. 6, n. 12658 del 02/03/2016, Tripodi (rv. Ced 26687101) e n. 19484 del 23/01/2018, Bellinazzo e altri (rv. Ced 27378301), quanto alla prima ipotesi, e Cass. Sez. 6, n. 41768 del 22/06/2017, P.G., P.C. in proc. Fitto e altri (rv. Ced 27128301) e n. 27910 del 23/09/2020, Perricone (rv. Ced 27967701), quanto alla seconda.

nazionale, compresi i funzionari nazionali di un altro Stato membro e i funzionari nazionali di un paese terzo.

Questo obbligo di incriminazione non è soddisfatto dalla norma che incrimina il peculato (art. 314 c.p.), perché essa si riferisce alle sole condotte di appropriazione e non anche di distrazione, ma alla luce del citato orientamento giurisprudenziale lo è (almeno in parte, come si dirà) dalla norma che punisce l'abuso d'ufficio.

Per questa ragione, tra gli ultimi atti del Governo Draghi e della Ministra della Giustizia Prof.ssa Marta Cartabia, è stato adottato il d.lgs. 4 ottobre 2022, n. 156, recante "Disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 14 luglio 2020, n. 75, di attuazione della direttiva (UE) 2017/1371". L'art. 1, lett. b) di questo decreto ha inserito un riferimento all'art. 323 c.p. (cioè all'abuso d'ufficio) nell'art. 322-*bis* c.p., che estende alcuni delitti contro la p.a. (come la corruzione e il peculato) ai funzionari pubblici nella menzionata accezione europea, e così anche ai fatti lesivi di interessi finanziari dell'Unione.

Più di ogni altra parola è chiarissima a pagina 2 la Relazione governativa di accompagnamento dello schema di quel decreto legislativo, scritta dai tecnici di Via Arenula e di Palazzo Chigi, che fu sottoposta per il competente parere al Senato (XVIII Legislatura, Atto n. 405):

come a suo tempo evidenziato nella tabella di concordanza trasmessa a corredo del decreto legislativo 14 luglio 2020, n. 75, la completa trasposizione nell'ordinamento interno della già menzionata fattispecie di «appropriazione indebita» del funzionario pubblico, contemplata dall'articolo 4(3) della direttiva passa – quanto all'ipotesi di cd. distrazione di beni pubblici per finalità diversa da quella prevista – anche per l'applicazione dell'articolo 323 cod. pen.: il cui ambito soggettivo di applicazione, conseguentemente, dev'essere adeguato alla nozione di «funzionario pubblico» dettata dall'articolo 4(4) della direttiva. Per tali ragioni, con la disposizione in esame le previsioni dell'articolo 322-*bis* del codice vengono estese al reato di cui all'articolo 323 cod. pen.

L'art. 1 del disegno di legge Nordio (C 1718), in corso di approvazione alla Camera, non solo abroga l'art. 323 c.p., facendo cadere assieme all'abuso d'ufficio anche il peculato per distrazione, ma incurante dell'obbligo di incriminazione europeo elimina dall'art. 322-*bis* c.p. il riferimento allo stesso art. 323 c.p.

Ecco allora spiegata la necessità e l'urgenza di intervenire con decreto-legge per cercare di ripristinare (almeno) il peculato per distrazione. Diversamente da una prima bozza circolata dopo il Consiglio dei Ministri, la versione del decreto-legge promulgata e pubblicata interviene anche – e molto opportunamente – sull'art. 322-*bis* c.p., sostituendo il riferimento all'art. 323 c.p. con quello al nuovo art. 314-*bis* c.p. Chi, non essendo esperto di diritto penale, avesse ancora qualche residuo dubbio sul fatto che con il nuovo reato inserito in questo decreto-legge il Governo mira a conservare in vita una parte dell'abuso d'ufficio, in ciò vincolato dall'Europa, basta che si domandi perché dove c'era scritto art. 323 c.p., nell'art. 322-*bis* c.p., ora c'è scritto art. 314-*bis* c.p.

7-8/2024

4. A mio parere il Parlamento, in sede di conversione del decreto-legge, deve ora domandarsi se, una volta abrogato l'art. 323 c.p., con il nuovo art. 314-*bis* c.p. (Indebita destinazione di denaro o cose mobili), entrato in vigore senza soluzione di continuità, sarà salvo l'adempimento all'obbligo della citata Direttiva.

La mia risposta non è pienamente affermativa, perché residuano numerose criticità che la legge di conversione dovrebbe opportunamente risolvere.

Ne evidenzio subito le più evidenti, che suggeriscono due primi emendamenti:

- un primo emendamento, necessario per evitare una procedura di infrazione per contrasto con l'art. 6 (Responsabilità delle persone giuridiche) della citata Direttiva 2017/1371, deve a mio parere interessare l'art. 25, comma 1 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 sostituendo il riferimento all'art. 323 c.p. (inserito in attuazione della Direttiva PIF dal d.lgs. n. 75/2020) con il riferimento all'art. 314-*bis* c.p. Ciò è necessario per includere il nuovo reato, al posto di quello di abuso d'ufficio, tra quelli presupposto della responsabilità delle persone giuridiche quando il fatto offende gli interessi finanziari della UE.
- Un secondo emendamento, per evitare una possibile procedura di infrazione per contrasto con l'art. 7 (Sanzioni per le persone fisiche) della citata Direttiva 2017/1371, dovrebbe aumentare il massimo edittale della pena dagli attuali tre anni di reclusione a quattro anni (quantomeno) nelle ipotesi di fatto commesso a danno degli interessi finanziari della UE con profitto o danno superiori a 100.000 euro. La Direttiva (art. 7, comma 3) impone infatti di punire le condotte distrattive "con una pena massima di almeno quattro anni di reclusione qualora ne derivino danni o vantaggi considerevoli". I danni o i vantaggi sono considerati considerevoli, ai sensi della Direttiva, qualora siano di valore superiore a 100.000 euro. Proprio in attuazione della Direttiva PIF il legislatore italiano, con il d.lgs. n. 14 luglio 2020, n. 75 ("Attuazione della direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale") aveva previsto aumenti di pena analoghi per diverse fattispecie punite con la reclusione inferiore nel massimo a quattro anni, tra le quali il peculato mediante profitto dell'errore altrui (art. 316, comma 2 c.p.), l'indebita percezione di erogazioni pubbliche (art. 316-*ter*, comma 1, ultimo periodo, c.p.) e l'induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-*quater*, comma 2 c.p.). Non è infatti sufficiente l'aggravante comune prevista dall'art. 61 n. 7 c.p., relativa ai delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio. Questa aggravante comune comporta un aumento della pena fino a un terzo (cioè fino a quattro anni) solo se e quando l'aumento di pena è applicato nella misura massima, sempre che l'aggravante non risulti soccombente o sterilizzata per effetto del giudizio di bilanciamento con concorrenti attenuanti. D'altra parte, l'aggravante comune non è ancorata al dato quantitativo di 100.000 euro previsto dalla Direttiva.

5. Sottopongo poi all'attenzione della Commissione ulteriori possibili emendamenti, da valutare dopo aver confrontato il testo della nuova disposizione con quelli dell'art. 4 della citata Direttiva e dell'abrogando art. 323 c.p.:

7-8/2024

- Nel testo dell'art. 314-*bis* sarebbe a mio avviso opportuno sostituire l'espressione "altra cosa mobile" con l'espressione "altri beni", onde non escludere dalla sfera di applicazione della norma i beni immobili, che pure possono essere distratti (si pensi all'utilizzo di un appartamento, di un garage o di un ufficio per fini privati, diversi da quelli per i quali è stato assegnato). L'art. 323 c.p. consente (ancora per poco) di punire la distrazione del bene immobile; l'art. 314-*bis*, che ne prenderà il posto, non lo consentirà se non sarà emendato. Dovrebbe di conseguenza essere modificata anche la rubrica dell'art. 314-*bis* c.p., eliminando il riferimento ai beni *mobili*. Sul piano sistematico, anche per meglio chiarire i rapporti con il peculato per appropriazione di cui all'art. 314 c.p., e in ossequio alla tradizione, si potrebbe valutare di denominare il nuovo delitto come "Peculato per distrazione". Di questo si tratta, d'altra parte.
- Sarebbe altresì a mio avviso opportuno intervenire sull'art. 314-*bis* c.p. eliminando l'espressione "in violazione di specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità", che è un improprio lascito del moribondo abuso d'ufficio. Questa espressione infatti riprende, in diverso contesto normativo, quella inserita nell'art. 323 c.p. dalla riforma che, nel 2020, ha interessato l'abuso d'ufficio, in senso limitativo. Se l'abuso d'ufficio con molti problemi interpretativi è stato utilizzato dal 1990 per reprimere il peculato per distrazione, nel quale è confluito dall'art. 314 c.p., e se ora si sceglie di configurare una figura autonoma di peculato per distrazione accanto al peculato, collocandola nell'art. 314-*bis* c.p., perché mai mutuare la fattispecie dall'abuso d'ufficio – un *dead crime walking* – anziché dal peculato, che è la *sedes materiae* della fattispecie? Ecco allora che l'espressione amputata dall'art. 323 c.p. e innestata dal decreto-legge nel nuovo art. 314-*bis* c.p. potrebbe essere sostituita con l'avverbio "indebitamente": "Fuori dei casi previsti dall'articolo 314, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, li destina indebitamente ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto, è punito...". Questa modifica sarebbe sistematicamente coerente con il testo dell'art. 316 c.p. (Peculato mediante profitto dell'errore altrui) - che fa riferimento al pubblico funzionario che riceve o ritiene "indebitamente" denaro o altra utilità" - e allargherebbe l'ambito di applicazione della fattispecie, rendendola più aderente all'obbligo di incriminazione europeo (a ben vedere, ancor più aderente rispetto all'abrogando art. 323 c.p.). L'attuale versione della nuova norma incriminatrice non può infatti sanzionare alcuni fatti meritevoli di repressione. Mi riferisco, ad esempio e in particolare, ai casi in cui l'indebita destinazione ad altro uso del bene pubblico sia realizzata in violazione di regolamenti amministrativi (assai diffusi nella p.a.), oppure di norme di legge che lascino al pubblico funzionario margini di

7-8/2024

discrezionalità che il giudice è opportuno valuti nel caso concreto². Ritengo che la citata Direttiva europea, che non contiene una limitazione alla punizione delle condotte distrattive simile a quella ora introdotta dal decreto-legge, suggerisca se non addirittura imponga di ampliare l'ambito di applicazione della nuova incriminazione.

- La nuova fattispecie, collocata dopo l'art. 314 c.p., costituisce un'ipotesi meno grave di peculato (per distrazione, anziché per appropriazione). Il Parlamento dovrebbe allora a mio parere valutare l'opportunità di estendere anche a tale ipotesi la disciplina prevista per il peculato in tema di:
 1. confisca obbligatoria del profitto, anche per equivalente (art. 322-ter c.p.); v. anche l'art. 10 della suddetta Direttiva;
 2. confisca in casi particolari (o "allargata") (art. 240-bis c.p.);
 3. riparazione pecuniaria (art. 322-quater c.p.);
 4. attenuante del fatto di particolare tenuità (art. 323-bis c.p.)
 5. pene accessorie (art. 32-quater, incapacità di contrattare con la p.a.; 32-quinquies, estinzione del rapporto di lavoro o di impiego);
 6. sospensione condizionale della pena (artt. 165, comma 4, 166, comma 1 c.p.).

6. Permettetemi di concludere con una riflessione, che sottopongo alla Vostra attenzione. Con il decreto-legge al Vostro esame viene fatta salva la rilevanza penale di una ridotta, per quanto importante, classe di fatti di peculato (per distrazione), non riconducibile alla più grave fattispecie di cui all'art. 314 c.p. e non più riconducibile all'abroganda figura dell'abuso d'ufficio. Sotto la spinta di un vincolo europeo, il Governo ha evitato una possibile lacuna di tutela causata dall'abrogazione dell'art. 323 c.p., evidentemente non coperta dalle diciassette fattispecie evocate dal Ministro Nordio in una sede istituzionale europea.

Per effetto dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio, restano però altre e se possibile ancor più gravi lacune di tutela, delle quali, Signora Presidente e onorevoli Senatori, il Parlamento deve a mio avviso farsi carico, salvo doverne renderne conto ai cittadini e agli osservatori internazionali, nei prossimi mesi ed anni, sul piano della responsabilità politica. Il messaggio veicolato abolendo l'abuso d'ufficio - cioè rinunciando allo stigma penale per il funzionario pubblico che abusa del suo ufficio - è eticamente dirompente. A breve non saranno più punibili, infatti, queste condotte:

- Non sarà più punibile l'abuso di vantaggio: ad es., quello del funzionario pubblico che, senza prendere una tangente (corruzione), abusi del suo potere per

² In questo senso v. anche D. MICHELETTI, [La "distrazione" gioca brutti scherzi. Sulle ricadute intertemporali del nuovo art. 314-bis c.p.](#), in *Discrimen*, 8 luglio 2024, il quale a ragione domanda al legislatore distratto: le condotte distrattive più ricorrenti e meno gravi, quelle cioè che esprimono un margine di discrezionalità amministrativa oppure che non si pongono contro norme di legge o altri atti aventi forza di legge ma violano uno della miriade di parametri amministrativi che la giurisprudenza riteneva un tempo sufficiente a sintomatizzare una distrazione, che fine fanno?

avvantaggiare sé o un suo conoscente, amico, amante, compagno di partito, assumendolo presso un ente pubblico anche se non ha i requisiti per quel posto, oppure stipulando con lui un contratto di servizi senza passare per un bando pubblico in violazione del codice degli appalti.

- Non sarà più punibile l'abuso di danno: ad es., quello del funzionario pubblico che, senza usare violenza o minaccia (concussione), abusi del suo potere per danneggiare un cittadino, magari un concorrente in amore, in politica, nel commercio o, semplicemente, una persona con la quale ha un dissapore. Può essere il caso del sindaco o di un funzionario tecnico che, in materia edilizia, neghi un permesso per costruire o un cambio di destinazione d'uso di un terreno o di un immobile al quale il cittadino avrebbe pienamente diritto.
- Non sarà più punibile, sempre a proposito di abuso di danno, il magistrato – giudice o pubblico ministero – che parimenti, fuori dai casi di corruzione, avvantaggi o danneggi intenzionalmente un imputato. Si parla tanto di una presunta irresponsabilità dei magistrati e poi si elimina il reato di abuso d'ufficio, che è molto spesso oggetto di denunce, fondate o meno, contro i magistrati. Si pensi ad esempio al pubblico ministero (o anche un ufficiale o agente della polizia giudiziaria), che senza ricevere una tangente porti o non porti in giudizio un elemento di prova, a carico o a discarico, per avvantaggiare o danneggiare un imputato.
- Non sarà più punibile l'abuso da conflitto di interessi, che era rimasto indenne dalla riforma del 2020: ad es. quello del pubblico funzionario (sindaco, assessore, consigliere comunale, docente di scuola o università pubblica) che, in presenza di un conflitto di interessi, e senza prendere una tangente, non si astenga dal votare una delibera dell'ente pubblico procurando a sé o ad altri un ingiusto vantaggio o danno. Ad esempio un professore che, durante l'esame di maturità, dia il voto decisivo nella commissione a favore della promozione di uno studente che non la merita, solo perché è il figlio di prime nozze della sua attuale compagna. Oppure il medico specialista di una struttura sanitaria pubblica che, immediatamente dopo aver effettuato una visita ambulatoriale, inviti il paziente a recarsi nel suo laboratorio privato per un approfondimento diagnostico invece che indirizzarlo ad uno dei contigui presidi ospedalieri.
- Non sarà più punibile l'abuso di chi “trucca” concorsi pubblici per l'assunzione di personale: ad es., quello dei commissari del concorso per magistratura o quello dei professori universitari, membri di una commissione di concorso, che senza ricevere tangenti e ricorrere a minacce facciano vincere il concorso per professore a un candidato a loro vicino, escludendo gli altri in modo abusivo. La turbativa d'asta in simili casi non è configurabile, secondo [un recente e forse col senno di poi “intempestivo” orientamento della Sezione VI](#) della Cassazione, che ha ritenuto invece integrabile il reato di...abuso d'ufficio. Ora che quel reato svanisce, l'impunità per rettori, direttori di dipartimento e professori che truccano i concorsi è assicurata, salva l'applicabilità di altri reati, come quelli di falso, che solo i più “sprovvéduti” commettono (se li commettono) e che restano

7-8/2024

baluardi formali di legalità gravati dal compito di arginare forme di malcostume e malaffare tanto odiose quanto diffuse nella p.a.

Il peculato per distrazione è un frammento residuo dell'abolizione dell'abuso d'ufficio, al cospetto di questa inquietante costellazione di fatti che rischiano di restare senza una seria risposta sanzionatoria, alimentando il malcostume nella pubblica amministrazione.

Permettetemi di ribadire quanto ho sostenuto nelle mie precedenti audizioni parlamentari. Anziché abrogare *tout court* la norma sull'abuso d'ufficio, usando l'accetta in una materia tanto delicata e complessa, il Governo e il Parlamento avrebbero dovuto studiare e proporre una complessiva riforma, attenta a rispettare i principi del sistema, anche quelli costituzionali ed europei, senza creare vuoti di tutela che emergeranno inesorabilmente dai fatti di cronaca non appena, è questione di settimane o mesi, si avrà notizia di processi e condanne in fumo, per fatti gravi, o di sentenze definitive di condanna revocate per *abolitio criminis*.

Un'abolizione del reato che, ad alimentare un profilo di disuguaglianza che percorre il sistema penale, non solo da noi, interessa reati dei colletti bianchi, dei potenti, mentre generalmente si continuano a inserire nuove figure di reato o a inasprire le pene per i più disagiati, che affollano le carceri teatro di suicidi e oggetto – lo registro non senza amarezza – di un timido intervento proprio ad opera del decreto-legge ora in sede di conversione.

**LA LEGGE NORDIO E IL “SOFFOCAMENTO APPLICATIVO”
DEL TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE.
TRA PARZIALE ABOLITIO CRIMINIS E PROFILI
DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE
PER VIOLAZIONE DI OBBLIGHI INTERNAZIONALI**

di Gian Luigi Gatta

1. Lo scorso 10 luglio la Camera ha definitivamente approvato il [disegno di legge A.C. n. 1718](#), d’iniziativa del Ministro Nordio, attualmente in corso di promulgazione e di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. L’art. 1 del disegno di legge, oltre ad abrogare la norma incriminatrice dell’abuso d’ufficio, riscrive ampiamente disciplina del delitto di traffico di influenze illecite, di cui all’art. 346-*bis* c.p.

Letti congiuntamente, i due interventi restringono considerevolmente l’area del penalmente rilevante nel settore dei delitti contro la p.a., con esiti di parziale *abolitio criminis* rilevanti ai sensi e per gli affetti degli artt. 2, comma 2 e 673 c.p.p.

Per quanto riguarda il traffico di influenze illecite, cui dedichiamo queste brevi note a prima lettura, la fattispecie viene ridefinita in senso molto restrittivo, se non addirittura “sterilizzata”, con le parole utilizzate da Vincenzo Mongillo sulle pagine di [questa Rivista](#).

Accade ora per il delitto di cui all’art. 346-*bis* c.p. qualcosa di simile, sul piano della tecnica politico-legislativa, a quel che è accaduto per l’abuso d’ufficio prima della sua definitiva soppressione (a proposito della quale v. sulla nostra *Rivista*, l’[intervento di Massimo Donini](#)). Come è noto, l’abuso d’ufficio ha vissuto una lunga tormentata storia, conclusasi con la morte a 94 anni dall’introduzione. Il traffico d’influenze è ben più giovane – ha solo dodici anni di vita (fu introdotto dalla legge Severino nel 2012) – ma è stato già riformulato due volte: nel 2019 dalla legge Spazza-corrotti del Ministro Bonafede e ora, nel 2024, dalla legge Nordio. Come accadde per l’abuso d’ufficio nel 2020 in occasione della sua ultima riformulazione ([ad opera del Governo Conte](#)), vengono introdotti per il traffico di influenze illecite nuovi “requisiti che ne determinano il soffocamento applicativo” (così si espresse nel 2020 Tullio Padovani a proposito della modifica dell’art. 323 c.p., in un folgorante commento pubblicato su *Giurisprudenza Penale* e intitolato [Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio](#)). Il passo successivo al soffocamento icasticamente evocato da Padovani è la morte, che forse il traffico d’influenze illecite eviterà perché, a differenza dell’abuso d’ufficio, è oggetto, come si dirà, di più solidi vincoli sovranazionali. Senonché, è molto probabile, per quanto vedremo, che a restare in vita sarà una fattispecie applicata in un ridottissimo numero di casi, ancor più considerando la base di partenza. Basti pensare che nel 2019 (dati più recenti che ci risultano disponibili online: vedi le [tabelle a pag. 8 e 9 del documento al](#)

7-8/2024

[quale qui rinviamo](#)) furono iscritti solo 88 procedimenti, le condanne furono 2, i patteggiamenti 5.

2. Come il lettore potrà vedere confrontando nel documento allegato i testi delle due versioni dell'art. 346-*bis* (attuale e imminente), cinque sono i lacci introdotti dalla legge Nordio per restringere l'ambito applicativo della fattispecie che, nonostante il ridotto numero di contestazioni, ha interessato e interessa vicende giudiziarie di indubbio rilievo (basti citare, tra gli altri, i casi Guidi, Arcuri, Palamara, Grillo, Alemanno, Verdini).

2.1. *Primo laccio*: le relazioni del mediatore con il pubblico ufficiale devono essere effettivamente utilizzate (non solo vantate) e devono essere esistenti (non solo asserite). La legge Nordio comporta pertanto una parziale *abolitio criminis*, relativamente ai fatti commessi vantando relazioni asserite con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio. Una abolizione del reato che si estende, naturalmente, a chi ricorre al trafficante di influenze.

Va segnalato che, quanto ai fatti commessi prima della riformulazione del 2019, le Sezioni Unite con la recente [sentenza n. 19357/2024](#) avevano affermato l'intervenuta *abolitio criminis* escludendo la continuità normativa tra il l'abrogato millantato credito *ex art.* 346, comma 2 c.p. e il traffico di influenze illecite. Secondo le S.U., i fatti di millantato credito *ex art.* 346, comma 2 c.p. possono peraltro integrare la truffa se e quando siano contestati e accertati gli elementi costitutivi di questa diversa fattispecie (anche nel giudizio di esecuzione, con esclusione della revoca delle sentenze passate in giudicato). Ora, dopo la nuova riformulazione del traffico d'influenze, a noi sembra possibile ribadire che i fatti commessi dal mediatore vantando relazioni asserite possono in via di principio conservare rilevanza penale se ricorrono gli estremi di una truffa (della quale andrà verificata la procedibilità, a seconda dei casi, a querela o d'ufficio). In questo senso si esprime anche la Relazione al disegno di legge Nordio. Senonché l'*abolitio criminis* sarà comunque inevitabile rispetto a chi dà o promette denaro o utilità al mediatore: una volta che la vicenda è attratta nello schema della truffa, costui ne è una vittima non punibile. Il che, come si dirà, contrasta con obblighi internazionali di incriminazione assunti dal nostro Paese.

2.2. *Secondo laccio*: l'utilizzazione delle relazioni deve avvenire "*intenzionalmente* allo scopo" di porre in essere le condotte che integrano la fattispecie delittuosa. Con una espressione inedita e tecnicamente infelice (come ha osservato anche Vincenzo Mongillo nel citato lavoro), il legislatore ha voluto restringere l'ambito di applicazione della fattispecie aggiungendo il requisito del dolo intenzionale in rapporto all'utilizzazione delle relazioni con il pubblico funzionario. Il mediatore deve pertanto agire proprio con l'obiettivo di utilizzare le proprie relazioni, cioè con una forma particolarmente intensa di dolo. In via di principio non saranno più punibili i fatti (anche pregressi) commessi senza il dolo intenzionale di utilizzazione delle relazioni. Senonché ci sembra non peregrino pronosticare che, nella prassi, questo nuovo requisito avrà una limitata capacità selettiva (in questo senso si è espresso anche

Vincenzo Mongillo); già oggi lo sfruttamento delle relazioni del mediatore con il funzionario pubblico ha di mira proprio il traffico delle influenze.

2.3. Terzo laccio: l'utilità data o promessa al mediatore, in alternativa al denaro, deve ora essere *economica*. Ecco un altro profilo di *abolitio criminis*: non sarà più punibile il mediatore che fa dare o promettere a sé o ad altri un'utilità non economica, come ad esempio un *rapporto sessuale*, o *vantaggi sociali* o di *natura meramente politica*. Si torna a una formulazione analoga a quella dell'originaria versione dell'art. 346-bis c.p., che faceva riferimento al denaro o ad altro vantaggio patrimoniale; una formulazione che nel 2019 fu abbandonata per dare piena attuazione a obblighi internazionali di incriminazione di cui diremo oltre.

2.4. Quarto laccio: la mediazione c.d. gratuita viene limitata alla remunerazione del pubblico funzionario in relazione all'esercizio delle sue funzioni (e non più, anche dei suoi "poteri"). Rimane fuori dall'ambito applicativo della fattispecie, ed è oggetto di *abolitio criminis*, il fatto commesso in rapporto all'esercizio dei soli poteri e non anche delle funzioni. Sul piano applicativo, la rilevanza di questa modifica (forse limitata) passa attraverso la distinzione tra funzioni e poteri dei soggetti rivestiti di qualifiche pubblicistiche; una distinzione nota al sistema dei delitti contro la p.a. e che, per esempio, ritroviamo nella fattispecie di corruzione per l'esercizio delle funzioni *ex art.* 318 c.p. che si riferisce, appunto, all'esercizio delle funzioni o dei poteri del pubblico ufficiale o (attraverso l'art. 320 c.p.) dell'incaricato di un pubblico servizio.

2.5. Quinto laccio: la mediazione c.d. onerosa viene limitata a quella commessa "per indurre il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio...a compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio costituente reato dal quale possa derivare un vantaggio indebito". Il legislatore, senza farsi carico per l'ennesima volta di ciò che più serve – e, cioè, di introdurre una disciplina del *lobbying*, colmando così una lacuna che è da sempre il tallone d'Achille del traffico d'influenze – ha introdotto un'inedita definizione legale di "mediazione illecita" che riprende quella di recente proposta dalla [Sezione VI della Cassazione nel caso Alemanno](#) nel tentativo di precisare i confini applicativi della fattispecie.

Nella sentenza Alemanno, la Sezione VI della Cassazione aveva definito la mediazione illecita "quando è finalizzata alla commissione di un 'fatto di reato' idoneo a produrre vantaggi per il privato committente". La legge Nordio fa ora riferimento non in genere a un 'fatto di reato', bensì al compiere un *atto contrario ai doveri d'ufficio* costituente reato. La formulazione è dunque ancor più stretta di quella introdotta per via giurisprudenziale, che peraltro già lasciava problematicamente fuori dalla sfera del traffico d'influenze le condotte del mediatore dirette, tramite raccomandazioni, a orientare scelte di per sé lecite del pubblico funzionario, nell'ambito della discrezionalità amministrativa (es., questa o quella decisione, tra le più decisioni possibili, la scelta di questo o quel titolare per un incarico, ecc.), oppure dirette a compiere illeciti amministrativi.

Non basta, la nuova definizione legale più che un laccio sembra un capestro dopo l'abolizione dell'abuso d'ufficio. Il perché è presto detto: il traffico d'influenze presuppone, per espressa previsione normativa, che il fatto non integri un'ipotesi di corruzione; l'atto contrario ai doveri d'ufficio costituente reato integra molto spesso un abuso d'ufficio; con la contestuale abolizione di questo reato, la nuova definizione legale di mediazione illecita finisce pertanto per essere ancor più limitativa. Di certo molto distante da quella proposta dalla Sesta Sezione della Cassazione e recepita dalla stessa mano che, con un tratto di penna, ha cancellato l'abuso d'ufficio. Una mano, quella del legislatore, che peraltro ha trascurato un rilevante e non adeguatamente valorizzato passaggio motivazionale della sentenza Alemanno, nella quale si qualifica sempre come illecita la "mediazione qualificata" che vede protagonista, come trafficante, il pubblico agente.

3. Da ultimo, vengono estese al traffico di influenze illecite due cause di non punibilità: quella del ravvedimento postdelittuoso di cui all'art. 323 *bis*, co. 2 c.p. e quella della tempestiva e volontaria denuncia del fatto, di cui all'art. 323 *ter* c.p. A pesare (molto poco) sul piatto della bilancia opposto – quello cioè dell'inasprimento sanzionatorio – vi è l'aumento di soli sei mesi della pena minima edittale della reclusione, che passa da un anno a un anno e sei mesi, invariato restando il massimo edittale di quattro anni e sei mesi. Davvero poca cosa, non certo in grado di bilanciare il complessivo indebolimento di una fattispecie nata, sotto le spinte internazionali, quale avamposto nel contrasto alla corruzione e al malaffare nella p.a.

4. Vi è da chiedersi se le scelte del legislatore siano compatibili con i vincoli internazionali in materia e, pertanto, se sotto tale profilo siano prospettabili dubbi di legittimità costituzionale alla luce dell'art. 117, co. 1 Cost. (che, come è noto, vincola il legislatore al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali).

A venire in rilievo sono la [Convenzione del Consiglio d'Europa sulla corruzione](#) conclusa a Strasburgo nel 1999 (art. 12) e la Convenzione ONU contro la corruzione (art. 18) firmata a Merida nel 2003. Entrambe le convenzioni sono state ratificate dall'Italia, mirano a incriminare il traffico d'influenze illecite e presentano più profili di frizione con la nuova versione del reato introdotta dalla legge Nordio:

- a. danno rilievo allo sfruttamento, da parte del mediatore, di relazioni non solo esistenti ma anche asserite/millantate;
- b. danno rilievo, quale contropartita della condotta illecita, a qualsiasi vantaggio indebito e non solo a utilità economiche;
- c. non limitano il concetto di mediazione illecita a quella diretta a far commettere al funzionario pubblico un atto contrario ai doveri d'ufficio costituente reato.

Va precisato che un vero e proprio obbligo convenzionale di incriminazione è previsto solo dalla Convenzione di Strasburgo del Consiglio d'Europa. È con questa che il legislatore sembra non avere fatto i conti, rispetto ai tre anzidetti profili di disciplina.

7-8/2024

Quel che più colpisce, è che nei suoi ciclici rapporti di valutazione sull'Italia, l'organismo internazionale che presidia l'attuazione della Convenzione del Consiglio d'Europa – il [GRECO, Group d'Etats contre la Corruption](#), del quale fanno parte anche [rappresentanti italiani](#) nominati dal Governo – già nel 2018 aveva ravvisato una difformità rispetto all'art. 12 della Convenzione nella parte in cui l'allora vigente disciplina italiana del traffico d'influenze illecite non dava rilievo a quelle meramente asserite, punendo anche colui che offre il vantaggio all'autore del traffico di influenza (cfr. [il Terzo ciclo di valutazione. Addendum al secondo rapporto di conformità sull'Italia, § 30](#)).

A seguito di questo rilievo, pur avendo opposto delle riserve all'art. 12 della Convenzione (v. il § 31 del citato *Addendum*), e facendole così venire meno, nel 2019 con la legge Spazza-corrotti l'Italia ha modificato l'art. 346-*bis* dando rilievo anche e proprio alle condotte millantatorie cadute sotto la lente del GRECO. Il GRECO, in un successivo rapporto del dicembre 2019, mostrava piena soddisfazione nei termini che qui si riportano testualmente (cfr. [il Terzo ciclo di valutazione. Secondo Addendum al Secondo Rapporto di Conformità sull'Italia, §§ 26-28](#)): “Il GRECO aveva preso atto delle modifiche introdotte [nel 2012, n.d.r.] nella legislazione nazionale per estendere l'ambito delle attività qualificate come reato di traffico di influenza. Tuttavia, rimaneva ancora una lacuna da colmare in quanto l'ordinamento italiano richiedeva l'esistenza di una relazione di influenza tra l'autore del traffico di influenza e il funzionario, mentre, ai sensi della Convenzione, a questo fine, è sufficiente che la relazione sia semplicemente asserita. Il GRECO ha richiamato le autorità a rettificare tale evidente differenza e ha ritenuto che la raccomandazione fosse attuata solo in parte. Le autorità italiane indicano che, sulla base della Legge n. 3/2019, oggi è qualificato come reato il traffico di influenza sia attivo che passivo, anche quando la relazione tra l'autore del traffico di influenza e il funzionario è asserita in modo fraudolento (articolo 1, comma 1, lettere s e t, Legge n. 3/2019). Il GRECO mostra apprezzamento per l'iniziativa presa dall'Italia al fine di allineare pienamente il reato di traffico di influenza con i requisiti di cui alla Convenzione penale sulla corruzione e conclude che la raccomandazione V è stata attuata in modo soddisfacente”.

Ora la legge Nordio compie all'improvviso un brusco dietrofront, che per i rappresentanti del Governo italiano sarà imbarazzante cercare di giustificare (se mai possibile) davanti al GRECO in occasione del prossimo ciclo di valutazione, che prenderà avvio l'anno prossimo. La relazione al disegno di legge d'iniziativa del Ministro Nordio si limita a dare atto di come nel riformulato art. 346-*bis* c.p. sia stata eliminata l'ipotesi della millanteria “che resta punibile ove ricorrano gli elementi costitutivi della fattispecie generale della truffa”. La Relazione al disegno di legge Nordio non si confronta dunque con i vincoli internazionali qui richiamati, né con i rapporti di valutazione del GRECO. E, soprattutto, mette tra parentesi il fatto che l'applicabilità della norma che punisce la truffa non soddisfa il vincolo convenzionale di punizione di chi ricorre al trafficante di asserite influenze.

4.1. Tirando le somme, a noi pare che nei procedimenti pendenti per traffico di influenze illecite – ovvero nei procedimenti che potranno essere avviati davanti al

giudice dell'esecuzione per la revoca delle sentenze definitive di condanna *ex art. 673 c.p.p.* conseguente alla parziale *abolitio criminis* – il giudice chiamato ad applicare la nuova disciplina, dopo aver escluso la via dell'interpretazione conforme alla Convenzione di Strasburgo, resa impossibile dal nuovo tenore letterale dell'art. 346-*bis* c.p., potrà in relazione ai tre profili di contrasto sopra segnalati *sub* 4. sollevare questione di legittimità costituzionale invocando come norma-parametro l'art. 117, co. 1 Cost. e come norma interposta l'art. 12 della Convenzione di Strasburgo.

E' vero che il principio di legalità osta a che la Corte possa ovviare alla mancanza di un'incriminazione conforme agli obblighi internazionali, estendendo la portata di norme incriminatrici, ma è anche vero che la Corte può dichiarare l'illegittimità costituzionale di norme che, in violazione di obblighi internazionali di incriminazione, come quello di cui all'art. 12 della Convenzione di Strasburgo, abroghino norme incriminatrici o, come nel caso della legge Nordio rispetto all'art. 346-*bis* c.p., ne restringano l'ambito di applicazione. In tale ipotesi, una pronuncia della Corte avrebbe come effetto la reviviscenza della norma incriminatrice di cui all'art. 346-*bis* c.p. introdotta nel 2019 dalla legge Spazza-corrotti proprio in attuazione di un obbligo di incriminazione¹.

È vero che si tratterebbe forse della prima pronuncia con la quale la Corte potrebbe essere chiamata a dichiarare costituzionalmente illegittima una legge che viene meno a un obbligo di incriminazione, dopo la sua attuazione ad opera di una precedente legge. Ma è anche vero, da un lato, che la Corte costituzionale ha in più occasioni e anche di recente dichiarato inammissibili referendum sulla disciplina penale degli stupefacenti proprio perché avrebbero comportato la violazione di obblighi internazionali di incriminazione (v., da ultimo, con richiami a precedenti pronunce, [Corte cost. n. 51 del 2022](#)) e, dall'altro lato, che quando nel 2014 con la [sentenza n. 32](#) la Consulta dichiarò illegittima per violazione dell'art. 77 Cost. la legge Fini-Giovanardi del 2006, inserita nella legge di conversione di un decreto-legge sulle olimpiadi invernali a Torino, precisò in un *obiter dictum* quanto segue a proposito della reviviscenza della previgente disciplina penale in tema di stupefacenti: "è appena il caso di aggiungere che la materia del traffico illecito degli stupefacenti è oggetto di obblighi di penalizzazione, in virtù di normative dell'Unione europea. Più precisamente la decisione quadro n. 2004/757/GAI del 2004 fissa norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, richiedendo che in tutti gli Stati membri siano punite alcune condotte intenzionali, allorché non autorizzate, fatto salvo il consumo personale, quale definito dalle rispettive legislazioni nazionali. Pertanto, se non si determinasse la ripresa dell'applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel d.P.R. n. 309 del 1990, resterebbero non punite alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost." Analogo principio, a noi pare, potrebbe essere

¹ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 13 ed., Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2024, p. 70 s.

7-8/2024

affermato in rapporto alla reviviscenza del testo dell'art. 346-bis c.p. che la legge Nordio si accinge a modificare. O, quanto meno, è una questione che potrebbe senz'altro essere posta alla Corte.

In punto di giudizio di ammissibilità di un'eventuale questione, d'altra parte, va considerato che la giurisprudenza della Consulta (v., tra le altre, [Corte cost. n. 37 del 2019](#)) ha individuato tra le eccezioni al divieto di sindacato delle norme penali con effetti *in malam partem* proprio "la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, primo comma, Cost. (sentenza n. 28 del 2010; nonché sentenza n. 32 del 2014, ove l'effetto di ripristino della vigenza delle disposizioni penali illegittimamente sostituite in sede di conversione di un decreto-legge, con effetti in parte peggiorativi rispetto alla disciplina dichiarata illegittima, fu motivato [come si è detto, n.d.r.] anche con riferimento alla necessità di non lasciare impunte «alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.»)". Gli effetti di un eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della disciplina di favore introdotta dalla legge Nordio dovrebbero poi essere valutati alla luce dei noti principi affermati dalla Corte nelle sentenze n. 393 e 394 del 2006.

5. Merita una notazione finale la [proposta di direttiva europea](#) sulla lotta contro la corruzione, già segnalata in questa *Rivista* con contributi a commento di [Marco Gambardella](#), di [Lorenzo Salazar](#) e [Federico Clementucci](#). Questa proposta del maggio 2023 – che allo stato, in quanto tale, ha una valenza solo politica – prevede all'art. 10 un obbligo di incriminazione del traffico di influenze illecite e, al pari delle convenzioni di Merida e di Strasburgo, fa riferimento sia alle influenze presunte (e non solo esistenti), sia a qualunque vantaggio indebito (e non solo economico) e non limita il concetto di mediazione illecita così come fa ora il legislatore italiano.

Si profila dunque anche in sede UE un contrasto della nuova incriminazione, al quale in occasione dell'ultima riunione del Consiglio dei ministri della giustizia dell'U.E., un mese fa, si è evidentemente cercato di porre un limite proponendo al (nuovo) Parlamento europeo una modifica volta a non dare più rilievo alle relazioni solo presunte (v. la [revisione dell'art. 10 della proposta di Direttiva](#)). La riunione è la stessa in occasione della quale, come può vedersi in un video su Youtube, [il Ministro Nordio ha perorato con successo la causa di una facoltà – e non già di un obbligo – di incriminazione dell'abuso d'ufficio](#), da parte della direttiva stessa. Analoga perorazione, verosimilmente, è stata condotta in rapporto al traffico di influenze. Senonché, a parte il perdurante profilo di contrasto con la proposta di direttiva relativo alla natura dell'utilità (solo economica nel nuovo art. 346-bis c.p.) e alla nozione di mediazione illecita, resta comunque il contrasto con la Convenzione di Strasburgo e il dato – che in sede Europea non potrà *re melius perpensa* essere ignorato – del possibile contrasto della proposta di direttiva europea con la Convenzione di Merida (alla quale l'UE ha aderito) e con la Convenzione del Consiglio d'Europa (alla quale pressoché tutti gli Stati membri hanno aderito).

7-8/2024

Morale. In un sistema multivello di contrasto alla corruzione, la tela dei vincoli sovranazionali è talmente fitta da rendere inopportune, da parte dei legislatori nazionali, modifiche che si rivelano, nella migliore delle ipotesi, poco meditate. E' accaduto con l'abrogazione della norma incriminatrice dell'abuso d'ufficio, cui [il Governo ha cercato di porre riparo conservando in vita, per decreto-legge, il peculato per distrazione](#) per evitare la mancata attuazione della direttiva PIF; ed è accaduto, come abbiamo cercato di mostrare, anche con la modifica della norma che punisce il traffico di influenze illecite, anche in questo caso violando obblighi internazionali. Quando, come sempre più spesso avviene, le modifiche del sistema penale sono improvvise e non vengono adottate con i tempi e l'approfondimento propri dell'ordinario dibattito parlamentare – come riserva di legge vorrebbe – i rischi di incorrere in violazioni del diritto internazionale e della Costituzione sono evidenti. L'auspicio è che Governo e Parlamento ne tengano conto, in futuro.

7-8/2024

LA CASSAZIONE ANCORA SULL'AUTONOMIA DELL'ELEMENTO SOGGETTIVO DELLA PRETERINTENZIONE: UN CONTRASTO ORMAI CONCLAMATO

*Cass., Sez. V, 9 novembre 2023 (dep. 1 febbraio 2024), n. 4564,
Pres. Zaza, Est. Cananzi*

di Mario Nicolini

1. La sentenza della Corte di cassazione che può leggersi in allegato si aggiunge all'ormai lunga catena di arresti¹, alcuni dei quali già annotati in questa *Rivista*², relativi all'elemento soggettivo nel delitto di omicidio preterintenzionale.

Quello che pareva destinato a risolversi in un conclamato contrasto giurisprudenziale sembrerebbe, alla luce della pronuncia qui esaminata, stemperarsi in favore dell'orientamento tradizionale, fondato, come noto sulla controversa figura del c.d. "dolo unitario", la cui dimensione sostanziale viene qui ribadita ed approfondita.

L'imputazione, che sarà poi approfondita, concerneva un'aggressione portata da un nipote collerico a danno dell'anziana nonna con lui convivente, da cui ne risultava il decesso anche a seguito dello scompenso cardiaco determinato dallo spavento.

Gli elementi di originalità della sentenza consistono in un ulteriore approfondimento dell'orientamento tradizionale³ relativo al coefficiente soggettivo della preterintenzione, sviscerato in una vicenda particolarmente delicata in

¹ Il panorama giurisprudenziale è compiutamente esposto, con efficace visione di sintesi, da G. PIFFER, *Manuale di diritto penale giurisprudenziale. Parte generale*, Pisa, 2023, pp. 454 ss. Sugli stessi temi, cfr., anche, G. PIFFER, *Proposta di riforma dei reati dolosi e preterintenzionali contro la vita e l'integrità fisica*, in questa *Rivista*, 18 luglio 2022.

² [Cass. pen., Sez. V, 3 aprile 2023, n. 36402](#) in questa *Rivista*, 19 gennaio 2024; [Cass. pen., Sez. V, 21 gennaio 2022, n. 15269](#), in questa *Rivista*, 4 maggio 2023; [Ass. Sassari, 14 febbraio 2022](#), in questa *Rivista*, 13 aprile 2022, con note di M. NICOLINI, nonché il contributo di V. BADALAMENTI, *Il criterio di imputazione colpevole dell'omicidio preterintenzionale: la Cassazione segna un ritorno ai binari costituzionali*, in questa *Rivista*, 13 dicembre 2022.

³ Per tutte, Cass. pen., Sez. V, 21 aprile 2016 (dep. 26 ottobre 2016), n. 44986, imp. P.G. e P.C. in proc. Mulè, «l'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva né dal dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 cod. pen. assorbe la prevedibilità di evento più grave nell'intenzione di risultato. (In applicazione del principio la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di merito ha affermato la responsabilità dell'imputato a titolo di omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento e non di omicidio preterintenzionale, con riferimento alla morte di una donna per soffocamento, verificatasi nel corso di un rapporto sessuale con l'imputato, che prevedeva l'adozione di comune accordo di tecniche di "bondage", ossia di costrizione fisica mediante legatura)», Rv. 268299-01.

punto di fatto perché posta al confine fra preterintenzione e dolo eventuale, non a caso contestato nell'imputazione. Ancora una volta⁴, in particolare, vengono messe in evidenza le differenze fra l'omicidio preterintenzionale ed il diverso reato di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto (art. 586 c.p.), in relazione al quale, come noto, dopo la sentenza Ronci delle Sezioni Unite è ormai indiscussa la necessità di accertare in concreto la colpa dell'agente per la morte cagionata⁵.

2. I profili essenziali in punto di fatto possono essere così riassunti.

L'imputato ha aggredito la nonna percuotendola con pugni su tutto il corpo (in particolare al torace e alla testa), gettandola a terra e scaraventandone più volte la testa, con particolare forza ed energia, contro le parti metalliche del volante della propria automobile. Tale aggressione, di per sé negli esiti non particolarmente grave in quanto sostanziata in un'astratta prognosi di sette giorni, concorreva con una miocardite acuta con edema polmonare a cagionare la morte dell'anziana signora.

Per quanto attiene alla tematica che qui ci impegna, l'eccezione difensiva articolata sull'elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale è di quelle classiche.

In particolare, essa si fonda sull'argomentata necessità di equiparare l'interpretazione dell'elemento soggettivo del reato di cui all'art. 584 c.p. a quello del reato previsto dall'art. 586 c.p., ponendo l'accertamento della colpa in concreto per l'evento-morte come presupposto indefettibile della condanna. Diversamente, si opina, verrebbe costruita un'ipotesi di *culpa in re ipsa*.

Altro argomento classicamente rinvenibile nelle difese da imputazioni preterintenzionali è quello che attiene al nesso di causalità, dei cui principi⁶, anche nella vicenda in esame, viene protestata una falsa applicazione, in quanto la morte non sarebbe stata causata dall'aggressione, poiché ad essa avrebbe concorso, in maniera determinante, la pregressa patologia cardiaca di cui era già affetta la persona offesa.

3. Come detto in sede introduttiva, la sentenza in commento si caratterizza per un'articolata motivazione in punto di criterio di imputazione soggettiva dell'evento morte nell'omicidio preterintenzionale, ribadendo, con dovizia di argomentazioni,

⁴ Argomenti analoghi erano stati spesi nella motivazione di Cass., pen., Sez. V, 21 gennaio 2022, n. 15269, cit. nonché da Cass. pen., Sez. V, 3 aprile 2023, n. 36402, cit.

⁵ Cass. pen., Sez. Un., 22 gennaio 2009 (dep. 29 maggio 2009), n. 22676, imp. Ronci, «in tema di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto, la morte dell'assuntore di sostanza stupefacente è imputabile alla responsabilità del cedente sempre che, oltre al nesso di causalità materiale, sussista la colpa in concreto per violazione di una regola precauzionale (diversa dalla norma che incrimina la condotta di cessione) e con prevedibilità ed evitabilità dell'evento, da valutarsi alla stregua dell'agente modello razionale, tenuto conto delle circostanze del caso concreto conosciute o conoscibili dall'agente reale.», Rv. 243381-01.

A livello teorico, per un'analisi organica della colpa in attività illecita, cfr. F. BASILE, *La colpa in attività illecita: un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005.

⁶ Per una ricostruzione attuale dello stato dell'arte, G. CANZIO, [A vent'anni dalla sentenza "Franzese"](#), in *questa Rivista*, 12 settembre 2022.

l'orientamento tradizionale⁷, senza esimersi da un confronto serrato con quello che afferma la necessità di qualificare la fattispecie come ipotesi di dolo misto a colpa⁸.

È interessante rilevare che il caso in esame viene affrontato, tanto dai difensori quanto dai decidenti, senza evocare né coinvolgere la classica e, forse, inflazionata questione della legittimità costituzionale dell'art. 584 c.p., con l'apprezzabile sforzo di provare a proporre soluzioni coerenti sul piano sistematico alla luce del dato codicistico vigente, rinunciando alla ricerca di un *commodus discessus* rispetto all'onere di articolare un sillogismo giuridicamente coerente in una materia sistematicamente gravida di difficoltà. Come già sommessamente rilevato in precedente occasione su questa Rivista⁹, sarebbe, a questo punto, auspicabile un intervento *ex professo* in funzione nomofilattica delle Sezioni Unite a fronte di una conclamata differenza fra le prospettive ermeneutiche che, pur non così gravida di conseguenze pratiche, richiede, comunque, un chiarimento dogmatico di ampia portata.

In primo luogo, viene evidenziata la differenza fra l'omicidio preterintenzionale e l'omicidio doloso realizzato con dolo eventuale¹⁰. Essa non è approfondita nella sua consistenza dogmatica, ma solo lambita con una presa d'atto dell'avvenuta riqualificazione operata dai Giudici rispetto al contenuto dell'imputazione mossa dalla Procura: in buona sostanza, si afferma che è stato processualmente provata solo la rappresentazione di un possibile rischio, cui non è, tuttavia, seguita l'accettazione del medesimo.

Venendo al tema dell'elemento soggettivo, si richiama l'orientamento tradizionale secondo cui «l'elemento soggettivo del delitto di omicidio

⁷ Solo per citare i precedenti più recenti, Cass. pen., Sez. V, 3 aprile 2023, n. 36402; Cass. pen., Sez. V, 21 gennaio 2022 (dep. 20 aprile 2022), n. 15269, imp. Bouimadagen e altri, in *Sistema penale*, 4 maggio 2023; Cass. pen., Sez. I, 18 giugno 2015, n. 36724, imp. Ferrito, Rv. 264534; Cass. pen., Sez. IV, 21 giugno 2013, n. 43168, imp. Frediani; Cass. pen., Sez. V, 26 gennaio 2010, n. 11954, imp. Palazzolo, Rv. 246549. Quanto alla sua origine, la massima del dolo unitario può ritenersi consolidata almeno a partire da Cass. pen., Sez. V, 8 marzo 2006, n. 13673, imp. Haile, Rv. 234552. Sul piano dottrinale, per tutti, la tesi dell'autonomia del titolo di imputazione preterintenzionale può farsi risalire a A. DE MARSICO, *Diritto penale, Parte generale*, Napoli, 1937, p. 180; la stessa intuizione, pur con presupposti ed accentuazioni notevolmente diverse, ma comunque orientata nel senso di riconoscere l'operatività di uno spazio autonomo alla preterintenzione è sviluppata nell'ormai classica opera di S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989.

⁸ In dottrina, molto di recente di nuovo ribadito in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2024, pp. 452 ss.; in giurisprudenza, con precedenti molto risalenti anche rispetto alla "svolta personalistica" del 1988: Cass. pen., Sez. V, 11 novembre 2023, n. 49667, imp. Fossatocci, Rv. 285490; Cass. pen., Sez. V, 27 settembre 2022, n. 46467, imp. D, Rv. 283892-02; Cass. pen., Sez. I, 24 ottobre 1984, n. 10437, imp. Scarpiello, Rv. 166800; Cass. pen., Sez. I, 10 giugno 1986, n. 1258, imp. Trib. Napoli, Rv. 160577; Cass. pen., Sez. I, 10 giugno 1983, n. 9294, imp. Galletti, Rv. 161038; Cass. pen., Sez. V, 6 maggio 1982, n. 8588, imp. Scicchitano, Rv. 155354; Cass. pen., Sez. V, 30 settembre 1981, n. 10094, imp. Albanese, Rv. 151265; Cass. pen., Sez. I, 24 gennaio 1979, n. 2989, imp. Donzelli, Rv. 141563.

⁹ M. NICOLINI, *cit.*, 19 gennaio 2024.

¹⁰ Sul punto, cfr. la monografia di M. CATERINI, *Il reato eccessivo. La preterintenzione dal versarsi in re illecita al dolo eventuale*, Napoli, 2008, in cui si affronta con dovizia di approfondimento proprio questo profilo differenziale, sostenendo l'originaria tesi di fondo secondo la quale proprio ciò che per inveterata consuetudine interpretativa si qualifica dolo eventuale costituirebbe, invece, il contenuto sostanziale della preterintenzione, idoneo a conferirle autonoma dimensione sostanziale accanto a quelle del dolo e della colpa.

preterintenzionale non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva, né dal dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 c.p. assorbe la prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione di risultato». È la stessa previsione normativa a contemplare tale prevedibilità, in quanto il Legislatore stesso ha formulato, in via definitiva, tale giudizio, reputando assolutamente probabile che da un'azione violenta contro una persona possa derivarne la morte della stessa¹¹.

Così ricostruito l'orientamento tradizionale secondo le sue classiche scansioni, si affronta il tema della distinzione fra il delitto di cui all'art. 584 c.p. e quello di cui all'art. 586 c.p., per motivare sulle ragioni che impediscono di accogliere i principi di imputazione soggettiva affermati in relazione a quest'ultima fattispecie di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto.

L'argomentazione è strettamente tecnico-sistematica, e non coinvolge valutazioni assiologiche.

Si afferma, in primo luogo, l'autonomia della preterintenzione come elemento psicologico distinto che «si pone accanto al dolo e alla colpa, ma dagli stessi coefficienti soggettivi» è diverso «e non confondibile», evidenziando come tale conclusione sia inequivocabilmente suffragata dalla lettura sistematica degli artt. 42 co. 2 e 43 co. 1 c.p.

In seconda battuta viene coinvolto un argomento che si fonda sulla natura sostanziale della lesione: si rileva, infatti, che l'omicidio preterintenzionale si caratterizza per un'omogeneità di lesione con progressione lineare fra evento meno grave voluto ed evento più grave non voluto in rapporto a beni giuridici omogenei. Viceversa, l'art. 586 c.p. descrive un'ipotesi specifica di *aberratio delicti* (art. 83 c.p.), poiché difettano sia la maggiore gravità dell'evento non voluto che la necessaria omogeneità della lesione.

Così ricostruito l'assetto sistematico, secondo scansioni argomentative tradizionali, che paiono ormai originali alla luce delle ricostruzioni dottrinali più recenti¹², si affida al nesso di causalità il compito di fungere da filtro selettivo dei fatti addebitabili, attingendo al tradizionale repertorio ermeneutico dei correttivi alla teoria condizionalistica.

¹¹ Viene citato il precedente di Cass. pen., Sez. V, 18 ottobre 2012 (dep. 8 gennaio 2013), n. 791, imp. Palazzolo, in RV 254386 che ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di merito ha affermato la responsabilità dell'imputato, per avere nel corso di una colluttazione colpito la vittima, la quale cadeva a terra e decedeva per un accidente cardiovascolare acuto in soggetto cardiopatico. In termini, anche Cass. pen., Sez. V, 4 aprile 2018, n. 23606, in RV 273284; Cass. pen., Sez. V, 21 settembre 2016, n. 44986, imp. P.G. e P.C. in proc. Mulé, in RV 268299; Cass. pen., Sez. V, 20 aprile 2015, n. 21002, in RV 263712; Cass. pen., Sez. V, 27 giugno 2012 (dep. 17 settembre 2012), n. 35582, in RV 253536; Cass. pen., Sez. V, 17 maggio 2012, n. 40389, in RV 253357; Cass. pen., Sez. V, 16 marzo 2010, n. 16285, imp. Baldissin e altri, in RV 247267.

¹² Il riferimento essenziale è sempre a G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *cit.*, in cui alle pp. 274-276, vengono illustrate ed argomentate, con magistrale chiarezza, le ragioni per cui «la teoria condizionalistica non ha bisogno di correttivi», su cui vedi *infra* in nota 22 per qualche approfondimento. Per ulteriori prospettive fondate su una recente disamina molto approfondita delle difficili intersezioni fra causalità e colpevolezza, cfr. la recente monografia di K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Dolo e colpa nel fatto*, Torino, 2024, oltre al classico di M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.

Per selezionare quali concause siano idonee ad escludere il nesso di causalità, infatti, si richiamano argomentazioni che paiono riconducibili ai paradigmi della causalità adeguata¹³, nella misura in cui le si individua in fattori caratterizzati da straordinarietà, che si pongono come del tutto anomali ed assorbenti rispetto alla serie causale in cui sono solo occasionalmente inseriti. Ciò non è ravvisato nel caso di specie, in quanto la condotta dell'imputato risultava inserita in un contesto fattuale e causale in cui l'evento morte appariva come rischio evidente: si sottolinea, sul punto, che «l'imputato aveva la contezza della cardiopatia di cui la vittima era affetta ed in generale delle non ottimali condizioni di salute della donna, a lui note in quanto con la nonna conviveva e sapeva, per sua stessa ammissione, del pregresso infarto e del recente ricovero in ospedale per una grave infezione che aveva comportato un lungo ricovero ospedaliero».

4. La sentenza qui segnalata ci offre lo spunto per approfondire riflessioni in punto di omicidio preterintenzionale già svolte in precedenza¹⁴, con particolare riguardo ad alcuni elementi originali che emergono dalla motivazione, che si mostra coerente con il recente tentativo giurisprudenziale di approfondire i contenuti sostanziali dell'orientamento maggioritario della prevedibilità dell'evento più grave assorbita nell'intenzione di risultato.

Un primo elemento meritevole di riflessione è quello della differenza fra omicidio preterintenzionale e omicidio volontario sorretto da dolo eventuale.

¹³ L'applicazione giurisprudenziale di tale teoria può essere fatta risalire a Cass. pen., Sez. I, 18 aprile 1966, n. 654, imp. Nervetti, Rv. 102177-01, secondo cui «il principio tradizionale *causa causæ est causa causati* esige una limitazione affinché la causalità non si risolva in un qualsiasi nesso di dipendenza o di condizionalità semplice. Tale limite va posto col criterio della così detta regola causale, con la quale si intende non già ogni nesso di condizionalità ed occasionalità, ma soltanto la relazione normalmente efficiente a cagionare l'evento. Occorre cioè che questo effetto risulti conforme a quello che è l'ordinario svolgersi degli eventi nel momento in cui viene posta in atto la causa prima; valendo, invece, a interrompere il nesso di causalità quel fattore sopravvenuto, che, inserendosi nel processo produttivo dell'evento, per la sua anormalità, atipicità ed eccezionalità, si presenti a guisa di un avvenimento imprevedibile e, quindi, fortuito in relazione all'azione od omissione remota». Di essa, è fatta recente applicazione anche da Cass., 21 gennaio 2022, n. 15269, cit.

¹⁴ Cfr. M. NICOLINI, *La Cassazione riafferma e sviluppa l'orientamento consolidato in tema di imputazione soggettiva dell'omicidio preterintenzionale*, in questa Rivista, 4 maggio 2023, cit.; M. NICOLINI, *La Corte d'Assise di Sassari supera la prevedibilità in astratto e apre alla colpa in concreto nell'omicidio preterintenzionale*, in questa Rivista, 13 aprile 2022, cit.; V. BADALAMENTI, *Il criterio di imputazione colpevole dell'omicidio preterintenzionale: la Cassazione segna un ritorno ai binari costituzionali*, in questa Rivista, 13 dicembre 2023, cit., commentando Cass. pen., Sez. V, 27 settembre 2022 (dep. 7 dicembre 2022), n. 46467, Rv. 283892-02, secondo cui «l'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale è costituito dal dolo per i reati di percosse o di lesioni volontarie, misto a colpa in relazione all'evento mortale. (In motivazione, la Corte ha chiarito che la prevedibilità deve essere valutata in concreto, tenendo conto delle circostanze della situazione reale, conoscibili e correttamente valutabili da un agente modello, calate nelle condizioni di tempo e di luogo in cui ha operato l'imputato)».

Esplorare analiticamente tale sottile distinzione sfuggirebbe dall'economia espositiva richiesta in questa sede, in quanto implicherebbe un'immersione in classiche e complesse tematiche che afferiscono alla teoria dell'azione¹⁵.

Dentro tale complesso quadro dogmatico, ci si può, per le modeste finalità di questo lavoro, attenere ad una nozione finalistica del concetto di azione, che parta del postulato, non dimostrato in questa sede, che l'azione umana sia tale e come tale possa assumere rilevanza penale in quanto strutturalmente sorretta da un fine.

Ora, è proprio il fine che sorregge l'azione la chiave ermeneutica su cui abbozzare una teorizzazione separata del dolo eventuale rispetto alla preterintenzione.

Concependo quest'ultima in chiave finalistica, si può riassumere la tipicità soggettiva preterintenzionale nel senso di descriverne l'azione come rivolta ad un fine voluto (che si realizza), ma causale rispetto ad un evento non voluto che pure, del pari, si realizza¹⁶, il quale è prevedibile dall'agente sulla base di leggi universali di inferenza causale¹⁷. Così pare, almeno, dalla lettura della sentenza che, tuttavia, sul punto, si espone alla facile obiezione di una lettura che, valorizzando appieno il portato del principio di colpevolezza, potrebbe far rilevare come proprio la prevedibilità dell'agente, che qui si dà per presupposta, è, invece, ciò che si deve dimostrare.

Viceversa, nel dolo eventuale, la tipicità soggettiva è, per così dire, indifferente rispetto all'evento, che, tuttavia, non è, come nella preterintenzione o nella colpa, solo previsto o prevedibile, ma necessariamente rappresentato: esso non è voluto, secondo l'accezione di volontà propria del finalismo più rigoroso e coerente con la lettera dell'art. 42 c.p., ma non è nemmeno disvoluto. Viene consapevolmente

¹⁵ È proprio sull'esistenza di reati la cui ascrizione si riferisce ad eventi non voluti che si fonda la più penetrante critica alla concezione finalistica dell'azione. Per tutti, cfr. A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, p. 177 in cui si mette in evidenza una riduzione del concetto di azione al contenuto della volontà è inconferente con esigenze interne alla teoria del reato e contraria al comune modo di pensare, essendo del tutto normale che anche conseguenze non volute sono normalmente ricondotte a decorsi causali azionati da comportamenti umani certamente sussumibili dentro la nozione di azione. Allo stesso modo, anche C. ROXIN, *Pregi e difetti del finalismo. Un bilancio*, trad. it. di A. CAVALIERE, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007, pp. 145ss. constata che «una finalità potenziale o un errore nel dominio causale sono il contrario di una finalità reale dell'agire tipico», e, perciò, il finalismo non è strutturalmente in grado di fungere da base teorica per la spiegazione del reato colposo. A tali obiezioni, il finalismo prova a rispondere declinando la volontà tipica in senso meramente potenziale o ipotetico, per cui l'intenzionalità della colposa riposerebbe nella possibilità irrealizzata di agire finalisticamente per evitare un certo evento, come si evince dalla ricostruzione di M. GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1967, pp. 33-34.

¹⁶ Da qui la logica incompatibilità strutturale fra tentativo e delitto preterintenzionale.

¹⁷ Del tipo di quella per cui è normale che condotte le quali, sul piano naturalistico, si mostrino come finalisticamente proiettate alla lesione dell'integrità fisica altrui possano evolversi in eventi progressivi più gravi di tali medesime lesioni: così opinando, potrebbe ulteriormente chiarirsi il retroterra teoretico sotteso alla categoria del dolo unitario come fondato sull'assorbimento della prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione di risultato. Infatti, corrisponde ad una massima di comune esperienza difficilmente confutabile la contestazione secondo cui condotte violente ed aggressive (ad es., prendere a bastonate qualcuno) aprano alla possibilità che da esse sortiscano conseguenze nefaste per il bene offeso. Sarebbe, perciò, discutibile e, forse, irragionevole considerare allo stesso modo, già sul piano del disvalore del fatto tipico, la condotta dell'automobilista distratto e quella dell'energumeno collerico da cui, in entrambi i casi, sia derivata, come conseguenza non voluta, la morte di una persona.

accettato come conseguenza possibile della propria condotta, e, perciò, l'ordinamento lo pone a carico dell'agente in quanto vi ha aderito¹⁸.

Quanto al nucleo centrale della motivazione, è da rilevare come la dimensione sostanziale della preterintenzione venga ricostruita su basi rigorosamente sistematiche, attraverso l'uso di strumenti ermeneutici endocodicistici che non si appoggiano su valutazioni assiologiche, né di esse, a seconda dei punti di vista, si appagano.

Con linearità, viene evidenziata l'autonomia logico-giuridica della preterintenzione rispetto agli altri coefficienti di ascrizione soggettiva, nell'ambito di una motivazione strettamente aderente al dettato codicistico, che qualifica l'illecito preterintenzionale come una fattispecie delittuosa strutturalmente distinta sia dal delitto doloso che da quello colposo.

La specificità del delitto preterintenzionale, pertanto, come noto, consiste nel dato per cui la realizzazione del fatto più grave non voluto è sottesa alla rappresentazione e volizione di uno meno grave: fra i due eventi sussiste una omogeneità strutturale della lesione, in cui l'evento voluto e quello non voluto sono in rapporto di progressione lineare.

Date queste premesse, si valorizza ulteriormente la fonte legislativa del giudizio di prevedibilità, ciò che pare espressivo di una linea di tendenza già riscontrata nel senso di costruire la fattispecie ex art. 584 c.p. come un inedito reato di pericolo presunto con dolo di danno. Così opinando, il pericolo per il bene giuridico tutelato «non è un elemento del fatto tipico che deve essere accertato dal giudice, ma è insito nella condotta o nell'evento, in base ad una valutazione fatta dal Legislatore sulla base di regole di esperienza»¹⁹.

La ricostruzione è suggestiva, e, forse, segna un punto a favore dell'orientamento tradizionale, essendo difficilmente contestabile che, sulla base di regole di esperienza, condotte violente aggressive dell'integrità fisica altrui possano risolversi in eventi più gravi di quelli originariamente voluti. Proprio qui sta il contributo probabilmente più originale della sentenza in esame che, dando lo spunto per approfondire i contenuti di tipicità dell'illecito preterintenzionale, può far riflettere sulla possibilità di elaborare una nozione di preterintenzione che sia, da un lato, coerente con il sistema vigente e, dall'altro, almeno non manifestamente stridente con i canoni costituzionali.

In buona sostanza, l'offesa all'interesse tutelato sarebbe esclusa dall'oggetto del dolo, essendo immanente alla valutazione legislativa sottesa all'incriminazione²⁰.

Questi profili originali si affiancano ad ulteriori argomenti tradizionali che si riferiscono all'elemento oggettivo del delitto e si fondano sulla considerazione

¹⁸ Questa superficiale ricostruzione, più divulgativa che scientifica, e finalizzata a fornire una plausibile ipotesi ricostruttiva di una difficilissima questione dogmatica, è consapevolmente non allineata alle autorevoli, argomentate ed approfondite riflessioni di M. CATERINI, *op. cit.*, pp. 270ss. che con acribia scientifica giunge ad ipotizzare la sovrapposibilità del dolo eventuale alla preterintenzione.

¹⁹ Questa l'efficace definizione di G. PIFFER, *Manuale di diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 720.

²⁰ Ad esiti differenti approderebbero coloro che aderissero alla c.d. concezione realistica del reato: per una trattazione completa: V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005.

dell'omogeneità e progressività della lesione, rispetto ai quali si rimanda a considerazioni già svolte²¹.

Meno convincenti appaiono, invece, le argomentazioni in punto di nesso causale, che, tuttavia, si mostrano sostanzialmente coerenti con l'impianto logico-razionale della decisione. È chiaro, infatti, che una volta ridimensionata la componente di ascrizione propriamente soggettiva, le esigenze, pur sempre pressanti, di selezione delle condotte tipiche, debbano soddisfarsi ricorrendo allo strumentario concettuale proprio dei cc.dd. correttivi alla teoria condizionalistica.

Di essi, specialmente della c.d. causalità adeguata, la sentenza in commento fa largo uso con percorsi argomentativi che, per la loro inattualità, paiono originali, ma che, tuttavia, si portano appresso tutte le contaminazioni logico-dogmatiche fra elemento oggettivo ed elemento soggettivo che già da tempo hanno indotto la migliore dottrina, come già sopra ricordato, a rilevare con efficacia e persuasività che, invero, «la teoria condizionalistica non ha bisogno di correttivi»²², sol che si riescano a maneggiare con sufficiente padronanza i rispettivi ambiti teorico-generalì della tipicità e della colpevolezza.

²¹ Cfr. da ultimo, il contributo a commento di Cass. 3 aprile 2023, cit., in *questa Rivista*, 19 gennaio 2024, cit.

²² Così è icasticamente intitolato un paragrafo, forse il più efficace, secondo il modesto parere di chi scrive, dell'autorevole G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2024, pp. 276-278, in cui, con dovizia di esempi, si spiega come «nelle ipotesi di responsabilità per dolo o colpa le esigenze di delimitazione della responsabilità perseguite dalle teorie della causalità adeguata e della causalità umana sono comunque soddisfatte quando, una volta accertata la sussistenza del rapporto di causalità tra una determinata azione e un determinato evento, si passa ad esaminare se quell'evento è stato causato dolosamente o colposamente. [...] Nient'affatto persuasiva risulta infine l'obiezione, spesso mossa alla teoria condizionalistica, di aprire la strada a un "regresso all'infinito", andando alla ricerca della causa penalmente rilevante anche tra gli antecedenti più remoti dell'evento fino... ad Adamo ed Eva: la madre del criminale sarebbe causa del crimine del figlio, come lo sarebbero la nonna e tutti gli antenati, all'infinito. Se il regresso all'infinito fosse un problema reale, non si capirebbe come tale problema non si ponga mai nella giurisprudenza. La verità è che nella prassi il problema della causalità si pone soltanto per un comportamento del quale si sospetti che sia anti-giuridico e colpevole».

7-8/2024

**LA PERICOLOSITÀ PER L'ORDINE PUBBLICO
DEL CONDUCENTE PREVENUTO
FRA AUTOMATISMI E GIUDIZI INDIVIDUALIZZATI**

*Cass. pen., Sez. I, sent. 15 maggio 2024 (dep. 5 giugno 2024), n. 22608,
Pres. Di Nicola, Rel. Russo*

di Pietro Chiaraviglio

1. Nella decisione che si segnala, la Cassazione si è occupata della contravvenzione prevista dall'art. 73 d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 (c.d. codice antimafia) che punisce la guida di veicoli a motore da parte di persone già sottoposte a misure di prevenzione personale, nell'ipotesi di assenza, di sospensione o di revoca della patente.

Nel caso di specie, N. S. era stato sorpreso alla guida di una Fiat 600 nel febbraio 2020, privo di patente e nella vigenza di una misura di sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, irrogata nel gennaio 2019 ed ancora in atto al momento della condotta; N.S., quindi, era tratto a giudizio con l'accusa di aver violato l'art. 73 cod. antimafia per aver guidato con patente revocata durante l'esecuzione di una misura di prevenzione personale.

Come ricostruito dai giudici di merito, il primo presupposto della condotta tipica dell'art. 73 cod. antimafia – l'assenza della patente, nel caso di specie per effetto di revoca – si era verificato come conseguenza dell'applicazione di una precedente misura di sorveglianza speciale, irrogata nel 2006 e decaduta svariati anni prima del compimento del fatto, senza che l'imputato avesse mai avanzato richiesta di riottenimento del titolo abilitativo alla guida. Il secondo presupposto – la sussistenza di una misura di prevenzione personale – si realizzava al momento della seconda sottoposizione dell'imputato alla sorveglianza speciale, in epoca molto successiva alla revoca della patente, ma anteriore al fatto incriminato.

Nella sentenza in esame la Cassazione affronta, fra gli altri, l'argomento difensivo del ricorrente secondo cui l'art. 73 cod. antimafia richiede, anche per effetto di alcune decisioni della Corte costituzionale (di cui *infra*), che l'assenza del titolo abilitativo alla guida sia conseguenza della stessa misura di prevenzione vigente al momento del compimento del fatto e non di una pregressa misura, venuta meno prima del compimento della condotta tipica.

La Suprema Corte afferma che i presupposti dell'art. 73 cod. antimafia, come rimodellato dagli interventi della Consulta e dalla conseguente giurisprudenza adeguatrice della stessa Cassazione, sono la revoca della patente per effetto di una misura di prevenzione e la guida del veicolo durante la vigenza di una misura di

prevenzione; siccome entrambi i requisiti erano sussistenti nel caso di specie, la pronuncia in esame conclude per l'infondatezza del ricorso.

2. Per valutare la portata della decisione in rassegna è inevitabile un brevissimo richiamo alle decisioni della Consulta che hanno interessato, anche indirettamente, l'ipotesi speciale di guida senza patente prevista dal c.d. codice antimafia.

Gli interventi del Giudice delle leggi in questa materia hanno riguardano, innanzitutto, il primo presupposto del reato di cui all'art. 73 cod. antimafia¹, l'assenza del titolo abilitativo per effetto di revoca, la cui disciplina, per quel che interessa in questa sede, è contenuta nell'art. 120 d.lgs. 30 aprile 1992 n. 285 (c.d. codice della strada). Secondo questa disposizione l'irrogazione di una misura di prevenzione personale diversa dal foglio di via impedisce al prevenuto di conseguire la patente (comma 1) o comporta la revoca del titolo esistente (comma 2); lo stesso effetto è previsto in caso di condanna per uno dei reati di cui all'art. 73 o 74 d.p.r. n. 309/1990² o di applicazione di una misura di sicurezza personale³.

La Corte costituzionale è intervenuta sul meccanismo dell'art. 120 comma 2 cod. strada in più di una occasione, censurando l'automatismo tra irrogazione della pena, della misura di sicurezza e della misura di prevenzione, da un lato, e indegnità soggettiva alla conduzione di veicoli a motore, dall'altro.

In una prima decisione (sent. 9 febbraio 2018 n. 22), la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il secondo comma dell'art. 120 cod. strada nella parte in cui conferisce al prefetto l'obbligo, e non la facoltà, di provvedere al ritiro della patente in caso di condanna per uno dei reati di cui all'art. 73 o 74 d.p.r. n. 309/1990. Fra le altre motivazioni, la Corte ha posto in evidenza l'irragionevolezza di un identico automatismo collegato ad una condanna per fatti profondamente differenti come sono quello di associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti e quello di mero traffico di stupefacenti (che prevede anche un'ipotesi di lieve entità).

Con una seconda pronuncia (sent. 20 febbraio 2020 n. 24), la Corte Costituzionale ha affrontato l'analogo tema della revoca della patente in caso di applicazione di una misura di sicurezza, giungendo al medesimo risultato: l'automatismo della revoca è contrario al principio di uguaglianza in ragione della varietà di misure irrogabili al soggetto socialmente pericoloso autore di un reato o di un quasi-reato; di conseguenza, al prefetto deve essere conferito il potere di valutare caso per caso l'opportunità di emettere un provvedimento di revoca.

In una terza pronuncia (sent. 27 maggio 2020 n. 99), il Giudice delle leggi ha utilizzato i medesimi criteri in relazione all'ipotesi di applicazione della misura di prevenzione, dichiarando costituzionalmente illegittimo, per violazione dei principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità, l'art. 120 comma 2 cod. strada nella parte

¹ Su questa norma incriminatrice v., ad es., A. CHELO, *Art. 73*, in G. SPANGHER-A. MARANDOLA, *Commentario breve al Codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, Padova, 2019, 358 ss.

² Nell'ambito della disciplina degli stupefacenti l'effetto de-abilitante è attualmente riconosciuto anche in caso consumo personale ex art. 75 comma 1 lett. a) d.p.r. n. 309/1990.

³ Oltre che ai delinquenti professionali, abituali e per tendenza.

in cui non stabilisce che il prefetto può provvedere alla revoca della patente di guida nei confronti di soggetti prevenuti, non potendo legittimamente sussistere un obbligo in tal senso.

In una quarta pronuncia (sent. 17 ottobre 2022 n. 211)⁴, la Corte costituzionale, si è occupata direttamente dell'art. 73 cod. antimafia, indiziato di non essere conforme al principio di offensività ed al principio di uguaglianza in ragione, rispettivamente, del fatto che una mera qualità soggettiva (lo *status* di prevenuto) possa essere elemento fondativo della fattispecie contravvenzionale e dell'irragionevole disparità di trattamento rispetto agli altri conducenti privi di patente per i quali si configura, dal 2016, un mero illecito amministrativo (art. 116 comma 15 cod. strada).

In questo caso, invece, la Corte ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale.

Riguardo all'asserita violazione del principio di offensività, la Consulta ha rilevato⁵ che l'art. 120 cod. strada costituisce il presupposto normativo della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 73 cod. antimafia e che il giudizio di maggiore pericolosità generica che giustifica l'irrogazione di una sanzione penale è frutto di una scelta discrezionale del legislatore, mai censurata dalla stessa Corte⁶.

Peraltro, per effetto della menzionata evoluzione della giurisprudenza costituzionale sull'art. 120 cod. strada, in caso di sopravvenuta applicazione della misura di prevenzione la revoca della patente non è più automatica, ma frutto di una valutazione del prefetto sulla pericolosità specifica del prevenuto che deve tener conto anche della possibilità che il possesso della patente sia un requisito indispensabile per lo svolgimento di attività lavorative lecite⁷.

Questo meccanismo di personalizzazione del giudizio di pericolosità, secondo la Corte, garantisce che la tutela dell'ordine pubblico rintracciabile nell'art. 73 cod. strada derivi da una situazione oggettiva di maggior pregiudizio per il bene protetto piuttosto che da una qualifica soggettiva slegata dal fatto-reato⁸.

Una volta individuato un gradiente di offensività nell'art. 73 cod. antimafia, la Corte costituzionale non può che ritenere infondata anche la questione sollevata rispetto all'art. 3 Cost: il maggiore disvalore di condotta e la maggiore intensità dell'offesa al

⁴ Su questa sentenza v. N. D'ANZA, *La Corte costituzionale torna ad occuparsi della guida senza patente da parte di persona già sottoposta a misura di prevenzione personale, nella ricerca di un delicato equilibrio tra garanzia del principio di offensività e rispetto della discrezionalità del legislatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1709 ss.; M. DONINI, *Misure di prevenzione e guida senza patente: apparente offensività oggettiva del reato e diritto penale d'autore nella sentenza C. cost., 211 del 2022*, in *Giur. cost.*, 2022, 3011 ss.; A. PROVENZANO, *Il prevenuto alla guida senza patente. Principio di offensività e diritto penale d'autore in una recente pronuncia della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2023, 1 e M. COGO, [Guida in difetto di patente, misure di prevenzione e diritto penale d'autore. Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 211/2022 della Corte costituzionale](#), in questa *Rivista*, 2 agosto 2023.

⁵ C. Cost, sent. n. 211/2022, punti 7.3 e 7.4 del *Considerato in diritto*.

⁶ In particolare, la Consulta richiama le proprie precedenti ord. 30 marzo 1971 n. 66 e sent. 14 marzo 1984 n. 66.

⁷ C. Cost, sent. n. 211/2022, punto 7.5 del *Considerato in diritto*.

⁸ C. Cost, sent. n. 211/2022, punto 7.6 del *Considerato in diritto*.

bene protetto giustificano la pena per il prevenuto, invece che la mera sanzione amministrativa⁹.

In ultimo, il divieto rinvenire l'offensività al bene protetto nello *status* dell'autore del reato è stato posto a fondamento della recentissima sent. 2 luglio 2024, n. 116¹⁰, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 73 cod. antimafia nella parte in cui prevede la punizione del soggetto cui la patente era stata ritirata, prima dell'applicazione della misura di prevenzione, per violazioni del codice della strada.

3. La decisione della Consulta n. 211/2022 riveste particolare importanza nella sentenza in discussione, essendo stata invocata nel ricorso dell'imputato a sostegno della tesi secondo cui l'art. 73 cod. antimafia non può essere integrato nel caso di patente revocata per effetto una misura di prevenzione estinta prima della realizzazione del fatto.

Non interessa, in questa sede, evidenziare gli aspetti problematici della sentenza C. Cost n. 211/2022¹¹, ma verificare l'applicazione che ne viene fatta dai giudici di legittimità in un caso in cui la contestazione e la condanna riguardano un'ipotesi di patente revocata ai sensi del secondo comma dell'art. 120 cod. strada.

Secondo una precedente decisione della Cassazione penale (Cass. sez. I, 27/10/2022 (dep. 16/12/2022), n. 47713), il percorso evolutivo della giurisprudenza costituzionale sull'art. 73 cod. antimafia impone al giudice di valutare se la revoca della patente è una diretta conseguenza della misura di prevenzione e se il fatto contestato è stato realizzato nella vigenza della misura personale.

La sentenza in rassegna non rinnega formalmente il proprio precedente, rilevando che «*anche a seguire questa giurisprudenza che interpreta la fattispecie incriminatrice in senso restrittivo*»¹² è possibile dedurre la sussistenza della responsabilità dell'imputato, dato che lo stesso si trovava privo della patente per effetto di una misura di prevenzione e che la contravvenzione era stata commessa in vigenza di una (differente) misura di prevenzione.

La decisione in discussione adotta un approccio formalistico che sembra comportare un annacquamento del contenuto garantistico delle pronunce della Consulta

⁹ C. Cost, sent. n. 211/2022, punto 8 del *Considerato in diritto*.

¹⁰ In relazione alla quale v. il [Comunicato](#), pubblicato in questa *Rivista* il 3 luglio 2024.

¹¹ In particolare, pare particolarmente calzante una delle critiche mosse da M. DONINI, *Misure di prevenzione e guida senza patente*, cit., 3016 ss. secondo cui l'ampliarsi del catalogo delle ipotesi applicative delle misure di prevenzione a situazioni scarsamente qualificate dal punto di vista della pericolosità sociale e della riferibilità al contesto del crimine organizzato (ad es. maltrattamenti in famiglia, contraffazione di marchi e brevetti) rende molto opinabile il fatto che la guida da parte di soggetti cui è stata applicata una misura di prevenzione personale sia astrattamente lesiva per il bene dell'ordine pubblico; venendo meno un giudizio di astratta pericolosità, il recupero di offensività tramite una valutazione in concreto su basi personali suggerisce che questa contravvenzione sia un buon esempio di diritto penale d'autore.

¹² P. 3 della sentenza in commento; l'espressione usata dalla sentenza in esame pare suggerire, però, una perplessità rispetto all'interpretazione dell'art. 73 cod. antimafia precedentemente data dalla medesima sezione della Suprema Corte.

7-8/2024

che riguardano il combinato disposto dell'art. 120 comma 2 cod. strada e 73 cod. antimafia; la Suprema Corte, infatti, afferma che per l'applicazione dell'art. 73 cod. antimafia è sufficiente che la patente sia stata revocata per effetto di una misura di prevenzione e che il fatto sia commesso durante l'applicazione di una misura di prevenzione «e quindi nella vigenza di un giudizio di maggiore pericolosità dell'autore della condotta incriminata»¹³.

Il punto fermo tracciato dalle decisioni legittimità ed illegittimità costituzionale dell'art. 73 cod. antimafia è rappresentato dalla necessità che la revoca della patente già conseguita sia agganciata al giudizio del prefetto di coerenza rispetto alla misura di prevenzione irrogata e che, a sua volta, rappresenta l'*ubi consistam* della pericolosità in concreto del prevenuto alla guida di un veicolo a motore, assente in qualsiasi altro conducente privo di titolo abilitativo¹⁴. In definitiva, secondo la Corte costituzionale, la valutazione prefettizia è un elemento indispensabile perché legittima, dal punto di vista dell'offensività al bene dell'ordine pubblico, l'impalcatura dell'art. 73 cod. antimafia.

Nel caso di specie, il giudizio del prefetto ha riguardato esclusivamente la prima misura preventiva, successivamente estinta, e non quella vigente al momento della consumazione del reato.

L'assenza di una valutazione di pericolosità concreta emessa in relazione alla misura di prevenzione sussistente al momento del fatto appare in contrasto con il portato delle decisioni della Consulta e, a ben vedere, pure con la menzionata sentenza n. 47713/2022 della Cassazione.

Infatti, per quanto riguarda gli insegnamenti offerti dal Giudice delle leggi, nell'ottica del principio di offensività si può affermare senza particolari timori di smentita che non è ammissibile una *prorogatio* del precedente giudizio di pericolosità concreta, relativo ad una misura che cessa di esistere prima del compimento del fatto contravvenzionale; la valutazione prefettizia emessa in occasione del ritiro della patente non può coprire le circostanze inevitabilmente differenti innescate dall'applicazione della nuova misura di prevenzione personale.

Ne discende che, rispetto alla misura di prevenzione in vigore al momento del fatto, manca un giudizio di pericolosità concreta e, conseguentemente, un qualsiasi addentellato dell'offensività della condotta concretamente tenuta rispetto all'ordine pubblico.

Inoltre, nella precedente decisione della medesima prima sezione (n. 47713/2022), la Cassazione aveva richiesto, per l'integrazione del reato di cui all'art. 73 cod. antimafia, che l'assenza del titolo abilitativo, per revoca o per rigetto della richiesta di rilascio, fosse una diretta conseguenza della misura di prevenzione personale applicata¹⁵. Nel caso affrontato dalla sentenza in esame, simile eventualità non si è verificata e l'assenza del titolo abilitativo era una conseguenza al massimo indiretta dell'applicazione della misura di prevenzione: esauritasi la prima misura, l'imputato era nelle condizioni di

¹³ P. 3-4 della sentenza in commento.

¹⁴ C. Cost, sent. n. 211/2022, punto 7.5 del *Considerato in diritto*.

¹⁵ Cass. pen. sent. 47713/2022, p. 6.

7-8/2024

richiedere una nuova patente¹⁶, tuttavia egli rimaneva inerte e privo di patente; l'assenza del titolo abilitativo non derivava, direttamente, dall'esistenza di una nuova misura di prevenzione che avrebbe comportato il rigetto della richiesta di una nuova patente o la successiva revoca della nuova patente ottenuta, bensì dalla condotta omissiva del diretto interessato.

In definitiva, in relazione all'ipotesi di revoca di cui all'art. 120 comma 2 cod. strada l'impostazione della sentenza in esame sembra proprio agganciare la punizione del conducente sprovvisto di patente alla mera pericolosità astratta, riconducibile all'irrogazione di una misura di prevenzione personale; in tal modo, la Cassazione finisce col promuovere la concezione dell'art. 73 cod. antimafia come ipotesi di responsabilità da *status*.

4. La conclusione cui si giunge, tuttavia, risulterebbe opinabile se la vicenda oggetto della sentenza in esame fosse stata inquadrata dai giudici di merito nell'ambito del combinato disposto degli artt. 73 cod. antimafia e 120 comma 1 cod. strada (divieto di ottenimento di patente) invece che nel comma 2 (revoca di patente esistente, come avvenuto nel caso di specie).

Si potrebbe ipotizzare, infatti, che il soggetto cui è stata revocata la patente per effetto di una misura di prevenzione personale si trovi – una volta maturati i requisiti per ottenerne una nuova¹⁷ – nell'identica posizione di colui che deve ancora conseguire la patente.

Ponendosi in quest'ottica, la punizione del soggetto sfornito di patente – in quanto mai richiesta dopo la revoca dovuta all'applicazione misura di prevenzione personale non più attuale – sarebbe del tutto priva degli aspetti problematici sopra evidenziati circa la concreta pericolosità rispetto all'ordine pubblico del prevenuto con patente ritirata; infatti, la Corte costituzionale, con la sentenza 14 luglio 2021 n. 152 ha espressamente salvato l'automatismo del divieto di conseguimento del comma primo dell'art. 120 cod. strada, ritenendolo conforme agli artt. 3, 4, 16 e 35 Cost.

Il differente approccio della Consulta al caso della patente non conseguita rispetto a quello, appena visto, di patente revocata solleva alcuni dubbi.

Infatti, appare sfuggente la *ratio* che consente di differenziare la posizione del soggetto che non ha mai conseguito la patente, per il quale valgono gli automatismi del divieto di ottenimento e, quindi, dell'applicazione dell'art. 73 cod. antimafia, dalla situazione di colui che aveva già ottenuto la patente, al quale non si può applicare la revoca in via automatica e, di conseguenza, il citato art. 73.

La giustificazione offerta dalla menzionata sentenza della Corte costituzionale n. 152/2021 – che, sul punto, ritiene mutuabili le considerazioni che avevano già portato la Consulta ad escludere l'illegittimità dell'art. 120 comma 1 cod. strada in relazione al

¹⁶ Decorsi tre anni dall'irrogazione della misura ai sensi dell'art. 120 comma 3 cod. strada o, prima, per effetto della riabilitazione ai sensi dell'art. 70 cod. antimafia (v. Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 5 giugno 2023 n. 5507).

¹⁷ V. la nota precedente.

diverso caso del divieto di conseguimento posto a carico di soggetti condannati per reati in materia di stupefacenti – si fonda su tre argomenti¹⁸:

- a. il divieto di conseguimento «*riflette una condizione ostativa che, diversamente dalla revoca del titolo, opera a monte del suo conseguimento e non incide su alcuna aspettativa consolidata dell'interessato*» al contrario di quanto avviene in caso di revoca;
- b. l'assenza della contraddizione «*che ha assunto decisivo rilievo in tema di revoca della patente tra obbligatorietà del provvedimento amministrativo e facoltatività della parallela misura adottabile dal giudice penale*»¹⁹;
- c. la circostanza che l'effetto ostativo al conseguimento non incide in modo indifferenziato sui soggetti condannati per reati in materia di stupefacenti in quanto la diversa gravità del delitto commesso rileva ai fini della riabilitazione *ex artt.* 178 e 179 c.p. (cui consegue la facoltà di ottenere la patente).

Non sembra, tuttavia, che l'argomentazione *sub b)*, espressa in relazione alla preclusione nascente dalla commissione dei reati di cui agli artt. 73 e 74 d.p.r. n. 309/1990, sia valida anche per il divieto di conseguimento derivante dall'applicazione di una misura di prevenzione personale.

Nel caso delle misure di prevenzione non sussiste una contraddizione fra facoltà di revoca del giudice penale e dovere di revoca dell'autorità amministrativa, non essendo rintracciabile nel sistema del codice antimafia una norma analoga all'art. 85 d.p.r. n. 309/1990; ciò non ostante, la Consulta ha comunque dichiarato illegittimo l'automatismo della revoca con la già menzionata decisione n. 99/2020. Di conseguenza, se l'assenza di contraddizione è stata irrilevante per la dichiarazione di incostituzionalità dell'automatismo della revoca, allo stesso modo dovrebbe esserlo nel caso del diniego di ottenimento.

L'argomentazione sopra individuata *sub c)*, invece, riguarda la correttezza dell'automatismo del primo comma dell'art. 120 cod. strada in relazione alle diverse categorie di prevenuti, riflesse nei diversi requisiti temporali della riabilitazione *ex art.* 70 cod. antimafia²⁰. Tuttavia, il fatto che a diverso grado di pericolosità corrisponda un diverso lasso di tempo per la riabilitazione non appare un elemento idoneo a giustificare la diversità di trattamento fra i prevenuti già patentati e prevenuti che non hanno ancora conseguito il titolo abilitativo; in altri termini appare difficilmente giustificabile il fatto che un prevenuto la cui riabilitazione richiede tre anni²¹ non può automaticamente conseguire la prima patente fino al provvedimento di cui all'art. 70 cod. antimafia,

¹⁸ C. Cost., sent. n. 152/2021, cit., punto 5.3. del *Considerato in diritto*. Le decisioni richiamate in questa sede sono C. cost., sent. 9 aprile 2019 n. 80 e ord. 24 aprile 2020, n. 81.

¹⁹ La sentenza C. Cost. n. 22/2018, cit., individua come «*ulteriore profilo di irragionevolezza*» della revoca automatica della patente in caso di condanna per reati in materia di stupefacenti l'argomentazione esposta nel corpo del testo (mentre il primo profilo di irragionevolezza – quantomeno in ordine topografico – è quello riportato *supra* par. 2). La presenza di una diversa e di per sé valida causa di irragionevolezza consente di dubitare del fatto che l'argomento in discussione abbia avuto *decisivo rilievo* nel ragionamento della sentenza n. 22/2018.

²⁰ Sui requisiti della riabilitazione dalle misure di prevenzione personali v. F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2019, I, 431 ss.

²¹ Dopo la cessazione della misura.

mentre un prevenuto già munito di patente potrebbe non vedersi mai revocato il titolo abilitativo a seguito della concreta valutazione prefettizia anche se, per ipotesi, la sua riabilitazione dovesse richiedere cinque anni.

Rimane l'argomentazione *sub a)*: l'assenza di aspettative consolidate sul poter condurre veicoli a motore consentirebbe l'applicazione dell'automatismo a chi non ha ancora conseguito la patente.

Sorge inevitabilmente un dubbio sulla correttezza della differenziazione delle due situazioni – automatismo e conseguente responsabilità penale per il prevenuto che non ha mai conseguito la patente *vs.* valutazione in concreto per il prevenuto con patente revocata – fondata esclusivamente sull'aspettativa di poter continuare a guidare da parte di coloro che non sono sprovvisti di patente.

Infatti, la tutela dell'affidamento del patentato nel potersi avvalere del titolo abilitativo finisce col coincidere con la salvaguardia dell'aspettativa a non sottostare ad un effetto accessorio della misura di prevenzione²²; a questo proposito, la Corte non spiega perché rimane privo di tutela l'analogo affidamento del soggetto che non ha ancora conseguito la patente il quale, invece, sottostà al medesimo effetto preclusivo derivante dalla misura preventiva personale (*i.e.* divieto di condurre legittimamente veicoli a motore).

In definitiva, sorge un legittimo sospetto sul fatto che vi sia «un'irragionevole disuguaglianza, marcata ancora più dalle sentenze della Corte costituzionale, tra le fattispecie di cui al comma primo e quella di cui al comma secondo»²³ dell'art. 120 cod. strada.

Ciò non ostante, anche nell'ultima decisione rinvenibile sull'art. 73 cod. antimafia vi è un *obiter dictum* in cui la Consulta appare legittimare l'automatismo fra misura di prevenzione ed impossibilità di conseguire il titolo abilitativo: «Può, pertanto, ribadirsi che non è riconducibile a una responsabilità “per il modo di essere dell'autore” l'incriminazione, prevista dall'art. 73 cod. antimafia, della condotta di guida in mancanza del titolo abilitativo, allorquando il prevenuto non abbia la patente per non averla mai richiesta o, pur avendola richiesta, gli sia stata negata, oppure gli sia stata revocata in ragione della applicazione della misura di prevenzione. Si tratta di ipotesi in cui la mancanza del titolo abilitativo è conseguenza – in via generale e automatica (art. 120, comma 1, cod. strada) oppure per effetto della valutazione prefettizia del caso concreto (art. 120, comma 2, cod. strada) – della applicazione di misure di prevenzione, cui il legislatore, per finalità di tutela dell'ordine pubblico, riconnette limitazioni al conseguimento della patente di guida»²⁴.

In conclusione, la responsabilità penale del prevenuto che guida in assenza di patente ha trovato una sistemazione compatibile con il principio di offensività nel caso, probabilmente molto più rilevante dal punto di vista statistico, di reato commesso nella vigenza della misura di prevenzione la cui applicazione ha determinato la revoca della

²² In questo senso v. E. PLATANIA, *L'art. 120 del Codice della Strada e i condannati per i reati connessi al traffico di sostanze stupefacenti* “... Ciechi che, pur vedendo, non vedono”, in *Dirittifondamentali.it*, 2023, 2, 576 ss.

²³ *Id.*, op. cit., 577 il quale pone in evidenza come il diverso trattamento rischia di discriminare in base all'età dell'interessato, dato che il divieto di ottenimento riguarderà – verosimilmente – soggetti che hanno da poco superato i diciotto anni richiesti per la patente.

²⁴ C. Cost., sent. n. 116/2024, cit., punto 6 del *Considerato in diritto* (grassetto aggiunto).

7-8/2024

patente; sembra, invece, che siano ancora prive di soluzioni coerenti con il medesimo principio le ipotesi 'minori', quale quella affrontata dalla sentenza in analisi o, più in generale, le fattispecie derivanti dalla preclusione all'ottenimento della patente sancita dall'art. 120 comma 1 cod. strada.

7-8/2024

LE FUNZIONI DELLA PENA NEL PENSIERO DI FRANCO BRICOLA^(*)

di Emilio Dolcini

Nella prima presentazione di questo Convegno, che accompagnava il graditissimo invito a prendervi parte, era presente un *link* che mi ha consentito di vedere in anteprima un'intervista a Franco Bricola realizzata nel 1982 dal dott. Jacopo Onnis, per la Rai – Sede regionale della Sardegna, intitolata «La giustizia penale nella società che cambia». Di qui l'idea di adottare, per la mia relazione, la formula del “colloquio fantastico postumo”: o dell’“intervista impossibile”, per rifarmi ad un fortunato programma radiofonico degli anni 70, che ha avuto come autori personaggi della cultura quali Giorgio Manganelli, Umberto Eco, Alberto Arbasino e Italo Calvino. Nomi che dovevano rendere subito evidente la mia inadeguatezza rispetto a questo compito, tra l'altro per me del tutto inconsueto. Nondimeno, ho ceduto a quella tentazione: vi propongo quindi la mia relazione nella forma di un dialogo ideale con il prof. Bricola in tema di funzioni della pena. Ricostruirò il pensiero del Maestro sul tema attraverso le monografie giovanili e la voce «Teoria generale del reato», pubblicata per la prima volta nel Novissimo Digesto Italiano.

Le domande verranno poste da Giulia Mentasti, assegnista di diritto penale nell'Università di Milano, alla quale devo anche il *powerpoint* che verrà proiettato durante il nostro dialogo (e che qui compare in allegato).

Da parte mia, mi calo – con imbarazzo – nel ruolo del prof. Bricola.

Mio è il testo di questa *pièce* teatrale: sono io il responsabile.

1. *Carissimo Maestro, nella sua ricchissima produzione scientifica la voce Teoria generale del reato non ha un pendant in una voce Teoria generale della pena, benché anche la teoria della pena trovi indicazioni altrettanto importanti e altrettanto innovative nei suoi scritti: in alcuni scritti cd. minori, ma soprattutto nella splendida monografia La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali, un testo fondamentale – una Bibbia – nella mia formazione di giurista.*

Le chiedo: quali i rapporti tra teoria generale della pena e teoria generale del reato?

«L'istituto della pena non è estraneo... alla teoria generale del reato... La presa di posizione costituzionale sui fini delle sanzioni criminali (art. 27 co. 3 Cost.) ... può

^(*) Testo dell'intervento tenuto dall'Autore, prof. Emilio Dolcini, in occasione del convegno “Ricordando Franco Bricola. L'eredità scientifica e culturale di un Maestro a trent'anni dalla sua scomparsa”, tenutosi il 28-29 maggio 2024 presso l'Aula Magna, complesso di S. Cristina, dell'Università di Bologna.

essere produttiva di ripercussioni nel processo di determinazione degli stessi connotati essenziali dell'illecito penale»¹.

«La svalutazione dell'articolo 27 co. 3 Cost., la cui portata viene spesso limitata al terreno dell'esecuzione della pena, e la scarsa considerazione per le rifrangenze che esso presenta sulla struttura del reato, giustificano la scarsa permeabilità della dottrina generale del reato da parte dei principi costituzionali»².

«Teoria generale del reato e funzione della pena», ribadisco, «non sono due momenti concettuali distinti, posto che dal fine costituzionalmente attribuito alla pena può derivare una connotazione globale e sostanziale dello stesso illecito penale» (quella che io designo come «concezione teleologica del reato»)³.

In altri termini: la normativa costituzionale sulla funzione della pena contribuisce a delineare il volto costituzionale del reato nel nostro sistema positivo⁴.

Teoria del reato e teoria della pena, in un approccio metodologicamente corretto, devono assumere la Costituzione come riferimento primario: in tale prospettiva, interagiscono profondamente tra loro.

2. Affrontiamo allora il nostro tema più da vicino. Le domando: quale contributo può dare l'art. 27 co. 3 Cost., in sinergia con l'art. 27 co. 1, all'individuazione del volto costituzionale del reato?

«La funzione rieducativa della pena *ex art. 27 co. 3 Cost.* sarebbe in grado di fondare il divieto di responsabilità penale per fatto altrui anche in assenza dell'art. 27 co. 1, essendo evidente che nessuna funzione rieducativa può perseguire una pena la quale colpisca un soggetto diverso dall'autore materiale del fatto»⁵ (p. 51).

«La costituzionalizzazione del principio *nulla poena sine culpa*... viene desunta sia dall'art. 27 co. 1, sia... dall'articolo 27 co. 3... La funzione rieducativa della pena, ... comunque intesa, contrasterebbe *prima facie* con una responsabilità penale per fatti non psichicamente riportabili almeno nella forma della colpa al soggetto da 'rieducare'»⁶ (p. 53).

Dalla funzione rieducativa della pena discende, infine, «la necessità costituzionale della possibilità di conoscere la legge penale come presupposto di colpevolezza»⁷ (p. 15).

In sintesi: l'art. 27 co. 3 Cost. contribuisce a fondare il divieto di responsabilità penale per fatto altrui, il divieto della responsabilità oggettiva, l'inclusione della

¹ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, 1974, estratto da *Nss. Dig. It.*, vol. XIX, 1973, p. 25. Le citazioni presenti in questo scritto si riferiscono all'estratto. La voce *Teoria generale del reato* è ora reperibile anche in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, 1997, p. 539 ss.

² F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 22.

³ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 38.

⁴ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 8.

⁵ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 51.

⁶ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 53.

⁷ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 15.

conoscenza/conoscibilità della legge penale tra gli elementi costitutivi della colpevolezza.

3. *Proseguiamo dunque portando lo zoom sull'art. 27 co. 3 Cost., nella parte in cui stabilisce che «le pene... devono tendere alla rieducazione del condannato». Rieducazione è formula che si presta a interpretazioni molto diverse, diverse, tra l'altro, a seconda del grado di attenzione che l'interprete ponga all'insieme della normativa costituzionale: rieducazione come rigenerazione morale del condannato, o come trasformazione coattiva della sua personalità, o altro ancora.*

Le domando: come va intesa, a suo giudizio, la formula costituzionale 'rieducazione'?

Il concetto di rieducazione non va ricostruito dall'interprete alla luce della propria *Weltanschauung*, né alla luce delle norme penali ordinarie, ma deve assumere «una propria autonoma e oggettiva dimensione costituzionale»⁸.

«La funzione rieducativa della pena, ... anche perché legata al concetto di "trattamento", implica necessariamente una delimitazione della illiceità penale a una sfera selezionata di valori»⁹: implica cioè che «l'illecito penale possa concretarsi esclusivamente in una significativa lesione di un valore costituzionalmente rilevante»¹⁰, tale in forma esplicita o anche implicita¹¹.

La funzione rieducativa della pena va interpretata come «tendenza... a dare o ridare al reo una sensibilità per i valori costituzionali offesi, ossia per i significati preminenti del contesto in cui dovrà tornare ad operare»¹²: «la rieducazione connota il reinserimento dell'individuo nel contesto sociale, con la rinsaldata consapevolezza di quei valori che egli ha dimostrato di non conoscere appieno, per cause non sempre da lui dipendenti, attraverso la trasgressione»¹³.

«Questa funzione della pena... ha, come ovvio presupposto per la sua attuazione, il fatto che nel trattamento il reo non venga privato del godimento dei diritti costituzionali estranei a quelli rigorosamente menomati dall'esecuzione della pena detentiva»¹⁴: in altri termini, la funzione rieducativa presuppone una pena detentiva – se a quella facciamo riferimento, come la pena che, piaccia o non piaccia, rimane al centro del nostro sistema sanzionatorio – tale da incidere sulla sola libertà personale (e sui diritti della persona il cui sacrificio sia coesenziale alla privazione della libertà personale).

4. *Ci ha illustrato, poco fa, caro professore, alcune implicazioni del principio costituzionale della rieducazione del condannato relative al reato. Guardiamo ora alla pena (in*

⁸ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 11.

⁹ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 15.

¹⁰ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 15 s.

¹¹ «Rilevanza costituzionale di un bene... significa assunzione del medesimo tra i valori esplicitamente o implicitamente garantiti dalla carta costituzionale»: così F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 16.

¹² F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 17.

¹³ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, *Nozione e aspetti costituzionali*, 1965, p. 358 (ora anche in *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000, p. 511 ss.).

¹⁴ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 17.

particolare, alla pena nel momento della comminatoria legale): che cosa è in grado di dirci, su questo terreno, il principio costituzionale della rieducazione del condannato?

La funzione rieducativa della pena concorre con il principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13 Cost.) a fondare l'idea della pena come *extrema ratio*¹⁵.

Una riflessione sul finalismo rieducativo coinvolge anche il tema della proporzionalità della pena. «Il limite che vincola il legislatore nella fase di formazione della norma penale... attiene... anche alla graduazione della sanzione penale... La restrizione della libertà personale potrà adottarsi in misura crescente secondo l'importanza del bene costituzionale offeso. Ne discende la proponibilità di eccezioni di illegittimità costituzionale per sproporzione tra la misura della pena e la significatività del valore offeso»¹⁶.

5. *Spostiamo l'attenzione sulla fase applicativa e sulla fase esecutiva della pena. Quali le implicazioni del principio costituzionale della rieducazione relative a queste fasi della dinamica punitiva?*

«La funzione di prevenzione speciale (o rieducativa) è... destinata a prevalere in sede di applicazione (scelta del tipo e della misura) ed esecuzione della pena»¹⁷. Così scrivevo nella voce *Teoria generale del reato*, dove peraltro non ho sviscerato questo aspetto.

Mi rifaccio dunque, per dare una risposta alla tua domanda, alla monografia sulla discrezionalità. In quella sede affermavo che discende dall'art. 27 co. 3 Cost. l'esigenza che la pena venga adeguata dal giudice, oltre che al fatto, alla personalità del reo¹⁸. «La rieducazione quale connotato teleologico della pena non è criterio che si aggiunga a quelli indicati dall'art. 133 c.p., ma... metro per la valutazione dei medesimi»¹⁹: è il metro, dunque, alla stregua del quale valutare la gravità del reato e la capacità a delinquere dell'agente; prima ancora, è il metro per la valutazione dei singoli indicatori di cui all'art. 133 co. 1 e co. 2 c.p., individuando, di volta in volta, quelli in concreto più significativi.

6. *Molto abbiamo parlato, sin qui, di rieducazione. La rieducazione (come componente della più ampia categoria 'prevenzione speciale'), peraltro, non è certamente l'unica legittima finalità della pena: su questo punto c'è totale consenso nell'inesauribile dibattito sulle funzioni della pena. L'uniformità di opinioni si esaurisce però su questo punto: tra le questioni aperte, da sempre, c'è quella relativa al ruolo della retribuzione.*

Le domando, dunque, se lei ritiene che, accanto alla rieducazione, nella teoria della pena un ruolo competa anche alla retribuzione.

¹⁵ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 15.

¹⁶ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 18.

¹⁷ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 82, nt. 6.

¹⁸ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 91 s.

¹⁹ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 92.

Rispondo in senso affermativo: il «contenuto retributivo della sanzione» (penale) è «ineliminabile»²⁰.

Concordo con il mio maestro, Pietro Nuvolone, il quale così scrive nel suo Manuale: «Alla pena che, nella sua essenza logica, rimane un castigo per un male commesso, e quindi retributiva, si aggiunge storicamente una funzione utilitaristica di modifica in senso sociale della personalità del reo»²¹.

Questo, a mio avviso, il rapporto tra retribuzione e rieducazione: «Per evitare che la pena assuma una funzione di mera retribuzione (con repressione della pura disobbedienza) o di mera rieducazione (con repressioni di semplici stati soggettivi o atteggiamenti personali sintomatici di pericolosità) l'equilibrio tra le due funzioni deve avvenire radicando l'incriminazione su un fatto offensivo dell'interesse tutelato... In sostanza la polivalenza dei fini della pena rappresenta una saldatura fra il momento garantista o liberale della retribuzione... e le aperture 'sociali o solidariste' della rieducazione»²².

La mia, dunque, è una concezione plurifunzionale della pena, nella quale hanno un ruolo sia la retribuzione, sia la rieducazione.

7. Chiarito che retribuzione e rieducazione sono, entrambe, legittime finalità della pena nell'intera dinamica punitiva, le domando, caro professore, quale sia lo specifico ruolo che compete alla retribuzione. Il mio quesito coinvolge anche la fase giudiziale della dinamica punitiva: la fase cioè in cui è il giudice che deve stabilire la specie e il quantum della pena.

La retribuzione incide sui contenuti della pena: come dicevo, il carattere retributivo impone che la pena rappresenti un castigo.

Nel contempo, la retribuzione esprime un'istanza di garanzia individuale, che pure opera nelle diverse fasi della dinamica punitiva.

Per il *legislatore* la retribuzione fonda il divieto di reprimere la mera disobbedienza, consentendogli di incriminare solo fatti offensivi di un bene giuridico. Nel suo «significato genuinamente liberale», la retribuzione esprime l'esigenza che l'ordinamento giuridico penale reagisca soltanto alla «reale offesa di beni»²³. Assolvono ad una funzione limitatrice dell'intervento penale sia il concetto di 'retribuzione', sia il concetto di 'bene giuridico'.

Sempre in una logica di garanzia, la retribuzione pone poi un limite quantitativo alle scelte sanzionatorie del *giudice*: non gli consente di irrogare pene sproporzionate per eccesso rispetto alla gravità del reato – nelle sue componenti oggettive e soggettive – e alla personalità dell'autore.

Richiamo all'attenzione dei più giovani un progetto di riforma della parte generale del codice penale tedesco elaborato negli anni '60 del secolo scorso da un

²⁰ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 17, p. 53 e p. 82.

²¹ P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., 1982, p. 58.

²² F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 82.

²³ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 31.

gruppo di penalisti di grande statura, tra i quali Claus Roxin, Jürgen Baumann, Arthur Kaufmann, Peter Noll e Günther Stratenwerth. Mi riferisco all' *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches – Allgemeiner Teil*²⁴, al quale dall'intera Europa si guardava con enorme interesse. Segnalo in proposito un magistrale studio di Sergio Moccia dedicato al Progetto Alternativo e all'intera riforma del codice penale tedesco²⁵, frutto della dialettica tra *Entwurf 62*, *Alternativ-Entwurf* e Seconda legge di riforma del diritto penale (2.StrRG del 1969, in vigore dal 1975). Della Seconda legge di riforma, consentitemi di ricordare una traduzione italiana ad opera di Filippo Sgubbi, illustre docente di questo Ateneo²⁶. Nel § 2 dell' *Alternativ-Entwurf* si legge che le sanzioni penali servono alla tutela dei beni giuridici e al reinserimento dell'autore nella vita sociale: tutela dei beni giuridici (cioè, retribuzione) e risocializzazione come funzioni della pena. Il contenuto del § 2 AE si avvicina molto a quello che – nella mia lettura – è il contenuto dell'art. 27 co. 3 Cost. italiana²⁷.

Dunque, in estrema sintesi, retribuzione come connotato di afflittività della pena, ma anche come limite garantista alla potestà punitiva dello Stato.

8. Sin qui, è rimasto ai margini della nostra conversazione il tema della funzione generalpreventiva della pena, un tema al quale lei ha dedicato pagine di cristallina chiarezza nella monografia sulla discrezionalità. Gli aspetti problematici riguardano soprattutto la fase giudiziale della dinamica punitiva: le domando, dunque, quale ruolo competa in questa fase alla prevenzione generale.

Premesso che «la funzione di prevenzione generale della pena» (che si pone accanto alla funzione rieducativa e retributiva) «si attua sia nel momento astratto e comminatorio, sia in fase di applicazione giudiziale»²⁸, ritengo che «la tendenza – rilevata in alcune pronunce giurisprudenziali – ad attribuire un rilievo autonomo alla finalità di prevenzione generale, contribuendo a spostare il fuoco della valutazione su elementi estranei alla condotta e alla personalità dell'agente» incontri «un limite d'ordine costituzionale»²⁹. Dall'art. 27 co. 1 Cost. discende che «l'uomo non può mai essere considerato, nel sistema della responsabilità penale, come semplice mezzo per il perseguimento di finalità politico-criminali»³⁰. Ciò vale anche riguardo al *quantum* della pena, rendendo «inammissibile una prevenzione generale che, in sede giudiziale, superi il ruolo di mera *Nebenwirkung*»³¹.

²⁴ *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches – Allgemeiner Teil, vorgelegt von J. Baumann u.a.*, 1966.

²⁵ S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale: l'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica federale tedesca*, 1984.

²⁶ Cfr. *Indice penale*, 1972, p. 455 ss.

²⁷ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 31.

²⁸ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 85.

²⁹ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 87.

³⁰ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 88.

³¹ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 89.

7-8/2024

9. Uno dei risvolti della funzione retributiva della pena riguarda i suoi connotati di afflittività, che lei ha dichiarato ineliminabili: connotati che, tuttavia, mi sembra, possono ricollegarsi già alla funzione generalpreventiva della pena, comunque intesa, che della pena è la finalità primaria nella fase della comminatoria legale ed effetto accessorio nella fase giudiziale.

C'è davvero bisogno di parlare di retribuzione per dire che la pena deve essere afflittiva?

C'è davvero bisogno di fare riferimento alla retribuzione per esprimere l'esigenza di pene non sproporzionate per eccesso? Una pena sproporzionata per eccesso non può essere avvertita come giusta dal condannato: preclude ogni possibilità di adesione all'offerta di aiuto all'inserimento sociale che gli viene dall'ordinamento attraverso una pena finalizzata alla rieducazione.

Ma c'è di più. La retribuzione postula pene proporzionate sia verso l'alto, sia verso il basso: postula (anche) una pena che non scenda al di sotto del livello minimo corrispondente alla gravità del reato, nemmeno nel caso in cui – agli occhi del giudice – le istanze della rieducazione potrebbero essere soddisfatte da una pena più mite. In questa sfera, la retribuzione non svolge quel ruolo di garanzia individuale al quale lei chiama tale funzione della pena: la retribuzione è funzionale semmai alla tenuta del sistema, ossia alla prevenzione generale.

Di qui la mia domanda, al limite della provocazione: possiamo fare a meno, nella teoria della pena, dell'idea di retribuzione?

Concentro la mia risposta sul problema sostanziale che hai sollevato da ultimo: se il giudice possa scegliere una pena inferiore a quella corrispondente alla gravità del reato e alla capacità a delinquere del reo, una pena cioè sproporzionata per difetto.

A mio avviso, come ho sottolineato in precedenza³², «la funzione di prevenzione speciale o rieducativa è... destinata a prevalere in sede di applicazione – scelta del tipo e della misura – ed esecuzione della pena»: se dunque si delinea un'antinomia tra funzione rieducativa e funzione retributiva della pena, è la prima che deve prevalere, portando all'applicazione di una pena che si collochi, eventualmente, al di sotto della proporzione con la gravità del reato e la personalità dell'autore.

Forse, in definitiva, la questione di cui stiamo discutendo – se sia possibile fare a meno dell'idea di retribuzione – è più nominalistica che sostanziale: non incide su quelle che dovrebbero essere le scelte del giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale.

Aggiungo un richiamo a quanto scrivevo in saggio del 1984³³, nel quale mi pronunciavo a favore di un sistema depurato sia «dalle pulsioni etiche sollecitate dalla funzione retributiva», sia dai «sogni solidaristici alimentati dalla funzione rieducativa e risocializzante della pena»³⁴: alla retribuzione e alla rieducazione attribuisco il ruolo di criteri regolatori all'interno delle funzioni di prevenzione generale e di prevenzione speciale mediante intimidazione.

Comprendo, in definitiva, il dubbio che della formula 'retribuzione' si possa fare a meno, senza eccessivi rimpianti.

³² Cfr. *supra*, nt. 17.

³³ F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, 1984, ora F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, 1997, p. 1475 ss.

³⁴ F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale*, cit., p. 1523 ss.

MESSA ALLA PROVA NEL PROCESSO MINORILE E DECRETO “CAIVANO”: IL GUP DI GENOVA AFFERMA L’IRRETROATTIVITÀ DELLE MODIFICHE NORMATIVE

Trib. minorenni Genova, GUP, ord. 19 giugno 2024, pres. est. Villa

di Pietro Bernardoni

1. Il cosiddetto decreto “Caivano”¹, già sottoposto a due questioni di legittimità costituzionale relative ad alcune delle sue disposizioni di oggetto penalistico, torna a far discutere rispetto al suo ambito di applicazione temporale. La questione, in particolare, riguarda l’operatività retroattiva o meno della modifica alla disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova prevista dall’art. 28 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448.

Come è noto, infatti, l’art. 6 del d.l. 123/2023, nella sua versione modificata dalla legge di conversione, ha inserito un c. 5-bis in coda all’art. 28 d.P.R. 448/1988, con il quale l’ambito di applicazione dell’istituto della messa alla prova minorile è stato limitato rispetto ad alcuni reati ritenuti particolarmente gravi, tra cui la violenza sessuale, individuale e di gruppo, al ricorrere di alcune aggravanti. Ne deriva il problema del regime intertemporale di tale novella legislativa, ed in particolare la sua operatività nei confronti dei fatti di reato commessi prima del 15 novembre 2023, data di entrata in vigore della norma.

Su tale questione si è recentemente pronunciato il g.u.p. del Tribunale per i Minorenni di Genova, con ordinanza del 19 giugno in commento. Nella sua decisione, il giudice minorile ha sostenuto l’operatività solo *pro futuro* della modifica normativa: così facendo, il g.u.p. si è discostato dall’unico precedente noto al riguardo, ossia l’ordinanza con cui il g.u.p. del Tribunale per i Minorenni di Bari ha sollevato questione di legittimità costituzionale della norma in questione². Ricostruiamo, dunque, brevemente i termini delle due decisioni prima di provare a fornire qualche spunto di riflessione.

2. Procediamo in ordine cronologico col ricostruire dapprima l’argomentazione del giudice barese, già oggetto di commento su questa Rivista³. Il caso riguardava un’ipotesi di violenza sessuale di gruppo commessa in danno di minore infraquattordicenne, e concerneva la posizione di un concorrente non autore materiale della violenza. Appaiono dirimenti le scansioni cronologiche della vicenda: il fatto risale

¹ Decreto-legge 15 settembre 2023, n. 123, convertito con modificazioni dalla legge 13 novembre 2023, n. 159.

² Trib. minorenni Bari, GUP, ord. 25 marzo 2024, giud. Stilla.

³ L. CAMALDO, [Condivisibili dubbi di legittimità costituzionale della disposizione introdotta dal decreto Caivano che prevede alcuni reati ostativi alla concessione della messa alla prova minorile](#), in questa Rivista, 30 maggio 2024.

7-8/2024

a prima del novembre 2019, come si desume dall'ordinanza⁴; all'udienza del 22 maggio 2022, l'imputato ha ammesso l'addebito e, contestualmente, chiesto la sospensione del procedimento con messa alla prova. Su parere favorevole del Pubblico Ministero, il giudice ha quindi disposto un rinvio al dicembre 2023 per acquisire il parere dei servizi minorili. Il 15 novembre, però, è entrata in vigore la legge di conversione del decreto Caivano, che ha escluso l'applicabilità della messa alla prova al reato di violenza sessuale di gruppo aggravata.

Il g.u.p. minorile di Bari, posto di fronte alla richiesta di sollevare questione di legittimità costituzionale della novella legislativa, ha ritenuto la questione rilevante e non manifestamente infondata. Tralasciamo, in questa sede, i profili concernenti la non manifesta infondatezza per concentrare l'attenzione sulla rilevanza della questione⁵: trattandosi di normativa sopravvenuta, il giudice barese si è posto il problema dell'applicabilità al caso oggetto di giudizio, fornendo risposta positiva.

Il ragionamento si articola in due passaggi logici distinti, chiaramente ricavabili dall'ordinanza: in primo luogo, il giudice si interroga sull'applicabilità del principio – proprio del diritto penale sostanziale – dell'irretroattività sfavorevole, sulla base del *tempus regit factum* o, al contrario, di quello – proprio del diritto processuale – del *tempus regit actum*. Su questo aspetto, l'ordinanza afferma l'operatività del secondo principio, quello processuale, sulla base dell'argomentazione per cui “l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, pur avendo effetti sostanziali, determinando l'estinzione del reato, è intrinsecamente caratterizzato da una dimensione processuale”.

Ciò posto, il giudice si sofferma in modo più approfondito sul secondo passaggio, ossia l'individuazione di quale sia l'*actum* rilevante a cui ancorare il *tempus* della disciplina applicabile: come detto, infatti, la sopravvenienza normativa è intervenuta dopo la richiesta di sospensione del procedimento da parte dell'imputato, su parere favorevole del p.m., ma prima dell'ordinanza che dispone effettivamente tale sospensione. Anche su questo punto, l'ordinanza adotta la soluzione sfavorevole per l'imputato, ritenendo che “la richiesta di messa alla prova [...] costituisc[a] una mera dichiarazione di disponibilità al programma”; al contrario, per individuare il momento rispetto a cui analizzare la normativa applicabile, occorre aver riguardo all'ordinanza che dispone la sospensione.

Sulla base di questi due passaggi argomentativi, il g.u.p. di Bari ha ritenuto rilevante la questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, comma 5-bis, d.P.R. 448/1988, risultato applicabile al caso di specie⁶.

⁴ L'imputazione non riporta né la data né il luogo del fatto, coerentemente con le esigenze di anonimizzazione dei provvedimenti concernenti minori; tuttavia, si fa riferimento alle s.i.t. della persona offesa assunte il 26 novembre 2019, da cui si desume che il fatto sia stato commesso in un momento anteriore a tale data.

⁵ Per approfondimenti sul merito della questione di costituzionalità, si veda L. CAMALDO, [Condivisibili dubbi di legittimità costituzionale](#), cit.; argomentazioni di analogo tenore erano state svolte, in dottrina, da A. MASSARO, *La risposta 'punitiva' a disagio giovanile, povertà educativa e criminalità minorile: profili penalistici del c.d. decreto Caivano*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, fasc. 2, §5.

⁶ Da segnalare che il più volte citato L. CAMALDO, [Condivisibili dubbi di legittimità costituzionale](#), cit., ha ritenuto

3. Il medesimo problema si è posto all'attenzione del g.u.p. del Tribunale per i minorenni di Genova, che ha raggiunto una conclusione di segno opposto. In questo caso, i fatti riguardavano ipotesi di violenza sessuale continuata, aggravata anche dal fatto di essere commessa in danno di minore di età inferiore agli anni dieci. Anche in questo caso, è opportuno segnalare le scansioni temporali: i fatti risalgono al periodo compreso tra il 2011 e il 2013 e l'imputato ha reso dichiarazioni confessorie all'udienza del 22 maggio 2024.

Il g.u.p. di Genova, ritenuta la possibilità di concedere la messa alla prova richiesta dall'imputato, si è quindi soffermato sulla questione di diritto intertemporale relativa alla normativa sopravvenuta nel novembre 2023. Al riguardo, il giudice minorile si discosta dall'ordinanza barese, richiamando la giurisprudenza sui c.d. "fratelli minori di Scoppola"; ne deriva che, pur non negando apertamente la natura processuale dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, il giudice ritiene che per essa debba operare la garanzia dell'irretroattività sfavorevole da valutarsi con riferimento al momento in cui il reato è stato commesso. Trattandosi, nel caso di specie, di fatti risalenti a non oltre il 2013, il giudice afferma la possibilità di applicare il procedimento in questione.

4. Avendo così ricostruito l'iter argomentativo delle due ordinanze, proviamo quindi a proporre qualche spunto di riflessione sulla questione che le accomuna: la disciplina intertemporale della modifica all'art. 28 d.P.R. 448/1988⁷. Come detto, l'ordinanza del g.u.p. di Bari ha sostenuto l'applicabilità retroattiva della modifica, pur peggiorativa, sulla base della natura processuale dell'istituto; l'ordinanza del g.u.p. di Genova, al contrario, ha argomentato la natura sostanziale della stessa e, dunque, l'irretroattività della riforma.

A parere di chi scrive, la soluzione più ragionevole appare quest'ultima, anche se è bene evidenziare come, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, si registrino altresì voci di segno opposto⁸. La natura sostanziale dell'istituto, ai fini della disciplina di diritto intertemporale, può essere variamente argomentata; in particolare, dirimenti appaiono le considerazioni fondate su interpretazioni convenzionalmente e costituzionalmente orientate dell'istituto.

condivisibile l'impostazione sul punto del giudice barese e che, peraltro, un analogo ragionamento era stato svolto anche da C. DE LUCA – L. MANTOVANI, *Decreto "Caivano" e modifiche al procedimento penale minorile: alcune questioni controverse*, in *Cass. pen.*, 2024, fasc. 6, p. 1928-12929.

⁷ Sul punto, anche per un'analisi del nuovo art. 27-bis del d.P.R. 448/1988, si vedano nuovamente C. DE LUCA – L. MANTOVANI, *Decreto "Caivano" e modifiche al procedimento penale minorile*, cit.

⁸ In particolare, si veda C. CESARI, *Sub art. 28*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile*, V ed., Milano, 2021, p. 465-466. e, più di recente, proprio con riguardo alla questione che qui interessa, C. DE LUCA – L. MANTOVANI, *Decreto "Caivano" e modifiche al procedimento penale minorile*, cit.

4.1. In primo luogo, occorre considerare la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che è ampiamente consolidata nel senso di allargare l'ambito applicativo del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole⁹. Nella concezione convenzionale del principio di irretroattività sfavorevole, infatti, non è tanto centrale la natura formale dell'istituto, quanto la sua incidenza sulla sanzione finale concretamente applicata al reo: la Corte di Strasburgo, infatti, non soltanto ha progressivamente esteso l'ambito di applicazione dei principi penalistici a istituti non appartenenti al diritto penale in senso formale, ma ha anche ampliato i confini "interni" di operatività di tali principi rispetto al diritto processuale¹⁰.

Tale estensione dei principi garantistici propri tradizionalmente del diritto penale sostanziale ad istituti di matrice processuale si giustifica alla luce della peculiare connotazione che il *nullum crimen* assume nella giurisprudenza della Corte. Esso si configura, infatti, non tanto come un principio formale volto a garantire la separazione dei poteri, quanto come principio sostanziale funzionale ad assicurare le libere scelte d'azione dell'individuo¹¹; non a caso, alla base della nota vicenda *Scoppola* si era posto un problema di successione di leggi che senz'ombra di dubbio si collocano nella sfera processuale¹².

4.2. Ma non vi è solo l'argomento convenzionale, a sostegno dell'operatività del principio di irretroattività nel caso di cui ci si sta occupando: anche la giurisprudenza della Corte costituzionale, infatti, ha – quantomeno dal 2020 – sfondato il muro di rigida separazione formale tra diritto penale sostanziale e diritto processuale. Con la sentenza n. 32 del 2020, infatti, la Consulta ha chiarito che anche l'esecuzione penale, a certe condizioni, deve ricadere nell'ambito di applicazione del principio di irretroattività sfavorevole di cui all'art. 25, comma 2, Cost.¹³; nel farlo, peraltro, la Corte ha attinto a piene mani proprio da quella giurisprudenza della Corte di Strasburgo cui si è fatto sopra riferimento¹⁴.

Non appare superfluo soffermarsi ancora brevemente su questa fondamentale pronuncia della Corte costituzionale, che fornisce non pochi spunti anche rispetto al

⁹ Si veda F. MAZZACUVA, *Art. 7 – Nulla poena sine lege*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, II ed., Torino, 2022, p. 305 ss. e p. 314 ss.; nella giurisprudenza della Corte, basti qui citare le fondamentali sentenze Corte edu, g.c., sent. 21 ottobre 2012, *Del Rio Prada c. Spagna* e Corte edu, g.c., sent. 17 novembre 2009, *Scoppola c. Italia* (n. 2).

¹⁰ F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2017, p. 277 ss.

¹¹ F. MAZZACUVA, *Art. 7 – Nulla poena sine lege*, cit., p. 300 ss.

¹² Come è noto, nel caso *Scoppola*, la Corte ha qualificato come sostanziale la riforma dell'art. 442, comma 2, c.p.p., ritenendo che operassero, di conseguenza, il divieto di irretroattività sfavorevole e il principio di retroattività favorevole; per una estesa ricostruzione della vicenda si veda S. BISSARO, *Corte costituzionale e "materia penale". I confini mobili delle garanzie penalistiche, tra Costituzione e Carte internazionali*, Milano, 2022, p. 204 ss.

¹³ Corte cost., sent. 12 febbraio 2020, n. 32, § 4.3. del *Considerato in diritto*; si vedano, al riguardo, in particolare V. MANES – F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost. rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in questa Rivista.

¹⁴ Corte cost., sent. 32/2020, § 4.2. del *Considerato in diritto*; S. BISSARO, *Corte costituzionale e "materia penale"*, cit., p. 216 ss.

problema di cui ci si sta occupando. La Consulta, infatti, nella sua opera di “complessiva rimeditazione della portata del divieto di retroattività sancito dall’art. 25, secondo comma, Cost.”, individua un duplice fondamento della norma: da un lato, essa “mira a garantire al destinatario della norma una ragionevole prevedibilità delle conseguenze” delle sue azioni, sia nel momento in cui commette l’illecito che nel momento in cui opera le sue scelte difensive; dall’altro, “il divieto in parola erige un bastione a garanzia dell’individuo contro possibili abusi da parte del potere legislativo”¹⁵.

Se si applicano questi principi al caso di specie, appare difficile negare l’operatività dell’art. 25, comma 2, Cost. anche rispetto alla modifica dell’art. 28 d.P.R. 448/1988 operata dalla legge di conversione del decreto “Caivano”. Con riguardo alla tutela della prevedibilità delle conseguenze delle azioni individuali, anche rispetto alle scelte difensive, emblematica è la vicenda oggetto dell’ordinanza del g.u.p. di Bari. Come si è sopra evidenziato la violenza sarebbe stata commessa nel 2019, e la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova presentata nel maggio 2022, accompagnata dalla confessione da parte dell’imputato; la sospensione, però, è stata negata per effetto dell’entrata in vigore della legge 159 del 2023, successiva tanto al fatto quanto alla richiesta. Non soltanto, quindi, all’imputato risulta preclusa – sulla base di una legge successiva al fatto di reato – la possibilità di accedere ad un rito che gli avrebbe potenzialmente consentito di evitare la condanna ad una pena detentiva; ma addirittura la prova della sua colpevolezza potrebbe essere desunta anche da dichiarazioni rese nell’ambito di una strategia difensiva elaborata avendo come obiettivo proprio tale opzione, poi preclusa.

Quanto, poi, all’esigenza di evitare abusi da parte del potere legislativo, che essa ricorra appare evidente già solo considerando il nome assunto dalla novella normativa: come già evidenziato in sede di primo commento proprio in questa Rivista¹⁶, infatti, il decreto “Caivano” è stato adottato con la forma del decreto-legge proprio sulla base dell’onda emotiva di alcuni fatti di cronaca relativi a violenze sessuali di gruppo che hanno visto coinvolti autori e vittime di giovane e giovanissima età. La gravità dei fatti e la giovane età degli autori, tuttavia, non può certamente giustificare la deroga ad un principio fondamentale dell’ordinamento quale è quello posto dall’art. 25, comma 2, Cost., attraverso quelle che la Corte costituzionale – richiamando la giurisprudenza della Corte Suprema statunitense – ha definito “sentenze in forma di legge”¹⁷.

4.3. A sostegno della natura processuale dell’istituto – e dunque dell’operatività del principio *tempus regit actum* – si invoca, invece, la sentenza 68/2019 della Corte costituzionale¹⁸. In tale pronuncia, la Corte ha ritenuto conforme a Costituzione la disciplina della messa alla prova minorile nella parte in cui, in caso di esito negativo

¹⁵ Corte cost., sent. 32/2020, § 4.3.1. del *Considerato in diritto*.

¹⁶ 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](#), 15 novembre 2023.

¹⁷ Corte cost., sent. 32/2020, § 4.3.1. del *Considerato in diritto*.

¹⁸ Corte cost., sent. 20 febbraio 2019, n. 68, richiamata in questo senso da L. CAMALDO, *Condivisibili dubbi di legittimità costituzionale*, cit., nt. 8.

della prova e di successiva condanna, prevede che il periodo di prova non sia computato come presofferto ai fini della pena detentiva eventualmente applicata. In particolare, si è sostenuto che la Corte, avendo escluso la natura afflittiva della messa alla prova minorile, ne avrebbe escluso la natura sostanziale¹⁹. Ne deriverebbe il “carattere essenzialmente processuale” di “sospensione ‘impropria’” dell’istituto²⁰.

A nostro sommo avviso, però, la sentenza della Corte si presta anche ad una lettura differente. La Corte, infatti, individua una serie di differenze che contraddistinguono la messa alla prova minorile rispetto all’omologo istituto per adulti e all’affidamento in prova ai servizi sociali come misura alternativa alla detenzione; tali differenze giustificano – secondo il ragionamento della Corte – la non totale equiparazione delle misure ai fini del computo del presofferto. La Consulta, in particolare, afferma che “alla messa alla prova per i minorenni [...] non può essere ascritta alcuna funzione sanzionatoria”, in quanto essa “è concepita dal legislatore come in larga parte svincolata da un rapporto di proporzionalità rispetto al reato”: è quindi legittimo che il tempo trascorso in messa alla prova non venga computato come pena espiata²¹.

Cionondimeno, la Corte evidenzia come “anche tale beneficio possa essere concesso soltanto sulla base di un accertamento – sia pure sommario, incidentale e allo stato degli atti – della responsabilità penale dell’imputato”²²; se un accertamento di responsabilità è necessario, però, la messa alla prova non può che configurarsi come risposta ordinamentale ad un reato commesso. La misura in esame, perciò, pur configurandosi come forma di *diversion* processuale, affonda i suoi presupposti ed esplica i suoi effetti sul piano sostanziale: presuppone la commissione di un reato ed impedisce, in caso di esito positivo, l’applicazione della pena. In altre parole, pur con tutte le peculiarità che la caratterizzano, la messa alla prova costituisce una diversa reazione dell’ordinamento alla commissione del reato; rispetto alla stessa, dunque, dovrebbe trovare applicazione il fondamentale principio di irretroattività della legge penale sfavorevole.

Inoltre, è bene evidenziare che – nonostante le innegabili differenze che intercorrono tra la messa alla prova minorile e quella per adulti²³ - entrambi gli istituti producono l’effetto sostanziale di estinguere il reato (art. 29 d.P.R. 448/1988 e art. 168-

¹⁹ La Corte, infatti, afferma che alla messa alla prova per i minorenni “non può essere ascritta alcuna funzione sanzionatoria”; in dottrina, tuttavia, si evidenzia anche come l’istituto sia una “misura di natura non meramente clemenziale”, in quanto persegue un risultato responsabilizzante” e come l’istituto persegua anche una finalità di difesa sociale in senso lato, in quanto la rinuncia alla punizione avviene solo previa analisi del percorso di maturazione del minore (A. CIAVOLA – V. PATANÉ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, in E. ZAPPALÀ (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, III ed., Torino, 2019., p. 188.

²⁰ Il virgolettato è di C. CESARI, *Sub art. 28*, cit.

²¹ Corte cost., sent. 68/2019, par. 3.2.2. del *Considerato in diritto*; peraltro, questa conclusione è stata oggetto di critiche in dottrina: si veda M. MIRAGLIA, *Indagini preliminari e messa alla prova: ragionevoli divergenze tra probation minorile e rito codicistico*, in *Giur. cost.*, 2020, fasc. 4, p. 1620 e dottrina *ivi* citata.

²² Corte cost., sent. 68/2019, par. 3.2.2. del *Considerato in diritto*.

²³ Si veda in particolare G.L. FANULI, *L’istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2014, fasc. 5, p. 428.

ter c.p.). Pertanto, sembra ragionevole ritenere che anche tale istituto debba inquadrarsi nell'ambito delle cause di estinzione del reato, al pari della messa alla prova per adulti, di cui condivide la collocazione a cavallo tra il sostanziale e il processuale²⁴.

Peraltro, le considerazioni appena svolte ci sembra che possano trovare ulteriore appiglio nella sentenza 139 del 2020 della Corte costituzionale²⁵. In quella occasione, infatti, la Corte ha ritenuto infondate le censure rivolte all'istituto della messa alla prova minorile rispetto alla non applicabilità nel corso delle indagini preliminari; a sostegno di tale conclusione la Consulta ha valorizzato in particolare la funzione esclusivamente rieducativa della messa alla prova minorile. Ad essa è "estraneo ogni obiettivo di deflazione giudiziaria" nonché la logica negoziale che connota il parallelo istituti per adulti; il fatto che la messa alla prova minorile sia rimessa all'esclusiva discrezionalità del giudice giustifica la sua applicazione solo a partire dall'udienza preliminare in quanto "presuppone quantomeno una definizione approssimativa dei fatti, sintomatici delle necessità rieducative del minore indagato"²⁶. Dalle parole della Consulta emerge – ci sembra – la connotazione della messa alla prova come peculiare risposta non sanzionatoria alla commissione di un reato; non solo un particolare modulo procedimentale, ma una vera e propria reazione non punitiva²⁷.

5. Lo spazio di questi brevi note non consente di approfondire oltre l'argomentazione che si è cercato di abbozzare; la questione, peraltro, appare destinata a trovare una risposta definitiva ad opera della Corte costituzionale, che sarà a breve chiamata a pronunciarsi sulla questione sollevata dal g.u.p. di Bari²⁸. Ci sembra, tuttavia, che la questione evidenzi ancora una volta come, quando ci si confronta con le garanzie fondamentali, non è possibile ragionare in ottica rigida qualificando una volta per tutte un istituto come sostanziale o processuale; come ormai evidenziato da tempo dalla dottrina, determinante è l'ambito applicativo della singola garanzia che discende, in ultima analisi, dalla sua *ratio*²⁹.

²⁴ Sulla "natura ambivalente" della messa alla prova codicistica, si veda L. BONTEMPI, *Sub art. 162-bis*, in E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Codice penale commentato*, Tomo I, V ed., Milano, 2021, p. 2375.

²⁵ Corte cost., sent. 10 giugno 2020, n. 139.

²⁶ Corte cost., sent. 139/2020, par. 4.5.1. del *Considerato in diritto*.

²⁷ Ci sembra questo il senso delle considerazioni svolte da A. CIAVOLA – V. PATANÉ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, cit., p. 187 ss.

²⁸ La discussione risulta fissata all'udienza del 15 ottobre 2024.

²⁹ Si veda L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, p. 205 ss.

ABUSO D'UFFICIO E TRAFFICO DI INFLUENZE DOPO LA L. 114/2024: IL QUADRO DEI PROBLEMI DI DIRITTO INTERTEMPORALE E LE POSSIBILI QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

di Gian Luigi Gatta

1. Con l'entrata in vigore della legge Nordio, il 25 agosto 2024, la prassi dovrà confrontarsi con gli effetti sui procedimenti pendenti e definiti, aventi ad oggetto imputazioni per abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite. Come è noto, infatti, l'art. 1 della l. 9 agosto 2024, n. 114 con la lettera b) ha abrogato l'art. 323 c.p. e, con la lettera e), ha sostituito l'art. 346-bis c.p. In assenza di una disciplina transitoria, le questioni di diritto intertemporale dovranno essere affrontate e risolte al metro della disciplina generale in tema di successione di leggi penali prevista dall'art. 2 c.p., domandandosi, caso per caso, se ricorre una *abolitio criminis*.

Nei limiti in cui le regole processuali lo consentano – e a seconda della fase processuale –, ci si potrà inoltre domandare se è possibile modificare l'imputazione o la qualificazione giuridica del fatto, ove riconducibile anche ad altre figure di reato (ad esempio, l'omissione di atti d'ufficio, la turbativa d'asta, la truffa, ecc.).

In caso di riconosciuta *abolitio criminis*, ci si potrà infine chiedere se è possibile sollevare questioni di legittimità costituzionale. Notizie di stampa dei giorni scorsi hanno dato conto di come, in un procedimento penale con oltre trenta imputati, relativo a concorsi universitari, la [Procura di Firenze](#) starebbe valutando la possibilità di eccepire l'illegittimità costituzionale della norma che ha abrogato l'abuso d'ufficio. D'altra parte, sarà possibile valutare l'opportunità, ancor prima, di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia della UE per chiarire se l'assetto normativo risultante dalla legge Nordio sia compatibile con le pertinenti disposizioni del diritto dell'U.E. (in particolare, quelle in tema di c.d. peculato per distrazione).

Alla ripresa dell'attività giudiziaria, dopo la sospensione feriale, questi e altri interrogativi si porranno in un considerevole numero di procedimenti (migliaia sono quelli pendenti solo per abuso d'ufficio), in tutte le fasi: dalle indagini preliminari (dove a venire in rilievo sarà la possibile archiviazione dei procedimenti), al dibattimento, all'appello, al giudizio di legittimità, fino all'esecuzione penale. In quest'ultima fase, in particolare, è verosimile prevedere che davanti a tribunali e corti d'appello saranno avviati numerosi incidenti d'esecuzione per chiedere la revoca ex art. 673 c.p.p. delle sentenze di condanna o di patteggiamento per abuso d'ufficio o traffico di influenze passate in giudicato (sono oltre 3623, dal 1997 al 2022, quelle per abuso d'ufficio: dati del Casellario giudiziale).

Ricordiamo al lettore che gli effetti favorevoli dipendenti dall'*abolitio criminis* sono plurimi: la cessazione dell'esecuzione della pena detentiva (se costituisce l'unico titolo di detenzione) o di eventuali misure cautelari personali in corso, il venir

meno di eventuali pene accessorie (es., l'interdizione dai pubblici uffici e l'incapacità di contrattare con la p.a.) ed effetti penali della condanna. Chi può far valere l'*abolitio criminis* può fruire nuovamente della sospensione condizionale della pena in caso di condanna per un altro reato (cfr. Cass. S.U. Catanzaro n. 4687/2005); può evitare la contestazione della recidiva, sempre in caso di commissione di altro delitto non colposo (cfr., da ultimo, Cass. Sez. I, n. 28203/2023); può sottrarsi alle ipotesi di incandidabilità o di incapacità di ricoprire cariche in Parlamento, nel Governo, nelle Regioni, comuni o province, a norma della c.d. legge Severino (d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235). Sia l'abuso d'ufficio, sia il traffico di influenze illecite, infatti, sono annoverati da quella legge tra i reati la condanna definitiva per i quali può determinare, sul piano amministrativo, l'incandidabilità o l'incompatibilità ad assumere cariche pubbliche, ovvero la sospensione delle stesse, in caso di condanna non definitiva. Chi ha riportato una condanna e riesce ora a far valere l'intervenuta *abolitio criminis* esclude pertanto nei suoi confronti gli effetti della c.d. legge Severino (che il legislatore si è peraltro dimenticato di modificare, eliminando i riferimenti espressi all'art. 323 contenuti negli artt. 7 e 10 e sostituendoli – come sarebbe stato quanto meno opportuno e come ha fatto nel caso dell'art. 322 bis c.p. – con il riferimento al nuovo delitto di cui all'art. 314 bis c.p.).

Restano ferme, invece, le obbligazioni civili da reato (cfr. Cass. S.U. Schirru, n. 46688/2016; Cass. Sez. V, n. 4266/2006), comprese quelle relative al pagamento delle spese processuali (Cass. Sez. III, n. 1029/1993).

Un problema che si potrà porre è inoltre quello della revoca della confisca – diretta o per equivalente – che sia stata disposta. Sul punto rinviato a un ancora attuale pregevole [contributo di Stefano Finocchiaro](#), pubblicato su *Diritto penale contemporaneo* nel 2018. In quel contributo si ricostruisce il quadro, non univoco, della giurisprudenza formatasi in materia e si argomenta, in modo persuasivo, a favore della revoca della confisca, diretta o per equivalente, distinguendo però l'ipotesi in cui la confisca non sia stata ancora eseguita (in tal caso, non può più esserlo, dopo l'abolizione del reato) ovvero sia stata eseguita (in questo caso la situazione giuridica si è già consolidata – al pari di quella di chi, al momento dell'abolizione del reato, ha già scontato la pena detentiva irrogata per quel reato – e non può quindi farsi luogo alla restituzione dei beni confiscati). La questione, evidentemente, ha ripercussioni sulla sorte degli eventuali provvedimenti di sequestro in corso, le cui sorti saranno messe in discussione.

In attesa di seguire lo sviluppo delle prime applicazioni giurisprudenziali, ci proponiamo ora di svolgere qualche ulteriore considerazione, di metodo e di merito, addentrandoci nel non semplice scenario che da subito si presenta alla prassi.

2. Va osservato, anzitutto, che i problemi di diritto intertemporale si pongono *diversamente* per l'abuso e per il traffico di influenze illecite. Nel caso dell'abuso d'ufficio, infatti, si è di fronte all'abrogazione della norma incriminatrice, che apre la strada, in via di principio (e salvo quanto si dirà) all'abolizione integrale della figura di reato. Nel caso del traffico di influenze illecite, invece, a venire in rilievo è una riformulazione della fattispecie che ne restringe l'ambito di applicazione, con esito

di abolizione del reato solo parziale (per quanto estesa, come si dirà). Procediamo con ordine.

2.1. Abuso d'ufficio. - Prima di giungere alla conclusione che l'abrogazione dell'art. 323 c.p. determina una (integrale) *abolitio criminis*, occorre escludere che nel caso di specie ricorra una c.d. *abrogatio sine abolitione*. Conclusioni affrettate, nel senso della sopravvenuta abolizione del reato, non sono ammesse perché è pacifico in dottrina come in giurisprudenza che la formale abrogazione di una norma incriminatrice non sempre comporta l'abolizione del reato¹. Può infatti accadere che una certa classe di fatti, già in precedenza riconducibili alla norma incriminatrice abrogata, conservi rilevanza penale in quanto riconducibile a un'altra norma incriminatrice:

a) che sia già prevista nell'ordinamento e che, in quanto generale, sia divenuta applicabile solo dopo e per effetto della modifica legislativa, ovvero;

b) che sia stata introdotta contestualmente alla modifica legislativa.

Sul punto, in giurisprudenza, resta fondamentale il riferimento alla sentenza delle Sezioni Unite Rizzoli del 2009 (n. 24468), nella quale si è chiarito, quanto all'ipotesi sub a), che il fenomeno ricorre quando la fattispecie soppressa è speciale e che, in caso di *abrogatio sine abolitione*, non trova applicazione l'art. 2, co. 2 bensì l'art. 2, co. 4 c.p.: il fatto oggetto del giudizio resta penalmente rilevante e si applica (quanto, in particolare, al trattamento sanzionatorio) la disciplina più favorevole tra quelle in successione (v. anche, da ultimo, Cass. S.U. n. 19357/2024, ric. Mazzearella). Valga, per tutti, il caso dell'abrogazione nel 1981 della norma (art. 587 c.p.) che puniva l'omicidio per causa d'onore: nessuna *abolitio criminis* perché i fatti antecedentemente commessi hanno continuato ad essere rilevanti come omicidi comuni, con applicazione della disciplina più favorevole tra quelle in successione.

2.1.1. Il primo accertamento da compiere, per escludere una *abolitio criminis*, integrale o parziale, è dunque relativo all'esistenza di fattispecie *generalis* rispetto all'abuso d'ufficio, divenute applicabili dopo l'abrogazione dell'art. 323 c.p. La risposta ci sembra negativa: l'abuso d'ufficio era norma tutt'altro che speciale nel sistema dei delitti contro la p.a. e le fattispecie alle quali si può pensare in via di ipotesi – quali il peculato, il rifiuto/omissione di atti d'ufficio, la turbativa d'asta – sono con l'abuso d'ufficio, tutt'al più, in rapporto di interferenza o di specialità: certamente, non sono fattispecie generali. Ed è giusto il caso di sottolineare che la specialità che viene in rilievo rispetto alla successione di leggi penali, nell'ambito del criterio strutturale di accertamento dell'*abolitio criminis*, è solo quella unilaterale, come nell'art. 15 c.p., poiché, come hanno di recente affermato le Sezioni Unite sul parallelo terreno del concorso apparente di norme, “le altre tipologie di relazioni tra norme, quali la specialità reciproca o bilaterale, non evidenziano alcun rapporto di ‘genus’ a ‘speciem’ (Cass. S.U.

¹ Sia consentito rinviare a G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 13 ed., 2024, p. 150 s.

n. 27727/2024, ric. Gambacurta. V. anche, in tema di successione di leggi penali, Cass. S.U. n. 19357/2024, ric. Mazzarella).

Peculato e turbativa d'asta, in particolare, sono reati più gravi – non in rapporto di specialità – che, ove integrati, escludevano l'abuso d'ufficio in applicazione del criterio della sussidiarietà. Il legislatore aveva limitato infatti l'area della fattispecie di cui all'art. 323 c.p. prevedendone l'applicazione “salvo che il fatto non costituisca un più grave reato”. I fatti che integrano un altro e più grave reato continuano ad essere penalmente rilevanti senza che su di essi abbia alcuna influenza l'abrogazione dell'art. 323 c.p., norma che *non era applicabile*. Se, erroneamente, quei fatti sono stati contestati o qualificati come abuso d'ufficio, si tratta di verificare, alla luce delle pertinenti norme processuali, se è possibile correggere l'errore e modificare l'imputazione o la qualificazione del fatto all'esito del giudizio (l'errore, invece, non ci sembra riparabile dopo il giudicato: mancando una continuità normativa tra peculato (per appropriazione), turbativa d'asta e abuso d'ufficio, la condanna definitiva per quest'ultimo reato deve essere revocata ai sensi dell'art. 673 c.p.p. e dell'art. 2, co. 2 c.p.).

Analogo discorso ci sembra che valga per la fattispecie di rifiuto/omissione di atti d'ufficio. In questo caso si tratta di un reato meno grave che, secondo la giurisprudenza (cfr. Cass. Sez. VI, n. 10009/2010), rimaneva assorbito in quello, più grave, di abuso d'ufficio. Non essendo norma generale, l'art. 328 c.p. non può essere invocato, a noi pare, per escludere l'*abolitio criminis* in rapporto all'abuso d'ufficio realizzato in forma omissiva. Quel che, invece, ci sembra possibile, sempre nei limiti in cui sia consentito dalle regole sulla modifica dell'imputazione della correlazione tra accusa e sentenza (e, anche in questo caso, con esclusione dei casi già coperti dal giudicato), è riqualificare ai sensi dell'art. 328 c.p. alcuni abusi per omissione che avevano assorbito il delitto di cui all'art. 328 c.p. I rapporti tra abuso d'ufficio e rifiuto/omissione di atti d'ufficio evidenziano, peraltro, un profilo di irragionevolezza dell'abrogazione dell'art. 323 c.p., ravvisabile nel non punire il più grave fatto di abusare dell'ufficio e di continuare a punire, invece, l'assai meno grave fatto di rifiutare od omettere di compiere un atto d'ufficio. Si pensi a un procedimento penale che, in relazione a una medesima vicenda, si concluda con il proscioglimento per *abolitio criminis* dell'imputato per abuso d'ufficio (il sindaco, in ipotesi) e con la condanna di un coimputato (il responsabile di un ufficio tecnico del comune) chiamato a rispondere del meno grave delitto di cui all'art. 328 c.p. Una questione di legittimità costituzionale, per violazione del principio di uguaglianza/ragionevolezza ex art. 3 Cost., potrebbe in ipotesi essere valutata sia in rapporto alla norma abrogatrice dell'abuso d'ufficio (incontrando però un limite nell'insindacabilità delle leggi penali con effetto *in malam partem*), sia in rapporto all'art. 328 c.p. (ove la questione ci sembra ammissibile perché il suo accoglimento determinerebbe effetti *in bonam partem*).

2.1.2 Il secondo accertamento da compiere, per escludere l'*abolitio criminis*, riguarda come si diceva l'esistenza di una fattispecie introdotta contestualmente all'abrogazione dell'art. 323 c.p. che conservi, senza soluzione di continuità, la rilevanza penale di una o più sottofattispecie dell'abuso d'ufficio.

In questo caso la risposta è affermativa e ci porta a concludere nel senso che l'abrogazione dell'art. 323 c.p. ha comportato una *abrogatio sine integrale abolitione*. Infatti, la quasi contestuale (e, ciò che conta, *antecedente*) introduzione dell'art. 314 *bis* c.p. (Indebita destinazione di denaro o cose mobili) ad opera del d.l. n. 92/2024, entrato in vigore prima dell'abrogazione dell'art. 323 c.p., determina *senza soluzione di continuità* la rilevanza penale delle condotte di peculato per distrazione prima riconducibili (per giurisprudenza consolidata) alla fattispecie dell'abuso d'ufficio e aventi ad oggetto denaro o cose mobili. L'introduzione del nuovo delitto di cui all'art. 314 *bis* c.p. si giustifica infatti *proprio* per conservare rilevanza penale ai fatti di peculato per distrazione anche dopo l'abrogazione dell'abuso d'ufficio: una scelta imposta da un obbligo di incriminazione di fonte europea e dalla necessità (della quale il Governo si è avveduto solo all'ultimo minuto) di evitare una procedura di infrazione (rinviando, sul punto, a [un nostro contributo pubblicato su questa Rivista](#)). La nuova fattispecie, non a caso *modellata* sull'art. 323 c.p., nella versione risultante dalla riforma del 2020, è *speciale* rispetto all'abuso d'ufficio ed è divenuta applicabile, a ben vedere, prima ancora dell'entrata in vigore della legge Nordio. Con la nuova incriminazione, introdotta dal c.d. decreto carceri, il legislatore, in zona Cesarini, ha sottratto all'*abolitio criminis* una classe di fatti prima riconducibili all'abuso d'ufficio, impedendo così una abolizione integrale di quel reato. Ne consegue che le condanne definitive per peculato per distrazione, se relative a denaro e beni mobili, non potranno essere revocate ex art. 673 c.p.p. e che, nei procedimenti in corso, i fatti dovranno essere riqualificati ai sensi dell'art. 314 *bis* c.p., legge più favorevole, ai sensi dell'art. 2, co. 4 c.p., rispetto all'art. 323 c.p. (i limiti edittali sono più bassi, sia nel minimo sia nel massimo).

Attenzione però. I fatti di abuso/peculato per distrazione relativi a beni immobili (si pensi all'utilizzo di un appartamento, di un garage o di un ufficio per fini privati, diversi da quelli per i quali è stato assegnato), tuttavia, perdono rilevanza penale – con esito di *abolitio criminis* – perché l'art. 314 *bis* c.p. fa esclusivo riferimento ai beni mobili. Rispetto all'abolizione di questi fatti, quando riguardano interessi finanziari dell'Unione Europea (e la sfera dell'art. 322 *bis* c.p.), è a nostro avviso prospettabile una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, co. 1 Cost., in relazione all'art. 4(3) della Direttiva UE 2017/1371, che obbliga a punire la distrazione di beni lesiva degli interessi della UE, senza alcuna limitazione ai soli beni mobili. La questione potrebbe essere sollevata, a noi pare, non già rispetto all'art. 314 *bis* (inapplicabile) ma rispetto alla norma che, abrogando l'art. 323 c.p. e il relativo riferimento nell'art. 322 *bis* c.p., ha comportato la sopravvenuta mancata attuazione dell'obbligo di incriminazione. Quanto alla rilevanza della questione, è l'applicazione di quella norma abrogatrice che comporta l'*abolitio criminis*, in violazione di un obbligo di incriminazione. In punto di ammissibilità, poi, va segnalato che la giurisprudenza della Consulta (v., tra le altre, [Corte cost. n. 37 del 2019](#)) ha individuato tra le eccezioni al divieto di sindacato delle norme penali con effetti *in malam partem* proprio "la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, primo comma, Cost.". Prima ancora di sollevare una questione di legittimità costituzionale, il giudice potrebbe peraltro porre alla Corte di Giustizia UE una questione pregiudiziale, volta ad appurare se contrasta con la predetta Direttiva una

normativa che dà rilievo alla sola distrazione di beni mobili e non anche di beni immobili, con effetti lesivi per gli interessi finanziari dell'Unione.

2.1.3. In conclusione, è evidente che il legislatore – costretto dai vincoli europei – ha sottratto dall'*abolitio criminis* la parte senza dubbio minoritaria dei fatti di abuso d'ufficio contestati nella prassi (i peculati per distrazione di denaro e cose mobili). Gli abusi di vantaggio, gli abusi di danno e le omesse astensioni in presenza di conflitti di interessi (oltre ai peculati per distrazione di beni immobili) cadono nella sfera dell'art. 2, co. 2 c.p., realizzando quei vuoti di tutela penale denunciati a più riprese da inascoltati accademici e magistrati nel corso dei lavori parlamentari e che verranno alla luce nelle prossime settimane, man mano che gli esiti di abolizione del reato saranno dichiarati nelle migliaia di procedimenti penali pendenti o definiti. Ciò accadrà nei giudizi di esecuzione, quanto ai fatti coperti dal giudicato, e potrà accadere nei procedimenti ancora in corso a meno che non sia possibile riqualificare i fatti (e, quando necessario, modificare le imputazioni) riconducendoli a un'altra norma incriminatrice.

2.1.4. Una avvertenza. Va ricordato che in non pochi casi l'abolizione del reato può già essere stata determinata dalla precedente riformulazione del 2020, che aveva interessato l'abuso d'ufficio con esiti, appunto, di parziale *abolitio criminis* relativi ad alcune condotte (rinviamo, sul punto, a [un nostro precedente contributo](#)). In relazione ai fatti commessi prima della riforma del 2020, pertanto, il problema della successione di leggi penali nel tempo va valutato tenendo conto degli effetti delle due leggi in successione: quella del 2020 e quella del 2024. È possibile, infatti, che l'*abolitio criminis* sia stata già determinata dalla riforma del 2020 (cfr. Cass. Sez. VI, nn. 38125/2023; 28402/2022; 23794/2022; 13136/2022). Ciò, in particolare, potrà dirsi in rapporto ai fatti commessi violando: a) norme di regolamento; b) norme di legge dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse; c) regole di condotta, anche di fonte primaria, che lascino residuare margini di discrezionalità. Detto in altri termini, posto che l'intervento del 2020 aveva ristretto la fattispecie dell'abuso d'ufficio e determinato una parziale *abolitio criminis*, l'intervento del 2024 può logicamente avere comportato una *abolitio criminis* solo in rapporto alle sottofattispecie non abolite nel 2020.

Tornando ora al peculato per distrazione, quel che dicevamo sopra, relativamente alla sua perdurante rilevanza penale attraverso l'art. 314 *bis* c.p., è in realtà vero solo per i fatti che, dopo la riforma del 2020, erano ancora riconducibili all'art. 323 c.p. Di qui un'altra possibile questione di legittimità costituzionale, sempre con riferimento ai fatti lesivi degli interessi finanziari dell'UE, realizzati sia prima sia dopo la riformulazione e poi l'abrogazione dell'abuso d'ufficio e l'introduzione dell'art. 314 *bis* c.p. L'art. 4(3) della Direttiva 2017/1371, infatti, a differenza sia dell'abrogato art. 323 c.p. sia del nuovo art. 314 *bis* c.p., non limita la rilevanza penale della distrazione di denaro o beni ai fatti commessi in violazione di norme di legge (non quindi, di regolamento) e dai quali non residuino margini di discrezionalità. I fatti di distrazione commessi in violazione di norme di fonte sub-legislativa o di norme che lasciano con margini di discrezionalità hanno perso rilevanza penale nel 2020, prima ancora dell'attuazione della direttiva stessa realizzata solo nel 2022, allorché è stato inserito

nell'art. 322 bis c.p. il riferimento all'art. 323 c.p. (d.lgs. n. 156/2022). La Direttiva europea non è mai stata attuata in questa parte e, pertanto, né lo è ora per effetto dell'introduzione del nuovo art. 314 bis c.p. Il Paese è esposto a una possibile procedura di infrazione, sul punto, e per quanto si è detto è possibile che la giurisprudenza percorra sia la strada del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sia quella della questione di legittimità costituzionale per mancata attuazione (originaria) di un obbligo di incriminazione.

2.1.5. A fronte dell'intervenuta *abolitio criminis*, potrà sorgere il dubbio della legittimità costituzionale della scelta – indubbiamente molto forte – di abolire la norma che incrimina l'abuso d'ufficio. A nostro parere, argomenti solidi a sostegno di una questione di legittimità costituzionale sono quelli che, in tema di peculato per distrazione, fanno leva sui segnalati profili di mancata attuazione dell'obbligo di incriminazione previsto dalla citata direttiva sulla tutela degli interessi finanziari della UE. Analogo obbligo di incriminazione dell'abuso d'ufficio, al netto di tutte le altre sue sottofattispecie, non è invece previsto allo stato da alcuna fonte europea o sovranazionale. È vero che la [proposta di Direttiva Europea](#) per il contrasto della corruzione prevede un obbligo di incriminazione dell'abuso d'ufficio all'art. 11(1): “Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché sia punibile come reato la condotta seguente, se intenzionale: 1. l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo”. Senonché si tratta allo stato di una mera proposta: non di una norma invocabile quale parametro interposto di legittimità costituzionale in rapporto all'art. 117, co. 1 Cost. Il discorso sarebbe diverso se la proposta dovesse un domani tradursi in obbligo di incriminazione. Senonché proprio su proposta del Governo italiano, rappresentato dal Ministro Nordio in una riunione svoltasi nel mese di giugno scorso, il Consiglio dei ministri della giustizia dell'Unione europea ha approvato di proporre una modifica dell'art. 11 della Direttiva che trasforma l'obbligo di incriminazione dell'abuso d'ufficio in una mera facoltà: “gli Stati membri [...] possono prendere le misure necessarie affinché [...] l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo, sia punibile come reato, se intenzionale. [...]”. Il video dell'intervento del Ministro Nordio è reperibile attraverso [questo link](#). Si tratterà di vedere come procederanno i lavori di approvazione della proposta di Direttiva.

Quanto alla Convenzione di Merida (ONU, 2003), che viene spesso invocata nel dibattito pubblico, va precisato che all'art. 19 prevede non un obbligo di incriminazione ma una raccomandazione/facoltà per gli stati aderenti di punire l'abuso d'ufficio (“Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the abuse of functions or position, that is, the performance of or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the discharge of his or her functions, for the purpose of obtaining an undue advantage for himself or herself or for another person or entity”). Ci si può forse chiedere se la sopravvenuta abrogazione dell'abuso d'ufficio,

reato *persistente* alla Convenzione di Merida che attuava l'art. 19, integri una violazione del diritto internazionale (e, quindi, dell'art. 117, co. 1 Cost.); se, cioè, esista un vincolo convenzionale che impedisca al nostro Paese di fare un passo indietro. La questione meriterebbe di essere approfondita, per quanto la strada sembri senz'altro in salita.

È verosimile ritenere che, nella prassi, si valuterà se sollevare questioni di legittimità costituzionale in rapporto ad altri parametri e, in particolare, agli artt. 3 e 97 Cost. La strada, ammesso che sia percorribile, è a nostro avviso senz'altro in salita, in punto di ammissibilità di eventuali questioni. Basta leggere, per rendersene conto, i principi affermati dalla Consulta nella [sentenza n. 8/2022](#). Con quella decisione furono dichiarate in parte inammissibili e in parte infondate questioni di legittimità costituzionale sollevate in rapporto all'abolizione parziale del 2020 (la pre-morte dell'abuso d'ufficio).

La questione infondata, benché ammissibile, non è riproponibile perché relativa al *procedimento di formazione della norma* che riformulò in chiave restrittiva l'abuso d'ufficio e, in particolare, alla lamentata violazione dell'art. 77 Cost., essendo stata la riforma realizzata (non con una legge, come nel caso che ci occupa, ma) con un decreto-legge (il giudice a quo dubitava dei requisiti di necessità e urgenza e rilevava l'estraneità della materia alle altre disposizioni del decreto, relative all'emergenza Covid).

Le questioni ritenute inammissibili erano relative proprio alla violazione degli artt. 3 e 97 Cost. La Corte (v. il punto 7 della motivazione in diritto) ha argomentato l'inammissibilità in ragione della preclusione delle sentenze *in malam partem*: tale sarebbe quella che, dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma abrogatrice dell'abuso d'ufficio, comporterebbe la reviviscenza della relativa norma incriminatrice. La Consulta ha precisato che non si tratta di sindacare una norma di favore (che nel linguaggio della giurisprudenza costituzionale – si badi – *non va confusa con una mera norma più favorevole*, quale è quella che abolisce un reato): la richiesta di sindacato *in malam partem* del giudice a quo, infatti, “non mira[va] a far riesperire una norma *tuttora* presente nell'ordinamento, ma a ripristinare la norma abrogata, espressiva di una scelta di criminalizzazione non più attuale: operazione preclusa alla Corte”.

Parole tombali, a noi pare, alle quali ne seguono altre: “Questa Corte ha già applicato, peraltro, i ricordati principi all'evoluzione legislativa dell'abuso d'ufficio, dichiarando inammissibili, con la sentenza n. 447 del 1998, questioni analoghe a quelle ora in esame, sollevate in riferimento ai medesimi parametri (artt. 3 e 97 Cost.), aventi ad oggetto l'art. 323 c.p., come riformulato – anche allora in senso restrittivo – dalla legge n. 234 del 1997”. Facciamo parlare ancora la sentenza n. 8/2022: “Nell'occasione, si è posto in evidenza come una censura di illegittimità costituzionale non possa basarsi sul pregiudizio che la formulazione, in assunto troppo restrittiva, di una norma incriminatrice, recherebbe a valori di rilievo costituzionale, quali, nella specie, l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione. Le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono, infatti, nella tutela penale, ben potendo essere soddisfatte con altri precetti e sanzioni: l'incriminazione costituisce anzi un'*extrema ratio*, cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o l'inadeguatezza di altri mezzi di tutela (sentenza n. 447 del

1998; in senso analogo, con riferimento all'abrogazione del reato di ingiuria, sentenza n. 37 del 2019; si vedano pure la sentenza n. 273 del 2010 e l'ordinanza n. 317 del 1996). Si è rilevato, altresì, nella medesima occasione, che, in linea di principio, neppure può tradursi in una questione di legittimità costituzionale della norma incriminatrice il rilievo che altre condotte, diverse da quelle individuate come fatti di reato dal legislatore, avrebbero dovuto essere a loro volta incriminate per ragioni di parità di trattamento o in nome di esigenze di ragionevolezza. «La mancanza della base legale – costituzionalmente necessaria – dell'incriminazione, cioè della scelta legislativa di considerare certe condotte come penalmente perseguibili, preclude radicalmente la possibilità di prospettare una estensione ad esse delle fattispecie incriminatrici attraverso una pronuncia di illegittimità costituzionale» (sentenza n. 447 del 1998). In altre parole, ove pure, in ipotesi, la norma incriminatrice (non qualificabile come norma penale di favore) determinasse intollerabili disparità di trattamento o esiti irragionevoli, il riequilibrio potrebbe essere operato dalla Corte solo “verso il basso” (ossia *in bonam partem*): non già *in malam partem*, e in particolare tramite interventi dilatativi del perimetro di rilevanza penale (sulla inammissibilità di questioni *in malam partem* basate sulla denuncia di violazione dell'art. 3 Cost., *ex plurimis*, sentenza n. 411 del 1995; ordinanze n. 437 del 2006 e n. 580 del 2000)”. Un'affermazione, quest'ultima, che a ben vedere potrebbe essere valorizzata per portare argomenti a favore della tesi della illegittimità costituzionale dell'art. 328 c.p., per le ragioni sopra esposte.

2.2. Veniamo ora al traffico di influenze illecite. In questo caso, come si è detto, si tratta di accertare se, nel caso oggetto del giudizio in corso o della sentenza di condanna o di patteggiamento passata in giudicato, si è verificata una *abolitio criminis*. La legge Nordio ha riformulato la fattispecie in senso restrittivo, dando luogo così, senza dubbio, a una parziale abolizione del reato, che interessa i fatti non più riconducibili alla fattispecie, dopo la modifica legislativa.

In rapporto ai fatti che, invece, restano sussumibili nell'art. 346 *bis* c.p. deve trovare applicazione l'art. 2, co. 4 c.p.: nei procedimenti in corso troverà applicazione la disciplina più favorevole tra quelle in successione. Si tratterà, di norma, di quella prevista prima della riforma, che ha innalzato di sei mesi la pena minima edittale della reclusione, che passa da un anno a un anno e sei mesi, invariato restando il massimo edittale di quattro anni e sei mesi. Senonché la nuova disciplina potrebbe in concreto risultare più favorevole perché ha esteso al traffico di influenze illecite due cause di non punibilità: quella del ravvedimento postdelittuoso di cui all'art. 323 *bis*, co. 2 c.p. e quella della tempestiva e volontaria denuncia del fatto, di cui all'art. 323 *ter* c.p. Si tratterà, dunque, di valutare se nel caso concreto risulti più favorevole per il reo l'applicazione della vecchia o della nuova disciplina; evenienza, quest'ultima, che si verificherà in presenza dei presupposti per applicare le nuove cause di non punibilità.

Per individuare i fatti che, invece, sono interessati dalla parziale *abolitio criminis*, occorre richiamare quelli che, in un nostro contributo al quale rinviando, abbiamo definito cinque lacci che hanno comportato il soffocamento applicativo della fattispecie. I fatti strozzati da anche solo uno di questi lacci hanno perso rilevanza penale (sono penalisticamente morti, in altri termini). A tal fine può risultare utile la tabella di

confronto tra la vecchia e la nuova fattispecie, allegata al nostro contributo che si può leggere [cliccando qui](#).

2.2.1. Fatti commessi vantando relazioni asserite con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio. La nuova fattispecie si riferisce solo alle relazioni esistenti e, pertanto, non dà più rilievo ai fatti commessi da faccendieri (o trafficanti di influenze) millantatori. Va ricordato che, nel 2019, la c.d. legge Spazzacorrotti abolì il delitto di millantato credito (art. 346 c.p.) e, contestualmente, estese la portata del traffico di influenze illecite alla vanteria di relazioni asserite. A tal proposito, una recente sentenza delle [Sezioni Unite \(sentenza Mazzearella, n. 19357/2024\)](#), riferendosi alle millanterie commesse prima del 2019, ha affermato l'intervenuta *abolitio criminis*, ritenendo esclusa la continuità normativa tra l'abrogato millantato credito c.d. corruttivo ex art. 346, comma 2 c.p. e il traffico di influenze illecite. La sentenza Mazzearella si è posta il problema della possibile riconducibilità dei fatti di millantato credito corruttivo alla fattispecie della truffa aggravata ex art. 640, n. 1 c.p., che escluderebbe l'*abolitio criminis* determinando in rapporto al millantato credito un fenomeno di *abrogatio sine abolitione*. La conclusione è nel senso che "l'assenza di una relazione di specialità unilaterale tra le due considerate disposizioni incriminatrici [il millantato credito corruttivo e la truffa ai danni dello Stato o di altro ente pubblico] impedisce di ravvisare gli estremi di quella continuità normativa che, ai sensi dell'art. 2, co. 4 c.p., consentirebbe al giudice di riqualificare i fatti, già integranti gli estremi di una fattispecie incriminatrice speciale oramai abolita, ai sensi di altra norma generale preesistente e tornata ad essere applicabile". In particolare, secondo la sentenza Mazzearella, che qui richiamiamo per l'evidente interesse rispetto al tema che ci occupa, "...va rilevato che tra le norme previste dagli artt. 640 e 346, co. 2 c.p. non esisteva affatto un rapporto di genere a specie, inteso come relazione di specialità unilaterale...: perché il confronto della struttura astratta dei due Illeciti permette di affermare che nella fattispecie del millantato credito c.d. "corruttivo" non erano presenti tutti gli elementi costitutivi della truffa, ma solo alcuni latamente comuni (il millantare credito in una, gli artifici e raggiri nell'altra) ed altri specializzanti (il pretesto di dover comprare o remunerare, e la promessa di altra utilità); senza, però, che nell'art. 346, co. 2 c.p. fossero richiamati gli ulteriori elementi specializzanti propri del solo reato di truffa (l'induzione in errore, l'atto di disposizione patrimoniale e l'ingiusto profitto con altrui danno)". L'assenza di un rapporto di specialità con la truffa, pertanto, conferma per le S.U. l'*abolitio criminis* del millantato credito corruttivo, determinata dalla ritenuta eterogeneità strutturale con la fattispecie (plurisoggettiva) di traffico di influenze come riformulata nel 2019. Ciò non toglie, precisano infine le S.U. con un argomento che peraltro ci sembra confermare quanto da noi più sopra ipotizzato in merito ai rapporti tra abuso d'ufficio e altri reati (come peculato, turbativa d'asta, rifiuto/omissione di atti d'ufficio) che, ricorrendone i presupposti, "le condotte, già integranti gli estremi dell'abolito reato di cui all'art. 346, co. 2 c.p., potevano, e tuttora possono, configurare gli estremi del reato di truffa (in passato astrattamente concorrente con quello di millantato credito corruttivo), purché siano formalmente contestati e accertati in fatto tutti gli elementi costitutivi della relativa diversa fattispecie incriminatrice".

I principi della sentenza Mazzarella andranno ora applicati per valutare i rapporti tra il traffico di influenze, nella versione del 2019 e la truffa aggravata. Alla luce di quella sentenza – per analogia di argomenti – sembra doversi escludere un rapporto di specialità tra le due fattispecie (e, in particolare, la natura *generale* della fattispecie di cui all’art. 640 c.p., la cui affermazione escluderebbe l’*abolitio criminis*), con la conseguenza che la legge Nordio comporta una *abolitio criminis* del traffico di influenze millantate, con conseguente revocabilità delle sentenze definitive (condivide questa opinione, scrivendo prima del deposito della sentenza Mazzarella, [V. Mongillo, Splendore e morte del traffico di influenze illecite](#), in questa Rivista, 22.3.2024, p. 28). Ciò non toglie, in linea con quanto affermato dalla sentenza Mazzarella a proposito del millantato credito corruttivo, che i fatti commessi dal mediatore vantando relazioni asserite possono in via di principio conservare rilevanza penale se ricorrono gli estremi di una truffa (della quale andrà peraltro verificata la procedibilità). In questo senso si esprime anche la Relazione al disegno di legge Nordio. Senonché – si noti – ciò non potrà riguardare chi dà o promette denaro o utilità al mediatore: una volta che la vicenda è attratta nello schema della truffa, costui ne è una vittima non punibile. La riquilificazione del fatto o la modifica dell’imputazione non potrà dunque attingere chi è ricorso al trafficante di influenze millantate.

2.2.2. Dolo intenzionale di utilizzo di relazioni esistenti con il pubblico funzionario. La nuova formulazione dell’art. 346 *bis* c.p., introdotta dalla legge Nordio, precisa che l’utilizzazione delle relazioni deve avvenire “*intenzionalmente* allo scopo” di porre in essere le condotte che integrano la fattispecie delittuosa. Con una espressione tecnicamente infelice, il legislatore ha voluto restringere l’ambito di applicazione della fattispecie aggiungendo il requisito del dolo intenzionale in rapporto all’utilizzazione delle relazioni con il pubblico funzionario. Il mediatore deve pertanto agire con l’obiettivo di utilizzare le proprie relazioni, cioè con una forma particolarmente intensa di dolo. In via di principio, richiedere il dolo intenzionale in rapporto a un elemento della fattispecie ne comporta, indubbiamente, la riduzione dell’area applicativa, con esiti di parziale *abolitio criminis* per i fatti non sorretti da quella forma di dolo in rapporto a quell’elemento della fattispecie. Senonché il nuovo requisito sembra avere in realtà una limitata se non nulla capacità selettiva perché esplicita quel che prima era implicito: anche fino a ieri lo sfruttamento delle relazioni del mediatore con il funzionario pubblico doveva avere di mira il traffico delle influenze. Sembra ben difficile, pertanto, sostenere la tesi dell’intervenuta *abolitio criminis* con il solo argomento dell’introduzione del dolo intenzionale di utilizzazione delle relazioni.

2.2.3. Utilità economica. Con la legge Nordio, l’utilità data o promessa al mediatore, *in alternativa al denaro*, deve essere *economica*. Ecco un altro profilo di *abolitio criminis*: non sarà più punibile il mediatore che fa dare o promettere a sé o ad altri un’utilità non economica, come ad esempio un *rapporto sessuale*, o *vantaggi sociali* o di *natura meramente politica*. Né sarà punibile, naturalmente, chi ha dato o promesso una utilità non economica al trafficante di influenze. Si torna a una formulazione analoga a quella dell’originaria versione dell’art. 346-*bis* c.p., che faceva riferimento al denaro o ad

altro vantaggio patrimoniale. Potranno essere revocate le sentenze di condanna ove si accerti che, in assenza della dazione o della promessa di denaro, a venire in rilievo erano utilità non economiche (concetto, quest'ultimo, che assume pertanto un rilievo decisivo per la sorte dei procedimenti definiti e di quelli in corso).

2.2.4. Mediazione c.d. gratuita limitata alla remunerazione del pubblico funzionario in relazione all'esercizio delle sue funzioni (e non più, anche dei suoi "poteri"). Con la legge Nordio, rimane fuori dall'ambito applicativo della fattispecie, ed è oggetto di *abolitio criminis*, il fatto commesso in rapporto all'esercizio dei soli poteri del pubblico funzionario, e non anche delle sue funzioni. La rilevanza di questa modifica, forse limitata, passa attraverso la distinzione tra funzioni e poteri dei soggetti rivestiti di qualifiche pubblicistiche; una distinzione nota al sistema dei delitti contro la p.a. e che, per esempio, ritroviamo nella fattispecie di corruzione per l'esercizio delle funzioni *ex art. 318 c.p.* che si riferisce, appunto, all'esercizio delle funzioni o dei poteri del pubblico ufficiale o (attraverso l'art. 320 c.p.) dell'incaricato di un pubblico servizio. Si potrà affermare l'intervenuta *abolitio criminis* riuscendo a dimostrare che, nel caso di specie, il trafficante di influenze aveva di mira la remunerazione del funzionario pubblico in relazione all'esercizio dei suoi *solì poteri* e non anche delle sue funzioni.

2.2.5. Mediazione c.d. onerosa limitata a quella commessa "per indurre il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio...a compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio costituente reato dal quale possa derivare un vantaggio indebito". Il legislatore, senza farsi carico per l'ennesima volta di ciò che più serve – e, cioè, di introdurre una disciplina del *lobbying*, colmando così una lacuna che è da sempre il tallone d'Achille del traffico d'influenze – ha introdotto un'inedita definizione legale di "mediazione illecita" che riprende quella di recente proposta dalla [Sezione VI della Cassazione nel caso Alemanno](#) nel tentativo di precisare i confini applicativi della fattispecie. Nella sentenza Alemanno, la Sezione VI della Cassazione aveva definito la mediazione illecita "quando è finalizzata alla commissione di un 'fatto di reato' idoneo a produrre vantaggi per il privato committente". La legge Nordio fa ora riferimento non in genere a un 'fatto di reato', bensì al compiere un *atto contrario ai doveri d'ufficio* costituente reato. La formulazione è dunque ancor più stretta di quella introdotta per via giurisprudenziale, che peraltro già lasciava problematicamente fuori dalla sfera del traffico d'influenze le condotte del mediatore dirette, tramite raccomandazioni, a orientare scelte di per sé lecite del pubblico funzionario, nell'ambito della discrezionalità amministrativa (es., questa o quella decisione, tra le più decisioni possibili, la scelta di questo o quel titolare per un incarico, ecc.), oppure dirette a compiere illeciti amministrativi. Non basta, la nuova definizione legale più che un laccio sembra un capestro dopo l'abolizione dell'abuso d'ufficio. Il perché è presto detto: il traffico d'influenze presuppone, per espressa previsione normativa, che il fatto non integri un'ipotesi di corruzione; l'atto contrario ai doveri d'ufficio costituente reato integra molto spesso un abuso d'ufficio; con la contestuale abolizione di questo reato, la nuova definizione legale di mediazione illecita finisce pertanto per essere ancor più limitativa. Di certo molto distante da quella proposta dalla Sesta Sezione della

Cassazione e recepitata dalla stessa mano che, con un tratto di penna, ha cancellato l'abuso d'ufficio. Una mano, quella del legislatore, che peraltro ha trascurato un rilevante e non adeguatamente valorizzato passaggio motivazionale della sentenza Alemanno, nella quale la Sesta Sezione qualificava sempre come illecita la "mediazione qualificata" che vede protagonista, come trafficante, il pubblico agente. Sul piano degli effetti, la definizione di mediazione illecita restringe di molto l'ambito applicativo della fattispecie, con conseguente *abolitio criminis* in relazione a tutte le mediazioni che non possano dirsi illecite in base alla nuova norma: ad esempio, ma non solo, quelle che avevano di mira la realizzazione di fatti di abuso d'ufficio.

2.2.6. Come si vede, in conclusione, il traffico di influenze illecite è stato notevolmente ridotto, con esiti di consistente parziale *abolitio criminis*. Come nel caso dell'abuso d'ufficio, il giudice chiamato ad applicare la nuova norma e a dichiarare la conseguente abolizione del reato potrà porsi il dubbio circa la legittimità costituzionale dell'intervento del legislatore. Per ragioni illustrate in [un nostro precedente contributo](#), che ribadiamo, questo dubbio ci sembra più che fondato: ben più di quanto lo sia quello relativo all'abrogazione dell'abuso d'ufficio.

Citando la sentenza n. 8/2022 della Corte costituzionale, infatti, abbiamo ricordato come una preclusione alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme che comportano una *abolitio criminis* sia rappresentata dal divieto di sindacato delle norme penali con effetto *in malam partem*. Quel divieto, per giurisprudenza costituzionale (cfr., da ultimo, [Corte cost., n. 37/2019](#)), ammette delle eccezioni, una delle quali è rappresentata dalla "contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, co. 1 Cost."

Ebbene, se nel caso dell'abuso d'ufficio, come si è detto, un obbligo di incriminazione di fonte europea esiste solo in rapporto al c.d. peculato per distrazione (riguarda, quindi, una sola sottofattispecie), nel caso del traffico di influenze illecite l'obbligo stesso riguarda *tout court* la figura di reato. A differenza di quanto accade per l'abuso d'ufficio, pertanto, in tutti i casi di *abolitio criminis* del traffico di influenze, a seguito della riforma del 2024, si pone un problema di possibile violazione di un obbligo di incriminazione, che riteniamo sia sindacabile dalla Corte costituzionale al metro dell'art. 117, co. Cost. I margini di ammissibilità delle questioni sollevate in rapporto al traffico di influenze ci sembrano pertanto ben maggiori di quelli, assai limitati, che esistono oggi per l'abuso d'ufficio (almeno fino a quando e se sarà confermato un obbligo di incriminazione di quel diverso reato nella futura direttiva europea).

L'obbligo internazionale di incriminazione che viene in rilievo è previsto dall'[art. 12 della Convenzione sulla corruzione del Consiglio d'Europa \(convenzione di Strasburgo del 1999\)](#) che, a differenza della nuova formulazione dell'art. 346 bis c.p.:

- a. dà rilievo allo sfruttamento, da parte del mediatore, di relazioni non solo esistenti ma anche asserite/millantate;
- b. dà rilievo, quale contropartita della condotta illecita, a qualsiasi vantaggio indebito e non solo a utilità economiche;
- c. non limita il concetto di mediazione illecita a quella diretta a far commettere al funzionario pubblico un atto contrario ai doveri d'ufficio costituente reato.

7-8/2024

Riteniamo che nei procedimenti pendenti per traffico di influenze illecite – ovvero nei procedimenti che potranno essere avviati davanti al giudice dell’esecuzione per la revoca delle sentenze definitive di condanna ex art. 673 c.p.p. conseguente alla parziale *abolitio criminis* – il giudice chiamato ad applicare la nuova disciplina, dopo aver escluso la via dell’interpretazione conforme alla Convenzione di Strasburgo, resa impossibile dal nuovo tenore letterale dell’art. 346-*bis* c.p., potrà in relazione ai tre profili di contrasto sopra menzionati, sollevare questione di legittimità costituzionale invocando come norma-parametro l’art. 117, co. 1 Cost. e come norma interposta l’art. 12 della Convenzione di Strasburgo.

È vero che il principio di legalità osta a che la Corte possa ovviare alla mancanza di un’incriminazione conforme agli obblighi internazionali, estendendo la portata di norme incriminatrici, ma è anche vero che la Corte può dichiarare l’illegittimità costituzionale di norme che, in violazione di obblighi internazionali di incriminazione, come quello di cui all’art. 12 della Convenzione di Strasburgo, abroghino norme incriminatrici o, come nel caso della legge Nordio rispetto all’art. 346-*bis* c.p., ne restringano l’ambito di applicazione. In tale ipotesi, una pronuncia della Corte avrebbe come effetto la reviviscenza della norma incriminatrice di cui all’art. 346-*bis* c.p. introdotta nel 2019 dalla legge Spazza-corrotti proprio in attuazione del predetto obbligo di incriminazione, come confermano *per tabulas* i rapporti del GRECO (rinviamo il lettore al nostro precedente contributo più volte citato).

Si tratterebbe, forse, della prima pronuncia con la quale la Corte potrebbe essere chiamata a dichiarare costituzionalmente illegittima una legge che viene meno a un obbligo di incriminazione, dopo la sua attuazione ad opera di una precedente legge. Ma è anche vero:

- a. che la Corte costituzionale ha in più occasioni e anche di recente dichiarato inammissibili i referendum sulla disciplina penale degli stupefacenti proprio perché avrebbero comportato la violazione di obblighi internazionali di incriminazione (v., da ultimo, con richiami a precedenti pronunce, Corte cost. n. 51 del 2022);
- b. che quando nel 2014, con la sentenza n. 32, la Consulta dichiarò illegittima per violazione dell’art. 77 Cost. la legge Fini-Giovanardi del 2006, inserita nella legge di conversione di un decreto-legge sulle olimpiadi invernali a Torino, precisò in un *obiter dictum* quanto segue a proposito della reviviscenza della previgente disciplina penale in tema di stupefacenti: “è appena il caso di aggiungere che la materia del traffico illecito degli stupefacenti è oggetto di obblighi di penalizzazione, in virtù di normative dell’Unione europea. Più precisamente la decisione quadro n. 2004/757/GAI del 2004 fissa norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, richiedendo che in tutti gli Stati membri siano punite alcune condotte intenzionali, allorché non autorizzate, fatto salvo il consumo personale, quale definito dalle rispettive legislazioni nazionali. Pertanto, se non si determinasse la ripresa dell’applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel d.P.R. n. 309 del 1990, resterebbero non punite alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che

7-8/2024

determinerebbe una violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost." È tutt'altro che peregrino ritenere che un analogo principio possa essere affermato in rapporto alla reviviscenza del testo dell'art. 346-bis c.p. sostituito dalla legge Nordio. Quanto meno, è una questione che a nostro parere può senz'altro essere argomentata e sottoposta alla Corte. Concettualmente, d'altra parte, è una questione analoga a quella che si porrebbe in caso di modifica, in senso restrittivo, del delitto di tortura, anch'esso introdotto notoriamente per far fronte a un obbligo di incriminazione. Nessuno, riteniamo, dubiterebbe che in quel caso la Consulta potrebbe sindacare la sopravvenuta mancata attuazione, parziale, di un obbligo di incriminazione.

Va inoltre considerato e precisato, per completezza di informazione, che il nostro Paese, ai sensi dell'art. 37 della Convenzione di Strasburgo, si era in passato riservato all'atto del deposito dello strumento di ratifica di non attuare l'obbligo di incriminazione previsto dall'art. 12 in tema di traffico di influenze, in particolare con riferimento all'ipotesi delle influenze millantate ([vedi qui](#)). La riserva, che ha una durata triennale, non è stata però rinnovata dopo il 2019 (quando fu riformulato il delitto di cui all'art. 346 bis c.p. in senso conforme alla convenzione, punendo anche le influenze meramente asserite) e si è pertanto estinta. A riprova ulteriore che la fattispecie ora riformulata dalla legge Nordio viola in modo frontale un obbligo di incriminazione convenzionale.

3. Il quadro dei problemi di diritto intertemporale e di legittimità costituzionale che pone la legge Nordio, quanto agli interventi sul diritto sostanziale, è dunque molto complesso e articolato. Senza pretesa di completezza, e con i limiti di un commento a caldo, speriamo di avere fatto al lettore cosa utile cercando di mettere in ordine temi e problemi che occuperanno la prassi a partire dai prossimi giorni. La nostra *Rivista* seguirà con interesse l'evoluzione giurisprudenziale e sarà grata di ogni eventuale segnalazione.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**