

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

2/2024

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPER

M.E. FLORIO, <i>Il dibattito sulla responsabilità penale diretta delle IA: “molto rumore per nulla”?.....</i>	5
S. GRIECO, <i>Disabilità fisica e consapevole partecipazione dell'imputato al processo....</i>	19
G. CIVELLO, <i>Colpa stradale, affidamento e autoresponsabilità: una sentenza esemplare.....</i>	37
E. LICATA, <i>Vulnerabilità e tutela dei “core rights”: gli obblighi di protezione in materia di criminalità di genere derivanti dalla CEDU.....</i>	61
S. BOLIS, <i>La silenziosa espansione della confisca per equivalente senza condanna: le sezioni unite non considerano la presunzione d'innocenza in relazione all'art. 578 bis c.p.p.....</i>	73
G. BIONDI, <i>L'applicazione delle pene sostitutive di pene detentive brevi nella fase di cognizione del processo penale.....</i>	93
R. FERRANTE, <i>Il processo “7 aprile”: alle origini del “populismo giudiziario”?.....</i>	157
R.A. RUGGIERO, <i>La giustizia riparativa messa alla prova.....</i>	175
F. NICOLICCHIA, <i>A passi incerti nel solco di categorie evanescenti: riflessioni a partire dalla querelle giurisprudenziale sull'acquisizione di messaggistica criptata dall'estero.....</i>	189
S. RAGAZZI, F. SPIEZIA, <i>Decifrare, acquisire e utilizzare le comunicazioni criptate in uso alla criminalità organizzata: uno sguardo europeo, in attesa del count-down italiano.....</i>	203

SCHEDE

M. FALCONE, <i>Concorso tra estorsione e turbata libertà degli incanti e nozione di danno rilevante ai fini dell'art. 629 c.p.: la parola alle Sezioni Unite.....</i>	231
M. E. PASQUIN, <i>Dolo eventuale e delitto tentato: nota a margine di una sentenza del Tribunale di Brescia in un caso al confine tra lesioni personali e tentato omicidio.....</i>	245

IL DIBATTITO SULLA RESPONSABILITÀ PENALE DIRETTA DELLE IA: “MOLTO RUMORE PER NULLA”?(*)

di Marco Edgardo Florio

Il contributo affronta sinteticamente il dibattito teorico sviluppatosi negli ultimi anni attorno al tema della responsabilità penale diretta delle IA (con conseguente loro sottoposizione a “pena”), al fine di comprendere se esso sia motivato da preoccupazioni realmente fondate oppure no. A tal fine, vengono esaminati: a) sia i principali modelli teorici elaborati a sostegno di una siffatta forma di responsabilità per le IA; b) sia le considerazioni che dovrebbero verosimilmente portare a mantenere il focus del diritto (ora e per il futuro) permanentemente orientato su responsabilità civili e penali strettamente “umane”.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I tentativi di delineare una responsabilità penale diretta delle IA e le loro inevitabili criticità. – 3. Abbiamo davvero bisogno di una responsabilità penale diretta delle IA? – 4. Alcune osservazioni conclusive.

1. Premessa.

Droni che uccidono sulle strade urbane; auto senza conducente che causano danni a cose o persone; *software* che svolgono, in collaborazione o addirittura in sostituzione dell'uomo, compiti sempre più sofisticati, a volte arrivando ad interferire negativamente con le condotte umane: se si riscontra un reato in questi incidenti, chi dovrà esserne ritenuto penalmente responsabile? Il programmatore del software, il suo produttore o l'utente finale? E siamo sicuri che in queste ipotesi, e in altre consimili, il sistema d'intelligenza artificiale (IA)¹ sia sempre e solo uno strumento inanimato nelle mani del vero responsabile (umano) del crimine? Oppure, in considerazione delle

(*) Il presente contributo riproduce in italiano (con qualche adattamento) il testo della relazione che l'autore ha svolto nel corso della 1st UNA Europa Cybercrime Conference “Exploring the Future of Crime” – LIMA Blog Launch Event (evento tenutosi in data 5-6 ottobre 2023, presso la KU di Leuven), già in corso di pubblicazione in inglese su: www.limablog.org.

¹ Il concetto di IA è tutt'altro che univoco (cfr. J. KAPLAN, *Intelligenza artificiale. Guida al futuro prossimo*, LUISS University Press, Roma, 2018, pp. 1 ss.; M.C. SCHEAU – A.L. ARSENE – G. POPESCU, *Artificial Intelligence/Machine Learning Challenges and Evolution*, in *Int' J. Info. Sec. Cybercrime*, 7, 2018, pp. 11 ss.; M. LANZI, *Self-driving cars e responsabilità penale. La gestione del “rischio stradale” nell'era dell'intelligenza artificiale*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 13 ss.), ma non potremo addentrarci *funditus* in questioni definitorie nella presente sede.

caratteristiche che alcune sistemi di IA possiedono, dovrebbero essere, almeno a volte, essi stessi considerati direttamente come i veri autori del reato².

Fino a non molti anni fa, domande del genere sarebbero state considerate di un certo interesse soltanto per gli appassionati di opere di fantascienza. Oggi, considerando che siamo molto più vicini di un tempo alla “distopica” realtà descritta da molti di tali lavori, simili interrogativi sembrano assai meno “banali” anche per la comunità scientifica e accademica. Non sorprende, dunque, che le difficoltà di concepire un intervento del diritto penale volto a punire gli esseri umani nel rispetto dei principi fondamentali che lo governano, per ciò che le macchine sembrano talvolta fare autonomamente, abbiano portato negli ultimi anni gran parte della letteratura a chiedersi se non fosse giunto il momento d’iniziare a pensare a una responsabilità penale diretta delle macchine³.

La questione nasce (e sembra acquisire il proprio significato), come è facile immaginare, dal fatto che ormai non esistono solo macchine che fanno ciò che il loro progettista ha “insegnato” loro, ovvero che richiedono (per funzionare) sempre un significativo e costante controllo umano, ma anche macchine intelligenti che possono certamente operare in modo autonomo, senza alcuna supervisione umana⁴, e che a volte apprendono persino da sole (attraverso il *machine learning*), divenendo così imprevedibili per i loro stessi creatori.

Il vero nocciolo della questione non riguarda quindi le macchine basate su “algoritmi espliciti” (in cui la logica di funzionamento è stata interamente definita da programmatori umani)⁵. E non riguarda nemmeno le macchine costruite in tutto o in

² Cfr., per questi stessi interrogativi, già F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in www.dirittopenaleuomo.org, 29.9.2019, pp. 24 ss.; M.B. MAGRO, *Decisione umana e decisione robotica. Un’ipotesi di responsabilità da procreazione robotica*, in www.lalegislazionepenale.eu, 10.5.2020, pp. 4 ss.

³ Cfr., *ex multis*, S. GLEß – T. WEIGEND, *Intelligente Agenten und das Strafrecht*, in *ZStW*, 2014, pp. 561 ss.; G. HALLEVY, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, Springer, Berlin-New York, 2014, pp. 185 ss.; E. HILGENDORF, *Können Roboter schuldhaft handeln?*, in S. BECK (hrsg), *Jenseits von Mensch und Maschine. Ethische und rechtliche Fragen zum Umgang mit Robotern, Künstlicher Intelligenz und Cyborgs*, Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 119 ss.; M. SIMMLER – N. MARKWALDER, 2017, *Roboter in der Verantwortung? Zur Neuaufgabe der Debatte um den funktionalen Schuldbegriff*, in *ZStW*, pp. 20 ss.; S. ZIEMANN, *Wesen, seid’s gewesen? Zur Diskussion über ein Strafrecht für Maschinen*, in E. HILGENDORF – J.-P. GÜNTHER (hrsg), *Robotik und Gesetzgebung*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 183 ss.; F. BASILE, *Diritto penale e intelligenza artificiale*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 69 ss.; U. PAGALLO – S. QUATTROCOLO, *The impact of AI on criminal law, and its twofold procedures*, in W. BARFIELD – U. PAGALLO (eds), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2018, pp. 385 ss.; D. LIMA, *Could AI Agents Be Held Criminally Liable? Artificial Intelligence and the Challenges for Criminal Law*, in *South Carolina Law Review*, 2018, pp. 677 ss.; T. KING – N. AGGARWAL – M. TADDEO – L. FLORIDI, *Artificial Intelligence Crime: An Interdisciplinary Analysis of Foreseeable Threats and Solutions*, in *Science and Engineering Ethics*, 2019, *passim*; P. ASARO, *A body to Kick, but Still No Soul to Damn: Legal Perspectives on Robotics*, in P. LIN – K. ABNEY – G.A. BEKEY (eds), *Robot Ethics*, Harvard University Press, Cambridge, 2012, pp. 169 ss.

⁴ Si possono concepire molti livelli di automazione, variabili di settore in settore (cfr. *amplius* I. SALVADORI, *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2021, pp. 90 ss.).

⁵ Così anche G. SEHER, *Intelligente Agenten als „Personen“ im Strafrecht?*, in S. GLEß – K. SEELMANN (hrsg), *Intelligente Agenten und das Recht*, Nomos, Baden-Baden, 2016, p. 46.

parte su algoritmi “impliciti” (algoritmi, cioè, la cui logica è almeno in parte costruita attraverso l’apprendimento automatico)⁶, quando producono eventi che sono il risultato di: (a) una programmazione espressamente preordinata a tal fine; (b) evidenti errori di progettazione, programmazione e/o costruzione; (c) cattiva gestione da parte dell’utente umano (a condizione che vi sia un controllo umano significativo e/o un ridotto grado di autonomia dell’IA). In questi casi, la responsabilità di ciò che la macchina ha causato – ma sembra forse improprio persino parlare di una vera e propria “causazione” da parte della macchina, dal momento che l’evento realizzato è qui soprattutto il risultato della cattiva gestione dell’utente umano o di errori (o *input*) di progettazione, costruzione e programmazione a monte – potrebbe essere attribuita (a titolo di dolo o colpa, a seconda del caso) agli esseri umani “dietro la macchina”. Qualsiasi tentativo di sostenere il contrario non sarebbe altro che uno stratagemma per distogliere l’attenzione da coloro che dovrebbero essere considerati realmente responsabili dei danni causati.

Non che non possano sorgere interessanti problemi teorici e pratici anche in questi casi.

(a) In primo luogo, si potrebbe porre il problema di determinare il grado di colpa che dovrebbe esser reputato “equo” per poter attribuire la responsabilità penale all’umano “dietro la macchina” (ad es., al conducente di una autovettura semi-autonoma in caso di incidente causato anche da una sua negligenza e/o mancanza di controllo)⁷.

(b) Inoltre, c’è anche la questione di stabilire cosa dovremmo fare se in una situazione di dilemma morale la macchina è (o deve essere in ogni caso) programmata per danneggiare necessariamente un qualche interesse al fine di evitare danni maggiori, finendo col fare esattamente ciò che era stata programmata a fare⁸.

(c) È importante capire, poi, anche cosa dovrebbe accadere quando fattori esterni determinano malfunzionamenti che risultano in seguito forieri di danni non pianificati a terzi. Supponiamo, ad es., che il *Park Distance Control System*, a causa di una particolare

⁶ Ricorriamo qui alla distinzione tra algoritmi “impliciti” ed “espliciti” delineata da A. JEAN, *Les algorithmes. Font-ils la loi?*, Éditions de l’Observatoire, Paris, 2021, pp. 32 ss.

⁷ A patto che un tale controllo sussista (sul tema si v. M. LANZI, *Self-driving cars*, cit., pp. 172 ss. e pp. 198 ss.). Favorevole rispetto ad una limitazione alla sola “colpa grave”, A. FIORELLA, *Responsabilità penale del Tutor e dominabilità dell’Intelligenza Artificiale. Rischio permesso e limiti di autonomia dell’Intelligenza Artificiale*, in R. GIORDANO – A. PANZAROLA – A. POLICE – S. PREZIOSI – M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell’era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 660 ss.

⁸ Il problema delle situazioni “dilemmatiche” ha suscitato particolare interesse in dottrina: A. ENGLÄNDER, *Das selbstfahrende Kraftfahrzeug und die Bewältigung dilemmatischer Situationen*, in *ZIS*, 9, 2016, pp. 609 ss.; A. HEVELKE – J. NIDA-RÜMELIN, *Selbstfahrende Autos und Trolley-Probleme: Zum Aufrechnen von Menschenleben im Falle unausweichlicher Unfälle*, in *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*, 19, 2015, pp. 5 ss.; E. HILGENDORF, *Autonomes Fahren im Dilemma. Überlegungen zur moralischen und rechtlichen Behandlung von selbsttätigen Kollisionsvermeidungssystemen*, in E. HILGENDORF (hrsg), *Autonome Systeme und neue Mobilität*, Nomos, Baden-Baden, 2017, p. 143; J.C. JOERDEN, *Zum Einsatz von Algorithmen in Notstandslagen. Das Notstandsdilemma bei selbstfahrenden Kraftfahrzeugen als strafrechtliches Grundlagenproblem*, *ivi*, pp. 73 ss.; G.M. SANDER – J. HOLLERING, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit automatisiertem Fahren*, in *NStZ*, 2017, pp. 193 ss.; C. ROXIN – L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*⁴, I, C.H. Beck, München, 2020, Rn. 125d ss.; I. COCA VILA, *Self-driving Cars in Dilemmatic Situations: An Approach Based on the Theory of Justification in Criminal Law*, in *Criminal Law & Philosophy*, 1, 2018, pp. 59 ss.; M. LANZI, *Self-driving cars*, cit., pp. 48 ss.; O. DI GIOVINE, *Dilemmi morali e diritto penale. Istruzioni per un uso giuridico delle emozioni*, Il Mulino, Bologna, 2022, *passim*.

condizione climatica, non rilevi la presenza di un bambino dietro l'autovettura, e che quindi il veicolo autonomo urti quest'ultimo nella manovra di parcheggio. Dovremmo considerare generalmente responsabile l'utente, come la giurisprudenza ha stabilito per gli incidenti causati dai sistemi di controllo della distanza di parcheggio in Germania? Oppure, se l'evento era imprevedibile, dovremmo seguire l'opinione di Beck, secondo cui non sarebbe «convincente che l'utente sia» considerato «pienamente responsabile solo per la sua decisione di utilizzare la macchina, poiché ciò renderebbe le macchine inutili sotto molti punti di vista» (*enfasi aggiunta*)⁹? E perché non addossare invece la responsabilità di tutti i danni al produttore dell'IA?

Tutti questi problemi teorici (così come altri), tuttavia, non sembrano richiedere necessariamente di arrivare a concepire una responsabilità penale diretta delle macchine per poter essere risolti, dal momento che possiamo sempre intravedere un "centro di imputazione umana" dietro di esse. Che poi si decida d'imputare sempre penalmente i danni causati allo stesso è tutta un'altra storia.

Piuttosto, la questione dell'eventuale necessità di una responsabilità penale diretta delle macchine sembra esser principalmente sollecitata – presumiamo – da quelle macchine che si affidano ad algoritmi in tutto o in parte "impliciti", quando però agiscono in piena (o comunque con un elevato livello di) "autonomia" e producono danni che sono il risultato dei processi di elaborazione "imperscrutabili" che sono alla base della capacità di apprendimento loro conferita. In questo caso, infatti, oltre ai problemi che potrebbero sorgere dal punto di vista della determinazione del nesso di causalità¹⁰, imputare penalmente a titolo di colpa ogni evento che sia causato (contravvenendo o andando al di là dalla programmazione iniziale) da una IA intrinsecamente "imprevedibile" e del tutto autonoma, sia all'utente finale sia a chi l'abbia programmata o prodotta¹¹, darebbe probabilmente luogo a una responsabilità oggettiva pura, uno sfregio significativo al volto del diritto penale, in aperto contrasto con i principi garantistici che dovrebbero sempre governarlo.

Come è noto, infatti, nei sistemi di *civil law* il diritto penale è generalmente retto dal c.d. principio di colpevolezza. Questo porta solitamente a un radicale divieto di responsabilità oggettiva. Nei sistemi di *common law* la situazione è leggermente diversa, poiché la responsabilità oggettiva ha sempre avuto un ruolo importante anche nel diritto

⁹ Così S. BECK, *Robotics and Criminal Law. Negligence, Diffusion of Liability and Electronic Personhood*, in E. HILGENDORF – J. FELDLE (eds), *Digitalization and the Law*, Nomos, Baden-Baden, 2018, p. 53; ma cfr. anche G. QUINTERO OLIVARES, *La robótica ante el derecho penal. El vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas*, in *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 1, 2017, pp. 16 ss. il quale ritiene che la "casualità" dell'evento per l'utente finale debba esser riconosciuta in questi casi.

¹⁰ Per un primo inquadramento delle questioni che potrebbero porsi su tale fronte, cfr., nella dottrina italiana, D. PIVA, *Machina discere, (deinde) delinquere et puniri potest*, in R. GIORDANO – A. PANZAROLA – A. POLICE, S. PREZIOSI – M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, cit., p. 686.

¹¹ Sulle difficoltà riscontrabili nel riconoscere una responsabilità del produttore, cfr. B. FRAGASSO, [La responsabilità penale del produttore di sistemi di intelligenza artificiale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2023, pp. 26 ss.; M. LANZI, *Self-driving cars*, cit., pp. 205 ss. I "difetti" dell'apprendimento automatico, infatti, rientrerebbero verosimilmente nei "difetti da rischio di sviluppo" descritti da C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 46 ss.

penale. Pure negli ordinamenti di *common law*, tuttavia, almeno negli ultimi anni, la responsabilità oggettiva ha iniziato ad esporsi a varie critiche e ad un progressivo “ridimensionamento”¹². Sicché, ad oggi, non è da escludere che un’imputazione per responsabilità oggettiva non possa comunque finire per dar luogo a qualche problema pure in questi ultimi sistemi, e non già soltanto nei primi.

Una imputazione a titolo di colpa, tuttavia, potrebbe talvolta persino apparire insufficiente agli occhi della collettività, facendo così emergere un *liability gap*, poiché si potrebbe arrivare a punire per colpa (nella migliore delle ipotesi) ciò che sembra invece attribuibile a una “malevola” volontà umana.

(a) Si pensi a situazioni in cui, ad es., una persona programma dolosamente un *robot* per commettere uno o più reati specifici, ma lo stesso finisce (o inizia nel tempo) a commettere (al posto o in aggiunta a quelli programmati) altri reati¹³.

(b) Si pensi poi a quei casi in cui il programmatore si limita a definire il *genus* del reato (ad es. l’omicidio) senza definirne altresì il *tempus* e il *modus*, lasciandoli alla discrezionalità della macchina¹⁴.

Anche per quanto riguarda questi ultimi casi, tuttavia, si possono sollevare fondati dubbi sulla condivisibilità dei tentativi di elaborare una responsabilità penale diretta delle macchine. Tentativi che, forse più di quanto avrebbero dovuto, hanno negli ultimi anni catalizzato il dibattito dottrinale all’interno di molteplici sistemi giuridici.

2. I tentativi di delineare una responsabilità penale diretta delle IA e le loro inevitabili criticità.

I tentativi di delineare una nuova forma di responsabilità penale diretta per le macchine hanno seguito molte direzioni e dato origine ad una varietà di “modelli di giustificazione”. Ne riassumeremo brevemente alcuni, prima di delinearne gli aspetti maggiormente critici.

(a) Un primo orientamento fa leva sulla possibilità di riconoscere una personalità giuridica alle c.d. macchine “pensanti” (meglio: una personalità elettronica, giuridicamente rilevante), che consentirebbe di vedere nella macchina un autonomo

¹² Cfr. R.A. DUFF, *The Realm of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 1 ss.; W.R. LAFAVE, *Substantive Criminal Law*³, Eagan, Minnesota, 2018, p. 572; M.D. DUBBER, *An introduction to the Model Penal Code*², Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 65, evidenziando che nel *Model Penal Code* questa forma di responsabilità copre ormai solo ipotesi minori, «è un’opzione solo per gli illeciti civili *sui generis* previsti dal codice, le “violazioni”».

¹³ Cfr. S.-W. LEE, *Can an Artificial Intelligence Commit a Crime?*, in A. BRUNS – Y. BU – S. MEIER – H. MERKT – M. PAWLIK – E. TAKAHASHI – S. VÖNEKY – J. VON HEIN (eds), *Legal Theory and Interpretation in a Dynamic Society*, Nomos, Baden-Baden, 2021, p. 318; G. HALLEVY, *When Robots Kill. Artificial Intelligence under Criminal Law*, Northeastern University Press, Boston, 2013, p. 75.

¹⁴ In Italia gli studiosi ritengono che «in assenza di prova di istruzioni illecite che precisamente identifichino, anche dal punto di vista spazio-temporale, oltre che del *modus*, il» fatto criminoso «commissionato all’agente artificiale e da questi poi realizzato», non vi sarebbe «possibilità di condurre a processo il programmatore o l’utilizzatore del sistema di AI» con un’accusa di «dolo»: F. CONSULICH, *Flash Offenders. Le prospettive di Accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*. In: *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2022, p. 1031.

centro d'interessi e di imputazione. Anche se concepita per operare principalmente sul piano della responsabilità civile (come avviene nelle ricostruzioni di alcuni autori, dove la macchina è destinata a rispondere dei danni causati attraverso un proprio fondo patrimoniale, alimentato *pro rata* da tutti i soggetti che hanno partecipato alla sua creazione, gestione e utilizzo), questa teoria contiene ovviamente in sé anche il germe di una potenziale e futura responsabilità penale diretta delle macchine. Non è infatti difficile immaginare che, seguendo la tesi, le macchine, in quanto persone giuridiche, potrebbero divenire presto o tardi anche destinatarie di misure interdittive, inabilitanti o d'adempimento (ad es., una misura di "disattivazione" del sistema quando provoca un danno), o essere considerate persino come le potenziali vittime di un reato¹⁵.

(b) Un secondo approccio, di stampo più strettamente funzionalista, parte dall'esame di concetti come il libero arbitrio e la soggettività penale, facendo particolarmente leva sulle tesi di Jakobs. Entrambi i concetti, in questa prospettiva, agirebbero come mere costruzioni interne al sistema sociale, indipendenti dalle caratteristiche biofisiche possedute dal soggetto di riferimento. La "persona", insomma, non sarebbe altro che un "costrutto" sociale, proiettabile in direzione di qualsiasi entità capace di deludere le aspettative del sistema. La concepibilità di una responsabilità penale diretta delle macchine dipenderebbe quindi, in ultima analisi, dal ruolo che la società stessa sarebbe disposta ad attribuire loro in futuro. Certamente nulla impedirebbe alle macchine, almeno in teoria, di divenire destinatarie dirette di sanzioni penali (multe o vere e proprie "pene" di "riprogrammazione", "conformazione" o "neutralizzazione"). Infatti, partendo da un concetto di responsabilità come prodotto dell'interazione sociale, la macchina non dovrebbe possedere una vera e propria *mens rea* per poter essere punita, ma una semplice *mindless morality*, che ben potrebbe fondarsi sulle sue caratteristiche d'interattività, adattabilità e autonomia¹⁶.

(c) Infine, il modello forse più compiuto rimane ancora oggi quello sviluppato da Hallevy¹⁷. Questa ricostruzione prende le mosse da un accostamento con il problema della responsabilità penale delle persone giuridiche¹⁸. Dal momento che la responsabilità

¹⁵ Cfr. S. RIONDATO, *Robotica e diritto penale (robot, ibridi, chimere, "animali tecnologici")*, in D. PROVOLO – S. RIONDATO – F. YENISEY (eds), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova University Press, Padova, 2014, pp. 602 ss., secondo il quale, almeno in via ipotetica ed «entro certi limiti, alcuni raffinati soggetti di intelligenza artificiale potrebbero essere equiparati a "forme di vita" non-umane. Del resto, diversi sistemi di diritto penale tutelano già esseri non-umani da certe offese. L'esempio più evidente è quello della tutela penale degli animali (non-umani)».

¹⁶ Cfr. M. SIMMLER – N. MARKWALDER, *Rethinking the nature of culpability and legal personhood in an age of artificial intelligence*, in *Criminal Law Forum*, 30, 2019, pp. 1 ss.; D. PIVA, *Machina*, cit., pp. 690-691.

¹⁷ Cfr. G. HALLEVY, *I, Robot - I, Criminal - When Science Fiction Becomes Reality: Legal Liability of AI Robots Committing Criminal Offenses*, in *Syracuse Sci. & Tech. L. Rep.*, 22, 2010, pp. 1 ss.; ID., *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - from Science Fiction to Legal Social Control*, in *Akron Intellectual Property Journal*, 4(2), 2010, pp. 171 ss.; ID., *Virtual Criminal Responsibility*, in *Original Law Review*, 6(1), 2010, pp. 6 ss.; ID., *When Robots Kill*, cit., *passim*; ID., *Liability for Crimes*, cit., *passim*.

¹⁸ Per un simile accostamento v. già L. SOLUM, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, in *NCLR*, 1992, 1248; più di recente, cfr. P.M. FREITAS, F. ANDRADE e P. NOVAIS, *Criminal Liability of Autonomous Agents: From the Unthinkable to the Plausible*, in P. Casanovas, U. Pagallo, M. Palmirani e G. Sartor (eds), *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems. AICOL 2013 International Workshops*, Springer, Berlin-New York, 2014, 145 ss.

delle persone giuridiche ha trovato spazio in molti ordinamenti, dopo la “sepoltura” dei pregiudizi che si opponevano tenacemente alla sua affermazione, perché lo stesso non potrebbe accadere anche per le IA? Così come sono stati superati i dubbi sulla responsabilità penale degli enti, allo stesso modo dovrebbe superarsi l’idea che le macchine non possano essere rimproverate per i loro comportamenti dolosi o colposi, e di conseguenza punite. Le macchine più “intelligenti”, come gli esseri umani, sarebbero in grado di commettere atti assistiti dai necessari requisiti di intenzionalità e negligenza. Non ci sarebbe quindi motivo di astenersi dalla loro punizione, che potrebbe, a seconda dell’autore che sostiene la tesi, acquisire una funzione retributiva, specialpreventiva e forse persino generalpreventiva.

Secondo alcuni, infatti, «attraverso lo spegnimento definitivo o temporaneo della macchina, o attraverso la sottoposizione della macchina, dotata di congegni di autoapprendimento, ad un nuovo *training* “rieducativo”, si potrebbero realizzare, rispettivamente, la funzione retributiva e la funzione special-preventiva della pena»¹⁹. Altri, invece, sono contrari all’idea che si possa concepire una vera e propria “retribuzione” per le macchine²⁰ e spingono soprattutto sulle sanzioni incapacitanti e riabilitanti²¹. Maggiori dubbi, anche tra i sostenitori della responsabilità penale diretta dei sistemi di IA, gravitano invece attorno alla concepibilità o meno di una vera e propria deterrenza per medesimi²². L’idea di elaborare una responsabilità penale diretta per le macchine, tuttavia, qualunque strada si scelga di seguire, sembra andar inevitabilmente incontro ad alcuni ostacoli rilevanti.

Come anche è stato osservato, tra i sistemi di IA e le persone giuridiche ci sono senz’altro alcune analogie, ma anche molteplici differenze, che rendono difficile avallare l’idea di potersi limitare a trasporre *sic et simpliciter* gli argomenti spesi a sostegno della responsabilità penale delle seconde per giustificare anche quella dei primi²³. Una di queste differenze sembra acquisire una rilevanza fondamentale: differentemente dalle persone giuridiche, i sistemi di IA non sono costituiti da agenti umani, e questo fa la differenza nel concepire l’idea di poter applicare loro una pena. Le imprese collettive possono eventualmente derivare la loro colpevolezza dai loro attori umani, ai quali i precetti e le sanzioni sono fondamentalmente rivolti²⁴. Non hanno quindi un “corpo da

¹⁹ Cfr. F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., 2019, pp. 30-31; J. KAPLAN, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 156.

²⁰ Cfr. HALLEVY, *When Robots Kill*, cit., p. 210, laddove osserva che «una macchina non soffre, e finché la retribuzione si baserà sul soffrire, la retribuzione non sarà molto rilevante per punire i robot».

²¹ Cfr. D. PIVA, *Machina*, cit., pp. 691 ss.

²² *Contra*, ad es., ritenendo che questa idea sia per il momento fondata su ipotesi vieppiù fantascientifiche, F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., p. 32.

²³ Peraltro, non va dimenticato che ad oggi vi sono anche taluni dubbi in merito al fatto che la responsabilità penale degli enti possa ritenersi una responsabilità autenticamente “colpevole” (cfr. J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Las personas jurídicas no pueden ser “culpables”. Un alegato para la creación de un subsistema propio*, in L. CORNACCHIA – E. DEMETRIO CRESPO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti collettivi Profili dogmatici e politico-criminali a oltre vent’anni dal d.lgs. 231/2001*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 125 ss.).

²⁴ Cfr. C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da ‘mezzo’ ad ‘autore’ del reato?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2020, pp. 1768 ss, là dove osserva che «la *societas*, sia che la si interpreti in guisa di uno “schermo”, sia alla stregua di un “organo”, esiste nella realtà giuridica e sociale, ma è animata, naturalisticamente e spiritualmente, dagli

prendere a calci”, ma possono forse ricavare indirettamente la loro “anima da dannare” dai propri attori umani. Le IA, invece, non hanno alcun soggetto umano da cui attingere la propria “anima”, e questo ha conseguenze ragguardevoli per il discorso che stiamo affrontando. L’idea di una responsabilità penale delle macchine potrebbe soltanto implicare, infatti, un concetto “dimidiato” di azione e di colpevolezza, nonché (soprattutto) un concetto di “punizione” sostanzialmente privo di senso.

Dal primo punto di vista, in effetti, per poter concepire una responsabilità penale diretta delle IA, si dovrebbe verosimilmente far affidamento su una concezione “meccanicistica” di azione, ignorando le conquiste teoriche delle dottrine finalistiche post-welzeliane²⁵: per coloro che in materia di diritto penale sostengono concetti più ambiziosi di azione, in cui si presuppone una particella di “spirito” (*Geist*), una coscienza rudimentale o un qualche tipo di vita interiore, l’idea di una macchina che agisce sarebbe probabilmente considerata come una vera e propria *contradictio in terminis*²⁶. Inoltre, tale idea implicherebbe anche un concetto “vuoto” di colpevolezza²⁷, sprovvisto cioè di un qualsivoglia fondamento ontologico di carattere psichico²⁸.

Tuttavia, il fatto che molti interpreti attuali non avrebbero problemi ad accettare concetti ben più “modesti” di azione e/o di colpevolezza (che nel dibattito scientifico moderno stanno probabilmente divenendo persino predominanti) significa che non dovremmo limitarci a valutare soltanto queste critiche come potenziali ostacoli a una futura responsabilità penale diretta delle macchine. Il dibattito non può essere dissolto totalmente in questo modo. Il nocciolo della questione, infatti, va verosimilmente ricercato nel fatto che, anche se si concepisse che le macchine, prima o poi, potrebbero realmente arrivare ad agire ed essere colpevoli, la punizione inflitta loro non avrebbe comunque alcun significato²⁹.

In effetti, da questo punto di vista, l’essere umano colpito dalla pena dovrebbe essere concepito molto meno come un essere che “agisce” o “decide”, e più come un essere “unico”, “vulnerabile” ed “effimero”; decisivo non dovrebbe ritenersi tanto il fatto che egli possieda o no una coscienza o il libero arbitrio, quanto il fatto che possa

uomini che le danno vita: i precetti che le vengono rivolti sono diretti ai soggetti che l’hanno creata e che la rappresentano, condizionandone il comportamento (specie in vista della dotazione di un’adeguata organizzazione preventiva dei reati)»; S. GLEß – E. SILVERMAN – T. WEIGEND, *If Robots Cause Harm, Who is to Blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability*, in *New Crim. Law Rev.*, 19(3), 2016, p. 423.

²⁵ Sul tema cfr. S. GLEß – E. SILVERMAN – T. WEIGEND, *If Robots*, cit., pp. 419 ss.

²⁶ Per una difesa dell’idea che le macchine non possano “agire”, basandosi su una teoria del reato ancorata alla filosofia del linguaggio, si v. inoltre P.C. BUSATO, *De máquinas y series vivos: ¿Quién actúa en los resultados delictivos derivados de decisiones cibernéticas?*, in E. DEMETRIO CRESPO (a cura di), *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 365 ss.

²⁷ Come quello adottato da M. SIMMLER – N. MARKWALDER, *Rethinking*, cit., pp. 1 ss.; D. PIVA, *Machina*, cit., 2022, pp. 690-691.

²⁸ Per una difesa dell’idea che non si possa concepire un’autentica colpevolezza delle IA, cfr. A. CAPPELLINI, *Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in *Criminalia*, 2018, pp. 511 ss.; M.B. MAGRO, *Decisione umana*, cit., 10; S. GLEß, E. SILVERMAN e T. WEIGEND, *If Robots*, cit., pp. 421 ss.

²⁹ Cfr. C. ROXIN – L. GRECO, *Strafrecht*, cit., p. 370; S. GLEß – E. SILVERMAN – T. WEIGEND, *If Robots*, cit., pp. 423 ss.

essere consapevole della sua *conditio humana* come *humana fragilitas*³⁰. Tale richiamo, infatti, riporta alla mente anche ciò che di negativo c'è nella pena, la ragione per cui la tradizione del liberalismo giuridico-penale è riuscita ad ergere tante barriere e garanzie contro di essa: la pena colpisce gli esseri umani proprio negli aspetti centrali della loro *conditio humana*, toglie loro – come una pena detentiva – anni di una vita che possono vivere una volta sola, anni che andranno persi per sempre (siamo quindi molto più vicini alla posizione di Feinberg che a quella di Foot quando si tratta di stabilire che tipo di interessi la pena dovrebbe poter esser in grado di “comprimere”)³¹.

Come osserva Greco, «non ha senso parlare di punizione per i robot, perché la “punizione” che si può concepire» per questi ultimi, «senza la partecipazione della macchina alla *conditio humana* descritta», «sarebbe un *aliud* completo rispetto alla punizione reale». E l'argomentazione in parola rimarrebbe valida anche se la ricerca sulla c.d. «coscienza delle macchine» un giorno portasse a credere che le macchine siano realmente in grado di pensare, o se gli sforzi verso la c.d. “incarnazione” finissero per conferire alle macchine (cinque o più) sensi. Il «robot super intelligente del futuro, che in un certo senso può anche agire e decidere, è, in quanto sistema complesso di elaborazione di informazioni, anche copiabile». Ma qualcosa che può essere copiato non ha verosimilmente alcun motivo di temere per la propria esistenza – unica e irripetibile – e quindi non può essere «punito» in senso propriamente penalistico, ma solo “punito”. Tutto il resto che occorre affrontare quando si pensa al diritto penale dipende da questo³².

In sintesi: «la pena per i robot avrebbe solo il nome di pena, senza essere una pena» per davvero; ma se «ci possono essere» più modeste «alternative a concetti ambiziosi di azione e di colpevolezza», «non c'è alternativa» alcuna «a un concetto ambizioso di pena»³³. L'infliczione di una punizione ai sistemi di intelligenza artificiale non avrebbe quindi alcun senso e alcuna funzione da poter svolgere, a meno che non si sostenga un ritorno ad alcuni dei tempi più bui e irrazionali della storia umana³⁴, quando le persone erano solite “punire” gli animali o gli oggetti inanimati solo per soddisfare i

³⁰ La differenza ontologica che persiste tra umani e IA è riconosciuta da molti: E.J. LARSON, *The Myth of Artificial Intelligence: Why Computers Can't Think the Way We Do*, Harvard University Press, Cambridge, 2021, *passim*; N. CRISTIANINI, *La scorciatoia. Come le macchine sono diventate intelligenti senza pensare in modo umano*, Il Mulino, Bologna, 2023, *passim*; M. CHIRIATTI, *Incoscienza artificiale. Come fanno le macchine a prevedere per noi*, LUISS University Press, Roma, 2021, *passim*.

³¹ Cfr. J. FEINBERG, *The Rights of Animals and Unborn Generations*, in *Philosophy and Environmental Crisis*, 1974, pp. 49 ss.; P. FOOT, *Natural Goodness*, Clarendon Press, Oxford, 2001, *passim*; in argomento cfr. anche R. ABBOTT – A. SARCH, *Punishing Artificial Intelligence: Legal Fiction or Science Fiction*, in *UC Davis Law Review*, 53(1), 2019, p. 365.

³² Cfr. L. GRECO, *Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô*, Marcial Pons, São Paulo, 2020, p. 59.

³³ Cfr. L. GRECO, *Direito penal para robôs? Só se poderá falar em uma pena para robôs quando o direito penal deixar de se interessar pelo ser humano*, in *www.jota.info*, 5.11.2021, *passim*.

³⁴ Cfr. C. MULLIGAN, *Revenge Against Robots*, in *South Carolina Law Review*, 3, 2018, p. 578; *contra* K. DARLING, *Extending Legal Protection to Social Robots: The Effects of Antropomorphism, Emphaty, and Violent Behaviour Towards Robotic Objects*, in R. CALO – A.M. FROMKIN – I. KERR (eds), *Robot Law*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2016, p. 213.

loro impulsi vendicativi³⁵. Anziché un avanzamento per il diritto penale, l'attribuzione di una responsabilità penale diretta alle macchine, con la loro conseguente "punizione", porterebbe in definitiva soltanto ad un irrazionale "ritorno al passato"³⁶.

3. Abbiamo davvero bisogno di una responsabilità penale diretta delle IA?

L'idea di concepire una responsabilità penale diretta delle macchine per i danni che possono causare, tuttavia, è probabilmente non solo difficilmente praticabile per le ragioni poc'anzi evidenziate, ma anche fondata su basi poco solide. Questa idea, infatti, sembra partire da una serie di premesse implicite e strettamente intrecciate.

(a) In primo luogo, che un'implementazione delle forme più avanzate di automazione e *machine learning* dovrà necessariamente avvenire, prima o poi, in ogni campo dell'agire umano, a prescindere dal suo "costo" potenziale, a causa della presunta maggiore capacità di queste forme di IA di aumentare i livelli di efficienza, risparmio e sicurezza della società.

(b) Inoltre, che poiché l'"uomo dietro la macchina" non potrebbe esser punito in maniera conforme ai principi fondamentali del diritto penale, quando si utilizza una macchina autonoma e ad autoapprendimento, emergerebbe un *liability gap* a scapito delle vittime³⁷.

(c) Infine, che questo *gap* potrebbe (e dovrebbe) esser necessariamente colmato prevedendo una responsabilità penale diretta a carico delle macchine (e non, ad es., ricorrendo invece ai meccanismi tipici della responsabilità civile).

Purtroppo, le due premesse (a) e (b), su cui si basa l'intero impianto del discorso, che alla fine porta a (c), sembrano fondarsi su un equivoco. La tecnologia non è né buona, né cattiva, né neutrale. Il suo utilizzo non dovrebbe quindi esser ingiustificatamente osteggiato, a causa dell'atavica paura e sfiducia che l'uomo ha sempre nutrito verso le macchine³⁸, ma neppure avventatamente patrocinato, anche quando i rischi derivanti dall'utilizzo di certe IA si rivelano maggiori dei benefici che se ne potrebbero trarre³⁹.

Se partiamo da qui, dall'idea che certi livelli di automazione e l'introduzione di IA intrinsecamente dotate di un pericoloso coefficiente di imprevedibilità dovrebbero ritenersi ammissibili solo nei casi in cui la società possa ritrarre benefici dal loro utilizzo che siano tali da oscurare di gran lunga ogni eventuale pericolosità insita nelle stesse, allora molte questioni diverrebbero probabilmente superflue. Possiamo fare due esempi

³⁵ Cfr. E.P. EVANS, *The Criminal Prosecution and Capital Punishment of Animals*, E.P. Dutton, New York, 1906, *passim*.

³⁶ Possibilista, però, A. CAPPELLINI, *Reati colposi e tecnologie dell'intelligenza artificiale*, in *Archivio penale*, 3, 2022, p. 17.

³⁷ Cfr. A. MATTHIAS, *The Responsibility Gap. Ascribing Responsibility for the Actions of Learning Automata*, in *Ethics and Information Technology*, 4, 2004, pp. 175 ss.

³⁸ Cfr. N. BOSTROM, *Superintelligenza. Tendenze, pericoli, strategie*, Bollati Boringhieri, Torino, 2023, *passim*; A.K. WOODS, *Robophobia*, in *University of Colorado Law Review*, 93, 2022, pp. 51 ss.

³⁹ Sull'iper-ottimismo di alcuni profeti della "singolarità", cfr. M.A. BODEN, *L'Intelligenza Artificiale*, Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 144 ss.

in proposito: quello delle auto a guida autonoma e quello dei sistemi d'arma autonomi (AWS).

Nel primo caso, è generalmente riconosciuto che l'uso di questi veicoli potrebbe in futuro portare ad una drastica riduzione dei rischi di morte e lesioni dovuti alla circolazione stradale⁴⁰. Se ciò è vero (assunto che non dovrebbe esser dato per scontato, ma dimostrato, prove alla mano), dovremmo quindi proibire l'implementazione di tali sistemi, con la conseguente rinuncia ai benefici sociali che essi potrebbero apportare, solo perché possono talvolta condurre anche a taluni esiti imprevedibili? Oppure, dovremmo attribuire la colpa di ogni evento sfortunato e imprevedibile da essi determinato ad attori umani, soltanto per soddisfare gli istinti punitivi e vendicativi della collettività? Queste idee non sembrano avere molto senso. È ovvio che, se i benefici fossero così tanti e così rilevanti, probabilmente si dovrebbe arrivare ad identificare un'area di "rischio lecito" – attraverso un complesso bilanciamento dei benefici collettivi e dei rischi imponderabili propri dei vari sistemi – all'interno della quale al massimo la responsabilità civile dovrebbe esser chiamata a rispondere dei potenziali eventi sfortunati occorsi.

In un futuro in cui la circolazione stradale sarà gestita interamente da sistemi senza conducente, se questo condurrà davvero a una drastica riduzione del numero di incidenti dalle attuali diverse migliaia all'anno ad una manciata di casi (come molti sembrano credere), dovrebbe esser accuratamente scartata l'idea che il rischio della guida completamente autonoma non dovrebbe esser ritenuto ammissibile, o che gli incidenti andrebbero necessariamente addossati penalmente a qualcuno, ritenendoli sempre prevedibili e, come tali, imputabili alla negligenza di qualche soggetto.

In altri campi, tuttavia, si dovrebbe ovviamente giungere a conclusioni diverse. L'uso degli AWS, ad es., sembra sconsigliabile⁴¹ per ragioni deontologiche e morali, ma anche da un punto di vista consequenzialista (cioè basandosi su un mero calcolo costi/benefici). Solo facendo leva su una visione consequenzialista "miope", invero, si potrebbe arrivare a patrocinare seriamente l'impiego.

Le ragioni consequenzialiste addotte a favore del dispiegamento di AWS, del resto, sono state tipicamente fondate soltanto sull'aspettativa di AWS conformi al diritto internazionale umanitario, in grado di ridurre il numero di vittime tra i combattenti, le vittime innocenti e i danni collaterali, grazie alle loro migliori capacità di *targeting* e di ingaggio, superiori a quelle dei soldati umani, emotivamente fragili e cognitivamente più limitati⁴². Tuttavia, si possono ravvisare ragioni molto più stringenti di questa in favore di un divieto precauzionale di siffatti strumenti tecnologici.

⁴⁰ M. LANZI, *Self-driving cars*, cit., pp. 25 ss.; U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale ed automotive: la responsabilità da veicoli self-driving e driverless*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 155; H. GREGER – J. ESPINO – A.S. SANCHEZ, *Autonomous vehicle: heaven or hell? Creating a transportation revolution that benefits all*, in www.greenlining.org, 2019, *passim*; S. VAN UTYSEL – D. VASCONCELLOS VARGAS, *Challenges for and with Autonomous Vehicles*, in S. VAN UTYSEL – D. VASCONCELLOS VARGAS (eds), *Autonomous Vehicles. Business, Technology and Law*, Springer, Berlin-New York, 2020, 2; J.B. WOODS, *Autonomous Vehicles and Police de-escalation*, in *Northwest Uni Law Review*, 2019, p. 114.

⁴¹ Cfr. N. SHARKLEY, *The Evitability of Autonomous Robot Warfare*, in *International Review of the Red Cross*, 94 (886), 2012, pp. 787 ss.; R. SPARROW, *Killer Robots*, in: *Journal of Applied Philosophy*, 24(1), 2007, pp. 62 ss.

⁴² Cfr. R.C. ARKIN, *Governing Lethal Behavior in Autonomous Robots*, CRC Press, Boca Raton, 2009, *passim*; ID.,

A prescindere da quanto gli AWS riusciranno a svolgere bene i loro compiti di puntamento e ingaggio⁴³, invero, ci sono innanzitutto insuperabili ragioni morali che suggeriscono di proibirne l'uso: gli esseri umani hanno il diritto di non venir privati della propria vita in modo arbitrario, cioè senza il rispetto che gli altri esseri umani devono loro in quanto potenziali vittime della forza letale⁴⁴; quindi, affinché le decisioni di uccidere possano esser considerate non arbitrarie, come sostiene Asaro, dovrebbero sempre venir prese sulla base di un esercizio responsabile del giudizio umano e della compassione⁴⁵.

Poi, è anche certo che un bilanciamento di più ampio respiro dovrebbe indubbiamente portare a riconoscere anche che i rischi associati ad un loro impiego sono tali da superare di gran lunga i benefici che potremmo attenderci da esso⁴⁶. Le ragioni consequenzialiste addotte a sostegno dell'impiego degli AWS, infatti, riguardano solo le prestazioni attese sul campo di battaglia e alcuni dei loro esiti. Vengono però totalmente trascurate le conseguenze che si possono prevedere su scala più globale, come ad es. il fatto che: (a) questo dispiegamento potrebbe avere effetti negativi sulla stabilità della pace; (b) potrebbe incentivare nuove guerre e incoraggiare una *escalation* dalla guerra convenzionale a quella nucleare; (c) e potrebbe, infine, persino disinnescare gli attuali fattori di deterrenza nucleare⁴⁷.

Quindi, per quanto difficile possa rivelarsi il percorso che dovrebbe condurre ad un generalizzato divieto di questi sistemi tecnologici⁴⁸, si tratta comunque, senz'altro, della strada più corretta da percorrere.

Lethal autonomous systems and the plight of the non-combatant, in *AISB Quarterly*, 137, 2013, pp. 1 ss.

⁴³ Ad oggi ci sono fondati dubbi circa il fatto che le stesse possano garantire una completa sicurezza e, al contrario, vi sono prove evidenti di quella che è stata giustamente definita "illusione di precisione": cfr. D. BIRNBACHER, *Are autonomous weapons systems a threat to human dignity?* in N. BUTHA – S. BECK – R. GEIS – H.-Y. LIU – C. KREß (eds), *Autonomous Weapons Systems. Law, Ethics, Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 117 ss.

⁴⁴ Cfr. C. BAGNOLI, *Teoria della responsabilità*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 78.

⁴⁵ Cfr. P. ASARO, *On banning autonomous weapon systems: human rights, automation and the dehumanisation of lethal decision-making*, in *International Review of the Red Cross*, 94, pp. 687 ss.; D. BIRNBACHER, *Are autonomous weapons systems*, cit., pp. 113 ss.

⁴⁶ Così anche G. TAMBURRINI, *On banning autonomous weapons systems: from deontological to wide consequentialist reasons*, in N. BUTHA – S. BECK – R. GEIS – H.-Y. LIU – C. KREß (eds), *Autonomous Weapons*, cit., pp. 138 ss.

⁴⁷ Cfr. N. SHARKLEY, *Cassandra or the false prophet of doom: Al robots and war*, in *IEEE Intelligent Systems*, 28(4), 2008, p. 16; F. SAUER – N. SCHÖRNIG, *Killer drones: the silver bullet of democratic warfare?*, in *Security Dialogue*, 34, 2012, pp. 363 ss.; J. ALTMANN, *Preventive arms control for uninhabited military vehicles*, in R. CAPURRO – M. NAGENBORG (eds), *Ethics and Robotics*, IOS Press, Amsterdam, 2009, pp. 80 ss.; G. TAMBURRINI, *On banning autonomous weapons systems*, cit., pp. 139 ss.

⁴⁸ Ad es., N. BUTHA – S. BECK – R. GEIS, *Present futures: concluding reflections and open questions on autonomous weapons systems*, in N. BUTHA – S. BECK – R. GEIS – H.-Y. LIU – C. KREß (eds), *Autonomous Weapons*, cit., p. 378 ritengono che, «nella fase attuale, sembra improbabile e addirittura irrealistico che un divieto più pervasivo di tecnologie autonome nei sistemi militari possa vedere la luce».

4. Alcune osservazioni conclusive.

Sembra dunque evidente che, invece di continuare ancora a lungo a ipotizzare una responsabilità penale diretta delle macchine, ci si dovrebbe forse limitare a fare una selezione più attenta delle varie attività umane in cui l'impiego di sistemi altamente automatizzati potrebbe ritenersi veramente "consigliabile"⁴⁹. Eliminare dall'equazione l'idea che si possa (o persino si debba) concepire una responsabilità penale diretta delle IA, infatti, permetterebbe di concentrare tutti gli sforzi e le attenzioni sulle questioni problematiche che sembrano contare davvero per il diritto penale, dirottando così tutte le energie verso la loro risoluzione.

In fin dei conti, l'uso di IA completamente autonome e probabilmente a volte anche la ricerca scientifica sul loro sviluppo dovrebbero ammettersi solo quando si può dimostrare che la società – alla luce di un'adeguata analisi costi/benefici – può trarre più vantaggi che svantaggi dal loro impiego. Nelle aree in cui l'uso di queste IA è ritenuto troppo rischioso, e non così benefico o in grado di garantire il dovuto rispetto di alcune prerogative umane fondamentali, i precetti penali dovrebbero, semmai, intervenire al fine: (a) o di regolamentare e all'occorrenza vietare (sul modello dell'*Embryo Protection Act*) la ricerca e/o l'introduzione nel sistema di questi strumenti "pericolosi"⁵⁰; (b) o di stabilire, comunque, che il mantenimento di un controllo umano significativo debba ritenersi essenziale in materia, garantendo così un centro d'imputazione umano a cui eventualmente addossare la responsabilità.

D'altra parte, nelle aree in cui tali tecnologie altamente autonome sono ritenute accettabili e i rischi tutto sommato tollerabili (nella misura in cui sono controbilanciati dai grandi benefici che si possono ricavare dal loro utilizzo), si dovrebbe verosimilmente riconoscere che all'interno dell'area di "rischio socialmente consentito" delineata da ciascun sistema⁵¹, di norma non dovrebbe sorgere alcun tipo di responsabilità penale per i programmatori, i produttori o gli utenti, e che gli eventuali (rari) eventi sfortunati occorsi dovrebbero verosimilmente restare vieppiù appannaggio dei meccanismi tipici della responsabilità civile⁵².

⁴⁹ Ad es. si potrebbe verificare se tale sia il caso anche per il settore medico o per quello dei veicoli marittimi: U. PAGALLO, *Il dovere alla salute. Sul rischio di sottoutilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario*, Mimesis, Milano, 2022, *passim*; N. KLEIN – D. GUILFOYLE – M.S. KARIM – R. MCLAGHLIN, *Maritime Autonomous Vehicles: New Frontiers in the Law of the Sea*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 69(3), 2000, pp. 719 ss.

⁵⁰ Cfr. M.B. MAGRO, *Decisione umana*, cit., pp. 20 ss.; K. GAEDE, *Künstliche Intelligenz - Rechte und Strafen für Roboter? Plädoyer für eine Regulierung künstlicher Intelligenz jenseits ihrer reinen Anwendung*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 76 ss. e pp. 81 ss.; G. QUINTERO OLIVARES, *La robótica*, cit., pp. 21-22.

⁵¹ Ma sarebbe ancora meglio se quest'area di rischio venisse delineata a livello globale nel modo più uniforme possibile, al fine di evitare le discrepanze nella classificazione dei casi *cross-border* che, come osservato da V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale*, cit., pp. 548 ss., potrebbero porsi.

⁵² Cfr. S. PREZIOSI, *La responsabilità penale per eventi generati da sistemi di IA o da processi automatizzati*, in R. GIORDANO – A. PANZAROLA – A. POLICE – S. PREZIOSI – M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, cit., pp. 719 ss.; R. BORGOGNO, *La responsabilità penale nei processi ad elevata automazione*, *ivi*, 735 ss.; A. FIORELLA, *Responsabilità penale del Tutor*, cit., pp. 654 ss.; R. BORSARI, *Intelligenza Artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, in *www.mediaLaws.eu*, 20.11.2019, p. 268.

Quel che è certo, poi, è che il potenziale intervento del diritto penale in materia (laddove ritenuto essenziale) dovrebbe comunque restare permanentemente incentrato su responsabilità umane (al più chiamando in causa anche la responsabilità da reato degli enti)⁵³, orientandosi principalmente verso la punizione di violazioni di regole di condotta stabilite *ex ante*, volte a prevenire, anticipare e minimizzare i profili di rischio che la tecnologia più autonoma può presentare. Come si è osservato, infatti, «se le categorie penalistiche non possono essere slabbrate per imputare eventi imponderabili, ci si deve limitare ad aggredire, con pene proporzionate», il «disvalore di condotte» che possono costituire forme «di *miscompliance* individuale rispetto a protocolli preventivi nell'impiego di strumenti tecnologicamente avanzati»⁵⁴. Al diritto penale non si potrà chiedere molto più di questo.

⁵³ Cfr. A.F. TRIPODI, *Uomo, Societas, Machina*, in www.la-legislazione-penale.eu, 10.5.2023, pp. 12 ss.

⁵⁴ Cfr. F. CONSULICH, *Flash Offenders*, cit., pp. 1053 ss.

DISABILITÀ FISICA E CONSAPEVOLE PARTECIPAZIONE DELL'IMPUTATO AL PROCESSO

di Sarah Grieco

Il presente contributo, esaminando la decisione n. 65 del 2023 della Corte costituzionale, vuole rappresentare un'occasione di riflessione lungo il percorso di progressiva presa di coscienza e valorizzazione delle peculiarità della persona disabile nel processo penale. In particolare, al disabile-imputato va incondizionatamente riconosciuto il diritto alla "parità delle armi" nel processo, che si esplica anche nel suo diritto di autodifesa; capacità che ben può essere impedita dall'insorgenza di una patologia, non solo di natura mentale ma anche fisica. Su questa scia, nella decisione in commento, i giudici costituzionali – riallacciandosi ad alcuni illuminati precedenti, non sempre opportunamente valorizzati – hanno sancito l'illegittimità dell'art. 72 bis, comma 1, cod. proc. pen., per violazione dell'art. 3 della Costituzione, laddove, stabilendo l'improcedibilità nei confronti dell'imputato che non possa partecipare coscientemente al processo per incapacità irreversibile, si riferisce unicamente allo stato «mentale», anziché a quello «psicofisico». In via consequenziale, la Consulta ha dichiarato incostituzionali gli articoli 70, comma 1, 71, comma 1 e 72, comma 1 e 2 del codice di rito, nella parte in cui si richiama la sola infermità o stato «mentale», anziché quella «psicofisico». La pronuncia della Consulta rappresenta un passaggio importante nella partecipazione del disabile al procedimento in cui è imputato. Rifugge da forme ingessate e rigidamente biunivoche, per le quali viene in rilievo la sola disabilità mentale, quale incapacità, in astratto, di partecipazione consapevole. Al termine di un percorso lungamente meditato, la Consulta "apre" a patologie che, pur non avendo un'origine propriamente psichica, hanno un decorso tale da privare, spesso progressivamente e irrimediabilmente, la capacità di effettiva percezione della realtà e di interazione con la stessa. Vengono adeguatamente valorizzati il concetto di autodifesa e di «cosciente partecipazione» di cui all'art. 70 c.p.p.; «endiadi» che va intesa, piuttosto, come l'insieme delle facoltà di «coscienza, pensiero, percezione, espressione». Si assiste, così, ad una nuova tappa nel cammino verso quella visione della disabilità di matrice internazionale, sancita dalla Convenzione ONU del 2006 e ribadita, sul fronte interno, con la cd. Legge quadro sulla disabilità (l. n. 227/2021). All'imputato disabile, dotato di una "capacità giuridica universale", che prescinde da rigide categorie classificatorie, viene garantita la partecipazione "attiva" al "suo" processo, in forma piena ed effettiva, fondata su una base di uguaglianza con gli altri soggetti del procedimento, anche in termini di apporto al processo stesso.

SOMMARIO: 1. Il disabile autore di reato. – 2. La *quaestio* al vaglio della Consulta. – 3. La soluzione legislativa alla controversa questione degli "eterni giudicabili" e le ripercussioni sulla presunta inammissibilità dell'ordinanza di remissione. – 4. Il superamento del dogma del rilievo esclusivo della infermità mentale. – 5. Note a margine della decisione. Un passo in avanti verso la concezione internazionale di disabilità.

1. Il disabile autore di reato.

La tutela della persona disabile nell'ambito del procedimento e del processo penale costituisce una tematica che, ignorata dalla esperienza giurisprudenziale e dalla riflessione dottrinale per decenni, ha cominciato a ricevere, dapprima lentamente, e poi in maniera sempre più marcata, una considerevole attenzione da parte degli operatori del diritto¹.

Anche il legislatore si è fatto portatore di tale esigenza che, tuttavia, sembra aver connotato, maggiormente, il diritto sostanziale rispetto a quello procedurale.

In effetti, nell'ambito del diritto penale sostanziale, la riflessione sulla tutela del soggetto debole, pur in assenza di norme costituzionali riferite esplicitamente alla disabilità, sembra occupare in maniera peculiare lo spazio costituzionale, considerato che in essa confluiscono una moltitudine «di valori che attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale. (...) il canone ermeneutico ... è dato dall'interrelazione ed integrazione tra i precetti in cui quei valori trovano tutela»².

La riflessione penalistica sulla persona disabile, per le intime caratteristiche di tale materia, si incentra, soprattutto, nei riguardi del disabile-vittima del reato.

Basti guardare alle varie fattispecie criminose nelle quali la condizione di disabilità della vittima è prevista quale elemento costitutivo o circostanza aggravante speciale del reato³; su un piano più generale, si pensi alla tutela generalizzata che si sostanzia nell'aggravante di cui all'art. 36 della L. n. 104/1992, con una copertura punitiva ampia, sia per i reati contro il patrimonio che per quelli contro la persona⁴.

Scarsi sono stati, invece, i tentativi di applicare l'innovativo interesse focalizzato sulla persona disabile al profilo del soggetto attivo del reato.

In questo senso, le maggiori suggestioni sono state rivolte al superamento, in una prospettiva *de iure condendo*, dell'istituto dell'imputabilità, allo scopo di pervenire alla ideazione di una capacità giuridica penale generale della persona disabile⁵.

¹ Per una rapida rassegna cfr. A. GERARDI, *Una finestra sui diritti processuali delle persone con disabilità*, in *Archivio Penale*, n. 1, 2023.

² Corte costituzionale, sentenza del 26 febbraio 2010, n. 80, in *cortecostituzionale.it*.

³ M. RIVERDITI, *Disabilità e diritto penale*, in *Questione giustizia*, 3, 2018, p. 90: «Il codice penale contempla (sin dall'impianto originario) talune disposizioni espressamente focalizzate sulla condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa dovute a peculiari situazioni di malattia, incapacità o fragilità, in senso lato. Al riguardo, è qui sufficiente ricordare le ipotesi di cui agli articoli 574 c.p. (Sottrazione di persone incapaci), 579, comma 3, n. 2 c.p. (Omicidio del consenziente), 580, comma 2, c.p. (Istigazione o aiuto al suicidio), 591 c.p. (Abbandono di persona incapace), 593 cp (Omissione di soccorso), 609 bis c.p. e 643 c.p. (Circonvenzione di incapace)».

⁴ L'articolo 36, legge 5 febbraio 1992, n. 104, si configura, infatti, come circostanza aggravante speciale ad effetto speciale per tutti i reati non colposi compresi nei titoli XII (Delitti contro la persona) e XIII (Delitti contro il patrimonio) del codice penale e di cui alla Legge 20 febbraio 1958, n. 75 (Reati in materia di prostituzione). Cfr. M. RIVERDITI, *Disabilità e diritto penale*, op. cit. p. 89.

⁵ M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Giappichelli, 2019, p. 153; G. DODARO, *L'attribuzione di capacità come pratica di riconoscimento della persona con disabilità quale 'soggetto di diritto penale'*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, XX, 2020/1 (giugno), p. 63-87. Sul piano delle teorie abolizioniste dell'imputabilità e dei diversi tentativi di riforma, tesi al riconoscimento della piena soggettività giuridica

Le medesime dinamiche che hanno interessato il profilo sostanzialistico, si sono rinvenute nell'ambito della procedura penale.

In effetti, anche sotto il profilo processuale, l'attenzione del legislatore è rivolta principalmente ai disabili persone offese dal reato. Il D.lgs. 15 dicembre 2015 n. 212, di attuazione della c.d. *Direttiva vittime* 2012/29/UE, ha introdotto l'art. 90 *quater* c.p.p. che ha codificato, in modo strutturale, la condizione di "particolare vulnerabilità" di alcune vittime, tra cui rientrano indubbiamente anche le persone con disabilità⁶. Dal riconoscimento di tale condizione scaturiscono una serie di diritti processuali per la vittima vulnerabile, cui corrispondono specifici obblighi di informazione, assistenza, protezione in capo all'autorità e alla polizia giudiziaria.

Tale indirizzo è da salutare, senz'altro, con favore e deve essere implementato, per segnare il definitivo passaggio da un "modello medico" a uno "sociale" di disabilità. Mentre il primo concepisce la disabilità come una deviazione dal normale stato di salute, da "aggiustare" tramite la cura, il secondo la interpreta come un costrutto sociale, fondato su barriere ambientali e sociali. Le implicazioni, in ambito giuridico, del modello medico sono legislazioni marcatamente assistenzialiste, che investono sull'incapacità. Il modello sociale, invece, ha originato sostanziali riforme con riguardo ai diritti civili e alla legislazione anti-discriminatoria in molti Paesi, venendo adottato come base teorica della stessa *Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità* (CRPD) del 2006 e dalla recente *Strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021-2030* europea⁷.

Tuttavia, la legislazione, nel nostro paese, continua ad oscillare tra promozione dei diritti umani e protezione paternalistica della persona disabile⁸.

In questo contesto si colloca la riflessione sui diritti processuali della persona disabile, non già vittima ma imputata del reato.

Su questo tema, il legislatore, come si vedrà, ha investito con estremo ritardo e, soprattutto, a seguito delle continue sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

Nell'ambito del vigente Codice di rito, la rilevanza della condizione di disabile, in capo al soggetto che riveste la qualifica di imputato, assume rilievo soprattutto intorno alla questione della sua "cosciente partecipazione" (art. 70, co. 1, cod. proc. pen.) al procedimento.

Tale condizione – definitivamente emancipatasi dal concetto, non già processuale ma sostanziale, di "imputabilità" – intesa quale capacità di intendere e volere al momento del fatto reato⁹ – è stata progressivamente articolata ed esplicitata dal giudice

della persona con disturbo mentale, quale esito di un percorso di riconoscimento del malato come soggetto di diritto, si veda, da ultimo, d.d.l. A.C. n.158 d'iniziativa del deputato Riccardo Magi.

⁶ Per una panoramica della tutela delle vittime in ambito europeo cfr. A. BALSAMO, *Il profilo europeo*, in G. SPANGHER e A. MARANDOLA, *La fragilità della persona nel processo penale*, Giappichelli, 2021, p. 56 e ss.

⁷ Sull'affermazione del concetto di "accessibilità" nella Convenzione ONU sulla disabilità e sulle strategie europee, cfr. V. PUPO, *La progressiva attuazione del principio di accessibilità delle persone con disabilità*, in AIC – *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Rivista n. 4/2023, 10 ottobre 2023, p. 98 ss.

⁸ M. RIVERDITI, *Disabilità e diritto penale*, op.cit.

⁹ In effetti già Cass. pen., Sez.1, sentenza del 17 maggio 1995, n. 1381, in *Cassazione Penale*, 1996, p. 2252, evidenziava che l'imputabilità ex art. 88 c.p. e la capacità di partecipare al processo penale di cui all'art. 70

delle leggi in termini di capacità per il disabile imputato di esercitare, consapevolmente, nel processo penale il diritto, non già ad una difesa genericamente intesa, ma alla propria "autodifesa"¹⁰. Questa va interpretata come capacità di esercitare personalmente le facoltà connesse all'esercizio di tale diritto; prerogative non delegabili ad altro soggetto, sia esso un rappresentante sostanziale oppure lo stesso difensore tecnico.

In effetti, già nella vigenza del Codice Rocco del 1930, improntato ad un modello misto sbilanciato sul versante "inquisitorio", la Corte costituzionale aveva costantemente affermato che *«la peculiare natura del processo penale e degli interessi in esso coinvolti richiede la possibilità della diretta e personale partecipazione dell'imputato»*, onde l'autodifesa, che *«ha riguardo a quel complesso di attività mediante le quali l'imputato è posto in grado di influire sullo sviluppo dialettico del processo»*, costituisce *«diritto primario dell'imputato, immanente a tutto l'iter processuale, dalla fase istruttoria a quella di giudizio»*¹¹.

A maggior ragione, con l'approvazione del Codice di rito del 1988, nell'ottica di implementazione del modello tendenzialmente accusatorio, la partecipazione dell'imputato al "suo" processo diventa, ancora di più, condizione indefettibile per il regolare esercizio dello stesso.

Afferisce al diritto di difesa e, perciò, non è "confiscabile", potendo, al più, essere oggetto di rinuncia da parte del titolare dello stesso, in presenza di una non equivoca manifestazione di volontà.

Con l'inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 Cost., a seguito della legge costituzionale n. 2 del 1999, il diritto di partecipazione fa il suo ingresso definitivo nella Costituzione: un giudizio senza imputato può essere celebrato solo a seguito di una sua opzione (anche solo ragionevolmente presunta) cosciente e volontaria, cioè responsabile.

Il diritto dell'imputato di esercitare, in proprio, l'autodifesa diventa un requisito fondamentale dell'equo processo, in quanto espressione e garanzia di quel principio della "parità delle armi", sebbene il suo concreto esercizio sia rimesso ad una scelta (consapevole e non "costretta") del medesimo imputato.

c.p.p., pur costituendo stati soggettivi accomunati dall'infermità mentale, operano su piani del tutto diversi ed autonomi e che la capacità di *«partecipazione cosciente al processo»* costituisce *«premessa essenziale della possibilità di autodifesa e quale garanzia del "giusto processo" presidiata dall'art. 24 Cost.»*. Per cui mentre l'imputabilità indica la pienezza delle facoltà mentali, possedute al momento del fatto di reato, ai sensi dell'art. 88 c.p., la cosciente partecipazione, invece, corrisponde all'attitudine ad esercitare, durante il procedimento, tutti i poteri connessi alla qualità di imputato, con l'obiettivo di garantire il diritto di autodifesa sul ritenuto presupposto dell'insufficienza della sola difesa tecnica: cfr. sul punto A. FAMIGLIETTI, *La definizione del procedimento penale per incapacità irreversibile dell'imputato*, in *Processo penale e giustizia*, 2, 2018, p. 412 e ss.

¹⁰ Sul concetto di autodifesa dell'imputato cfr. A. DIDI, *La condizione del detenuto*, in G. SPANGHER e A. MARANDOLA, *La fragilità della persona nel processo penale*, Giappichelli, 2021, p. 487 e ss.

¹¹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 29 aprile 1975, n. 99; Corte costituzionale, sentenza 28 dicembre 1971, n. 205 del 1971 e Corte costituzionale, sentenza del 27 dicembre 1973, n. 186, tutte rinvenibili sul sito istituzionale della Consulta: www.cortecostituzionale.it.

È noto come la nuova veste dell'art. 111 Cost. sia volta a riversare nella nostra carta costituzionale i principi già presenti sul versante delle norme pattizie internazionali¹², che proprio la riforma costituzionale del '99 ha inteso recepire¹³.

La garanzia costituzionale del diritto di difesa comprende la partecipazione personale dell'imputato al procedimento in modo consapevole, con particolare riguardo – per quanto qui rileva – alle fasi che l'ordinamento affida al principio dell'oralità. Ciò comporta la possibilità effettiva sia di percepire le espressioni orali dell'autorità procedente e degli altri protagonisti del procedimento, comprendendone il significato linguistico, sia di esprimersi a sua volta, essendone percepito e compreso¹⁴.

Senza la garanzia di tale possibilità, infatti, resterebbe irrimediabilmente compromesso, nelle fasi processuali dominate dall'oralità, il diritto dell'accusato di essere messo a conoscenza, personalmente, immediatamente e compiutamente, di quanto avviene nel processo che lo riguarda: non solo dell'accusa mossagli, ma anche degli elementi sui quali essa si basa; delle vicende istruttorie e probatorie che intervengono, via via, a corroborarla o a smentirla; delle affermazioni e delle determinazioni espresse dalle altre parti e dall'autorità procedente. Conseguentemente, dal diritto di conoscere del processo discende quello di svolgere la propria attività difensiva, anche in forma di autodifesa, conformandola, adattandola e sviluppandola, in correlazione continua con le esigenze che l'imputato stesso ravvisi e colga, a seconda dell'andamento della procedura o comunicando con il proprio difensore¹⁵.

Tali principi, seppure solennemente affermati in termini generali, non sempre hanno goduto di una conseguente applicazione pratica.

2. La *quaestio* al vaglio della Consulta.

La verifica della consapevole partecipazione al processo è stata, per lungo tempo, limitata alla disamina di condizioni di natura schiettamente ed esclusivamente mentale¹⁶, che fossero tali impedire la “presenza” psicologica dell'imputato al processo.

Non si riteneva, invece, che la medesima precauzione dovesse essere presa nei riguardi di quelle patologie, di natura non mentale ma fisica, che – specie a seguito di un periodo di progressiva ingravescenza – comportassero, di fatto, la medesima menomazione cognitiva e/o sensoriale, tale da impedire, in radice ed in concreto, l'esercizio del diritto di autodifesa nel processo, seppure potenziale.

¹² Art. 6, comma 3, lett. c), d), e), della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*; art. 14, comma 3, del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, adottato a New York il 16 dicembre 1966, reso esecutivo con L. 25 ottobre 1977, n. 881 ed entrato in vigore per l'Italia il 15 dicembre 1978.

¹³ Cfr. da ultimo Cass. pen., Sez. 6, sentenza del 30 marzo 2022, n. 35190, in *CED Cassazione*; Cass. pen., Sez. 6, sentenza del 30 settembre 2022, n. 167, in *CED Cassazione*.

¹⁴ Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 1° febbraio 1982, n. 9 e Corte costituzionale, sentenza del 19 gennaio 1993, n. 10, in *cortecostituzionale.it*.

¹⁵ Si v. Corte costituzionale, sentenza del 22 luglio 1999, n. 341, in *cortecostituzionale.it*.

¹⁶ Cfr. art. 70, co. 1, cit. che richiama(va) espressamente l'infermità mentale.

In questo contesto si colloca la definitiva svolta operata dalla decisione in commento.

Al termine di un percorso lungamente meditato – che trova i suoi precedenti in arresti del giudice delle leggi di anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del Codice di procedura penale del 1988¹⁷ – la Corte costituzionale, con la sentenza n. 65 del 2023, ha sancito l'illegittimità, per violazione dell'art. 3 Cost., dell'art. 72 *bis*, comma 1, cod. proc. pen., pure recentemente introdotto¹⁸. Si dichiara incostituzionale la parte in cui, stabilendo l'improcedibilità nei confronti dell'imputato che non possa partecipare coscientemente al processo per incapacità irreversibile, la norma si riferisce allo stato «mentale», anziché a quello «psicofisico».

Inoltre, con la medesima pronuncia, la Consulta, dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 72 *bis*, comma 1, cod. proc. pen., ha riconosciuto, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, l'illegittimità costituzionale dell'art. 70, comma 1, cod. proc. pen., nella parte in cui si riferisce all'infermità «mentale» anziché a quella «psicofisica»; dell'art. 71, comma 1, cod. proc. pen., nella parte in cui si riferisce allo stato «mentale», anziché a quello «psicofisico»; dell'art. 72 cod. proc. pen., nella parte in cui si riferisce, nel comma 1, allo stato «di mente», anziché a quello psicofisico, e, nel comma 2, allo stato «mentale», anziché a quello «psicofisico».

Il caso sottoposto all'attenzione del giudice delle leggi trae origine dall'ordinanza del 2 dicembre 2021 del giudice monocratico del Tribunale ordinario di Lecce, il quale aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 72 *bis* del codice di procedura penale, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, «nella parte in cui non prevede che il [g]iudice dichiarare non doversi procedere nei confronti dell'imputato, anche nei casi in cui la sua irreversibile incapacità di partecipare coscientemente al processo discenda da patologie fisiche e non mentali».

La *quaestio facti*, alla base dell'ordinanza di remissione, aveva ad oggetto un'imputazione relativa a reati in materia edilizia, per la quale era imputato un soggetto affetto da una seria ed ingravesciente malattia fisica (la tristemente famosa SLA).

Tale patologia aveva, progressivamente e irreversibilmente, determinato la paralisi della persona, con privazione dell'uso del linguaggio e della stessa autonomia respiratoria; ragion per cui il processo era stato, sin dal maggio 2016, continuamente rinviato, ai sensi dell'art. 420 *ter* cod. proc. pen., per legittimo impedimento dell'imputato.

Il giudice salentino argomentava in ordine alla sussistenza, in concreto, di una situazione analoga a quella che avrebbe giustificato la definizione del processo per

¹⁷ La lunga teoria dei precedenti del giudice delle leggi può essere riassunta nei termini che seguono: Corte costituzionale, sentenza del 25 marzo 2015, n. 45; Corte costituzionale, sentenza del 14 febbraio 2013, n. 23; Corte costituzionale, ordinanza del 21 ottobre 2013, n. 243; Corte costituzionale, ordinanza del 22 maggio 2007, n. 119; Corte costituzionale, sentenza del 26 gennaio 2004, n. 39, Corte costituzionale, sentenza del 22 luglio 1999, n. 341; Corte costituzionale, ordinanza del 12 marzo 1999, n. 67; Corte costituzionale, sentenza del 22 ottobre 1996, n. 354; Corte costituzionale, sentenza del 28 giugno 1995, n. 281; Corte costituzionale, sentenza del 20 luglio 1992, n. 340; consultabili su cortecostituzionale.it.

¹⁸ Come è noto, l'art. 72 *bis*, introdotto dall'art. 1, comma 22, della L. 23 giugno 2017, n. 103, ha dettato una disciplina in grado di porre fine alla condizione dei c.d. "eterni giudicabili"; cfr. *infra*.

improcedibilità di cui all'art. 72 *bis* cod. proc. pen.; norma, tuttavia, espressamente dettata per l'incapacità processuale dell'imputato derivante dalla sola patologia mentale e, pertanto, insuscettibile di applicazione all'incapacità irreversibile causata da patologia fisica, di origine neurologica, come quella di cui era affetto l'imputato.

Da ciò discenderebbe una innegabile antinomia con l'art. 3 Cost., per l'irragionevole disparità di trattamento tra fattispecie connotate dalla medesima esigenza.

In via recessiva, il giudice remittente prospettava l'illegittimità dell'art. 159, ultimo comma, del codice penale, sempre per violazione dell'art. 3 Cost., «*nella parte in cui non prevede che la sospensione del decorso della prescrizione, nel caso in cui dipenda da sospensione del processo per impossibilità di procedere in assenza dell'imputato non operi anche nelle ipotesi in cui tale sospensione sia imposta dall'impossibilità dell'imputato di partecipare coscientemente al processo*»¹⁹. Poiché il legittimo impedimento dell'imputato a comparire all'udienza costituisce motivo di sospensione del corso della prescrizione, a norma dell'art. 159, primo comma, numero 3), cod. pen., nella specie, attesa l'irreversibilità dell'impedimento, la prescrizione non avrebbe mai potuto maturare; solo la morte dell'imputato avrebbe consentito la definizione del processo.

Anche in questo frangente, emergerebbe un'irrazionale disparità di trattamento, rispetto al caso della sospensione del processo per assenza dell'imputato di cui all'art. 420 *quater* cod. proc. pen.; ipotesi nella quale, per effetto del richiamo contenuto nell'art. 159, ultimo comma, cod. pen., la sospensione della prescrizione non può superare il limite fissato dall'art. 161, secondo comma, cod. pen.

Nell'ambito del giudizio costituzionale, interveniva l'Avvocatura generale dello Stato, in rappresentanza del Presidente del Consiglio dei Ministri, deducendo la inammissibilità e la non fondatezza delle questioni sollevate. L'inammissibilità discenderebbe dalla pluralità delle soluzioni normative astrattamente ipotizzabili, la selezione delle quali apparterrebbe alla discrezionalità del legislatore. La non fondatezza deriverebbe dall'eterogeneità tra infermità mentale e infermità fisica, differenza segnalata da pregresse decisioni del giudice costituzionale, su questioni analoghe all'odierna principale²⁰.

3. La soluzione legislativa alla controversa questione degli "eterni giudicabili" e le ripercussioni sulla presunta inammissibilità dell'ordinanza di remissione.

Investita della questione di legittimità costituzionale nei termini descritti, la Corte premette una breve ma intensa illustrazione del panorama normativo di riferimento.

L'art. 72 *bis* cod. proc. pen. – approvato dall'art. 1, comma 22, della legge 23 giugno 2017, n. 103 (*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento*

¹⁹ Tribunale di Lecce, ordinanza del 2 dicembre 2021, in *giurisprudenzapenale.com*.

²⁰ Viene citata, in particolare, Corte costituzionale, ordinanza del 21 ottobre 2013, n. 243, in *cortecostituzionale.it*.

penitenziario), meglio conosciuta come riforma Orlando – ha segnato il punto di arrivo della vicenda descritta con l'icastica immagine degli "eterni giudicabili"²¹.

La riforma ha, infatti, sancito l'irreversibilità dello *status* di incapacità psichica dell'accusato come condizione di improcedibilità che conduce ad una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere. Con l'accertamento dell'incapacità irreversibile, viene reputata inutile l'interruzione del procedimento, disciplinata dal codice di rito con il "mini-sistema" dedicato all'accertamento della capacità di stare in giudizio dell'imputato, degli articoli 70 e seguenti.

Innovando rispetto alla situazione del Codice Rocco del 1930 – che prevedeva una sostanziale identificazione della capacità di cosciente partecipazione con l'imputabilità di diritto penale sostanziale – l'impostazione originaria del legislatore dell'88 mirava, per un verso, a valorizzare in concreto l'esplicazione dell'autodifesa; per l'altro, ad adeguarsi *«all'evoluzione che la sensibilità sociale ha palesato in questi ultimi tempi e sempre maggiormente appare destinata a palesare»* rispetto *«al più globale problema dell'atteggiamento da tenere nei confronti delle anomalie mentali»*²². Si trattava di un'impostazione assai più corrispondente all'impronta accusatoria del nuovo processo e, in particolare, all'esaltazione del ruolo dell'imputato, la cui partecipazione, per essere attiva, deve rivelarsi consapevole, e, quindi, "cosciente"²³.

Tuttavia, il nuovo modello era stato concepito per disciplinare i difetti di capacità processuale dell'imputato di natura temporanea; difetti causati, peraltro, non solo da malattie psichiche e non, necessariamente, sopravvenuti rispetto al *tempus commissi delicti*.

La funzionalità della regola – fondata sulla sospensione protratta del procedimento e sulla reiterazione semestrale degli accertamenti sullo stato di capacità, per tutti i casi di incapacità a stare in giudizio – è finita, nel tempo, per risultare carente, con riguardo alle condizioni soggettive qualificate come irreversibili all'esito di specifici accertamenti. Tale assetto normativo andava ad inserirsi in un contesto nel quale, la disciplina in materia di prescrizione del reato, segnatamente l'art. 159 cod. pen., disponeva la sospensione a tempo indeterminato della prescrizione, in conseguenza della sospensione del processo, fino al giorno in cui fosse cessata la causa sospensiva. In caso di irreversibilità della malattia, come nel caso di quelle mentali, l'unico effetto era quello di lasciare in vita un processo penale mai destinato a concludersi, se non con la morte dell'interessato o con il maturare del termine di prescrizione.

Per oltre vent'anni le questioni giunte all'attenzione della Corte erano sempre sfociate in declaratorie di infondatezza o di inammissibilità nel caso dell'infermità mentale irreversibile. Solo negli anni più recenti, nell'ambito delle motivazioni di tali pronunce, erano emerse, in modo via via più esplicito, anche critiche significative

²¹ Per un commento alla L.103/2017 e al nuovo art. 72 bis cfr. L. SCOMPARIN, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato il traguardo di una soluzione attesa e i residui dubbi sui margini dei poteri proscioglitori del giudice*, in *La legislazione Penale*, 14 novembre 2017.

²² Cfr. *Relazione al progetto preliminare*, sub art. 67, in *gazzettaufficiale.it*

²³ Interessanti, al proposito, i rilievi della *Relazione al progetto definitivo*, pag.171, in *gazzettaufficiale.it*.

rispetto alle scelte del legislatore codicistico²⁴. È il caso della pronuncia n. 23 del 2013, che sottolineava come *«[l']indefinito protrarsi nel tempo della sospensione del processo – con la conseguenza della tendenziale perennità della condizione di giudicabile dell'imputato, dovuta all'effetto, a sua volta sospensivo, sulla prescrizione – presenta il carattere della irragionevolezza, giacché entra in contraddizione con la ratio posta a base, rispettivamente, della prescrizione dei reati e della sospensione del processo»*²⁵.

In quella occasione, la situazione di *impasse* non era stata fatta oggetto di censura effettiva da parte della Consulta, la quale aveva optato per un semplice monito – per quanto ultimativo²⁶ – al legislatore, dichiarando inammissibile la questione sollevata nei confronti dell'art. 159 cod. pen. in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., per l'assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata: l'introduzione di una pronuncia di improcedibilità era solo una *«tra le numerose soluzioni ipotizzabili»*.

A fronte, tuttavia, del perdurante immobilismo del legislatore alle sollecitazioni dei giudici costituzionali, la Corte, con la successiva sentenza n. 45 del 2015²⁷, si trovava obbligata a dichiarare l'illegittimità dell'art. 159 cod. pen., per contrasto con l'art. 3 Cost., *«nella parte in cui, ove lo stato mentale dell'imputato sia tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento e questo venga sospeso, non esclude la sospensione della prescrizione quando è accertato che tale stato è irreversibile»*. Nei limiti tecnici possibili per le sentenze additive della Corte²⁸, si trattava di una sentenza “tampone” che, gli stessi giudici costituzionali avevano definito come non *«completamente appagante»* della soluzione prospettava, specie per i reati a lunga prescrizione.

In questo senso, va, quindi, salutata con soddisfazione l'introduzione, nel 2017, dell'art. 72 *bis* cod. proc. pen. che, prescindendo dalla necessità di attendere la prescrizione del reato, ha consentito di definire il processo, a carico dell'infermo mentale irreversibile, con una formula di rito, inidonea a costituire giudicato in ipotesi (invero alquanto remota) di resipiscenza della capacità di partecipazione al processo del reo (giusto il disposto dell'art. 345, co. 2, c.p.p., al contempo novellato sul punto)²⁹.

²⁴ Per una più ampia ricostruzione dei precedenti cfr. A. PAGLIANO, *L'incapacità irreversibile dell'imputato*, in A. SCALFATI, *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017*, n. 103, Giappichelli, 2017, p. 75 e ss.

²⁵ Cfr. Corte costituzionale, sentenza dell'11 febbraio 2013, n. 23 in *cortecostituzionale.it*.

²⁶ Come già segnalato da G. LEO, *La Consulta sulla disciplina dell'impedimento a comparire, di durata non determinabile, che discenda da patologie fisiche dell'imputato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Archivio 2010-2019, novembre 2013, il monito finale della sentenza n. 23 del 2013 appare insolitamente deciso: *«nel dichiarare l'inammissibilità dell'odierna questione ... questa Corte deve tuttavia affermare come non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia»*.

²⁷ Corte costituzionale, sentenza del 25 marzo 2015, n. 45, in *cortecostituzionale.it*.

²⁸ Come è noto, con le decisioni additive, la declaratoria di incostituzionalità colpisce la disposizione *«nella parte in cui non prevede»* un qualcosa, con conseguente aggiunta, da parte della sentenza, di un frammento alla norma oggetto del giudizio. La pronuncia additiva presuppone l'impossibilità di superare la *«norma negativa»* affetta da incostituzionalità per via d'interpretazione, nonché l'esistenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata.

²⁹ In ordine alla introduzione di una pronuncia di rito in luogo della preesistente causa di sospensione, è interessante rinviare al precedente costituito da Corte costituzionale, ordinanza del 5 aprile 2007, n. 117, in *cortecostituzionale.it*.

La riforma, oltre ad aver sottratto l'interessato al perenne *status* di imputato, ha avuto il pregio di porre fine alla serie di inutili rivalutazioni delle condizioni dell'imputato, destinata altrimenti a protrarsi, quantomeno, fino all'intervento della prescrizione; *«uno stanco e costoso rituale»*, che con *«la “prosecuzione” del processo (intesa come permanere della relativa pendenza) rappresenta un costo, sempre più irragionevole col passare del tempo e con la connessa asseverazione del carattere non reversibile dell'incapacità»*³⁰.

L'abbandono dell'impostazione perseguita dal legislatore del 1988 e l'adesione alla linea già suggerita in sede interpretativa, deve essere letta in combinato con l'art. 345, comma 2, cod. proc. pen., aggiunto dall'art. 1, comma 23, della medesima legge n. 103 del 2017, per cui l'azione penale è riproponibile *«quando, dopo che è stata pronunciata sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere a norma dell'articolo 72-bis, lo stato di incapacità dell'imputato viene meno o si accerta che è stato erroneamente dichiarato»*. Il legislatore lascia, quindi, uno spiraglio per la riapertura del procedimento, sebbene la medesima disposizione non prescrive l'obbligo di successivi controlli psichiatrici.

La Consulta, con la decisione n. 65 del 2023, sottolinea come, per chi abbia pieno possesso delle proprie facoltà ma soffra di un male fisico che gli impedisca di difendersi, l'esigenza di far cessare un processo destinato a non essere mai celebrato, possa essere ancora più avvertito.

La pendenza di un processo penale, infatti, non solo *«assorbe inutilmente risorse pubbliche»* ma, altrettanto inutilmente, infligge all'imputato una *«sofferenza psicologica aggiuntiva a quella derivante da una situazione di salute già compromessa»*. Ciò a differenza dell'imputato eventualmente non consapevole, o solo parzialmente consapevole della propria condizione, a causa della propria patologia mentale, ma che viene, immediatamente, *“liberato del peso”* del processo.

Proprio la sopravvenuta introduzione dell'art. 72 *bis* cod. proc. pen. ha consentito alla Corte di superare le obiezioni della difesa erariale in tema di inammissibilità, respingendo la *“tradizionale”* eccezione fondata sulla pluralità delle soluzioni potenzialmente ipotizzabili, che aveva condotto alla declaratoria di inammissibilità della pronuncia n. 23 del 2013.

La riforma ha introdotto, nell'ordinamento, un *tertium comparationis*, inesistente al tempo di quella decisione, con la conseguente corretta definizione del giudizio di ragionevolezza in termini comparativi³¹.

³⁰ G. LEO, *La Consulta sulla disciplina dell'impedimento a comparire, di durata non determinabile, che discenda da patologie fisiche dell'imputato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013.

³¹ Ad identica conclusione, la Corte giunge anche in merito alla questione subordinata, anch'essa adeguatamente impostata in chiave comparativa, impiegando quale *tertium* la disciplina della sospensione del processo per assenza dell'imputato, come era stabilita dall'art. 420 *quater* cod. proc. pen., anteriormente alla sostituzione fattane dal d.lgs. n. 150 del 2022, (che ha, invero, abrogato il tetto prescrizione e che, pertanto, quale innovazione sostanziale peggiorativa, non può valere retroattivamente a sfavore dell'imputato).

4. Il superamento del dogma del rilievo esclusivo della infermità mentale.

Il precedente che, più di ogni altro, ha inciso sulla soluzione accolta dalla Corte, nella decisione oggetto di esame, è rappresentato dalla sentenza n. 39 del 2004³².

In quella occasione, pur non dichiarando fondata la *quaestio* prospettata, i giudici costituzionali chiarivano definitivamente il concetto di “cosciente partecipazione”, con una definizione di ampio respiro.

Il sistema normativo, approntato intorno agli artt. 70 e ss., è volto a prevedere la sospensione del processo ogni volta che lo stato mentale dell'imputato ne impedisca la cosciente partecipazione; una partecipazione che, lontana dalla mera consapevolezza dell'imputato circa ciò che gli accade intorno, va intesa come possibilità di essere parte attiva nella vicenda e di esprimersi, esercitando il suo diritto di autodifesa.

Il processo, pertanto, non potrà essere celebrato, sia nei casi di malattia psichica in senso clinico che quando qualunque altro stato di infermità renda non sufficienti, o non utilizzabili, le facoltà mentali (coscienza, pensiero, percezione, espressione) dell'imputato³³.

La sentenza n. 39 del 2004 ha avuto il pregio di mettere in luce come la “cosciente partecipazione” – formula attorno alla quale ruota l'intero sistema degli artt. 70 e seguenti cod. proc. pen. – vada intesa, in realtà, come “*un'endiadi*”, ricomprendente l'insieme delle facoltà di «*coscienza, pensiero, percezione, espressione*».

Per effetto della citata pronuncia, come sostenuto in dottrina³⁴, deve ritenersi patrimonio acquisito che l'incapacità, in grado di escludere la “consapevole partecipazione” al processo, non è solo quella determinata da una patologia psichica, strettamente riconducibile alla nozione di infermità mentale. Essa è tale ogni qualvolta costituisca il frutto di difficoltà, neurologiche o fisiologiche, a percepire o comunicare, non superabili mediante il ricorso a strumenti che possano utilizzare una forma di linguaggio utile all'interazione tra l'imputato ed il mondo estero.

Si privilegia la rilevanza dello stato complessivo dell'imputato in funzione di un pieno esercizio dell'autodifesa; relativizzando, viceversa, l'importanza dell'origine fisica o mentale della patologia incidente sull'autonomia della persona.

Tale pronunciamento anticipava, di fatto, quello oggetto di odierno commento.

Tuttavia, il “prezioso” insegnamento della sentenza n. 39 del 2004 non ha avuto riscontro nella giurisprudenza di legittimità, quando la stessa è stata chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità dell'art. 72-bis cod. proc. pen. all'incapacità processuale di natura fisica.

³² Corte costituzionale, sentenza del 26 gennaio 2004, n. 39, in *cortecostituzionale.it*, con commento di D. MAIDECCHI, *Sull'inviolabilità del diritto dell'imputato a partecipare al processo*, in *Il Consiglio di Stato*, 2004, n. 0, parte II, p. 140; G. PANSINI, *La Consulta allarga le ipotesi di sospensione del processo*, in *Diritto e giustizia*, 2004, n. 10, p. 8.

³³ Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 26 gennaio 2004, n. 39, in *cortecostituzionale.it*.

³⁴ G. LEO, *La Consulta sulla disciplina dell'impedimento a comparire, di durata non determinabile, che discenda da patologie fisiche dell'imputato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013.

In questo senso merita di essere menzionato il recente precedente della Corte di cassazione del 2021³⁵ – successivamente confermato dal giudice di legittimità, proprio a ridosso della decisione in commento³⁶ – il quale ha ritenuto «*di tutta evidenza*» che la disposizione di cui all'art. 72-*bis* cod. proc. pen. sia espressamente riferita ai soli casi in cui la incapacità processuale dipenda da patologie che attengono allo "stato mentale" dell'imputato. Tale assunto si desume tanto dall'inequivoca formula testuale impiegata dallo stesso art. 72-*bis* – pure ripresa, nei medesimi termini, dagli artt. 71, 72 e 73 – quanto dalla disciplina dettata in merito agli accertamenti sulla capacità dell'imputato a partecipare coscientemente al processo; tutte menzionano espressamente solo le situazioni in cui l'incapacità dell'imputato sia stata causata da una infermità mentale.

Il giudice di legittimità richiamava, inoltre, l'art. 112 del [D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230](#) (contenente il Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario) che, nel disciplinare le ipotesi in cui gli accertamenti previsti [dall'art. 70 c.p.p.](#) e segg. debbano essere eseguiti su una persona che si trovi detenuta o internata in un istituto penitenziario, fa espresso riferimento alle sole verifiche sulle "condizioni psichiche" dell'interessato.

Di qui l'affermazione della Suprema Corte, per cui «*nulla autorizza, dunque, a ritenere che sia le norme sulla sospensione del procedimento, sia quelle sull'eventuale adozione della sentenza di proscioglimento riguardino anche l'imputato che si trovi impossibilitato a partecipare al processo per ragioni attinenti alle sue condizioni di salute fisica*»³⁷.

Il giudice di legittimità rievocava, inoltre, una serie di pronunciamenti³⁸, anche recenti³⁹, propri della Corte costituzionale, nei quali si ribadiva l'eterogeneità delle situazioni: solo l'infermità mentale precludeva all'imputato ogni forma di cosciente partecipazione al processo, compresa quella che potrebbe estrinsecarsi nel consenso alla celebrazione del giudizio *in absentia*; le patologie fisiche, oltre a poter essere del tutto transitorie, non necessariamente ostacolano l'esercizio di diritti diversi dalla personale partecipazione al giudizio, consentendo di orientare le proprie scelte processuali come, ad esempio, la legittima prosecuzione del procedimento in sua assenza.

La Corte di legittimità escludeva che i termini della questione esaminata nel 2013 dai Giudici delle leggi, fossero mutati a seguito della introduzione della nuova causa di proscioglimento dell'imputato regolata dall'[art. 72 bis c.p.p.](#)

Differentemente da quanto ritenuto dal giudice di legittimità, la Corte costituzionale, nella sentenza in esame, ritiene che l'indirizzo sostenuto dalla Cassazione non possa essere più sorretto dal richiamo ai precedenti costituzionali, proprio per il mutamento del quadro normativo di riferimento è con l'inserimento dell'art. 72-*bis* cod. proc. pen.

³⁵ Cass. pen. Sez. 6, sentenza del 15 marzo 2021, n. 14853, in *CED Cassazione*.

³⁶ Cass. pen., Sez. 7, ordinanza del 30 settembre 2022, n. 41486, in *CED Cassazione*.

³⁷ Cass. pen., Sez. 7, sentenza del 15 marzo 2021, n. 14853, in *CED Cassazione*.

³⁸ Corte costituzionale, sentenza del 22 ottobre 1996, n. 354 in *cortecostituzionale.it*; Corte costituzionale, ordinanza del 12 marzo 1999, n. 67, in *cortecostituzionale.it*; Corte costituzionale, sentenza del 22 ottobre 1996, n. 354 in *cortecostituzionale.it*; Corte costituzionale, ordinanza del 12 marzo 1999, n. 67, in *cortecostituzionale.it*.

³⁹ Corte costituzionale, ordinanza n. 243 del 2013, in *cortecostituzionale.it*.

Sul punto, omettendo, invero, qualsiasi richiamo alla più recente ordinanza n. 243 del 2013, i giudizi di legittimità si limitano a sottolineare come, la citata sentenza n. 354 del 1996, aveva dichiarato inammissibile l'ipotesi di una sospensione del processo per incapacità di natura fisica per l'incostituzionale effetto *in malam partem* che avrebbe determinato a legislazione (allora) vigente: «l'inserimento di un nuovo caso di sospensione del corso della prescrizione del reato e, quindi, la creazione di conseguenze penali contra reum che certamente è inibita a questa Corte»⁴⁰.

Tale circostanza viene esclusa nell'attuale contesto normativo, giacché trattasi, ora, di estendere all'imputato non una causa di sospensione del processo – con un riflesso sfavorevole sul corso della prescrizione – bensì una causa che consente una pronuncia (sebbene di rito) di non luogo a procedere che rinviene il suo *tertium comparationis* nell'oggi vigente art. 72 bis cod. proc. pen.

Superando la tradizionale logica binaria delle patologie fisiche e mentali, la Consulta giudica insostenibile la tesi di una loro radicale eterogeneità, «... che non tiene conto della diffusione delle malattie degenerative ... le quali hanno origine fisica e tuttavia possono determinare ugualmente l'impossibilità di una partecipazione attiva al processo». Il riferimento esclusivo alla sfera psichica dell'imputato – che la stessa giurisprudenza di legittimità desume dall'impiego dell'aggettivo «mentale» nel testo dell'art. 72 bis cod. proc. pen. – determina un'irragionevole discriminazione tra l'imputato, al quale risulta impedita l'autodifesa in modo pieno a causa di un'infermità mentale in senso stretto, e quello che versi nella medesima impossibilità per un'infermità di natura mista, anche di origine fisica, la quale tuttavia comprometta anch'essa – per riprendere la locuzione della sentenza n. 39 del 2004 – le facoltà di «coscienza, pensiero, percezione, espressione».

Per ricondurre la norma censurata a legittimità costituzionale, sotto il profilo dell'art. 3 Cost., i giudici della Suprema Corte hanno, quindi, ritenuto di dover operare un intervento manipolativo di tipo sostitutivo⁴¹, mettendo, al posto della parola «mentale», la parola «psicofisico».

Tale operazione consente, anche per patologie diverse da quelle definibili come malattie mentali, al giudice di pronunciare sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, qualora sussistano le condizioni indicate dall'art. 72 bis cod. proc. pen.; cioè qualora lo stato psicofisico dell'imputato sia tale da impedirne, in modo irreversibile, la cosciente partecipazione al procedimento (intesa come pieno esercizio delle facoltà di autodifesa) e non ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca⁴².

⁴⁰ Cfr. anche la già menzionata Corte costituzionale, ordinanza del 12 marzo 1999, n. 67. Allo stesso modo, l'ordinanza della Corte costituzionale n. 243 del 2013 evidenziava come l'intervento additivo richiesto *illo tempore* si risolveva «in una modifica peggiorativa del trattamento del reo, come tale preclusa a questa Corte».

⁴¹ Sulle sentenze manipolative di tipo sostitutivo cfr. il primo esempio costituito da Corte costituzionale, sentenza del 17 febbraio 1969, n. 15, in *cortecostituzionale.it*.

⁴² Il giudice delle leggi evidenzia, come, quest'ultima condizione negativa risponde alle eventuali ragioni di difesa sociale, nell'ipotesi in cui l'imputato, per quanto gravemente infermo, manifesti una rilevante pericolosità cfr. Cass. pen., Sez. 1, sentenza del 29 gennaio 2020, n. 10516, in *CED Cassazione*. Laddove viceversa siano presenti tutte le condizioni indicate dalla norma, l'improcedibilità va dichiarata senza che occorra disporre la sospensione del procedimento agli effetti dell'art. 71 cod. proc. pen., né attendere la

D'altro canto, ai sensi dell'art. 345, comma 2, cod. proc. pen., l'azione penale è riproponibile pure dopo che sia stata pronunciata sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, in ragione dello stato psicofisico dell'imputato, se questo stesso stato incapacitante *«viene meno o si accerta che è stato erroneamente dichiarato»*.

Di qui, dunque, nei termini sopra esposti, la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 72 *bis*, comma 1, cod. proc. pen., nella parte in cui si riferisce allo stato *«mentale»*, anziché a quello *«psicofisico»*.

Infine, in ragione del *«rapporto di chiara consequenzialità con la decisione assunta»*⁴³, dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 72-*bis*, comma 1, cod. proc. pen., il giudice delle leggi ha fatto discendere, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, la dichiarazione di illegittimità costituzionale consequenziale dell'art. 70, comma 1, cod. proc. pen., relativo agli accertamenti sulla capacità dell'imputato, nella parte in cui si riferisce all'infermità *«mentale»*, anziché a quella *«psicofisica»*; dell'art. 71, comma 1, cod. proc. pen., relativo alla sospensione del procedimento per incapacità dell'imputato, nella parte in cui si riferisce allo stato *«mentale»*, anziché a quello *«psicofisico»*; dell'art. 72, comma 1, cod. proc. pen., relativo alla revoca dell'ordinanza di sospensione, nella parte in cui si riferisce allo stato *«di mente»*, anziché a quello *«psicofisico»* e, nel comma 2, nella parte in cui si riferisce allo stato *«mentale»*, anziché a quello *«psicofisico»*⁴⁴.

A ben guardare, la pronuncia in oggetto sembra perfezionare, alla luce del principio di uguaglianza, l'intervento di cui alla legge n. 103 del 2017, prima, e del recente d.lgs. n. 150 del 2022, poi, che ha trasformato – per le evidenti economie di sistema – l'assenza dell'imputato da causa di sospensione del processo a fattispecie di improcedibilità (art. 420 *quater* cod. proc. pen.).

Con l'inclusione dell'infermità fisica irreversibile tra le ipotesi di definizione per improcedibilità, si assiste alla definitiva soluzione di chiusura formale del processo concretamente non celebrabile.

5. Note a margine della decisione. Un passo in avanti verso la concezione internazionale di disabilità.

La decisione della Corte costituzionale, a parere di chi scrive, sembra costituire un passo doveroso verso l'integrale protezione del diritto della persona disabile a partecipare scientemente al procedimento penale nel quale egli riveste la qualifica di imputato, a prescindere dall'origine della patologia da cui è affetto.

In particolare, la Corte – valorizzando adeguatamente l'illuminato precedente rappresentato dalla sentenza n. 39 del 2004 – ha ben evidenziato come il diritto alla

maturazione del termine di prescrizione del reato; Cass. pen. Sez.4, sentenza dell'8 luglio 2022, n. 28242, in *CED Cassazione*.

⁴³Ex *plurimis* cfr. Corte costituzionale, sentenza del 14 luglio 2022, n. 175; Corte costituzionale, sentenza del 5 marzo 2018, n. 49; Corte costituzionale, sentenza del 20 dicembre 2017, n. 247, in *cortecostituzionale.it*.

⁴⁴ L'accoglimento della questione principale comporta l'assorbimento della subordinata.

cosciente partecipazione esula da forme ingessate e rigidamente biunivoche, per le quali solo il disabile “mentale” sarebbe, in astratto, incapace di partecipare, con consapevolezza, al processo. Si preferisce, al contrario, una “visione olistica” della persona.

Si tratta di una scelta quanto mai opportuna in ragione di due diverse considerazioni: una “empirica”, l’altra legata al mutato quadro legislativo interno ed internazionale.

La prima. La progressiva diffusione di patologie che, pur non avendo una origine propriamente “psichica”, hanno un decorso tale da privare, spesso progressivamente e irrimediabilmente, la capacità di effettiva percezione della realtà (a maggior ragione di quella processuale) e di interazione con la stessa da parte della persona, comporta una necessaria rivisitazione del concetto di “cosciente partecipazione”. Come sostenuto dalla citata sentenza n. 39 del 2004, per “cosciente partecipazione” – formula attorno alla quale ruota l’intero sistema degli artt. 70 e seguenti cod. proc. pen. – deve intendersi l’insieme delle facoltà di «*coscienza, pensiero, percezione, espressione*» dell’individuo. Tali capacità possono essere ridotte sensibilmente, fino all’azzeramento, non solo in caso di disturbi psichici ma anche di patologie di origine fisica, quali quelle neurologiche, idonee a privare il soggetto dei suoi connotati di essere capace di conoscere la realtà e di rapportarsi dialogicamente con la stessa. È il caso della vicenda in esame: un imputato affetto da SLA, infermità non “mentale” ma di origine fisica, appunto, che “falsa” l’effettiva partecipazione dell’imputato al “suo” processo⁴⁵.

Sotto il secondo profilo, il cammino della Corte costituzionale verso la parificazione del disabile “fisico” a quello “mentale”, in ordine alla verifica della concreta capacità di stare in giudizio, coincide, in termini temporali, con l’ingresso nel nostro ordinamento dei decreti di attuazione⁴⁶ della L. n. 227/2021, *Legge quadro sulla disabilità*, volta a recepire la *Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità* (CRPD) e che impegna il Governo ad approvare una serie di decreti legislativi⁴⁷. La Convenzione chiama gli Stati al concreto impegno nella rimozione dei limiti socio-ambientali e alla

⁴⁵ «La perdita del linguaggio non gli permette di comunicare verbalmente; la condizione di paralisi non gli permette di scrivere; egli potrebbe solo essere muta presenza nel processo, senza alcuna capacità di comunicare – né col Tribunale né col suo difensore — e quindi senza possibilità di difendersi»: così Tribunale di Lecce, ordinanza del 2 dicembre 2021, in *giurisprudenzapenale.com*.

⁴⁶ Con la Legge 22 dicembre 2021, n. 227 il Governo è stato delegato dal Parlamento ad adottare, entro il 15 marzo 2024, uno o più decreti legislativi per la revisione e il riordino delle disposizioni vigenti in materia di disabilità, al fine di garantire alla persona con disabilità, di ottenere il riconoscimento della propria condizione, attraverso la promozione della sua piena autonomia su base di pari opportunità con gli altri, nel rispetto dei principi di autodeterminazione e di non discriminazione.

⁴⁷ L’art. 2 della L. n. 227/2021 detta principi e criteri direttivi in sette diversi ambiti, riguardanti: la definizione della condizione di disabilità, il riassetto e la semplificazione della normativa di settore; l’accertamento della disabilità e la revisione dei suoi processi valutativi di base; la valutazione multidimensionale, funzionale alla realizzazione del progetto personalizzato di vita indipendente; l’informatizzazione dei processi valutativi e di archiviazione; la riqualificazione dei servizi pubblici per una maggiore inclusione e accessibilità; l’istituzione di un Garante nazionale delle disabilità e il potenziamento dell’Ufficio per le politiche in favore delle persone con disabilità presso la Presidenza del Consiglio dei ministri.

piena partecipazione del disabile alla vita della società⁴⁸. Sebbene sia stata ratificata dall'Italia con legge n. 18 del 3 marzo 2009, i principi sanciti dalla Convenzione non sono mai stati oggetto di concreta attuazione nel nostro Paese.

Si tratta di un mutamento radicale di paradigma – avallato anche dalla recente *Strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021-2030* europea – volto al rafforzamento dell'autonomia delle persone con disabilità.

Il riconoscimento delle persone con disabilità come soggetti di giustizia non può non aprire nuove prospettive per la loro autonomia, a lungo considerata solamente nel prisma del paradigma medico-individuale. In ambito processualpenalistico, tale prospettiva sposa pienamente la progressiva valorizzazione e presa di coscienza dell'insostituibile contributo che l'imputato può dare al "suo" processo penale attraverso l'esercizio della autodifesa diretta.

Nelle originarie sentenze degli anni '70, la Consulta, più volte, era incorsa nel sostanziale depotenziamento del diritto all'autodifesa processuale. All'imputato, che versasse in uno stato di infermità fisica, tale da renderlo mentalmente incapace di attuare una qualsiasi forma di autodifesa, il diritto di difesa risultava egualmente garantito dall'ausilio tecnico del difensore, unitamente al diritto di ottenere il rinvio o la sospensione del dibattimento, fino alla sua guarigione⁴⁹. Tale visione dell'imputato, come parte processuale dall'apporto surrogabile da altri soggetti del procedimento, è assolutamente incompatibile con la nuova concezione sociale di disabilità.

Lungi dal vedere il disabile come soggetto passivo bisognoso di cure e tutela⁵⁰, impostazione tipica del modello legale, il nuovo modello sociale⁵¹ vuole la persona disabile come soggetto attivo, titolare dei propri diritti ed in grado di azionarli al pari di tutti gli altri soggetti⁵²; ivi incluso quello di autodifesa nella veste di imputato.

Permeata di questa nuova consapevolezza, la sentenza in commento, da un lato, garantisce all'imputato disabile diritti rapportati alla peculiarità delle sue specifiche condizioni; dall'altro, ribadisce, su un piano più generale, che l'imputato non è un soggetto passivo del processo, né un oggetto di giudizio (da parte del giudice), di

⁴⁸ Il CRPD, in particolare, ha posto, tra i principi generali di cui all'art. 3, lett. a), «il rispetto per dignità intrinseca, l'autonomia individuale – compresa la libertà di compiere le proprie scelte – e l'indipendenza delle persone»; all'art. 12 il concetto di «capacità giuridica universale», tesa alla «piena ed efficace partecipazione nella società su una base di parità con gli altri» (lett. e) del Preambolo).

⁴⁹ Corte costituzionale., sentenza del 10 maggio 1979, n. 12, in *cortecostituzionale.it*. Allo stesso modo cfr. Corte costituzionale, sentenza del 25 maggio 1979, n. 23 secondo cui, gli inconvenienti connessi alla eventuale carenza di una responsabile valutazione da parte dell'imputato infermo di mente *tunc et nunc* delle conseguenze del suo comportamento processuale, troveranno rimedio sia nell'opera del suo difensore sia nel vaglio critico da parte del giudice.

⁵⁰ Sul modello medico di disabilità e sulle sue implicazioni in ambito giuridico così veda L. BUSATTA, *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, in F. CORTESE, M. TOMASI, *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015, 2016*, p. 335-364.

⁵¹ F. TRAPANI, *La disabilità: profili di diritto civile e penale*, in G. SPANGHER e A. MARANDOLA, *La fragilità della persona nel processo penale*, op. cit., p. 158 e ss.

⁵² Per una ricostruzione del concetto di disabilità, passando in rassegna i modelli emersi nel corso del tempo cfr. M.G. BERNARDINI, *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari fra filosofia del diritto e Disability Studies*, Giappichelli, 2016.

addebito dell'imputazione (da parte del pubblico ministero) ovvero di premure (da parte del difensore). Egli stesso è uno dei suoi artefici e dei protagonisti "attivi": può, infatti, conferire al processo un apporto non sostituibile da nessuno degli altri soggetti (un esempio per tutti, l'interrogatorio, l'esame dibattimentale ovvero le dichiarazioni spontanee), sebbene la scelta sia sempre rimessa all'esercizio concreto di siffatte facoltà.

La conseguenza logica del ragionamento è che, in assenza di una partecipazione consapevole dell'imputato, a prescindere dall'origine "psichica" o "fisica" dell'impedimento, il processo penale non può trovare effettivo svolgimento.

La sentenza, inoltre, a parere di chi scrive, ha l'indubbio pregio di sposare pienamente la visione "dinamica" di disabilità, quale condizione non più ancorata a rigide categorie classificatorie ma all'interrelazione stessa con le barriere ambientali del contesto sociale di riferimento.

La CRPD, definisce, infatti, persone con disabilità «*coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri*». Tale definizione deve essere letta tenendo conto di quanto stabilito dalla *Classificazione Internazionale del Funzionamento, della Disabilità, della Salute*, (ICF)⁵³, che ha apportato importanti cambiamenti, a livello culturale, al concetto di salute, funzionamento e, soprattutto, disabilità.

A ben guardare, l'inquadramento definitorio sopra richiamato confligge con l'impostazione duale di disabilità (psichica e fisica), finora assunta dal quadro normativo e dalla giurisprudenza di riferimento; frutto di stratificazioni normative di anni e di incongruenze legate anche a mancati aggiornamenti, che finiscono con l'incidere, sui percorsi di valutazione e sull'erogazioni di sostegni e supporti efficaci.

In ambito processuale, l'abbandono della rigida distinzione delle manifestazioni patologiche in termini rigorosamente binari e il conseguente allargamento degli istituti in commento alla disabilità anche fisica, da valutare caso per caso, finiscono per garantire la partecipazione "attiva" al processo all'imputato disabile *tout court*; un soggetto dotato sì di una "capacità giuridica universale", ai sensi dell'art. 12 CRPD, ma la cui disabilità non deve essere classificata sulla base di rigide categorie quanto piuttosto sulla sua effettiva capacità di percepire, determinarsi e difendersi all'interno delle dinamiche processuali

⁵³ Si tratta della *Classificazione Internazionale del Funzionamento, della Disabilità e della Salute* (ICF - *International Classification of Functioning, Disability and Health*). In merito, cfr. P. SCILFO - C. SAPUPPO, *Storia e campi di applicazione della Classificazione Internazionale del Funzionamento della Disabilità e della Salute*, in *Pratica medica e aspetti legali*, n. 1, 2012, p. 21 e ss.; M. LEONARDI, *Salute, disabilità. ICF e politiche socio-sanitarie*, in *Sociologia e Politiche Sociali*, n. 3, 2005, Franco Angeli, p. 73 e ss.

COLPA STRADALE, AFFIDAMENTO E AUTORESPONSABILITÀ: UNA SENTENZA ESEMPLARE

*Nota a Cass., sez. IV, sent. 14 dicembre 2023 (dep. 20 dicembre 2023), n. 50816, pres.
Piccialli, rel. Mari*

di Gabriele Civello

Il contributo trae spunto da una sentenza della Suprema Corte di Cassazione in tema di omicidio colposo stradale, in cui i giudici di legittimità hanno ribadito con molta chiarezza alcuni principi fondamentali sulla responsabilità colposa, tra i quali la necessità di verificare la c.d. “concretizzazione del rischio”, di ricostruire compiutamente la condotta alternativa diligente idonea a scongiurare l’evento, nonché di rispettare i limiti naturali del principio di affidamento.

SOMMARIO: 1. Il caso *sub iudice* e la sentenza di merito. – 2. Il ricorso per Cassazione e la sentenza di legittimità. – 2.1. La *ratio* di tutela della regola cautelare e la “concretizzazione del rischio”. – 2.2. La “causalità della colpa” e la condotta alternativa diligente. – 2.3. Il principio di affidamento e i suoi limiti. – 3. Un breve commento. – 3.1. I rapporti tra colpa generica e colpa specifica. – 3.2. Principio di affidamento e auto-responsabilità. – 3.3. Il rischio di elidere il requisito della violazione cautelare e di ridurre la colpa a generica prevedibilità ed evitabilità di un qualsiasi evento. – 4. Considerazioni di sintesi.

1. Il caso *sub iudice* e la sentenza di merito.

La vicenda esaminata dalla Suprema Corte riguarda un sinistro stradale con esito mortale. L’incidente si era verificato all’interno di una strada provinciale a doppio senso di marcia, munita di due corsie sprovviste di segnaletica orizzontale, ciascuna della larghezza ideale di circa 2,60 metri; lungo entrambi i lati della carreggiata, vi era una banchina erbosa non transitabile e il manto stradale presentava fessurazioni ramificate in più punti.

Mentre l’autovettura dell’imputato circolava all’interno della propria corsia di marcia, sopraggiungeva in direzione opposta un motociclista senza casco, il quale invadeva la corsia percorsa dall’imputato e andava incontro a uno scontro frontale dall’esito letale.

Al momento dell’impatto, l’autoveicolo procedeva alla velocità consentita di 90 km/h, circolando all’interno della propria corsia, ma leggermente in prossimità dell’ideale linea di mezzzeria (come detto, non segnalata da strisce bianche).

Con sentenza dell’11 novembre 2022, la Corte d’appello di Bari riformava parzialmente la sentenza di condanna emessa il 15 ottobre 2014 dal GUP presso il

Tribunale di Foggia, rideterminando la pena detentiva in un anno di reclusione e confermando la condanna al risarcimento del danno nei confronti della costituita parte civile.

La Corte territoriale ravvisava un profilo di colpa specifica consistente nella violazione dell'art. 143 del Codice della Strada, che impone di circolare sulla parte destra della carreggiata; inoltre, nonostante il limite di velocità fosse di 90 km/h, la concreta velocità con cui circolava l'imputato doveva ritenersi eccessiva rispetto alle circostanze di tempo e di luogo, essendosi – come detto – su un tratto privo di segnaletica, non illuminato artificialmente e fessurato in più punti, nonché percorso in orario serale invernale, con conseguente violazione degli artt. 140 e 141 C.d.s.

La Corte richiama, quindi, i limiti di applicazione del c.d. "principio di affidamento", ritenendo che l'imputato si trovasse nelle condizioni per poter prevedere ed evitare l'evento occorso; infatti, affermavano i giudici d'appello, se il prevenuto avesse tenuto una condotta osservante delle predette regole cautelari, avrebbe potuto utilmente rendersi conto dell'impegno anomalo di corsia operato dall'altro conducente e, posizionandosi più a destra come la legge impone, avrebbe potuto scongiurare l'impatto.

La Corte d'appello di Bari, inoltre, riteneva che non potesse attribuirsi valenza causale esclusiva al comportamento della vittima – vale a dire, il mancato uso del casco protettivo – in considerazione del tipo di lesioni che avevano portato al decesso; i giudici di merito stimavano, quindi, un concorso di colpa in capo alla persona offesa pari al 50% e, in ragione della riscontrata corresponsabilità di questa, rideterminavano la sanzione applicata all'imputato.

2. Il ricorso per Cassazione e la sentenza di legittimità.

Avverso la predetta sentenza, l'imputato presentava ricorso per Cassazione tramite il proprio difensore, articolando quattro motivi di impugnazione, due dei quali meritano di essere qui esaminati.

Con il primo motivo, si deduceva la violazione di legge in relazione all'art. 589, co. 1 e 2, c.p. e agli artt. 140 e 143 C.d.s., nonché la contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione nella parte in cui si era ritenuta sussistente la violazione dell'art. 143, co. 1, C.d.s.

In particolare, la Corte avrebbe interpretato in modo erroneo alcuni elementi emergenti dalla stessa sentenza, ovvero che la strada percorsa aveva larghezza ridotta ed era priva di segnaletica oltre che di illuminazione; che il tratto di strada su cui era avvenuto il sinistro era rettilineo; e che la vettura dell'imputato viaggiava regolarmente nella propria corsia di pertinenza, rispettando i prescritti limiti di velocità: pertanto, tenuto conto della larghezza della corsia (pari a 2,60 metri) e dell'ingombro della vettura condotta dall'imputato (pari a complessivi 2 metri), il conducente avrebbe rispettato le prescrizioni imposte dall'art. 143 C.d.s., rimanendo nella propria corsia di pertinenza e mantenendo correttamente la destra.

Con il secondo motivo di ricorso, si deduceva la violazione dell'art. 589, co. 1 e 2, c.p. e degli artt. 140 e 141 C.d.s., nonché la contraddittorietà o illogicità della motivazione nella parte inerente alla rilevanza della c.d. "condotta alternativa lecita".

La stessa Corte territoriale aveva argomentato che, anche in presenza di una velocità inferiore, si sarebbe egualmente verificata la morte del ciclomotorista a seguito dell'impatto, ma che una velocità adeguata avrebbe comunque consentito all'imputato di avvistare l'altro mezzo (presumibilmente dotato di fari accesi) e di spostarsi verso destra, "scansando" la persona offesa.

Ad avviso del ricorrente, l'elemento attinente all'uso dei fari non era stato, di fatto, accertato e il ciclomotorista indossava un giubbino di colore grigio che non ne rendeva agevole l'avvistamento a distanza; nessun accertamento era stato, poi, operato in merito ai tempi di reazione dell'imputato al momento della percezione del pericolo: l'assenza di tracce di frenata induceva a ritenere che l'invasione della corsia fosse stata repentina e, dunque, non prevedibile.

Pertanto, non vi erano circostanze concrete da cui desumere l'effettiva prevedibilità dell'evento: evocando le regole in tema di limiti al principio di affidamento, il ricorrente riteneva che la collisione fosse avvenuta per colpa esclusiva del ciclomotorista, quale che fosse la ragione della sua manovra, le cui cause erano comunque state analiticamente vagliate dai consulenti della difesa.

A fronte di tali doglianze, con la sentenza qui annotata, la Suprema Corte ha ritenuto fondati entrambi i motivi appena riassunti e ha, dunque, annullato con rinvio la pronuncia impugnata.

2.1. *La ratio di tutela della regola cautelare e la "concretizzazione del rischio".*

Quanto al primo motivo di ricorso, ritenuto fondato, la Suprema Corte osserva anzitutto come il giudice di merito abbia valorizzato genericamente la disposizione dell'art. 143, co. 1, C.d.s. (secondo cui «i veicoli devono circolare sulla parte destra della carreggiata e in prossimità del margine destro della medesima, anche quando la strada è libera»), senza tuttavia calare tale astratto precetto nella concretezza del fatto storico e, soprattutto, del contesto fattuale in cui era avvenuto l'incidente, vale a dire una corsia di 2,60 metri con un ingombro veicolare pari a 2 metri, peraltro a margine di una banchina erbosa non transitabile.

In ogni caso, osserva la Cassazione, la Corte territoriale non ha tenuto conto della più recente giurisprudenza di legittimità, secondo cui il predetto obbligo di «circolare sulla parte destra della carreggiata e in prossimità del margine destro della medesima, anche quando la strada è libera», previsto dall'art. 143 C.d.s., ha la finalità di garantire un'andatura corretta e regolare nell'ambito della propria corsia di marcia, per la tutela del veicolo procedente e degli altri che la percorrono, e non già di evitare il rischio dell'improvvisa occupazione della corsia da parte di un veicolo proveniente dalla direzione opposta. Pertanto, conclude il collegio, «in caso di inosservanza di tale

regola cautelare, deve comunque escludersi la responsabilità del conducente per l'incidente dovuto ad invasione della corsia da parte di altro veicolo»¹.

2.2. La "causalità della colpa" e la condotta alternativa diligente.

Anche il secondo motivo di ricorso, relativo al nesso di causalità materiale o comunque alla c.d. "causalità della colpa", viene ritenuto fondato dal Supremo collegio.

Nel caso di specie, la Corte territoriale, pur reputando che l'imputato stesse mantenendo, al momento della collisione, una velocità rispettosa dei limiti imposti in quel tratto di strada, ha comunque ravvisato una violazione del principio generale di cui all'art. 141, co. 1, C.d.s., in base al quale «è obbligo del conducente regolare la velocità del veicolo in modo che, avuto riguardo alle caratteristiche, allo stato e al carico del veicolo stesso, alle caratteristiche e alle condizioni della strada e del traffico e ad ogni altra circostanza di qualsiasi natura, sia evitato ogni pericolo per la sicurezza delle persone e delle cose ed ogni altra causa di disordine per la circolazione». La Corte d'appello ha, dunque, ritenuto che l'evento sarebbe stato evitabile in presenza di una velocità più moderata e adeguata alle specifiche condizioni della strada, priva di segnaletica orizzontale e percorsa in condizioni di scarsa visibilità.

Sul punto, tuttavia, la Cassazione ravvisa un'aporia logica, già denunciata nel motivo di ricorso, nella parte in cui gli stessi giudici d'appello hanno espressamente riconosciuto la "non certezza" del carattere salvifico da attribuire al rispetto della suddetta prescrizione di carattere generale, espressamente ipotizzando che anche l'inferiore velocità di 70 km/h non avrebbe comunque, presumibilmente, scongiurato il carattere letale dell'urto.

La Suprema Corte, dunque, ritiene che il complessivo tessuto motivazionale della Corte territoriale si palesi manifestamente illogico e comunque contraddittorio, nella parte in cui non ha compiutamente individuato la condotta alternativa lecita che l'automobilista avrebbe dovuto tenere; in tale modo, il giudice di seconde cure è incorso anche nella violazione dei principi dettati dalla Corte di legittimità in punto di giudizio controfattuale e sulla scorta dei quali – in tema di omicidio colposo – «l'elemento soggettivo del reato richiede non soltanto che l'evento dannoso sia *prevedibile*, ma altresì che lo stesso sia *evitabile* dall'agente con l'adozione delle regole cautelari idonee a tal fine (cosiddetto "comportamento alternativo lecito"), non potendo essere soggettivamente ascritto per colpa un evento che, secondo una verifica *ex ante*, non avrebbe potuto comunque essere evitato, con valutazione che deve essere particolarmente rigorosa quando, come nel caso di specie, si assume la violazione di una regola cautelare di tipo "elastico"»².

¹ Cfr. Cass., Sez. IV, 4 ottobre 2017, n. 50024, Delfino, Rv. 271490; Cass., Sez. IV, 11 aprile 2019, n. 18802, Catalani, Rv. 275655.

² Cass., Sez. IV, 11 febbraio 2016, n. 7783, Montaguti, Rv. 266356.

2.3. Il principio di affidamento e i suoi limiti.

Infine, nella sentenza annotata, la Suprema Corte formula alcune interessanti osservazioni in merito al c.d. “principio di affidamento” e all’obbligo di effettuare manovre stradali di emergenza, finalizzate a fronteggiare l’imprudenza altrui.

Sul punto, la Corte territoriale aveva ritenuto che, in presenza della condotta alternativa lecita – peraltro, come detto, non adeguatamente individuata in sentenza – l’automobilista avrebbe potuto rendersi conto dell’“impegno anomalo di corsia” posto in essere dal ciclomotorista e, in tal modo, posizionarsi verso la propria destra, “scansando” così l’altro mezzo.

A tal riguardo, tuttavia, la Cassazione ritiene che la motivazione resa dal giudice di merito sia intrinsecamente illogica, in quanto non ha tenuto adeguatamente conto dei principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità in punto di ascrivibilità dell’evento in caso di mancata messa in opera di una manovra di emergenza.

Sul tale aspetto, viene richiamata la *regula iuris* in base alla quale, «in tema di responsabilità colposa da sinistri stradali, il conducente di un veicolo non può essere chiamato a rispondere delle conseguenze lesive di uno scontro per non avere posto in essere una determinata manovra elusiva, qualora si sia venuto a trovare in una situazione di pericolo improvvisa dovuta all’altrui condotta di guida illecita, non utilmente ed agevolmente percepibile, tenuto conto dei tempi di avvistamento, della repentinità della condotta del soggetto antagonista, dei concreti spazi di manovra e dei necessari tempi di reazione psicofisica»³.

Alla luce di ciò, la Suprema Corte ritiene che, nel caso di specie, la motivazione della Corte territoriale abbia omesso di dar conto dei suddetti elementi di fatto in ordine all’effettiva *percepibilità* del pericolo e alla repentinità dell’altrui condotta, oltre che della sussistenza di un effettivo spazio di manovra per poter mettere in atto la manovra (in ipotesi) salvifica; in tale modo finendo, la motivazione della sentenza impugnata, per dar luogo a un’applicazione apodittica dei limiti al principio di affidamento.

Quest’ultimo – nel tema della responsabilità per sinistri stradali e in riferimento specifico alla regola cautelare rilevante nel caso in questione – comporta che l’obbligo di moderare adeguatamente la velocità, in relazione alle caratteristiche del veicolo e alle condizioni ambientali, vada inteso nel senso che il conducente deve essere in grado di padroneggiare il veicolo in ogni situazione, tenendo altresì conto di eventuali imprudenze altrui, *purché ragionevolmente prevedibili*⁴; elemento, quello della “ragionevole prevedibilità”, sul quale la Cassazione ritiene che la Corte territoriale abbia spiegato una motivazione di carattere tautologico ritenendo, senza ulteriori specificazioni, che il comportamento del ciclomotorista potesse essere concretamente preventivabile da parte dell’imputato.

³ Cass., Sez. IV, 24 giugno 2008, n. 29442, Francogli, Rv. 241896; Cass., Sez. IV, 20 febbraio 2018, n. 16096, Radzepi, Rv. 272479.

⁴ Cass., Sez. IV, 27 aprile 2017, n. 25552, Luciano, Rv. 270176; Cass., Sez. IV, 20 ottobre 2022, n. 4923 (dep. 2023), Rv. 284093.

In virtù di quanto sin qui illustrato, la Corte di Cassazione ha annullato la sentenza impugnata, con rinvio per nuovo esame ad altra sezione della Corte di appello di Bari la quale, uniformandosi ai principi di diritto precedentemente enunciati, dovrà rivalutare l'eventuale sussistenza della responsabilità dell'imputato.

3. Un breve commento.

La sentenza qui annotata contiene alcune considerazioni giuridiche assolutamente condivisibili e, per la sua estrema chiarezza, rappresenta una decisione esemplare in cui viene fatto buon governo dei più importanti principi di diritto in tema di responsabilità colposa.

3.1. I rapporti tra colpa generica e colpa specifica.

La tesi generale per la quale, pur in assenza di eventuali profili di *colpa specifica*, può sempre residuare in capo all'imputato un ulteriore rimprovero per *colpa generica*, tale da integrare la responsabilità penale rispetto all'evento di lesione o morte, è senz'altro corretta e tendenzialmente inconfutabile⁵.

Infatti, le regole cautelari scritte – come, ad es., quelle contenute nel Codice della Strada – possono contenere solo *alcuni* precetti di condotta doverosa, idonei a prevenire eventi dannosi o pericolosi o, quantomeno, a ridurre il rischio di verifica; ma ciò non toglie che, al di là di tali regole codificate, possano pur sempre esistere ulteriori doveri o *standard* di diligenza, prudenza o perizia non espressamente “positivizzati”, ma non meno cogenti per chi si accinga a compiere una determinata attività od operazione⁶. Emblematico e pertinente nel caso di specie è il riferimento al limite di velocità: nonostante la sua imposizione *ex lege* o tramite apposita segnaletica verticale, ben possono sempre sopraggiungere ragioni concrete che impongano all'utente della strada di circolare ad una velocità lievemente – o persino nettamente – inferiore rispetto a quella formalmente consentita, laddove le circostanze di tempo e di luogo lo impongano

⁵ Cfr. F. MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 307 ss.; D. CASTRONUOVO, voce *Colpa penale*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, in *Enc. dir. – I tematici*, Milano, 2021, 218 ss.; R. BARTOLI, voce *Fonti della colpa*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 530 ss., 535 ss., 541 ss.; C. CUPELLI, [Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2017, 200 ss.; ID., [Prova scientifica, regole cautelari e responsabilità medica](#), in questa Rivista, 14 marzo 2023; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 243 ss.; ID., “Agente modello” e responsabilità per colpa in campo sanitario. Problemi e prospettive, Milano, 2012, 48 ss.; ID., “Filo d’Arianna” o “Flauto magico”? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 875 ss.; M. RONCO, *La colpa in particolare*, oggi in *Scritti patavini*, Padova, 2017, tomo I, 360 ss.; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, X, 2017, 230 ss.; A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, *passim*. In giurisprudenza, a titolo esemplificativo, Cass., Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, PG c. Castaldo, Rv. 281997-13.

⁶ Fra tutti, G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, I, 3 ss.

(ad es.: scarsa illuminazione, manto stradale danneggiato, prossimità ad una manifestazione sportiva o ad una processione religiosa, e così via).

Tuttavia, nonostante la correttezza della tesi appena indicata, la stessa non deve essere applicata in modo astratto e stereotipato, costruendo *ex post* e quasi “a tavolino” una regola cautelare che, in ipotesi, non fosse concretamente conoscibile, *ex ante*, da parte del soggetto agente e non fosse per lui effettivamente cogente⁷; argomentando diversamente, la colpa penale, da “fattispecie aperta” pur sempre compatibile con i principi della materia penale, diverrebbe una sorta di “falla” o di varco tramite il quale il *Tatbestand* si espanderebbe senza un’effettiva base legale, sufficientemente determinata e “prevedibile”⁸.

Inoltre, dal punto di vista processuale, l’abuso di una figura di colpa generica ricostruita interamente *a posteriori* comporta gravi distorsioni per il diritto di difesa, anche con riferimento al principio di corrispondenza tra imputazione e fatto ritenuto in sentenza⁹: è pur vero che, per giurisprudenza pacifica – ma non meno discutibile –, la pubblica Accusa non ha l’onere di indicare dettagliatamente i profili di colpa generica all’interno del capo di imputazione, ben potendo tali aspetti emergere persino in corso di giudizio¹⁰; tuttavia, quantomeno e in subordine, tali profili devono essere pur sempre ricostruiti dal giudicante in conformità a ciò che era concretamente prevedibile e praticabile da parte del soggetto agente al momento della condotta attiva od omissiva,

⁷ Sui rapporti tra *ex ante* ed *ex post* nel giudizio di colpa, cfr. M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 74 ss., 230 ss., 408 ss.; ID., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 159 ss.; ID., *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una “resa dei conti” con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1612 ss., 1616 ss.; ID., [Prassi e cultura del reato colposo](#), in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2019. Cfr. anche F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, 2023 95: «[Le] regole cautelari [...] non possono sopraggiungere e operare retroattivamente, certo per ragioni di garanzia, ma anche per la funzione che rivestono [...]. Una cautela che emerga prima della formazione di una esperienza, sulla base di conoscenze provvisorie di singoli sulla pericolosità di una condotta, è dunque un non senso».

⁸ Per alcune riflessioni sulla necessità di garantire la tassatività e determinatezza delle nozioni di colpa e di dolo, nonché del loro *discrimen*, A. MELCHIONDA, *Forme di colpevolezza e prospettive di codificazione europea. Brevi riflessioni sulle auspiccate revisioni normative dei confini fra dolo e colpa*, in A. CADOPPI (a cura di), *Verso un nuovo codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, 2022, 185 ss., con rinvio altresì ad A. MELCHIONDA, *Definizioni normative e riforma del codice penale (spunti per una rinnovata riflessione del tema)*, in A. CADOPPI (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, 391 ss. Sulla colpa penale come “fattispecie aperta”, fra tutti, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 215 ss., 279 ss.; nonché F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, Padova, 1993, 251 ss., 271 ss. (sui rapporti tra regola cautelare e principio di legalità). Recentemente, sui rapporti tra colpa, rischio consentito e “prevedibilità dell’agire pericoloso lecito”, F. CONSULICH, voce *Rischio consentito*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 1112 ss.; ID., *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 324 ss., 327 ss. (su regole cautelari e rischio consentito); D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all’esperienza*, Napoli, 2021, 49 ss. Cfr. anche C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 239, nonché ID., *Il paradigma della colpa nell’età del rischio: prove di resistenza del tipo* (nota a Corte d’appello di Venezia, sez. II, 15 dicembre 2004), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1690 ss. Sul problema della modificazione mediata delle fattispecie colpose in seguito alla modifica della regola cautelare, D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, 477 ss.

⁹ Rischio già ben scolpito in M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 638.

¹⁰ *Ex plurimis*, Cass., Sez. IV, 15 novembre 2018, n. 53455, Rv. 274500-02.

tenuto conto della situazione di fatto che, invece, è onere dell'Accusa indicare – quantomeno sommariamente – nella *vocatio in ius*.

Ciò premesso, se risulta che l'imputato aveva scrupolosamente rispettato i precetti codificati dalla legge e dal regolamento, è ben vero che potrà sempre residuare una qualche ulteriore forma di colpa generica, ma sarà comunque necessario evitare che il giudice si faccia *creatore* o *facitore*¹¹ – invece che mero *fruitore* – della regola di cautela, ricostruendo la stessa “a ritroso”, e cioè semplicemente chiedendosi “col senno di poi” quale sarebbe stata la condotta alternativa idonea a scongiurare l'evento¹²: ai fini del giudizio di responsabilità, infatti, non solo è necessario individuare in modo preciso tale condotta alternativa¹³, ma è anche indispensabile accertare che la stessa fosse

¹¹ L'espressione è presente in Cass., Sez. IV, 6 giugno 2000, n. 1340, in *Cass. pen.*, 2001, 1217 («In tema di colpa, posto che il giudice non è *facitore* di norme ma solo *fruitore*, il giudizio di rimproverabilità di una data condotta non può essere formulato su congetture personali, su criteri soggettivi e, quindi, arbitrari, ma deve fondarsi su regole preesistenti e certe, conosciute – conoscibili – dall'agente siccome conformi a condotte generalmente adottate di prudenza, diligenza, perizia»; fattispecie di cavo del verricello di un elicottero tranciato nel corso di operazione di salvataggio, nonostante fossero state adottate tutte le cautele previste dalle disposizioni regolamentari quanto a manutenzione e conservazione).

¹² Un tale *modus procedendi*, peraltro, esibirebbe un ulteriore errore giuridico, vale a dire l'indebita sovrapposizione tra dovere di diligenza, regola cautelare violata e condotta alternativa diligente (quest'ultima afferente ai distinti profili della evitabilità o c.d. “causalità della colpa”). Sul problema della “forgiatura” *ex post* di nuove regole cautelari da parte del giudice, R. BARTOLI, voce *Fonti della colpa*, cit., 522 ss.; D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., 33 ss., 56 ss., 115 ss.; ID., *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e specifica*, in *disCrimen*, 8 maggio 2019 (il quale parla icasticamente di «indisponibilità della regola cautelare da parte del giudice»); ID., *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 631 ss. Più in generale, su colpa e legalità, F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 149 ss.; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 149 ss.

¹³ Su evitabilità e condotta alternativa diligente, nella sterminata bibliografia, cfr. M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, cit., 638 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 659 ss.; M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l'aumento del rischio”. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 41 ss.; G. FIANDACA, *Il comportamento alternativo lecito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 1598 ss.; K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, *passim*, spec. 223 ss., 283 ss.; ID., voce *Evitabilità dell'evento e comportamento alternativo lecito*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 489 ss.; P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, 1224 ss.; ID., voce *Omicidio stradale e responsabilità colposa*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 851 ss.; G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato*, Torino, 2013, 229 ss.; ID., *La c.d. causalità della colpa nel prisma dell'offensività del torto penale*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 229 ss.; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 80 ss.; P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in M. DONINI, R. ORLANDI, *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 993 ss.; G. DE FRANCESCO, *Il «modello analitico» tra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento soggettivo del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 107 e ss.; L. EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1053 e 1061 ss.; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 242 ss.; I. GIUGNI, [Causalità della colpa e circolazione stradale tra prassi applicative e dubbi irrisolti](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2019, 1, 5 ss.; A. MASSARO, voce *Omissione e colpa*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 883 ss.; M. RONCO, *La colpa in particolare*, cit., 387 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 95 ss.; L. GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2005, 4107 ss.; G. CIVELLO, *La “colpa eventuale” nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e “verità soggettiva” della colpa*, Torino, 2013, 245 ss., 257 ss.

concretamente¹⁴ conoscibile¹⁵, doverosa ed esigibile¹⁶, in base agli elementi di fatto emergenti dal caso storico, nonché agli elementi normativi della c.d. “sfera di competenza”¹⁷ (secondo il giustissimo motto per cui «non tutto ciò che si può si deve anche fare»¹⁸).

Probabilmente, pressoché qualsiasi sinistro stradale potrebbe essere evitato conducendo i veicoli alla velocità di 20 o 30 km/h; eppure, tale modo di guidare le autovetture può essere imposto, caso per caso, solo da circostanze speciali ed eccezionali, da accertarsi in modo del tutto rigoroso e, soprattutto, solo *in concreto* (si pensi, ad es., all’ipotesi in cui, in autostrada, si verifichi un grave e visibile incidente, che imponga chiaramente a tutti gli altri veicoli che sopraggiungano di circolare a passo d’uomo, e non già alla velocità – pur “autorizzata” – di 130 km/h).

Se un automobilista circola alla velocità consentita – e con il rispetto di ogni altra regola di diligenza e prudenza – all’interno della propria corsia di marcia e altro utente della strada improvvisamente invade la stessa e causa uno scontro frontale mortale, vi è da chiedersi se la condotta del primo soggetto sia caratterizzata da un *disvalore di condotta* – incentrato su una effettiva violazione cautelare – proporzionato e congruente rispetto al disvalore di evento; più ampiamente, vi è da chiedersi se in tale condotta stradale

287 ss., 323 ss., 333 ss., spec. 353 ss.; nonché la tesi di dottorato di L. CARRARO, *La causalità della colpa. Evitabilità e comportamento alternativo lecito nelle fattispecie colpose causalmente orientate*, in www.research.unipd.it/handle/11577/3425704.

¹⁴ Proprio la sentenza qui commentata rappresenta una sorta di “invito alla concretezza”, ad esempio laddove la Suprema Corte censura la decisione di merito, che rimproverava all’imputato il non avere circolato sufficientemente sul margine destro della carreggiata, senza tuttavia tenere conto – *in concreto* – che il ciglio della strada non era transitabile in quanto occupato dall’erba.

¹⁵ Fra tutti, M. DONINI, *Presentazione*, in ID. (diretto da), *Reato colposo*, cit., XIV; N. PISANI, *La “colpa per assunzione” nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2012, 149 ss.; D. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale*, cit., 633; G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 201 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 68 ss., 127 ss.

¹⁶ Sui rapporti tra esigibilità e giudizio di colpa, fra tutti, G. FORNASARI, *Il principio di esigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 336 ss.; F. MANTOVANI, voce *Colpa*, cit., 308; M. DONINI, *L’elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 149 ss.; N. PISANI, *La “colpa per assunzione”*, cit., 195 ss.; G. VASSALLI, voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur. Trecc.*, VI, Roma, 1988, 21; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 125 ss.; G. CIVELLO, *La “colpa eventuale”*, cit., 323 ss.; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 337. Ovviamente l’esigibilità va sempre coordinata con la figura della c.d. “colpa per assunzione”: fra tutti, N. PISANI, *La “colpa per assunzione” nel diritto penale del lavoro*, cit., *passim*; ID., voce *Colpa per assunzione*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 233 ss. (con riferimento alla copiosa letteratura in *subiecta materia*); F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 129 ss.

¹⁷ Il tema della “competenza” intercetta, in punti diversi, i due versanti della posizione di garanzia e della colpa; tema sul quale, tuttavia, non potremo soffermarci in questa sede. Cfr. A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, 513 ss.; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, 153 ss.; D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell’evento. L’abbrivio dell’imputazione colposa*, in *Criminalia*, 2015, 509 ss.; L. CORNACCHIA, voce *Colpa d’équipe*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 49; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 63 ss., 244 ss., 357 ss. (con specifico riferimento alla competenza nella responsabilità concorsuale).

¹⁸ Cfr. C. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1, 225 ss.

possa effettivamente ravvisarsi quell'aspetto di *disprezzo* – o quantomeno di rimproverabile *indifferenza* – per l'altrui vita e incolumità personale, tale da giustificare non solo una condanna civile al risarcimento del danno, ma persino il grave stigma giuridico e morale della sanzione penale¹⁹.

Se nell'ambito della responsabilità dolosa si ritiene comunemente che esista un c.d. *fuoco del dolo*, vale a dire una serie di elementi oggettivi che, per assurgere al rimprovero penale, devono essere riguardati dagli stati intellettivi, volitivi e intenzionali di cui all'art. 43 c.p., non dovrebbe forse parlarsi anche di un *fuoco della colpa*, nell'ottica di raccordare sempre il disvalore colposo di condotta – *massimamente, la violazione cautelare* – con l'evento tipico previsto dalla legge²⁰? Ciò consentirebbe di interpretare sempre in modo “colpevolmente pregnante” i giudizi di concretizzazione del rischio²¹, di prevedibilità²² e di evitabilità dell'evento, i quali invece risultano pesantemente depotenziati e “annacquati” se, più a monte, non vengono garantiti i predetti requisiti

¹⁹ Sulla “colpevolezza colposa”, fra tutti, G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., 13 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 251 ss., 272 ss., 334 ss., 379 ss.; ID., *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 19 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 462 ss.; ID., voce *Colpa penale*, cit., 226 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 141 ss., 150 ss.; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 85 ss.; N. PISANI, *L'accertamento della colpa penale del medico. Spunti interrogativi sull'art. 3, comma 1, della legge 8 novembre 2012, n. 189*, in S. ALEO, R. DE MATTEIS, G. VECCHIO (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, II, Padova, 2014, 827 ss.; F. GIUNTA, *Le condizioni di doverosità della regola cautelare e il loro riconoscimento*, in *disCrimen*, 2 gennaio 2021; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 243 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 118 ss.; A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020, 88 ss.; A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, *passim*; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza*, cit., *passim*; G. CIVELLO, *La “colpa eventuale” nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e “verità soggettiva” della colpa*, Torino, 2013, *passim*; ID., *Quaestio disputata: sulla colpa penale come vizio della volontà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 3, 1318 ss. Sul fatto che il rimprovero penale, anche nel giudizio di colpa, richieda l'accertamento di un disprezzo o almeno di una “indifferenza relazionale” rispetto al bene giuridico danneggiato o messo in pericolo, M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, oggi in *Scritti patavini*, cit., tomo I, 79 ss., 259 ss. e 355 ss.; nonché, ID., *L'imputazione del torto penale*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 825 ss., oggi in *Scritti patavini*, cit., tomo II, 1179 ss.; ID., *Prolegomeni per un concetto personale di imputazione*, in *Festschrift für Bernhard Eccher*, Wien, 2017, 943 ss., oggi in *Scritti patavini*, cit., tomo II, 1417 ss.; ID., *Voluntas ut ratio. Sullo statuto della volontà nel diritto penale*, Torino, 2023, *passim*.

²⁰ Cfr. C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 228 ss.; F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 154 ss. Sui rapporti tra disvalore di evento e disvalore di azione nel reato colposo, G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., 10 ss.

²¹ Sul tema generale, cfr. M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, cit., 642; A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, 201 ss.; M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, 2010, 637 ss., 697 ss.; ID., *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, cit., 136 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 359 ss., 547 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 384 ss.; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 241 ss., 248 ss.; A. PERIN, voce *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 284 ss.; P. VENEZIANI, voce *Omicidio stradale e responsabilità colposa*, cit., 851 ss. In giurisprudenza, *ex plurimis* e di recente, Cass., Sez. IV, 5 maggio 2021, n. 21554, Zoccarato, Rv. 281334; Cass., Sez. IV, 4 aprile 2019, n. 30985, Pravadelli, Rv. 277476.

²² Da ultimo, cfr. G. CIVELLO, voce *Prevedibilità e reato colposo*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 1004 ss., nonché A. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'indagine sistemica*, Napoli, 2020, *passim*, spec. 206 ss.

di conoscibilità, doverosità ed esigibilità della regola cautelare²³ e della sua ottemperanza, anche nei casi di colpa generica.

Concludendo, seppur in via interlocutoria, su questo aspetto: il fatto che alla colpa specifica si possa sempre affiancare la categoria della colpa generica – in una sorta di procedimento che è stato icasticamente definito come *auto-poietico*²⁴ – non esime il giudicante dall'accertare pur sempre *in concreto* ed *ex ante* i profili di responsabilità colpevole del soggetto agente²⁵, non potendo il ricorso alla colpa generica rappresentare il pretesto per accedere a forme occulte di responsabilità oggettivo-causale, “mascherate” da aspetti di negligenza, imprudenza o imperizia costruiti solo *a posteriori*²⁶ e, dunque, non espressivi di una effettiva colpevolezza personale.

²³ Si parla di «decomposizione della struttura della regola cautelare» in G. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, 1692, a proposito della deformazione del concetto di “cautela” nella sentenza d'appello sul caso del Cloruro di Vinile Monomero in Porto Marghera.

²⁴ F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 11 ss., con richiamo, *inter alios*, a G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996.

²⁵ In D. MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e specifica*, cit., 45 ss., per criticare gli effetti di irragionevole penalizzazione derivanti dall'abuso della categoria di “colpa generica”, si parla icasticamente di «colpa generica integratrice (legittima) *versus* colpa generica derogatrice (illegittima)».

²⁶ Per un singolare caso di lesioni colpose, in cui è venuta in rilievo l'esigenza che la regola cautelare sia sempre individuata *ex ante* e in concreto, cfr. G.L. GATTA, [La Cassazione e un curioso caso di colpa generica. Ovvero, quando gesticolare in modo scomposto sul marciapiede integra il delitto di lesioni personali colpose](#), in *Dir. pen. cont.*, 12 ottobre 2012; C. SOTIS, [Ma quando gesticolare integra un “modo scomposto”? Qualche breve osservazione sulla rilevanza delle abitudini in un “curioso caso di colpa generica”](#), in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2013.

3.2. Principio di affidamento e auto-responsabilità.

Qui si innestano ulteriori considerazioni relative al principio di affidamento²⁷ e al corrispettivo canone di auto-responsabilità²⁸, le quali rafforzano ulteriormente quanto appena affermato.

²⁷ Sul punto, fra tutti, M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, *passim*; ID., *Il caso Senna tra contestazione della colpa e principio di affidamento*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, 153; ID., voce *Affidamento (principio di)*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 1 ss.; M. RONCO, *La colpa in particolare*, cit., 391 ss.; G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., 7 ss.; F. MANTOVANI, voce *Colpa*, cit., 311 ss.; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 74 ss.; ID., “Agente modello” e responsabilità per colpa in campo sanitario, cit., 28 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 21-39; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 424 ss.; A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell’offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa, 2022, 208 ss.; A. MASSARO, *Principio di affidamento e cooperazione colposa nell’attività medico-chirurgica*, in M. RONCO, M. HELFER (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, Torino, 2020, 215; ID., *Principio di affidamento e “obbligo di vigilanza” sull’operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica di équipe*, in *Cass. pen.*, 2011, 3857 ss.; M.L. MATTHEUDAKIS, *Il principio di affidamento nella dialettica cautelare tra datore di lavoro e lavoratore: un argine al paternalismo?*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 571; ID., *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella “stagione delle riforme” della responsabilità colposa del sanitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1220 ss.; V. MILITELLO, *L’autoesposizione a pericolo fra colpa in ambiti illeciti e autoresponsabilità: il caso delle morti da assunzione di stupefacenti*, in *disCrimen*, 29 dicembre 2020; A. PALMA, *Paradigmi ascrittivi della responsabilità penale nell’attività medica plurisoggettiva: tra principio di affidamento e dovere di controllo*, Napoli, 2016, *passim*; A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., 234 ss.; ID., *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro. Brevi osservazioni fra modello teorico, realtà applicativa ed esigenze di tutela. Commento a Corte di Cassazione, Sez. IV, ud. 12 ottobre 2011 (dep. 19 dicembre 2011), n. 46819*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2012, 105 ss.; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 238 ss.; L. RISICATO, *L’attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L’obbligo di vigilanza come regola cautelare*, Torino, 2013, *passim*; C. SILVA, *Responsabilità colposa e principio di affidamento. La controversa applicazione nell’attività medica di équipe*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 455 ss.; S. ZIRULIA, [Un’applicazione del principio di affidamento al settore della sicurezza sul lavoro](#) (nota a Cass., Sez. IV, 6 dicembre 2012, n. 47274), in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2012; M.C. BISACCI, *Il principio di affidamento quale formula negativa del giudizio di prevedibilità nella colpa*, in *Ind. pen.*, 2009, 204 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 491 ss.; ID., *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 824 ss.

²⁸ Sul punto, limitandoci nella presente sede alla dottrina italiana, S. CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato. Profili problematici e di teoria generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1148; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., *passim*; ID., *L’autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *Leg. pen.*, 13 maggio 2019; M. RONCO, M. HELFER (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità*, cit., *passim*, con numerosi contributi all’interno del volume; G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2017, *passim*; ID., voce *Autoresponsabilità*, in *Dig. disc. pen.*, IX agg., Torino, 2016, 102 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 474 ss.; ID., *Autoresponsabilità e imputazione*, in M. RONCO, M. HELFER (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità*, cit., 99; D. CASTRONUOVO, *Profili relazionali della colpa nel settore della sicurezza del lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale?*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, 201 ss., nonché in M. RONCO, M. HELFER (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità*, cit., 195; A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell’offesa*, cit., 208 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 39-52; M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale: riflessioni sull’autoresponsabilità quale possibile criterio di limitazione della responsabilità penale*, in *Leg. pen.*, 9 dicembre 2020, 8 ss.; ID., *L’autoresponsabilità della vittima e il diritto penale. Riflessioni per un diritto penale neoilluminato*, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Padova, 2016, 92 ss.; ID., *L’autoresponsabilità della vittima: quali spazi applicativi in materia di attività sportiva ad alto rischio*, in *Arch. pen.*, 2020, 1, on-line; S. DOVERE, *L’autoresponsabilità nella giurisprudenza penale italiana in materia di delitti colposi di evento*, in M. RONCO, M.

Come noto, il principio di affidamento intenderebbe implicare che ciascun cittadino, nell'esercizio di una qualsiasi attività consentita dall'ordinamento, possa ragionevolmente confidare nel fatto che gli altri consociati rispettino le regole di diligenza, prudenza o perizia loro imposte dal diritto o comunque dalla comune esperienza.

Come altrettanto noto, tale principio può essere tendenzialmente invocato solo allorquando il soggetto agente sia stato nel complesso ligio e rispettoso dei doveri cautelari a lui spettanti, non potendosi ragionevolmente invocare il principio di affidamento in presenza di una propria condotta a sua volta inottemperante²⁹.

A fronte di ciò, un certo orientamento applicativo, diffuso soprattutto nella giurisprudenza di merito, intenderebbe neutralizzare – o comunque depotenziare – notevolmente il *Vertrauensprinzip* nell'ambito della circolazione stradale, postulando un ipotetico canone generale altrettanto cogente, per il quale ogni utente della strada avrebbe il dovere non solo di evitare proprie imprudenze o negligenze, ma anche di prevedere e di fronteggiare gli altrui comportamenti imprudenti o negligenti. Ad esempio, si afferma, in prossimità di una intersezione, l'automobilista, pur dotato della precedenza, dovrebbe comunque immaginarsi che altri utenti della strada, pur non dotati di precedenza, si immettano sulla carreggiata e, dunque, in caso di altrui immissione irregolare, egli dovrebbe porre in essere ogni manovra idonea a scongiurare l'impatto³⁰; ancora, a fronte di un attraversamento pedonale imprudente,

HELPER (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità*, cit., 175; M. RONCO, *Autoresponsabilità e autodeterminazione*, in M. RONCO, M. HELPER (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità*, cit., 259 ss.; G. FORNASARI, T. PASQUINO, G. SANTUCCI (a cura di), *Il principio di autoresponsabilità nella società e nel diritto*, Napoli, 2021, *passim*; F. MANTOVANI, *Dolo e colpa comune e dolo e colpa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 424; A. PERIN, *Colpa penale relazionale*, cit., 105 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 464; M.L. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, 2020, 224 ss., 240 ss.; ID., *Prevedibilità e autoresponsabilità della vittima: uno sguardo critico e propositivo alla casistica*, in www.la-legislazione-penale.eu, 25 ottobre 2022; D. MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in *Criminalia*, 2014, 323; D. PETRINI, *Concorso colposo della vittima e infortunio sul lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1576; A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità*, Padova, 2000, *passim*; L. CARRARO, [Il comportamento gravemente colposo del lavoratore e la responsabilità del datore di lavoro](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2019, 3, 241 ss. Sui rapporti tra affidamento e auto-responsabilità, fra tutti, M. MANTOVANI, voce *Affidamento (principio di)*, cit., 8-10.

²⁹ *Ex plurimis*, seppur declinato dal punto di vista causale e non della colpa, cfr. Cass., Sez. IV, 15 luglio 2010, n. 32202, Rv. 248355-01: «L'utente della strada non è responsabile dell'infortunio patito da un terzo anche per colpa di quest'ultimo, soltanto quando la sua condotta risulti immune da qualsiasi addebito, sia sotto il profilo della colpa specifica, che della colpa generica, ponendosi in tal caso come mera occasione dell'evento, e non sua concausa». In dottrina, fra tutti, A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, 578 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 248, con rinvio anche a dottrina tedesca.

³⁰ Cfr., fra tutte, Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2015, n. 30989, Rv. 264314: «In tema di responsabilità da sinistri stradali, il conducente favorito dal diritto di precedenza non deve abusarne ed è, pertanto, tenuto a moderare la velocità in prossimità di un incrocio, per essere in grado di affrontare qualsiasi evenienza, anche il mancato rispetto della precedenza spettantegli da parte di terzi (in applicazione del principio la S.C. ha confermato la sentenza di condanna per omicidio colposo a carico dell'automobilista, il quale, aveva impegnato un incrocio ad una velocità superiore rispetto a quella consentita, investendo così altra

gli automobilisti, pur quando dotati della precedenza, dovrebbero comunque fare in modo di evitare l'investimento del pedone imprudente, se del caso ponendo in essere una adeguata manovra di emergenza volta a scongiurarne l'investimento.

Ora, tali affermazioni non appaiono nel complesso erronee e sottendono un principio giuridico condivisibile. Infatti, l'automobilista, che pur abbia la precedenza, non ha certo "licenza di uccidere" chiunque intercetti la sua traiettoria di marcia: se egli si avvede – o è in grado di avvedersi effettivamente – che un altro utente della strada, *pur a torto*, sta attraversando la carreggiata o si sta immettendo irregolarmente nella stessa, egli dovrà comunque cercare di evitare il più possibile l'impatto; non potrà certamente ignorare il c.d. "segnale di allarme" (*Anlass*) e andare diritto per la propria strada, travolgendo qualunque ostacolo si frapponga alla sua meta, quasi che tale accadimento fosse *eo ipso* ricompreso in una sorta di "rischio consentito"³¹.

Sin qui, in via tendenziale, *nulla quaestio*.

Il punto è tuttavia che, se tale ipotetico dovere di fronteggiare le imprudenze altrui viene esasperato e portato a esiti irragionevoli anche in assenza di un effettivo *Anlass* conosciuto o conoscibile, esso rischia di disarticolare completamente l'ordine interno alla stessa nozione di "colpa penale" e, persino, ai principi generali dell'imputazione penale per fatto proprio. A ben vedere, infatti, se detto dovere viene estremizzato, accollando agli utenti della strada *qualsiasi* sinistro cagionato da imprudenza della "vittima" e astrattamente prevedibile, la conseguenza del ragionamento appare evidente: qualsiasi automobilista verrebbe gravato da una sorta di "posizione di garanzia" priva di base legale, risultando indiscriminatamente istituito "garante" e protettore di tutti gli altri utenti della strada.

Si tratta del fenomeno distorsivo che è stato icasticamente definito come «posizione di garanzia cautelare»³², espressione che ben segnala la discutibile crasi tra un obbligo impeditivo – spesso ricostruito, peraltro, con dubbia base legale³³ – e una serie di sempre nuove regole cautelari, perlopiù "paternalistiche", a tutela di terzi.

A tal proposito, la disposizione dell'art. 40, co. 2, c.p., pur essendo formalmente destinata a regolare i soli casi di condotta omissiva³⁴, sembra esplicare un'importante

autovettura e causando il decesso del guidatore, che non aveva rispettato il segnale di stop e non aveva allacciato la cintura di sicurezza)».

³¹ Sui rapporti tra principio di affidamento e rischio consentito, nei casi di riconosciuta o comunque riconoscibile imprudenza altrui, M. MANTOVANI, voce *Affidamento (principio di)*, cit., 6 ss.; L. CORNACCHIA, voce *Colpa d'équipe*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 50 ss. Sul rischio consentito, in generale, rinviando da ultimo a F. CONSULICH, voce *Rischio consentito*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 1102 ss., spec. 1116-1117 (su rischio consentito e inosservanza cautelare) e 1117 ss. (su rischio consentito e comportamento alternativo lecito).

³² F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 51.

³³ Cfr. A. GARGANI, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione: due casi "esemplari" di responsabilità ex art. 40, comma 2., c.p.*, commento a Cass., Sez. IV, 8 ottobre 2003 (dep. 21 gennaio 2004), C. ed altro, e Cass., Sez. IV, 6 novembre 2003 (dep. 4 marzo 2004), G., in *Dir. pen. proc.*, 2004, 11, 1390 ss.; F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 5, 620 ss.

³⁴ Sui rapporti tra colpa e omissione, fra tutti, A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., 581 ss., spec. 631 ss., ove si segnalano approfonditamente i rischi di una precaria distinzione tra "obbligo di diligenza" e "obbligo di garanzia"; F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*,

funzione teorica ed ermeneutica anche nei casi di condotta materialmente *commissiva*³⁵: anche in questo caso, infatti, appare giuridicamente infondato ipotizzare un dovere generalizzato ed *erga omnes* di prevedere e fronteggiare le imprudenze altrui anche in assenza di un concreto *Anlass*. Solo i formali garanti, gravati da effettiva *Garantenstellung*, possono ritenersi vincolati a un tale dovere generale: il genitore deve saper fronteggiare l'imprudenza del figlio prima ancora che giunga a ulteriori conseguenze; il datore di lavoro deve saper fronteggiare la colpa del lavoratore; sotto altro profilo ed entro certi limiti, il chirurgo che operi in *équipe* deve essere in grado di prevedere e fronteggiare la colpa di altro membro della *équipe*, come accade altresì – a determinate condizioni che non potranno essere qui approfondite – nella responsabilità penale dei membri di organo collegiale³⁶.

Di contro, al di fuori di tali “situazioni di garanzia”, gli ordinari cittadini, che già abbiano correttamente conformato il proprio agire a ogni dovere di diligenza, prudenza e perizia loro gravante, non sono affatto obbligati a prevedere e fronteggiare una *qualsiasi* evenienza, pur astrattamente prevedibile, innescata da un altrui comportamento imprudente, negligente o imperito³⁷; e ciò, sia che la loro condotta sia omissiva o commissiva³⁸.

A tal proposito, presenta una certa ambiguità il principio di diritto oggetto dell'attuale *ius tralaticium*, secondo il quale, «in tema di circolazione stradale, il principio dell'affidamento trova temperamento nell'opposto principio secondo cui l'utente della strada è responsabile anche del comportamento imprudente altrui, purché rientrante nel limite della prevedibilità»³⁹: da tale “secca” *regula iuris* parrebbe

in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1281 ss.; nonché F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 90 ss.; V. MILITELLO, *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa nel fatto omissivo*, in *Cass. pen.*, 1998, 979 ss.; V. MONGILLO, *Imputazione oggettiva e colpa tra “essere” e normativismo: il disastro di Viareggio*, in *Giur. it.*, 2022, 956 ss. Cfr., da ultimo, anche A. MASSARO, voce *Omissione e colpa*, cit., 866 ss.; nonché ID., *La responsabilità colposa per l'omesso impedimento dell'altrui fatto illecito*, Napoli, 2013, 81 ss.

³⁵ Cfr., M. MANTOVANI, voce *Affidamento (principio di)*, cit., 19, con rinvio anche a Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, pagg. 103 ss. delle motivazioni. Sull'art. 40, co. 2, come “luogo normativo” dal quale affiorerebbe, *a contrariis*, la conferma al principio di auto-responsabilità, cfr. G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet*, cit., 211 ss., spec. 258 ss.

³⁶ Cfr. A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, cit., *passim*; L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo*, Bergamo, 2021, *passim*; nonché, in generale, F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., *passim*.

³⁷ F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 22; sul fatto che il principio di affidamento incontri un limite strutturale solo nei casi di soggetto gravato dall'«obbligo giuridico di controllare e vigilare sull'operato altrui», G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., 7 (corsivi originali).

³⁸ In F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 287, si mostra molto chiaramente come, attraverso la nuova etichetta del *gestore del rischio*, si è fatto ricorso “analogico” alla teorica della posizione di garanzia per estendere, in modo *autopoietico*, la responsabilità commissiva.

³⁹ Da ultimo, Cass., Sez. IV, 20 ottobre 2022, n. 4923, Casano, Rv. 284093-01 (fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da vizi la sentenza con la quale era stata ritenuta la responsabilità per omicidio colposo del conducente di un'automobile che, intento nella svolta a sinistra, non si era avveduto del sopraggiungere di un motociclo che viaggiava nella medesima direzione di marcia ad una velocità superiore a quella consentita e che era intento ad effettuare una manovra di sorpasso); conformi, *ex plurimis*, Cass., Sez. IV, 6 maggio 2021, n. 24414, Rv. 281399 (in applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto immune da vizi l'affermazione della responsabilità per omicidio stradale del conducente di un'autovettura che, in

dedursi che, pur a fronte di una conduzione veicolare in sé perfettamente impeccabile e scevra da profili di colpa specifica o generica, sarebbe possibile muovere *comunque* un rimprovero per colpa all'automobilista, *per il sol fatto* di non avere fronteggiato una manovra altrui imprudente e prevedibile⁴⁰; ma tale assunto non può essere condiviso sempre e in ogni caso, poiché esso postula l'esistenza di una ipotetica regola cautelare generale ed *erga omnes*, il cui contenuto vago e indeterminato dovrebbe recitare: «abbi cura di prevedere sempre le imprudenze altrui e di porre in essere ogni condotta volta a neutralizzare le stesse e scongiurare eventi dannosi o pericolosi a carico di terzi»⁴¹.

autostrada, aveva investito un pedone che si trovava accanto alla propria autovettura, ferma per un precedente sinistro, dovendosi ritenere prevedibile l'eventualità di un incidente tale da comportare l'ostruzione totale o parziale della strada); Cass., Sez. IV, 10 maggio 2017, n. 27513, Rv. 269997 (nella fattispecie, la Corte ha ritenuto immune da vizi la sentenza con la quale era stata ritenuta la responsabilità per lesioni del conducente di un ciclomotore che aveva investito un pedone mentre attraversava al di fuori delle strisce pedonali, in un tratto rettilineo ed in condizioni di piena visibilità, per la condotta di guida non idonea a prevenire la situazione di pericolo derivante dal comportamento scorretto del pedone, rischio tipico e ragionevolmente prevedibile della circolazione stradale); Cass., Sez. IV, 15 novembre 2013, n. 8090 (dep. 2014), Rv. 259277 (fattispecie relativa alla collisione tra l'autovettura condotta dall'imputato e la motocicletta occupata dalla vittima, un carabiniere in servizio, che percorreva contro mano e a sirene spiegate la strada ove si era verificato l'impatto).

⁴⁰ Sul punto, chiarissimo, D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., 148-151: «l'*Anlass* deve essere *vista* o *ignorata per colpa del soggetto agente* e non già *pre-vista* o *esplorata* come sostengono i cultori dell'agente modello alimentando così vere e proprie forme di responsabilità oggettiva. [...] Ciò significa che l'*Anlass* deve essere *vista* affinché vi sia colpa, oppure deve essere ignorata a causa della violazione di una precedente regola cautelare, che ovviamente non può coincidere e ridursi a una mera carenza di previsione. [...] Il riferimento è alla manovra di emergenza cui è tenuto l'automobilista per fronteggiare le altrui trasgressioni o improvvise situazioni di pericolo. Ebbene, la tradizionale impostazione giurisprudenziale [...] ha finito per dilatare così tanto l'*Anlass* di questa regola cautelare da annullare ogni aspettativa sul rispetto delle norme stradali previste dal codice. Lungi dal potervi fare affidamento, infatti, qualunque partecipante al traffico sarebbe gravato dall'agente modello dell'irragionevole obbligo di prevedere gli *altrui comportamenti irresponsabili* così da imporgli di scrutare lo scenario di guida alla ricerca di potenziali disattenzioni [...]. Viceversa, muovendo dalla prospettiva normativista, secondo cui l'*Anlass* è un *fatto* e non la *premessa euristica di un giudizio*, il soggetto è chiamato a rispondere dell'evento determinato dalla mancata effettuazione della manovra di emergenza, o perché aveva avvistato l'altrui comportamento irregolare e la situazione di pericolo che incontrovertibilmente gli imponeva di effettuare la manovra straordinaria (come ad esempio l'avvistamento di un pallone che rotola per strada), o perché si è posto colpevolmente nelle condizioni di non poter avvistare tale situazione (come nel caso di chi armeggia con il cellulare mentre guida), senza che tale colpa possa consistere in un mero difetto di previsione».

⁴¹ Sul punto, "in negativo", F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 37, osserva come non esista una previsione normativa che «limit[i] in capo al cittadino (o a categorie specifiche di persone) l'onere di riconoscere la negligenza del terzo ai casi in cui questo commetta errori gravi, evidenti e non settoriali»; da ciò l'Autore ricava un comprensibile scetticismo circa il fatto che il principio di affidamento possa costituire un criterio chiaro e preciso di imputazione o di non imputazione penale. A tal proposito, ci permettiamo di aggiungere: è pur vero che l'ordinamento positivo non prevede limiti espressi e chiari all'affidamento; tuttavia, al contempo e più a monte, non esiste nemmeno una previsione espressa che imponga a *tutti* i consociati di prevenire e fronteggiare le imprudenze altrui. Anche in G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., 7, come già più sopra rilevato, si osserva correttamente come il principio di affidamento non trovi limite nel sol fatto che la condotta imprudente altrui fosse prevedibile, essendo altresì necessario il secondo requisito, vale a dire «l'obbligo giuridico di *controllare e vigilare sull'operato altrui*». V. anche M.C. BISACCI, *Il principio di affidamento*, cit., 204 ss.

Analogo vizio di ampiezza e di indeterminatezza sembra affliggere il principio di diritto per il quale «costituisce *di per sé* condotta negligente l'aver riposto fiducia nel fatto che gli altri utenti della strada si attengano alle prescrizioni del legislatore»⁴²: infatti, il problema sta proprio nella formula linguistica del «*di per sé*», la quale, se recepita in modo acritico e tralatizio dalla giurisprudenza di merito, rischia di condurre a forme di *culpa in re ipsa* in cui l'unico rimprovero colposo consisterebbe, genericamente, nella mancata previsione e neutralizzazione di una imprudenza altrui⁴³.

Si pensi solamente al discutibile filone prasseologico relativo al mancato uso delle cinture di sicurezza da parte del passeggero⁴⁴, in assenza – *questo è il punto* – di ulteriori profili di negligenza o imprudenza in capo al conducente del veicolo: a tal proposito, la giurisprudenza⁴⁵ è costante nel ritenere sussistente una responsabilità del guidatore anche nel caso di vittima maggiorenne, sebbene l'art. 172, co. 10, C.d.s. sanzioni il conducente solo nei casi di passeggero *minorenne* privo di cintura⁴⁶.

D'altra parte, il fenomeno della creazione giurisprudenziale di presunte regole cautelari vaghe e indeterminate⁴⁷ – come tali, contrarie al principio di legalità – non appare affatto isolato: si pensi, ad esempio, alle decisioni in cui la Suprema Corte ha ritenuto di poter costruire un'ipotesi di colpa generica per la sola violazione del generalissimo principio di *neminem laedere*⁴⁸, il quale, a ben vedere, non esprime

⁴² Cass., Sez. IV, 15 luglio 2010, n. 32202, Filippi, Rv. 248354 (corsivo nostro).

⁴³ Con riferimento a tale ipotesi, appare ancora calzante quanto affermato in M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, cit., 643: «Osservate tutte le precauzioni discendenti da regole giuridiche e non giuridiche, non può profilarsi colpa per violazione di una regola che porrebbe l'ordinamento in contraddizione con se stesso».

⁴⁴ Sul punto, fra tutti, D. MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della Bad Samaritan Jurisprudence*, in *Criminalia*, 2011, 275; I. GIACONA, *Passeggero adulto senza cintura di sicurezza e responsabilità del guidatore per omicidio colposo: una discutibile impostazione della costante giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2010, 399.

⁴⁵ Fra tutte, Cass., Sez. IV, 24 novembre 2020, n. 32877, Rv. 280162 («Il conducente di un veicolo è tenuto, in base alle regole della comune diligenza e prudenza, ad esigere che il passeggero indossi la cintura di sicurezza e, in caso di sua renitenza, anche a rifiutarne il trasporto o ad omettere l'intrapresa della marcia e ciò a prescindere dall'obbligo e dalla sanzione a carico di chi deve fare uso della detta cintura»).

⁴⁶ F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 51. Un analogo criticabile caso è quello della condanna dell'istruttore di arti marziali per l'infortunio occorso all'agonista maggiorenne – persino componente della squadra nazionale, quindi dotato di conoscenze e abilità specialistiche – per non avere obbligato lo stesso a indossare le protezioni “para-colpi” durante i combattimenti: cfr. Cass., Sez. IV, 18 luglio 2014, n. 3174, con nota di G. CIVELLO, *La posizione di garanzia dell'allenatore sportivo: fra obblighi di protezione e autoresponsabilità*, in *Arch. pen.*, 2014, 3, on-line.

⁴⁷ Al fine di limitare la responsabilità colposa per “generica” violazione di una qualsivoglia regola di cautela, si è recentemente proposto di circoscrivere la misura oggettiva della colpa «al solo rispetto delle regole cautelari diffuse nella comunità di settore per fronteggiare il rischio» (D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., 64 e 117 ss.).

⁴⁸ Cass., Sez. IV, 14 febbraio 2008, n. 15229, Rv. 239600: «In tema di responsabilità da sinistri stradali, l'osservanza delle norme precauzionali scritte non fa venir meno la responsabilità colposa dell'agente, perché esse non sono esaustive delle regole prudenziali realisticamente esigibili rispetto alla specifica attività o situazione pericolosa cautelata, potendo residuare una colpa generica in relazione al mancato rispetto della regola cautelare non scritta del *neminem laedere*, la cui violazione costituisce colpa per imprudenza». Per l'utilizzo, altrettanto improprio, del *neminem laedere* quale fonte di una posizione di

alcuna regola cautelare penalisticamente rilevante e “tipica”, ma non è altro che il canone civilistico – eminentemente *atípico* – sotteso alla responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.⁴⁹

3.3. Il rischio di elidere il requisito della violazione cautelare e di ridurre la colpa a generica prevedibilità ed evitabilità di un qualsiasi evento.

Qui affiora l’ultimo aspetto meritevole di essere menzionato: qualora la condotta del soggetto agente sia nel complesso rispettosa delle regole di prudenza scritte o non scritte e, dunque, appaia scevra da (*altri*) profili di colpa specifica o generica, risulta quantomeno discutibile che l’unico residuo profilo di colpa venga poi individuato nel “non avere fronteggiato una imprudenza altrui”⁵⁰; ciò *a fortiori* nei casi di totale assenza di un *Anlass* conosciuto o conoscibile.

A ben vedere, un tale *modus procedendi* nell’accertamento della responsabilità colposa nasconde un’aporia particolarmente insidiosa, vale a dire – oltre alla surrettizia creazione di obblighi impeditivi, in realtà, inesistenti (v. *supra*) – la potenziale obliterazione *contra legem* del requisito della *violazione cautelare*, quale imprescindibile pilastro di una teoria normativa della colpa⁵¹.

garanzia, cfr. Cass., Sez. IV, 29 marzo 2016, n. 24692, Rv. 267230; Cass., Sez. IV, 12 maggio 2015, n. 22835, Rv. 263827; Cass. 27 novembre 2013, n. 2343, Rv. 258434.

⁴⁹ Tant’è che, in Cass., IV, 12 dicembre 1996, n. 1258, Rv. 207384, si legge: «Il movimento degli sciatori sulle piste innevate, pur in mancanza di disposizioni legislative specifiche che lo disciplinino, deve svolgersi secondo regole di prudenza, in osservanza al precetto del *neminem laedere* espresso dall’art. 2043 cod. civ. Pertanto, lo sciatore che si trovi a monte, nello spostarsi sulle piste, data la sua posizione dominante con possibilità di visione del luogo sottostante, deve regolare la propria condotta in modo da evitare interferenze del proprio movimento con la traiettoria dello sciatore che si trovi a valle». Sul punto, F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 223 ss.; G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet*, cit., 262 ss.

⁵⁰ Nella maggior parte dei casi in cui, in assenza di ulteriori profili di negligenza, imprudenza o imperizia, l’unico rimprovero che si può astrattamente muovere è quello di non essere riusciti a fronteggiare un altrui comportamento imprudente o “anomalo”, l’ipotetica colpa in capo all’agente può perlopiù apparire *levis* o *levissima*; in tal direzione, potrebbe essere utile seguire la via – antica ma anche moderna – della limitazione della responsabilità penale ai soli casi di *colpa grave*. Sul punto, M. RONCO, *La colpa in particolare*, cit., 402 ss.; M. CAPUTO, *Misura e grado della colpa*, in *Criminalia*, 2021, 227 ss.; ID., “Agente modello” e responsabilità per colpa in ambito sanitario, cit., 116 ss.; P.F. POLI, *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, Milano, 2021, *passim*; ID., voce *Colpa grave*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 103 ss.; G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1654 ss.; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 55 ss.; M. DONINI, *L’elemento soggettivo della colpa*, cit., 154 ss.; F. GIUNTA, *Il trattamento differenziato dei reati colposi: spunti per una riforma*, in *St. sen.*, 1994, 22 ss.; G. LOSAPPIO, *Dosimetria della colpa civile e penale*, in *Ind. pen.*, 1992, 701; T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 819 ss.; C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e criminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 693 ss.; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 244 ss.; A. CAPELLINI, voce *Imprudencia grave*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 656 ss.; L. STAFFLER, voce *Leichtfertigkeit*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 763 ss.; G.M. CALETTI, voce *Recklessness*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 1047 ss.

⁵¹ Sulla centralità della violazione cautelare all’interno della struttura della colpa penale, fra tutti, si rinvia a M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, cit., 624 ss., 636 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di*

Se un automobilista sta correttamente circolando con la propria autovettura, dotata di tutti i necessari dispositivi e soggetta a opportuna manutenzione, sta rispettando i limiti di velocità e, in definitiva, *non versa in colpa*; e se, a seguito di un sinistro stradale, l'unico rimprovero che si muove allo stesso è il non aver posto in essere proprio quella *ulteriore* condotta che, sola, sarebbe stata in grado di neutralizzare l'imprudenza altrui e di scongiurare l'evento di lesione o di morte, a ben vedere tale ragionamento giuridico rischia di sfigurare il volto della colpa normativa, riducendola al semplice e oggettivo "non impedimento" di un evento astrattamente prevedibile ed evitabile⁵².

In altri termini, così facendo, si rischia di pretermettere completamente il "primo gradino"⁵³ della responsabilità colposa – la *violazione cautelare*, per l'appunto – addebitando al soggetto agente un qualsiasi evento, *per il sol fatto* che esso fosse in qualche modo prevedibile e scongiurabile⁵⁴: ciò implicherebbe un evidente errore teorico e causerebbe un'espansione incontrollata e ingiusta della responsabilità colposa, la quale

leggi, Milano, 1965, 124; ID., *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano 1971, 99 ss.; F. MANTOVANI, voce *Colpa*, cit., 307 ss.; A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 259; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., *passim*, spec. 2 ss., 73 ss., 133 ss., 162 ss., 194 ss.; ID., *I tormentati rapporti tra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1295; ID., *Culpa culpae*, in *Criminalia*, 2018, 17 ss.; ID., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Giust. pen.*, 2012, 577 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 132 ss., 179 ss.; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 130 ss.; G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Il reato*, in *Trattato breve di diritto penale*, II ed., Padova, 2021, 304 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, X ed., Milano, 2021, 402 ss.; D. MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e specifica*, cit., 5 ss.; ID., *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale*, cit., 609 ss., spec. 631 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 279 ss.; ID., voce *Colpa penale*, cit., 200 ss., 213 ss.; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 56 ss.; R. BARTOLI, voce *Fonti della colpa*, cit., 519 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 81 ss., 107 ss.; C. VALBONESI, *La regola cautelare nell'era del rischio: nota e margine della sentenza per il disastro ferroviario di Viareggio*, in *disCrimen*, 14 gennaio 2021; P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" e "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Milano, 2003, *passim*; N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli, 2012, 157 ss.; C. PERINI, voce *Pericolo e colpa*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 917 ss.; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 227 ss.; G. CIVELLO, *La "colpa eventuale"*, cit., 3 ss., 25 ss., 47 ss., 55 ss., 85 ss.

⁵² Sull'auto-responsabilità nella circolazione stradale, O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., 19 ss.; nonché 386 ss. rispetto ai rapporti tra auto-responsabilità e colpa specifica; L. CARRARO, *Spazi teorici di autoresponsabilità e colpa "stradale" nell'investimento di un pedone: rigidità giurisprudenziale e prospettazioni dogmatiche*, in *Arch. pen.*, 2023, 2, on-line.

⁵³ In termini di *ratio cognoscendi*, più che di *ratio essendi*: cfr. G. CIVELLO, *Quaestio disputata: sulla colpa penale come vizio della volontà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 3, 1318 ss.; nonché F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 103-107, in cui si afferma che le regole di prudenza «non entrano a comporre il tipo, non costituendo in sé norme o frammenti di norme che possano interagire con la fattispecie penale [...]. Pare che le regole cautelari riempiano il tipo sul piano del diritto, mentre lo concretizzano sul piano del fatto, attribuendo un significato nel caso specifico alla clausola generale attorno a cui ruota l'incriminazione [...]». La singola regola di prudenza non integra la fattispecie penale [...]. Ben più logico pensare che la specifica cautela operante in un dato ambito funga da mero *presupposto di fatto* per l'applicazione della norma penale» (corsivo nostro).

⁵⁴ In F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 78-81, si osserva che l'unico ambito nel quale la colpa può tendenzialmente ridursi a prevedibilità dell'evento – senza necessità di accertare la violazione di una effettiva regola cautelare – è quello della *culpa in re illicita*, in cui il requisito della inottemperanza cautelare potrebbe dirsi "assorbito" nella previa violazione della norma imperativa di divieto.

prescinderebbe da un effettivo “rimprovero colpevole”, in quanto potrebbe sussistere anche a fronte di un comportamento umano non inottemperante ad alcun precetto cautelare... se non a quello – come detto, inesistente, al di fuori dei casi *ex art. 40, co. 2, c.p.* – di prevedere e fronteggiare una qualsiasi imprudenza altrui.

Verrebbe, in questo modo, ribaltato l’ordine giuridico e, prima ancora, logico tra *responsabilità* e *auto-responsabilità*⁵⁵, poiché ogni persona diverrebbe garante di qualsiasi altro consociato; con effetti non solo di pesante ingiustizia relazionale, ma persino di paradossale abbassamento dei livelli generali di sicurezza, poiché ciascun soggetto sarebbe indotto a confidare sempre nell’intervento salvifico e *ab externo* di un terzo “garante” (quasi un *deus ex machina*), invece di curare anzitutto personalmente la migliore tutela dei propri diritti e interessi.

È pur vero che le regole cautelari, a loro volta, sono il frutto della sedimentazione e “distillazione” di giudizi di razionale prevedibilità ed evitabilità dei danni o dei pericoli⁵⁶; tuttavia, ciò avviene solo in via *mediata* e per così dire “ponderata”: dall’esperienza comune circa ciò che è materialmente immaginabile e scongiurabile, il buon senso dell’uomo e i saperi e le tecniche dallo stesso sviluppati pervengono alla cristallizzazione di determinate regole di comportamento. Ma ciò non vuol dire che il giudice possa compiere, *omisso medio*, una crasi tra giudizio di prevedibilità/evitabilità dell’evento e giudizio di colpa *tout court*, senza prima transitare attraverso l’individuazione di una “stabile”⁵⁷ regola cautelare violata⁵⁸; argomentando diversamente, la verifica di qualsivoglia evento in sé prevedibile ed evitabile

⁵⁵ In tema di auto-responsabilità con particolare riferimento alla “colpa stradale”, M.L. MATTHEUDAKIS, [Regole cautelari elastiche in ambito stradale e prevedibilità in concreto dell’evento](#), in questa *Rivista.*, 2021, n. 1, 87 ss.; G. MARINO, *Il contributo contra se della vittima, con particolare riferimento all’investimento del pedone imprudente*, in *Leg. pen.*, 17 gennaio 2020.

⁵⁶ M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, cit., 637 ss.; D. CASTRONUOVO, voce *Colpa penale*, cit., 221; R. BARTOLI, voce *Fonti della colpa*, cit., 524 ss.; M. RONCO, *La colpa in particolare*, oggi in *Scritti patavini*, cit., tomo I, 374 ss.; F. GIUNTA *Culpa culpae*, cit., 11 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 89 ss.; D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., 18 ss.

⁵⁷ Cfr. F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 69: «La colpa si fonda su un giudizio, *stabilizzato socialmente*, che correla, in termini di prevedibilità, un danno come conseguenza di una condotta [...]» (corsivi nostri).

⁵⁸ Cfr. F. GIUNTA, *Culpa culpae*, cit., 12: «Il ruolo imprescindibile della prevedibilità merita di essere circoscritto; esso deve limitarsi a operare come presupposto operativo della regola cautelare, ossia come condizione della sua doverosità. La separazione dei due momenti dell’*an* e del *quomodo* del dovere di diligenza porta con sé la loro diversa declinazione ideologica, con una migliore messa a fuoco della dialettica incrociata tra “oggettivo e soggettivo”, “individuale e sociale-ordinamentale”. Nel senso che la prevedibilità diventa un’*enclave* soggettiva nella tipicità oggettiva, espressiva della responsabilità esclusiva dell’agente, là dove la formazione della regola cautelare – che incarna l’evitabilità – è attività compartecipata, ponendo il cittadino nella posizione di fruitore di un sapere cautelare condiviso, sul quale è lecito e ragionevole fare affidamento. Detto altrimenti: la prevedibilità è attività valutativa che delinea continue descrizioni di possibili eventi; l’evitabilità, passando per l’adozione della cautela doverosa, è regola di condotta preesistente e necessariamente modale».

darebbe luogo, *eo ipso*, a una forma di responsabilità penale colposa, lungo un circolo vizioso che, come detto, potrebbe essere definito come *auto-poietico*⁵⁹.

Sul punto, è ancor'oggi di una chiarezza adamantina l'affermazione di Marcello GALLO, secondo cui «non si punisce per fatto colposo chi ha agito quando non ha previsto ciò che doveva invece prevedere, bensì chi ha agito *in un certo modo*, malgrado la rappresentabilità dell'evento»⁶⁰: ora, questo *certo modo* appena menzionato non è che il *modus agendi* contrario ad una precisa regola cautelare scritta o non scritta.

In altri termini: non è sufficiente la generica prevedibilità del fatto a fondare una responsabilità colposa, ma è sempre necessaria una ben precisa violazione cautelare, *accompagnata* – quale ulteriore filtro di tipicità – dalla rappresentabilità dell'evento⁶¹.

Affermare che un automobilista è “in colpa”, in quanto – *pur avendo condotto la propria autovettura in modo impeccabile* – non abbia previsto e fronteggiato l'imprudenza altrui, significa sostanzialmente obliterare il baluardo normativo della colpa (ossia la *violazione cautelare*), rimproverando in modo vago e indeterminato al soggetto agente il *non essere stato sufficientemente attento* nell'immaginare e fronteggiare anche le manovre più sconsiderate dei terzi⁶².

In tal modo, la responsabilità penale colposa si allontanerebbe ingiustamente dal paradigma del “diritto penale del fatto”⁶³, sovrapponendo al rimprovero giuridico una

⁵⁹ F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 90-91: «La prevedibilità non gioc[a] un ruolo *diretto* nel giudizio di colpa, ma in quanto vettore di formazione della regola cautelare [...]. Quando si trova a valutare se un evento avverso fosse prevedibile, [il penalista] deve rimanere fedele alla funzione pratica delle regole cautelari» (corsivi originali).

⁶⁰ M. GALLO, voce *Colpa penale* (*dir. vig.*), cit., 638 (corsivo nostro), nonché, in modo sempre chiarissimo, 640: «Se la rappresentabilità dei fatti dannosi comport[asse], quando il fatto sia evitabile, il carattere colposo della condotta, ne conseguirebbe che il campo delle lesioni addebitate perché riconoscibili (ed impedibili) sarebbe troppo basto per essere equo. Così, non si può certo dire che anche chi guidi a velocità moderata e con la massima prudenza un'automobile non abbia la possibilità di prevedere l'investimento di un passante che gli si cacci sotto le ruote. Ora, se alla colpa bastassero la rappresentabilità e la evitabilità del risultato [...], non si potrebbe negare la responsabilità colposa per l'incidente che, nei termini sopra descritti, avesse a verificarsi».

⁶¹ M. GALLO, voce *Colpa penale* (*dir. vig.*), cit., 637 ss.; D. CASTRONUOVO, voce *Colpa penale*, cit., 221; R. BARTOLI, voce *Fonti della colpa*, cit., 524 ss.; M. RONCO, *La colpa in particolare*, oggi in *Scritti patavini*, cit., tomo I, 374 ss.; F. GIUNTA *Culpa culpae*, cit., 11 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 89 ss.; D. MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e specifica*, cit., 130 ss.

⁶² Si tornerebbe, in questo modo, alle inaccettabili concezioni psicologiche della colpa ridotta a pura disattenzione o distrazione mentale (sul punto, fra tutti, A. LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, Leipzig, 1895, *passim*), oppure alle teorie ottocentesche più rudimentali secondo cui l'essenza colpa era la pura e generica prevedibilità dell'evento, senza alcun riguardo ai profili di oggettiva inottemperanza alla cautela. Sul punto, si rinvia alla trattazione “classica” in tema di *riconoscibilità*, in L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato. Struttura generale. La colpa*, Milano, 1954, 128 ss., nonché a M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, *passim*; G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Milano, 1930, 81 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 2 ss., 35 ss., 73 ss.; A. NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale. Sull'involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo novecento*, Torino, 2019, 71 ss.

⁶³ Cfr. F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 81: «La regola cautelare costituisce la componente più fattuale dell'universo della colpa, servente alla valutazione di disvalore e all'obiettivo di tutela perseguito dal legislatore. L'oggetto della trasgressione è infatti un programma di azione costruito su basi empiriche, che attribuisce ad un modello di condotta la capacità, sostenuta dalla combinazione di logica e leggi scientifiche o semplicemente verificata con elementari supporti esperienziali quotidiani, di prevenire

sorta di rimprovero morale – o meglio, *moralistico* – privo di base empirica, ricostruito peraltro a posteriori senza attenzione agli aspetti di concreta governabilità del rischio ed evitabilità dell’evento da parte dell’agente o quantomeno dell’*homo eiusdem condicionis et professionis*, sempre per il tramite dello snodo concettuale della regola cautelare violata. Infatti, «omettendo di precisare la cautela che in concreto si doveva tenere o il comportamento che andava evitato, sul piano sostanziale si sconfinerebbe nella responsabilità oggettiva; sul piano processuale, si eluderebbero le esigenze della contestazione»⁶⁴.

Da tale punto di vista, la sentenza qui annotata si presenta senza dubbio come esemplare e paradigmatica, nel tentativo di contrastare prassi applicative contrarie alla *ratio* e alla struttura del fatto penale colposo.

Peraltro, se la Corte di Cassazione interviene costantemente nel ribadire alcuni fondamentali pilastri della responsabilità per colpa, ciò sta a indicare che, quantomeno nella giurisprudenza di merito, continuano tutt’oggi a proliferare tendenze interpretative contrarie alla natura stessa del reato colposo e, più in apice, irrispettose dell’art. 27, co. 1, Cost.

Da ciò emerge la necessità che gli studiosi della materia mantengano sempre alto il proprio impegno nella corretta ricostruzione del fatto negligente, al fine di garantire pienamente il principio di personalità, nella duplice declinazione della responsabilità per *fatto proprio* e della responsabilità per fatto autenticamente *colpevole*.

4. Considerazioni di sintesi.

L’esame della sentenza annotata consente di trarre alcune brevi conclusioni di carattere generale:

i) in assenza di colpa specifica, possono residuare ulteriori profili di colpa generica, purché il giudice individui una condotta alternativa che, oltre ad essere capace di scongiurare l’evento, fosse ancor prima *conoscibile*, *doverosa* ed *esigibile* da parte del soggetto agente; tale condotta, va sempre ricostruita *ex ante* e in concreto, non potendosi identificare “a tavolino” e “col senno di poi” con un ipotetico comportamento alternativo in concreto non conoscibile o non exigibile al momento del fatto;

ii) i limiti fisiologici al principio di *affidamento* devono essere pur sempre coordinati con il principio generale di *auto-responsabilità* affiorante dall’art. 40, co. 2, c.p., evitando che tali limiti impongano a qualsiasi persona – al di fuori dei casi tipici di “posizione di garanzia” – l’obbligo di fronteggiare ogni comportamento imprudente posto in essere da ogni altro consociato, in assenza di un *Anlass* conosciuto o quantomeno riconoscibile;

eventi socialmente disvolti nel quadro di programmi sociali di sicurezza» (corsivi nostri); a pag. 87, l’Autore segnala molto opportunamente che «le regole cautelari *riempiono di contenuto* il generale dovere giuridico di diligenza, più o meno dettagliato tramite ulteriori elementi dalla singola norma incriminatrice» (corsivi nostri).

⁶⁴ M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, cit., 638.

iii) il primo pilastro della responsabilità penale colposa è pur sempre costituito da un'effettiva e concreta *violazione cautelare* da parte del soggetto agente; in assenza di (altre) inottemperanze di natura cautelare, non è tendenzialmente possibile ricostruire una responsabilità colposa *per il sol fatto* di non avere previsto e fronteggiato una imprudenza altrui, in quanto una tale ipotetica regola cautelare di ordine generale non trova base legale all'interno del nostro ordinamento giuridico, fondato sulla responsabilità personale e sul potere/dovere di ogni individuo di tutelare anzitutto i propri beni o interessi.

VULNERABILITÀ E TUTELA DEI “CORE RIGHTS”: GLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE IN MATERIA DI CRIMINALITÀ DI GENERE DERIVANTI DALLA CEDU

di Edoardo Licata

La Corte EDU ha individuato nell'imposizione di obblighi positivi in capo agli Stati contraenti uno strumento per il contrasto alla criminalità di genere. Dalle disposizioni contenute nella Convenzione derivano obblighi sostanziali e procedurali ben precisi, volti a garantire una tutela effettiva ai diritti in essa riconosciuti. In ossequio al principio di uguaglianza sostanziale, quando ad essere titolari dei diritti sono i soggetti più vulnerabili gli Stati contraenti sono obbligati a fornire un livello di protezione più elevato, adeguato ai loro bisogni e alle loro particolari condizioni. In questa prospettiva, il contributo mira ad analizzare la natura e l'estensione degli obblighi di protezione derivanti dalla Convenzione in materia di criminalità di genere, ciò vagliando la conformità delle soluzioni ermeneutiche con la normativa e le prassi giudiziarie interne.

SOMMARIO: 1. Gli obblighi di protezione delle vittime vulnerabili e la tutela del diritto alla vita. – 2. Gli obblighi di protezione delle vittime vulnerabili e la proibizione della tortura. – 3. Sulla prevedibilità dell'evento lesivo: “*the authorities knew or ought to have known*”. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Gli obblighi di protezione delle vittime vulnerabili e la tutela del diritto alla vita.

Gli artt. 2, 3 e 4 CEDU formano il novero dei *core rights*, diritti assoluti che non ammettono deroghe e che rappresentano le norme fondamentali della Convenzione. L'interpretazione di tali disposizioni viene operata “*to make its safeguards practical and effective*”¹ privilegiando il significato maggiormente conforme all'oggetto e allo scopo della Convenzione: la protezione dei diritti umani. Secondo l'art. 3 della Convenzione di Istanbul, approvata dal Consiglio d'Europa l'11 maggio 2011, la violenza nei confronti delle donne costituisce un'ipotesi di violazione dei diritti umani, ravvisabile in tutti gli atti di violenza fondati sul genere. La disposizione individua tre diverse tipologie di violenza²: (i) quella nei confronti delle donne, intesa come “*violation of human rights and*

¹ Cfr. Corte EDU, *Soering v. the United Kingdom*, 7 luglio 1989, n. 14038/88.

² Classificazione condivisa anche dalla giurisprudenza nazionale che, nella sentenza n. 10959/16 pronunciata a Sezioni Unite, interpreta come segue la disposizione: “*Sono così descritte tre diverse tipologie: violenza nei confronti delle donne, violenza domestica e violenza di genere, accomunate dalla completa parificazione tra violenza fisica e psicologica all'interno del più generale concetto di violenza, da cui, conseguentemente, discende una nozione di vittima riferita a qualsiasi persona fisica che subisce tali forme di violenza*”.

a form of discrimination”³; (ii) quella domestica, definita in un’ottica *gender neutral* che comprende “acts of physical, sexual, psychological or economic violence between members of the family or domestic unit”⁴ e, infine, (iii) quella di genere, relativa alla violenza “that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately”⁵. Al fine di contrastare il fenomeno così definito, l’art. 5 della Convenzione di Istanbul da un lato, impone agli Stati di astenersi da condotte violente nei confronti delle donne, dall’altro, fa gravare sugli stessi l’onere di adottare misure legislative e di altro tipo necessarie per prevenire, indagare, punire i responsabili e risarcire le vittime di atti di violenza commessi da privati. La disposizione si colloca in un processo di normativizzazione del quadro giurisprudenziale delineato dalla Corte EDU in materia di obblighi positivi che, in generale, si estrinsecano nel dovere di incriminazione di condotte lesive, in obblighi procedurali di accertamento dei fatti denunciati alle autorità, nell’obbligo di adottare adeguate misure di tutela, nell’obbligo di predisporre un efficace quadro normativo idoneo a prevenire condotte lesive e nel dovere di garantire l’esperibilità di azioni idonee a tutelare adeguatamente il soggetto leso⁶. In tale contesto, il diritto alla vita viene tutelato sia attraverso la previsione di obblighi negativi di astensione dal cagionare illegittimamente la morte, sia attraverso una serie di obblighi positivi di agire per proteggere la vita dei consociati. Il fondamento normativo di tale conclusione deriva dal combinato disposto della clausola generale di cui all’art. 1 CEDU, norma che impone l’osservanza dei diritti e delle libertà enunciate nella Convenzione, e dell’art. 2 rubricato “Diritto alla vita”. La disposizione di apertura della CEDU è evidentemente influenzata da un approccio di tipo giusnaturalistico, secondo cui l’uomo non godrebbe di tali diritti perché attribuitigli dalla legge ma in quanto preesistenti in natura e frutto di un mero riconoscimento legislativo la cui inviolabilità rappresenta un limite al potere statale di comprimerne l’esercizio. Come si è osservato, la tutela non si esaurisce però nell’imposizione di obblighi di carattere negativo in capo allo Stato, consistenti nell’astenersi dall’interferire nell’esercizio di tali diritti, ma si traduce altresì in obblighi positivi volti a prevenire e reprimere la compromissione che di tali diritti viene operata da individui terzi (c.d. efficacia orizzontale). L’intensità della tutela è maggiore quando ad essere titolari del diritto leso sono persone che versino in stato di vulnerabilità, tra cui rientrano le vittime di violenza domestica. In relazione al diritto alla vita tale clausola opera obbligando gli Stati contraenti “not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction”⁷.

Agli obblighi positivi di ordine sostanziale si affiancano gli obblighi procedurali. In relazione all’art. 2 CEDU, i primi concernono il piano legislativo e sono volti alla

³ Explanatory Report alla Convenzione di Istanbul §40.

⁴ *Ibidem* §41.

⁵ *Ibidem* §44.

⁶ La classificazione è stata proposta da V. STOYANOVA, *Due diligence versus positive obligations*, in J. NIEMI, L. Peroni, V. Stoyanova (a cura di), *International Law and Violence against Women: Europe and the Istanbul Convention*, Routledge Taylor & Francis Group, 2020, pag. 104.

⁷ Cfr. Corte EDU, *L.C.B. v. United Kingdom*, 9 giugno 1998, ricorso n. 23413/94.

prevenzione di violazioni del diritto alla vita sia sul piano generale, sia sul piano individuale, i secondi attengono invece al funzionamento del sistema giurisdizionale e riguardano la repressione in concreto dei fenomeni criminosi⁸. L'esigenza che dei soggetti potessero godere di una tutela specifica in quanto "*vulnerabili*" è stata avvertita per la prima volta dalla giurisprudenza della Corte EDU nel caso Chapman v. UK⁹. La ricorrente, una donna di etnia rom, lamentava la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU in quanto destinataria di un atto che la costringeva ad allontanarsi dal terreno su cui stazionava con il proprio caravan in assenza delle necessarie autorizzazioni. All'esito del giudizio di proporzionalità tra gli interessi della ricorrente e il potere discrezionale riconosciuto agli Stati in materia urbanistica, la Corte ha ritenuto prevalente quest'ultimo, addivenendo così ad un giudizio di rigetto. Nonostante ciò, emerge la sensibilità giuridica che ha guidato i giudici nell'attribuire rilevanza, seppur non decisiva, all'appartenenza della ricorrente ad un gruppo (in questo caso, la minoranza rom) vulnerabile (condizione derivante da circostanze sociali, politiche e istituzionali più ampie)¹⁰. Negli anni successivi a Chapman la Corte è ricorsa a degli indici per valutare la vulnerabilità di un gruppo cui il ricorrente ritiene di appartenere, assurgendo tale condizione sia a canone ermeneutico ai fini dell'imposizione di obblighi positivi più intensi a tutela dei diritti sanciti nella Convenzione, sia come elemento che incide sull'esercizio della discrezionalità riconosciuta agli Stati nell'operare il bilanciamento dei vari interessi in gioco¹¹. Segnatamente, in dottrina sono state rilevate tre caratteristiche che connotano la vulnerabilità di un gruppo: "*relational, particular, and harm-based*"¹². Il concetto di vulnerabilità di gruppo sviluppato dalla Corte attiene innanzitutto al profilo relazionale. Come già emerso da Chapman, la Corte individua la vulnerabilità non nel singolo individuo, ma piuttosto nelle sue circostanze sociali più ampie. La nozione di gruppi vulnerabili della Corte è quindi relazionale perché considera la vulnerabilità di certi gruppi come plasmata da forze sociali, storiche e istituzionali. In altre parole, la Corte collega la vulnerabilità del singolo richiedente all'ambiente sociale o istituzionale, che origina o sostiene la vulnerabilità del gruppo di cui fa parte. Il concetto della vulnerabilità come "*critical tool*" non è dunque applicabile al singolo in quanto tale ma è un parametro che tiene inevitabilmente conto dell'appartenenza dell'individuo ad un gruppo socialmente o istituzionalmente svantaggiato. La seconda caratteristica determina un inscindibile legame tra le circostanze del caso concreto e l'applicazione del concetto di gruppo vulnerabile. Non esiste secondo la Corte una categoria di persone universalmente definibile vulnerabile e pertanto meritevole di una tutela rafforzata, ciò che rileva è che alla luce di alcune caratteristiche scriminanti alcuni gruppi diventino più

⁸ M. MONTAGNA, [Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini](#), in *Archivio Penale*, n. 3/2019.

⁹ Cfr. Corte EDU, *Chapman v. United Kingdom*, 24 giugno 2008, ricorso n. 27970/02.

¹⁰ L. PERONI, A. TIMMER, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, No.4, 2013, pag. 1063.

¹¹ M. BUSCEMI, *La protezione delle vittime di violenza domestica davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Alcune osservazioni a margine del caso Talpis c. Italia*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2017, pag. 10.

¹² L. PERONI, A. TIMMER, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, op. cit., pag. 1064.

vulnerabili di altri¹³. Il terzo elemento attiene alla riconducibilità del danno subito dall'individuo alla sua appartenenza al gruppo vulnerabile. Il pregiudizio sofferto può derivare da una radice storica di stereotipi e stigmatizzazione che si estrinsecano in atti materiali discriminatori volti a ritenere gli appartenenti al gruppo vulnerabile come *"inferior, excluded, wholly other, or simply invisible—in other words, as less than full partners in social interaction"*¹⁴.

Al ricorrere dei requisiti indicati, la Corte riconosce l'operatività di obblighi positivi nei confronti dei membri di gruppi particolarmente vulnerabili in grado di garantire una *"protezione speciale"* delle loro *"specificità"* e dei loro *"bisogni"*¹⁵. Questo tipo di ragionamento riflette l'asimmetria che caratterizza l'uguaglianza sostanziale e ottempera al divieto di discriminazione sancito dall'art. 14 della Convenzione, obbligando gli Stati a fornire un livello di protezione più elevato, adeguato ai loro bisogni e alle loro particolari condizioni¹⁶. La vulnerabilità del gruppo in questione è sempre uno dei fattori di cui la Corte tiene conto nelle sue decisioni di stabilire obblighi positivi. A partire dal caso *Osman v. Regno Unito*, la Corte EDU ha ricavato dall'art. 2 l'obbligo di proteggere persone identificabili come potenziale bersaglio di aggressioni e uccisioni successive a episodi di violenza domestica. Segnatamente, gli obblighi di protezione comportano l'adozione di *"preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual"* ogniqualvolta le autorità *"knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party"*¹⁷.

Tale criterio ermeneutico, poi elaborato dalla giurisprudenza della Corte EDU, si estende fino a escludere che lo Stato possa invocare di versare in uno stato di ignoranza incolpevole rispetto alla morte di un consociato nel caso in cui alla denuncia di fatti di maltrattamenti in famiglia (considerato reato spia) non faccia seguito l'adozione delle seguenti misure¹⁸:

a) *immediata reazione delle autorità alle accuse di violenza domestica*¹⁹;

¹³ F. IPPOLITO, *Understanding Vulnerability In International Human Rights Law*, in M. Arcari, E. Milano, A. Tanzi (a cura di), *La ricerca del diritto nella comunità internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, secondo cui: *"In particular, the vulnerable groups approach under Article 14 ECHR draws on specific identity markers that relate to membership in distinct groups of persons, instead of vulnerability being conceptualised as the universal human condition where everyone is potentially vulnerable depending on context"*, pag. 120.

¹⁴ N. FRASER, *Rethinking Recognition*, *New Left Review*, May-June 2000, pag. 113.

¹⁵ In materia di tutela dei richiedenti protezione internazionale cfr. Corte EDU, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ricorso n. 30696/09; sulla tutela degli appartenenti a minoranze cfr. *Yordanova v. Bulgaria*, 24 Aprile 2012, ricorso n. 25446/06.

¹⁶ L. PERONI, A. TIMMER, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, op. cit., secondo cui: *"The Court's use of the term "vulnerable groups" is therefore not mere rhetorical flourish. The term does something: it addresses and redresses different aspects of inequality in a more substantive manner"*, pag. 1074.

¹⁷ Cfr. Corte EDU, *Osman c. Regno Unito*, 28 ottobre 1998.

¹⁸ Cfr. Corte EDU, *Grande Camera, Kurt c. Austria*, 15 giugno 2021, ricorso n. 62903/15, secondo cui l'obbligo sorge se il rischio di lesione al bene vita è *"real and immediate in order to trigger a State's positive obligation under Article 2 to take preventive operational measures for life protection"*.

¹⁹ Nel caso *Talpis c. Italia*, ricorso n. 41237/14, la Corte EDU ha ravvisato la violazione di quest'obbligo addivenendo, anche alla luce di ulteriori elementi, ad un giudizio di responsabilità nei confronti dello Stato:

b) valutazione circa l'esistenza di un rischio reale e immediato per la vita della vittima che tenga conto del particolare *contesto* in cui gli episodi di violenza domestica si sono verificati²⁰;

c) adozione di adeguate misure operative preventive quando tale valutazione evidenzi l'esistenza di un *rischio reale e immediato* per la vita altrui²¹.

I punti sub a) e sub b) attengono alla fase del *risk assessment* in cui le autorità sono chiamate a svolgere un'analisi del potenziale pericolo corso dal bene giuridico il più possibile oggettiva ed esaustiva, la terza invece concerne la fase di *risk management* che attiene alla capacità dello Stato di fronteggiare adeguatamente il rischio reale e immediato di violenza ai danni della ricorrente.

Ulteriore elemento necessario a fondare la responsabilità degli Stati contraenti è la sussistenza del nesso di causalità tra l'omissione e l'evento morte. Per ritenere integrato il rapporto di causalità tra la mancata adozione delle misure di protezione dovute e l'evento morte, la Corte ritiene sufficiente che l'omissione dello Stato abbia agevolato la realizzazione dell'evento, non dovendo assurgere a *condicio sine qua non* dello stesso. Il principio, consolidato nella giurisprudenza della Corte, è stato espresso nel caso *Opuz v Turchia* in cui è stato statuito che: “*While the Court cannot conclude with certainty that matters would have turned out differently and that the killing would not have occurred if the authorities had acted otherwise, it reiterates that a failure to take reasonable measures which could have had a real prospect of altering the outcome or mitigating the harm is sufficient to engage the responsibility of the State*”²². Ai fini dell'accertamento del nesso di causalità non sarà dunque necessario operare una valutazione *ex post*, sostituendo con un giudizio controfattuale l'azione doverosa con quella omessa per verificare se l'evento sarebbe comunque occorso ma sarà sufficiente verificare che, in astratto, l'azione doverosa avrebbe avuto una concreta prospettiva di evitare l'evento²³.

“La Corte ha peraltro constatato che si era in presenza di un trattamento discriminatorio di questo tipo quando era possibile stabilire che gli atti delle autorità non costituivano un semplice inadempimento o ritardo a trattare i fatti di violenza in questione, ma una tolleranza reiterata nei confronti di questi fatti e riflettevano un atteggiamento discriminatorio verso l'interessata in quanto donna” (§141), diversamente, in *Kurt c. Austria* la Corte ha ritenuto “*that the authorities reacted immediately to the applicant's reports of domestic violence*” (§191).

²⁰ Cfr. Corte Edu *Kurt c. Austria* cit. §164 secondo cui: “*The existence of a real and immediate risk to life (see paragraphs Error! Reference source not found.-Error! Reference source not found. above) must be assessed taking due account of the particular context of domestic violence*”.

²¹ *Ibidem*, §177: “*The Court reiterates that if the authorities have established that there is a real and immediate risk to the life of one or more identified individuals, their positive obligation to take operational measures is triggered*”.

²² Cfr. Corte EDU, *Opuz v. Turkey*, ricorso n. 33401/02. Nello stesso senso, cfr. Corte EDU, *Bljakaj e altri c. Croazia*, 18 settembre 2014, n. 74448/12.

²³ Il principio è stato espresso nel caso *Bljakaj e altri v. Croatia*, cit. §122: “*While the Court cannot conclude with certainty that matters would have turned out differently if the authorities had acted otherwise, it reiterates that the test under Article 2 does not require it to be shown that “but for” the failing or omission of the authorities the killing would not have occurred (see Opuz, cited above, §136 and, mutatis mutandis, E. and Others v. the United Kingdom, no. 33218/96, §99, 26 November 2002), as it could be inferred from the decisions of the domestic courts (see paragraphs 74-76 above). Rather, what is important, and sufficient to engage the responsibility of the State under that Article, is that reasonable measures the domestic authorities failed to take could have had a real prospect of altering the outcome or mitigating the harm (see Opuz, loc. cit. and, mutatis mutandis, E. and Others v. the United Kingdom, loc. cit.)*”.

2. Gli obblighi di protezione delle vittime vulnerabili e la proibizione della tortura.

L'art. 3 CEDU riconosce il diritto di non essere sottoposti a tortura o a pene o trattamenti inumani o degradanti, operando sia rispetto a condotte poste in essere dagli agenti degli Stati convenuti, sia nei rapporti interprivati. Al raggiungimento di una soglia minima di gravità anche episodi di maltrattamenti possono rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 3. La valutazione di tale minimo dipende dall'insieme di circostanze oggettive del fatto e dalle qualità soggettive della vittima. Tra le prime si annoverano in particolare la natura e il contesto del trattamento, la sua durata, i suoi effetti fisici e psichici. Le qualità soggettive attengono invece al sesso della vittima, all'età e al rapporto tra la vittima e l'autore del trattamento²⁴. La soglia minima di gravità si ritiene generalmente soddisfatta quando vengono arrecate lesioni al corpo o forti sofferenze fisiche o psicologiche alla vittima. Tuttavia, episodi di maltrattamenti possono essere ritenuti rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 3 anche in assenza delle condotte appena descritte quando il trattamento umilia o sminuisce un individuo, dando prova di mancanza di rispetto per la sua dignità umana o sminuendola, o suscitando nell'interessato sentimenti di paura, angoscia o inferiorità tali da annientare la sua resistenza morale e fisica²⁵. La Corte ritiene che la soglia di gravità prevista dall'art. 3 possa essere raggiunta anche con dei mezzi diversi dalle vie di fatto, rilevando il timore di nuove aggressioni se tale da indurre le vittime di violenza domestica a provare uno stato di sofferenza e angoscia²⁶. Pur non superando la soglia di gravità prevista dall'art. 3, la Corte ha di recente qualificato come episodi di violenza domestica e sussunto nell'alveo delle condotte lesive dell'art. 8 alcuni atti di *cyber bullismo* costituiti in numerosi accessi abusivi a sistemi informatici realizzati dall'ex marito della ricorrente volti a copiare conversazioni, foto e documenti riservati²⁷. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto lo Stato responsabile di non aver soddisfatto il particolare grado di diligenza richiesto per la trattazione delle denunce di violenza domestica, avendo omesso di indagare gli accessi abusivi come episodi di maltrattamenti nella definizione fornita dall'art. 3 della Convenzione di Istanbul²⁸. Pronunciandosi proprio sul grado di diligenza da osservare nel condurre indagini in relazione a denunce di maltrattamenti,

²⁴ F. CASSIBBA, A. COLELLA, *Art. 3 – Proibizione della tortura*, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e Giustizia Penale*, II ed., Giappichelli, 2022, pag. 79.

²⁵ Cfr. Corte EDU, *Bouyid c. Belgio*, 28 settembre 2015, ricorso n. 23380/09, (§§86-87).

²⁶ Cfr. Corte EDU, *Eremia c. Repubblica di Moldavia*, 28 maggio 2013, n. 3564/11, §54; *T.M. e C.M. c. Repubblica di Moldavia*, 28 gennaio 2014, n. 26608/11, §41.

²⁷ Cfr. Corte EDU, 11 febbraio 2020, *Buturugă v. Romania*, ricorso n. 56867/15: "Turning to the facts of the present case, the Court notes that the Government do not expressly dispute the applicability of Article 3 of the Convention (see paragraph 57 above). It notes that it is also undisputed by the Government that the applicant's right to respect for her private life and correspondence, as guaranteed by Article 8 of the Convention, is in issue" §63.

²⁸ *Ibidem*, §47 e §74 in cui viene sottolineato come il "cyberbullying is currently recognised as one aspect of violence against women and girls, and can take a variety of forms, including breaches of cyberprivacy, intrusion into the victim's computer and the capture, sharing and manipulation of data and images, including private data (see paragraphs 36, 40 and 42 above)".

la Corte si è soffermata sugli elementi da valorizzare per una corretta qualificazione del rischio e per la sua gestione, fornendo alle autorità statali un canone ermeneutico cui conformarsi per la decodifica del rischio e in forza del quale occorre valutare²⁹:

- (a) la storia dell'autore di comportamenti violenti ed il mancato rispetto di un ordine di protezione;
- (b) l'escalation di violenza, che rappresenta una minaccia continua per la salute e la sicurezza delle vittime;
- (c) le ripetute richieste di assistenza attraverso chiamate di emergenza, denunce formali e istanze indirizzate alle forze dell'ordine.

Nonostante nel caso in esame fossero presenti tutti gli indicatori, le autorità italiane hanno colpevolmente omesso di identificare il rischio corso dalla ricorrente, venendo di conseguenza meno al dovere di adottare misure preventive volte ad attenuare tale rischio. Ad avviso della Corte, le ragioni sono da ravvisare in una visione parcellizzata delle condotte denunciate³⁰ e in una sottovalutazione del rischio riconducibile alla sussunzione degli episodi di maltrattamenti in dinamiche conflittuali tipiche delle separazioni³¹. La prima delle due condotte appena descritte si pone in aperto contrasto con quanto previsto dalla cd. Convenzione di Istanbul che invece richiede una valutazione d'insieme dei fenomeni di criminalità di genere, valorizzando il contesto in cui si verificano³², mentre la seconda reitera lo stereotipo in forza del quale le donne per poter essere riconosciute come vittime di violenza domestica *"are (or Ought to be) Weak, Passive and Helpless"*³³. Nel caso in esame alcune denunce relative a episodi di maltrattamenti erano state archiviate alla luce della *«annosa conflittualità tra le parti»*, contravvenendo a quanto statuito della Corte EDU nella sentenza *Kalucza v Hungary* secondo cui le autorità *"had a positive obligation to protect the applicant from the violent behaviour of her former common-law husband exerted in her home, notwithstanding the fact that she had also been violent towards him"*. In ogni caso, tale principio è stato accolto dalla giurisprudenza consolidata della Suprema Corte italiana che esclude che l'operatività

²⁹ Cfr. Corte EDU, *De Giorgi c. Italia*, 16 giugno 2022, ricorso n. 23735/19 in cui la Corte rammenta che *"allo scopo di stabilire se le autorità avrebbero dovuto essere a conoscenza del rischio ripetuto di atti di violenza, essa ha individuato e preso in considerazione, in un certo numero di cause, gli elementi seguenti: i precedenti di comportamento violento dell'autore e il mancato rispetto dei termini di un'ordinanza di protezione (Eremia, sopra citata, §59), l'escalation della violenza che rappresenta una minaccia continua per la salute e la sicurezza delle vittime (Opuz, sopra citata, §§135-36, CEDU 2009), le richieste di aiuto ripetute della vittima per mezzo di appelli urgenti, nonché le denunce formali e le petizioni rivolte al capo della polizia (Bălşan c. Romania, n. 49645/09, §§135-36, 23 maggio 2017). Alcuni degli elementi sopra indicati erano presenti anche nelle circostanze della presente causa"* (§76).

³⁰ *Ibidem* (§85).

³¹ *Ibidem* (§77).

³² Explanatory report del *"Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence"* §43 *«the Convention calls for a gendered understanding of violence against women and domestic violence as a basis for all measures to protect and support victims. This means that these forms of violence need to be addressed in the context of the prevailing inequality between women and men, existing stereotypes, gender roles and discrimination against women in order to adequately respond to the complexity of the phenomenon»*.

³³ L. PERONI, A. TIMMER, *Gender stereotyping in domestic violence cases: An Analysis of the European Court of Human Rights' Jurisprudence*, in E. Brems, A. Timmer (a cura di), *Stereotypes and Human Rights Law*, Cambridge University Press, 22 dicembre 2017, pag. 49.

dell'art. 572 c.p. sia limitata alle sole ipotesi in cui la persona offesa si dimostri incapace di reagire, attribuendo rilevanza al fatto che la vittima diventi totalmente succube del soggetto maltrattante *“solo in senso dimostrativo dell'intensità e dell'effetto conseguente al reato, ma non può attribuirsi a tale condizione soggettiva il ruolo di elemento costitutivo del reato”*³⁴.

3. Sulla prevedibilità dell'evento lesivo: *“the authorities knew or ought to have known”*.

Quando la Corte è chiamata a valutare la responsabilità di uno Stato a seguito della violazione di un articolo della Convenzione il giudizio è a base parziale avendo ad oggetto solo ciò che *“was known to the competent authorities at the relevant time, and not with the benefit of hindsight”*³⁵ per non far gravare sullo stato *“an impossible or disproportionate burden”*³⁶. Escludendo dunque che possa esservi spazio per responsabilità oggettive, grava sul ricorrente l'onere di dover dimostrare un certo grado di rimproverabilità addebitabile allo Stato, segnatamente consistente nella mancata individuazione del pericolo o nella errata valutazione circa i mezzi di reazione allo stesso. Proprio nel caso Osman, la Corte ha ritenuto che il quadro indiziario a disposizione della polizia non fosse sufficientemente univoco, escludendo che dallo stesso le autorità avrebbero potuto desumere l'esistenza di un rischio reale ed immediato per la vittima. Ai fini della prevedibilità dell'evento lesivo del diritto assume particolare rilevanza il contesto in cui si verificano le violenze che l'hanno preceduta, il cui valore probatorio deve essere interpretato alla luce degli standard internazionali indicati dal GREVIO e dalla Convenzione di Istanbul. La Corte insiste nuovamente sul grado di diligenza che richiede il trattamento delle denunce per violenze domestiche e ritiene che, nell'ambito dei procedimenti interni, si debba tenere conto delle specificità dei fatti di violenza domestica, riconosciute nel preambolo della Convenzione Istanbul. Essa sottolinea in tal senso che la Convenzione di Istanbul impone agli Stati parti di adottare *«le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che le indagini e i procedimenti penali relativi a tutte le forme di violenza che rientrano nel campo di applicazione della (...) Convenzione siano avviati senza indugio ingiustificato, prendendo in considerazione i diritti della vittima in tutte le fasi del procedimento penale»*³⁷.

Nel caso Talpis, la Corte ha ritenuto responsabile l'Italia per aver omesso di considerare adeguatamente il clima vessatorio instaurato dal soggetto maltrattante nei confronti della vittima, bersaglio di reiterate aggressioni che le autorità non hanno adeguatamente fronteggiato e poi culminate con la morte del figlio e con il tentato

³⁴ Cass. pen., Sez. VI, Sent., 12/01/2023, n. 809. Nello stesso senso Sez. 6, n. 4015 del 04/03/1996: *“Per la configurabilità del reato non è richiesta una totale soggezione della vittima perchè la norma, nel reprimere l'abituale attentato alla dignità della persona, tutela la normale tollerabilità della convivenza”*.

³⁵ Cfr. Corte EDU, Kurt c. Austria, cit. §195.

³⁶ Cfr. Corte EDU, Kurt c. Austria, cit. §176.

³⁷ Cfr. Corte EDU, Talpis c. Italia, op. cit. §129.

omicidio della ricorrente. Nello specifico, la Corte ha ritenuto che le autorità avrebbero potuto e dovuto prevedere quale sarebbe stato il decorso degli eventi perché proprio la notte in cui si è verificato l'omicidio erano intervenute due volte a sedare i comportamenti molesti del soggetto maltrattante trovando *“la porta della camera da letto della ricorrente spaccata e il pavimento cosparso di bottiglie di alcool”*³⁸. Ad avviso della Corte, sulle autorità gravava l'onere di verificare i precedenti di polizia e i carichi pendenti dell'aggressore, circostanza che gli avrebbe permesso di rappresentarsi compiutamente la gravità del rischio corso dalla ricorrente e dal figlio essendo ancora in corso il procedimento a suo carico per le lesioni personali aggravate sulla persona della ricorrente³⁹. Diversamente da quanto verificatosi nel caso Osman, la Corte in questa circostanza non ha ritenuto che gli elementi a discarico avessero contribuito a rendere il compendio probatorio contraddittorio al punto da non rendere prevedibile la presenza di un rischio reale ed immediato per la vittima. Le autorità italiane non avrebbero dovuto attribuire rilevanza alle ritrattazioni della vittima o alla remissione di querela né valorizzare la circostanza che quest'ultima, dopo aver richiesto l'intervento delle forze dell'ordine la notte in cui si sarebbero verificati i fatti, aveva giustificato la chiamata perché *“il marito aveva bevuto e lei aveva deciso di chiamarli perché riteneva che quest'ultimo avesse bisogno di un medico”* aggiungendo che *“aveva presentato denuncia contro il marito in passato, ma poi aveva cambiato le accuse”*. Allo stesso modo, la Corte ha ritenuto che non contribuissero a rendere contraddittorio il quadro indiziario né le dichiarazioni del figlio secondo cui *“il padre non era violento nei suoi confronti”* né la circostanza secondo cui *“né la ricorrente né suo figlio presentavano segni di violenze”*⁴⁰. La valutazione dei fatti operata dalla Corte è conforme al disposto degli artt. 18 e ss. della Convenzione di Istanbul che, richiamando il concetto di *“persone vulnerabili”*, impedisce di interpretare la ritrattazione della persona offesa come elemento da cui desumerne l'assenza di credibilità o la

³⁸ *Ibidem* §119.

³⁹ *Ibidem*, sulla rilevanza dei procedimenti pendenti §120: *“La Corte osserva che in nessuna delle due occasioni suddette le autorità hanno adottato disposizioni particolari al fine di fornire alla ricorrente una protezione adeguata rispetto alla gravità della situazione, sebbene le violenze esercitate da A.T. nei confronti della moglie fossero note alla forze dell'ordine, essendo ancora pendente, in tale data, un procedimento per lesioni personali aggravate sulla persona della ricorrente”*. Sulla rilevanza del contesto in cui si erano consumati gli episodi di maltrattamenti §122 *“Secondo la Corte, il rischio di una minaccia reale e immediata (paragrafo 99 supra) deve essere valutato tenendo debitamente conto del contesto particolare delle violenze domestiche. Si tratta in tali situazioni non soltanto di un obbligo di assicurare una protezione generale della società (Mastromatteo c. Italia [GC], n. 37703/97, §69, CEDU 2002 VIII; Maiorano e altri c. Italia, n. 28634/06, §111 15 dicembre 2009; e Choreftakis e Choreftaki c. Grecia, n. 46846/08, §50, 17 gennaio 2012; Bljakaj, sopra citata §121) ma soprattutto di tenere conto del fatto che degli episodi di violenza si ripetono nel tempo all'interno del nucleo familiare. In questo contesto, la Corte ribadisce che le forze dell'ordine sono dovute intervenire due volte la notte del 25 novembre 2013: dapprima hanno constatato che l'appartamento era stato devastato e successivamente hanno fermato A.T., che si trovava in stato di ubriachezza, e redatto un verbale nei suoi confronti. Tenendo conto anche che le forze dell'ordine avevano la possibilità di verificare in tempo reale i precedenti di A.T., la Corte considera che le stesse avrebbero dovuto sapere che il marito della ricorrente rappresentava per quest'ultima una minaccia reale, per la quale non si poteva escludere una realizzazione imminente. Essa conclude pertanto che le autorità competenti non hanno adottato, nell'ambito delle loro attribuzioni, le misure che, da un punto di vista ragionevole, avrebbero senza dubbio attenuato, se non addirittura impedito, il concretizzarsi di un rischio reale per la vita della ricorrente e di suo figlio”*.

⁴⁰ *Ibidem*, §119.

manca di *animus puniendi*. L'accertamento puntuale del contesto complessivo, economico e familiare in cui la ritrattazione si è manifestata e dei motivi che l'avevano determinata avrebbe costituito, alla fine, ragionevole indice della persistente gravità delle accuse originarie e una loro conferma. Ulteriore elemento che indebolisce la valenza probatoria delle ritrattazioni è la ciclicità che caratterizza la fattispecie, in cui a periodi connotati da episodi di violenza possono alternarsi momenti di pacifica convivenza capaci di *"confondere"* la persona offesa. Tale conclusione trova conforto nel regime di procedibilità del reato di maltrattamenti che, per precisa scelta di politica criminale del legislatore, non è rimessa alla disponibilità della persona offesa sia per la particolare condizione di vulnerabilità in cui versa, sia per evitare che possa diventare bersaglio di pressioni, minacce o ritorsioni. Sul punto, il D.L.vo 10 ottobre 2022, n.150 c.d. *"Riforma Cartabia"* sembra contravvenire al rapporto prodotto dal GREVIO che commentando le novità introdotte dalla l. 19 luglio 2019 n. 69 (c.d. Codice Rosso) segnalava la necessità di *"modificare la legislazione per conformarla alle norme riguardanti la procedibilità d'ufficio previsto dall'art. 55 c.1 della convenzione, con particolare riferimento ai reati di violenza fisica e sessuale"*. Salve le ulteriori ipotesi richiamate dal primo capoverso, il novellato art. 582 c.p. prevede che si proceda d'ufficio nei casi in cui dalle lesioni sia derivata una malattia o un'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni. Tra le eccezioni per cui è prevista la procedibilità d'ufficio anche laddove le lesioni siano giudicate guaribili in meno di quaranta giorni figurano le ipotesi di cui all'art. 576 n.5 c.p. (*i.e.* lesioni realizzate in occasione della commissione di taluno dei delitti previsti dagli articoli 572, 583 quinquies, 600 bis, 600 ter, 609 bis, 609 quater e 609 octies c.p.) e 576 n. 5.1 c.p. (*i.e.* lesioni commesse dall'autore del delitto previsto dall'articolo 612 bis nei confronti della stessa persona offesa). Rientrano però nel novero dei fatti perseguibili a querela tutte quelle lesioni che non si realizzino all'interno di un quadro di violenze fisiche o psichiche più ampio e sussumibili in una fattispecie connotata da abitudine, circostanza non desueta nella prassi.

4. Osservazioni conclusive.

A valle della rassegna che si è svolta, pare emergere una progressiva estensione degli obblighi di protezione imposti dalla Corte EDU in grado di esprimere una proiezione finalistica in chiave di tutela dei c.d. *core rights*. Il potere discrezionale di cui godono gli Stati contraenti nell'attuare i diritti *de quo* risulta limitato dall'elevato grado di specificità con cui la Corte impone alle autorità statali di intervenire al verificarsi di fatti di criminalità di genere. L'esegesi della CEDU risulta condizionata dal ricorso alla Convenzione di Istanbul soprattutto nella parte in cui impone di adottare una interpretazione estensiva del concetto di violenza di genere e di valorizzare gli episodi di violenza fisica o psichica alla luce del contesto socioeconomico in cui si realizzano.

Il giudizio della Corte non è limitato al *quomodo* delle misure adottate dagli Stati contraenti ma si estende fino ad attribuire rilevanza dirimente ai fini della valutazione della violazione alla tempestività dell'intervento. In conclusione, ai fini

dell'adempimento degli obblighi di tutela delle vittime vulnerabili, appare cruciale l'adozione di efficaci procedure di valutazione e gestione del rischio da parte della polizia giudiziaria e dei giudici chiamati dapprima a valutare i fattori di rischio nell'immediatezza dei fatti e, successivamente, ad adottare le misure adeguate a fronteggiare il rischio rilevato.

LA SILENZIOSA ESPANSIONE DELLA CONFISCA PER EQUIVALENTE SENZA CONDANNA: LE SEZIONI UNITE NON CONSIDERANO LA PRESUNZIONE D'INNOCENZA IN RELAZIONE ALL'ART. 578 BIS C.P.P.

di Samuel Bolis

Il presente contributo intende analizzare l'istituto dell'art. 578 bis c.p.p. in tema di decisione sulla confisca in caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione nella formulazione assunta dopo la riforma del 2019 che ne ha esteso la portata contemplando oggi – mediante l'introduzione di un rinvio espresso all'art. 322 ter c.p. – anche la modalità per equivalente o di valore. Ripercorrendo gli arresti delle Sezioni unite nei casi Milanesi (2019), Perroni (2020), Consentino (2021) ed Esposito (2023), l'Autore rileva come la Suprema Corte abbia formulato una lettura della norma solo parzialmente orientata alla Convenzione EDU della quale rispetta il fascio di tutele convenzionali delineate dall'art. 7, in tema di irretroattività della norma penale sfavorevole, ma non anche di quelle inscritte nell'art. 6, in tema di presunzione di innocenza. La giurisprudenza interna pare quindi porsi in contrasto con lo statuto garantistico tracciato dalla Corte di Strasburgo che, pur ammettendo una confisca sanzionatoria disposta in assenza di una decisione formale di condanna, richiede, tuttavia, un accertamento sostanziale di condanna che consenta anche agli eventuali terzi in buona fede di prendere parte attiva nel procedimento penale. Il lavoro si chiude con la formulazione di alcune riflessioni critiche in ordine al regime impugnatorio di tali decisioni nell'ordinamento dopo la riforma Cartabia ed in ordine al loro mutuo riconoscimento in ambito europeo.

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale. – 2. Il quesito rimesso alle Sezioni Unite in ordine al contrasto giurisprudenziale inerente all'applicazione retroattiva della confisca per equivalente disposta in assenza di condanna ai sensi dell'art. 578 bis c.p.p. – 2.1. L'orientamento giurisprudenziale maggioritario propende per l'applicabilità della confisca senza condanna... – 2.2. ...e quello minoritario per la sua non applicabilità. – 2.3. La soluzione delle Sezioni Unite al quesito: lo statuto garantistico convenzionale riconosciuto solo in ordine alla non retroattività della confisca di valore in assenza di condanna. – 3. Amnesie e dimenticanze sulla reale estensione dello Statuto garantistico convenzionalmente riconosciuto alla confisca senza condanna: che fine ha fatto la presunzione di innocenza? – 3.1. Il principio di legalità in materia penale: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. – 3.2. Il principio della presunzione di innocenza: *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*. – 4. La silenziosa espansione dell'applicazione della confisca per equivalente senza condanna: il conto alla rovescia è già cominciato. – 4.1. Osservazioni critiche alla lettura "parzialmente" orientata alla CEDU: le conseguenze della sentenza nella dimensione interna dopo la riforma Cartabia... – 4.2. ...e nella dimensione UE dopo il Regolamento 2018/1805/UE sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca. – 5. Conclusioni: come disinnescare il conto alla rovescia?

1. La vicenda processuale.

La Corte di cassazione si è ancora una volta riunita nel suo più autorevole consesso¹ per discutere dell'istituto della decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione. La vicenda processuale riguarda, nello specifico, la condotta di un imprenditore il quale aveva fatto ricorso, nelle dichiarazioni reddituali riferite agli anni di imposta 2010 e 2011, a fatture per operazioni inesistenti per l'abbattimento della base imponibile ai fini del pagamento delle imposte²; nel marzo 2021 la Corte di appello di Torino aveva confermato la condanna comminata in primo grado, consistente nella pena di anni uno e mesi otto di reclusione con la contestuale confisca di beni nella sua disponibilità sino alla concorrenza di € 174.467,12.

Avverso a tale sentenza, viene effettuato ricorso alla Suprema Corte eccependo, tra l'altro³, il fatto che i reati tributari contestati fossero stati travolti dalla prescrizione⁴ maturata addirittura circa due anni prima dell'emissione del decreto di citazione a giudizio per l'appello: in forza di tale osservazione sarebbe illegittima l'applicazione della confisca per equivalente per effetto della pronuncia di una sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione dei reati.

A questo proposito, la Corte ha però osservato che la soluzione del quesito posto con questa censura dipende dal perimetro temporale di applicazione attribuibile all'art. 578 *bis* c.p.p. ovvero se quest'ultimo sia applicabile anche alle confische ordinate per reati commessi anteriormente alla sua entrata in vigore.

¹ Dopo le precedenti pronunce espresse dalle Sezioni unite con: sent. 20 gennaio 2020 – 30 aprile 2020, n. 13539, ric. *Perroni*, in tema di confisca conseguente a lottizzazione abusiva; sent. 25 ottobre 2018 – 7 febbraio 2019, n. 6141, ric. *Milanesi*, in tema di condanna al risarcimento del danno nei confronti della parte civile.

² Viene dunque contestato il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante l'uso di fatture o documenti per operazioni inesistenti, previsto e punito dall'art. 2 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74. Tale condotta non prevede alcuna soglia di rilevanza penale e pertanto si implementa con la mera indicazione – avvalendosi per l'appunto di fatture o di altri documenti per operazioni inesistenti nella redazione di una delle dichiarazioni relative alle imposte dirette od indirette – di fittizi elementi passivi di reddito. Per un approfondimento si rinvia sempre a A. LANZI – P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, Padova, 2020, pp. 344 ss.

³ Il ricorso prevede ulteriori tre argomenti di impugnazione inerenti al mancato riconoscimento: i) dell'errore di fatto indotto dalla altrui condotta, atteso che la norma incriminatrice richiede il dolo specifico; ii) delle circostanze attenuanti generiche; iii) dell'illegittima perimetrazione della confisca di valore, atteso che essa sarebbe potuta essere disposta soltanto per il prezzo, ma non anche per il profitto del reato (sul rilievo che l'ablazione del profitto sarebbe stata prevista sulla base delle modifiche apportate all'art. 322 *ter* c.p. dalla l. 6 novembre 2012, n. 190 *ratione temporis* non vigente al momento della commissione dei fatti). Poiché tali motivazioni eccedono l'oggetto della presente dissertazione, non verranno prese in esame.

⁴ I reati contestati, infatti, erano stati commessi in epoca precedente all'entrata in vigore della l. 14 settembre 2011, n. 148, che ha convertito con modificazioni il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, introducendo una modifica all'art. 17 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, che ha elevato di un terzo i termini di prescrizione per i delitti previsti dagli articoli da 2 a 10 del medesimo testo di legge. Dovendosi pertanto applicare al caso di specie la disciplina generale prevista dall'art. 157 c.p., in vigore prima della modifica legislativa, i termini di prescrizione per tutti i reati contestati risultavano ampiamente maturati prima della pronuncia della sentenza della Corte d'appello.

2. Il quesito rimesso alle Sezioni Unite in ordine al contrasto giurisprudenziale inerente all'applicazione retroattiva della confisca per equivalente disposta in assenza di condanna ai sensi dell'art. 578 bis c.p.p.

La riforma che nel 2019 ha novellato l'art. 578 bis c.p.p. ha comportato rilevanti problemi interpretativi dovuti al fatto che essa ha notevolmente ampliato il perimetro di applicazione di detto istituto: originariamente riferito solamente alla confisca prevista dal primo comma dell'art. 240 bis c.p. e da altre disposizioni di legge, l'art. 578 bis c.p.p. si estende ora anche alla confisca prevista dall'art. 322 ter c.p. Il dubbio nasce proprio da qua, dato che in quest'ultimo articolo si rinviene sia una forma di confisca del prezzo e del profitto del reato da attuare sia nella forma diretta (riportata nel primo comma), sia nella forma per equivalente (riportata nel secondo comma)⁵.

Poiché su questo tema la posizione della Suprema Corte non è stata uniforme, la Terza Sezione ha ritenuto opportuno rimettere alle Sezioni unite una questione⁶ relativa alla corretta applicazione temporale dell'istituto, in ragione dei diversi orientamenti maturati in seno alla Corte circa la natura della confisca per equivalente.

Per una migliore comprensione del problema in esame è forse opportuno ripercorrere succintamente l'evoluzione dei testi normativi oggetto in narrazione.

In primo luogo, nel 2018 venne introdotto nel codice di rito l'art. 578 bis c.p.p.⁷ – norma processuale che regola l'applicazione della confisca in caso di amnistia e di prescrizione – inizialmente applicabile alle sole ipotesi particolari di cui al primo comma dell'art. 240 bis c.p., e poi esteso, nel 2019, anche alla confisca prevista dall'art. 322 ter c.p.

In secondo luogo, la confisca obbligatoria del profitto e del prezzo dei reati tributari – introdotta dalla legge finanziaria per l'anno 2008 e successivamente trasfusa nell'art. 12 bis del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74⁸ – era già stata oggetto di una pronuncia

⁵ Per un approfondimento si veda T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della ricchezza illecita*, Torino, 2020, ed in particolare p. 113 ove l'Autore riporta che "con la legge 9 gennaio 2019, n. 3, il legislatore ha esteso a tutte le ipotesi di confisca previste dall'art. 322 ter c.p. (e, dunque, anche all'ipotesi di confisca per equivalente contemplata da questa disposizione) la possibilità di applicare la regola contenuta nell'art. 578 bis c.p.p. che consente al giudice dell'impugnazione di ordinare la misura ablatoria anche con una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione o per amnistia".

⁶ Ad opera di Corte cass. Sez. III, ord. 16 marzo 2022 – 20 aprile 2022, n. 15229, ric. Esposito, per un cui commento di rinvia a T. TRINCHERA, [Rimessa alle Sezioni unite una questione relativa alla definizione dell'ambito di applicazione temporale dell'art. 578 bis c.p.p. Un'occasione per ripensare alla natura giuridica della confisca per equivalente?](#), in questa Rivista, 1° agosto 2022. La questione sottomessa alla Corte aveva il seguente tenore letterale "se la disposizione dell'art. 578 bis c.p.p. sia applicabile, in ipotesi di confisca per equivalente, ai fatti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore o, per i reati rientranti nella previsione dell'art. 322 ter c.p., anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 1, co. 4, lett. f), l. 9 gennaio 2019, n. 3, che ha inserito nell'art. 578 bis le parole «o la confisca prevista dall'art. 322 ter c.p.»".

⁷ Inizialmente introdotto dall'art. 6 co. 4 del d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, l'art. 578 bis c.p.p. si trova nella versione vigente per effetto della riforma recata dall'art. 1, co. 4, lettera f), l. 9 gennaio 2019, n. 3; sull'evoluzione dottrinale che ha portato all'introduzione di tale norma si veda, per tutti, M. PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1672 ss.

⁸ La legge finanziaria per l'anno 2008 aveva previsto – con l'art. 1, co. 143, l. 24 dicembre 2007, n. 244 – che nei casi di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 8, 10 bis, 10 ter, 10 quater e 11 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, si osservano,

della Corte costituzionale che ne aveva rilevato la natura sostanzialmente penale e dunque l'impossibilità di una sua applicazione retroattiva in ossequio del principio del *favor rei*⁹.

A fattor comune, la Sezione rimettente ha rilevato un ulteriore profilo problematico interrogandosi sul fatto se la disposizione di cui all'art. 578 *bis* c.p.p. – per quanto topograficamente inserita nel codice di rito e nella parte relativa alla sua applicazione alle confische di valore – sia o meno da comprendere nella *matière pénale*, agli effetti dell'art. 25, co. 2 della Carta costituzionale e dell'art. 7 della CEDU.

Infatti, se tale norma viene fatta rientrare nell'istituto generale della prescrizione, la risposta è indubbiamente affermativa: la “regola Taricco”¹⁰ ha chiarito una volta per tutte che qualora dai precetti normativi incidenti in materia di prescrizione, ancorché istitutivi di fattispecie di rilievo processuale, conseguono significativi effetti di natura sostanziale, essi ricadono comunque nell'area di applicazione del principio di legalità costituzionale e convenzionale da cui discende il divieto di applicazione retroattiva della legge penale sfavorevole.

Diversamente opinando (ma pur sempre in sintonia con la giurisprudenza della Corte EDU¹¹), la risposta è invece negativa: una disciplina relativa al prolungamento nel tempo della possibilità per il giudice di confermare “le sole statuizioni che dispongono la confisca” per equivalente già adottate prima del maturarsi di una causa estintiva del reato potrebbe essere giudicata come una norma di procedura esterna all'istituto della prescrizione e come tale sottoposta al principio *tempus regit actum*.

in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'articolo 322 *ter* c.p., rendendo pertanto possibile l'applicazione della confisca per equivalente disciplinata in quest'ultimo articolo. Tale previsione è stata successivamente inserita nel testo del d.lgs. 74/2000 ad opera dell'art. 10 del d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158.

⁹ Sul tema si veda L. DELLA RAGIONE, [La confisca per equivalente nel diritto penale tributario](#), in *Dir. pen. cont.*, 13 novembre 2010 nonché, più recentemente, F. COLAIANNI – M. MONZA, *Le confische nel diritto penale tributario: una pluralità di istituti ablatori a confronto*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 11/2018, pp. 125 ss.

¹⁰ Il dialogo è stato intessuto tra la Corte di Giustizia UE (sent. 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco nonché sent. 5 dicembre 2017, C-42/17, M.A. S. e M.B.) e la Corte costituzionale italiana (ord. 23 novembre 2016 – 25 gennaio 2018, n. 24, sent. 10 aprile 2018 – 31 maggio 2018, n. 115 del 2018 e Corte cost., ord. n. 24 del 2017, da ultimo Corte cost.; di “Regola Taricco” si legge, invece, in Corte cost., sent. 25 maggio 2021 – 7 luglio 2021, n. 140, ed in particolare il § 13.). Sulla Saga Taricco si veda, tra tutte, l'opera collettanea A. BERNARDI – C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, Napoli, 2017.

¹¹ Corte EDU, Sez. II, sent. 22 giugno 2000, ric. riuniti 32492/96-32547/96-32548/96-33209/96-33210/96 (*Coéme e altri c. Belgio*), §§ 148-151.

2.1. L'orientamento giurisprudenziale maggioritario propende per l'applicabilità della confisca senza condanna...

Un primo orientamento¹² della Corte di cassazione ritiene, rifacendosi anche ai precedenti della Corte EDU¹³, che la confisca per equivalente abbia una natura solo parzialmente sanzionatoria: poiché essa assolve ad una funzione ripristinatoria diretta al riallineamento degli squilibri patrimoniali generati da comportamenti illeciti, non vi può essere né la sua completa attrazione nell'area della sanzione in senso stretto, né l'applicazione nei suoi confronti dello statuto garantistico della *matière pénale*. Ciò in quanto si tratterebbe, seguendo il pensiero di questo orientamento, di una misura: i) *rigida* poiché il *quantum* da confiscare non è sottoposto a valutazioni discrezionali, ma dipende solo dall'accertamento del profitto e del prezzo del reato; ii) *obbligatoria* e non gestibile attraverso l'accordo delle parti (che ove vi sia, può anche essere disatteso); iii) *non parametrata alla colpevolezza* del soggetto che la patisce dato che in caso di concorso può colpire beni nella disponibilità di un solo concorrente a prescindere dal profitto dallo stesso concretamente ed individualmente lucrato.

Di conseguenza, l'art. 578 *bis* c.p.p. consente – stante la sua natura processuale con conseguente applicazione del principio del *tempus regit actum* – la confisca per equivalente anche in caso di sentenza dichiarativa della prescrizione di un reato commesso anteriormente alla sua entrata in vigore. È tuttavia necessario che la declaratoria di estinzione si accompagni ad un compiuto accertamento sostanziale del fatto-reato commesso e della responsabilità dell'attore, secondo l'orientamento già delineato in precedenza nel filone giurisprudenziale *Lucci*¹⁴ che impone il pieno accertamento della responsabilità personale di chi è soggetto alla misura ablativa in applicazione dello standard probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio¹⁵.

Se, come appena detto, la confisca per equivalente del prezzo o del profitto del reato si prefigge la finalità di neutralizzare i patrimoni illecitamente accumulati anche in

¹² In ultimo, si vedano Corte cass: Sez. II, sent. 2 aprile 2021 – 18 maggio 2021, ric. *Consentino*, Rv. 281421-01/02; Sez. VI, sent. 9 gennaio 2020 – 7 maggio 2020, n. 14041, ric. *Malvaso*, Rv. 279262-01; Sez. III, sent. 29 novembre 2019 – 4 marzo 2020, n. 8785 ric. *Palmieri*, Rv. 278256-01.

¹³ Tale linea giurisprudenziale si richiama, in particolare, al noto precedente in tema di confisca edilizia reso dalla Corte EDU, *Grande Camera*, sent. 28 giugno 2018, ricorsi riuniti 1828/06-34163/07-19029/11 (*G.I.E.M. Srl e altri c. Italia*); per un commento si veda A. GALLUCCIO, [Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 7/2018, p. 221 ss. nonché M.M. SCOLETTA, *Lo statuto normativo della confisca edilizia nel prisma delle garanzie convenzionali*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 1, pp. 47 ss.

¹⁴ Cfr. Corte cass., Sez. unite, sent. 26 giugno 2015 – 21 luglio 2015, n. 31617, ric. *Lucci*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1384 ss., con nota di F. LUMINO, *La confisca del prezzo o del profitto nel caso di intervenuta prescrizione*.

¹⁵ Non è sufficiente “un mero accertamento incidentale della responsabilità, dal momento che ciò si tradurrebbe in una non consentita trasformazione della confisca in una tipica *actio in rem* (...) l'accertamento della responsabilità deve dunque confluire in una pronuncia che, non solo sostanzialmente, ma anche formalmente, la dichiara, con la conseguenza che l'esistenza del reato, la circostanza che l'autore dello stesso abbia percepito una somma e che questa abbia rappresentato il prezzo del reato steso, devono aver formato oggetto di una condanna, i cui termini essenziali non abbiano, nel corso del giudizio, subito mutazioni quanto alla sussistenza di un accertamento “al di là di ogni ragionevole dubbio”; così in *Lucci*, cit., § 10 in diritto, p. 31.

caso di estinzione del reato, allora in essa «convergono evidenti finalità ripristinatorie, di semplificazione probatoria ed esecutiva, che le differenziano sostanzialmente da una pura e semplice pena patrimoniale (...) [in essa] è applicabile il principio di solidarietà passiva, proprio delle misure riparatorie, che limita la misura ablatoria alla quota di prezzo o profitto conseguito effettivamente e personalmente da ciascuno degli imputati»¹⁶.

In estrema sintesi, dunque, secondo questa impostazione, l'art 578 bis c.p.p. si limita a stabilire che la confisca di valore può essere applicata nel giudizio di impugnazione anche quando sopravvenga l'estinzione del reato per prescrizione, ma sia confermato l'accertamento di responsabilità. Non si tratta, dunque, della introduzione di un nuovo caso di confisca, ma solo della definizione dei limiti temporali entro i quali la stessa può essere applicata in presenza di un accertamento di responsabilità sostanziale.

2.2. ...e quello minoritario per la sua non applicabilità.

Un secondo orientamento¹⁷, ritiene, anch'esso rifacendosi alla giurisprudenza di Strasburgo¹⁸, che la confisca per equivalente ha natura afflittiva; in forza di tale assunto, la norma processuale di cui all'art. 578 bis c.p.p. è applicabile anche alla confisca tributaria ma solo limitatamente alle condotte commesse successivamente alla sua entrata in vigore.

La natura sanzionatoria costituisce, inoltre, un dato incontrovertibile che caratterizza la confisca di valore e che in passato è già rilevato, proprio in ambito tributario, dallo stesso Giudice delle Leggi¹⁹; la confisca per equivalente può infatti attingere anche beni acquistati anteriormente o successivamente alla commissione del reato, ossia beni privi di connotati di pericolosità e di legami di pertinenzialità con l'illecito, per cui – anche a voler riconoscere alla confisca di valore una natura solo 'parzialmente' sanzionatoria, come avviene nell'orientamento maggioritario – resta ferma la sua natura afflittiva, in quanto l'oggetto dell'ablazione è rappresentato da una porzione di patrimonio che, in sé, non presenta alcun elemento di collegamento con il reato, con la conseguenza che, in relazione a tale forma di ablazione, si pone la necessità di garantire al destinatario una ragionevole prevedibilità²⁰ delle conseguenze cui si esporrà trasgredendo il precetto penale.

¹⁶ Così in *Malvaso*, cit.

¹⁷ In ultimo, si vedano Corte cass.: *Sez. III*, sent. 2 febbraio 2022 – 22 aprile 2022 n. 15655, ric. *Marasco*, Rv. 283275 – 01; *Sez. III*, sent. 21 gennaio 2022 – 4 marzo 2022, n. 7882, ric. *Viscovo*; *Sez. III*, sent. 18 marzo 2021 – 26 maggio 2021, ric. *Rotondi*, Rv. 281342-01; *Sez. III*, n. 39157, sent. 7 settembre 2021 – 29 ottobre 2021, n. 39157, ric. *Sacрати*, Rv. 282374-01.

¹⁸ In particolare, a Corte EDU, Grande Camera, sent. 21 ottobre 2013, ric. n. 42750/09 (*Del Rio Prada c. Spagna*) ed a Corte EDU, Grande Camera, sent. 17 settembre 2009, ric. n. 126/05 (*Scoppola c. Italia*).

¹⁹ Il riferimento è a Corte cost., ord. 1° aprile 2009, n. 97, per un cui commento si veda, tra tutti, A.M. MAUGERI, *La confisca per equivalente - ex art. 322 ter - tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, num. 2, pp. 791ss.

²⁰ Sul punto, si veda la sent. *Viscovo*, cit., § 20 in motivazione.

Pertanto, la confisca di valore, per la sua natura sanzionatoria, non può produrre effetti in relazione a «fatti anteriori al momento in cui è entrata in vigore la norma che ne rende possibile il mantenimento anche nei casi in cui, in precedenza, ciò non era possibile», con la conseguenza che «solo per i reati commessi successivamente all'entrata in vigore dell'art. 578 bis c.p.p. è possibile il mantenimento della confisca per equivalente»²¹.

2.3. *La soluzione delle Sezioni Unite al quesito: lo statuto garantistico convenzionale riconosciuto solo in ordine alla non retroattività della confisca di valore in assenza di condanna.*

Il Supremo consesso, dopo aver rilevato l'intervenuta prescrizione prima della pronuncia della condanna in secondo grado²², ha risolto la questione propendendo per l'indirizzo minoritario, rilevando che la disposizione di cui all'art. 578 bis c.p.p., quando si rivolge alla confisca per equivalente e alle forme di confisca che presentino comunque una componente sanzionatoria, ha una natura non solo processuale ma anche sostanziale ed è, pertanto, inapplicabile in relazione ai fatti posti in essere anteriormente alla sua entrata in vigore.

La confisca per equivalente indica, senza ormai dubbio alcuno, una particolare misura di carattere ablativo che il legislatore appronta per il caso in cui, dopo una condanna penale, non sia più possibile eseguire la confisca diretta dei beni che abbiano un rapporto di pertinenzialità con il reato: mentre la confisca diretta, reagendo alla pericolosità indotta nel reo dalla disponibilità di determinati beni, assolve a una funzione essenzialmente preventiva, la confisca per equivalente, che raggiunge beni che non hanno alcun rapporto con il reato, palesa una connotazione prevalentemente afflittiva ed ha dunque, una natura eminentemente sanzionatoria²³.

Dunque la norma processuale di cui all'art. 578 bis c.p.p. ha una natura sostanzialmente penale e deve necessariamente essere attratta alle garanzie forti della *matière pénale* riconosciute dall'art. 7 della Convenzione EDU: come riconosciuto nel precedente *Welch*²⁴ (espresso proprio in materia di confisca), Strasburgo non guarda alle etichette formali e «per rendere efficace le tutela offerta dall'art. 7, la Corte deve essere libera di andare al di là delle apparenze e di valutare essa stessa se una data misura costituisca una 'pena' ai sensi di tale norma»²⁵.

²¹ Sul punto, si veda la sent. *Rotondi, cit.*, § 5 in motivazione.

²² I termini di prescrizione sono decorsi in data 20 marzo 2018 per la dichiarazione infedele dell'anno 2010 ed in data 8 marzo 2019 per la dichiarazione infedele dell'anno 2011, e dunque anteriormente alla pronuncia della sentenza impugnata, emessa dalla Corte d'appello di Torino il 12 marzo 2021.

²³ Così in Corte cost., ord. 16-20 novembre 2009, n. 301.

²⁴ Si tratta di Corte EDU, 9 febbraio 1995, ric. n. 17440/90 (*Welch c. Regno Unito*), relativo ad un reclamo presentato per l'introduzione con effetto retroattivo di un ampliamento della portata applicativa di una confisca amministrativa in materia di stupefacenti. Per un commento si veda A. BERNARDI, *sub art. 7*, in S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 272 ss.

²⁵ Cfr. Corte EDU, *Welch, cit.*, § 30, ove la Corte, in risposta all'obiezione avanzata dal governo britannico secondo la quale la norma contestata avesse in realtà finalità preventive, afferma che «it cannot be excluded

Del resto sono state le stesse Sezioni Unite a ricordare che la chiave esegetica più corretta per riconoscere una norma come sostanzialmente penale è sempre quella resa dai c.d. *Engel criteria*²⁶: dato che la confisca per equivalente consiste in una “*forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti*”, essa assume senza dubbio un carattere preminentemente sanzionatorio²⁷ in quanto aggredendo beni che, pur nella disponibilità, anche per interposta persona, dell’autore del reato, sono individuati, senza alcun nesso di pertinenzialità col fatto criminoso, in base alla loro corrispondenza con i benefici che il responsabile ha ottenuto o, in determinati casi, fatto indebitamente ottenere ad altri dalla commissione dell’illecito. In conclusione, «siccome gli istituti che rientrano nella nozione di sanzione penale devono essere governati necessariamente dagli statuti di garanzia, è la funzione sanzionatoria della confisca per equivalente che assorbe quella ripristinatoria e le eventuali altre concorrenti funzioni non penali, cui la confisca di valore si atteggi, e non viceversa»²⁸.

3. Amnesie e dimenticanze sulla reale estensione dello Statuto garantistico convenzionalmente riconosciuto alla confisca senza condanna: che fine ha fatto la presunzione di innocenza?

La Corte di cassazione riconosce la necessità di “*tenere conto anche del fascio di tutele convenzionali delineate dall’art. 7 CEDU*”²⁹, limitando così lo standard garantistico al solo principio del “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”³⁰. Purtroppo, nessun accenno viene riservato al riconoscimento dell’art. 6 CEDU, quello che regola il giusto processo e da cui discende il principio del “*nulla poena, nulla culpa sine iudicio*”.

that legislation which confers such broad power of confiscation and reparation are consistent with a punitive purpose and may be seen as constituent elements of the very notion of punishment”.

²⁶ Tali criteri consistono nella: qualificazione giuridica offerta dall’ordinamento interno; effettiva natura della sanzione; grado di severità dalla stessa veicolato. Essi sono tra di loro alternativi, sicché è sufficiente che la sanzione sia formalmente penale, abbia finalità preventiva o retributiva, ovvero sia particolarmente severa, per sancirne la reclusione nella materia penale. Vennero fissati con l’arresto giurisprudenziale fissato dalla Corte EDU, Grande Camera, sent. 8 giugno 1976, ricorsi riuniti 2100-5101-5102/71 e 5354-5370/12 (*Engel e altri c. Paesi Bassi*), di cui si veda, in particolare il § 82: il caso concerneva la comminazione di una sanzione formalmente a carattere disciplinare militare che si cumulava a sanzioni penali comminate per la medesima condotta. Per un approfondimento si rinvia ad A. BERNARDI, *Sub art. 7, cit.*, pp. 271 ss. nonché a V. MANES, *Sub art. 7, cit.*, p. 259 e pp. 266 ss.

²⁷ Così in Corte cass., *Sez. unite*, sent. 25 ottobre 2005 – 22 novembre 2005, n. 41936, ric. *Muci*, Rv. 232164.

²⁸ Così nella sentenza in commento, § 4.5 in motivazione.

²⁹ Cfr. *Esposito, cit.*, § 5.3 in motivazione.

³⁰ Viene espressamente richiamato il precedente *Coéme, cit.*, del quale si veda, in particolare, il § 145 e giurisprudenza ivi richiamata.

3.1. Il principio di legalità in materia penale: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

La giurisprudenza della Corte EDU ha nel tempo declinato in modo autonomo la concezione della legalità in materia penale, segnando una vistosa tendenza ad ampliare l'ambito del diritto penale e ad anticipare la soglia di tutela³¹; al contempo, la dottrina ha cominciato a riflettere sulle interrelazioni tra le due principali dimensioni del principio di legalità³² di cui una interna, legata all'art. 25 della Costituzione³³, ed un'altra convenzionale, riferita all'art. 7 della CEDU. La seconda si caratterizzerebbe dalla prima per l'assenza di un ancoraggio al principio di stretta legalità³⁴ compensato, però, da un'autonoma elaborazione della nozione di *diritto* la quale, ove compare in tutto il testo della Convenzione, «*corrisponde a quella di 'legge' che figura in altri articoli della Convenzione; essa ingloba il diritto sia di origine legislativa che giurisprudenziale e implica delle condizioni qualitative, tra cui quelle di accessibilità e di prevedibilità*»³⁵.

Il principio di legalità convenzionale è composto dai sotto-principi di precisione e di determinatezza, che necessariamente trovano una declinazione attenuata – ma ad ogni modo presente – nella loro applicazione alle misure di sicurezza³⁶, dovuto al fatto che anche le caratteristiche strutturali del giudizio prognostico sulla pericolosità sociale devono essere sufficientemente precise e determinate: l'allentarsi del principio di precisione e di determinatezza comporta infatti un'inammissibile correlativa perdita di rigidità del divieto di analogia *in malam partem*.

La legalità penale implica inoltre due condizioni qualitative: l'accessibilità delle fonti incriminatrici e la prevedibilità delle conseguenze del proprio agire. Mentre la

³¹ Per un approfondimento si rinvia all'opera collettanea M. MECCARELLI – P. PACHETTI – C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, 2014; nonché, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, Napoli, 2016, pp. 213 ss.

³² La giurisprudenza della Corte EDU ha nel tempo declinato in modo autonomo la concezione della legalità in materia penale, tanto da portare la dottrina a rilevare la contemporanea presenza di due dimensioni del principio di legalità, una interna legata all'art. 25 della Costituzione, ed una convenzionale ancorata all'art. 7 della CEDU.

³³ Il cui secondo comma sancisce che “*nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*”.

³⁴ Tale mancanza è stata giustificata dal fatto che il sistema convenzionale, in punto di legalità, resta neutrale rispetto al modo con cui gli ordinamenti nazionali definiscono l'assetto delle fonti di legge ovvero alla distribuzione del potere normativo-penale tra diversi organi costituzionali. In realtà il sindacato giurisprudenziale della Corte EDU concerne infatti gli effetti che il diritto interno esplica nei confronti delle garanzie dell'individuo e non riguarda invece la conformità della singola norma interna applicata dal giudice nazionale alle regole di produzione normativa. Per un approfondimento si rinvia sempre a T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, XII ed., 2019, p. 61.

³⁵ Cfr. Corte EDU, sent. 15 novembre 1996, ric. n. 17862/92 (*Cantoni c. Francia*), § 29; Corte EDU, sent. 22 novembre 1995, ric. n. 20166/92 (*S.W. c. Regno Unito*), § 35; Corte EDU, sent. 25 maggio 1993, ric. n. 14307/88 (*Kokkinakis c. Grecia*), §§ 40-41; più recentemente, Corte EDU, sent. 8 dicembre 2009, ric. 45291/06 (*Previti c. Italia*), § 277.

³⁶ Anche la Corte costituzionale italiana ha rimarcato l'esigenza di una determinazione legale *sufficientemente precisa* dei presupposti delle misure di sicurezza derivante, naturalmente come derivazione domestica di affermazione costituzionale del principio di legalità ex art. 25, ultimo comma, della Costituzione (sent. 8-27 luglio 1982, n. 139); ed anche delle misure di prevenzione (sent. 16-22 dicembre 1980, n. 177).

nozione di accessibilità è di agevole apprensione³⁷, più articolata è quella di prevedibilità.

La prevedibilità di una legge redatta con sufficiente precisione consente infatti ai cittadini di regolare la loro condotta: essi devono essere in grado di prevedere, ad un livello ragionevole nelle specifiche circostanze, le conseguenze che un determinato atto può comportare. A livello sistematico, la ragionevole prevedibilità della norma penale si ritiene data a condizione che vengano soddisfatti due condizioni: la determinatezza della norma incriminatrice e la ragionevolezza dell'interpretazione.

La determinatezza della legge non impone necessariamente un grado di precisione assoluto del testo normativo che, se così fosse, finirebbe con l'essere eccessivamente rigido e di non essere in grado di tenere il passo con il mutare delle circostanze³⁸. La Corte EDU ha stabilito che una norma è prevedibile quando offre una misura di protezione contro le ingerenze arbitrarie da parte delle autorità pubbliche³⁹. Una legge che conferisce discrezionalità all'interprete deve indicarne la portata, benché le particolareggiate procedure e condizioni da osservare non debbano essere necessariamente comprese nelle norme del diritto sostanziale⁴⁰; da qui il rischio che non vi sia sufficiente chiarezza nel definire la portata di tale discrezionalità e le modalità per esercitarla. La ragionevolezza dell'interpretazione attiene invece al criterio di tassatività, inteso come divieto di applicazione analogica.

Tornando al divieto di applicazione retroattiva della norma più sfavorevole – parimenti contenuto nell'art. 7 CEDU⁴¹ – resta da dire che esso non è comprimibile ad una generica aspettativa di stabilità o irretrattabilità delle scelte normative, ma rappresenta una specifica fiducia nella preclusione di non prevedibili scelte legislative in *malam partem*⁴².

In tal senso, il principio dell'irretroattività della norma penale è «*espressivo dell'esigenza di 'calcolabilità' delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale*»⁴³. Il divieto di attribuire

³⁷ Essendo limitata dal regime di pubblicità del testo giuridico e della giurisprudenza ad esso pertinente.

³⁸ Si veda Corte EDU, sent. 26 aprile 1979, ric. n. 6538/74 (*Sunday Times c. Regno Unito*) § 49: “*firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a 'law' unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice*”.

³⁹ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, sent. 7 giugno 2012, ric. n. 38433/09 (*Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia*), § 143.

⁴⁰ Cfr. Corte EDU, Sez. I, sent. 11 luglio 2013, ric. n. 28975/05 (*Khlyustov c. Russia*), § 70.

⁴¹ E precisamente nel secondo periodo del primo comma che così recita: “*non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso*”.

⁴² Circa il divieto di estensione analogica in *malam partem* si veda Corte EDU, Sez. II, sent. 22 giugno 2000, ricorsi riuniti n. 32492/96-32547/96-32548/96-33209/96-33210/96 (*Coëme e altri c. Belgio*), § 145.

⁴³ Così Corte cost., sent. 8-12 ottobre 2012, n. 230.

un effetto retroattivo ad una norma penale è chiaramente anch'esso un principio garantistico che deve essere riconosciuto anche nei confronti di sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente afflittive, come riconosciuto proprio in tema di confisca nel sopra citato caso *Welch*.

3.2. Il principio della presunzione di innocenza: nulla poena, nulla culpa sine iudicio.

Le Sezioni Unite nulla però dicono in ordine alla necessità di completare lo statuto convenzionale della confisca senza condanna includendo anche il principio di non colpevolezza.

La presunzione di non colpevolezza – o se vogliamo, il principio del *nulla poena, nulla culpa sine iudicio* – è il principio fondamentale su cui si fonda l'equo processo e rappresenta la garanzia più alta che la persona imputata non sia condannata sino a che la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata⁴⁴ in contraddittorio⁴⁵; essa trova fondamento nel secondo comma dell'art. 27 della Carta costituzionale⁴⁶, nell'art. 48 della Carta europea dei diritti fondamentali e nel secondo paragrafo dell'art. 6 della Convenzione EDU⁴⁷. Detto in altre parole, l'irrogazione di una sanzione penale in

⁴⁴ Le disposizioni internazionali che prevedono la presunzione d'innocenza – e tra queste, dunque, anche l'art. 6 § 2 CEDU – fanno rinvio alla disciplina interna di ciascun paese, per quanto riguarda il momento in cui la colpevolezza può dirsi *provata secondo la legge*, e tale momento, nel nostro ordinamento, corrisponde alla condanna definitiva, ossia *“irrevocabile”*. Sul punto, si veda per tutti, G. ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma, 1991, 2); ID., *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 28, ove l'Autore rileva che *“la dimensione cronologica è semplicemente estranea alla norma internazionale come tale, che fornisce piuttosto una direttiva di tipo logico”*, e conclude che *“sarebbe quindi arbitrario dedurre un riferimento implicito alla condanna di primo grado: al contrario, sembra riconoscibile un chiaro rinvio alla disciplina specifica di ciascun ordinamento”*.

⁴⁵ Il diritto al contraddittorio è un'espressione del principio dell'equo processo formulato dall'art. 6 della Convenzione; sul punto si veda Corte EDU, Sez. II, sent. 22 settembre 2009, ric. n. 12532/05 (*Cimolino c. Italia*), § 43; Corte EDU, Sez. II, 11 dicembre 2007, ric. n. 25575/04 (*Drassich c. Italia*), § 33; Corte EDU, Sez. I, sent. 16 febbraio 2006, ric. n. 44624/98 (*Prikyan e Angelova c. Bulgaria*), §52; Corte EDU, Sez. III, sent. 13 ottobre 2005, ric. riuniti n. 65399/01 65405/01 65407/01 (*Clinique des Acacias e a. c. Francia*), § 38; Corte EDU, Sez. I, sent. 25 ottobre 2013, ric. riuniti n. 11082/06 13772/05 (*Khodorkovskiy and Lebedev c. Russia*), § 707.

⁴⁶ Tra l'amplessima letteratura in materia, si rinvia a: M. SINISCALCO, *I principi del sistema penale e la costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, fasc. 4, pp. 1121 ss.; G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza e ignoranza scusabile della legge penale: “prima lettura” della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, pp. 1385 ss.; D. PULITANO, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 686 ss.; G. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione (Suggerimenti teleologici ed esigenze politico-criminali nella ricostruzione dei presupposti costituzionali di “riconoscibilità” dell'illecito penale)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, fasc. 1, pp. 21 ss.; F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte costituzionale 364/1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, fasc.1, pp. 223 ss.; E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, fasc. 3, pp. 863 ss.; L. RISICATO, *Error aetatis e principio di colpevolezza: un perseverare diabolicum?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, fasc. 2, pp. 584 ss.

⁴⁷ Tra l'amplessima letteratura in materia, si rinvia a: A. TAMIETTI, *Sub art. 6 CEDU*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKI (a cura di) *Commentario breve alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Padova, 2012, p. 172 ss.; M. CHIAVARIO, *Sub art. 6 (Diritto ad un processo equo)*, in S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, p. 154; A. BALSAMO, *Il*

assenza di condanna si pone in violazione dell'art. 6 § 2 CEDU, la cui *ratio* più profonda «è espressa dal principio in dubio pro reo, ed essa «si trova misconosciuta se, senza un previo accertamento legale della colpevolezza di un imputato, una decisione giudiziaria che lo riguarda riflette la convinzione che egli sia colpevole»⁴⁸.

Nel caso *Paraponiaris*⁴⁹, la Corte EDU ha ritenuto che una confisca per equivalente – applicata in sede di udienza preliminare⁵⁰ e conclusasi con sentenza di proscioglimento per estinzione del reato sulla base dell'accertamento che “l'imputato risulta aver oggettivamente commesso il reato” – violi sia il principio del giusto processo sia quello della presunzione di innocenza. Ciò sulla base della considerazione che da un lato l'imputato non aveva avuto modo di esercitare tutte le garanzie difensive in una sede preposta a concludersi unicamente o col rinvio a giudizio o col proscioglimento e non con l'applicazione di una pena; da un altro lato, più rilevante per il tema in trattazione, perché in assenza di un previo accertamento legale della colpevolezza di un imputato,

contenuto dei diritti fondamentali, in R. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014, pp. 102 ss.

⁴⁸ Così M. CHIAVARI, *Sub art. 6 (Diritto ad un processo equo)*, cit., p. 217.

⁴⁹ Cfr. Corte EDU, Sez. I, sent. 25 settembre 2008, ric. 42132/06 (*Paraponiaris c. Grecia*). Il caso riguardava un cittadino greco inizialmente imputato per il delitto di contrabbando di prodotti petroliferi e quindi prosciolti per prescrizione, al quale veniva inflitta una sanzione pecuniaria di 54.000 €, a titolo di confisca per equivalente dei beni oggetto del contrabbando, poiché dall'istruttoria risultava comunque che l'imputato avesse oggettivamente commesso il reato. La legge greca interpretava il requisito della condanna in modo molto ampio, tale da ricomprendervi anche i proscioglimenti per prescrizione. La Corte Europea ha ritenuto la misura in contrasto con il principio del giusto processo e in particolare con la presunzione di innocenza, specie in ragione del fatto che la prescrizione era intervenuta in udienza preliminare all'esito della quale l'unico provvedimento richiesto al giudice è il rinvio al giudizio e non anche l'applicazione di una sanzione. La Corte ha inoltre rilevato la violazione del diritto di difesa affermando che l'imputato non aveva avuto occasione di difendersi in modo pieno nel corso di una udienza pubblica dibattimentale.

⁵⁰ L'udienza preliminare è la sede in cui il giudice valuta che le prove a carico raccolte dal pubblico ministero (ma anche dall'avvocato della persona offesa, per tramite delle c.d. investigazioni difensive, introdotte dall'art. 11 della l. 7 dicembre 2000, n. 397) siano idonee a sostenere l'accusa in giudizio; all'esito della stessa il giudice può emettere solo due tipologie di provvedimenti: sentenza di non luogo a procedere o decreto che dispone il giudizio (art. 424 c.p.p.). In nessun caso al giudice per l'udienza preliminare compete l'applicazione di una pena e, dunque, si tratta di un limite afferente al potere di quel giudice e non anche alla maturità dell'assetto probatorio rispetto alla possibilità di dimostrare una colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio. Sul punto si veda L.V. LO GIUDICE, *Confisca senza condanna e prescrizione: il filo rosso dei controllimiti*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2017, p. 258. Una deroga a tale regola generale è tuttavia ammessa nei c.d. riti speciali tutte le volte in cui, con il consenso dell'imputato, si decida di definire il procedimento allo stato degli atti, senza giungere sino al dibattimento: in queste ipotesi è lo stesso g.u.p. a disporre ed applicare la pena. Per un approfondimento sui riti speciali, si veda R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in G. CONSO – V. GREVI – M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, XI ed., 2023, pp. 621 ss. In questa sede è ammessa una sola forma di confisca, tra l'altro espressamente riconosciuta dal comma 4 dell'art. 425 c.p.p.: quella che ha ad oggetto le cose intrinsecamente illecite.

la decisione giudiziaria che lo riguarda riflette la convinzione che egli sia colpevole⁵¹ e si diffonde nell'opinione pubblica⁵².

La necessità di una sentenza formale di condanna è stata ribadita dalla Corte anche nel caso *Minelli*⁵³, ove pure è stata ravvisata una violazione dell'art. 6 § 2 con riferimento alla presunzione di innocenza. Nello specifico, il ricorrente venne condannato – in sede di archiviazione per prescrizione – al pagamento delle spese processuali in forza di una motivazione secondo la quale, qualora non fosse intervenuta la prescrizione, la condotta posta in essere avrebbe molto probabilmente comportato la condanna dell'imputato. Secondo la Corte, una siffatta statuizione viola il principio della presunzione di non colpevolezza poiché viene pronunciata in assenza di un accertamento formale in ordine alla responsabilità del ricorrente, senza che questi possa esercitare il proprio diritto di difesa in ordine all'imputazione⁵⁴.

Una netta posizione in ordine alla necessità di una sentenza formale di condanna, ancorché in ambito urbanistico, è stata assunta nel caso *Varvara* ove la Corte EDU ha ritenuto incompatibile sia con l'art. 7 che con l'art. 6.2 Cedu la confisca disposta – sulla base di un accertamento incidentale di colpevolezza – in relazione a reati di lottizzazione abusiva dichiarati estinti per intervenuta prescrizione. Più precisamente è stato affermato che *“la logica della «pena» e della «punizione», e la nozione di 'guilty' (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «personne coupable» (nella versione francese), depongono a favore di un'interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato e di infliggere la pena al suo autore. In mancanza di ciò, la punizione non avrebbe senso [...] sarebbe*

⁵¹ Come rileva A. TAMIETTI, *Art. 6, cit.*, p. 222, si ha violazione dell'art. 6 § 2, CEDU anche qualora difetti una constatazione formale di colpevolezza, se la motivazione di un provvedimento giudiziario o i termini utilizzati nelle dichiarazioni incriminate inducono a pensare che il giudice o il pubblico ufficiale in causa considerano il ricorrente colpevole. In tal senso si vedano: Corte EDU, Sez. IV, sent. 25 aprile 2006, ric. n. 1483/02 (*Puig Panella c. Spagna*), § 51; Corte Edu, Sez. IV, sent. 4 marzo 2003, ric. n. 37235/97 (*Sofri e altri c. Italia*); Corte Edu, Sez. V, sent. 28 novembre 2002, ric. n. 45313/99 (*Marziano c. Italia*), § 27). Lo stesso Autore, *op. ult. cit.*, p. 223, ritiene però che anche in mancanza di una constatazione formale di colpevolezza, vi possano essere provvedimenti giudiziari che, stante i termini utilizzati, inducono a pensare che il giudice consideri il ricorrente colpevole.

⁵² Ciò comporterebbe il consolidamento di una considerazione di colpevolezza che lede anche il diritto al rispetto della vita privata, sancito dall'art. 8 CEDU. Sul tema, cfr. Corte EDU, Grande camera, sent. 12 luglio 2013, ric. n. 25424/09 (*Allen c. Regno Unito*), § 94.

⁵³ Il caso si riferiva ad un soggetto tratto a giudizio per diffamazione a mezzo stampa e condannato al pagamento delle spese processuali pur in presenza di una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione; cfr. Corte EDU, sent. 25 marzo 1983, ric. n. 8660/79 (*Minelli c. Svizzera*).

⁵⁴ Si vedano i §§ 37-38 della sentenza *Minelli*, cit.: *“in the Court's judgment, the presumption of innocence will be violated if, without the accused's having previously been proved guilty according to law and, notably, without his having had the opportunity of exercising his rights of defence, a judicial decision concerning him reflects an opinion that he is guilty. This may be so even in the absence of any formal finding; it suffices that there is some reasoning suggesting that the court regards the accused as guilt (...) Notwithstanding the absence of a formal finding and despite the use of certain cautious phraseology («in all probability», «very probably»), the Chamber proceeded to make appraisals that were incompatible with respect for the presumption of innocence”*. Deve essere comunque bene inteso che il giudice di Strasburgo non ha condannato la possibilità di statuire la condanna alle spese processuali in sede di proscioglimento, bensì il ricorso a motivazioni come quelle innanzi riportate.

infatti incoerente esigere, da una parte, una base legale accessibile e prevedibile e permettere, dall'altra, una punizione quando, come nel caso di specie, la persona interessata non è stata condannata"⁵⁵.

Successivamente il Giudice di Strasburgo – discostandosi dal succitato precedente e verosimilmente sollecitato dalla pronuncia della Corte costituzionale italiana nella sentenza Varvara⁵⁶ – è nuovamente intervenuto in materia, nel caso G.I.E.M. Srl, rilevando come *“sia necessario guardare oltre le apparenze e il linguaggio adoperato e concentrarsi sulla realtà della situazione”* e come, pertanto, *“la Corte sia legittimata a guardare oltre il dispositivo del provvedimento, e tenere conto della sostanza, essendo la motivazione una parte integrante della sentenza”*⁵⁷. In forza di ciò, la Corte – riflettendo sull'importanza del mantenimento dello Stato di diritto e della fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario in forza del quale sussiste la necessità di prevenire l'impunità che deriverebbe da una situazione in cui, per l'effetto combinato di reati complessi e di termini di prescrizione relativamente brevi, gli autori di taluni reati si sottraggono sistematicamente all'azione penale – sorprendentemente si discosta dai suoi precedenti per ammettere una confisca (sempre di natura urbanistica) disposta a seguito di proscioglimento per prescrizione, previo però un accertamento sostanziale della sussistenza di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi del reato in ordine al quale essa è stata ammessa⁵⁸.

Ma è bene ricordare la posizione dissenziente di chi, proprio in seno a quel collegio giudicante, ha eccepito che *“la dichiarazione «sostanziale» di responsabilità è un assegno in bianco che consente ai giudici nazionali di agire come desiderano (...) Il punto fondamentale è che il giudice non deve far pesare sulle persone in questione le carenze di una politica penale irrazionale dello Stato, e in particolare di una politica che induce «l'effetto combinato di reati complessi e di termini di prescrizione relativamente brevi» (...) Più in generale, la nozione di dichiarazione «sostanziale» di responsabilità è di per sé contraria ai valori della certezza del diritto e della prevedibilità, poiché la persona o l'ente interessata/o non può realmente prevedere se i suoi beni saranno confiscati”*⁵⁹. A sostegno di tale interpretazione, soccorre

⁵⁵ Si veda Corte EDU, Sez. II, sent. 29 ottobre 2013, ric. n. 17475/09 (*Varvara c. Italia*), § 71; per un commento, si veda F. MAZZACUVA, [La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU](#), in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2013.

⁵⁶ Il riferimento è a Corte cost., sent. 14 gennaio 2015 – 26 marzo 2015, n. 49 che si pone in continuità dialettica con la succitata *Varvara c. Italia* della Corte EDU; per un commento si rimanda, tra tutti, a V. MANES, [“confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza](#), in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2015.

⁵⁷ Così in *G.I.E.M. Srl, cit.*, § 259.

⁵⁸ In tal senso si esprime *G.I.E.M. Srl, cit.*, § 260-261; per un approfondimento sullo statuto garantistico espresso in tale sentenza, si veda M.M. SCOLETTA, *Lo statuto normativo della confisca edilizia nel prisma delle garanzie convenzionali*, cit., pp. 57 ss. Secondo l'Autore – per il quale l'espressione “condanna sostanziale” esprime *“una sintesi lessicalmente sinistra ma concettualmente efficace e sistematicamente coerente”* – *“proprio nell'ottica del necessario accertamento sostanziale della responsabilità, assumono decisiva rilevanza le garanzie del giusto processo contenute nell'art. 6 CEDU, al cui rispetto è sottoposta tutta la materia penale, indipendentemente dalla forma assunta dal provvedimento giurisdizionale e dall'autorità pubblica che irroga la sanzione punitiva”*.

⁵⁹ Si veda l'opinione dissenziente nel giudice Pinto de Albuquerque nel caso *G.I.E.M. Srl, cit.*, ed in particolare § 28 ss.

anche l'opinione di chi in passato ha osservato come il "*principio di giurisdizionalità – esigendo in senso lato che non si dia colpa senza giudizio (...), e in senso stretto che non si dia giudizio senza che l'accusa sia sottoposta a prova e confutazione – postula la presunzione di innocenza dell'imputato fino alla prova contraria sancita dalla sentenza definitiva di condanna*"⁶⁰.

Ad ogni modo, proprio la sentenza *G.I.E.M. Srl* ha inteso stigmatizzare l'avvenuta violazione della Convenzione — nella parte in cui è ivi consacrato anche il principio di colpevolezza — in relazione al regime della estensione applicativa della confisca ai terzi (in questo caso, enti commerciali) proprietari in buona fede dei beni ablati quando a costoro non sia stata data la possibilità di far attivamente valere i propri diritti nel procedimento penale. Come è stato osservato⁶¹, non sembrerebbe sufficiente prevedere la mera partecipazione della persona giuridica al processo penale⁶², ma è necessario che essa possa partecipare al processo e lì difendere le proprie ragioni.

Da tale assunto deriva quindi l'impossibilità di disporre una confisca nei confronti della *societas* ogni qual volta essa non possa esercitare una propria difesa in sede processuale in via autonoma rispetto alle persone fisiche imputate per difetto dell'ascrivibilità delle condotte contestate nel novero di quelle per le quali è prevista l'imputazione della persona giuridica⁶³.

4. La silenziosa espansione dell'applicazione della confisca per equivalente senza condanna: il conto alla rovescia è già cominciato.

L'amnesia della Suprema Corte parrebbe dunque consistere nell'aver selettivamente raccolto nel *fascio di tutele convenzionali* riconosciute solo quelle delineate dall'art. 7 CEDU in tema di riserva penale e non anche quelle derivate dall'art. 6 CEDU nel suo *volet pénal*⁶⁴, con ciò giustificando l'applicazione della confisca per equivalente pur in assenza di una sentenza formale di condanna.

A ben vedere, i giudici giungono a tale approdo giurisprudenziale a seguito di una silenziosa espansione della portata applicativa della norma processuale della confisca in casi particolari.

⁶⁰ Così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Bari, 1996, pp. 69 ss. nonché pp. 559 ss.

⁶¹ Sul punto si veda M.M. SCOLETTA, *Lo statuto normativo della confisca edilizia nel prisma delle garanzie convenzionali*, cit., pp. 60 ss.

⁶² In virtù di quanto previsto dall'art. 104 bis co. 1-*quinquies*, disp. att. c.p.p. che prevede come "*nel processo di cognizione devono essere citati i terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo*".

⁶³ Come noto, i reati presupposto della responsabilità amministrativa della persona giuridica sono tassativamente indicati nel decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. Sulla problematica applicazione della confisca disposta per reati tributari nei confronti delle società si veda M. TEBALDI, *Responsabilità degli enti collettivi e reati tributari. Evoluzioni in materia di confisca*, in *Questione giustizia*, 1° marzo 2021.

⁶⁴ "Ossia in relazione all'insieme delle garanzie specificamente previste per i giudizi in materia penale, e non solo a quelle genericamente previste dalla disposizione convenzionale ogniqualvolta si disputi di un 'diritto' (il c.d. *volet civil*, o *civil limb*)"; così in F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2017, § 6.

La prima tappa pare rinvenirsi nell'arresto *Milanesi* ove la Cassazione osserva che l'allora nuovo art. 578 bis c.p.p. si applica quando, prima dell'estinzione per amnistia o per prescrizione, sia stata disposta la confisca prevista dal primo comma dell'art. 240 bis c.p. o da altre disposizioni di legge; dopo aver tanto rilevato, gli ermellini osservano in un inciso che il riferimento alla confisca "evoca le plurime forme di confisca previste dalle leggi penali speciali"⁶⁵.

La seconda tappa è di certo collocata nell'arresto *Perroni*, ove, in un altro *obiter dictum*, la Corte commenta che proprio questa evocazione porti a condividere "«la legittimità di una lettura ad ampio raggio, non limitata alla sola confisca «per sproporzione»»"⁶⁶.

La terza tappa si fissa nella sentenza *Consentino* che estende espressamente l'applicabilità dell'art. 578 bis c.p.p. anche alla confisca per equivalente⁶⁷.

Venendo alla sentenza in commento, quindi, la Corte ritiene assodata l'applicabilità *in astratto* della confisca per equivalente, limitandone però l'applicazione *in concreto* alle sole condotte commesse successivamente alla novellazione dell'art. 578 bis c.p.p. intervenuta nell'anno 2019.

Tale interpretazione esegetica rischia di portare ad una silenziosa espansione della confisca per equivalente anche in assenza di una condanna formale. E tale espansione è tanto più dirompente ove solo si rifletta sul fatto che essa si possa applicare anche nei confronti di beni che sono nella semplice disponibilità dell'imputato ma che, di fatto, sono di formale proprietà di soggetti terzi come, ad esempio, le persone giuridiche.

A inequivocabile riprova di tale timore soccorre, purtroppo, anche la più recente giurisprudenza del Palazzaccio che ormai ritiene che il richiamo "alla confisca «prevista da altre disposizioni di legge», siccome formulato senza ulteriori specificazioni, ha una valenza di carattere generale, capace di ricomprendere anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale. La norma è dunque applicabile anche alla confisca di cui all'art. 12-bis, d.lgs. n. 74 del 2000, ma, con riguardo alla confisca per equivalente e alle forme di confisca che presentino comunque una componente sanzionatoria, non per i fatti posti in essere prima della sua entrata in vigore"⁶⁸.

⁶⁵ Così in *Milanesi*, cit., § 19.1 in diritto.

⁶⁶ Così in *Perroni*, cit., § 5.2 in diritto.

⁶⁷ Si veda *Consentino*, cit., § 1.2.1. in diritto, ove riprendendo espressamente il precedente *Perroni*, "il collegio ritiene che si possa procedere alla confisca in assenza di condanna anche quando la stessa non sia diretta, ma "per equivalente", sempre che rientri una delle ipotesi previste dall'art. 322 ter c.p. Il richiamo indistinto che l'art. 578 bis c.p.p. effettua alle confische disposte ex art. 322 ter c.p. non si presenta come "selettivo", ovvero come riferito (solo) alle ipotesi di confisca obbligatoria diretta previste dall'art. 322 ter c.p., comma 1. Sicché in assenza di contrarie indicazioni del Legislatore, tale richiamo non può essere contratto per via giurisprudenziale, ma deve essere che essere riferito anche alle confische previste dal comma 2 dello stesso articolo, ovvero a quelle di valore".

⁶⁸ Così in Corte cass., Sez. III, sent. 16 maggio 2023 – 26 settembre 2023, n. " , ric. Bastoni, § 4.7 in diritto.

4.1. Osservazioni critiche alla lettura “parzialmente” orientata alla CEDU: le conseguenze della sentenza nella dimensione interna dopo la riforma Cartabia...

L'applicazione della confisca di valore in assenza di una condanna formale contrasta, come innanzi indicato, con il *volet pénal* dell'art. 6 CEDU ed in particolare con il principio della presunzione di innocenza nell'interpretazione resa nel formante giurisprudenziale della Corte di Strasburgo.

Il soggetto in tal modo privato dei propri beni potrà fare ricorso alla Corte EDU, lamentando una violazione del suo diritto ad avere un equo processo, ma non è detto che in caso di riconoscimento dei propri diritti egli possa rientrare in possesso di quanto indebitamente sottrattogli.

La riforma Cartabia ha infatti introdotto nel codice di rito l'art. 628 *bis* che costituisce un nuovo mezzo di impugnazione straordinaria⁶⁹ per eliminare gli effetti pregiudizievoli delle decisioni interne adottate in violazione alla CEDU, ma ha legittimato a presentare tale richiesta solo il condannato e la persona sottoposta a misura di sicurezza.

Paradossalmente, pertanto, proprio la persona che in sede di declaratoria di non punibilità *ex art.* 129 c.p.p. per intervenuta prescrizione dovesse essere attinta dalla confisca in casi particolari e che successivamente ottenesse ragione delle proprie pretese a Strasburgo parrebbe non essere legittimata a richiedere il ripristino dell'indebito: a costei residuerebbe infatti la sola possibilità di sollecitare la rimozione del giudicato ai sensi dell'art. 673 c.p.p. dopo aver sollevato un'eccezione di costituzionalità dell'art. 578 *bis* c.p.p. per violazione del parametro convenzionale interposto tra l'art. 10 Cost. e l'art. 6 della Convenzione EDU.

4.2. ...e nella dimensione UE dopo il Regolamento 2018/1805/UE sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca.

Il provvedimento che dispone la confisca di valore in assenza di condanna formale è passibile di essere eseguito in altri Paesi membri della UE, in ossequio al Regolamento 2018/1805/UE relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca.

Questa norma rappresenta una pietra miliare della realizzazione di uno spazio di giustizia, libertà e sicurezza ove i provvedimenti sono liberi di circolare, con il limite che venga assicurato un adeguato standard garantistico. È però opportuno ricordare come l'istituto della confisca senza condanna sia stato armonizzato in ambito europeo grazie all'attuazione dell'art. 4 co. 2 della direttiva 42/2014/UE, ma solo limitatamente ai casi in cui tale condanna non sia stata conseguita a causa della malattia o della fuga dell'indagato o imputato. Al di fuori di tali limitate casistiche ogni ordinamento europeo

⁶⁹ Si veda S. LONATI, [Richiesta per l'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: il nuovo art. 628 bis c.p.p.](#), in questa Rivista, 27 aprile 2023.

è libero di conoscere diversi altri modelli di confisca senza condanna, tra i quali però quello relativo alla forma per equivalente dichiarato a seguito di intervenuta prescrizione oggetto della presente dissertazione rappresenta un *monstrum inedito*⁷⁰.

La richiesta di dare attuazione ad una siffatta forma di confisca potrebbe quindi minare la fiducia reciproca tra gli Stati membri in quanto paiono ricorrere quelle *“situazioni eccezionali [in cui] sussistono seri motivi per ritenere, sulla base di elementi specifici e oggettivi, che l'esecuzione del provvedimento di confisca comporti, nelle particolari circostanze del caso, una palese violazione di un pertinente diritto fondamentale previsto dalla Carta, in particolare il diritto a un ricorso effettivo, il diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa”*⁷¹.

Detto in altri termini, un provvedimento di confisca siffatto potrebbe non trovare accoglimento negli altri Paesi membri della UE stante il suo incerto statuto garantistico⁷².

5. Conclusioni: come dissinescare il conto alla rovescia?

La pronuncia delle Sezioni unite rimessa nel caso *Esposito* si è limitata a riconoscere – nell'ambito applicativo dell'istituto processuale regolato dall'art. 578 *bis* c.p.p. – il solo principio della irretroattività della norma penale sfavorevole qualora venga disposta una confisca per equivalente comminata in assenza di una condanna formale a causa dell'intervento della prescrizione.

Tale lettura non pare, tuttavia, rispettare adeguatamente la giurisprudenza di Strasburgo dal momento che pone il solo art. 7 della Convenzione EDU nel fascio delle tutele convenzionali meritevoli di considerazione obliando, invece, il *volet pénal* dell'art. 6 riferito alla presunzione di innocenza. In conseguenza di ciò, la Corte pare legittimare la confisca per equivalente disposta in caso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione in relazione alle condotte commesse a decorrere dal 31 gennaio 2019 (ovvero dalla data di entrata in vigore⁷³ del novellato art. 578 *bis* c.p.p.) anche nei confronti dei terzi in buona fede proprietari dei beni confiscati a cui non è stata data la

⁷⁰ I quattro modelli teorici di confisca senza condanna sono: i) la confisca senza condanna classica, applicabile all'esito di un procedimento penale che non si è concluso con una sentenza di condanna a causa dell'imputato (morte, fuga, immunità o similia); ii) confisca allargata, applicabile ai beni privi di un collegamento diretto con l'illecito per il quale è intervenuta una sentenza formale di condanna; iii) *actio in rem*; iv) confisca di beni sproporzionati al reddito del possessore. Per un approfondimento si veda C. GRANDI, *Mutuo riconoscimento in materia penale e diritti fondamentali. Il nodo delle confische*, Torino, 2023, pp. 175-184, nonché ID., *Non-conviction-based confiscation in the EU legal framework*, in A. BERNARDI (edited), *Improving confiscation procedures in the European Union*, Napoli, 2019, pp. 31 ss.

⁷¹ Questa è l'attuale formula dell'art. 19 lett. e) del regolamento; nella formulazione suggerita dalla Commissione LIBE il rifiuto risultava opponibile qualora ricorressero *“seri motivi per ritenere che l'esecuzione del provvedimento di confisca sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 6 TUE e della Carta”*.

⁷² Anche su questo tema si veda C. GRANDI, *Mutuo riconoscimento in materia penale e diritti fondamentali*, cit., pp. 197 ss.

⁷³ Ovvero dopo i consueti 15 giorni di *vacatio legis* conseguenti alla pubblicazione della l. 9 gennaio 2019, n. 3, avvenuta in Gazz.Uff. del 16 gennaio 2019, n.13.

possibilità di partecipare attivamente al procedimento penale, ad esempio per difetto dell'ascrivibilità delle condotte contestate nel novero di quelle per le quali è prevista l'imputazione della persona giuridica.

Anche se è ancora troppo presto perché provvedimenti di questo tipo possano essere emessi – stante il fatto che ad oggi non è ancora intervenuta la prescrizione per tutte le condotte non colpose che contemplano la confisca per equivalente – è bene mantenere vivo il dibattito scientifico sull'argomento per disinnescare un'interpretazione interna dell'art. 578 *bis* c.p.p. non del tutto rispettosa della presunzione di innocenza.

L'APPLICAZIONE DELLE PENE SOSTITUTIVE DI PENE DETENTIVE BREVI NELLA FASE DI COGNIZIONE 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. Le note che seguono, alla luce anche delle prime pronunce giurisprudenziali, mirano a fornire uno sguardo di insieme sugli aspetti processuali dell'applicazione delle nuove pene sostitutive di pene detentive brevi nella fase di cognizione del processo penale, dal primo grado di giudizio, con i riti alternativi, fino al giudizio di cassazione, concludendo con la disciplina transitoria prevista dall'art. 95 del d. lgs. n. 150/2022.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'applicazione delle pene sostitutive nella fase di cognizione. – 2.1. Generalità. – 2.2. Le singole pene sostitutive. – 2.3. Le preclusioni soggettive e oggettive. – 2.4. Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione e nella scelta delle pene sostitutive: aspetti sostanziali. – 2.5. segue: aspetti processuali, l'art. 545-bis c.p.p. – 2.5.1. Alcune questioni pratiche: il sub-procedimento di sentencing nei processi soggettivamente cumulativi. – 2.5.2. segue: il mutamento del giudice nel sub-procedimento di sentencing. – 2.6. L'applicazione delle pene sostitutive nei procedimenti speciali. – 2.6.1. Nel giudizio abbreviato. – 2.6.2. Nel patteggiamento. – 2.6.3. Nel procedimento per decreto penale di condanna. – 2.7. Le pene sostitutive e le impugnazioni, in particolare, il giudizio di appello. – 2.8. Pene sostitutive, misure cautelari e misure di sicurezza. – 2.8. Pene sostitutive, imputati minorenni e reati militari: richiami normativi. – 3. Diritto transitorio.

1. Premessa.

L'art. 1 comma 17 della legge n. 134/2021 aveva previsto una specifica delega tendente ad una riforma organica delle sanzioni sostitutive disciplinate dalla legge n. 689/1981. Il d. lgs n. 150/2022 ha attuato la delega legislativa, principalmente, ma non solo, attraverso l'art. 71.

Come emerge dalla relazione illustrativa di accompagnamento al d. lgs. n. 150/2022¹, per questo aspetto la riforma c.d. Cartabia mira a raggiungere alcuni obiettivi: «nel contesto di un più ampio disegno volto all'efficienza del sistema penale – si legge nella relazione – e al raggiungimento degli obiettivi del P.N.R.R., il Parlamento ha infatti

¹ Relazione illustrativa al decreto legislativo 10.10.2022, n. 150, in G.U. 19.10.2022, S.G. n. 245, Suppl. straordinario n. 5, 358.

delegato il Governo a rivitalizzare e rivalorizzare le sanzioni sostitutive delle pene detentive, che vengono ora concepite, sin dal nomen iuris, come vere e proprie pene sostitutive: ciò per sottolineare come si tratti di vere e proprie pene, per quanto non edittali [...] Si tratta di pene, diverse da quelle edittali (detentive e pecuniarie), irrogabili dal giudice penale in sostituzione di pene detentive, funzionali alla rieducazione del condannato, così come a obiettivi di prevenzione generale e speciale. La scelta del Parlamento è stata di ampliare notevolmente l'area della pena detentiva breve sostituibile: il limite massimo di due anni di pena detentiva, infatti, viene raddoppiato. Il concetto di pena detentiva "breve" cambia e si allinea, nel giudizio di cognizione, con quello individuato in sede di esecuzione dall'art. 656, co. 5 c.p.p. Per effetto di interventi legislativi e della Corte costituzionale, infatti, il limite di pena detentiva inflitta fino al quale, di norma, il pubblico ministero deve sospendere l'ordine di esecuzione, dando al condannato la possibilità di chiedere al tribunale di sorveglianza una misura alternativa alla detenzione, è di quattro anni. Di fatto, la pena detentiva breve, nell'esecuzione penale, è la pena fino a quattro anni, che può essere eseguita ab initio fuori dal carcere, previa concessione di una misura alternativa alla detenzione. La scelta della l. n. 134/2021 è di allineare il limite massimo della pena sostituibile con quello entro il quale in sede di esecuzione può applicarsi una misura alternativa alla detenzione. Questa scelta comporta due effetti positivi sul sistema: a) fa venir meno l'integrale sovrapposizione dell'area della pena sospendibile con quella della pena sostituibile, ai sensi della l. n. 689/1981, promettendo così di rivitalizzare nella prassi le pene sostitutive; b) consente al giudice di cognizione di applicare pene, diverse da quella detentiva, destinate a essere eseguite immediatamente, dopo la definitività della condanna, senza essere 'sostituite' con misure alternative da parte del tribunale di sorveglianza, spesso a distanza di molto tempo dalla condanna stessa (come testimonia l'allarmante fenomeno dei c.d. liberi sospesi). La riforma, in altri termini, realizza una anticipazione dell'alternativa al carcere all'esito del giudizio di cognizione. Più in generale, la riforma delle pene sostitutive promette positivi effetti di deflazione processuale e penitenziaria, inserendosi a pieno titolo tra gli interventi volti a migliorare l'efficienza complessiva del processo e della giustizia penale. Nella prospettiva del processo, la valorizzazione delle pene sostitutive rappresenta, anzitutto, un incentivo ai riti alternativi. Basti pensare all'ampliamento dell'operatività del procedimento per decreto (per effetto del raddoppio – da sei mesi a un anno – del limite di pena detentiva sostituibile con la pena pecuniaria, nonché della possibilità di applicare, con il decreto di condanna, il lavoro di pubblica utilità sostitutivo), ovvero alla possibilità di patteggiare una pena sostitutiva di una pena detentiva fino a quattro anni, con la garanzia di evitare l'ingresso in carcere. In secondo luogo, la valorizzazione, tra le pene sostitutive, del lavoro di pubblica utilità, con il quale può essere sostituita la pena detentiva fino a tre anni, concorre alla riduzione delle impugnazioni, essendo prevista dalla legge delega (art. 1, co. 13, lett. e) l'inappellabilità delle sentenze di condanna al lavoro di pubblica utilità. Sempre sul terreno processuale, inoltre, la valorizzazione delle pene sostitutive, irrogabili dal giudice di cognizione, promette una riduzione dei procedimenti davanti al tribunale di sorveglianza, oggi sovraccarichi e incapaci, in molti distretti, di far fronte in tempi ragionevoli alle istanze di concessione di misure alternative, come testimonia il fenomeno dei c.d. liberi sospesi. L'efficienza della giustizia penale, cui mira la legge delega, non può ragionevolmente essere rapportata al solo processo di cognizione. Se la fase dell'esecuzione penale ha una durata irragionevole, il procedimento penale nel suo complesso non può dirsi certo efficiente. Misure alternative concesse a distanza di anni dall'istanza, e dalla sospensione

dell'ordine di esecuzione rappresentano oggi una realtà non infrequente e inaccettabile, per ragioni di efficienza del sistema e, ancor prima, di difesa sociale, di ragionevolezza e di rispetto dei principi costituzionali. Nella prospettiva del carcere, afflitto da strutturali problemi di sovraffollamento, la riforma delle pene sostitutive promette un significativo impatto, concorrendo alla riduzione del numero dei detenuti per pene brevi».

Con queste brevi note si esamineranno, in termini pratici, gli aspetti più significativi della riforma delle pene sostitutive delle pene detentive brevi nella prospettiva soprattutto processuale, verificando come potranno trovare applicazione nella fase di cognizione del processo penale, con uno sguardo conclusivo alla disciplina transitoria.

2. L'applicazione delle pene sostitutive nella fase di cognizione.

2.1. Generalità.

L'art. 1, comma 1 lett. a), del d. lgs. n. 150/2022 ha inserito, dopo l'art. 20 c.p., l'art. 20-bis, rubricato *"Pene sostitutive delle pene detentive brevi"*.² Questa norma dispone che, salvo quanto previsto da particolari disposizioni di legge³, le pene sostitutive della reclusione e dell'arresto sono disciplinate dal Capo III della legge n. 689/1981 e sono: 1) la pena pecuniaria sostitutiva; 2) il lavoro di pubblica utilità sostitutivo; 3) la detenzione domiciliare sostitutiva; 4) la semilibertà sostitutiva. La prima può essere applicata dal giudice in caso di condanna alla reclusione e all'arresto non superiori ad un anno; la seconda può essere applicata dal giudice in caso di condanna alla reclusione e all'arresto non superiori a tre anni; la terza e la quarta possono essere applicate dal giudice in caso di condanna alla reclusione e all'arresto non superiori a quattro anni.

Giova rilevare che, ai sensi dell'art. 53, comma 3, della legge n. 689/81, come modificato dall'art. 71 d. lgs. n. 150/2022, ai fini della determinazione dei limiti di pena detentiva entro i quali possono essere applicate le pene sostitutive, si tiene conto della pena aumentata ai sensi dell'art. 81 c.p. Come evidenziato nella Relazione illustrativa

² Sul tema, in dottrina, senza la pretesa di esaustività: G. DE VERO, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: uno sguardo d'insieme*, in *Legislazione penale*, 20.2.2023; R. DE VITO, *Le pene sostitutive: una nuova categoria sanzionatoria per spezzare le catene del carcere*, in *Questione giustizia*, 2/2023; E. DOLCINI, [Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive. Note a margine dello schema di d. lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 agosto 2022](#), in questa *Rivista*, 30.8.2022; A. GARGANI, *Le nuove pene sostitutive*, in *Diritto penale e processo*, 1/2023; D. GUIDI, *La riforma delle pene sostitutive*, in *Legislazione penale*, 25.2.2023; N. MADIA, *Note minime, con andamento rapsodico, sugli aspetti generali delle nuove pene sostitutive*, in *Penale diritto e procedura*, 5.7.2023; N. PISANI, *Le pene sostitutive*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, p. 942; G. VARRASO, *Riforma Cartabia e pene sostitutive: la rottura definitiva della sequenza cognizione-esecuzione*, in *Giustizia insieme*, 7.2.2023.

³ Ad esempio, da norme specifiche che disciplinano sanzioni analoghe come sanzioni principali: l'art. 54 del d. lgs. n. 274/2000, che prevede la sanzione del lavoro di pubblica utilità per i reati di competenza del Giudice di pace; ovvero da altre norme che prevedono sanzioni analoghe sempre come sanzioni sostitutive: gli artt. 186 comma 9-bis c.d.s. e 73 comma 5-bis DPR n. 309/90 che prevedono la possibilità di sostituire la pena detentiva e pecuniaria con quella del lavoro di pubblica utilità.

della Riforma c.d. Cartabia, la vecchia formulazione del predetto comma⁴ determinava la “sterilizzazione” dell’aumento di pena per continuazione o concorso formale di reati, e ciò avrebbe potuto condurre a conseguenza “aberranti” a fronte del nuovo limite edittale previsto per la sostituibilità delle pene detentive⁵. Prendendo spunto dalla

⁴ In precedenza l’art. 53, ultimo comma, legge n. 689/81 stabiliva che «nei casi previsti dall’art. 81 del codice penale, quando per ciascun reato è consentita la sostituzione della pena detentiva, si tiene conto dei limiti indicati nel primo comma soltanto per la pena che dovrebbe infliggersi per il reato più grave» (si omette la seconda parte della norma poiché priva di interesse dopo l’abrogazione dell’art. 60 della medesima legge ad opera dell’art. 4, comma 1 lett. c) della legge n. 134/2003). Tuttavia, secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità, sviluppatasi nella vigenza del vecchio art. 53 della legge n. 689/81, quando si procede nelle forme del giudizio abbreviato o del patteggiamento, in tema di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, il giudice, nell’ipotesi di reato continuato, per stabilire la sostituibilità della sanzione deve fare riferimento alla pena determinata in concreto per il reato più grave, comprendendo nel calcolo così effettuato la diminuzione premiale e non considerando, per contro, né l’ordine di applicazione degli aumenti e delle diminuzioni di pena derivanti dalla continuazione tra i reati né gli aumenti di pena determinati dalla continuazione. Detta disciplina si allinea al “favor” che informa l’istituto della continuazione alle finalità deflative dei riti speciali nonché a quelle di contenere l’applicazione della pena detentiva (Cass. pen. sez. VI, 19.4.1999, n. 1429). Invero, quando si procede nelle forme del rito abbreviato o di applicazione della pena, il giudizio sulla concedibilità della pena sostitutiva alla pena detentiva breve di cui all’art. 53 della legge n. 689 del 1981 deve essere fatto, nel caso di più reati uniti dal vincolo della continuazione, con riferimento alla quantificazione della sanzione risultante all’esito della diminuzione di un terzo di quella da irrogare in concreto e perciò dopo l’aumento determinato dalla continuazione, in deroga al principio stabilito dall’ultimo comma dell’art. 53 cit. che prevede come riferimento la pena per il reato più grave prima dell’aumento per la continuazione (Cass. pen. sez. III, 2.6.1999, n. 2070 e Cass. pen. sez. III, 18.7.2014, n. 45450), salvo che la pena per il reato più grave sia già comunque suscettibile di sostituzione a prescindere dal rito prescelto, riacquistando in tal caso vigore il principio stabilito dall’ultimo comma dell’art. 53 cit. che prevede, come riferimento, la pena per il reato più grave prima dell’aumento per la continuazione (Cass. pen. sez. III, 7.5.2021, n. 35973).

⁵ Al riguardo si segnala che, a fronte di una pena base, applicata al reato più grave fra quelli unificati ai sensi dell’art. 81 c.p., di anni quattro di reclusione, oggi sostituibile, con la vecchia formulazione della norma si sarebbe potuta sostituire una pena detentiva massima di anni dodici, pari al triplo della pena base. In dottrina, condividono l’intervento normativo D. GUIDI, *La riforma delle pene sostitutive*, cit., p. 23, e A. Gargani, *Le nuove pene sostitutive*, cit. p. 22; al contrario, in senso critico, lo annovera fra le preclusioni oggettive all’accesso alle pene sostitutive D. BIANCHI, *Le modifiche in materia di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*, in *Riforma Cartabia la nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso e G. Varraso, CEDAM, 2023, p. 99, il quale sottolinea che la nuova disposizione, ribaltando la regola previgente (più favorevole), obbliga a tener conto dell’intera pena risultante dal cumulo giuridico (e non della porzione di pena quantificata per il reato più grave) ai fini della verifica della ricorrenza dei limiti oggettivi di pena sostituibile fissati agli artt. 20-bis c.p. e 53 comma 1 legge n. 689/1981, e ciò anche nei casi di concorso materiale, poiché anche in questi casi il limite generale di quattro anni è vincolante (il nuovo art. 70 legge n. 689/1981, infatti, stabilisce che «Se il cumulo delle pene detentive sostituite eccede complessivamente la durata di quattro anni, si applica per intero la pena sostituita, salvo che la pena residua da eseguire sia pari o inferiore ad anni quattro»). D’altra parte, in quest’ultimo caso, ai sensi del combinato disposto degli artt. 71, 73 e 76 c.p., salvo che la legge stabilisca diversamente, le pene della stessa specie concorrenti si considerano come pena unica per ogni effetto giuridico, cosicché, in caso di concorso materiale di reati, rispetto ai quali l’imputato, anche con un’unica sentenza, per alcuni ha riportato pena detentiva entro il limite di quattro anni e per altri no, non è possibile sostituire la pena detentiva per i primi e non per i secondi, poiché le pene concorrenti vanno considerate unitariamente. In senso contrario si segnala il provvedimento adottato dal GIP presso il Tribunale di Brindisi in data 3.3.2023, in funzione di giudice dell’esecuzione, ai sensi dell’art. 95 d. lgs. n. 150/2022 (il provvedimento si può leggere su *Giurisprudenza penale web*, 3, 2023, con commento di M.F. QUARANTA, *Pena in cumulo materiale e contestuale accesso a pena sostitutiva ed a sospensione dell’ordine di carcerazione nell’ottica di deflazione carceraria perseguita dalla riforma Cartabia*, il quale scindeva le pene detentive

giurisprudenza di legittimità sviluppatasi nella vigenza del vecchio art. 53 della legge n. 689/81⁶, deve ritenersi che la pena detentiva di anni quattro vada determinata tenuto conto di eventuali riduzioni di pena per effetto dei riti premiali⁷. Inoltre, 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 n. 689/81, 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 applicata⁸.

2.2. Le singole pene sostitutive.

L'art. 56-*quater* della legge n. 689/81 (come introdotto dall'art. 71 del d. lgs. n. 150/2022) stabilisce che per determinare l'ammontare della pena pecuniaria sostitutiva il giudice individua il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l'imputato e lo moltiplica per i giorni di pena detentiva. Il valore giornaliero non può essere inferiore a 5 euro e superiore a 2.500 euro e corrisponde alla quota di reddito giornaliero che può essere impiegata per il pagamento della pena pecuniaria, tenendo conto delle complessive condizioni economiche, patrimoniali e di vita dell'imputato e del suo nucleo familiare. Peraltro, alla sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria si applica l'art. 133-*ter* c.p.;⁹ inoltre, la pena pecuniaria si considera sempre come tale,

rispettivamente pari ad anni tre di reclusione (+ multa) e ad anni due di reclusione (+ multa) irrogate dal giudice della cognizione con la stessa sentenza per due distinti reati, non unificati in concorso formale o continuazione, sostituendo la pena detentiva di anni tre di reclusione con la detenzione domiciliare sostitutiva, e sospendendo ai sensi dell'art. 656, comma 5, c.p.p. l'esecuzione relativa alla restante pena di anni due di reclusione. Condivisibilmente, in senso critico rispetto a questo provvedimento N. MADIA, *Note minime, con andamento rapsodico*, cit., p. 14 e ss., il quale evidenzia che, ove si accedesse alla soluzione del GIP brindisino, l'art. 53, comma 3, della legge n. 689/81 potrebbe risultare sospetto di incostituzionalità, poiché sarebbero sottoposti ad un regime di sfavore i condannati per più reati in regime di concorso formale, ovvero avvinti dal vincolo della continuazione, rispetto ai destinatari del regime del cumulo materiale, nonostante avessero evidenziato maggiore capacità a delinquere, tanto da non potere fruire della disciplina premiale contenuta nell'art. 81 c.p. Inoltre, la separazione delle pene concorrenti sarebbe foriera di un'ulteriore irragionevolezza, poiché si attenuerebbe, fino quasi ad esaurirsi, l'interesse a giovare della regolamentazione di favore del cumulo giuridico e, quindi, della continuazione, poiché l'accesso a tali istituti, al contrario della disciplina del concorso materiale, impedirebbe di considerare in maniera distinta le pene comminate per i singoli reati. In realtà, il GIP brindisino pare non avere considerato il principio dell'unitarietà dell'esecuzione delle pene della stessa specie di cui, appunto, agli artt. 71, 73 e 76 c.p., in base al quale tutte le pene della stessa specie vengono eseguite contemporaneamente come pena unica (vedi *ex plurimis* Cass. pen. sez. I, 11.12.2020, n. 2590/21), sicché non poteva essere consentito lo scioglimento del cumulo per sostituire una delle due pene detentive, non essendo prevista espressamente una diversa disposizione dalla legge n. 689/81.

⁶ Richiamata in nota (4).

⁷ In tale senso, nella più recente giurisprudenza di legittimità, si veda Cass. pen. sez. V, 5.6.2023, n. 31761.

⁸ Cass. pen. sez. II, 1.12.2016, n. 54715 e Cass. pen. sez. I, 11.2.2020, n. 20688.

⁹ Norma a sua volta modificata al primo comma dall'art. 1 comma 1 lett. e) d. lgs. n. 150/2022, che ha previsto la possibilità di rateizzare la pena pecuniaria da un minimo di sei ad un massimo di sessanta rate, senza prevedere alcun interesse per la rateizzazione.

anche se sostitutiva della pena detentiva (vedi art. 57, ultimo comma, della legge n. 689/81, come modificato dall'art. 71 d. lgs. n. 150/2022)¹⁰.

L'art. 56-*bis* della legge n. 689/81 (come introdotto dall'art. 71 del d.lgs. n. 150/2022) stabilisce che il lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione di attività non retribuita in favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le Regioni, le Province, le Città metropolitane, i Comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato. L'attività viene svolta di regola nell'ambito della Regione in cui risiede il condannato e comporta la prestazione di non meno di sei ore e non più di quindici ore di lavoro settimanale da svolgere con modalità e tempi che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del condannato. Tuttavia, se il condannato lo richiede, il giudice può ammetterlo a svolgere il lavoro di pubblica utilità per un tempo superiore. La durata giornaliera della prestazione non può superare comunque le otto ore. Ai fini del computo della pena, un giorno di lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione di due ore di lavoro. E' demandato ad un decreto del Ministro della Giustizia la determinazione delle modalità di svolgimento del lavoro di pubblica utilità.¹¹

L'art. 56 della legge n. 689/81 (nel testo modificato dall'art. 71 d. lgs. n. 150/2022) prevede che la detenzione domiciliare sostitutiva comporta l'obbligo di rimanere in casa o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico o privato di cura, assistenza o accoglienza ovvero in comunità o in case famiglia protette, per non meno di dodici ore al giorno, avuto riguardo a comprovate esigenze familiari, di studio, di formazione professionale, di lavoro o di salute del condannato. In ogni caso, il condannato può lasciare il domicilio per almeno quattro ore al giorno, anche non continuative, per provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita e di salute, secondo quanto stabilito dal giudice.¹² Il luogo di esecuzione della pena deve assicurare le esigenze di tutela della

¹⁰ Secondo la Cassazione (vedi Cass. pen. sez. III, 1.6.2023, n. 33420), anche ai fini dell'applicazione della continuazione, occorre considerare la pena pecuniaria sostitutiva, sicchè, ove la stessa sia stata applicata in relazione ad un reato c.d. satellite, l'aumento sanzionatorio dovrà necessariamente essere determinato in pena pecuniaria, anche quando la fattispecie più grave sia punita con pena detentiva.

¹¹ Nel frattempo, sino all'entrata in vigore di questo decreto, ai sensi dell'art. 95, ultimo comma, d. lgs. n. 150/2022, si applicano, in quanto compatibili, i decreti del Ministro della Giustizia 26.3.2001 e 8.6.2015, n. 88.

¹² Per completezza deve rammentarsi che con ordinanza del 9.5.2023 (pubblicata in G.U. del 20.9.2023, n. 38 r. ord. n. 116/2023) la Corte di Appello di Bologna ha sollevato, fra l'altro, questione di legittimità costituzionale dell'art. 71, comma 1, lettera c), del decreto legislativo n. 150 del 2022 nella parte in cui modifica il primo comma dell'art. 56 della legge 24 novembre 1981, n. 689, stabilendo che la detenzione domiciliare sostitutiva comporta «l'obbligo di rimanere nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico o privato di cura, assistenza o accoglienza ovvero in comunità o in case famiglia protette, per non meno di dodici ore al giorno, avuto riguardo a comprovate esigenze familiari, di studio, di formazione professionale, di lavoro o di salute del condannato. In ogni caso, il condannato può lasciare il domicilio per almeno quattro ore al giorno, anche non continuative, per provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita e di salute, secondo quanto stabilito dal giudice.», anziché la previsione che essa si espia nelle modalità stabilite dall'art. 284 c.p.p., le quali sono richiamate dall'art. 47-*ter*, comma 4, legge n. 354 del 1975 e dall'art. 47-*quinqies*, comma 3, legge n. 354 del 1975, per violazione degli articoli 3, 27 e 76 della Costituzione. La questione verrà trattata dalla Corte costituzionale all'udienza del 10.4.2024. Per un commento a tale ordinanza si rimanda a G. Stallone, *"Somiglianze e differenze: sollevata questione di legittimità costituzionale sulla disciplina della pena sostitutiva della detenzione domiciliare"*, in *Archivio penale web*,

persona offesa dal reato e non può essere un immobile abusivamente occupato. Se il condannato non ha disponibilità di un domicilio idoneo l'UEPE predispone il programma di trattamento individuando soluzioni abitative anche comunitarie adeguate alla detenzione domiciliare. Nel disporre la detenzione domiciliare sostitutiva il giudice deve tenere conto del programma di trattamento elaborato dall'UEPE, che prende in carico il condannato e che riferisce periodicamente sulla sua condotta e sul percorso di reinserimento sociale. Al fine di prevenire la commissione di altri reati o per tutelare la persona offesa, il giudice, ove ritenuto necessario, può prescrivere procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, anche se la temporanea indisponibilità di tali strumenti non può ritardare l'inizio dell'esecuzione della detenzione domiciliare. Sul punto, si applicano in quanto compatibili le disposizioni dell'art. 275-bis, commi 2 e 3, c.p.p. Si applica, in quanto compatibile, l'art. 100 del DPR n. 230/2000, mentre non si applica l'art. 120 del c.d.s.

L'art. 55 della legge n. 689/81 (nel testo modificato dall'art. 71 d. lgs. n. 150/2022) stabilisce che la semilibertà sostitutiva comporta l'obbligo di trascorrere almeno otto ore al giorno in un istituto di pena e di svolgere, per la restante parte del giorno, attività di lavoro, di studio, di formazione professionale o comunque utili alla rieducazione e al reinserimento sociale, secondo il programma di trattamento predisposto dall'UEPE e approvato dal giudice. I condannati alla semilibertà sostitutiva sono assegnati ad appositi Istituti o nelle apposite sezioni autonome di Istituti ordinari, di cui al comma 2 dell'art. 48 della legge n. 354/1975 situati nel Comune di residenza, di domicilio, di lavoro o studio del condannato o comunque più vicino. L'UEPE è incaricato della vigilanza e dell'assistenza del condannato in libertà, mentre al direttore dell'Istituto di pena è attribuito il compito di riferire al magistrato di sorveglianza e all'UEPE eventuali violazioni ai sensi dell'art. 66 della legge n. 689/81. Si applicano, in quanto compatibile, le disposizioni dell'art. 101, commi 1, 2 e da 5 a 9 del DPR n. 230/2000, mentre non si applica l'art. 120 del c.d.s.

L'art. 56-ter della legge n. 689/81 (nel testo introdotto dall'art. 71 d. lgs. n. 150/2022) prevede prescrizioni comuni alle tre pene sostitutive della semilibertà, della detenzione domiciliare e del lavoro di pubblica utilità¹³.

24.11.2023.

¹³ Si tratta del: 1) divieto di detenere e portare a qualsiasi titolo armi, munizioni ed esplosivi, anche se è stata concessa la relativa autorizzazione di polizia; 2) il divieto di frequentare abitualmente, senza giustificato motivo, pregiudicati e persone sottoposte a misure di sicurezza, a misure di prevenzione o comunque persone che espongano concretamente il condannato al rischio di commissione di reati, salvo si tratti di familiari o di altre persone conviventi stabilmente; 3) obbligo di permanere nell'ambito territoriale, di regola regionale, stabilito nel provvedimento che applica o dà esecuzione alla pena sostitutiva; 4) il ritiro del passaporto e la sospensione della validità ai fini dell'espatrio di ogni altro documento equipollente; 5) l'obbligo di conservare, di portare con sé e di presentare ad ogni richiesta degli organi di polizia il provvedimento che applica o dà esecuzione alla pena sostitutiva e l'eventuale provvedimento di modifica delle modalità di esecuzione della pena, adottato a norma dell'articolo 64. Non si tratta, peraltro, di pene accessorie, la cui applicazione dipende dalla discrezionale valutazione da parte del giudice, bensì costituiscono un contenuto predeterminato e necessario della pena sostitutiva come tale da applicarsi obbligatoriamente, anche in caso di patteggiamento (Cass. pen. sez. VI, 16.5.2023, n. 30768, in motivazione la Corte ha precisato che la richiesta formulata dall'imputato per l'applicazione di dette pene sostitutive,

L'art. 57 della legge n. 689/81 (nel testo sostituito dall'art. 71 d. lgs. n. 150/2022) prevede che la durata della semilibertà sostitutiva e della detenzione domiciliare sostitutiva è pari a quella della pena detentiva sostituita. La durata del lavoro di pubblica utilità sostitutivo corrisponde a quella della pena detentiva sostituita ed è determinata secondo i criteri di cui all'art. 56-bis. Per ogni effetto giuridico, la semilibertà, la detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità sostitutivi si considerano come pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena sostituita ed un giorno di pena detentiva equivale ad un giorno di semilibertà, di detenzione domiciliare o di lavoro di pubblica utilità sostitutivi.

2.3. *Le preclusioni soggettive e oggettive.*

L'art. 59 della legge n. 689/81, come sostituito dall'art. 71 del d. lgs. n. 150/2022, esclude, per gli imputati maggiorenni¹⁴, che la pena detentiva breve possa essere sostituita in presenza di alcune condizioni soggettive.

In particolare, premesso che, astrattamente, qualsiasi precedente condanna lascia aperta la possibilità per l'imputato di ottenere la sostituzione della pena detentiva¹⁵, la pena detentiva non può essere sostituita: a) nei confronti di chi ha commesso il reato per cui si procede entro tre anni dalla revoca della semilibertà, della detenzione domiciliare o del lavoro di pubblica utilità ai sensi dell'art. 66 della legge n. 689/81, ovvero nei confronti di chi ha commesso un delitto non colposo durante l'esecuzione delle medesime pene sostitutive, anche se è sempre fatta salva la possibilità di applicare una pena sostitutiva di specie più grave di quella revocata. Dunque, si tratta di una preclusione relativa, essendo sempre fatta salva la possibilità di applicare una pena sostitutiva di specie più grave di quella revocata; b) con la pena pecuniaria, nei confronti di chi, nei cinque anni precedenti, è stato condannato a pena pecuniaria, anche sostitutiva, e non l'ha pagata, salvi i casi di conversione per insolvibilità ai sensi degli artt. 71 e 103 legge n. 689/81;¹⁶ c) nei confronti dell'imputato cui deve essere applicata

ovvero il consenso prestato alla richiesta del p.m., implica necessariamente l'accettazione delle prescrizioni che le connotano). È possibile, poi, che per finalità di prevenzione della commissione di ulteriori reati, il giudice possa prescrivere il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa. Si applica l'art. 282-ter c.p.p., in quanto compatibile.

¹⁴ La norma non è applicabile agli imputati minorenni ai sensi dell'ultimo comma del novellato art. 59 legge n. 689/81. Si veda, altresì, l'art. 30, comma 3, DPR n. 448/1988, come modificato dell'art. 73 del d. lgs. n. 150/2022.

¹⁵ Sul punto, condivisibilmente, E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia*, cit., p. 14, che evidenzia come sia venuta meno ogni preclusione, dettata dal vecchio art. 59 legge n. 689/81, relativa a precedenti condanne a più di tre anni di pena detentiva alle quali sia seguita entro cinque anni la commissione del nuovo reato.

¹⁶ Le ipotesi di cui alle lett. a) e b) sanzionano la cattiva prova fornita dal condannato nell'esecuzione di una pena sostitutiva o di una pena pecuniaria (anche quando si tratti di una pena pecuniaria principale) precedentemente applicata per un diverso reato (in questo senso, condivisibilmente, R. DE VITO, *Le pene sostitutive*, cit., p. 11, che rileva come queste ipotesi sono sostanzialmente collegate ad una cattiva sperimentazione del condannato in una precedente pena sostitutiva). Come sottolineato da E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia*, cit., p. 15, la logica sottostante è quella stessa che ispira l'art. 58, comma 1, ultimo periodo,

una misura di sicurezza, salvo i casi di parziale incapacità di intendere e di volere¹⁷; d) nei confronti dell'imputato di uno dei reati di cui all'art. 4-bis della legge n. 354/1975, salvo che sia stata riconosciuta la circostanza attenuante di cui all'art. 323-bis, comma 2, c.p.¹⁸

della legge n. 689/81, come modificato dall'art. 71 d. lgs. n. 150/2022, con l'effetto di prevenire futuri insuccessi nell'esecuzione delle pene sostitutive e incentivare la corretta esecuzione delle pene sostitutive, vecchie e nuove.

¹⁷ Come rilevato da E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia*, cit., p. 15, posto che l'applicazione di una pena sostitutiva presuppone che il giudice ritenga tale pena idonea ad assicurare la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati, è del tutto conseguente che una pena sostitutiva non possa applicarsi a chi è stato ritenuto socialmente pericoloso ex art. 202 e 203 c.p.

¹⁸ Secondo D. BIANCHI, *Le modifiche in materia di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*, cit., p. 97, pur essendo state da tempo abrogate le «Esclusioni oggettive» di cui all'originario art. 60 l. n. 689/1981 dall'art. 4 della legge n. 134/2003, tuttavia sarebbe evidente che taluni reati sono stati estromessi dall'ambito applicativo delle pene sostitutive. Il riferimento è, appunto, all'eterogenea lista di reati ostativi secondo l'ordinamento penitenziario: l'art. 59 comma 1 lett. d l. n. 689/1981 opera un rinvio – formale e indiscriminato – all'art. 4-bis della legge n. 354/1975 per l'individuazione delle fattispecie criminose escluse dalla possibilità di sostituzione. Il legislatore ha inserito tale preclusione all'interno delle «Condizioni soggettive per la sostituzione della pena detentiva» (questa la rubrica dell'art. 59 legge n. 689/1981) ma è palese che essa non abbia nulla di "soggettivo": è l'oggettivo titolo di reato per cui si viene condannati a impedire la sostituzione, non una qualche caratteristica del soggetto condannato. Né, sostiene l'Autore, varrebbe in proposito controbattere che l'art. 4-bis l. n. 354/1975 darebbe rilievo alla pericolosità sociale "tipica" dei responsabili di certi delitti e che dunque, nel richiamare detta disposizione, l'art. 59 legge n. 689/1981 continuerebbe a ben vedere a seguire una logica specialpreventiva "soggettivizzante". È infatti notissimo che l'art. 4-bis l. n. 354/1975 ha perso la sua *ratio* originaria di strumento di lotta al crimine organizzato (*ratio* comunque estranea ad un'ottica propriamente specialpreventiva), essendo divenuto l'anodino contenitore di tutta una serie di reati reputati di "particolare allarme sociale" dal legislatore di turno e perciò bisognosi, secondo una prospettiva sostanzialmente neoretribuzionista, di una risposta punitiva quanto più dura e inflessibile. L'anima special-preventiva di quella disciplina non è espressa certo dalla selezione dei reati ivi compiuta ma riemerge – faticosamente – dalla regolamentazione delle ipotesi di esclusione della pericolosità sociale (di per sé presunta dalla disposizione) che consentono di superare la condizione di "ostatività": l'utile collaborazione con l'Autorità Giudiziaria o le nuovissime fattispecie complesse per i non collaboranti di cui ai commi 1-bis e 1-bis.1 dell'art. 4-bis l. n. 354/1975 (fattispecie introdotte – su "ammonimento" di Corte cost., ord. 15.4.2021, n. 97 – dal d.l. 31.10.2022, n. 162, convertito con modificazioni in l. 30.12.2022, n. 199) in relazione ai reati cc.dd. di prima fascia, l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva per i delitti cc.dd. di seconda fascia, l'osservazione scientifica della personalità per i reati di cui al comma 1-quater dell'art. 4-bis l. n. 354/1975. Il d.lgs. n. 150/2022, però, sottolinea l'Autore, nel riformulare l'art. 59 legge n. 689/1981, ha seccamente richiamato i reati previsti all'art. 4-bis legge n. 354/1975, senza alcun riferimento alle ipotesi di superamento dell'ostatività previste dalla medesima disposizione. L'unica ipotesi richiamata dall'art. 59 l. n. 689/1981 è quella della condotta collaborativa ex art. 323-bis comma 2 c.p., la quale però non ha più alcun rilievo, dato che la l. n. 199/2022 ha escluso i reati contro la pubblica amministrazione dalla lista dei reati ostativi (su quest'ultimo aspetto, si veda anche R. DE VITO, *"Le pene sostitutive..."*, cit., p. 12, che ritiene il rinvio all'art. 4-bis legge n. 354/1975, effettuato dall'art. 59 legge n. 689/81, quale rinvio alla fonte e a tutte le successive modifiche della stessa, con la conseguenza che anche ai delitti contro la pubblica amministrazione potrebbe applicarsi il meccanismo della sostituzione, purché ovviamente il giudice ritenga di dovere determinare la pena entro i quattro anni). Appare allora evidente, chiosa l'Autore, che la preclusione di cui all'art. 59 comma 1 lett. d) legge n. 689/1981 ha carattere puramente oggettivo e, peraltro, sostiene l'Autore, si esporrebbe a seri dubbi di legittimità costituzionale, considerate, da un lato, l'estrema varietà e disomogeneità dell'elenco dei reati ostativi (anzitutto dal punto di vista della gravità e del sostrato criminologico) e, dall'altro, l'inammissibilità di qualsiasi presunzione di pericolosità sociale invincibilmente risultante dalla mera integrazione di una di quelle fattispecie.

L'art. 61-*bis* della legge n. 689/81, come introdotto dall'art. 71 d. lgs. n. 150/2022, esclude la possibilità di applicare le disposizioni di cui agli artt. 163 e ss. c.p. alle pene sostitutive¹⁹. Dunque, il beneficio della sospensione condizionale della pena (entro i limiti sanzionatori in cui è ammesso dagli artt. 163 e ss. c.p.) è alternativo alla sostituzione della pena detentiva breve, come emerge anche chiaramente dall'art. 58, comma 1, della legge n. 689/81, come sostituito dall'art. 71 d. lgs. n. 150/2022, e dall'art. 545-*bis*, comma 1, c.p.p., come introdotto dall'art. 31 del d. lgs. n. 150/2022. Al contrario, il beneficio della non menzione della condanna nel certificato penale può essere concesso anche in caso di condanna a pena sostitutiva di una pena detentiva, entro i limiti di pena di cui al comma 1 dell'art. 175 c.p. (vedi comma 3 dell'art. 175 c.p., come inserito dall'art. 1, comma 1, lett. n) del d. lgs. n. 150/2022). Giova evidenziare a quest'ultimo riguardo che i provvedimenti giudiziari definitivi di condanna alle pene sostitutive e i provvedimenti di conversione di cui agli artt. 66, comma 3, e 72, comma 4, della legge n. 689/81, nonché i provvedimenti di conversione di cui agli artt. 71, 102, 103 e 108 della legge n. 689/81 e dell'art. 55 d. lgs. n. 274/00 sono iscritti nel casellario giudiziale (vedi art. 3 lett. g) e g-*bis*) dpr n. 313/02, come sostituiti o introdotti dall'art. 82 del d. lgs. n. 150/2022).

2.4. Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione e nella scelta della pena sostitutiva: aspetti sostanziali.

La disposizione cardine, che concerne le modalità attraverso le quali il giudice esercita il suo potere discrezionale nell'applicazione e nella scelta delle pene sostitutive, è rappresentata, sul piano sostanziale²⁰, dall'art. 58 della legge n. 689/81, nel testo sostituito dall'art. 71 del d. lgs. n. 150/2022, a mente del quale (comma 1) il giudice, se non ordina la sospensione condizionale della pena, nei limiti fissati dalla legge, tenuto conto dei criteri indicati nell'art. 133 c.p., può applicare le pene sostitutive della pena detentiva quando risultano più idonee alla rieducazione del condannato e quando, anche attraverso opportune prescrizioni, assicurano la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati. Peraltro, la pena detentiva non può essere sostituita quando sussistono fondati motivi per ritenere che le prescrizioni non saranno adempiute dal condannato. Quindi, il giudice, ove non vi siano preclusioni, ove la pena in concreto inflitta lo consenta e ove non ritenga di concedere il beneficio di cui agli artt. 163 e ss. c.p.p., considerati tutti i criteri di cui all'art. 133 c.p. (gravità del reato/capacità a delinquere del colpevole)²¹, deve scegliere se applicare o meno la pena sostitutiva

¹⁹ Al contrario, con riguardo alle sanzioni sostitutive, la giurisprudenza era da sempre attestata sulla compatibilità del beneficio della sospensione condizionale della pena con le sanzioni sostitutive: vedi da ultimo Cass. pen. sez. IV, 24.11.2021, n. 46157.

²⁰ Sul piano processuale, come vedremo, il riferimento è all'art. 545-*bis* c.p.p.

²¹ Criteri che, come opportunamente osservato in dottrina (D. GUIDI, *La riforma delle pene sostitutive*, cit. p. 33), entrano in gioco due volte, sia nella fase in cui viene determinata l'entità della pena da infliggere in concreto, sia nella fase della decisione sulla sostituzione.

tenendo presente, da un lato, la finalità rieducativa della pena, dall'altra l'esigenza di prevenzione del pericolo di commissione di altri reati²². Sotto quest'ultimo profilo, assume particolare rilievo la prognosi negativa circa l'adempimento delle prescrizioni da parte del condannato, che deve fondarsi, però, a differenza del passato, in cui la norma riteneva sufficienti mere presunzioni, su fondati motivi²³.

Una volta optato per la sostituzione della pena detentiva, i successivi commi dell'art. 58 legge n. 689/81 disciplinano l'esercizio del potere discrezionale del giudice in ordine alla scelta della pena sostitutiva da applicare (fermo restando che, come vedremo, a parte la pena pecuniaria, per le altre vi è necessità di acquisire il consenso dell'imputato²⁴). Il giudice, motivando adeguatamente, deve, pertanto, optare per la pena sostitutiva che sia più idonea alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato con il minore sacrificio della libertà personale, e, in quest'ultima ottica, quando applica la semilibertà o la detenzione domiciliare sostitutiva, deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonei nel caso concreto il lavoro di pubblica utilità o la pena pecuniaria sostitutiva. In ogni caso, nella scelta tra le pene sostitutive diverse da quella pecuniaria, il giudice deve tenere conto di particolari condizioni soggettive dell'imputato, legate all'età, alla salute psico-fisica, alla maternità/paternità, alle condizioni di disturbo da uso di sostanze stupefacenti o alcoliche ovvero da gioco d'azzardo, appositamente certificate, dalle condizioni di persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria appositamente certificate.

²² Sottolinea significativamente la Relazione illustrativa della Riforma c.d. Cartabia a p. 377 che «il giudice di cognizione è pertanto chiamato a compiere una valutazione analoga a quella che il tribunale di sorveglianza compie allorché concede una misura alternativa alla detenzione (cfr. per l'affidamento in prova al servizio sociale l'art. 47 co. 2, ultima parte, l. n. 354/75)».

²³ A quest'ultimo riguardo è bene ricordare l'insegnamento delle Sezioni Unite, tutt'ora valido in relazione all'attuale disciplina della pena pecuniaria sostitutiva: «la sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria è consentita anche in relazione a condanna inflitta a persona in condizioni economiche disagiate, in quanto la prognosi di inadempimento, ostativa alla sostituzione in forza dell'art. 58, secondo comma, L. 24 novembre 1981 n. 689 ("Modifiche al sistema penale"), si riferisce soltanto alle pene sostitutive di quella detentiva accompagnate da prescrizioni, ossia alla semidetenzione e alla libertà controllata, e non alla pena pecuniaria sostitutiva, che non prevede alcuna particolare prescrizione" (Cass. pen. sez. un., 22.4.2010, n. 24476: nell'enunciare tale principio, la Corte ha affermato che, nell'esercitare il potere discrezionale di sostituire le pene detentive brevi con le pene pecuniarie corrispondenti, il giudice deve tenere conto dei criteri indicati nell'art. 133 c.p., tra i quali è compreso quello delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale dell'imputato, ma non quello delle sue condizioni economiche).

²⁴ In relazione a questo aspetto, si evidenzia che l'art. 5 dello schema di decreto legislativo correttivo, predisposto dal Governo ai sensi dell'art. 1 comma 4 della legge n. 134/2021, approvato, in via preliminare, dal Consiglio dei Ministri nel corso della riunione del 16.11.2023 (in questa *Rivista*, 16.1.2024), prevede l'inserimento, dopo il secondo comma dell'art. 58 della legge n. 689/81, del seguente comma: «Le pene sostitutive della semilibertà, della detenzione domiciliare e del lavoro di pubblica utilità possono essere applicate solo con il consenso dell'imputato, espresso personalmente o a mezzo di procuratore speciale».

2.5. Segue: aspetti processuali, l'art. 545-bis c.p.p.

Esaurito il sommario esame delle disposizioni di carattere sostanziale, si passa ad esaminare più nel dettaglio gli aspetti processuali relativi all'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi, partendo dalla norma centrale nel sistema, e cioè l'art. 545-bis c.p.p., introdotto dall'art. 31 del d. lgs. n. 150/2022, per poi passare ad esaminare tutti gli ambiti di rilievo della fase di cognizione.

L'art. 545-bis c.p.p. è incentrato sul modello c.d. bifasico del *sentencing* di matrice anglosassone²⁵, non nuovo al nostro ordinamento, rinvenendone un "timido" primordiale esempio nell'art. 33 del dpr n. 274/00.

La norma è stata innanzitutto collocata nel Capo III, del Titolo III del Libro VII del codice di rito, quello dedicato agli atti successivi alla deliberazione, per una precisa scelta del legislatore²⁶.

Il comma 1 dell'art. 545-bis c.p.p. stabilisce che, quando è stata applicata una pena detentiva non superiore a quattro anni e non è stata ordinata la sospensione condizionale della pena, subito dopo la lettura del dispositivo, il giudice, se ricorrono le condizioni per sostituire la pena detentiva con una delle pene sostitutive di cui all'art. 53 della legge n. 689/81, ne dà avviso alle parti. Se l'imputato, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, acconsente alla sostituzione della pena detentiva con una pena diversa dalla pena pecuniaria, ovvero se può avere luogo la sostituzione con detta pena, il giudice, sentito il p.m., quando non è possibile decidere immediatamente, fissa un'apposita udienza non oltre sessanta giorni, dandone contestale avviso alle parti e all'UEPE competente. In tale caso il processo è sospeso²⁷.

Il comma 2 prosegue disponendo che, al fine di decidere sulla sostituzione della pena detentiva e sulla scelta della pena sostitutiva ai sensi dell'art. 58 della legge n. 689/81, nonché ai fini della determinazione degli obblighi e delle prescrizioni relative, il giudice può acquisire dall'UEPE e, se del caso, dalla p.g. tutte le informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita, personali, familiari, sociali, economiche e patrimoniali dell'imputato. Il giudice può richiedere, altresì, il programma di trattamento della semilibertà, della detenzione domiciliare e del lavoro di pubblica utilità con la relativa disponibilità dell'ente. Agli stessi fini, il giudice può acquisire altresì, dai soggetti indicati dall'art. 94 dpr. n. 309/90, la certificazione di disturbo da uso di sostanze stupefacenti o psicotrope, o di alcol ovvero da gioco d'azzardo e il

²⁵ Sul tema in generale si rimanda a E.A.A. DEI CAS, *Sentencing inglese e prospettive di un processo bifasico in Italia: potenzialità e insidie*, in *Archivio penale web*, 3.3.2022.

²⁶ Per le ragioni di tale opzione si rimanda per brevità alla Relazione illustrativa della Riforma c.d. Cartabia, p. 413.

²⁷ Ai sensi dell'art. 304, comma 1 lett. c-ter), c.p.p., come introdotto dall'art. 13 comma 1, lett. f), n. 2), d. lgs. n. 150/22, in questo caso, durante il tempo intercorrente tra la lettura del dispositivo e l'udienza fissata per la decisione sull'eventuale sostituzione della pena detentiva, in ogni caso per un periodo non superiore a sessanta giorni, i termini di durata delle misure cautelari sono sospesi. Conseguenzialmente, per il medesimo periodo risulterà sospeso il termine di prescrizione del reato ai sensi dell'art. 159, comma 1, c.p., ovvero risulterà sospeso il termine di improcedibilità di cui all'art. 344-bis c.p.p. (vedi comma 6 della citata disposizione).

programma terapeutico, che il condannato abbia in corso o a cui intenda sottoporvisi. Le parti possono depositare documentazione all'UEPE e, fino a cinque giorni prima dell'udienza, possono presentare memorie in cancelleria²⁸.

Soffermandoci per un attimo su questi primi due commi della norma, la prima domanda è se e quando il giudice è tenuto ad avvisare l'imputato della possibile sostituzione della pena detentiva.

Deve riconoscersi che la formulazione dei due commi, letti in combinato disposto, non è chiara e consente interpretazioni diverse.

Secondo una prima prospettazione, un'interpretazione conforme alla complessiva *ratio* della riforma – basata sul consenso dell'imputato per attivare la sostituzione con le pene-programma (quella officiosa è prevista per la sola pena pecuniaria) – dovrebbe indurre a preferire una soluzione che imponga al giudice di dare avviso alle parti sulla base dei soli presupposti obiettivi e in fase anteriore alla decisione sull'idoneità della misura a prevenire il pericolo di recidiva²⁹. In buona sostanza, il giudice dovrebbe solo limitarsi a verificare il limite edittale della pena detentiva irrogata (non superiore a quattro anni), la non concedibilità della sospensione condizionale della pena, l'assenza delle preclusioni di cui all'art. 59 della legge n. 689/81, rimandando alla fase successiva a quella dell'avviso ogni valutazione sul merito della sostituibilità della pena ai sensi dell'art. 58 della legge n. 689/81. Di conseguenza, in presenza delle "astratte" condizioni per accedere alla pena sostitutiva, il mancato avviso alle parti profilerebbe una nullità per omesso contraddittorio³⁰ che potrebbe costituire motivo di impugnazione della sentenza, sia nel caso della mancata sostituzione della pena detentiva che nell'ipotesi inversa.

Questa tesi, che è alla base di alcuni schemi operativi predisposti in alcuni Uffici Giudiziari in virtù di intese tra i medesimi e i competenti organismi dell'Avvocatura e dell'UEPE³¹, potrebbe trovare un appiglio giustificativo nel secondo comma dell'art. 545-bis c.p.p., laddove si dice che, ai fini di decidere sulla sostituzione della pena detentiva e sulla scelta della pena sostitutiva ai sensi dell'art. 58 della legge n. 689/81 [...], il giudice

²⁸ Giova evidenziare che, se è vero che la norma pone a carico del giudice l'onere di sentire il pubblico ministero, è indubbio che in questa sede potrà trovare ascolto anche la persona offesa, specie se costituitasi parte civile, la quale può sempre presentare memoria ai sensi dell'art. 90 c.p.p.: in tale senso M. VENTUROLI, *La vittima del reato tra riconoscimenti formali e nuovi orizzonti sanzionatori*, in "Riforma Cartabia la nuova giustizia penale", a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso e G. Varraso, CEDAM, 2023, p. 555.

²⁹ In tale senso R. DE VITO, *Le pene sostitutive*, cit., p. 15.

³⁰ Evidentemente ai sensi dell'art. 178 lett. b) e c) c.p.p.

³¹ Si allude, ad esempio, allo schema operativo per la sostituzione delle pene detentive brevi elaborato presso gli Uffici milanesi (pubblicato su questa *Rivista*, 14.2.2023), secondo il quale il giudice, dopo la lettura del dispositivo, se ricorrono i soli requisiti formali (misura della pena inflitta, assenza di sospensione della pena, assenza delle condizioni ostative di cui all'art. 59 della legge n. 689/81), deve sempre dare avviso alle parti della possibilità di accedere alla pena sostitutiva, procedendo a raccogliere il consenso dell'imputato ed acquisendo il parere del p.m. In caso contrario dà atto a verbale della sussistenza delle condizioni ostative ai sensi dell'art. 59 della legge n. 689/81. Solo dopo avere avvisato le parti ed avere acquisito il consenso dell'imputato, ed avere sentito, quindi, anche il p.m., il giudice potrebbe decidere per l'insussistenza delle condizioni di merito per la sostituzione della pena detentiva ai sensi dell'art. 58 della legge n. 689/81, confermando immediatamente il dispositivo dandone atto a verbale.

può acquisire tutte le informazioni dall'UEPE competente o dalla p.g. Se la norma si fosse limitata a richiamare l'art. 58 della legge n. 689/81 solo ai fini della scelta della pena sostitutiva, si poteva sostenere con maggiore tranquillità che, laddove nel primo comma si afferma che il giudice, se ricorrono le condizioni per sostituire la pena detentiva, ne dà avviso alle parti, le condizioni cui allude la disposizione riguardano non solo quelle "astratte", ma anche quelle di merito. Invece, dal momento che il secondo comma dell'art. 545-bis c.p.p., anche per la decisione sulla sostituzione della pena detentiva, consente al giudice di acquisire le informazioni da UEPE e p.g., sembrerebbe posticipare la valutazione di merito circa la sostituzione della pena detentiva ad un momento successivo all'avviso dato alle parti dell'astratta possibilità di accesso alla sostituzione.

D'altra parte, va anche aggiunto che, secondo una recente pronuncia della Cassazione, dalle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'art. 545-bis c.p.p. emergerebbe che il consenso all'applicazione della pena sostitutiva non potrebbe essere espresso prima della lettura del dispositivo. Non vi sarebbe spazio per una istanza anteriore, poiché solo il condannato, quando abbia avuto contezza della pena da sostituire, potrebbe acconsentire - non richiedere -, anche tramite il difensore munito di procura speciale, all'applicazione di una pena sostitutiva. Ne consegue che non sarebbe possibile avanzare un'istanza di sostituzione della pena prima della conclusione del processo, in quanto essa sarebbe inidonea a far sorgere un obbligo del giudice di provvedere su di essa e quindi di motivare³². A seguire questa tesi, il giudice, una volta pronunciata condanna a pena, non sospesa, che astrattamente consente l'accesso alla pena sostitutiva, in mancanza di condizioni oggettive ostative, sarebbe tenuto a fornire l'avviso all'imputato per l'eventuale consenso alla pena sostitutiva, poiché solo dopo la lettura del dispositivo l'imputato potrebbe validamente esprimersi circa la sostituzione della pena detentiva³³.

In realtà, la tesi opposta³⁴, a mente della quale il giudice deve o meno dare avviso alle parti della possibile sostituzione della pena detentiva non solo se sussistono o meno le condizioni "astratte" di cui si è detto, ma anche se ritiene o meno nel merito

³² Cass. pen. sez. F., 10.8.2023, n. 34910.

³³ Questa tesi, per quanto suggestiva, non convince, poiché non si comprende per quale ragione l'imputato non potrebbe prospettare preventivamente al giudice, ove mai la pena irrogabile astrattamente lo consentisse, l'accesso alla pena sostitutiva. Anzi, nei protocolli operativi predisposti negli Uffici Giudiziari si auspica un atteggiamento propositivo e collaborativo da parte dell'imputato, nel formulare richieste anticipate con allegata anche la necessaria documentazione, onde consentire al giudice di ricorrere il meno possibile all'udienza di *sentencing*.

³⁴ Fatta propria, sembrerebbe, in altri schemi operativi adottati in altre realtà giudiziarie (vedi ad esempio lo schema operativo adottato presso gli Uffici Giudiziari torinesi pubblicato sempre in questa *Rivista*, 16.6.2023, nonché in *Cassazione Penale*, 2023, p. 2994, con "osservazioni" di A. BASSI, dove si legge al punto 3a) "Avviso": «Il Giudice, qualora, per assenza di una richiesta anticipata o perché ritenga insufficienti gli elementi fattuali per procedere ad una decisione immediata, non pronunci una sentenza di condanna a pena sostitutiva, se ricorrono i requisiti formali (misura della pena inflitta, assenza di sospensione della pena, assenza delle condizioni ostative di cui all'art. 59 L. n. 689/81) e se ritenga ai sensi dell'art. 58, L. 689/81, di potere applicare una pena sostitutiva, darà avviso alle parti della possibilità di accedere alle pene sostitutive». La conseguenza è che, ove il giudice non ritenga di fornire alcun avviso alle parti, ne dovrà rendere congrua motivazione nella sentenza, ciò al fine di consentire l'instaurazione del doveroso controllo di legittimità nei successivi gradi di giudizio).

sostituibile la pena, appare maggiormente compatibile con i principi generali che regolano il sistema delle pene sostitutive, nonché con esigenze di economia processuale.

Invero, non va taciuto che, anche nel presente sistema, come in quello precedente delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, la pena sostitutiva non costituisce un diritto dell'imputato, ma rientra nell'alveo della valutazione discrezionale del giudice, che deve essere condotta con l'osservanza dei criteri di cui all'art. 133 c.p., prendendo in esame, fra l'altro, le modalità del fatto per il quale è intervenuta condanna e la personalità del condannato. Ora come allora, pervero, è l'art. 58 della legge n. 689/81 che regola il potere discrezionale del giudice nella scelta innanzitutto circa l'applicazione o meno della sanzione sostitutiva, e questa scelta, come visto, non è limitata solo all'astratto controllo formale della sostituibilità della pena detentiva breve, ma è estesa anche alla possibilità concreta della sostituzione in funzione rieducativa e risocializzante, da un lato, ma anche general-preventiva, tenuto conto dei criteri di cui all'art. 133 c.p.³⁵

Certamente, le informazioni che il giudice potrà ricevere da UEPE e p.g. (eventualmente anche prima della deliberazione della sentenza, ove le parti si facciano parti attive e diligenti nel formulare al giudice la richiesta di pena sostitutiva, corroborata dai necessari elementi fattuali di valutazione anche in ordine all'eventuale scelta della stessa³⁶) potranno fornirgli ulteriori riscontri valutabili ai sensi dell'art. 133 c.p., consentendogli di confermare o rivedere il convincimento raggiunto prima della deliberazione della sentenza; ma è indubbio che, stante il richiamo all'art. 133 c.p. contenuto nell'art. 58, comma 1, legge n. 689/81, è sulla base di quei criteri, che sono, principalmente, quelli emergenti all'esito del giudizio di primo grado, che il giudice è

³⁵ Ha ricordato quanto riportato nel testo una recente sentenza della Cassazione (Cass. pen. sez. VI, 10.5.-28.7.2023, n. 33027), che, sulla base dell'art. 58 della legge n. 689/81, come modificato dall'art. 71 del d. lgs. n. 150/2022, ha ribadito quanto già affermato dalla Cassazione (vedi Cass. pen. sez. III, 27.1.2015, n. 19326) nella vigenza della disciplina delle vecchie sanzioni sostitutive, e cioè che l'accesso alla pena sostituita non costituisce un diritto dell'imputato, ma rientra nell'ambito delle valutazioni discrezionali che la legge demanda al giudice. Sottolinea che costituisce espressione di un potere discrezionale del giudice quanto statuito dall'art. 545-bis, comma 1, c.p.p. anche Cass. pen. sez. II, 13.9.2023, n. 38432, il cui esercizio, svolto ai sensi del combinato disposto degli artt. 58 legge n. 689/81 e 133 c.p., non è sindacabile in Cassazione ove fondato su un accertamento di fatto motivato in modo non manifestamente illogico (Cass. pen. sez. VI, 12.7.2023, n. 37678 e, nello stesso senso, Cass. pen. sez. V, 11.7.2023, n. 43622, che sottolinea come il controllo della S.C. rispetto alla decisione del giudice di merito di non farsi luogo alla sostituzione della pena detentiva non possa che fermarsi – secondo i principi generali che regolano il giudizio di legittimità e quelli specificamente affermati in tema di trattamento sanzionatorio - alla verifica della sussistenza di una congrua motivazione che dia conto dell'esistenza di quei fondati motivi ostativi ad una prognosi favorevole al futuro comportamento del condannato che involge il rispetto delle prescrizioni, e non solo di quelle imposte dal giudice, ma anche di quelle insite nelle stesse pene sostitutive che tendenzialmente impongono adempimenti comportamentali specifici).

³⁶ Comportamento "virtuoso", come detto, ampiamente caldeggiato in tutti i protocolli operativi approvati nelle diverse sedi giudiziarie, nonché da F. GROSSO, *Riforma Cartabia: riflessione preliminari in materia di pene sostitutive*, in *Giurisprudenza penale web*, 2023, 5 e ancora da A. CALCATERRA, *Le novità introdotte dalla riforma Cartabia. Le nuove soluzioni sanzionatorie e il rinnovato ruolo dell'avvocatura*, in *Questione Giustizia*, 15.2.2023, p. 5.

chiamato a decidere se, in presenza di tutti gli elementi astratti per la sostituibilità della pena, procedere o meno alla sostituzione.

In definitiva, laddove il comma 1 dell'art. 545-*bis* c.p.p. stabilisce che il giudice, se ricorrono le condizioni per sostituire la pena detentiva con una delle pene sostitutive previste dall'art. 53 della legge n. 689/81, ne dà avviso alle parti, non può che alludere all'esercizio del potere discrezionale del giudice così come tratteggiato, sul piano sostanziale, dall'art. 58 comma 1 della legge n. 689/81, che non richiama soltanto la verifica formale dei presupposti di accessibilità alla sostituzione della pena, sicché ove il giudice ritenga non sostituibile la pena, valutati tutti gli elementi di cui all'art. 133 c.p., poiché alcuna delle pene sostitutive sarebbe idonea alla rieducazione del condannato, ovvero perché alcuna delle pene sostitutive sarebbe in grado di assicurare la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati, nonostante le eventuali prescrizioni, e, anzi, poiché sussistono fondati motivi per ritenere che l'imputato non adempirà alle prescrizioni eventualmente impostegli con le pene sostitutive, non avrà alcun obbligo di avvisare le parti, ma potrà semplicemente limitarsi ad emettere il dispositivo di sentenza e a fornire adeguata motivazione in ordine all'esercizio del suo potere discrezionale con la stessa sentenza³⁷. D'altra parte, che senso avrebbe, sotto il profilo dell'economia processuale, dare avviso alle parti dell'astratta possibilità di sostituzione della pena, quando il giudice già fosse convinto della sua non sostituibilità nel merito? Il senso dell'apertura al contraddittorio (ove non sviluppato, peraltro, anche rispetto a questo aspetto in precedenza, nella fase del giudizio, dove le parti, come detto, potrebbero farsi parti attive e diligenti fornendo al giudice elementi di valutazione anche in ordine alla opzione della migliore pena sostitutiva applicabile) è da ricercarsi nella preventiva valutazione fatta dal giudice circa la sostituibilità, non solo astratta, ma anche concreta della pena detentiva. Solo dopo questa positiva valutazione, e sempre che il giudice non abbia già tutti gli elementi per decidere anche sulla scelta della pena sostitutiva e sulle concrete modalità attuative della stessa, è doveroso aprire le porte del contraddittorio, innanzitutto per l'acquisizione del consenso dell'imputato rispetto alle pene sostitutive diverse da quella pecuniaria³⁸, quindi per sentire il p.m. (che,

³⁷ Recentemente, in senso conforme Cass. pen. sez. II, 29.9.2023, n. 43848, che sottolinea che l'omesso avviso ai sensi dell'art. 545-*bis* c.p.p. non dà luogo ad alcuna nullità, in quanto presuppone una negativa valutazione di merito, sia pure implicita, del giudice sulla sussistenza dei presupposti per accedere alla pena sostitutiva. Ne deriva che se in ipotesi il giudice ritenga non sussistenti i presupposti per accedere alla misura sostitutiva, non è tenuto ad avvisare l'imputato, né tantomeno a sospendere il processo e potrà spiegare le ragioni del mancato esercizio del suo potere officioso in sentenza, impugnabile secondo le regole generali. In ogni caso, sottolinea la Cassazione, ove anche si volesse individuare nell'omesso avviso una nullità si tratterebbe di una nullità a regime intermedio che dovrebbe essere eccepita dalla difesa immediatamente dopo la lettura del dispositivo di sentenza, ovvero con l'impugnazione.

³⁸ Come è noto, il consenso dell'imputato, che costituisce atto personalissimo, da esprimersi o personalmente o a mezzo di procuratore speciale, è stato ritenuto necessario anche per il lavoro di pubblica utilità poiché imposto dal divieto convenzionale di lavoro forzato (art. 4 CEDU), nonché stante l'inappellabilità della sentenza che lo applica. Per le altre pene sostitutive, diverse da quella pecuniaria, il consenso è stato ritenuto necessario poiché la sentenza di condanna a tali pene sostitutive, una volta passata in giudicato, diverrà immediatamente esecutiva non essendo subordinata al meccanismo sospensivo di cui all'art. 656 comma 5 c.p.p., a differenza del condannato a pena detentiva entro i quattro anni, non sostituita, che beneficerà

certamente, sarà libero di esprimersi anche sull'*an* della sostituzione) e, infine, per decidere immediatamente sulla concreta sostituzione della pena e sulla scelta della stessa, ovvero per fissare l'apposita udienza per acquisire tutti quegli elementi informativi necessari per tale decisione, a cominciare dalla conferma della sostituzione della pena, a finire alla concreta predisposizione delle modalità attuative della stessa, calibrate su quei criteri ed elementi indicati dai commi 2, 3 e 4 dell'art. 58 della legge n. 689/81. D'altronde, l'epilogo della eventuale fase di *sentencing* non è necessariamente quello della sostituzione della pena detentiva. Il giudice potrebbe anche confermare l'originario dispositivo (vedi commi 3 e 4 dell'art. 545-bis c.p.p.). In tale senso, quindi, va letto il richiamo contenuto nel comma 2 dell'art. 545-bis c.p.p. all'art. 58 della legge n. 689/81 anche ai fini della decisione sulla sostituzione della pena detentiva, poiché il giudice, acquisite tutte le necessarie informazioni, potrebbe ritenere anche di non sostituire la pena, ad esempio, per l'inadeguatezza del programma trattamentale elaborato nell'ambito di una determinata pena sostitutiva, solo rispetto alla quale l'imputato ha espresso il suo consenso. Invero, l'imputato potrebbe esprimere il suo consenso anche all'applicazione di una sola delle pene sostitutive non pecuniarie previste dall'art. 53 della legge n. 689/81, sicché ove il giudice ritenesse non adeguato ai fini rieducativi e risocializzanti, ovvero ai fini preventivi, il programma predisposto, potrebbe anche decidere di non sostituire la pena detentiva con l'unica pena sostitutiva richiesta dall'imputato o rispetto alla quale ha manifestato il suo consenso.

In conclusione, il giudice, se non ricorrono le condizioni, può decidere di non sostituire la pena, emettendo il dispositivo di sentenza, accompagnato o meno da motivazione contestuale, e dandone adeguata giustificazione nella motivazione della sentenza³⁹. Se ritiene che ci siano i presupposti per sostituire la pena detentiva breve e dispone di tutti gli elementi per farlo, può emettere direttamente il dispositivo di

dell'effetto sospensivo e della possibilità di accedere subito alla misura alternativa dell'affidamento in prova. Invero, in tale modo l'imputato accetta che, in caso di semilibertà e detenzione domiciliare sostitutiva, l'affidamento in prova possa essere chiesto soltanto dopo l'espiazione di metà della pena (art. 47, comma 1-ter, O.P.). Trattasi, peraltro, di consenso revocabile fino alla conclusione dell'udienza di *sentencing*, come condivisibilmente sostenuto dalla dottrina (vedi D. BIANCHI, *Le modifiche in materia di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*, cit., p. 109, che richiama esemplificativamente il caso dell'imputato che non condivida i contenuti del programma trattamentale predisposto dall'UEPE). La necessità del consenso dell'imputato per la gran parte delle pene sostitutive porrebbe, secondo parte della dottrina (A. GARGANI, *Le nuove pene sostitutive*, cit., p. 28), alcune difficoltà di carattere applicativo circa le modalità per acquisire tale assenso nel processo *in absentia*. In realtà, occorre ribadire che l'accesso alle pene sostitutive non costituisce un diritto, per così dire, assoluto dell'imputato, sicché, laddove si prospetti una simile eventualità, sarà suo onere farsi trovare pronto, o partecipando personalmente al processo, ovvero rilasciando apposita procura speciale al suo difensore. Di certo, il giudice non è obbligato neppure a disporre il rinvio dell'udienza in caso di sostituibilità della pena detentiva, ma di assenza dell'imputato, prospettandosi l'accoglimento dell'eventuale richiesta sulla base di mere ragioni di opportunità.

³⁹ Giova evidenziare che, secondo una recente sentenza della Cassazione (Cass. pen. sez. V, 3.10.2023, n. 43960), in ogni caso, la decisione sulla sostituzione della pena detentiva *ex* comma 3 dell'art. 545-bis c.p.p. è impugnabile in uno con la sentenza di condanna (argomentando ai sensi dell'art. 586 c.p.p.), e non è impugnabile, autonomamente rispetto alla sentenza che definisce il giudizio, il provvedimento emesso all'esito dell'udienza fissata *ex* art. 545-bis, comma 1, c.p.p. che decide sulla richiesta di sostituzione della pena detentiva con una delle pene sostitutive.

sentenza di condanna alla pena sostitutiva (con relativa motivazione). Se, invece, pur in presenza di tutti i presupposti per sostituire la pena detentiva breve, il giudice è impossibilitato a farlo, solo allora è tenuto ad emettere il dispositivo e, subito dopo, ad aprire alla fase di *sentencing*.⁴⁰

⁴⁰ È opportuno segnalare che l'art. 2, comma 1, lett. u), del già citato schema di decreto legislativo correttivo predisposto dal Governo, approvato, in via preliminare, dal Consiglio dei Ministri nel corso della riunione del 16.11.2023 (in questa *Rivista*, 16.1.2024), prevede una modifica al comma 1 dell'art. 545-bis c.p.p. In particolare, il predetto comma verrebbe sostituito dal seguente: «1. Il giudice, se ritiene che ne ricorrano i presupposti, sostituisce la pena detentiva con una delle pene sostitutive di cui all'articolo 53 della legge 24 novembre 1981, n. 689. Quando non è possibile decidere immediatamente, il giudice, subito dopo la lettura del dispositivo, sente le parti, acquisito, ove necessario, il consenso dell'imputato, integra il dispositivo indicando la pena sostitutiva con gli obblighi e le prescrizioni corrispondenti e provvede ai sensi del comma 3, ultimo periodo. Se deve procedere agli ulteriori accertamenti indicati al comma 2, fissa una apposita udienza non oltre sessanta giorni, dandone contestuale avviso alle parti e all'ufficio di esecuzione penale esterna competente; in tale caso il processo è sospeso». Inoltre, al comma 3 dell'art. 545-bis c.p.p. le parole “; si applicano gli articoli 57 e 61 della legge 24 novembre 1981 n. 689”, verrebbero soppresse. La modifica, come chiarito anche nella relazione illustrativa (vedi pag. 35, rinvenibile sempre in questa *Rivista*, 16.1.2024), sembrerebbe indirizzarsi verso l'esegesi proposta nel testo, assicurando, peraltro, nella fase eventuale di *sentencing*, il pieno contraddittorio, onerando il giudice di sentire non solo il p.m., ma tutte le parti. In senso critico rispetto alle prospettate modifiche si è espresso M. GIALUZ, *Osservazioni sui correttivi alla riforma Cartabia tra rettifiche condivisibili, qualche occasione perduta e alcune sbavature*, in questa *Rivista*, 29.1.2024, che ha evidenziato, a suo parere, l'inopportuno e intempestivo ridimensionamento dell'udienza di *sentencing*, in quanto la modifica legislativa, che prevede il superamento dell'obbligatorietà dell'avviso alle parti della sostituibilità della pena, all'esito di un astratto vaglio di ammissibilità, posticipando il dibattito sul punto solo se il giudice ritiene concretamente applicabile la pena sostitutiva, determinerebbe il rischio che il giudice, per risparmiare sui suoi tempi, effettui un vaglio implicito negativo, con conseguente riduzione sensibile del tasso di applicazione della pena sostitutiva in primo grado e (magari) il recupero in grado di appello, con buona pace dell'efficienza complessiva del sistema. Anche la cancellazione del riferimento alla non sospensibilità della pena irrogata risulterebbe inopportuna, a parere dell'Autore, in quanto tale riferimento aveva una funzione pedagogica e chiariva il rapporto tra i due istituti (sospensione condizionale e pene sostitutive) da sempre controverso. L'eliminazione dell'avviso e della conseguente manifestazione del consenso farebbe, poi, sorgere il problema pratico di quando lo stesso verrà manifestato dall'imputato. Potrebbe essere espresso dal difensore nelle conclusioni in dibattimento, ma ciò striderebbe con il diritto di difesa, costringendo il difensore ad anticipare nella fase della discussione sulla responsabilità una volontà che atterrebbe alla tipologia di pena, con il rischio che non verrà formulata in quella sede alcuna richiesta, salvo poi proporre apposito motivo di appello, finendo così per incentivare l'operatività in appello di una pena che invece andrebbe applicata in primo grado. Orbene, premesso che, come si è sottolineato, le modifiche che si prospettano vanno nella direzione di un'esegesi giurisprudenziale di legittimità che si è andata già consolidando, sulla base di solidi argomenti giuridici che si fondano sui principi generali da tempo stratificatisi in materia, nel senso di attribuire al giudice una valutazione piena circa la sostituibilità della pena, ai sensi degli artt. 58 e 59 della legge n. 689/81, prima di aprire eventualmente alla fase di *sentencing*, sicché, in definitiva, non fanno che “codificarla”, superando ogni potenziale ambiguità del testo normativo, sembra privo di concreti riscontri il sospetto paventato dal citato Autore che le modifiche in gestazione relative all'udienza di *sentencing* siano frutto di una “diffusa ritrosia” da parte dei giudici di merito di riappropriarsi di un compito che dovrebbe invece spettare loro, ossia quello della commisurazione della pena, essendosi diffusa nella prassi la sensazione che l'avviso dell'art. 545-bis c.p.p. farebbe perdere tempo inutilmente. In realtà, proprio i numeri che riguardano l'applicazione delle pene sostitutive *post* riforma Cartabia dimostrerebbero esattamente il contrario, evidenziando come i giudici di merito si siano “calati” egregiamente nel rinnovato ruolo del giudice della responsabilità penale e della commisurazione della pena, avendo ben presente l'attuale testo normativo, come interpretato dalla pertinente giurisprudenza di legittimità. In ogni caso, va anche rimarcato il parere positivo espresso dal CSM sulle modifiche in questione all'esito della seduta di *Plenum* del 7.2.2024. Invero, l'Organo di

Altra questione è se il giudice, a fronte di una condanna a pena detentiva non sospesa contenuta entro i quattro anni, debba o meno prendere posizione sulla sostituibilità della pena detentiva anche in caso di mancata richiesta da parte dell'imputato.

Come è noto, secondo la giurisprudenza di legittimità sviluppata con riferimento alle vecchie sanzioni sostitutive, la richiesta di conversione della pena detentiva in sanzione sostitutiva (nella specie, pena pecuniaria) ex art. 53 della legge 24 novembre 1981, n. 689, poteva essere proposta per la prima volta anche in appello, non ricorrendo nessuna norma che vietava di avanzare tale istanza solo in secondo grado⁴¹. Questo orientamento giurisprudenziale non sembra smentito dalla disciplina delle nuove pene sostitutive introdotte dalla riforma c.d. Cartabia.

Anzi, l'art. 545-bis c.p.p., per come formulato, sembra imporre oggi al giudice un onere di valutazione della sostituibilità della pena detentiva breve, con la conseguenza di esporlo a fondate doglianze ove non si esprima su tale aspetto anche in mancanza di formali richieste da parte dell'imputato. Né, a tale fine, è impeditivo il mancato preventivo consenso dell'imputato rispetto a pene sostitutive diverse da quella pecuniaria, poiché, come visto, il comma 1 dell'art. 545-bis c.p.p. prevede che il consenso possa essere acquisito anche in un secondo momento.

A quest'ultimo riguardo, però, il mancato consenso espresso dall'imputato alla sostituzione della pena detentiva con una pena sostitutiva diversa da quella pecuniaria, secondo parte della dottrina, non consentirebbe di formulare per la prima volta la richiesta di sostituzione della pena detentiva in appello, posto che non vi sarebbe alcun capo o punto della sentenza impugnabile e non sarebbe deducibile alcun motivo di censura.⁴² Tuttavia, in senso opposto, si evidenzia come non vi sarebbe alcun limite temporale per esprimere il consenso, che, quindi, anche se rifiutato in un primo momento, potrebbe sempre essere formulato in un secondo momento, trattandosi, peraltro, di opzione funzionale ad esigenze di deflazione, di rieducazione e risocializzazione che possono essere perseguite in qualunque snodo processuale.⁴³

La prima opzione interpretativa sembra preferibile per le seguenti ragioni. Innanzitutto, non deve dimenticarsi che il giudizio di appello, salvo i casi previsti

autogoverno della magistratura ha affermato che «l'intervento correttivo appare complessivamente apprezzabile, essendo stato attribuito al giudice il potere di valutare immediatamente la ricorrenza dei presupposti per l'operatività della sostituzione della pena, senza dovere necessariamente attivare la procedura di preliminare avviso alle parti, rendendo tale opzione eventuale ed attivabile solo se necessario, nei casi in cui l'imputato non abbia già manifestato il suo consenso, ovvero, quando il giudice ritenga di dover approfondire la ricorrenza degli elementi necessari alla operatività della sostituzione stessa. La norma, inoltre, per come modificata dallo schema di decreto in commento, nel prevedere espressamente il consenso dell'imputato, costituisce una risposta alle esigenze di individualizzazione del trattamento sanzionatorio derivanti dalla stessa Costituzione (art. 27, co. 3, Cost.): la circostanza che l'interessato, nella ricorrenza dei presupposti e dei limiti delle condizioni previsti dalla legge, contribuisca all'individuazione della pena che dovrà espiare, rappresenta un elemento che potrebbe contribuire in modo decisivo a renderla maggiormente accettabile, esponendo conseguentemente anche la decisione giudiziaria ad un minor rischio di essere impugnata».

⁴¹ Ex plurimis da ultimo Cass. pen. sez. V, 21.9.2018, n. 53750 e Cass. pen. sez. I, 8.4.2021, n. 15293.

⁴² F. GROSSO, *Riforma Cartabia: riflessione preliminari in materia di pene sostitutive*, cit.

⁴³ N. MADIA, *Note minime, con andamento rapsodico*, cit., p. 20.

dall'art. 597 comma 5 c.p.p.⁴⁴, ha ad oggetto quanto devoluto dalle parti, le quali, pertanto, sono tenute, oggi più che mai, dopo l'introduzione del comma 1-*bis* all'art. 581 c.p.p., ad impugnare i capi o punti della sentenza con specifici motivi, che devono contenere, a pena di inammissibilità, l'enunciazione in forma puntuale e specifica dei rilievi critici in relazione alle ragioni di fatto e di diritto espresse nel provvedimento impugnato. Se, dunque, il giudice di primo grado, pur ricorrendone astrattamente la possibilità, immotivatamente non sostituisce la pena detentiva breve, ovvero non attiva il procedimento previsto dall'art. 545-*bis* c.p.p., a cominciare dall'acquisizione del consenso dell'imputato per la sostituzione della pena detentiva con una pena sostitutiva diversa da quella pecuniaria, si espone eventualmente ai rilievi critici posti con specifico motivo di appello da parte dell'imputato. Ma, se il giudice di primo grado si è pronunciato sull'astratta applicabilità della pena sostitutiva, che non è stata applicata per il mancato consenso dell'imputato, non vi sarebbe alcuna possibilità di recupero della pena sostitutiva postumamente nel giudizio di appello per l'inammissibilità dell'eventuale motivo di impugnazione, non essendovi rilievi critici da muovere alla decisione del giudice di prime cure. D'altra parte, a proposito della sostituzione della pena detentiva con il lavoro di pubblica utilità prevista dall'art. 73 comma 5-*bis* dpr n. 309/90, la cui richiesta costituisce atto personalissimo dell'imputato, da presentarsi, quindi, personalmente o con procura speciale da parte del difensore,⁴⁵ la giurisprudenza sostiene la non proponibilità della stessa per la prima volta in appello.⁴⁶ Anche la sostituzione della pena detentiva con pena sostitutiva diversa da quella pecuniaria presuppone la richiesta/consenso dell'imputato, che costituisce atto personalissimo, sicchè, ove l'imputato l'abbia rifiutata in primo grado, spazio processuale deputato primariamente alla sostituzione della pena, non può poi richiederla in appello, non avendo da devolvere al giudice dell'impugnazione alcuna censura alla sentenza di primo grado.

Proseguendo nell'esame della norma, il successivo 3° comma dell'art. 545-*bis* c.p.p. stabilisce che, acquisiti gli atti, i documenti e le informazioni di cui ai commi precedenti, all'udienza fissata, sentite le parti presenti, il giudice, se sostituisce la pena detentiva, integra il dispositivo, indicando la pena sostitutiva con gli obblighi e le prescrizioni corrispondenti e si applicano gli articoli 57 e 61 della legge n. 689/81. In caso contrario, il giudice conferma il dispositivo. Del dispositivo integrato o confermato è data lettura in udienza ai sensi e per gli effetti dell'articolo 545 c.p.p. Nell'ipotesi in cui il processo è stato sospeso ai sensi del comma 1 dell'art. 545-*bis* c.p.p., la lettura della motivazione della sentenza redatta in forma contestuale segue quella del dispositivo confermato o integrato e può essere sostituita con un'esposizione riassuntiva, mentre nel caso di motivazione differita, il termine per il suo deposito decorre, ad ogni effetto di legge, dalla lettura del dispositivo confermato o integrato (art. 545-*bis*, comma 4, c.p.p.).

⁴⁴ Fra i quali continua a non rientrare l'applicazione di ufficio di una pena sostitutiva da parte del giudice di appello.

⁴⁵ Vedi Cass. pen. sez. VI, 16.6.2009, n. 40101.

⁴⁶ Cass. pen. sez. III, 3.2.2010, n. 16849.

L'udienza di *sentencing*, quindi, si conclude o con la conferma del dispositivo, ovvero con l'integrazione dello stesso, nel caso in cui il giudice decida di sostituire la pena detentiva. Il dispositivo confermato o integrato va comunque letto alle parti in udienza. Nel caso in cui il giudice decida di integrare il dispositivo, non può limitarsi a disporre la sostituzione della pena detentiva con la pena sostitutiva, ma deve indicare la specie e la durata della pena detentiva sostituita e la specie, la durata ovvero l'ammontare della pena sostitutiva (art. 61 legge n. 689/81), secondo i criteri fissati dall'art. 57 della legge n. 689/81. Deve, inoltre, indicare obblighi e prescrizioni della pena sostitutiva. In buona sostanza, il dispositivo integrato dovrà essere "calibrato" alle effettive esigenze rieducative/risocializzanti/preventive così come emerse all'esito del sub-procedimento di *sentencing* avviato.

2.5.1. Alcune questioni pratiche: il sub-procedimento di *sentencing* nei processi soggettivamente cumulativi.

Esaurito il tema di carattere generale che concerne l'esame dell'art. 545-*bis* c.p.p., occorre occuparsi di alcune questioni che nella pratica possono verificarsi e che di certo non trovano una risposta diretta nelle norme.

La prima questione concerne l'atteggiarsi del procedimento di *sentencing* nei processi soggettivamente cumulativi, in particolare in quei casi in cui solo alcuni degli imputati possono accedere alla sostituzione della pena detentiva breve.

Se il giudice, nell'emettere il dispositivo di sentenza, può decidere per ogni imputato anche degli aspetti sanzionatori, applicando o meno direttamente la pena sostitutiva, ovviamente non si pone alcun problema. Al contrario, se per alcuni degli imputati occorre sospendere il processo ai sensi del comma 1 dell'art. 545-*bis* c.p.p., può porsi il problema della eventuale separazione della loro posizione processuale ai sensi dell'art. 18, comma 1 lett. b), c.p.p., certamente consigliabile, specie quando gli uni o gli altri imputati risultino in custodia cautelare. Al riguardo, bisogna considerare che per gli imputati per i quali non si pone il problema di separare la loro posizione processuale il giudice dovrà emettere non solo il dispositivo di sentenza, ma anche la relativa motivazione, contestualmente, ovvero nei termini previsti dall'art. 544, commi 2 e 3, c.p.p. Per gli altri, invece, per i quali si è eventualmente disposta la separazione, la motivazione verrà redatta solo all'esito del procedimento di *sentencing*, quando il giudice confermerà o integrerà il dispositivo in precedenza pronunciato.

Il dubbio concerne l'eventuale incompatibilità che potrebbe investire il medesimo giudice che, dopo avere redatto anche la motivazione della sentenza per i coimputati, dovrebbe definitivamente pronunciarsi sull'applicazione della pena sostitutiva per gli ulteriori imputati.

Al riguardo, va precisato che la Corte costituzionale ha da tempo chiarito, in termini generali, le condizioni in presenza delle quali la previsione dell'incompatibilità del giudice deve ritenersi costituzionalmente necessaria. Anzitutto, non basta a generare l'incompatibilità la semplice «conoscenza» di atti anteriormente compiuti, ma occorre che il giudice sia stato chiamato a compiere una «valutazione» di essi, strumentale

all'assunzione di una decisione. In secondo luogo, detta decisione deve avere natura non «formale», ma «di contenuto»: essa deve comportare, cioè, valutazioni che attengono al merito dell'ipotesi dell'accusa, e non già al mero svolgimento del processo. Da ultimo, affinché insorga l'incompatibilità, è necessario che la precedente valutazione si collochi in una diversa fase del procedimento, essendo del tutto ragionevole che, all'interno di ciascuna delle fasi, resti comunque preservata «l'esigenza di continuità e di globalità»: prospettiva nella quale il giudice chiamato al giudizio di merito non incorre in incompatibilità allorché compia valutazioni preliminari, anche di merito, destinate a sfociare in quella conclusiva (venendosi altrimenti a determinare una «assurda frammentazione» del procedimento, che implicherebbe la necessità di disporre, per la medesima fase del giudizio, di tanti giudici diversi quanti sono gli atti da compiere).⁴⁷

Orbene, considerato che il procedimento *ex* art. 545-bis, comma 1, c.p.p. non costituisce una diversa fase, ma è la naturale prosecuzione della fase del giudizio, che non termina con la deliberazione della sentenza e la pronuncia del dispositivo, ma che prosegue vuoi con la redazione della sentenza per alcuni imputati, vuoi per verificare per gli altri imputati la possibilità di applicare la pena sostitutiva⁴⁸, deve escludersi che possa configurarsi un'ipotesi di incompatibilità ai sensi dell'art. 34 c.p.p. del giudice che, dopo avere chiuso la vicenda processuale per alcuni imputati con la pronuncia del dispositivo di sentenza e la lettura/redazione della motivazione, separata la posizione di altri imputati per i quali è stato comunque pronunciato il dispositivo di sentenza e sarebbe stato anche astrattamente possibile applicare la pena sostitutiva, sebbene non immediatamente, prosegue la trattazione del processo nei confronti di questi ultimi al solo fine di decidere la sostituzione o meno della pena detentiva già deliberata e irrogata.

2.5.2. *segue*: il mutamento del giudice nel sub-procedimento di *sentencing*.

L'altra questione, che nella pratica si potrà presentare con una certa frequenza, riguarda gli effetti dell'eventuale mutamento del giudice, monocratico o collegiale, nel corso del procedimento di *sentencing*, in particolare tra la pronuncia del dispositivo della sentenza e l'udienza di *sentencing* cui il processo è stato appositamente rinviato per la decisione sull'applicazione della pena sostitutiva.

Orbene, esclusa la necessità di rinnovazione degli atti, imposta dall'art. 525, comma 2, c.p.p., a pena di nullità assoluta, solo con riferimento alla deliberazione della sentenza, attività cui può (possono) partecipare solo il giudice (i giudici) che ha (hanno) partecipato al dibattimento⁴⁹, mentre nell'ipotesi considerata la sentenza (in tutti i suoi elementi, e cioè sia con riguardo alla decisione circa la responsabilità penale, che con riferimento alla pena) è già stata deliberata (e pronunciata, mediante pubblicazione del

⁴⁷ Vedi *ex plurimis* Corte costituzionale n. 153/2012.

⁴⁸ Come di recente ha ribadito la Corte costituzionale nella sentenza n. 7 del 2022, l'apprezzamento demandato al giudice in ordine al giusto trattamento sanzionatorio, da effettuarsi alla luce dei parametri di cui agli artt. 27 Cost. e 133 c.p., assume la natura di "giudizio".

⁴⁹ Vedi Cass. pen. sez. un. 15.1.1999, n. 2, Iannasso e Cass. pen. sez. un. 30.5.2019, n. 41736, Bajrami.

dispositivo) e il mutamento si verifica nella fase in cui è stato disposto il rinvio al solo fine di vagliare la concreta sostituibilità della pena detentiva breve⁵⁰, tuttavia, deve considerarsi che con il procedimento di *sentencing* non solo è rinviata la concreta decisione sulla sostituibilità della pena detentiva breve, ma anche la redazione della motivazione della sentenza, il cui dispositivo è stato deliberato dal precedente giudice. In buona sostanza, il nuovo giudice non sarà chiamato solo a decidere se sostituire o meno la pena detentiva da altro giudice irrogata, attività decisoria sua propria, che potrà concludersi anche nel senso della conferma del dispositivo di condanna, senza alcuna sostituzione della pena detentiva breve, ma sarà chiamato anche a motivare una sentenza da altri deliberata. È questo, probabilmente, l'aspetto più singolare della questione.

Il codice di rito conosce già ipotesi in cui il giudice che ha deliberato la sentenza, emettendo il dispositivo, potrebbe non essere quello chiamato poi a motivare e redigere la sentenza medesima. Si allude, con riguardo al giudice monocratico, all'art. 559, ultimo comma, c.p.p., che espressamente stabilisce che, in caso di impedimento del giudice, la sentenza è sottoscritta dal presidente del Tribunale, previa menzione della causa di sostituzione.⁵¹ Per il giudice collegiale analoga disposizione è prevista dall'art. 546, comma 2, c.p.p., in caso di impedimento del giudice designato come estensore della sentenza o del presidente del collegio.

Orbene, queste disposizioni normative potrebbero trovare applicazione analogica anche laddove per impedimento (da intendersi in senso ampio, sia come impedimento fisico e di salute, che come ipotesi di trasferimento del giudice ad altro ufficio o funzioni, ovvero in caso di pensionamento) mutasse il giudice monocratico, ovvero uno dei giudici componenti del collegio (particolarmente, il giudice designato come relatore/estensore della sentenza, ovvero il presidente del collegio), nel corso del procedimento di *sentencing*.

⁵⁰ In senso contrario, però, A. BASSI, *Osservazioni alle linee guida della Corte di Appello di Torino per l'applicazione delle nuove pene sostitutive di pene detentive brevi*, in *Cassazione Penale*, 2023, p. 3004, secondo la quale «non pare, difatti, revocabile in dubbio che, giusta il dettato dell'art. 545-bis c.p.p., la decisione sull'applicazione della pena sostitutive con l'integrazione del dispositivo di sentenza già pronunciato dal giudice all'esito del processo debba essere assunta dallo stesso collegio a composizione invariata, pena la violazione del principio di immutabilità sanzionato con la nullità assoluta dall'art. 525, comma 2, c.p.p.». Tuttavia, si dà per scontato qualcosa che tale non è, perché con la pronuncia del dispositivo della sentenza l'attività che l'art. 525, comma 2, c.p.p. presidia con la nullità assoluta è già stata totalmente esaurita. Ciò che residua è un'ulteriore attività decisoria, che esula però dal perimetro della deliberazione della sentenza in senso stretto, e che, certamente, può essere anche posta in essere da altro giudice persona fisica. Sottolinea che la fase strettamente di *sentencing* non coinvolge la statuizione di condanna, ma riapre la possibilità per il giudice di intervenire esclusivamente sul trattamento sanzionatorio Cass. pen. sez. V, 3.10.2023, n. 43960.

⁵¹ Peraltro, il potere sostitutivo attribuito al presidente del Tribunale, in caso di impedimento del giudice monocratico, non è circoscritto alla sola sottoscrizione della sentenza, ma si estende anche alla stesura dei motivi della decisione (Cass. pen. sez. un., 27.11.2008, n. 3287/09), per la quale, inoltre, il presidente del Tribunale può anche delegare altro giudice del Tribunale (Cass. pen. sez. II, 19.9.2019, n. 41437).

2.6. L'applicazione delle pene sostitutive nei procedimenti speciali.

2.6.1. Nel giudizio abbreviato.

Come rilevato anche nella relazione illustrativa di accompagnamento alla c.d. riforma Cartabia, il richiamo contenuto nell'art. 442, comma 1, c.p.p. agli artt. 529 e ss. c.p.p. consente di ritenere applicabile al giudizio abbreviato, comunque si pervenga allo stesso (se in seguito ad udienza preliminare, ovvero in seguito ad opposizione a decreto penale di condanna, ovvero in seguito a notifica del decreto di giudizio immediato e così via), integralmente l'art. 545-bis c.p.p.

2.6.2. Nel patteggiamento.

Giova premettere che l'art. 444, comma 1, c.p.p., nella precedente versione, statuiva che l'imputato e il p.m. potevano chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino ad un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino ad un terzo, non superava cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria.

Secondo la giurisprudenza formatasi nella vigenza della precedente disposizione, in tema di patteggiamento, la riduzione premiale fino ad un terzo prevista dall'art. 444 c.p.p. non riguardava le sanzioni sostitutive, le quali anche nel procedimento speciale in parola andavano individuate e, se lo si riteneva, applicate in relazione alla pena detentiva da infliggere in concreto (determinata considerando anche la riduzione "premile") e tenuto conto dei limiti oggettivi e soggettivi stabiliti in materia dalla legge n. 689 del 1981. Ne conseguiva che l'eventuale richiesta dell'interessato di applicazione di una sanzione sostitutiva era, per sua natura, necessariamente congiunta e non alternativa a quella di applicazione della pena e che spettava sempre al giudice il compito, ove la richiesta comprendeva anche la sostituzione della pena detentiva, di controllarne l'ammissibilità, rigettando la richiesta ove non riteneva applicabile la sostituzione.⁵²

La riforma c.d. Cartabia è intervenuta in materia significativamente, attraverso l'art. 25 del d. lgs. n. 150/2022, anche nella considerazione che il procedimento speciale del c.d. patteggiamento potesse rappresentare strumento "elettivo" per l'applicazione delle pene sostitutive⁵³.

⁵² Cass. pen. sez. un., 12.10.1993, n. 285/94. Precisava ancora la Corte che, in tema di patteggiamento la richiesta di pena detentiva da sostituire con una sanzione non dà luogo ad una duplicità di richieste alternative fra loro ma ha per oggetto l'applicazione di una pena determinata in modo congiunto, non alternativo, alla sanzione sostitutiva. Ne consegue che, nel caso di valutazione negativa dell'opportunità della sostituzione, il giudice non può scindere i termini di quell'accordo, che è unitario in vista della pena in definitiva concordata, ma deve rigettare la richiesta, procedendo con il rito ordinario (Cass. pen. sez. IV, 11.7.1997, n. 8210; nello stesso senso Cass. pen. sez. VI, 18.4.2007, n. 17198 e Cass. pen. sez. IV, 10.4.2012, n. 18136).

⁵³ Per uno sguardo di insieme sull'intervento riformatore in tema di patteggiamento si rimanda a F.

Per prima cosa, con l'art. 71 del d. lgs. n. 150/2022 si è modificato l'art. 53 della legge n. 689/81, disposizione emanata prima dell'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988, aggiornandola, inserendo espressamente nella norma, al comma 1, la possibilità per il giudice di sostituire la pena detentiva breve anche con la pronuncia della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p.

Quindi, si è aggiornato il lessico del comma 1 dell'art. 444 c.p.p., sostituendo alle parole "*sanzione sostitutiva*" le parole "*pena sostitutiva*".⁵⁴

Non essendo regolati i casi in cui le parti davanti al giudice possano avere la necessità di un tempo e quindi di un termine per gli stessi scopi previsti dall'art. 545-*bis* c.p.p. per il giudizio ordinario e il giudizio abbreviato, il riformatore ha inserito nell'art. 448 c.p.p. il comma 1-*bis*, che stabilisce che, nei casi previsti dal comma 1 dell'art. 448 c.p.p., quando l'imputato e il p.m. concordano l'applicazione di una pena sostitutiva di cui all'art. 53 della legge n. 689/81, il giudice, se non è possibile decidere immediatamente, sospende il processo e fissa un'apposita udienza non oltre sessanta giorni, dandone contestuale avviso alle parti e all'UEPE competente. Si applica, in quanto compatibile, l'art. 545-*bis*, comma 2, c.p.p. Come chiarito dalla relazione di accompagnamento alla riforma c.d. Cartabia, la norma si inserisce nel novero di tutte le ipotesi di richiesta di applicazione pena, siano esse tipiche, ossia formulate in udienza già in corso, ovvero atipiche, quando l'udienza debba essere fissata appositamente. Sono questi i casi di giudizio immediato e di richiesta di applicazione pena nel corso delle indagini preliminari, ai sensi dell'articolo 447 c.p.p., posto che la delibazione sulla richiesta di applicazione pena deve essere sempre pronunciata in udienza. In realtà, rimandando la norma espressamente ai casi di cui al comma 1 dell'art. 448 c.p.p., il riferimento deve intendersi non solo ai casi fisiologici di presentazione e accoglimento dell'istanza di patteggiamento nell'udienza preliminare, nell'udienza *ex art.* 447 c.p.p., nel giudizio direttissimo e a seguito di giudizio immediato, ma anche ai casi "patologici", cioè a quei casi in cui, a seguito del rigetto della richiesta da parte del GIP/GUP, l'imputato la riformuli prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, venendo accolta dal giudice del dibattimento immediatamente ovvero all'esito del dibattimento di primo grado, ovvero ancora, in caso di ulteriore rigetto, la riformuli in sede di impugnazione, attraverso un apposito motivo, venendo accolta dal giudice dell'impugnazione⁵⁵. Anche in questi casi, quindi, in presenza di un'istanza di

LAZZARINI, [L'applicazione delle pene sostitutive nel patteggiamento tra iniziativa delle parti e poteri del giudice](#), in questa *Rivista*, 14.9.2023.

⁵⁴ Analoga attenzione il legislatore non ha prestato con riferimento all'art. 445 c.p.p., norma dedicata agli effetti dell'applicazione della pena su richiesta, che, all'ultimo comma, continua a fare riferimento alla "*sanzione sostitutiva*" e non alla "*pena sostitutiva*".

⁵⁵ Ovviamente, dovrà trattarsi della medesima richiesta, avente ad oggetto le stesse imputazioni, la stessa pena e, quindi, come vedremo, la stessa pena sostitutiva, poiché in caso contrario legittimamente potrà non essere applicata dal giudice dell'impugnazione (vedi Cass. pen. sez. III, 17.6.2022, n. 32036, che ha ritenuto legittima la denegata applicazione, da parte della Corte di Appello, della pena oggetto della richiesta di patteggiamento ricomprendente anche il reato da cui l'imputato era stato assolto in primo grado; in precedenza nello stesso senso, in caso di dissenso ingiustificato del p.m., Cass. pen. sez. VI, 6.10.2021, n.

patteggiamento, rigettata, in cui imputato e p.m. avevano trovato l'accordo anche sulla pena sostitutiva, troverà applicazione il disposto del comma 1-*bis* dell'art. 448 c.p.p.

Tenuto conto che, a differenza del passato, a parte la pena pecuniaria sostitutiva, per le altre pene sostitutive è necessario il consenso dell'imputato, l'ipotesi fisiologica è che le parti si presentino dinanzi al giudice con un pieno accordo che abbracci non solo la pena principale, ma anche la pena sostitutiva da applicare, eventualmente anche con gli aspetti di dettaglio che attengono alle concrete modalità esecutive della stessa. E' ciò che nella gran parte dei c.d. protocolli operativi si auspica e si tende a realizzare.

Tuttavia, con l'inserimento del citato comma 1-*bis* nell'art. 448 c.p.p., il legislatore si è preoccupato di mettere a disposizione del giudice del patteggiamento uno strumento analogo a quello previsto per il giudice del dibattimento ordinario ovvero del giudizio abbreviato, al fine di consentire di acquisire tutte le informazioni necessarie non solo per decidere in ordine all'accoglimento della richiesta "patteggiata" di pena sostitutiva, ma anche per delinearne gli aspetti prescrittivi ed esecutivi.

Il presupposto, però, è che sussista almeno un accordo di massima tra imputato e p.m. sull'applicazione della pena sostitutiva, poiché non sarebbe ammissibile un rinvio dell'udienza ai sensi del combinato disposto degli artt. 448, comma 1-*bis*, e 545-*bis*, comma 2, c.p.p. sulla base di mere richieste esplorative o dilatorie, come opportunamente rilevato nella relazione di accompagnamento alla riforma.

Orbene, considerato che, come ripetutamente sottolineato, l'applicazione delle pene sostitutive, tranne quella pecuniaria, presuppone il consenso dell'imputato, e, considerato, altresì, che nel patteggiamento è necessario assicurare non solo l'equilibrio tra base negoziale e potere decisionale del giudice, nel senso della necessaria corrispondenza tra le due componenti menzionate, ma anche la prevedibilità in concreto della decisione, ossia della possibilità offerta all'imputato di avere il controllo sul contenuto della sentenza,⁵⁶ appare evidente come risulti preferibile l'opzione interpretativa a mente della quale l'accordo di massima, che l'art. 448, comma 1-*bis*, c.p.p. presuppone, debba riguardare non solo l'entità della pena detentiva sostituibile, ma anche la scelta della pena sostitutiva da applicare. Sicchè, il rinvio all'art. 545-*bis*, comma 2, c.p.p. non va inteso anche con riferimento alla decisione sulla scelta della pena sostitutiva da applicare (perché la scelta deve essere già prevista nell'accordo di massima e non può essere demandata al giudice), bensì soltanto con riguardo alla possibilità per il giudice di acquisire tutte le informazioni che ritiene necessarie al fine di decidere se accogliere o meno la richiesta patteggiata di pena sostitutiva. In buona sostanza, ove le parti non siano state così diligenti da mettere a disposizione del giudice un accordo completo in tutti i suoi elementi, sia valutativi che esecutivi, ma solo un accordo di massima sull'entità della pena detentiva da sostituire e sulla pena sostitutiva da applicare, la norma in questione consente al giudice di acquisire dall'UEPE e, se del caso, dalla p.g., tutte le informazioni necessarie al fine di decidere sull'istanza di patteggiamento già formulata nei suoi elementi essenziali (pena detentiva/pena

37653 e, in caso di reato dichiarato estinto per prescrizione dalla stessa Corte di appello, Cass. pen. sez. VI, 5.4.2013, n. 41566)

⁵⁶ Sottolinea questo aspetto efficacemente di recente Cass. pen. sez. un., 27.1.2022, n. 23400.

sostitutiva). D'altra parte, il mancato richiamo nell'art. 448, comma 1-*bis*, c.p.p. al comma 1 dell'art. 545-*bis* c.p.p., nonché l'espressa previsione dell'applicabilità del comma 2 dell'art. 545-*bis* c.p.p. "*in quanto compatibile*", sono tutti "indizi" che rendono chiara la volontà legislativa di attribuire all'udienza di rinvio il significato di un'udienza utile per acquisire da parte del giudice, impossibilitato a decidere immediatamente sul patteggiamento già formulato nei suoi tratti essenziali dalle parti, tutte le informazioni necessarie per la decisione di accoglimento o di rigetto del patteggiamento stesso.⁵⁷

⁵⁷ Le prime pronunce dalla Cassazione sembrerebbero orientate nel senso espresso nel testo. Invero la Cassazione esclude che nel patteggiamento possa trovare spazio l'art. 545-*bis*, comma 1, c.p.p., norma dettata per il rito ordinario, ovvero per il giudizio abbreviato (Cass. pen. sez. IV, 9.5.2023, n. 32357, Cass. pen. sez. IV, 9.5.2023, n. 32260, Cass. pen. sez. IV, 6.6.2023, n. 30211 e Cass. pen. sez. IV, 25.10.2023, n. 48554). E' vero, sostiene la Corte, che l'art. 448, comma 1-*bis*, c.p.p. richiama, in quanto compatibile, l'art. 545-*bis*, comma 2, c.p.p., ma è altrettanto vero, peraltro, che tale disposizione viene in rilievo "quando l'imputato e il pubblico ministero concordano l'applicazione di una pena sostitutiva di cui all'art. 53" (art. 448, comma 1-*bis*, c.p.p.). In altri termini, in caso di patteggiamento, la valutazione del giudice circa la possibilità di sostituzione della pena detentiva postula che l'accordo delle parti abbia avuto ad oggetto, ai sensi dell'art. 448 c.p.p., non solo la misura della pena detentiva, ma anche la sua sostituzione (Cass. pen. sez. III, 21.2.2023, n. 16357; nello stesso senso Cass. pen. sez. V, 16.5.2023, n. 32302, Cass. pen. sez. IV, 20.6.2023, n. 39184 e Cass. pen. sez. IV, 23.6.2023, n. 32694). In altra pronuncia (Cass. pen. sez. VI, 28.4.2023, n. 30767), la Cassazione afferma che, a seguito delle modifiche introdotte all'art. 444, comma 1, c.p.p. dal d. lgs. n. 150/2022, le parti, quando hanno raggiunto l'accordo sull'applicazione della pena, possono includere nel patto processuale anche l'applicazione di una pena sostitutiva. Solo in tale caso è consentito al giudice del patteggiamento, all'esito della più ampia valutazione a questo demandata dall'art. 444, comma 3, c.p.p. (insussistenza di cause di proscioglimento, corretta qualificazione giuridica del fatto, applicazione e comparazione delle circostanze, determinazioni in merito alla confisca e congruità delle pene indicate dalle parti), applicare all'imputato la pena sostitutiva concordata, ove le parti ne abbiano indicato specificatamente prescrizioni e obblighi, ovvero, in caso contrario, sospendere il processo e rinviare ad altra udienza, dandone avviso alle parti ed all'UEPE competente (art. 448, comma 1-*bis*, c.p.p.), al fine di determinare contenuto e fisionomia della pena sostitutiva. Analoga disposizione è contenuta, in caso di procedimento a citazione diretta, all'art. 554-*ter*, comma 2, c.p.p. Il giudice del patteggiamento può, dunque, disporre la sostituzione delle pene detentive brevi entro il limite dei quattro anni di reclusione (si veda art. 20-*bis* c.p.) solo nel caso in cui tale sostituzione costituisca oggetto dell'accordo processuale, non avendo, in caso contrario, altra alternativa tra l'accoglimento ed il rigetto della richiesta. Come chiarisce la Relazione illustrativa al d. lgs. n. 150 del 2022 – prosegue la Corte –, l'art. 444, comma 1, c.p.p. deve essere interpretato nel senso che l'accordo tra le parti, sia pure in termini generali, sulla sostituzione della pena detentiva breve costituisce il presupposto essenziale per il differimento dell'udienza ai sensi dell'art. 448, comma 1-*bis*, c.p.p. La disposizione intende, infatti, evitare sia il rischio di richieste esplorative o meramente dilatorie, che un inutile impegno dell'UEPE in attività preparatorie che poi non hanno un concreto esito processuale. La soluzione adottata dal legislatore – sottolinea la Cassazione – appare coerente con il diverso meccanismo di determinazione del trattamento sanzionatorio nel rito ordinario e in quello del patteggiamento. Nel primo caso, infatti, solo a seguito della lettura del dispositivo, l'imputato può conoscere l'entità della pena e valutare se acconsentire o meno alla sua sostituzione con una pena diversa da quella pecuniaria (art. 545-*bis*, comma 1, c.p.p.). In caso di patteggiamento, la logica è esattamente inversa e, poiché le parti già conoscono la pena detentiva che sarà applicata, il legislatore richiede che la sua sostituzione sia già inclusa nel patto processuale. Non a caso, infatti, nell'ipotesi in cui sia necessario un differimento dell'udienza, l'art. 448, comma 1-*bis*, c.p.p. rinvia, in quanto compatibili, alle sole disposizioni previste dal secondo comma dell'art. 545-*bis* c.p.p., relative al sub-procedimento finalizzato ad individuare la pena sostitutiva ed il suo contenuto, e non a quelle previste dal primo comma (in cui, come detto, si prevede la diversa sequenza processuale connotata dalla lettura del dispositivo e dal successivo consenso da parte dell'imputato o del suo procuratore speciale, alla sostituzione). Concorda sulla necessità di respingere la "*suggerzione della sostituzione officiosa*" F. LAZZARINI,

D'altra parte, come di recente ribadito dalla Cassazione, al giudice del patteggiamento non è consentito, in difformità o a modifica dell'accordo raggiunto, applicare una sanzione diversa da quella concordata tra le parti. Sicchè, qualora venga richiesta la sostituzione della pena della reclusione con una pena sostitutiva, il giudice non può applicare la pena concordata, senza concedere la chiesta sostituzione, perché non consentita dalla legge, e neanche può, in difformità o a modifica del raggiunto accordo, applicare una sanzione sostitutiva diversa da quella pattuita.⁵⁸

L'eventuale ordinanza di rinvio ai sensi dell'art. 545-bis c.p.p. non è in ogni caso autonomamente impugnabile.⁵⁹

Vale la pena evidenziare, per inciso, che, mentre in passato il limite massimo di pena detentiva che consentiva l'accesso alle sanzioni sostitutive era pari a due anni, corrispondendo pienamente al limite di pena detentiva che consentiva il patteggiamento c.d. semplice ai sensi dell'art. 445, commi 1 e 2, c.p.p., attualmente il limite massimo di pena detentiva che permette la sostituzione è di anni quattro, con la conseguenza che,

L'applicazione delle pene sostitutive, cit., pag. 27, e ciò in nome della coerenza del sistema, dei principi informativi del procedimento e della precidibilità della sentenza, quale tratto oramai caratterizzante il rito negoziato. In senso critico, però, D. ALBANESE, [Sostituzione officiosa della pena detentiva breve patteggiata: la Cassazione prende posizione, ma non dissipa i dubbi](#), in questa Rivista, 30.10.2023, il quale sostiene che si possano trarre argomenti per affermare la sostituibilità di ufficio della pena "patteggiata" dalla modifica apportata dal d. lgs. n. 150/022 all'art. 53 della legge n. 689/81, nella parte in cui ha aggiunto la possibilità per il giudice di sostituire la pena detentiva breve anche quanto pronuncia sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p. Non si tratterebbe di una modifica meramente ricognitiva della possibilità di sostituire la pena anche in sede di patteggiamento, poiché, così intesa, si tratterebbe di un'interpolazione inutile (essendo già prevista questa possibilità dall'art. 444 c.p.p.), e l'approdo ermeneutico si porrebbe in contrasto con il c.d. canone dell'interpretazione utile, spesso valorizzato dalla giurisprudenza. Questa modifica legittimerebbe un'interpretazione tesa ad attribuire al giudice del patteggiamento un potere officioso di sostituzione della pena detentiva breve patteggiata dalle parti.

⁵⁸ Cass. pen. sez. II, 17.10.2023, n. 43295, fattispecie in cui era stato proposto un patteggiamento a pena della reclusione sostituita con la detenzione domiciliare sostitutiva, e il giudice accoglieva il patteggiamento a pena della reclusione, ma rigettava la richiesta di sostituzione della pena detentiva con la detenzione domiciliare sostitutiva. La Corte, affermando il principio su riportato, ha annullato senza rinvio la sentenza con trasmissione degli atti al medesimo giudice per l'ulteriore corso.

⁵⁹ Cass. pen. sez. VI, 19.9.2023, n. 43947, fattispecie in cui il giudice aveva applicato ai sensi dell'art. 444 c.p.p. la pena di mesi sei e giorni ventisei di reclusione, e, avendo presentato a parte l'imputato e il p.m. richiesta di sostituzione della pena detentiva con la detenzione domiciliare, con contestuale ordinanza rinviava il processo ad altra udienza per decidere sulla predetta richiesta. La difesa aveva sostanzialmente impugnato con ricorso per cassazione l'ordinanza di rinvio, lamentando che il giudice aveva agli atti tutte le informazioni necessarie per statuire sulla richiesta di detenzione domiciliare sostitutiva. La Cassazione, pur sottolineando che, nella normalità dei casi (nella "fisiologica" situazione verso cui la prassi si starebbe orientando), è prevedibile che la richiesta delle parti in ordine alla sostituzione della pena sia formalizzata in anticipo, e, quindi, in disparte da ogni considerazione sulla ritualità della procedura osservata nel caso concreto, avendo il giudice prima emesso il dispositivo della sentenza ex art. 444 c.p.p. con contestuale motivazione e, successivamente, emesso ordinanza di fissazione della nuova udienza per l'applicazione della pena sostitutiva (sanzione, quest'ultima richiesta dalle parti dopo la lettura del dispositivo), in ogni caso riteneva non impugnabile autonomamente l'ordinanza di rinvio, in quanto provvedimento interlocutorio, che non potrebbe ritenersi neppure abnorme, rientrando nei poteri espressamente riconosciuti al giudice dall'ordinamento, che non determina alcuna stasi del procedimento, rimanendo nelle more del rinvio il processo sospeso, sicchè alcun pregiudizio avrebbe potuto patire l'imputato.

ove la pena sostituibile per effetto del patteggiamento superi i due anni, si dovrà fare riferimento alle norme che disciplinano il c.d. patteggiamento allargato, a cominciare dal comma 1-*bis* dell'art. 444 c.p.p., che vieta il patto processuale in relazione ai procedimenti che hanno ad oggetto determinati delitti, ovvero che sono stati avviati contro imputati che sono stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza, o recidivi ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.

Si tratta di limitazioni oggettive e soggettive che, con riguardo alla possibilità di accesso alla pena sostitutiva, di fatto si aggiungono a quelle previste dall'art. 59 della legge n. 689/81, impedendo che l'imputato, che non versi in alcuna delle situazioni impeditive previste dal citato art. 59 della legge n. 689/81, possa vedersi sostituire, nelle ipotesi indicate, la pena detentiva predeterminata per il tramite del patto processuale previsto dall'art. 444 c.p.p. Ad esempio, nel caso in cui all'imputato risulti contestata e ritenuta la recidiva *ex* art. 99, comma 4, c.p. nell'ambito della pena patteggiata, e sostituita, superiore ad anni due, il c.d. patteggiamento allargato sarà inibito⁶⁰, mentre, invece, astrattamente la sostituzione della pena detentiva sarebbe potuta avvenire, essendo demandata anche in tale ipotesi la relativa decisione al potere discrezionale del giudice da esercitarsi ai sensi dell'art. 58 della legge n. 689/81.⁶¹

⁶⁰ Vedi Cass. pen. sez. un., 27.5.2010, n. 35738, che, ai fini dell'interdizione del c.d. patteggiamento allargato ritiene sufficiente che all'imputato risulti ritenuta e applicata la recidiva *ex* art. 99, comma 4, c.p.

⁶¹ Sottolinea la possibilità che residuino spazi per l'applicazione delle pene sostitutive anche agli imputati ai quali risulta contestata la recidiva G. DE VERO, *La riforma del sistema sanzionatorio penale*, cit., pag. 8, il quale, nell'ambito del nuovo rapporto esistente tra beneficio della sospensione condizionale della pena e pene sostitutive, evidenzia che, proprio il riferimento all'art 58, comma 1, legge n. 689/81 alla permanente necessità di prevenire la commissione di altri reati lascia intendere come il campo di applicazione delle pene sostitutive resti compatibile con una sorta di residuo di pericolosità del condannato, tanto da richiedere precise prescrizioni in tale senso. Ciò significa, secondo l'Autore, che l'eventuale opzione per la sospensione condizionale della pena dovrebbe non limitarsi, come accade pressoché costantemente nella prassi, alla sola verifica dei presupposti positivi e negativi fissati in astratto dalla legge, ma rispecchiare realmente un qualche ragionevole convincimento del giudice in ordine quanto meno all'improbabilità di una recidiva da parte del condannato in carne ed ossa; in mancanza, resterà pur sempre possibile il ricorso sussidiario alla sostituzione della detenzione, orientata appunto al contenimento del residuale pericolo attraverso le opportune prescrizioni. Una tale corretta integrazione degli istituti della sospensione condizionale della pena e della sostituzione, in quanto sgrava la prima dall'esclusiva responsabilità di evitare l'applicazione di pene detentive (oramai cosiddette) brevi, dovrebbe contribuire ad emanciparla dal poco esaltante ruolo di beneficio clemenziale e stabilire una plausibile gradazione con la seconda nel comune obiettivo di contenere l'invadenza della pena carceraria. Nello stesso senso in giurisprudenza Cass. pen. sez. V, 11.7.2023, n. 43622, dove si sottolinea come dal divieto di cumulo della sospensione condizionale della pena con la pena sostitutiva si evince che la riforma mira ad arginare il pericolo di recidiva soprattutto attraverso la finalità rieducativa e risocializzante cui devono tendere le pene sostitutive, corredate dal programma stilato dall'UEPE sulla base della situazione specifica del condannato e dalle prescrizioni imposte dal giudice, finalità che il beneficio della sospensione condizionale della pena non consente invece di realizzare nella sua pregnanza, fondandosi esso su un mero obbligo di astensione incentivato dalla perdita del beneficio in caso di commissione di un nuovo reato (non essendo esso necessariamente ancorato – in speciale modo quando si versa nell'ipotesi della prima commissione- prestazioni accessorie idonee ad incidere efficacemente sul processo di rieducazione). Quindi, prosegue la Corte, l'applicazione delle pene sostitutive non solo non è incompatibile con il pericolo di recidiva, ma costituisce la specifica modalità prescelta dal legislatore per arginarlo al meglio, sia pure in un'ottica che si proietta necessariamente dopo il completamento del percorso rieducativo conseguente all'applicazione; essa è, quindi, in definitiva, incompatibile solo con quel tasso di

Inoltre, nell'ottica dell'incentivazione dell'accesso alle pene sostitutive per il tramite dei riti alternativi, in osservanza della direttiva espressamente prevista nell'art. 1 comma 17 lett. i) della legge delega n. 134/2021, ai sensi dell'art. 56-*bis*, quinto comma, della legge n. 689/81, si è previsto che, in caso di sentenza di patteggiamento (come anche di decreto penale di condanna, come vedremo), il positivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, se accompagnato dal risarcimento del danno o dalla eliminazione delle conseguenze dannose del reato, ove possibili, comporta la revoca della confisca eventualmente disposta, salvi i casi di confisca obbligatoria, anche per equivalente, del prezzo, del profitto o del prodotto del reato ovvero delle cose la cui fabbricazione, uso e porto, detenzione o alienazione costituiscano reato.

Infine, giova rilevare che nel nuovo procedimento a citazione diretta, come rimodellato dall'art. 32 del d. lgs. n. 150/2022, nell'ambito del quale assume un ruolo centrale la nuova udienza di comparizione predibattimentale di cui agli artt. 554-*bis* e 554-*ter* c.p.p.⁶², prima che il giudice eventualmente pronunci la sentenza di non luogo a procedere prevista dal comma 1 dell'art. 554-*ter* c.p.p., l'imputato deve formulare, a pena di decadenza, richiesta di riti alternativi (art. 554-*ter*, comma 2, c.p.p.). Entro lo stesso termine, quando l'imputato e il p.m. concordano l'applicazione di una pena sostitutiva di cui all'art. 53 della legge n. 689/81, il giudice, se non è possibile decidere immediatamente, sospende il processo e fissa un'apposita udienza non oltre sessanta giorni, dandone contestuale avviso alle parti e all'UEPE competente. Si applica, anche in questo caso, in quanto compatibile l'art. 545-*bis* c.p.p. Sostanzialmente, si tratta della trasposizione nell'udienza predibattimentale a seguito di citazione diretta di quanto già previsto in termini generali per il patteggiamento dall'art. 448, comma 1-*bis*, c.p.p.

recidiva che il giudice non reputa di potere azzerare o ridurre attraverso l'adozione di quelle particolari prescrizioni che accompagnano la pena sostitutiva nella fase di esecuzione della stessa, la quale in quanto di tipo restrittivo, o del tutto restrittivo, necessita di adeguati controlli e prescrizioni. In buona sostanza, conclude la S.C., il presupposto da cui deve muovere il giudice al fine di verificare l'*an* dell'applicazione della pena sostitutiva breve è quello della valutazione della sussistenza o meno di fondati motivi che inducano a ritenere che le prescrizioni non saranno adempiute perché la prospettiva della rieducazione non può prevalere sull'esigenza di neutralizzazione del pericolo di recidiva che necessita di essere soddisfatta anche durante l'esecuzione della pena.

⁶² Udienza che, come è noto, si tiene in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del p.m. e del difensore dell'imputato, e che è destinata a risolvere, tendenzialmente in via definitiva, tutte le questioni *lato sensu* preliminari, dagli accertamenti in ordine alla regolare costituzione del contraddittorio, alle questioni preliminari strettamente intese di cui all'art. 491 c.p.p., alla verifica circa l'eventuale remissione della querela, alla rimodulazione del capo di imputazione impreciso, alla possibile pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, fra l'altro, quando gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna. Al riguardo, non va dimenticato che il p.m., in base al modificato art. 553 c.p.p., è tenuto a trasmettere al giudice dell'udienza predibattimentale non solo il fascicolo per il dibattimento, ma anche quello del p.m., proprio al fine di consentirgli l'ampio vaglio preliminare sopra sommariamente delineato.

2.6.3. Nel procedimento per decreto penale di condanna.

Il procedimento per decreto penale di condanna è da sempre il procedimento “elettivo” per la sostituzione della pena detentiva breve con la pena pecuniaria.

Nella legge delega n. 134/2021, all’art. 1, comma 17 lett. e) e l), sono state fornite alcune direttive specificamente destinate alla disciplina delle pene sostitutive in relazione al decreto penale di condanna, che hanno trovato attuazione poi attraverso l’art. 28 del d. lgs. n. 150/2022, che ha apportato le necessarie modifiche alla disciplina del procedimento per decreto penale di condanna.

La direttiva desumibile dalla lett. l) del citato art. 1 comma 17 della legge n. 134/2021, specificamente riguardante il criterio di ragguaglio della pena pecuniaria sostitutiva rispetto alla pena detentiva, si è tradotta, nel caso di specie, nella disposizione di cui alla prima parte del comma 1-*bis* dell’art. 459 c.p.p., che ricalca sostanzialmente il disposto dell’art. 56-*quater* della legge n. 689/81.

Come ha di recente precisato la Cassazione⁶³, il riferimento al parametro delle complessive condizioni economiche, patrimoniali e di vita dell’imputato e del suo nucleo familiare, che il giudice deve tenere in considerazione ai fini della commisurazione dell’entità della pena pecuniaria, che sostituisce quello precedente che richiama la sola “condizione economica dell’imputato e del suo nucleo familiare”, implica una valutazione più ampia da parte del giudice, al quale è rimesso il compito di determinare l’ammontare della pena pecuniaria, individuando il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l’imputato tenendo conto, in termini complessivi, non solo della situazione economica personale e familiare, ma anche delle condizioni patrimoniali e di vita dello stesso e del suo nucleo familiare, intesi quale ulteriore, personalizzante, parametro di valutazione. Sicchè, legittimamente il GIP può rigettare la richiesta di emissione del decreto penale di condanna in quei casi in cui il p.m. richiedente non fornisca al giudice gli elementi per valutare la congruità della pena pecuniaria indicata in sostituzione; né, peraltro, è possibile ovviare a tale carenza informativa formulando la richiesta ad una pena pecuniaria sostitutiva parametrata sul tasso minimo, poiché in tale modo, obbligando il GIP ad accoglierla, porterebbe ad una sostanziale disapplicazione della forbice legale stabilita nell’art. 459, comma 1-*bis*, c.p.p.

Tuttavia, la direttiva più innovativa era quella prevista dalla lett. e) dell’art. 1 comma 17 della legge n. 134/2021, che prevedeva la possibilità che, con il decreto penale di condanna, la pena detentiva potesse essere sostituita, oltre che con la pena pecuniaria, con il lavoro di pubblica utilità, se il condannato non si oppone.

L’indicazione proveniente dalla legge delega avrebbe potuto trovare attuazione in due modi: o consentendo che con il decreto penale di condanna potesse essere sostituita *sic et simpliciter* la pena detentiva con il lavoro di pubblica utilità, ma in tale modo si sarebbe estesa la possibilità di sostituire pene detentive entro il limite dei tre anni, previsto per la sostituibilità della pena detentiva breve con il lavoro di pubblica

⁶³ Cass. pen. sez. II, 16.5.2023, n. 27892.

utilità⁶⁴; oppure, poteva interpretarsi la direttiva in questione nel senso di prevedere la sostituibilità della pena detentiva con il lavoro di pubblica utilità come alternativa alla sostituibilità con la pena pecuniaria, e, dunque, limitarla alle pene detentive non superiori ad un anno.

Il legislatore delegato, come emerge dalla Relazione di accompagnamento al d. lgs. n. 150/2022, ha optato per questa seconda interpretazione, in coerenza sistematica con il disposto dei commi 1-*bis* e 2 dell'art. 459 c.p.p., che consentono di emettere un decreto penale di condanna a pena pecuniaria sostitutiva con il beneficio premiale della diminuzione della pena sino alla metà rispetto al minimo edittale. Pertanto, ha interpretato l'ultima parte della lett. e) del comma 17 dell'art. 1 della legge n. 134/2021 nel senso di consentire con il decreto penale di condanna la sostituzione della pena detentiva con il lavoro di pubblica utilità nei limiti in cui sarebbe stata consentita la sostituzione con la pena pecuniaria sostitutiva⁶⁵.

Conseguenzialmente, sono state inserite le disposizioni di cui alla seconda parte del comma 1-*bis* e del comma 1-*ter* dell'art. 459 c.p.p., frutto dell'esperienza e dell'esegesi giurisprudenziale maturata con riguardo all'applicazione del lavoro di pubblica utilità con il decreto penale di condanna nelle ipotesi disciplinate dal comma 9-*bis* dell'art. 186 c.d.s. e dal comma 8-*bis* dell'art. 187 c.d.s.

Si è, quindi, previsto che l'indagato/imputato, entro gli stessi limiti in cui può essere sostituita la pena detentiva con la pena pecuniaria sostitutiva (e, cioè, entro il limite di un anno di pena detentiva, determinata ai sensi del comma 2 dell'art. 459 c.p.p.), può richiedere la sostituzione della pena detentiva con quella del lavoro di pubblica utilità ai sensi dell'art. 56-*bis* della legge n. 689/81. Ciò può avvenire già prima dell'esercizio dell'azione penale, facendone richiesta al p.m., presentando, però, contestualmente il programma di trattamento elaborato dall'UEPE con la relativa dichiarazione di disponibilità dell'ente. In questo caso, dunque, il p.m. prima, e il giudice poi, saranno posti nelle condizioni di formalizzare subito rispettivamente la richiesta e l'emissione del decreto penale di condanna che prevede la sostituzione della pena detentiva con quella del lavoro di pubblica utilità. Il p.m., nonostante la richiesta dell'imputato, potrebbe inoltrare al GIP la richiesta di emissione di un decreto penale di condanna a sola pena pecuniaria sostitutiva. Tuttavia, ciò non dovrebbe vincolare il giudice, il quale, avendo a disposizione anche l'istanza dell'imputato, potrebbe sempre emettere il decreto penale di condanna sostituendo la pena detentiva indicata dal p.m.

⁶⁴ Pena cui si sarebbe potuti giungere dimezzando la pena prevista nel minimo edittale ai sensi dell'art. 459, comma 2, c.p.p., con la possibilità, quindi, di richiedere ed ottenere il decreto penale di condanna anche per reati astrattamente punibili con pena detentiva nel minimo edittale pari ad anni sei.

⁶⁵ Condivide la scelta legislativa D. GUIDI, *La riforma delle pene sostitutive*, cit., p. 16, sia perché la legge delega pare volere configurare, con riguardo al decreto penale di condanna, il lavoro di pubblica utilità come un'alternativa alla pena pecuniaria, collocandola nella stessa cornice applicativa di quest'ultima, sia perché, sotto il profilo sistematico, sarebbe stato insostenibile prevedere la possibilità di condanne *inaudita altera parte* e con contraddittorio differito per fatti potenzialmente assai gravi e rilevanti punibili con pena detentiva pari ad anni tre (e cioè il limite di accessibilità della pena detentiva breve alla sostituzione con il lavoro di pubblica utilità), all'esito della possibile riduzione della metà della pena minima edittale, come prevista dal comma 2 dell'art. 459 c.p.p.

con il lavoro di pubblica utilità e non con la pena pecuniaria sostitutiva.⁶⁶ L'eventuale rigetto della richiesta da parte del GIP, o comunque il suo mancato accoglimento, anche implicito, in seguito all'emissione del decreto penale di condanna a pena pecuniaria sostitutiva, invece, non sarebbe impugnabile da parte dell'imputato, che potrebbe sempre riproporre l'istanza dopo l'emissione del decreto penale di condanna, ovvero anche nel conseguente giudizio, non essendo previste dalla norma decadenze o preclusioni.

Siccome non è frequente nella pratica l'attivazione diligente e consapevole dell'indagato prima dell'esercizio dell'azione penale, il legislatore si è premunito di predisporre un percorso procedurale successivo all'emissione del decreto penale di condanna per consentire all'imputato di optare per la sostituzione della pena detentiva, in luogo della pena pecuniaria, con il lavoro di pubblica utilità. Sicchè, l'imputato, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, entro il termine di quindici giorni dalla notifica del decreto penale di condanna, può chiedere la sostituzione della pena detentiva con il lavoro di pubblica utilità di cui all'art. 56-bis della legge n. 689/81, senza formulare alcun atto di opposizione.⁶⁷ Come auspicato nei protocolli operativi adottati nei vari uffici giudiziari, sarebbe opportuno che con la richiesta fosse allegato anche il programma trattamentale predisposto dall'UEPE e la disponibilità dell'ente. Tuttavia, nel caso in cui ciò non fosse possibile, il comma 1-ter dell'art. 459 c.p.p. consente all'imputato di chiedere con l'istanza un termine di sessanta giorni per depositare i predetti atti e documenti. Trascorso detto termine, ove i documenti citati saranno stati depositati, il giudice potrà operare la sostituzione della pena detentiva con il lavoro di pubblica utilità, modificando il decreto penale di condanna. In caso contrario, in difetto comunque dei presupposti, il giudice respingerà la richiesta ed emetterà il decreto di giudizio immediato. Questo esito, in realtà, non sembra giustificato⁶⁸, salvo ritenere la richiesta di sostituzione della pena detentiva con il lavoro di pubblica utilità un'implicita opposizione, benchè la norma testualmente escluda la necessità di formulare la richiesta in un apposito atto di opposizione. Invero, il passaggio al giudizio immediato

⁶⁶ Si veda Cass. pen. sez. IV, 12.1.2016, n. 45013, fattispecie in cui, nell'ipotesi prevista dall'art. 186, comma 9-bis, c.d.s., il p.m. aveva inoltrato richiesta di decreto penale di condanna e, nelle more della decisione del GIP, l'imputato aveva formalizzato istanza di sostituzione della pena detentiva con quella del lavoro di p.u. La Cassazione riteneva abnorme il provvedimento con il quale il GIP aveva rigettato la richiesta del p.m., ritenendo che il p.m. dovesse formalizzare a sua volta specifica richiesta, peraltro sostenuta dai necessari supplementi istruttori tesi a favorire l'accoglimento dell'istanza di sostituzione della pena con il lavoro di p.u.

⁶⁷ Così come chiarito dalla Cassazione per le analoghe fattispecie di cui all'art. 186, comma 9-bis, c.d.s. e 187, comma 8-bis, c.d.s. (vedi Cass. pen. sez. IV, 13.1.2021, n. 6879).

⁶⁸ In senso critico in dottrina P. CORVI, *Rito monitorio e giudizio immediato: le novità introdotte dalla riforma Cartabia*, in *"Riforma Cartabia la nuova giustizia penale"*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso e G. Varraso, CEDAM, 2023, p. 772, la quale sottolinea che la scelta di sostituire la pena detentiva con il lavoro di p.u., anziché con la pena pecuniaria, potrebbe portare l'imputato a dibattimento, qualora la richiesta di sostituzione non venisse accolta, ma tale disciplina, peraltro in assenza di specifiche indicazioni nella legge delega sul punto, sotto questo profilo non sembrerebbe coerente con le finalità deflative e acceleratorie della novella, non consentendo all'imputato di mantenere il risultato acquisito, e cioè la definizione del processo mediante decreto penale di condanna non opposto.

presuppone ordinariamente che l'imputato si sia opposto al decreto penale di condanna, anche nelle ipotesi in cui contestualmente abbia formulato richiesta di riti alternativi, che, per i motivi più disparati, non siano state accolte ovvero siano state ritenute inammissibili⁶⁹, e non abbia rinunciato all'opposizione.⁷⁰

Entrambe le opzioni per l'imputato, e cioè la sostituzione con il decreto penale di condanna della pena detentiva con la pena pecuniaria ovvero con il lavoro di pubblica utilità, presentano potenziali effetti positivi.

Invero, l'imputato può effettuare il pagamento della pena pecuniaria in misura ridotta di un quinto nel termine di quindici giorni dalla notifica del decreto penale di condanna, rinunciando contestualmente all'opposizione (art. 460, comma 5, secondo periodo, c.p.p.). A tale fine, il decreto penale di condanna dovrà contenere nel dispositivo anche l'indicazione specifica della riduzione di un quinto della pena pecuniaria nel caso in cui l'imputato rinunciasse all'opposizione e procedesse al pagamento della relativa somma di denaro nel termine di quindici giorni dalla notifica del decreto medesimo (art. 460 comma 1 lett. d) c.p.p.); dovrà contenere uno specifico avviso che l'imputato potrà effettuare il pagamento della pena pecuniaria in misura ridotta di un quinto nel termine di quindici giorni dalla notifica del decreto con rinuncia all'opposizione (art. 460, comma 1 lett. h-ter) c.p.p.).

Per contro, nell'ipotesi in cui l'imputato chiedesse di sostituire la pena detentiva con il lavoro di pubblica utilità, come già rilevato per il patteggiamento, ai sensi dell'art. 56-bis, quinto comma, della legge n. 689/81, con il positivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, se accompagnato dal risarcimento del danno o dalla eliminazione delle conseguenze dannose del reato, ove possibili, potrebbe ottenere la revoca della confisca eventualmente disposta, salvi i casi di confisca obbligatoria, anche per equivalente, del

⁶⁹ In seguito al rigetto della richiesta di patteggiamento, presentata contestualmente all'opposizione a decreto penale di condanna, il giudice non può dichiarare inammissibile l'opposizione e esecutivo il decreto penale di condanna, ma, salva rinuncia dell'imputato all'opposizione, deve emettere decreto di giudizio immediato (Vedi Cass. pen. sez. III, 22.3.2005, n. 14380 e Cass. pen. sez. V, 18.10.2013, n. 6369/14); allo stesso modo in caso di opposizione a decreto penale con richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, l'inammissibilità di quest'ultima istanza non comporta anche l'inammissibilità dell'opposizione (Cass. pen. sez. IV, 14.2.2019, n. 10080 e Cass. pen. sez. IV, 16.9.2020, n. 28136), come anche l'esito negativo della messa alla prova comporta la prosecuzione del giudizio nelle forme ordinarie con l'emissione del decreto di giudizio immediato (vedi Cass. pen. sez. IV, 9.5.2023, n. 22141)

⁷⁰ Non a caso, nella bozza di decreto legislativo correttivo ai sensi dell'art. 1, comma 4, della legge n. 134/2021, approvato, in via preliminare, dal Consiglio dei Ministri nel corso della riunione del 16.11.2023 (in questa *Rivista*, 16.1.2024), fra le modifiche al codice di procedura penale è prevista anche la seguente (art. 2, comma 1 lett. s): all'art. 459, comma 1-ter, c.p.p., al primo periodo, dopo le parole "1981, n. 689,", verrebbe inserita la parola "anche", e, all'ultimo periodo, le parole "ed emette decreto di giudizio immediato", verrebbero sostituite con le parole «e, se non è stata proposta, congiuntamente o successivamente, tempestiva opposizione, dichiara esecutivo il decreto». In questo modo, l'imputato potrebbe presentare la richiesta di sostituzione della pena detentiva con il lavoro di pubblica utilità sia autonomamente, che contestualmente all'opposizione, ovvero facendo seguire alla stessa tempestiva opposizione. Nel primo caso, il mancato accoglimento dell'istanza determinerebbe l'esecutività del decreto penale di condanna; nel secondo caso, la presenza dell'opposizione obbligherebbe il GIP, che rigetta l'istanza di sostituzione, all'emissione del decreto di giudizio immediato, secondo i principi generali in materia di procedimento per decreto penale di condanna.

prezzo, del profitto o del prodotto del reato ovvero delle cose la cui fabbricazione, uso e porto, detenzione o alienazione costituiscano reato⁷¹.

Giova rilevare che, mentre il riformatore ha inteso prevedere uno specifico avviso per l'imputato, finalizzato ad informarlo circa la possibilità del pagamento in misura ridotta della pena pecuniaria sostitutiva, non ha inteso fare altrettanto con riguardo alla possibilità per l'imputato di chiedere la sostituzione della pena detentiva con il lavoro di pubblica utilità nel termine di quindici giorni dalla notifica del decreto penale di condanna, senza formulare atto di opposizione.

Come è noto, ai sensi dell'art. 460, comma 1 lett. e), c.p.p., il decreto penale di condanna deve contenere l'avviso che l'imputato, formulando l'opposizione nel termine di quindici giorni dalla notifica del decreto stesso, può chiedere il giudizio immediato, ovvero i riti alternativi del giudizio abbreviato, del patteggiamento e, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 201/2016, anche del procedimento con messa alla prova. Si tratta di opzioni tutte espressione dell'esercizio del diritto di difesa e il relativo avviso è stato ritenuto necessario poiché le predette opzioni sono soggette a decadenza, ove non esercitate nei termini e con le modalità sopra indicate. Sotto questo profilo, si giustifica pienamente l'avviso specificatamente inserito attraverso la lett. h-ter) del comma 1 dell'art. 460 c.p.p., poiché la possibilità del pagamento in misura ridotta di un quinto della pena pecuniaria sostitutiva applicata con il decreto penale di condanna, che certamente costituisce un'ulteriore opzione di esercizio del diritto di difesa⁷², svanirebbe decorso il termine di quindici giorni dalla notifica del decreto medesimo. Al contrario, la possibilità di ottenere la sostituzione della pena detentiva breve con il lavoro di pubblica utilità non si perde con la mancata richiesta formulata nel termine di quindici giorni dalla notifica del decreto penale di condanna, potendo ottenerla l'imputato anche all'esito del giudizio ordinario, ovvero, ove optasse per gli altri riti alternativi, in sede di patteggiamento o giudizio abbreviato. Ne consegue che la mancata previsione dell'inserimento di uno specifico avviso in tale senso nel decreto penale di condanna non comporta alcun *vulnus* sul piano delle garanzie costituzionali del diritto di difesa.

2.7. Le pene sostitutive e le impugnazioni, in particolare il giudizio di appello.

La riforma c.d. Cartabia, attraverso gli artt. 33 e 34 del d. lgs. n. 150/2022, ha modificato in maniera significativa la disciplina del giudizio di appello⁷³, anche se non

⁷¹ L'esecuzione positiva del lavoro di pubblica utilità, dichiarata dal giudice, comporta anche l'estinzione di ogni altro effetto penale, ad eccezione delle pene accessorie perpetue (art. 63, ultimo comma, della legge n. 689/81, come modificato dall'art. 71 del d. lgs. n. 150/2022).

⁷² Si veda con riguardo alla figura affine dell'oblazione Corte Cost. n. 497/1995.

⁷³ Sulle modifiche apportate al giudizio di appello dalla riforma c.d. Cartabia si rimanda in dottrina, ancora una volta senza pretesa di esaustività, a C. CITTERIO, *Pensieri sparsi sul nuovo giudizio penale di appello (ex d. lgs. 150/2022)*, in, *Giustizia Insieme*, 13.1.2023; G. DE MARZO, *La disciplina in materia di impugnazioni penali nella riforma Cartabia (d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150)*, in *Foro Italiano*, 2022, fasc. 11, part. 5, c. 305; A. MORI, *La riforma penale e il giudizio di appello*, in *Questione Giustizia*, 16.2.2023, nonché, volendo, G. BIONDI, *Il giudizio di appello penale dopo la Riforma Cartabia*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2022, 12 e l'appendice di aggiornamento sempre su *Giurisprudenza Penale web*, 2023, 1.

ha previsto nulla di specifico con riferimento all'applicazione delle pene sostitutive in questa fase processuale⁷⁴. Necessariamente l'interprete deve procedere ad un'esegesi sistematica delle norme, che muove dai principi generali che regolano il giudizio di appello, come è noto, caratterizzato dalla sua natura di giudizio devolutivo.

Preliminarmente, però, deve osservarsi che, per effetto dell'art. 94, comma 2, d. lgs. n. 150/2022, come da ultimo modificato dall'art. 17 del d.l. 22.6.2023, n. 75, convertito con modifiche dalla legge 10.8.2023, n. 112, e infine dall'art. 11, comma 7, del d.l. 30 dicembre 2023, n. 215, per le impugnazioni proposte sino al 30.6.2024, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui agli artt. 23, commi 8, primo, secondo, terzo, quarto e quinto periodo, e 9, e 23-bis, commi 1, 2, 3, 4 e 7 del d.l. n. 137/2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 176/2020. Se sono proposte ulteriori impugnazioni avverso il medesimo provvedimento dopo la scadenza dei termini indicati al primo periodo, si fa riferimento all'atto di impugnazione proposto per primo.

Secondo alcuni arresti della Cassazione⁷⁵, in base alla disciplina transitoria prevista dall'art. 94, comma 2, d. lgs. n. 150/2022, le norme relative alla nuova disciplina

⁷⁴ L'art. 2 comma 1 lett. z) nn. 1), 2) e 3) dello schema del decreto legislativo correttivo, predisposto dal Governo ai sensi dell'art. 1, comma 4, della legge n. 134/2021, approvato, in via preliminare, dal Consiglio dei Ministri nel corso della riunione del 16.11.2023 (in questa *Rivista*, 16.1.2024), colmerebbe la lacuna (sebbene con riferimento alle sole norme che disciplinano il nuovo rito di appello), inserendo, dopo il comma 1 dell'art. 598-bis c.p.p., il seguente: «1-bis. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 597, l'imputato, fino a quindici giorni prima dell'udienza, può, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, nei motivi nuovi e nelle memorie di cui al comma 1, esprimere il consenso alla sostituzione della pena detentiva con taluna delle pene sostitutive di cui all'articolo 53 della legge 24 novembre 1981 n. 689. La corte, se ritiene che ne ricorrano i presupposti, sostituisce la pena detentiva. Quando, pur essendo acquisito il consenso, non è possibile decidere immediatamente, la corte fissa una apposita udienza non oltre sessanta giorni, dandone avviso alle parti e all'ufficio di esecuzione penale esterna competente e provvede ad acquisire gli atti, i documenti e le informazioni di cui all'art. 545-bis, comma 2; in tale caso il processo è sospeso. Salvo che la corte disponga altrimenti, l'udienza si svolge senza la partecipazione delle parti». Dopo il comma 4 dell'art. 598-bis verrebbero inseriti i seguenti: «4-bis. Nei casi di udienza partecipata di cui ai commi 2, 3 e 4, il consenso alla sostituzione di cui al comma 1-bis può essere espresso sino alla data dell'udienza. Si applicano le disposizioni del medesimo comma 1-bis, secondo e terzo periodo. 4-ter. Quando, per effetto della decisione sull'impugnazione, è applicata una pena detentiva non superiore a quattro anni, la corte, se ritiene che ne ricorrano i presupposti, sostituisce la pena detentiva. Se è necessario acquisire il consenso dell'imputato, la corte deposita il dispositivo ai sensi del comma 1, quarto periodo, assegna all'imputato il termine perentorio di quindici giorni per esprimere il consenso e fissa udienza, non oltre trenta giorni, senza la partecipazione delle parti. In tale caso, il processo è sospeso. Se il consenso è acquisito, all'udienza la corte integra il dispositivo altrimenti lo conferma. In ogni caso, provvede al deposito ai sensi del comma 1, ultimo periodo. Quando, pur essendo acquisito il consenso, non è possibile decidere immediatamente, si applicano le disposizioni di cui al comma 1-bis, terzo e quarto periodo. I termini per il deposito della motivazione decorrono, ad ogni effetto di legge, dal deposito del dispositivo, confermato o integrato. Nei casi di udienza partecipata di cui ai commi 2, 3 e 4, si osservano le disposizioni dell'articolo 545-bis, in quanto applicabili». Infine, la lett. aa) del comma 1 dell'art. 2 del predetto schema del decreto correttivo andrebbe ad aggiungere all'art. 599-bis, al comma 1, secondo periodo, dopo le parole «determinazione della pena» le seguenti: «o la sostituzione della pena detentiva con una delle pene sostitutive di cui all'articolo 53 della legge 24 novembre 1981 n. 689»; e dopo il terzo periodo andrebbe aggiunto il seguente: «Nell'ipotesi di sostituzione della pena detentiva con una pena sostitutiva di cui all'articolo 53 della legge 24 novembre 1981 n. 689, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 598-bis, ma il consenso dell'imputato è espresso, a pena di decadenza, nel termine di quindici giorni prima dell'udienza».

⁷⁵ Cass. pen. sez. VI, 12.7.2023, n. 37981 (la Cassazione in questo caso si è espressa specificatamente con riguardo al novellato art. 599-bis, comma 3, c.p.p., ritenuto non applicabile nel caso di specie *ratione temporis*);

del giudizio di appello entreranno in vigore dopo la cessazione del regime processuale introdotto, in via temporanea, dalla normativa emergenziale.

Dunque, per un periodo, che si preannuncia piuttosto lungo, continuerà a convivere un doppio rito di appello: per quei giudizi introdotti con appelli proposti al 30.6.2024 troverà applicazione la disciplina del vecchio rito di appello, sulla quale andava ad innestarsi la normativa emergenziale dettata in seguito all'epidemia da COVID-19; per quei giudizi che verranno introdotti con appelli presentati successivamente alla predetta data, invece, troverà applicazione la nuova disciplina del rito di appello, come prevista dal d. lgs. n. 150/2022.

Sempre in via preliminare, va detto che l'art. 34 comma 1 lett. a), del d. lgs. n. 150/2022 ha sostituito il comma 3 dell'art. 593 c.p.p., disponendo, fra l'altro, l'inappellabilità delle sentenze di condanna per le quali è stata applicata la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità.⁷⁶

Ciò posto, tralasciando ogni riferimento alla disciplina transitoria, che, come detto fin dall'inizio, troverà spazio in un apposito capitolo, occorre chiedersi se risulta ancora attuale l'insegnamento offerto dalle Sezioni Unite,⁷⁷ nella vigenza della precedente normativa relativa alle sanzioni sostitutive, a mente del quale il giudice di

informazione provvisoria di decisione n. 7 della II Sezione Penale della Cassazione del 31.1.2024 (R.G. Cass. n. 36240/23, ricorrente M.W.), che, in ordine alla questione se il nuovo termine per comparire nel giudizio di appello previsto dall'art. 601, commi 3 e 5, c.p.p. sia applicabile per i decreti di citazione emessi dal 30.12.2022, giorno di entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2022, ha fornito risposta negativa, affermando che dalla formulazione originaria della norma transitoria di cui all'art. 94, comma 2, d. lgs. n. 150/2022 e dalla modifica operata dalla legge n. 199/2022 (art. 5-*duodecies*) risulta una stretta correlazione fra la perdurante applicazione (attualmente, in base al d.l. n. 215/2023: per le impugnazioni proposte entro il 30.6.2024) delle disposizioni di cui all'art. 23-*bis*, commi 1, 2, 3, 4 e 7 del d.l. n. 137/2020, convertito con modifiche dalla legge n. 176/2020, e l'entrata in vigore dell'art. 601, commi 3 e 5, c.p.p., là dove prevede il nuovo termine per comparire di quaranta giorni: pertanto, salvo ulteriori proroghe, per gli appelli proposti entro il 30.6.2024 detto termine è ancora di venti giorni. In dottrina nello stesso senso, condivisibilmente, C. CITTERIO, *Pensieri sparsi sul nuovo giudizio penale di appello*, cit. In senso contrario, però, con riguardo alla questione dell'applicazione del disposto del nuovo art. 601, commi 3 e 5, c.p.p. ai decreti di citazione per il giudizio di appello emessi dopo il 30.12.2022, si segnala Cass. pen. sez. II, 2.11.2023, n. 49644, che ha ritenuto che l'art. 94, comma 2, d. lgs. n. 150/2022, nel testo modificato dall'art. 5-*duodecies* della legge n. 199/2022, ha inciso esclusivamente sulla disciplina del c.d. rito pandemico a trattazione scritta, estendendone l'applicazione sino al 30.6.2024, senza tuttavia incidere sulle disposizioni relative ai termini a comparire, senza in alcun modo richiamare l'art. 34 del d. lgs. n. 150/2022, da ritenersi vigente in considerazione della normativa sopra richiamata alla data del 31.12.2022.

⁷⁶ In mancanza di una specifica disciplina transitoria (l'art. 88-*ter* del d. lgs. n. 150/2022, introdotto con l'art. 5-*septies* del d.l. n. 162/2022, convertito con modifiche dalla legge n. 199/2022, riguarda solo le disposizioni in materia di inappellabilità delle sentenze di non luogo a procedere di cui all'art. 23, comma 1, lett. m) d. lgs. n. 150/2022), deve ritenersi che, in applicazione dei principi espressi da Cass. pen. sez. un., 29.3.2007, n. 27614, imp. Lista, l'inappellabilità riguardi solo le sentenze di condanna a pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità pronunciate dopo l'entrata in vigore della riforma c.d. Cartabia. D'altra parte, è solo con l'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2022 che sono entrate a loro volta in vigore le nuove pene sostitutive, la cui applicazione ai procedimenti penali pendenti in primo e secondo grado, ove più favorevoli, è espressamente prevista dall'art. 95 d. lgs. n. 150/2022, norma su cui si tornerà in apposito paragrafo. Peraltro, le citate sentenze sono inappellabili, ma sempre ricorribili per cassazione, come condivisibilmente sottolineato da G. DE MARZO, *La disciplina in materia di impugnazioni penali*, cit.

⁷⁷ Si allude a Cass. pen. sez. un., 19.1.2017, n. 12872, imp. Punzo.

appello non ha il potere di applicare di ufficio le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi se nell'atto di appello non risulta formulata alcuna specifica e motivata richiesta con riguardo a tale punto della decisione, dal momento che l'ambito di tale potere è circoscritto alle ipotesi tassativamente indicate dall'art. 597, comma 5, c.p.p., che costituisce un'eccezione alla regola generale del principio devolutivo dell'appello e che segna anche il limite del potere discrezionale del giudice di sostituire una pena detentiva previsto dall'art. 58 della legge n. 689/1981. Le Sezioni Unite giungevano a tale conclusione sulla base dei seguenti passaggi logico-giuridici: 1) l'art. 597 comma 5 c.p.p. è norma di stretta interpretazione, costituendo un'eccezione alla regola generale dell'effetto devolutivo fissata dal comma 1 dell'art. 597 c.p.p., eccezione per sua natura inapplicabile oltre i casi in essa considerati, ai sensi dell'art. 14 delle Preleggi; 2) le sanzioni sostitutive non costituiscono un *minus* rispetto alla sospensione condizionale della pena, alla non menzione della condanna, al riconoscimento delle circostanze attenuanti e alla corretta formulazione del giudizio di comparazione, applicabili di ufficio ai sensi del comma 5 dell'art. 597 c.p.p., di talchè, per il divieto di interpretazione estensiva o analogica delle norme eccezionali, non è possibile includere le sanzioni sostitutive nell'elenco tassativo dei benefici concedibili *ex officio* dal giudice di secondo grado; 3) a diversa conclusione non può giungersi richiamando il criterio di adeguamento della pena al caso concreto, posto che, a ritenere che i poteri officiosi siano esercitabili nell'ambito delle statuizioni in tema di trattamento sanzionatorio *lato sensu* assimilabili a quelle espressamente previste, si aprirebbe la possibilità di un'inaccettabile estensione della deroga all'effetto devolutivo, tra l'altro in violazione delle norme sulla formalità delle impugnazioni; 4) la mancata menzione delle sanzioni sostitutive tra i "benefici" concedibili di ufficio dal giudice di secondo grado risponde pure al principio riassumibile nell'espressione "*ubi lex noluit tacuit*"; 5) non può invocarsi la portata generale dell'art. 58 della legge n. 689/81, che attribuisce al giudice il potere discrezionale di sostituire la pena detentiva, per pretendere di trarvi la conseguenza che lo stesso potere sia esercitabile dal giudice di secondo grado, ostandovi il dato testuale secondo cui quel potere va esercitato "nei limiti fissati dalla legge", il che significa non solo che esso non è esercitabile di ufficio in ogni stato e grado, ma anche che incontra un limite nel rispetto dell'ambito della cognizione del giudice di appello segnato dall'effetto devolutivo; 6) la natura di pene autonome delle sanzioni sostitutive determina che il complesso delle questioni che attengono alla concessione delle stesse integra un "punto" della decisione, e cioè una statuizione suscettibile di autonoma valutazione e di autonoma impugnazione, distinto da quello relativo al trattamento sanzionatorio, con la conseguenza che il gravame relativo a quest'ultimo non si estende alle prime, sicchè, attribuire carattere omnicomprensivo alla devoluzione del tema del trattamento sanzionatorio, sembrerebbe distonico con il combinato disposto degli artt. 581, comma 1, lett. c), 591, comma 1, lett. c) e 597, comma 1, c.p.p., da cui si ricava il principio che la "*plena cognitio*" che caratterizza i poteri del giudice di appello si esercita nei limiti dei punti (oltre che dei capi) della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti, accompagnati dalle specifiche indicazioni delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto alla base di ogni richiesta, pena l'inammissibilità dell'impugnazione.

Le argomentazioni delle Sezioni Unite Punzo possono essere riprese punto per punto per sostenere che, anche dopo la riforma Cartabia, non è possibile per il giudice di appello sostituire di ufficio le pene detentive brevi in mancanza di uno specifico motivo di impugnazione.

Invero, le norme di riferimento, da cui muovevano il proprio ragionamento le Sezioni Unite, non sono mutate, anzi, per alcuni aspetti sono state meglio chiarite proprio nel senso indicato dal giudice di legittimità. Non è stato modificato l'art. 597 c.p.p., che al suo comma 5 continua a non prevedere, fra i benefici che il giudice di appello può riconoscere, le pene sostitutive; è stato modificato l'art. 58 della legge n. 689/81, ma, per quello che interessa, il comma 1 continua a prevedere l'esercizio del potere discrezionale del giudice nell'applicazione delle pene sostitutive *"nei limiti fissati dalla legge"*; le nuove pene sostitutive, attraverso il mutamento del proprio *nomen iuris* (non più sanzioni, ma vere e proprie pene), nonché l'inserimento nel codice penale attraverso l'art. 20-bis c.p., hanno assunto in maniera inequivocabile la natura giuridica di vere e proprie autonome pene; attraverso l'inserimento del comma 1-bis nell'art. 581 c.p.p. ad opera dell'art. 33 del d. lgs. n. 150/2022 si è ulteriormente specificato che l'appello è inammissibile per mancanza di specificità dei motivi quando, per ogni richiesta, non sono enunciati in forma puntuale ed esplicita i rilievi critici in relazione alle ragioni di fatto o di diritto espresse nel provvedimento impugnato, con riferimento ai capi e punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione.

Certo, il riformatore ha inserito l'art. 545-bis c.p.p. fra le norme che disciplinano il giudizio di primo grado, che certamente, come già evidenziato, attribuisce al giudice l'onere di valutare la sostituibilità della pena detentiva breve anche di ufficio. Ma questa norma, dettata, come precisato, per il primo grado, trova ingresso nel giudizio di appello ai sensi dell'art. 598 c.p.p., in quanto applicabile, il che significa che la sua applicazione va necessariamente coordinata con quello che era e che resta un principio cardine del giudizio di appello, e cioè la sua natura di giudizio devolutivo, salvo le eccezioni previste dal comma 5 dell'art. 597 c.p.p. fra le quali, occorre ribadirlo, continua a non figurare l'applicazione delle pene sostitutive. Sicchè, l'art. 545-bis c.p.p. potrà trovare spazio ed applicazione nel giudizio di appello solo se la Corte di Appello sarà stata investita ritualmente della questione inerente l'applicazione delle pene sostitutive con uno specifico motivo di appello⁷⁸.

⁷⁸ In questo stesso senso, in dottrina, P. BOTTARI, *La sostituzione delle pene detentive brevi in appello alla luce della disciplina transitoria della riforma Cartabia*, in *Cassazione Penale*, 2023, p. 3739, secondo il quale «se il legislatore avesse voluto fornire al giudice dell'impugnazione il potere di applicare di ufficio le pene sostitutive, pur in assenza di una richiesta dell'imputato, avrebbe senz'altro riformulato anche l'art. 597 c.p.p., inserendo tale ipotesi tra quelle tassativamente indicate al comma 5. Né, in assenza dell'ampliamento dei poteri di cognizione del giudice di secondo grado, la costituzione del modello bifasico previsto dall'art. 545-bis c.p.p. può rappresentare l'introduzione di un diritto dell'imputato, facendo salva la facoltà di quest'ultimo di farne richiesta, durante il regime transitorio, al più tardi nell'udienza di appello e non necessariamente nell'atto di impugnazione». Sotto questo aspetto, le modifiche che si prospettano per effetto del decreto legislativo correttivo sembrerebbero confermare questa interpretazione. Invero, come visto, il comma 1-bis, che verrebbe inserito nel corpo dell'art. 598-bis c.p.p., che costituisce la disposizione base, si apre con questo *incipit*: «Fermo quanto previsto dall'articolo 597». È evidente, quindi, che nelle intenzioni del legislatore continua ad esservi il rispetto del principio devolutivo, sicchè questo inciso

Chiarito, dunque, che la questione dell'applicazione della pena sostitutiva potrà essere devoluta in appello solo con apposito motivo di impugnazione, deve osservarsi che la doglianza potrà abbracciare varie ipotesi.

Certamente, in presenza dell'irrogazione di una pena detentiva contenuta nel limite di quattro anni, l'imputato potrà dolersi della mancata valutazione del giudice circa la sostituibilità della pena, indipendentemente da una sua preventiva richiesta in tale senso. Si è già detto, infatti, che l'attuale formulazione dell'art. 545-*bis* c.p.p. sembrerebbe imporre al giudice un onere di valutazione, e, quindi, motivazionale, circa la sostituibilità o meno della pena detentiva breve irrogata. Pertanto, l'imputato potrebbe dolersi di tale omessa valutazione e motivazione, al di là della sollecitazione che dovesse avere effettuato in tale senso al primo giudice.

Al contrario, ove il giudice, facendo applicazione del procedimento *ex art. 545-bis* c.p.p., abbia prospettato all'imputato la sostituibilità della pena detentiva con una pena sostitutiva necessitante del suo consenso, senza ottenerlo, si è già detto che appare preferibile l'opinione che tenderebbe ad escludere la possibilità di dolersi della mancata sostituzione della pena detentiva in appello. Il relativo motivo dovrebbe essere dichiarato inammissibile, ai sensi dell'art. 581 comma 1-*bis* c.p.p., stante l'impossibilità di rivolgere rilievi critici al provvedimento impugnato.

Se in primo grado l'imputato ha chiesto (o ha prestato il consenso) la (alla) applicazione di una specifica pena sostitutiva, potrà certamente dolersi della mancata sostituzione con il motivo di appello. Se la richiesta di sostituzione è stata formulata in primo grado, lasciando al giudice la scelta circa la pena sostitutiva concretamente applicabile, ovvero è stato prestato il consenso all'applicazione di una qualsiasi delle pene sostitutive, a fronte del generalizzato rigetto, l'imputato potrà proporre motivo di appello dolendosi in generale del rigetto della sua richiesta, demandando anche al giudice di appello la concreta scelta della pena sostitutiva, ovvero potrà restringere con il motivo di impugnazione la sua censura solo rispetto ad una o più specifiche pene sostitutive.

L'imputato condannato a pena detentiva superiore ad anni quattro potrà sempre formulare specifico motivo di impugnazione chiedendo in via subordinata la sostituzione dell'eventuale pena detentiva che, per effetto dell'accoglimento di altri motivi di appello (ad esempio, di quello sul riconoscimento di circostanze attenuanti), dovesse essere ridotta o rideterminata entro il limite dei quattro anni.

Altra questione attiene alle modalità attraverso le quali l'imputato appellante è tenuto a prestare il proprio consenso rispetto alle pene sostitutive che lo richiedono per essere applicate.

Ovviamente, se l'imputato in primo grado ha chiesto o ha prestato il proprio consenso (personalmente o a mezzo procuratore speciale) all'applicazione delle pene sostitutive che lo richiedono non è tenuto a confermarlo in appello, nel momento in cui, con apposito motivo di impugnazione, insiste nell'applicazione della pena sostitutiva. Il

non smentisce, ma anzi conferma, che la pena sostitutiva a regime deve essere richiesta con apposito motivo di appello. In questo senza si legga anche la relazione illustrativa di accompagnamento allo schema di decreto correttivo (pag. 38).

consenso potrà essere sempre revocato, prima che il giudice si pronunci, ma una volta prestato, in mancanza di opposta dichiarazione, deve intendersi acquisito. Il problema si pone nei casi in cui il motivo di appello prospetta in via eventuale e subordinata l'applicazione di una pena sostitutiva, nei casi in cui le condizioni per irrogarla si presentino solo nel giudizio di appello (come detto, per la riduzione della pena detentiva irrogata in primo grado in conseguenza dell'accoglimento di altri motivi di doglianza). Certamente, non può configurarsi come causa di inammissibilità del motivo di appello la mancata allegazione almeno di una dichiarazione di consenso autenticata dell'imputato (quindi, di provenienza certa)⁷⁹, ovvero della procura speciale rilasciata al suo difensore per esprimere in sua vece il consenso, non essendo previsti simili oneri da alcuna norma. Ne consegue che il consenso potrà essere espresso dall'imputato (ovvero dal suo procuratore speciale) anche in seguito, nel corso del giudizio di appello, con le modalità consentite dalle norme che disciplinano il giudizio di appello. Pertanto, nei casi in cui il giudizio di appello verrà celebrato in pubblica udienza (art. 602 c.p.p.), ovvero in udienza in camera di consiglio eventualmente partecipata (art. 599 c.p.p.), l'imputato potrà prestare il suo consenso personalmente presenziando all'udienza, ovvero rilasciando preventivamente procura speciale al suo difensore. La procura speciale (ovvero dichiarazione di consenso dell'imputato di provenienza certa) potrà essere depositata dal difensore anche attraverso la presentazione di motivi aggiunti, ovvero attraverso una memoria in base al combinato disposto degli artt. 127, comma 2, e 599, comma 1, c.p.p.

Nel caso del giudizio di appello che si svolge nelle forme della camera di consiglio non partecipata e cartolare, la procura speciale (ovvero dichiarazione di consenso dell'imputato di provenienza certa) potrà essere depositata dal difensore con le conclusioni scritte presentate nei cinque giorni prima dell'udienza ai sensi dell'art. 23-*bis*, comma 2, del d.l. n. 137/20, convertito con modifiche dalla legge n. 176/20, ovvero, quando sarà applicabile la relativa disposizione, con i motivi nuovi o con la memoria depositabile fino a quindici giorni prima dell'udienza ai sensi dell'art. 598-*bis*, comma 1, c.p.p.

D'altra parte, il giudice di appello può sempre fare applicazione dell'art. 545-*bis* c.p.p. in combinato disposto con l'art. 598 c.p.p., e, quindi, in quanto applicabile. Sicchè, anche laddove non fosse stato prestato il consenso dell'imputato, ovvero laddove il difensore non avesse depositato apposita procura speciale, la Corte di Appello può attivare il procedimento di *sentencing*, al fine di acquisire innanzitutto il consenso dell'appellante.

In quest'ultimo caso, occorre chiedersi se ciò potrà o dovrà avvenire dopo la pronuncia del dispositivo di sentenza, ovvero prima.

⁷⁹ Al riguardo, si evidenzia che, con riferimento alla rinuncia all'impugnazione, atto personalissimo, che può essere compiuto solo dall'imputato personalmente ovvero da procuratore speciale, ai sensi dell'art. 589, comma 2, c.p.p., la Cassazione ha ritenuto valida la rinuncia all'impugnazione, presentata con dichiarazione, depositata in cancelleria da un incaricato, sottoscritta dall'imputato agli arresti domiciliari e autenticata dal suo difensore (vedi Cass. pen. sez. I, 16.5.2019, n. 38612 e in precedenza Cass. pen. sez. VI, 19.1.1994, n. 3377).

Nei giudizi di appello in cui è prevista la partecipazione necessaria o eventuale delle parti, se la Corte, sia prima di ritirarsi in camera di consiglio, in via preliminare, ma anche in corso di camera di consiglio ravvisa la mancanza del consenso dell'imputato, nelle forme previste dalla legge, può sempre disporre in conformità, rinviando, se del caso, il processo ad altra udienza, alla stregua di una qualsiasi acquisizione di atti o documenti utili per la decisione, senza necessità di pronunciarsi nel merito redigendo il dispositivo di sentenza. Allo stesso modo nelle ipotesi di udienze tenute in camera di consiglio senza la partecipazione delle parti, con contraddittorio meramente cartolare (sia l'ipotesi prevista dall'art. 23-bis d.l. n. 137/20, sia quella introdotta dall'art. 598-bis c.p.p.), la Corte potrà sempre disporre il rinvio del processo a tale fine, non necessariamente ad un'udienza in presenza, potendo il difensore munirsi di procura speciale per esprimere il consenso in luogo dell'imputato, ovvero potendo essere depositata pur sempre una dichiarazione di consenso inequivocabilmente riconducibile all'imputato.

In questi casi, dovrebbe escludersi che una simile attività acquisitiva esponga il giudice di appello ad una manifestazione di anticipazione di giudizio, che è uno dei rischi che il legislatore della riforma ha voluto scongiurare con l'introduzione dell'art. 545-bis c.p.p. in primo grado. Invero, questa disposizione al comma 1 prevede che il giudice si attivi per acquisire il consenso mancante solo dopo la lettura del dispositivo. Ma ciò si giustifica innanzitutto perché, in primo grado, è solo con il dispositivo di sentenza che viene affermata o meno la penale responsabilità dell'imputato e, quindi, nel primo caso viene determinata la pena detentiva eventualmente sostituibile in ordine alla quale chiedere all'imputato il suo consenso alla sostituzione; inoltre, si vuole evitare che il giudice, invitando l'imputato a manifestare il suo consenso all'eventuale sostituibilità della pena prima della pronuncia della sentenza, possa incorrere in un pregiudizio, possibile causa di astensione/ricusazione⁸⁰.

Nel giudizio di appello, invece, le parti hanno a disposizione già una sentenza e, attraverso l'impugnazione proposta, sono a conoscenza anche dei capi o punti della decisione devoluti alla valutazione della Corte. Se, ad esempio, con l'atto di appello si chiede, fra l'altro, il riconoscimento della continuazione con reati già oggetto di una sentenza irrevocabile, sarebbe certamente onere dell'appellante non solo indicare le ragioni che giustificano la richiesta, richiamando gli estremi della sentenza irrevocabile, ma fornire anche il documento/sentenza. Tuttavia, se tale documento non viene prodotto e, in ossequio ad un indirizzo giurisprudenziale⁸¹, invece di dichiarare inammissibile il motivo⁸², la Corte ritiene di acquisirlo, non per questo può profilarsi un'anticipazione di giudizio. Vuole dire semplicemente che la Corte intende avere a disposizione tutti gli elementi necessari per la sua decisione. Nel caso del motivo di appello riguardante le pene-programma sostitutive, l'acquisizione del consenso da parte dell'imputato è una pre-condizione; senza il consenso, il motivo di appello sarà inammissibile. Dunque, se

⁸⁰ Vedi relazione illustrativa di accompagnamento alla riforma Cartabia, pag. 413.

⁸¹ Si veda Cass. pen. sez. V, 29.1.2007, n. 9180 e Cass. pen. sez. III, 27.3.2014, n. 39850.

⁸² Come previsto da altro e, forse, prevalente indirizzo: vedi Cass. pen. sez. II, 18.11.2010, n. 3592/11; Cass. pen. sez. V, 22.10.2014, n. 2795/15; Cass. pen. sez. II, 5.12.2017, n. 2224/18.

tale consenso non risulta ancora acquisito prima dell'udienza del giudizio di appello, è corretto che la Corte provveda ad acquisirlo, non solo in via preliminare, ma anche dopo essersi ritirata in camera di consiglio per la decisione, quale elemento fattuale e giuridico necessario per valutare l'ammissibilità stessa del motivo di appello. Si tratterebbe, quindi, di una questione preliminare al giudizio di appello, che, dunque, non inficia minimamente l'imparzialità della Corte.

Al contrario, il discorso muta se la Corte non è in condizioni di decidere immediatamente sul motivo di appello che attiene alla sostituzione della pena detentiva, perchè ha necessità di acquisire le informazioni ritenute necessarie dall'UEPE o dalla p.g. in relazione alle condizioni di vita, personali, familiari, sociali, economiche e patrimoniali dell'imputato, ovvero il programma trattamentale, o le altre informazioni o certificazioni previste dal comma 2 dell'art. 545-*bis* c.p.p.

Come in primo grado, anche in questo caso il presupposto è che il giudice di appello abbia valutato il motivo di appello accoglibile alla luce di tutti gli elementi di cui all'art. 58 della legge n. 689/81, in relazione anche alla pena sostitutiva richiesta con l'atto di impugnazione (nel senso, cioè, anche dell'astratta idoneità della pena sostitutiva richiesta ad assolvere alla funzione rieducativa e preventiva).⁸³ Sarebbe contrario alla *ratio legis* l'avvio del *sub*-procedimento di *sentencing* con finalità meramente esplorative. In questo caso, dunque, è necessario che la Corte pronunci il dispositivo di sentenza, fissando apposita successiva udienza, sospendendo il processo.

Come è noto, la sentenza della Corte di appello, a parte le ipotesi di cui all'art. 604 c.p.p., è di riforma o conferma della sentenza impugnata (art. 605 c.p.p.). Quando accoglie il motivo che attiene alla sostituzione della pena detentiva, la Corte pronuncia sentenza di riforma, cui, ovviamente, non segue la condanna al pagamento delle spese processuali del grado di giudizio, strettamente collegata all'inammissibilità o al rigetto dell'impugnazione (art. 592, comma 1, c.p.p.). Potrà verificarsi, quindi, che, indipendentemente dall'accoglimento del motivo che attiene alla pena sostitutiva, la Corte, accogliendo altre ragioni di doglianza, pronunci comunque un dispositivo di riforma parziale della sentenza di primo grado, vuoi perché assolve l'imputato da alcuni reati, rideterminando la pena, vuoi perché riconosce attenuanti, riducendo la pena, vuoi perché riduce comunque discrezionalmente la pena. Tuttavia, può verificarsi che la Corte decida di accogliere solo il motivo che attiene alla sostituzione della pena detentiva breve come determinata dal primo giudice, che, nel suo *quantum*, viene confermata. In questo caso, quindi, ove emerga la necessità di un rinvio per le acquisizioni di cui si è detto, in prima battuta la Corte dovrà pronunciare un dispositivo di conferma della sentenza impugnata (disponendo contestualmente il rinvio dell'udienza ai sensi dell'art.

⁸³ Si veda in tale senso di recente Cass. pen. sez. IV, 11.10.2023, n. 42847, che escludeva la violazione dell'art. 545-*bis* c.p.p. da parte della Corte di Appello, che aveva affermato la non sostituibilità della pena detentiva con la pena pecuniaria sostitutiva, ai sensi dell'art. 58 della legge n. 689/81, valutandone l'inefficacia sotto il profilo rieducativo. Poiché la Corte aveva ritenuto insussistenti le condizioni per la sostituzione, non era tenuta a compiere alcun accertamento sulle condizioni economiche, patrimoniali e di vita dell'imputato e del suo nucleo familiare *ex* art. 56-*quater* della legge n. 689/81, sicchè, nel caso concreto, non era prospettabile alcuna violazione dell'art. 545-*bis* c.p.p.

545-bis, commi 1 e 2, c.p.p.), salvo sostituirlo (più che integrarlo), all'esito delle acquisizioni, con quello di riforma.

È auspicabile, ovviamente, che l'interessato si faccia parte diligente nel mettere a disposizione del giudice di appello tutto quello di cui potrebbe avere bisogno per valutare il motivo di appello che attiene alla pena sostitutiva, e, in tale senso, sembrano indirizzarsi i protocolli operativi concordati nei vari uffici giudiziari. Ciò, come ha recentemente affermato la Cassazione⁸⁴, potrebbe essere apprezzato dal giudice come elemento ulteriore di valutazione della fondatezza del motivo di appello che dovesse investire specificamente il punto della mancata sostituzione della pena detentiva breve da parte del giudice di primo grado, senza che ciò costituisca una condizione di ammissibilità della richiesta di riforma della sentenza sullo specifico punto devoluto. Invero, l'applicazione dell'art. 545-bis c.p.p. al giudizio di appello, ha ribadito la S.C., resta soggetta al rispetto del principio devolutivo, nel senso che le sanzioni sostitutive possono trovare applicazione nel giudizio di appello solo se il relativo tema sia stato specificamente devoluto nei motivi di appello. La predetta disposizione processuale non prevede un obbligo per il giudice di rinviare l'udienza e sospendere il processo per acquisire informazioni dall'UEPE o dalla p.g., ma attribuisce al riguardo solo una facoltà il cui esercizio è rimesso al prudente apprezzamento del giudice, salvo che non sia lo stesso giudice a reputare necessario il rinvio al fine di acquisire informazioni utili a valutare l'adeguatezza della pena sostitutiva oppure quando, avendo già valutato come adeguata la pena sostitutiva, debba provvedere all'elaborazione o all'integrazione del programma di trattamento, la cui predisposizione da parte dell'imputato non è prevista dalla legge come condizione di ammissibilità della richiesta di sostituzione della pena⁸⁵.

Quanto all'onere di sentire il p.m., che l'art. 545-bis c.p.p. prevede in capo al giudice, deve osservarsi che, siccome la pena sostitutiva in appello può essere richiesta solo sulla base di un apposito motivo di appello, il P.G. sarà sempre nelle condizioni di interloquire, nei modi e nei tempi previsti dai vari riti di appello (con udienza in presenza o meramente cartolare) come su tutti gli altri motivi di impugnazione formulati dalle parti.

L'udienza del *sub*-procedimento di *sentencing*, anche quando attivata all'esito di un'udienza camerale cartolare *ex* art. 23-bis d.l. n. 137/20, ovvero art. 598-bis c.p.p.⁸⁶,

⁸⁴ Cass. pen. sez. VI, 28.9.2023, n. 46013.

⁸⁵ Nel caso di specie la Cassazione annullava con rinvio la sentenza della Corte di Appello che si era limitata a rigettare la richiesta di sostituzione della pena detentiva breve con il lavoro di pubblica utilità sostitutivo limitandosi a valutare come irregolare il programma trattamentale prodotto dall'imputato, senza alcuna preventiva valutazione di adeguatezza o inadeguatezza della pena sostitutiva richiesta in relazione alla personalità dell'imputato, e senza disporre, come dovuto, il rinvio ad altra udienza, necessario per l'integrazione o per l'elaborazione del detto programma in collaborazione con l'UEPE.

⁸⁶ In questi casi, il dispositivo della decisione, con la fissazione della nuova udienza ai sensi dell'art. 545-bis c.p.p., verrà comunicato alle parti e all'UEPE competente *ex* art. 23-bis, comma 3, d.l. n. 137/20, con riferimento al giudizio camerale cartolare pandemico, e *ex* art. 167-bis disp. att. c.p.p. con riguardo al nuovo giudizio camerale cartolare di appello previsto dall'art. 598-bis c.p.p. In quest'ultimo caso, nel disporre il rinvio, la Corte dovrà anche indicare le modalità di celebrazione dell'udienza di *sentencing*, se in camera di consiglio ai sensi dell'art. 127 c.p.p., ovvero in pubblica udienza.

tendenzialmente dovrebbe svolgersi in presenza delle parti, onde favorire il pieno contraddittorio sulle disposte acquisizioni, in camera di consiglio eventualmente partecipata ai sensi dell'art. 599 c.p.p., ovvero in udienza pubblica, in base all'originaria impugnazione.⁸⁷

Infine, occorre considerare che le parti possono concordare ai sensi dell'art. 599-*bis* c.p.p. anche in ordine all'accoglimento del motivo di appello che attiene alla sostituzione della pena detentiva breve. Ovviamente, oltre al consenso che l'imputato dovrà manifestare personalmente o a mezzo di procuratore speciale al concordato (che, presuppone, come è noto, la rinuncia ai motivi rispetto ai quali non si forma l'accordo tra le parti), il consenso dovrà riguardare anche la pena sostitutiva.

Ragioni di economia processuale consiglierebbero che all'istanza di concordato fossero allegati tutti quei documenti necessari per permettere alla Corte di decidere senza dovere richiedere ulteriori informazioni alla p.g. o all'UEPE (ad esempio il programma trattamentale...). Ove ciò non fosse possibile, la Corte potrebbe disporre il rinvio del processo ai sensi dell'art. 545-*bis* c.p.p., ma senza la necessità di pronunciare alcun dispositivo. Invero, il concordato non consente alla Corte pronunce diverse: o viene accolto o viene rigettato⁸⁸. Sicchè, se la Corte di Appello non ritiene accoglibile il motivo che attiene alla sostituzione della pena detentiva breve dovrà rigettare il concordato e disporre la prosecuzione del giudizio; se lo ritiene astrattamente accoglibile, ma non immediatamente, dovendo acquisire le opportune informazioni, è sufficiente disporre il rinvio del processo ad altra udienza, all'esito della quale, acquisite le informazioni, la Corte o accoglie il concordato, pronunciando il dispositivo di riforma, ovvero lo rigetta, disponendo la prosecuzione del giudizio e invitando le parti a discutere nel merito l'impugnazione.

Sotto il profilo della scansione processuale, per quei processi che procedono, per così dire, con il vecchio rito di appello, la richiesta di concordato può essere formulata per l'udienza (camerale) ai sensi dell'art. 599-*bis*, comma 1, c.p.p. nel testo anteriore alle

⁸⁷ Come è noto, l'udienza in camera di consiglio, nelle forme di cui all'art. 127 c.p.p., è espressamente prevista nelle ipotesi di cui all'art. 599 c.p.p., e cioè, a parte i casi particolarmente previsti dalla legge, quando l'appello ha ad oggetto una sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 442 c.p.p., o quando ha esclusivamente per oggetto la specie o la misura della pena, anche con riferimento al giudizio di comparazione fra circostanze, o l'applicabilità delle circostanze attenuanti generiche, di pene sostitutive, della sospensione della pena o della non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale.

⁸⁸ In una recente sentenza della Cassazione (Cass. pen. sez. IV, 26.10.2023, n. 43980), che pure riguardava una fattispecie in cui si applicava la norma transitoria di cui all'art. 95 d. lgs. n. 150/2022, la Corte, richiamando i principi ricavabili anche dalla disciplina del patteggiamento di cui all'art. 444 c.p.p., "*stante la comune base negoziale dei due istituti*", affermava che oggetto dell'accordo tradotto nel concordato ai sensi dell'art. 599-*bis* c.p.p. può essere anche la sostituzione della pena detentiva con una pena sostitutiva. Ne consegue, precisava la Corte, che la sentenza che recepisce detto accordo non può disattenderne il contenuto, nel quale non sia fatta menzione della sostituzione della pena detentiva, non potendo il giudice sostituire di ufficio la pena detentiva con le sanzioni sostitutive, in assenza di un'esplicita richiesta delle parti, poichè altrimenti la decisione del giudice sarebbe difforme dalla richiesta. Dunque, a fronte di un concordato che non prevede la sostituzione della pena detentiva, la Corte di Appello non può procedere alla sostituzione di ufficio; per contro, se il concordato prevede la sostituzione della pena detentiva, la Corte di Appello non può accoglierlo senza procedere alla sostituzione.

modifiche apportate dalla riforma c.d. Cartabia. Se la Corte ritiene di non accogliere la richiesta ordina la citazione a comparire per il dibattimento, e in questo caso la richiesta e la rinuncia perdono effetto, ma possono essere riproposte nel dibattimento (art. 599-*bis*, comma 3, c.p.p. vecchio testo). Al contrario, se le parti formulano la richiesta di concordato direttamente all'udienza dibattimentale, la Corte, quando ritiene che la richiesta deve essere accolta, provvede immediatamente, altrimenti dispone la prosecuzione del dibattimento (art. 602, comma 1-*bis*, c.p.p., vecchio testo)⁸⁹. Invero, come chiarito dalla Cassazione, la citazione dell'imputato a comparire in dibattimento in seguito al rigetto della richiesta di concordato è dovuta solo se tale richiesta sia stata formulata prima e fuori dall'udienza fissata ai sensi dell'art. 601 c.p.p.⁹⁰ Con riferimento, invece, all'udienza camerale non partecipata e cartolare di cui all'art. 23-*bis* d.l. n. 137/20, convertito con modifiche dalla legge n. 176/20, se le parti non hanno richiesto la trattazione del processo in presenza e hanno depositato istanza di concordato per iscritto, la Cassazione, più di recente, distingue fra l'ipotesi in cui risultino formulate, sia pure in via subordinata rispetto al concordato, conclusioni nel merito sull'intera impugnazione, dal caso contrario: nella prima ipotesi, il processo potrà essere celebrato con rito cartolare anche nel caso in cui la richiesta di concordato venga rigettata, senza che ciò comporti lesione del diritto al contraddittorio⁹¹; nel secondo caso, invece, a pena di nullità della sentenza ai sensi degli artt. 178 lett. c) e 180 c.p.p., la Corte deve disporre il rinvio dell'udienza per consentire eventualmente la formulazione di un nuovo accordo o comunque la formulazione di conclusioni sul merito dell'impugnazione⁹².

Per i processi che vedranno applicato il nuovo rito di appello, invece, l'istanza di concordato deve essere innanzitutto presentata entro il termine, previsto a pena di decadenza, di quindici giorni prima dell'udienza (art. 599-*bis*, comma 1, c.p.p., nuovo testo). Quando si procede ai sensi dell'art. 598-*bis* c.p.p., se la Corte ritiene di non potere accogliere la richiesta, dispone che l'udienza si svolga con la partecipazione delle parti, indicando se verrà celebrata ai sensi dell'art. 127 c.p.p., ovvero in forma pubblica, e del provvedimento viene data comunicazione al P.G. e viene notificato alle parti. La richiesta e la rinuncia perdono effetto, ma possono essere ripresentate in udienza (comma 3 dell'art. 599-*bis* c.p.p., nuovo testo). Quando, invece, il processo è celebrato in udienza pubblica o in udienza camerale eventualmente partecipata, la Corte, se ritiene

⁸⁹ È nulla, ai sensi degli artt. 178 lett. b) e c) e 180 c.p.p., la sentenza pronunciata immediatamente dopo il rigetto dell'accordo proposto dalle parti, senza che la Corte abbia disposto la prosecuzione del dibattimento, come previsto dall'art. 602, comma 1-*bis*, c.p.p., atteso che, in tale modo, risulta impedita alle parti la discussione e la formulazione delle conclusioni nel merito (Cass. pen. sez. V, 2.7.2019, n. 47574).

⁹⁰ Cass. pen. sez. VI, 27.1.2022, n. 9650 e Cass. pen. sez. VI, 22.4.2022, n. 17875.

⁹¹ Cass. pen. sez. II, 24.3.2023, n. 23288. Giova evidenziare che in un caso la Cassazione ha ritenuto corretto l'operato della Corte di Appello che, nell'ambito dell'udienza camerale cartolare di cui all'art. 23-*bis* d.l. n. 137/20, convertito con modifiche dalla legge n. 176/20, rigettata l'istanza di concordato presentata dalle parti per iscritto, senza subordinate conclusioni, decideva nel merito dell'impugnazione provvedendo alla deliberazione nel corso della camera di consiglio "cartolare", con successiva comunicazione alle parti del dispositivo della decisione (Cass. pen. sez. VI, 17.11.2021, n. 45093).

⁹² Cass. pen. sez. II, 16.9.2022, n. 43198 e, in senso conforme, di recente la già citata Cass. pen. sez. VI, 12.7.2023, n. 37981.

di non potere accogliere la richiesta concordata tra le parti, dispone la prosecuzione del giudizio (comma 3-*bis* dell'art. 599-*bis* c.p.p., nuovo testo).

In passato, la Cassazione ha ammesso che il giudice di appello possa pronunciare sentenza con cui, in accoglimento della richiesta congiunta delle parti, ai sensi dell'art. 599, comma 4, c.p.p. (attualmente art. 599-*bis* c.p.p.), per la sostituzione della pena inflitta in primo grado con la sola sanzione pecuniaria o, in subordine, con la libertà vigilata, applichi la sanzione sostitutiva più grave, in quanto tale decisione è coerente con la richiesta e costituisce espressione dell'esercizio della potestà valutativa in ordine alla sanzione più idonea, così come previsto dagli artt. 53 e 58 della citata legge n. 689 del 1981⁹³. Orbene, effettivamente, se il motivo di appello, in ordine al quale le parti concordano, demanda al giudice di appello la scelta in relazione alla pena sostitutiva più idonea, sempre se alla base dello stesso vi è il consenso dell'imputato, la Corte può scegliere la pena sostitutiva più idonea in funzione rieducativa e preventiva, senza in tale modo discostarsi dalla richiesta congiunta delle parti.

Pochi cenni conclusivi sul giudizio di cassazione.

La pena sostitutiva va chiesta necessariamente nei giudizi di merito, di primo e/o di secondo grado, in quest'ultimo caso con apposito motivo di appello. Dunque, non è possibile chiederla per la prima volta in cassazione.⁹⁴ Peraltro, l'accertamento della sussistenza delle condizioni che consentono di applicare una delle pene sostitutive della pena detentiva breve, previste dall'art. 53 legge n. 689/1981, costituisce un accertamento di fatto, non sindacabile in sede di legittimità, se motivato in modo non manifestamente illogico⁹⁵.

Anche per la disciplina del giudizio di cassazione l'art. 94, comma 2, d. lgs. n. 150/2022, come da ultimo modificato dall'art. 17 del d.l. 22.6.2023, n. 75, convertito con modifiche dalla legge 10.8.2023, n. 112, e infine dall'art. 11, comma 7, del d.l. 30 dicembre 2023, n. 215, ha previsto un "doppio binario". Invero, con riguardo ai ricorsi per cassazione proposti sino al 30.6.2024 continuano ad applicarsi le disposizioni di cui agli artt. 23, commi 8, primo, secondo, terzo, quarto e quinto periodo, e 9, del d.l. n. 137/2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 176/2020. Se sono proposte ulteriori impugnazioni avverso il medesimo provvedimento dopo la scadenza del predetto termine, si fa riferimento all'atto di impugnazione proposto per primo. Solo con riguardo ai ricorsi per cassazione proposti dopo la predetta data troverà, quindi, applicazione il nuovo art. 611 c.p.p., come modificato dall'art. 35 del d. lgs. n. 150/2022.

⁹³ Cass. pen. sez. III, 17.10.2006, n. 39555.

⁹⁴ Si veda, con riferimento alle sanzioni sostitutive di pene detentive brevi, Cass. pen. sez. IV, 28.11.2018, n. 56314.

⁹⁵ Sempre con riguardo alle sanzioni sostitutive, ma con principio ancora attuale anche rispetto alle pene sostitutive, Cass. pen. sez. I, 17.5.2019, n. 35849 e Cass. pen. sez. II, 20.2.2015, n. 13920.

2.8. Pene sostitutive, misure cautelari e misure di sicurezza.

La possibilità di sostituire pene detentive brevi entro il limite di quattro anni ha imposto un intervento normativo di coordinamento con la disciplina delle misure cautelari, potendosi verificare il caso in cui venga condannato a pena sostitutiva un imputato sottoposto a misura cautelare, anche coercitiva detentiva. Al riguardo, infatti, non va taciuto che, ai sensi dell'art. 275, comma 2-*bis*, c.p.p., a parte alcune eccezioni, non può essere applicata (e mantenuta)⁹⁶ la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni. Quindi, in caso di prognosi di condanna (o di effettiva condanna) a pena detentiva superiore a tre anni, l'imputato può essere sottoposto anche alla misura cautelare della custodia in carcere. D'altra parte, come sottolineato nella Relazione illustrativa e di accompagnamento alla riforma c.d. Cartabia, la condanna a pena sostitutiva è compatibile con una quota residua di pericolo di reiterazione di condotte delittuose, ai sensi dell'art. 274 comma 1 lett. c) c.p.p., posto che la stessa legge delega ha previsto (e il d. lgs. n. 150/2022 ha attuato) che il giudice detti opportune prescrizioni che assicurino la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati.

Il legislatore della riforma ha ritenuto sufficiente intervenire sull'art. 300 c.p.p., introducendo un nuovo comma 4-*bis* (art. 13 comma 1 lett. e) d. lgs. n. 150/2022), nonché modificando la rubrica, inserendo dopo la parola "*Estinzione*" e prima delle parole "*delle misure*", le parole "*o sostituzione*". Invero, si legge nella Relazione, in ossequio al principio di proporzione tra pena irroganda o irrogata e regime cautelare, si pone il problema della compatibilità della prosecuzione di misure cautelari, soprattutto se custodiali, con la condanna a pena sostitutiva, considerando che solo la pena sostitutiva maggiormente afflittiva della semilibertà comporta una quota di esecuzione carceraria; la pena della detenzione domiciliare comporta un momento restrittivo della libertà personale *extra* carcerario; mentre nelle altre pene sostitutive non vi è alcuna restrizione della libertà personale di natura detentiva. Sotto questo profilo, poiché il tema non afferisce direttamente alle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p., né ai criteri di scelta delle misure nella fase genetica, di cui all'art. 275 c.p.p., né, a ben vedere, sarebbero esattamente pertinenti nemmeno gli istituti della revoca o della sostituzione delle misure cautelari, di cui all'articolo 299 c.p.p., legati al venire meno dei presupposti di merito che sostengono il provvedimento restrittivo, si è ritenuto che l'estinzione delle misure per effetto della pronuncia di determinate sentenze, di cui all'art. 300 c.p.p., fosse l'istituto più adeguato a contenere la nuova delineata disciplina, poiché anche nel caso in esame

⁹⁶ Invero, secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità, in tema di misure cautelari personali, il limite di tre anni di pena detentiva, necessario per l'applicazione della custodia in carcere, di cui all'art. 275, comma 2-*bis*, c.p.p., opera non solo nella fase di applicazione della misura, ma, costituendo una regola di valutazione della proporzionalità, anche nel corso della sua esecuzione, sicché essa non può essere mantenuta nel caso in cui sopravvenga una sentenza di condanna, anche non definitiva, a pena inferiore a tale limite (cfr. da ultimo Cass. pen. sez. I, 11.10.2022, n. 5949/23).

si ha la pronuncia di una condanna che per la sua specificità è o può essere incompatibile con la prosecuzione della misura cautelare in corso di esecuzione⁹⁷.

Il nuovo comma 4-*bis* dell'art. 300 c.p.p. prevede che, quando in qualsiasi grado del processo, è pronunciata sentenza di condanna o sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., ancorchè sottoposta a impugnazione, alla pena pecuniaria sostitutiva o al lavoro di pubblica utilità sostitutivo di cui alla legge n. 689/81, non può essere mantenuta la custodia cautelare. Negli stessi casi, quando la sentenza riguarda la pena della detenzione domiciliare sostitutiva, non può essere mantenuta la custodia cautelare in carcere. In ogni caso, il giudice può sempre sostituire la misura in essere con altra meno grave di cui ricorrono i presupposti ai sensi dell'art. 299 c.p.p.

Fatta sempre salva, quindi, la possibilità di sostituire la misura cautelare in atto ai sensi dell'art. 299 c.p.p., va, innanzitutto, rilevata la compatibilità della prosecuzione della custodia cautelare carceraria con l'applicazione della pena della semilibertà sostitutiva.⁹⁸ Per contro, non può essere mantenuta la custodia cautelare in carcere in caso di condanna (o patteggiamento) alla pena della detenzione domiciliare sostitutiva, che, quindi, deve essere sostituita con altra misura cautelare meno afflittiva.⁹⁹

Non può essere, invece, mantenuta la misura della custodia cautelare in caso di condanna (o patteggiamento) alla pena pecuniaria sostitutiva o al lavoro di pubblica utilità sostitutivo.

In realtà, con riguardo all'irrogazione della pena pecuniaria sostitutiva, è da escludere che possa essere mantenuta qualsiasi misura cautelare, non solo quelle di natura custodiale, tenuto conto che la pena pecuniaria si considera sempre come tale, anche se sostitutiva della pena detentiva (art. 57 ultimo comma legge n. 689/81). Invero,

⁹⁷ In realtà, qualche dubbio permane circa la possibilità di un intervento normativo anche sull'art. 275 c.p.p. Mutuando dal comma 2-*bis* della citata disposizione, nella parte in cui fa divieto al giudice di applicare la custodia cautelare in carcere in caso di prognosi di condanna, all'esito del giudizio, a pena detentiva non superiore a tre anni, coerentemente a quanto previsto dal nuovo comma 4-*bis* dell'art. 300 c.p.p. per la fase di mantenimento della misura cautelare, si sarebbe potuto prevedere per la fase genetica il divieto per il giudice di applicazione della custodia cautelare in carcere ovvero anche degli arresti domiciliari nel caso in cui ritenesse irrogabile, all'esito del giudizio, una pena detentiva sostituibile, nel primo caso, con la detenzione domiciliare sostitutiva o, nel secondo caso, con il lavoro di pubblica utilità sostitutivo. Ragionevolmente, un simile intervento è stato escluso poiché, a differenza dell'ordinaria pena detentiva, le pene-programma sostitutive necessitano per la loro applicazione del consenso dell'imputato, di certo non pronosticabile dal giudice in fase di applicazione della misura cautelare.

⁹⁸ Sottolinea questo aspetto R. DE VITO, *Le pene sostitutive*, op. cit., p. 18. E' chiaro, però, che se la condanna o il patteggiamento è alla pena della semilibertà sostitutiva di pena detentiva che non supera i tre anni, torna in gioco l'art. 275, comma 2-*bis*, c.p.p., che, come detto, secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità, non consentirebbe comunque di mantenere la custodia cautelare in carcere. Pertanto, la compatibilità della condanna alla pena della semilibertà sostitutiva con la custodia cautelare in carcere si ha solo a fronte di una condanna a pena detentiva sostituita superiore a tre anni.

⁹⁹ Ciò benchè la pena della detenzione domiciliare sostitutiva, come quella della semilibertà sostitutiva, possa essere irrogata in sostituzione di una pena detentiva superiore a tre anni e non superiore a quattro anni. Tuttavia, la sostituzione della pena detentiva con una pena sostitutiva certamente di carattere restrittivo, ma, come detto, *extra carcerario*, come la detenzione domiciliare sostitutiva, rende distonico il mantenimento della custodia cautelare in Istituto di pena a prescindere dall'entità della pena detentiva sostituita irrogata.

sia l'art. 280 c.p.p. che l'art. 287 c.p.p. richiedono per le misure cautelari coercitive o interdittive che si proceda per delitti puniti con la pena dell'ergastolo o della reclusione, e, dunque, con riferimento a delitti puniti con pena detentiva.¹⁰⁰ Quanto al lavoro di pubblica utilità sostitutivo, non essendovi alcuna restrizione della libertà personale di tipo detentivo, opportunamente 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.

Il legislatore non ha ritenuto di intervenire sull'art. 303 c.p.p., nella parte in cui individua il termine di fase della misura della custodia cautelare dalla sentenza di condanna di primo grado (o dalla sopravvenuta esecuzione della misura cautelare) alla sentenza di appello. Come è noto, infatti, in questo caso l'art. 303, comma 1 lett. c), c.p.p. ancora il termine di fase alla pena concretamente inflitta dal giudice di primo grado, prevedendo il termine di nove mesi, un anno e un anno e sei mesi a seconda che la condanna di primo grado non superi i tre anni di reclusione, ovvero i dieci anni di reclusione, ovvero ancora sia superiore a dieci anni di reclusione o la condanna sia alla pena dell'ergastolo¹⁰¹. Nessun accenno alla condanna a pena sostitutiva. Ne consegue che, ai fini del calcolo del termine di fase, è del tutto irrilevante la sostituzione della pena detentiva breve. Il termine continuerà ad essere calcolato sulla base dell'entità della pena detentiva principale irrogata dal giudice di primo grado.

L'art. 661 c.p.p., come modificato dall'art. 38 del d. lgs. n. 150/2022, nel disciplinare l'esecuzione delle pene sostitutive, ha stabilito che, al passaggio in giudicato della sentenza che sostituisce la pena detentiva breve con la semilibertà sostitutiva o con la detenzione domiciliare sostitutiva, il p.m. trasmette la sentenza al magistrato di sorveglianza, che provvede senza ritardo ai sensi dell'art. 62 della legge n. 689/81, e molto opportunamente 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 consesso¹⁰².

¹⁰⁰ Secondo la Cassazione, infatti, in tema di misure cautelari, non sussistono le condizioni di applicabilità di cui all'art. 280, comma primo, c.p.p. quando all'imputato sia stata applicata, a seguito di patteggiamento, una pena detentiva, convertita in una pena pecuniaria ex art. 57 della legge n. 689 del 1981, in base ad una prognosi favorevole (Cass. pen. sez. III; 13.10.2005, n. 41584: nel caso di specie, la S.C. ha ritenuto che tale prognosi favorevole fosse anche in manifesta contraddizione con le esigenze cautelari poste a fondamento dell'ordinanza di applicazione della misura cautelare dell'obbligo di dimora).

¹⁰¹ I termini risultano raddoppiati per le misure cautelari coercitive diverse dalla custodia cautelare ai sensi dell'art. 308, comma 1, c.p.p.

¹⁰² 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. Giova evidenziare che, con riguardo alla sentenza di condanna che sostituisce la pena detentiva con quella del lavoro di pubblica utilità sostitutiva, ai sensi dell'art. 661, comma 1-bis, c.p.p.

Orbene, siccome non è chiaro se, al passaggio in giudicato della sentenza che condanna alla pena sostitutiva della semilibertà o della detenzione domiciliare, il p.m. deve comunque emettere l'ordine di esecuzione e, quindi, trasmettere la sentenza di condanna al magistrato di sorveglianza, ovvero deve limitarsi soltanto a quest'ultimo adempimento¹⁰³ (e ad emettere ordine di esecuzione *ex art. 659 c.p.p.* eventualmente dopo l'adozione dei provvedimenti da parte del magistrato di sorveglianza ai sensi dell'art. 62 legge n. 689/81), non è chiaro quale sia il giudice competente a decidere in ordine ad eventuali questioni che dovessero insorgere relativamente alla misura della custodia cautelare ancora in atto nel periodo intermedio. Invero, nel primo caso, con l'emissione dell'ordine di esecuzione, la fase esecutiva sarebbe già avviata, sicché per la decisione su questioni inerenti la misura cautelare non sarebbe più competente il giudice dell'esecuzione, ma il magistrato di sorveglianza, anche se la trasmissione della sentenza di condanna a quest'ultimo dovesse tardare.¹⁰⁴ Nel secondo caso, la competenza del giudice di esecuzione permarrebbe fino alla trasmissione della sentenza di condanna al magistrato di sorveglianza.

Merita, poi, solo un accenno la modifica apportata all'art. 657, comma 3, c.p.p. dall'art. 38 del d. lgs. n. 150/2022. Invero, come chiarito anche dalla Relazione illustrativa della riforma c.d. Cartabia, si è ribadita l'esclusione di ogni automatismo in tema di c.d. presofferto, riconoscendo al condannato la facoltà di chiedere al p.m. (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 pena sostitutive, lasciandogli in questo modo la

l'esecuzione di tale pena sostitutiva è ordinata dal giudice che ha applicato la pena, sostanzialmente in deroga ai criteri che attengono alla competenza del giudice dell'esecuzione (secondo la Cassazione, invero, in tema di esecuzione, la competenza a provvedere in ordine alla richiesta di revoca della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità concessa ai sensi dell'art. 186, comma 9-bis, c.d.s. dal giudice di appello che, per il resto, abbia confermato la sentenza impugnata, appartiene, ai sensi dell'art. 665, comma 2, c.p.p. al Tribunale, in quanto il riconoscimento di tale sanzione costituisce una riforma solo in relazione alla pena della sentenza di primo grado: vedi Cass. pen. sez. I, 25.1.2018, n. 22280), il quale provvede ai sensi dell'art. 63 della legge n. 689/81. 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.

¹⁰³ 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 p.m. di poteri meramente propulsivi, consistenti nell'obbligo di trasmettere l'estratto della sentenza di condanna al magistrato di sorveglianza territorialmente competente.

¹⁰⁴ 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.

possibilità di scegliere la detrazione a lui più favorevole, così come del resto affermato dalla giurisprudenza di legittimità.¹⁰⁵

Infine, è noto che le misure di sicurezza provvisorie sono applicabili nei casi previsti dalla legge (art. 312 c.p.p.) e cioè nella sola ipotesi di cui all'art. 206 c.p.¹⁰⁶. Si è visto che all'imputato riconosciuto parzialmente incapace di intendere e di volere non è preclusa, ai sensi dell'art. 59 della legge n. 689/81, la sostituibilità dell'eventuale pena detentiva breve, nonostante l'applicazione di una misura di sicurezza personale. In questo caso, è possibile anche l'applicazione di una misura di sicurezza provvisoria, in particolare della misura di sicurezza provvisoria della libertà vigilata. Quest'ultima, ove applicata con la prescrizione del ricovero in una struttura sanitaria e il divieto di allontanarsi dalla stessa in determinate fasce orarie o comunque per finalità incompatibili con il programma terapeutico, è ritenuta dalla giurisprudenza non a carattere detentivo¹⁰⁷. Peraltro, come condivisibilmente sostenuto in dottrina¹⁰⁸, di grande interesse potrebbe rivelarsi in casi del genere l'utilizzo della detenzione domiciliare sostitutiva, trattandosi di un istituto che potrebbe garantire il necessario percorso di cura, inizialmente all'interno della pena sostitutiva e, a seguire, durante l'applicazione della misura di sicurezza della libertà vigilata¹⁰⁹. E tutto ciò senza soluzione di continuità, evitando le difficoltà e i rischi connessi alla gestione della pena detentiva e delle misure di sicurezza. Invero, al passaggio in giudicato della sentenza, che applica, da un lato, la pena della detenzione domiciliare sostitutiva, dall'altra la misura di sicurezza della libertà vigilata in un luogo di cura (in genere Comunità Riabilitativa Assistenziale Psichiatrica, meglio nota come CRAP), dovendosi dare esecuzione prima alla pena (trattandosi di pena comunque detentiva), ai sensi dell'art. 211 c.p., e poi alla misura di sicurezza, il condannato, già sottoposto alla misura di sicurezza provvisoria, potrebbe continuare a permanere nella struttura riabilitativa in detenzione domiciliare sostitutiva, per poi proseguire, estinta la pena, a permanere nella struttura, questa volta perché sottoposto alla misura di sicurezza, ove ancora ritenuto socialmente pericoloso.

2.9. Pene sostitutive, imputati minorenni e reati militari: richiami normativi.

Giova evidenziare che le disposizioni del Capo III della legge n. 689/81 si applicano anche, in quanto compatibili, agli imputati minorenni (art. 75 della legge n.

¹⁰⁵ Cass. pen. sez. I, 20.6.2000, n. 4503.

¹⁰⁶ Sul punto cfr. P. SILVESTRI, *Commento all'art. 312 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina* (a cura di Lattanzi-Lupo), Vol. II "Prove e Misure Cautelari", 2020, Giuffrè ed., p. 1158.

¹⁰⁷ Cass. pen. sez. I, 12.11.2019, n. 50383 e Cass. pen. sez. I, 9.10.2020, n. 35224.

¹⁰⁸ A. CALCATERA, *Le novità introdotte dalla riforma Cartabia*, cit. p. 6.

¹⁰⁹ Invero, nell'ipotesi, poi, dell'applicazione definitiva della misura di sicurezza non detentiva, la pena della detenzione domiciliare sostitutiva, in quanto avente natura di pena detentiva, sarebbe applicata primariamente, mentre, come è noto, la misura di sicurezza detentiva, anche se provvisoria, sospende la pena sostitutiva.

689/81 come modificato dall'art. 71 d. lgs. n. 150/2022). Peraltro, si applica l'art. 30 del DPR n. 448/1988, come modificato dall'art. 73 d. lgs. n. 150/2022.

Le disposizioni di cui al Capo III della legge n. 689/81 si applicano, altresì, in quanto compatibili, ai reati militari quando le prescrizioni risultano in concreto compatibili con la posizione soggettiva del condannato (art. 75-bis legge n. 689/81, come introdotto dall'art. 71 d. lgs. n. 150/2022)¹¹⁰.

3. Diritto transitorio.

L'art. 95 del d. lgs. n. 150/2022 prevede la disciplina transitoria in materia di pene sostitutive delle pene detentive brevi¹¹¹.

In particolare, al comma 1, stabilisce che le norme previste dal Capo III della legge n. 689/81, se più favorevoli, si applicano anche ai procedimenti penali pendenti in primo grado o in grado di appello al momento dell'entrata in vigore del decreto stesso. Il condannato a pena detentiva non superiore a quattro anni¹¹², all'esito di un procedimento pendente innanzi la Corte di Cassazione all'entrata in vigore del decreto stesso, può presentare istanza di applicazione di una delle pene sostitutive di cui al Capo III della legge n. 689/81 al giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 666 c.p.p., entro trenta giorni dalla irrevocabilità della sentenza. Nel giudizio di esecuzione si applicano, in quanto compatibili, le norme del Capo III della legge n. 689/81 e del codice di procedura

¹¹⁰ Si è data così attuazione alla sentenza della Corte costituzionale n. 284 del 1995, che aveva dichiarato incostituzionale l'art. 53 della legge n. 689/81, nel testo previgente, nella parte in cui non prevedeva l'applicabilità delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi ai reati militari. Secondo la Cassazione (vedi Cass. pen. sez. I, 19.11.1996, n. 6042) l'applicazione delle sanzioni sostitutive ai reati militari, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 284/95, non rimaneva sospesa in attesa di un intervento legislativo, ma era subordinata, secondo i principi fissati dal giudice delle leggi, esclusivamente alla condizione che le stesse fossero compatibili con la posizione soggettiva del condannato.

¹¹¹ Sul tema, in particolare, si rimanda a 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*, nonché alla relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Cassazione n. 68/22 del 7.11.2022, p. 32.

¹¹² Al riguardo, è stata posta la questione «se, in tema di pene sostitutive delle pene detentive brevi, il limite di pena previsto dall'art. 95 d. lgs. n. 150/22 (pena non superiore a quattro anni) si riferisca alla pena irrogata con la sentenza di condanna o alla pena residua da espiare e se sia rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 95 d. lgs. n. 150/22, per violazione dell'art. 3 Cost., in relazione all'art. 656, comma 4-bis, c.p.p., qualora la norma venga interpretata nel senso di escludere dal beneficio a pena residua espianda rientrante nei limiti dei quattro anni». La Cassazione (vedi Cass. pen. sez. I, 11.10.2023, n. 48868) ha risposto al quesito affermando che: «l'art. 95 d. lgs. n. 150/22 si riferisce, come si desume dall'art. 545-bis c.p.p., alla pena irrogata con la sentenza di condanna, con la conseguenza che la differente struttura giuridica delle pene sostitutive rispetto alle misure alternative alla detenzione e la diversa ratio cui gli istituti si ispirano rendono non irragionevole una disciplina diversificata e, pertanto, manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale». In senso conforme Cass. pen. sez. VI, 26.10.2023, n. 47678. Il principio è stato ancora di recente ribadito in altra pronuncia della Cassazione (vedi Cass. pen. sez. I, 12.10.2023, n. 2356/24), dove si è affermato che, «ai fini dell'applicazione delle sanzioni sostitutive di pene detentive brevi, ai sensi dell'art. 20-bis c.p.p., come introdotto dal d. lgs. n. 150/2022, i limiti di pena sono riferiti alla pena inflitta con la sentenza di condanna anche se l'istanza di sostituzione sia rivolta al giudice dell'esecuzione secondo la disposizione transitoria di cui all'art. 95 dello stesso decreto legislativo».

penale relative alle pene sostitutive. In caso di annullamento con rinvio provvede il giudice del rinvio.

Già con riguardo alle sanzioni sostitutive previste dall'art. 53 della legge n. 689/81 la Cassazione era pacifica nel ritenerle vere e proprie pene, con la conseguenza che le norme che le disciplinavano erano ritenute di natura sostanziale e soggette al principio di cui all'art. 2 comma 3 (attualmente comma 4) c.p.¹¹³

In occasione dell'ultima modifica legislativa significativa che aveva riguardato le sanzioni sostitutive, rappresentata dall'art. 4 della legge n. 134/2003, che aveva, fra l'altro, modificato l'art. 53 della legge n. 689/81, estendendo l'ambito di applicazione delle sanzioni sostitutive (portando da un anno a due anni la pena detentiva sostituibile per la semidetenzione, da sei mesi a un anno per la libertà controllata e da tre mesi a sei mesi per la sanzione pecuniaria sostitutiva), e aveva abrogato l'art. 60 della legge n. 689/81 (eliminando le esclusioni oggettive), l'art. 5, comma 3, della citata legge n. 134/2003 aveva stabilito che le disposizioni dell'art. 4 si applicavano ai procedimenti in corso e per tali procedimenti la Cassazione poteva applicare direttamente le sanzioni sostitutive.¹¹⁴

Stante la pacifica natura di norme sostanziali, non vi poteva essere alcun dubbio riguardante l'applicabilità delle nuove norme previste al Capo III della legge n. 689/81, se più favorevoli all'imputato, ai procedimenti in corso al momento dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2022 (che quelle norme ha modificato), in qualunque stato e grado fossero, salvo il limite del giudicato ai sensi dell'art. 2 comma 4 c.p. Sotto questo profilo, dunque, la norma di cui al comma 1 dell'art. 95 d. lgs. n. 150/2022 potrebbe essere stata superflua, anche per quanto riguarda quei procedimenti pendenti dinanzi al giudice di legittimità al momento dell'entrata in vigore della normativa.¹¹⁵

¹¹³ Vedi *ex plurimis* Cass. pen. sez. un., 25.10.1995, n. 11397, Cass. pen. sez. I, 25.5.2005, n. 24652 e Cass. pen. sez. IV, 19.4.2018, n. 29504.

¹¹⁴ Peraltro, la Cassazione aveva precisato che, in tema di sostituzione della pena detentiva, la norma transitoria contenuta nell'art. 5, comma 3, della legge 12 giugno 2003 n. 134, secondo cui per i procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della legge la Corte di Cassazione "può applicare le sanzioni sostitutive", non distingueva ai fini della sua operatività quelli che avevano ad oggetto pene sin dall'origine sostituibili ai sensi dell'art. 53 della legge n. 689 del 1981, da quelli per i quali le pene erano divenute sostituibili in virtù della citata legge. Ne conseguiva che alla Corte di Cassazione era stato attribuito un potere atipico in via transitoria, esercitabile senza ulteriori limiti, in tutti i procedimenti in corso al momento dell'entrata in vigore della legge, sempre che la censura fosse stata ritualmente proposta (Cass. pen. sez. VI, 24.10.2003, n. 47308). Tuttavia, la Cassazione precisava ancora che, sempre ai sensi dell'art. 5 comma terzo legge n. 134 del 2003, la previsione, che aveva natura di norma transitoria, doveva ritenersi circoscritta all'ipotesi di procedimento pendente in cassazione (o per il quale ancora non era decorso il termine per proporre ricorso) al momento in cui era entrata in vigore la norma: ne consegue che, assenti tali presupposti, l'applicazione della disposizione non poteva essere chiesta per la prima volta davanti al Giudice di legittimità (Cass. pen. sez. VI, 6.4.2004, n. 31421).

¹¹⁵ Secondo il Supremo Consesso, con riguardo all'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto, previsto dall'art. 131-bis c.p., avendo natura sostanziale, se ne è affermata l'applicabilità, per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d. lgs. 16 marzo 2015, n. 28, anche ai procedimenti pendenti davanti alla Corte di Cassazione e solo per questi ultimi la relativa questione, in applicazione degli artt. 2, comma quarto, c.p. e 129 c.p.p., si è ritenuta deducibile e rilevabile d'ufficio *ex art.* 609, comma secondo, c.p.p. anche nel caso di ricorso inammissibile (Cass. pen. sez. un., 25.2.2016, n. 13681: in motivazione la Corte

La norma avrebbe quindi una sua specifica valenza proprio con riferimento ai giudizi di legittimità pendenti in Cassazione al momento dell'entrata in vigore della c.d. riforma Cartabia, poiché avrebbe escluso la possibilità di applicazione delle nuove norme più favorevoli previste dal novellato Capo III della legge n. 689/81 direttamente dalla Cassazione, rimandando la questione, su impulso del condannato, al giudice dell'esecuzione, entro il termine di trenta giorni dall'irrevocabilità della sentenza (ovvero al giudice del rinvio in caso di annullamento con rinvio).

Il primo punto fondamentale è comprendere cosa debba intendersi per procedimenti penali pendenti in primo grado, in grado di appello e in Cassazione.

Non vi è dubbio che con l'esercizio dell'azione penale (in via ordinaria, attraverso il deposito della richiesta di rinvio a giudizio ai sensi dell'art. 416 c.p.p., ovvero attraverso l'emissione e il deposito del decreto di citazione diretta a giudizio ai sensi degli artt. 552 e 553 c.p.p.; oppure nelle forme dei riti speciali – richiesta di giudizio immediato ai sensi dell'art. 454 c.p.p., richiesta di emissione di decreto penale di condanna *ex art.* 459 c.p.p., e così via) vi è un processo che pende, sicché, se al momento dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2022, in data 30.12.2022, l'azione penale era già stata esercitata dal p.m. nelle forme previste dal codice di rito, il processo poteva dirsi pendente, e, pertanto, possono trovare applicazione le nuove norme relative alle pene sostitutive se più favorevoli.

Ciò è possibile, ad esempio, nell'eventuale giudizio abbreviato che si stava celebrando (ma non ancora concluso, perché era in prosieguo la discussione, ovvero l'istruzione disposta ai sensi dell'art. 438 comma 5 c.p.p., ovvero ai sensi dell'art. 441, comma 5, c.p.p.) nel momento dell'entrata in vigore della riforma c.d. Cartabia, con immediata applicazione della disposizione processuale di cui all'art. 545-*bis* c.p.p.¹¹⁶. Ciò è possibile ancora nell'eventuale processo dibattimentale ordinario in corso di celebrazione, nel quale potrà trovare piena applicazione il già citato art. 545-*bis* c.p.p.

Se la riforma c.d. Cartabia è entrata in vigore dopo la presentazione della richiesta di decreto penale di condanna, ma prima dell'emissione del decreto, è possibile sia che il p.m. modifichi la sua richiesta per adattarla alle novità apportate dalla novella, se ritenute più favorevoli¹¹⁷, sia che, invece, il GIP, nell'emettere il decreto penale di

ha specificato che, quando, invece, non si discute dell'applicazione della sopravvenuta legge più favorevole, la inammissibilità del ricorso preclude la deducibilità e la rilevanza d'ufficio della questione). Dunque, nella parte in cui le nuove norme previste dal Capo II della legge n. 689/81 fossero più favorevoli all'imputato, si sarebbe potuto dedurre dai principi generali la loro applicabilità anche in relazione ai procedimenti pendenti in Cassazione al momento dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2022, senza la necessità di un'apposita disciplina transitoria. Si legge nella relazione illustrativa della riforma c.d. Cartabia (pag. 429) che l'applicazione delle nuove pene sostitutive nei giudizi di impugnazione potrebbe apparire distonica, e tuttavia sarebbe stata imposta dal rispetto del principio di retroattività della *lex mitior*, poiché una diversa scelta si sarebbe esposta al rischio di dichiarazione di illegittimità costituzionale.

¹¹⁶ Secondo A. DIDDÌ, *Le disposizioni in materia*, cit., p. 3, non ci sarebbe alcun dubbio che, sebbene di natura processuale, e quindi come tale sottoposta al regime *tempus regit actum*, la norma di cui all'art. 545-*bis* c.p.p., in quanto al contempo strumentale all'applicazione delle pene sostitutive, non può non trovare applicazione anche nei processi penali pendenti in primo o secondo grado.

¹¹⁷ Si allude, in particolare, alle modifiche che attengono alla possibilità di avvalersi di un diverso meccanismo di ragguaglio e rateizzazione della pena pecuniaria sostitutiva più favorevole rispetto al

condanna, tenga conto delle novità più favorevoli al reo, ad esempio in tema di ragguaglio della pena pecuniaria con la pena detentiva. Se il GIP, invece, ha già emesso il decreto penale di condanna e il d. lgs. n. 150/2022 è entrato in vigore nelle more della procedura di notifica dello stesso, ovvero nella pendenza del termine per proporre opposizione, dovrebbe essere pacifica l'applicabilità della nuova disciplina che consente all'imputato di optare per la sostituzione della pena detentiva con la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, rispetto alla pena pecuniaria sostitutiva, essendo legata la decorrenza del termine per la presentazione dell'istanza alla notificazione del decreto¹¹⁸. Per quanto concerne, invece, la possibilità di incidere sulla pena pecuniaria sostitutiva irrogata dal GIP con il già emesso decreto penale di condanna, si segnala un'unica pronuncia della Cassazione¹¹⁹, emessa in seguito alle modifiche apportate alla disciplina del decreto penale di condanna dalla legge n. 103/2017, secondo la quale in tema di procedimento per decreto, l'art. 459, comma 1-bis, c.p.p., introdotto dall'art. 1, comma 53 della legge n. 103 del 23 giugno 2017 – che ha disciplinato il criterio di ragguaglio fra pene detentive e pene pecuniarie, fissandolo in una forbice compresa tra un minimo di euro 75 ed un massimo di euro 225 in deroga alla previsione generale di cui all'art. 135 c.p. – si applica, ai sensi dell'art. 2, comma quarto, c.p., anche ai decreti penali di condanna emessi prima dell'entrata in vigore di tale disposizione, ma notificati successivamente, in quanto si tratta di norma di carattere processuale, che ha prodotto effetti sostanziali, comportando un trattamento sanzionatorio più favorevole, seppur derivante dalla scelta del rito. Invero, sottolineava la Corte, la necessità di applicare l'art. 2 comma 4 c.p. ad un caso come quello in esame deriverebbe dalla necessità di rispettare il principio di proporzionalità, posto che la pena è stata stabilita in concreto in base a criteri che, in linea di massima, appaiono di maggior gravità rispetto a quelli che il condannato avrebbe avuto diritto di vedersi applicare, anche se solo in sede di conversione, sia pure con una valutazione compiuta a posteriori. Nel caso in esame, però, la questione non potrebbe essere proposta al GIP che ha emesso il decreto penale di condanna perché questi, una volta emesso il provvedimento, si spoglia dei poteri decisorii sul merito dell'azione penale. Ma l'imputato non potrebbe neanche sottoporla in sede di cognizione mediante l'opposizione o chiedendo altri riti alternativi, quali il patteggiamento o il giudizio abbreviato, perché ciò determinerebbe la revoca del decreto penale e ne perderebbe gli effetti, fra cui la conversione nel senso più favorevole previsto dall'art. 459 comma 1-bis c.p.p. Inoltre, ove per ottenere il beneficio relativo al

precedente (vedi V. GALATI, *Procedimenti speciali e sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *relazione su novità normativa: la Riforma Cartabia*, n. 2/2023, a cura dell'Ufficio del Massimario della Cassazione, p. 117).

¹¹⁸ In tale senso V. GALATI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 118. In questo caso, quindi, si darebbe rilievo più al profilo processuale della norma, e, quindi, al principio *tempus regit actum*, che non a quello sostanziale, giacché, all'evidenza, la scelta del lavoro di pubblica utilità sostitutivo, in luogo della sanzione pecuniaria, non sarebbe opzione più favorevole all'imputato, sebbene dallo stesso richiesta, sia in sé (trattandosi di pena sostitutiva avente natura detentiva), sia in relazione agli effetti finali dell'esito positivo del lavoro di pubblica utilità (vedi art. 56-bis, comma 5 legge n. 689/81) rispetto al pagamento della sanzione pecuniaria (art. 459, comma 5, c.p.p., soprattutto nel testo modificato dalla riforma c.d. Cartabia), oggetto del decreto penale di condanna.

¹¹⁹ Cass. pen. sez. III, 23.5.2019, n. 30691.

mutamento della conversione dovesse procedersi con l'opposizione, si vanificherebbe la finalità deflattiva dell'art. 459 comma 1-*bis* c.p.p. Pertanto, riteneva la Corte, che l'unico strumento di tutela fosse quello dell'incidente di esecuzione, in linea con il valore riconosciuto al giudicato da numerose sentenze delle Sezioni Unite. L'imputato, una volta divenuto esecutivo il decreto penale di condanna, potrebbe chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione dell'art. 459 comma 1-*bis* c.p.p., in relazione all'art. 2 comma 4 c.p., essendo entrata in vigore la disciplina più favorevole prima della esecutività del decreto penale di condanna.

Se, al momento dell'entrata in vigore della riforma c.d. Cartabia, era pendente una richiesta di patteggiamento sulla quale non si era ancora pronunciato il giudice, le parti avrebbero potuto concordemente modificarla prevedendo l'applicazione della pena sostitutiva¹²⁰. Se, invece, la sentenza di patteggiamento era stata già pronunciata, ma risultavano pendenti i termini per il suo deposito, ovvero per la sua impugnazione, sostanzialmente il processo doveva ritenersi pendente già in Cassazione, sicché, l'eventuale ricorso per cassazione che avesse lamentato la possibilità di applicare la pena sostitutiva sarebbe stato dichiarato inammissibile, poiché proposto al di fuori dei casi previsti dall'art. 444, comma 2-*bis*, c.p.p., e, tuttavia, dal passaggio in giudicato della sentenza, l'imputato avrebbe disposto del termine di trenta giorni per presentare, ai sensi dell'art. 666 c.p.p., istanza di sostituzione della pena detentiva breve al giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 95 d. lgs. n. 150/2022¹²¹.

Passando ad esaminare la questione della pendenza del processo in appello e in cassazione, secondo la dottrina il legislatore non avrebbe disciplinato alcune situazioni, ad esempio quella della condanna a pena non superiore a quattro anni già deliberata in primo grado, ovvero in grado di appello, al momento dell'entrata in vigore della riforma e con riferimento alla quale penda il termine per depositare la motivazione ovvero quello per proporre appello o ricorso per cassazione. Rispetto a tale questione, secondo la dottrina, per esigenze di sistema e di rispetto del principio di parità di trattamento, la nuova disciplina avrebbe dovuto comunque trovare applicazione¹²².

Ritenendo che tale aspetto non fosse disciplinato dall'art. 95 d. lgs. n. 150/2022, il Tribunale di Marsala, in funzione di giudice dell'esecuzione, con ordinanza del 27.6.2023¹²³, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 95 d. lgs. n. 150/2022, in relazione agli artt. 3, 24 e 27 Cost., nella parte in cui non consente di

¹²⁰ Circa la possibilità di modificare congiuntamente la richiesta di patteggiamento da parte del p.m. e dell'imputato finché l'accordo non venga recepito in una sentenza si veda da ultimo Cass. pen. sez. IV, 6.10.2021, n. 37968.

¹²¹ Per una soluzione simile si richiama Cass. pen. sez. IV, 18.4.2023, n. 32332.

¹²² A. DIDI, *Le disposizioni in materia di pene sostitutive*, cit., p. 3. Secondo questo Autore, poiché tecnicamente il processo di secondo grado prenderebbe avvio dal momento in cui la cancelleria della Corte di Appello riceve gli atti, il fatto che nell'art. 95 d. lgs. n. 150/2022 si faccia espresso riferimento al "processo" di primo o secondo grado come *loci* ai quali occorre applicare la nuova legge al momento della sua entrata in vigore, sembrerebbe inevitabile che sia il giudice che ha pronunciato la sentenza a dovere procedere alla celebrazione dell'udienza di cui all'art. 545-*bis* c.p.p.

¹²³ Pubblicata in G.U. del 30.8.2023 n. 35. La questione (reg. ord. n. 107/2023) sarà decisa dalla Corte costituzionale all'udienza pubblica del 6.2.2024.

presentare al giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 666 c.p.p., entro trenta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza, istanza di applicazione di pena sostitutiva ai condannati a pena detentiva non superiore a quattro anni i cui procedimenti penali, al momento dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2022, erano solo formalmente pendenti in grado di appello, in quanto il giudice del gravame aveva già emesso il dispositivo di sentenza, "consumando" il proprio potere decisionale.

Contrariamente al Tribunale di Marsala, la Cassazione¹²⁴ ha ritenuto manifestamente infondata analoga questione di legittimità costituzionale, sollevata sempre con riguardo all'art. 95 d. lgs. n. 150/2022, per la violazione degli artt. 3 e 24 Cost. e 6 CEDU, sul presupposto che la disciplina transitoria non avesse regolato l'ipotesi in cui la sentenza di appello fosse stata emessa prima dell'entrata in vigore della riforma c.d. Cartabia con termine per proporre ricorso per cassazione in corso in quel momento, sicchè non poteva dirsi ancora pendente il processo in cassazione, ciò che avrebbe legittimato, all'esito dello stesso, il ricorso al giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 666 c.p.p. per la sostituzione della pena. In buona sostanza, a differenza degli altri imputati, che, al momento dell'entrata in vigore della riforma c.d. Cartabia, risultavano sottoposti al giudizio di secondo grado o già al giudizio di legittimità, quelli che si trovavano nella situazione descritta non avrebbero potuto usufruire delle nuove pene sostitutive (se più favorevoli) per il vuoto normativo evidenziato, in relazione al tempo della sentenza di appello, fattore agli stessi non addebitabile. Il giudice di legittimità, come detto, riteneva manifestamente infondata la questione sollevata, chiarendo, circa la nozione di "pendenza" del processo, sulla scia delle Sezioni Unite¹²⁵, che la pronuncia della sentenza da parte del giudice dell'appello prima del 30.12.2022 determina di per sé la pendenza del giudizio in cassazione, anche quando il ricorso risulta presentato dopo tale data, cosicché su istanza di parte potrà attivarsi il procedimento previsto dall'art. 95 d. lgs. n. 150/2022 dinanzi al giudice dell'esecuzione per l'applicazione delle pene sostitutive entro trenta giorni dall'irrevocabilità della sentenza.

In conclusione, dunque, per processo pendente in appello o in cassazione al momento dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2022 deve intendersi quel processo nel quale risultava pronunciata rispettivamente la sentenza di primo ovvero di secondo grado alla data del 30.12.2022, ancorchè a quella data risultassero ancora in corso i

¹²⁴ Cass. pen. sez. V, 28.6.2023, n. 37022; nello stesso senso Cass. pen. sez. VI, 21.6.2023, n. 34091, in relazione ad analoga questione sollevata sempre con riguardo all'art. 95 d. lgs. n. 150/2022 per ritenuta violazione degli artt. 2, 3 Cost. e 6 CEDU, che ha affermato il seguente principio di diritto: «*ai fini dell'operatività dell'art. 95 clgs. 10 ottobre 2022 n. 150, recante disposizioni transitorie in tema di pene sostitutive delle pene detentive brevi, la pronuncia della sentenza di appello determina la pendenza del procedimento innanzi alla Corte di Cassazione, cosicché, per i processi pendenti in tale fase alla data di entrata in vigore del citato d.lgs. (30 dicembre 2022), una volta formatosi il giudicato, il condannato potrà avanzare istanza di sostituzione della pena detentiva al giudice dell'esecuzione*».

¹²⁵ Cass. pen. sez. un., 29.10.2009, n. 47008, in tema normativa transitoria quanto al regime della prescrizione con riguardo alla questione sul se dovesse o meno ritenersi pendente in appello il processo dopo la sentenza di primo grado, anche in assenza della proposizione dell'impugnazione, ai fini dell'applicazione dell'art. 10, comma 3, della legge n. 251/2005.

termini per il deposito della motivazione della sentenza ovvero per il deposito della rispettiva impugnazione.

È solo rispetto a questi processi che trova applicazione la disciplina dell'art. 95 d. lgs. n. 150/2022, sicchè, ad esempio, rispetto ad una sentenza di primo grado pronunciata dopo il 30.12.2022, non potrà farsi riferimento alla disciplina transitoria per i giudizi di impugnazione e, quindi, la questione riguardante la sostituzione della pena detentiva breve potrà trovare introduzione in via ordinaria, non secondo il regime transitorio.

A quest'ultimo riguardo, giova evidenziare che, secondo le prime pronunce della Cassazione, anche rispetto ai processi pendenti in appello al momento dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2022, la questione della sostituzione della pena detentiva breve con le pene sostitutive introdotte ai sensi degli artt. 20-*bis* c.p. e 53 legge n. 689/81, come modificato dall'art. 71 del d. lgs. n. 150/2022, se più favorevole all'imputato, non può essere valutata di ufficio dalla Corte di Appello, tenuto conto del principio devolutivo che regola il processo di appello ai sensi dell'art. 597 c.p.p., ma necessita di una specifica istanza dell'imputato, da formulare non necessariamente con l'atto di gravame, ovvero con i motivi aggiunti o nuovi *ex art.* 585 comma 4, c.p.p., ma che deve comunque intervenire, secondo una prima, e forse maggiormente condivisibile, pronuncia¹²⁶, al più tardi nel corso dell'udienza di discussione in appello, ovvero, secondo altra più restrittiva decisione¹²⁷, ove ancora presentabili i motivi nuovi o aggiunti *ex art.* 585, comma 4, c.p.p., attraverso questo strumento processuale, con conseguente inammissibilità della richiesta formulata in sede di conclusioni. In un recente arresto della Cassazione¹²⁸ si è precisato che, se nel giudizio di appello a trattazione orale la richiesta di sostituzione della pena detentiva breve, ove non già contenuta nell'atto di impugnazione, può essere formulata dall'imputato con memoria da depositare prima dell'udienza ovvero, al più tardi, nel corso della discussione (secondo il maggioritario orientamento nomofilattico), diversamente, in caso di trattazione in forma cartolare, il termine ultimo entro il quale l'imputato potrà formulare l'istanza di sostituzione non può che essere identificato in quello di cinque giorni prima dell'udienza, previsto dall'art. 23-*bis*, comma 2, d.l. n. 137/20, convertito con modifiche dalla legge n. 176/20, per la presentazione delle proprie conclusioni scritte, ciò al fine di inserire l'istanza di sostituzione della pena detentiva, al pari di ogni altra richiesta proveniente dalle parti, nelle cadenze processuali proprie delle modalità di trattazione del giudizio di appello e di garantire, al contempo, il contraddittorio tra le parti. Va, infatti, considerato, sottolinea la S.C., che, sebbene non prevista dalla disciplina transitoria, la necessità che anche su tale istanza debba svolgersi il contraddittorio può desumersi non solo dai principi ispiratori del processo penale (art. 111 Cost.), ma anche dalla disciplina contenuta nell'art. 545-*bis* c.p.p., in cui si prevede che, se l'imputato acconsente alla sostituzione della pena detentiva, il giudice provvede "sentito il pubblico ministero". Giova

¹²⁶ Cass. pen. sez. VI, 28.7.2023, n. 33027; nello stesso senso Cass. pen. sez. VII, 15.9.2023, n. 39056 e più di recente Cass. pen. sez. VI, 29.9.2023, n. 46782, che si pone in aperto contrasto con quanto sostenuto dalla medesima Sezione nella sentenza riportata nella nota che segue.

¹²⁷ Cass. pen. sez. VI, 27.9.2023, n. 41313.

¹²⁸ Cass. pen. sz. VI, 10.11.2023, n. 2106/24.

evidenziare, poi, che l'istanza deve essere formulata anche se, nel giudizio di appello pendente al momento dell'entrata in vigore della riforma c.d. Cartabia, le parti avevano concordato la pena ai sensi dell'art. 599-*bis* c.p.p., senza prevedere la sostituzione della pena detentiva breve (perché, sul punto, non era stato presentato, sulla base della normativa precedente, alcun motivo di impugnazione)¹²⁹.

Infine, se il processo pende in Cassazione, nel senso sopra specificato, sarà sostanzialmente inutile porre la questione davanti al giudice di legittimità, che, ai sensi dell'art. 95 d. lgs. n. 150/2022, verrà dichiarata inammissibile (salvo il caso dell'annullamento con rinvio, perché in tale caso la questione potrà essere esaminata dal giudice del rinvio). Tuttavia, il condannato ha la possibilità di ottenere, ove più favorevole, la sostituzione della pena detentiva breve con una delle pene sostitutive, rivolgendosi al giudice dell'esecuzione entro trenta giorni dall'irrevocabilità della sentenza¹³⁰. Non essendo specificata la natura del termine entro il quale deve essere attivato l'incidente di esecuzione, secondo la dottrina, considerato il principio di tassatività di cui all'art. 173 c.p.p., si dovrebbe escludere che si tratti di un termine perentorio¹³¹. La tesi non convince, poiché un'attenta lettura dell'impianto codicistico conduce a ritenere che non si possa escludere, nell'ambito del sistema, l'esistenza di decadenze implicite, potendosi la perentorietà desumere anche da altre disposizioni di legge¹³². In quest'ottica, dovrebbe essere considerato perentorio anche il termine, pur non definito tale dal dato normativo, al cui decorso sia collegata la perdita di un diritto o di una facoltà¹³³. Invero, non mancano esempi nel codice di rito di termini non espressamente indicati come perentori, cui però si attribuisce una simile natura. D'altra parte, i due sintagmi "a pena di decadenza" e "a pena di inammissibilità" rappresenterebbero lo stesso fenomeno, definito in due prospettive¹³⁴, l'una soggettiva e l'altra oggettiva¹³⁵. Impedendo l'esercizio del diritto o della facoltà da cui l'interessato è decaduto per la mancata osservanza del termine, l'inammissibilità mira al medesimo fine cui è preordinata la decadenza. Pertanto, i termini stabiliti "a pena di

¹²⁹ Cass. pen. sez. II, 7.7.2023, n. 34881, fattispecie nella quale la Cassazione riteneva inammissibile il ricorso che lamentava che la Corte di Appello, dopo avere accolto il concordato ai sensi dell'art. 599-*bis* c.p.p., rideterminando la pena, non aveva provveduto sulla richiesta di applicazione di una pena sostitutiva ex art. 20-*bis* c.p. Invero, la Corte evidenziava che la richiesta di sostituzione della pena era stata formulata "se del caso" (così nella proposta di concordato), per cui alcun onere di motivazione aveva la Corte di Appello sul punto.

¹³⁰ A questo riguardo, la Cassazione (vedi Cass. pen. sez. I, 11.10.2023, n. 48579) ha affermato il seguente principio di diritto: «il ricorso per cassazione, pendente innanzi la Corte di Cassazione alla data di entrata in vigore del d. lgs. n. 150 del 2022 e successivamente dichiarato inammissibile, non preclude, ricorrendo le condizioni di cui al d. lgs. n. 150 del 2022, art. 95, di presentare al giudice dell'esecuzione istanza di applicazione di una delle pene sostitutive previste dalla legge n. 689 del 1981, risultando, ragionevolmente ed eccezionalmente, estesa, in presenza di una previsione normativa che regola una specifica ipotesi di superabilità del giudicato, la disciplina della sopravvenuta legge più favorevole».

¹³¹ A. DIDDÌ, *Le disposizioni in materia di pene sostitutive*, cit., p. 4.

¹³² G. SOLA, *I termini*, in Tomo II, *Gli atti*, a cura di G. Dean, in *Trattato di procedura penale*, Utet, 2008, p. 291.

¹³³ G. GARUTI, *Termini processuali penali*, in *Digesto penale*, agg., Utet, 2005, p. 1578.

¹³⁴ F. CORDERO, *Procedura penale*, 8° ed., Giuffrè ed., 2006, p. 316.

¹³⁵ G. GARUTI, *Termini processuali penali*, cit., p. 1578.

inammissibilità” partecipano della natura perentoria e sono tali non solo quando espressamente previsti, ma anche laddove detta natura sia desumibile dalla struttura del sistema¹³⁶. Sono considerati generalmente previsti a pena di inammissibilità della memoria i termini per la presentazione della stessa di cui al comma 2 dell’art. 127 c.p.p.¹³⁷ e quello di cui all’art. 611 c.p.p. (nella vecchia formulazione)¹³⁸, pur non essendo tale sanzione espressamente indicata dalle norme. Pertanto, ragioni sistematiche, legate alla necessità di non lasciare pendente *sine die* la questione della sostituibilità della pena detentiva breve in fase esecutiva, allorquando, divenuta irrevocabile la sentenza, il p.m. emette ragionevolmente l’ordine di esecuzione con contestuale decreto di sospensione ai sensi dell’art. 656, comma 5, c.p.p., e il condannato avanza istanza di applicazione di misura alternativa alla detenzione al competente Tribunale di Sorveglianza, fanno propendere per l’attribuzione a tale termine della natura perentoria, con conseguente inammissibilità di una richiesta tardivamente proposta¹³⁹.

La richiesta va presentata al giudice dell’esecuzione, che sarà individuato ai sensi dell’art. 665 c.p.p. Il giudice dell’esecuzione provvede *ex art.* 666 c.p.p., e cioè attraverso il procedimento camerale partecipato, soluzione certamente condivisibile, tenuto conto del fatto che quella in questione costituirebbe una posticipata udienza di applicazione delle pene sostitutive *ex art.* 545-bis c.p.p., nella quale, trovando applicazione sia le norme del Capo III della legge n. 689/81 che quelle del c.p.p. relative alle pene sostitutive, non potrebbero tollerarsi compromissioni del contraddittorio¹⁴⁰. Il giudice dell’esecuzione provvede con ordinanza, impugnabile con ricorso per cassazione, che non ne sospende la sua esecuzione, salvo che il giudice che l’ha emessa disponga diversamente (art. 666, comma 7, c.p.p.).

La seconda questione da esaminare riguarda cosa debba intendersi per norma più favorevole.

A tal proposito, non va dimenticato che, in materia di successione nel tempo di leggi penali, il giudice, una volta individuata la disposizione complessivamente più favorevole, deve applicarla nella sua integralità, senza poter combinare un frammento normativo di una legge e un frammento normativo dell’altra legge secondo il criterio del “*favor rei*”, atteso che in tal modo verrebbe ad applicare una terza fattispecie di carattere intertemporale non prevista dal legislatore con violazione del principio di legalità.¹⁴¹

¹³⁶ Ancora G. GARUTI, *Termini processuali penali*, cit. p. 1578.

¹³⁷ Vedi Cass. pen. sez. V, 23.1.2014, n. 16311, Cass. pen. sez. I, 20.11.2018, n. 33/19 e Cass. pen. sez. V, 18.10.2021, n. 44930

¹³⁸ Cass. pen. sez. I, 7.2.2012, n. 8960 e Cass. pen. sez. I, 22.11.2016, n. 13597, che affermano che non possono essere prese in considerazione dalla Cassazione le memorie tardivamente depositate in violazione dei termini dilatori previsti dall’art. 611 c.p.p.

¹³⁹ D’altra parte, quello stesso Autore (A. Diddi, “*Le disposizioni in materia di pene sostitutive ..*”, cit., p. 3) prospetta la questione della possibile interferenza tra il procedimento di applicazione *in executivis* della pena sostitutiva, in questa particolare ipotesi, e quello dell’applicazione delle misure alternative alla detenzione avviato a seguito dell’emissione del decreto di sospensione dell’ordine di esecuzione *ex art.* 656 comma 5 c.p.p., auspicando, per ragioni di economia processuale, che il giudizio dinanzi al Tribunale di Sorveglianza dovrebbe essere sospeso in attesa delle determinazioni del giudice dell’esecuzione.

¹⁴⁰ Così, opportunamente, A. Diddi, “*Le disposizioni in materia di pene sostitutive ..*”, cit., p. 5.

¹⁴¹ Cfr. Cass. pen. sez. IV, 17.1.2013, n. 7961 e nello stesso senso più di recente Cass. pen. sez. IV, 27.1.2022,

Orbene, prescindendo dai casi in cui il processo è ancora in corso in primo grado al momento dell'entrata in vigore della c.d. riforma Cartabia, e, dunque, una pena detentiva non risulta ancora essere stata irrogata, sicchè in questo caso potranno trovare piena applicazione le norme del Capo III della legge n. 689/81, come modificato, se più favorevoli all'imputato¹⁴², i problemi cominciano a porsi allorquando, al momento dell'entrata in vigore della riforma, il giudizio di primo grado si è già chiuso e il giudice di prime cure ha già condannato l'imputato irrogandogli una pena detentiva.

In tutti questi casi, e cioè quando, al momento dell'entrata in vigore della riforma Cartabia, vi fosse già una sentenza di primo grado che aveva irrogato una pena detentiva, senza ombra di dubbio, nei confronti dell'imputato condannato a pena detentiva superiore ad anni due, che non ha beneficiato neppure della sospensione condizionale della pena, è da ritenersi complessivamente più favorevole la disciplina contenuta nel novello Capo III della legge n. 689/81, essendogli consentito l'accesso alle nuove pene sostitutive del lavoro di pubblica utilità sostitutivo, ovvero della detenzione domiciliare o della semilibertà sostitutive, mentre in precedenza gli era preclusa la possibilità di accedere a qualunque sanzione sostitutiva.

La questione si fa più complessa se si considera la posizione dell'imputato condannato in primo grado a pena detentiva inferiore ai due anni, che, quindi, avrebbe potuto chiedere ed ottenere anche in precedenza una sanzione sostitutiva della pena detentiva breve.

Se questo imputato ha beneficiato anche della sospensione condizionale della pena, difficilmente potrà ottenere una delle nuove pene sostitutive, che presuppongono che non risulti riconosciuto il beneficio della sospensione condizionale della pena (vedi art. 61-*bis* della legge n. 689/81). Difficilmente, infatti, il giudice di appello potrebbe revocare il beneficio già concesso¹⁴³ (specie se richiesto dallo stesso imputato)¹⁴⁴ per consentire all'imputato, su sua richiesta, di ottenere la sostituzione della pena detentiva con una pena sostitutiva di nuovo conio, mentre invece la sospensione condizionale

n. 13207.

¹⁴² E, dal punto di vista processuale, come detto, potrà trovare applicazione anche l'art. 545-*bis* c.p.p., per il principio del *tempus regit actum*.

¹⁴³ In senso contrario, infatti, si veda Cass. pen. sez. I, 21.5.2004, n. 24731.

¹⁴⁴ Invero, allorché la sospensione condizionale della pena non sia stata richiesta dall'imputato, il suo appello inteso ad ottenere la revoca del beneficio non può trovare, in mancanza di impugnazione del pubblico ministero, illimitato accoglimento, ancorché sussista un suo apprezzabile interesse in tal senso. La valutazione di siffatto interesse e dell'eventuale esigenza che lo paralizzi è demandata al giudice di merito investito della questione, che, nell'esercizio del suo potere discrezionale, deve dare ragione della decisione che adotta al riguardo. In particolare, detto giudice è tenuto a bilanciare l'interesse contrario dell'imputato che ritiene di ricevere non un vantaggio, ma un danno, dal beneficio concessogli, con quello, per nulla secondario, di sottrarlo all'ambiente carcerario. Per altro verso, è innegabile l'esistenza di un potere discrezionale del giudice di concedere, in linea generale, d'ufficio la sospensione condizionale della pena, sia in primo grado, sia in grado di appello (Cass. pen. sez. I, 28.2.1994, n. 3816: nella specie, la Suprema Corte, sul rilievo che si verteva in tema di procedura di applicazione della pena su richiesta delle parti, nella quale il beneficio non era stato richiesto, ha ritenuto illegittima la concessione della sospensione condizionale della pena avvenuta d'ufficio e pertanto viziata di ultrapetizione in un procedimento affidato all'esclusiva disponibilità delle parti).

della pena potrebbe essere mantenuta congiuntamente alla sanzione sostitutiva.¹⁴⁵ In questi casi, dunque, la richiesta dell'imputato di ottenere la sostituzione della pena detentiva breve con una delle nuove pene sostitutive dovrebbe essere ritenuta inammissibile (mentre potrebbe essere valutata la richiesta di ottenere una delle vecchie sanzioni sostitutive, se ritualmente proposta con un motivo di appello)¹⁴⁶.

Viceversa, se l'imputato è stato condannato a pena detentiva inferiore ai due anni, senza il beneficio di cui all'art. 163 c.p., allora occorre porsi il problema dell'applicabilità di una delle pene sostitutive di nuovo conio se ritenute più favorevoli, poiché solo in quest'ultimo caso la norma di cui all'art. 95 comma 1 d. lgs. n. 150/2022 può trovare applicazione in grado di appello, consentendo la formulazione di una richiesta in tale senso anche se nell'appello non fosse stato proposto alcun motivo di impugnazione finalizzato al riconoscimento di una sanzione sostitutiva. Invero, l'imputato avrebbe potuto già avere accesso alle sanzioni sostitutive previste dal vecchio art. 53 della legge n. 689/81 (alla sanzione pecuniaria sostitutiva, entro i sei mesi di pena detentiva; alla libertà controllata, entro i limiti di un anno di pena detentiva; alla semidetenzione, entro i limiti di due anni di pena detentiva). Pertanto, se una delle vecchie sanzioni sostitutive fosse più favorevole all'imputato rispetto ad una delle nuove pene sostitutive applicabile in ragione dell'entità della pena detentiva concretamente irrogata, non vi sarebbe spazio per l'applicazione di una pena sostitutiva, perché meno favorevole all'imputato, e non vi sarebbe spazio neppure per l'applicazione di una delle vecchie sanzioni sostitutive, poiché non ritualmente richieste con un motivo di appello.

Supponiamo, ad esempio, che l'imputato sia stato condannato a pena detentiva pari o inferiore a mesi sei. Avrebbe potuto chiedere la sostituzione con la sanzione pecuniaria sostitutiva corrispondente. Tuttavia, il criterio di ragguaglio della vecchia sanzione pecuniaria sostitutiva, anche dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 28/2022, risulta essere comunque meno favorevole rispetto a quello previsto per la nuova pena pecuniaria sostitutiva dall'art. 56-*quater* della legge n. 689/81. D'altra parte, ai sensi dell'art. 97 d. lgs. n. 150/2022, la nuova disciplina in tema di conversione delle pene pecuniarie, anche in sostituzione di una pena detentiva, non si applica che per i reati commessi dopo l'entrata in vigore della riforma Cartabia, sicchè, per i reati pregressi, anche se si applica la nuova pena pecuniaria sostitutiva, in caso di inadempimento, si deve dare corso alla vecchia procedura di conversione, che prevede la conversione della pena pecuniaria in libertà controllata o lavoro sostitutivo, e non in semilibertà sostitutiva, o, in taluni casi, in lavoro di pubblica utilità sostitutivo o detenzione domiciliare sostitutiva. Dunque, sembrerebbe nel complesso più favorevole la disciplina della pena pecuniaria sostitutiva rispetto alla sanzione pecuniaria sostitutiva, ciò che consentirebbe all'imputato di richiedere la nuova pena pecuniaria sostitutiva in appello (anche se non fosse stato formalizzato alcun motivo di appello finalizzato all'ottenimento di una sanzione sostitutiva).

¹⁴⁵ Vedi da ultimo Cass. pen. sez. IV, 24.11.2021, n. 46157.

¹⁴⁶ Facendo applicazione della già citata Cass. pen. sez. un., 19.1.2017, n. 12872.

Al contrario, se l'imputato fosse stato condannato ad una pena detentiva ricompresa tra mesi sei e un giorno e un anno, avrebbe potuto richiedere la sanzione sostitutiva della libertà controllata, complessivamente più favorevole rispetto alle pene sostitutive più invasive (lavoro di pubblica utilità sostitutivo, detenzione domiciliare sostitutiva e semilibertà sostitutiva), ma certamente meno favorevole rispetto alla pena pecuniaria sostitutiva, sicchè una richiesta in tale ultimo senso sarebbe sicuramente presentabile in appello, anche senza essere preceduta da uno specifico motivo di impugnazione con il quale si chiede la sanzione sostitutiva.

Infine, anche in caso di condanna a pena detentiva di un anno e un giorno fino a due anni, la sanzione sostitutiva della semidetenzione sarebbe comunque meno favorevole rispetto alle pene sostitutive del lavoro di pubblica utilità e della detenzione domiciliare sostitutiva, ma anche della semilibertà sostitutiva, poiché in quest'ultimo caso il condannato sarebbe obbligato a rimanere presso un Istituto di pena almeno otto ore, mentre con la semidetenzione sarebbe obbligato a rimanervi almeno dodici ore.

IL PROCESSO “7 APRILE”: ALLE ORIGINI DEL “POPULISMO GIUDIZIARIO”?

di Riccardo Ferrante

Il contributo intende affrontare il tema del così detto “populismo giudiziario”, identificandone una delle origini nel processo “7 aprile” – a carico di Toni Negri ed altri – avviato tra Padova e Roma nel 1979. In particolare, le fasi di indagine furono condotte, in relazione dialettica, da due figure di grande rilievo della magistratura come Pietro Calogero e Giovanni Palombarini. Questo processo, che appare per molti versi periodizzante nella storia della giustizia in Italia, è lo spunto per una serie di riflessioni sull’utilizzo delle fonti di prova, sul rapporto con la pubblica opinione, sulle relazioni con la politica.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il processo “7 aprile” (1979 - 1988): l’avvio del “populismo giudiziario” – 3. Processo, storia orale e verità mediatica – 4. Il «grande processo politico indiziario».

1. Premessa.

La recente scomparsa di Toni Negri (il 16 dicembre 2023, a novant’anni), senza dimenticare il significativo contributo scientifico lasciato nei settori della filosofia del diritto e della filosofia politica, può essere anche l’occasione per una serie di riflessioni sulla vicenda processuale che lo ha riguardato. In realtà gli studi approfonditi su questo tema non sono mancati, anche recentemente¹, e vanno anzi inseriti in un contesto di rinnovato interesse per una fase cruciale della storia repubblicana recente, quella appunto tra anni ’70 e anni ’80, marcata profondamente dal fenomeno terroristico². Nelle pagine che seguono, però, la prospettiva sarà in particolare quella della storia della giustizia, e in parte della magistratura, con l’idea di trovarsi di fronte a un passaggio importante. In sintesi: come si trasforma negli anni dell’emergenza la prassi inquirente? Come si proietta sulla fase giudicante? Che ruolo ha un modificato rapporto con i *media* e con l’opinione pubblica? In che misura le trasformazioni del giudiziario di questa fase avranno conseguenze di lunga durata?

Qui si presentano alcune analisi parziali, che utilizzano come fonte prevalente la cultura giuridica togata e che sono parte di un impegno di studio più ampio, ormai in fase di completamento, sulla storia della giustizia in Italia, usando come punto di avvio

¹ R. COLOZZA, *L’affaire 7 aprile. Un caso giudiziario tra anni di piombo e terrorismo globale*, Einaudi, Torino, 2023.

² S. LUZZATTO, *Dolore e furore. Una storia della Brigate rosse*, Einaudi, Torino, 2023.

il Congresso di Gardone di ANM del 1965, e via via attraversando le fasi successive (la svolta tra anni '60 e '70, gli anni dell'emergenza tra anni '70 e '80, lo scontro tra magistratura e partiti a partire dal 1984, la crisi globale delle fonti e della giurisdizione con l'inizio degli anni 2000). Resta il punto che la categoria "populismo giudiziario", presente nel dibattito pubblico e già utilizzata dalla storiografia contemporaneistica, non è ancora invalsa tra i giuristi applicati alla storia. Si tratta di tentare, dunque, una prima tematizzazione usando appunto gli strumenti e le tecniche della storiografia giuridica.

2. Il processo "7 aprile" (1979-1988): l'avvio del populismo giudiziario.

Utilizzando i "grandi processi" come passaggi periodizzanti, la storiografia ha proposto per questo ruolo la vicenda istruttoria del "processo 7 aprile".

Essa sarebbe stata l'avvio – o forse meglio, una prima anticipazione – del *populismo giudiziario*, tema fra i principali dell'attuale riflessione sul ruolo della magistratura nel nostro ordinamento³. In effetti si affermò ben presto sulle pagine di cronaca, e con vasta e inedita eco mediatica (secondo i mezzi dell'epoca, ovviamente), un impianto accusatorio presto rubricato come "teorema Calogero", dal nome del PM incaricato per la fase d'indagine (per altro, già co-protagonista delle indagini su Piazza Fontana), autore di più di una generosa intervista a settimanali e quotidiani.

Va premesso che, se proprio la distanza temporale garantisce adesso un esame più sereno, e dunque effettivamente storiografico dell'intera vicenda processuale (che nello specifico qui non può essere ricostruita), va riservata attenzione all'utilizzo di categorie di giudizio come quella appunto di *populismo giudiziario*. In questo caso la categoria è in effetti associata a fasi storiche successive, dunque in un contesto assai mutato rispetto appunto a quello del 1978/79⁴. Però appare confermato che la fase 1978/1980 costituisca un passaggio periodizzante centrale, e appare ragionevole ipotizzare che vi radichino fenomeni poi strutturali successivamente.

Ma veniamo, in estrema sintesi, alla cronaca. La vicenda giudiziaria "7 aprile", e l'ipotesi accusatoria che la sostiene, si genera nel clima di disorientamento che la società e il mondo politico italiano si trovano a vivere all'indomani del sequestro e dell'uccisione di Aldo Moro.

Lo scontro politico è aspro in particolare nella storica sede universitaria padovana, dove – in un clima di violenza diffusa che si era acceso a patire dal 1977 – operano i militanti di Autonomia operaia, ispirati nelle loro azioni da alcuni docenti

³ A. BARAVELLI, *Tradurre la legge, testimoniare la cittadinanza. Magistrati e giuristi nel dibattito pubblico italiano sul terrorismo (1975 – 82)*, in R. BRIZZI – G. M. CECI – M. MARCHI – G. PANA VINI – E. TAVIANI (a cura di), *L'Italia del terrorismo: partiti, istituzioni e società*, Carocci, Roma, pp. 127 ss (l'intero saggio, cui si rinvia anche per le successive annotazioni sull'inedito fino ad allora coinvolgimento dell'opinione pubblica nelle vicende giudiziarie, alle pp. 117- 130).

⁴ Messa a punto autorevole è stata G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, pp. 95 – 121. Sul *populismo penale* si prende normalmente avvio da D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme penal*, Paris, Fayard, 2010 e ora più in generale D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea (Punir. Une passion contemporaine)*, Paris, Éd. du Seuil, 2017), Feltrinelli, Milano, 2018.

dello stesso ateneo patavino, e in particolare dall'autorevole filosofo politico Antonio "Toni" Negri. Il 7 aprile 1979, su questi presupposti, dando esecuzione a ventidue ordini di cattura si procede all'arresto di numerosi esponenti dell'area di Autonomia, a Padova ma anche in altre città (Negri era a Milano); un uso massiccio della carcerazione preventiva (strumento tipico della fase successiva...) prosegue anche l'anno seguente, sempre sul presupposto di agire in questo modo direttamente contro le Brigate rosse, decapitandone il vertice.

In contemporanea il procuratore della Repubblica di Roma accusa Negri dell'assassinio di Aldo Moro e poco dopo il docente padovano viene indicato come uno dei telefonisti durante il sequestro (scambiando, come appurato in seguito, la voce di Negri con quella di Mario Moretti). Fallisce il tentativo di unificare i due processi (il "7 aprile" e quello del sequestro Moro) ma si generano due tronconi (a Padova e a Roma) con la progressiva costruzione di un complesso impianto processuale.

Già a tre mesi dal "blitz" padovano, a Roma le accuse sono derubricate ad "associazione eversiva", ma senza nessun collegamento con le BR, cadendo così le imputazioni che fino a quel momento hanno suggestionato l'opinione pubblica, illusi che il terrorismo avesse ricevuto un colpo definitivo. Per altro, l'autorità giudiziaria della capitale (ma non quella padovana) insiste con l'imputazione di insurrezione armata contro i poteri dello Stato (art. 284 c.p.), sanzionabile con l'ergastolo, che per la sua gravità risuona non meno sorprendente dell'originario collegamento con l'azione delle BR. All'inizio del 1980 le deposizioni del brigatista pentito Patrizio Peci faranno cadere definitivamente nei confronti di Negri le accuse di coinvolgimento nel sequestro Moro.

Per il sostituto procuratore Pietro Calogero il condizionamento ideologico dei "professorini", le pubblicazioni del circuito dell'autonomia, e le azioni violente ritenute collegate direttamente ad esse, erano state nel loro complesso indizio sufficiente per inquadrare quella particolare esperienza politica come forma insurrezionale organica rispetto alla pratica militare delle Brigate rosse⁵. Questa la tesi, divenuta "teorema", che avrebbe richiesto dimostrazione. Si era però in una situazione di "guerra civile", questo il ragionamento del PM, ed era ritenuta inattuale una valutazione delle prove "tradizionale"⁶.

Le ipotesi investigative erano già state espresse da Calogero nel 1978 in un'intervista a "Panorama" (23 maggio). La tesi circa l'esistenza di «una centrale nazionale che ispira una strategia eversiva che si basa da una parte sulle lotte clandestine dei brigatisti e dall'altra sulle lotte palesi degli autonomi» era somministrata con assertività al largo pubblico da un giudice, e questo sicuramente rappresentava un cambio di passo –

⁵ Sul nuovo metodo di indagine di Calogero, soprattutto basato sull'esame della produzione "cartacea" della galassia extraparlamentare, cfr. R. COLOZZA, *L'affaire 7 aprile*, cit., pp. 4 ss.

⁶ L'identificazione di quel particolare periodo della storia repubblicana, caratterizzato dalle azioni di terrorismo politico "combattente", come "guerra civile" è assai controversa; molta la bibliografia, ad esempio M. LAZAR, *Gli anni di piombo: una guerra civile?*, in M. LAZAR – M.A. MATARD-BONUCCI, *Il libro degli anni di piombo. Storia e memoria del terrorismo italiano*, Rizzoli, Milano, pp. 157 - 173. Sulla fase risolutiva della "guerra", fondamentale M. GALFRÈ, *La guerra è finita. L'Italia e l'uscita dal terrorismo 1908 – 1987*, Laterza, Roma – Bari, 2014.

seppur iniziale – nel rapporto della magistratura con la pubblica opinione⁷. Era stato poi proprio il ritrovamento del corpo di Moro a rilanciare sulle testate nazionali le teorie di Calogero⁸.

D'altronde, il fenomeno terroristico avviato negli anni '70 nel suo complesso rispondeva anche a una nuova tendenza alla esposizione mediatica. Come è stato autorevolmente evidenziato, «*in un'incipiente società dello spettacolo, i brigatisti erano decisi ad impiegare la comunicazione come un'arma*». Già in occasione del loro primo rapimento politico, quello del dirigente della Sit Siemens Idalgo Macchiarini (il 3 marzo 1972, per poco più di un'ora) si preoccuparono di fotografare la vittima con un cartello al collo e ben due pistole puntate al volto⁹. Per non dire delle foto di Moro immortalato nel carcere del popolo, delle sue lettere e infine della Renault col portellone aperto in favore di telecamere e macchine fotografiche parcheggiata in via Caetani, del suo corpo esposto: immagini penetrate in profondità nei sentimenti condivisi degli italiani, per rimanervi fino a oggi.

Le posizioni di Calogero erano asseverate da una specifica attenzione (e sostanziale adesione) da parte del Partito comunista italiano, avversario elettivo degli esponenti di Autonomia, e inoltre dalla stessa autorevolezza di Calogero anche presso gli ambienti democratici per il suo ruolo nell'individuazione della pista "nera" nella strage di Piazza Fontana, e per le indagini sulla ricostituzione del partito fascista a carico di esponenti padovani del Fronte della Gioventù¹⁰. Il processo "7 aprile", come d'altronde già era avvenuto a seguito della strage di piazza Fontana, avrebbe avuto ripercussioni su Magistratura democratica, anche perché suoi aderenti erano sui due fronti contrapposti nella stessa inchiesta¹¹. Anche questa volta fu coinvolto il CSM nella sua funzione disciplinare contro presunti fiancheggiamenti, ma senza esiti.

Nello specifico da parte del PCI erano superate le tradizionali prevenzioni contro forze dell'ordine e magistratura fino a strutturare forme di interlocuzione stretta¹².

La "svolta" si era già consumata nel 1973, quando nel Comitato centrale del 10 febbraio il segretario del PCI Enrico Berlinguer aveva schierato il partito nella «*lotta senza esitazioni e senza concessioni (...) verso gli atti sconsiderati e contro le impostazioni politiche di gruppi estremisti cosiddetti di sinistra*». La morte di Giangiacomo Feltrinelli prima (14 maggio 1972), e l'omicidio del commissario Calabresi poi (17 maggio 1972), erano stati la dimostrazione di una deriva militare che avrebbe portato «*grave danno alle lotte operaie e popolari e alla causa della democrazia*». Lungo lo stesso 1973 da una parte vi sarebbero stati i primi sequestri di persona delle BR a Torino (l'anno prima vi era stato il già

⁷ L'altra intervista di Calogero, in cui il PM afferma la sussistenza di una direzione unica che avrebbe organizzato l'attività eversiva in Italia, è quella al "Corriere della sera" del 6 luglio 1979.

⁸ R. COLOZZA, *L'affaire 7 aprile*, cit., p. 18.

⁹ S. LUZZATTO, *Dolore e furore*, cit., pp. 184 – 185.

¹⁰ G. PALOMBARINI, *Il processo 7 aprile nei ricordi del giudice istruttore*, Il Poligrafo, Padova, 2014, pp. 12 – 17; R. COLOZZA, *L'affaire 7 aprile*, cit., pp. 5 - 6. Sul contributo di Calogero alle indagini per la strage di piazza Fontana, B. TOBAGI, *Piazza Fontana. Il processo impossibile*, Einaudi, Torino, 2019, pp. 167 – 170 e *passim*.

¹¹ G. PALOMBARINI, *Giudici a sinistra. I 36 anni della storia di magistratura democratica: una proposta per una nuova politica della giustizia*, ESI, Napoli, 2020, pp.157 ss.

¹² R. COLOZZA, *L'affaire 7 aprile*, cit., p. 20 e *passim*.

ricordato sequestro Macchiarini), e dall'altra si sarebbe affermata la berlingueriana «*via democratica al socialismo*» (il “governismo” del PCI), che avrebbe condotto alla scelta del “compromesso storico”¹³.

Nel frattempo, attraverso un dialogo diretto con la stampa Calogero si proponeva sinceramente come interprete di una amministrazione della giustizia in stato di eccezione, da una parte evolutiva rispetto alla paludata tradizione giudiziaria italiana, dall'altra suppletiva rispetto a un potere politico che sembrava inane rispetto al fenomeno terroristico, come la detenzione e l'omicidio Moro avevano dimostrato.

In termini periodizzanti, quello che qui interessa è però il rapporto dialettico che si venne a creare tra il sostituto procuratore Calogero, e il giudice istruttore competente, in questo caso Giovanni Palombarini. Questi, giudice istruttore a Padova dal 1975 al 1990, era storico esponente di Magistratura Democratica, e anzi ne sarebbe divenuto presidente dal 1986 al 1990¹⁴.

I contrasti tra i due si verificarono subito circa i titoli di reato contestati. Calogero instava per la “banda armata” e non per la sola “associazione sovversiva”, come invece riteneva opportuno Palombarini, che per altro dubitava per alcuni imputati anche della configurazione di questo secondo delitto¹⁵. Il tema era l'utilizzazione delle prove testimoniali (in alcuni casi generiche e puramente valutative) e la configurabilità del passaggio di Autonomia dalla dimensione ideologica e teorizzante alla realizzazione di un effettivo programma eversivo. Il giudice istruttore negò una serie di mandati di cattura. Il PM reagì appellando la decisione dell'ufficio istruzione padovano e poi quella conforme della sezione istruttoria veneziana (che però in seguito si sarebbe sistematicamente pronunciata in linea con le richieste di Calogero), prevalendo infine in Cassazione. Le successive tappe processuali si dipanarono secondo questa profonda linea di contrasto.

Omettendo i pur significativi passaggi intermedi, la sentenza in Corte d'Assise del troncone padovano arrivò il 30 gennaio 1986. Calogero, in requisitoria, aveva insistito – implicitamente critico con l'impostazione dei giudici istruttori (dunque contro Palombarini) – che non avevano voluto riconoscere il contenuto, da lui supposto

¹³ A. NOCCARATO, *Difendere la democrazia. Il PCI contro la lotta armata*, Carocci, Roma, 2015, pp. 62 – 70. Il 12 ottobre 1973, sul settimanale “Rinascita”, Enrico Berlinguer scrive: «Sarebbe del tutto illusorio pensare che, anche se i partiti della sinistra raggiungessero il 51 per cento dei voti e della rappresentanza parlamentare (cosa che segnerebbe, di per sé, un grande passo avanti nei rapporti di forza tra i partiti in Italia) questo fatto da solo garantirebbe la sopravvivenza di un governo che fosse espressione di quel 51 per cento. Ecco perché noi parliamo non di alternativa di sinistra, ma di una alternativa democratica, e cioè della prospettiva di una collaborazione e di una intesa delle forze popolari di ispirazione comunista e socialista con le forze popolari di ispirazione cattolica, oltre che con formazioni di altro orientamento democratico. (...) La gravità dei problemi del paese, le minacce sempre incombenti di avventure reazionarie e la necessità di aprire finalmente alla nazione una sicura via di sviluppo economico, di rinnovamento sociale e di progresso democratico rendono sempre più urgente e maturo che si giunga a quello che può essere definito il nuovo grande “compromesso storico” tra le forze che raccolgono e rappresentano la grande maggioranza del popolo italiano». Il testo integrale, insieme agli altri articoli in sostanza sul medesimo tema pubblicati tra settembre e ottobre 1973, sono disponibili in <https://www.enricoberlinguer.it/enrico/le-idee/il-compromesso-storico/>.

¹⁴ Vari gli scritti di Palombarini anche sul “7 aprile”; da ultimo, già citato e cui si rimanda una volta per tutte, G. PALOMBARINI, *Il processo 7 aprile*, cit.

¹⁵ *Ivi*, pp. 28 ss.

probatorio, di fatti e documenti, quando pure ci si trovava in una situazione in cui «le strutture di difesa dello Stato sono arretrate»¹⁶.

Da un lato si ebbero una serie di condanne per fatti, anche molto gravi, specifici; dall'altra si escluse l'esistenza di un'associazione sovversiva e meno che mai di una banda armata con una serie di assoluzioni, anche di imputati che avevano scontato una lunga carcerazione preventiva¹⁷. Come ricorda oggi lo stesso Palombarini:

«Questa decisione per l'opinione pubblica abituata da anni ad avere un'informazione in tutt'altra direzione, fu clamorosa. La parabola delle accuse iniziava a scendere, e i commenti furono contrastanti»¹⁸

Nel 1988, la Corte d'Assise di appello Venezia avrebbe confermato.

Va sottolineato come la posizione della stampa, anche quella di partito ("l'Unità" e "Paese sera"), si fosse schierata per la colpevolezza degli imputati sull'onda delle tesi, e delle ricostruzioni, della pubblica accusa, come era stato nel caso di Valpreda un decennio prima per l'altro processo "periodizzante", quello per la strage di piazza Fontana¹⁹. Questo in sintonia con l'opinione pubblica maggioritaria, quando pure proprio a ridosso del 7 aprile un ampio gruppo di intellettuali (da Stefano Rodotà, a Guido Neppi Modona per rimanere nel mondo della cultura giuridica, ma poi Sciascia, Moravia, Volponi, Eco e poi Cacciari, Vattimo, Geymonat, Marramao, Abruzzese e così via) aveva invocato una corretta valutazione delle prove nello spirito garantista della Costituzione (*Appello ai giudici del caso Negri*, pubblicato in "la Repubblica" il 15 settembre 1979). L'Unità il 18 settembre 1979 aveva replicato subito in modo significativo, definendo l'appello "un documento ambiguo"²⁰:

«Siamo garantisti, anche se sappiamo che il neogarantismo è proclamato e teorizzato come uno strumento diretto più che a difendere la libertà, a colpire il nostro partito, la sua forza, la sua consistenza elettorale»²¹

Era l'interpretazione data da Berlinguer al fenomeno terroristico al XV Congresso nazionale del PCI (Roma, 30 marzo – 3 aprile 1979): il terrorismo tendeva a vanificare la vittoria elettorale del PCI del 20 giugno 1976. La parola d'ordine era «scoprire, denunciare e sgominare i terroristi e i criminali»²². D'altronde su questo terreno era fresco un ricordo tragico: l'uccisione a Genova del sindacalista comunista Guido Rossa (24 gennaio 1979), che sarà da questo punto vista cruciale, anche per la sua forza simbolica. Qui il terrorismo rosso troverà il fattore determinante della propria sconfitta.

Quella in allora definita "sinistra storica" confermava implicitamente la "linea della fermezza" tenuta con enorme sofferenza sul sequestro Moro; mancava certo la previsione di una trasformazione profonda della forma partito e del contesto politico, che sarebbe giunta di lì a poco.

¹⁶ Ivi, pp. 47 – 50.

¹⁷ Su quest'ultimo tema, assai spinoso, esplicitamente critico un richiamo proprio in ivi, p. 76.

¹⁸ Ivi, p. 49.

¹⁹ Sulla difesa dei giudici da parte de "L'Unità" nei giorni successivi al 7 aprile 1979, e sulla posizione del PCI, A. Noccarato, *Difendere la democrazia*, cit., pp. 195 – 210.

²⁰ Ivi, pp. 217 – 221.

²¹ Il passo è riportato in G. Palombarini, *Il processo 7 aprile*, cit., p. 55.

²² A. NOCCARATO, *Difendere la democrazia*, cit., pp. 188 – 191.

Negli anni immediatamente successivi il tema del garantismo continuò ad impegnare, e lacerare, la sinistra. Nel 1982, all'interno di un convegno sul terrorismo organizzato da Magistratura democratica, intervennero sul punto Luciano Violante, ex magistrato ma allora esponente del PCI, e Massimo Cacciari. Violante in sostanza invitava – e con ciò in qualche modo confermando la linea del partito, se pure con minore sicurezza – a evitare in tema di garantismo posizioni aprioristiche, confutando una visione improntata alla “autonomia del giuridico”, quando invece quella dimensione era determinata da fattori contingenti e le scelte relative dovevano «mantenere una propria capacità di direzione della vita sociale. L'intervento giuridico è garantista quando riesce a garantire la libertà, non se ed in quanto obbedisca a modelli aprioristici»²³.

Cacciari aderiva all'impostazione di Violante, smussando la sua posizione di qualche anno prima (seppur rimanendo nettamente schierato contro il “teorema Calogero”). Se la premessa era che «tutti leggiamo Beccaria (...), tutti veniamo da lì o abbiamo quei valori comuni», ciò nonostante, era necessario pensare a un «nuovo garantismo» («è necessario disincantare e dinamizzare le nostre categorie»)²⁴.

Infine, sul piano processuale, con la pronuncia della Cassazione del 1988 il “7 aprile” – troncone padovano – si chiudeva definitivamente con l'assoluzione di Negri. Egli sarebbe stato condannato a Roma in I grado a trent'anni di reclusione (e interdetto dall'insegnamento) per associazione sovversiva portata avanti dall'organizzazione milanese “Rosso” e come ideatore e mandante della rapina di Argelato (conclusasi in modo tragico). In II grado furono confermate responsabilità penali specifiche (Argelato, in particolare) e la condanna fu ridotta a dodici anni, compresa la misura interdittiva perpetua. Fu però sancita l'assoluzione sull'ipotesi principale: non vi era stata alcuna insurrezione armata contro i poteri dello Stato. Anche qui la Cassazione confermò e chiuse nel 1988²⁵.

Era evaporato completamente il “teorema” della procura padovana: il nesso con le BR. Si era trattato del fulcro mediatico di tutta la vicenda Calogero/Negri. Le telefonate alla famiglia Moro inizialmente addebitate a Negri erano state allegate (in flexi-vinile a 33 giri) a un numero de “l'Espresso” sotto lo slogan «fate voi la perizia fonica». La “visibilità” di Calogero, mutuata dalla stampa e in gran parte marcata dalla sua ipotesi di Negri capo delle BR, entrò in crisi definitiva quando divennero di dominio pubblico le indebite pressioni sul dirigente delle BR, ormai pentito e collaborante, Patrizio Peci che negava decisamente qualsiasi contatto tra le BR e Negri²⁶.

²³ E ancora: «Il diritto penale di una società con il terrorismo è un diritto penale diverso da quello di una società senza terrorismo; il diritto di una società con mafia è un diritto penale diverso da quello di una società senza mafia» L. VIOLANTE, *Il terrorismo tra interpretazione e repressione*, in AA.VV (a cura di Magistratura Democratica), *La magistratura di fronte al terrorismo di sinistra*, Franco Angeli, Milano, p. 119.

²⁴ M. CACCIARI, *Complessità del fenomeno terroristico ed astrazioni giudiziarie*, in AA.VV (a cura di Magistratura Democratica), *La magistratura di fronte al terrorismo di sinistra*, cit., p. 123.

²⁵ A. NOCCARATO, *Violenze, eversione e terrorismo del partito armato a Padova. Le sentenze contro Potere Operaio, Autonomia Operaia organizzata e Collettivi Politici veneti*, CLEUP, Padova, 2008, pp. 48 – 57 (circa la rapina di Argelato), 205 – 209, 285, e *passim*.

²⁶ Calogero, e il collega Vittorio Borraccetti, incontrano il pentito il 6 maggio 1980. Il passo dell'interrogatorio è riportato in R. COLOZZA, *L'affaire 7 aprile*, cit., p. 98: «L'Ufficio fa presente al Peci che se nel corso di questa

Si trattava di una nemesi. Un processo, un *affaire*, che aveva subito un'esposizione mediatica inedita, e prese di posizione sommarie, si era di fatto arenato – rispetto ai suoi presupposti – sulle pagine di quotidiani e rotocalchi. Il populismo giudiziario, che aveva iniziato a mostrare le sue forme in occasione del processo per l'attentato di piazza Fontana e le accuse a Pietro Valpreda, si consolidava perché stavolta il "teorema" giudiziario si impersonava in una singola figura di giudice. La vicenda sarebbe confluita nel processo *monstre* Rosso-Tobagi, «*maxiprocesso per eccellenza dell'eversione di sinistra*»²⁷; anzi, proprio il processo per l'omicidio di Walter Tobagi, e la condanna fortemente attenuata a carico di Marco Barbone, acquisterà una vastissima risonanza mediatica e conseguenze politiche pesantissime, tanto da farne un processo – a sua volta – "periodizzante". Gli esiti ultimi arriveranno fino all'intervento del Presidente della Repubblica Francesco Cossiga contro il CSM del 1985, aprendo – chiusa quella dell'emergenza – la fase dello *scontro* tra magistratura e partiti²⁸.

Certo, non può essere dimenticato il contesto tragico, e gli attacchi che soprattutto la magistratura aveva nel frattempo subito, anche nei vertici del suo governo autonomo. Il 12 febbraio 1980 era stato ucciso il vicepresidente del CSM Vittorio Bachelet²⁹.

3. Processo, storia orale e verità mediatica.

Il processo "7 aprile" era diventato dunque un caso di cronaca giudiziaria su cui l'opinione pubblica – ma anche la cultura giuridica togata, e pure quella accademica – si

o di altra istruttoria risultassero provati contatti ulteriori del Negri con le B.R., fino ad epoca attuale, sarebbe legittimo porre in dubbio l'attendibilità di una parte rilevante delle dichiarazioni già da lui rese, poiché non sarebbe verosimile che egli, per il ruolo rivestito nell'organizzazione, non ne fosse venuto a conoscenza; e potrebbero risultare pregiudicati i vantaggi che dalle confessioni rese egli può attendersi». In precedenza, sul punto, in relazione a quanto riportato da Marco Boato (firmatario della prima proposta di legge sui dissociati), anche M. GALFRÈ, *La guerra è finita*, cit., pp. 95 – 96. Significativo come ancora di recente Borraccetti – intervistato (in quanto esponente "storico" di MD) da Valeria Fazio (già Procuratore della repubblica a Genova) in occasione di un corso sulla storia della magistratura presso la Scuola superiore della magistratura – abbia ricordato: «il periodo di cui stiamo parlando (gli anni '70 ed '80) è anche la fase storica caratterizzata dal terrorismo e delle prime grandi indagini sulle organizzazioni mafiose: si è trattato di istruttorie e di processi segnati da una forte pressione dell'opinione pubblica e delle strutture dello Stato a difesa della sicurezza pubblica; è innegabile che la domanda di efficacia repressiva abbia in più occasioni sottoposto a tensioni la questione delle garanzie degli indagati e degli imputati»; in *Questione giustizia*, 12/10/2022, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/md-le-sue-vicende-intervista-a-vittorio-borraccetti>.

²⁷ M. GALFRÈ, *La guerra è finita*, cit., p. 95.

²⁸ Sula "caso Tobagi", e per testimonianza diretta, A. SPATARO, *Ne valeva la pena. Storia di terrorismi e mafie, di segreti di stato e di giustizia offesa*, Laterza, Roma - Bari, 2010, pp. 77 – 102.

²⁹ Su questa fase della storia della magistratura innanzi tutto A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 321 – 351, ed E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma – Bari, 2018, *passim*. Per una lettura che è presupposto di queste pagine, R. FERRANTE, *Tra Gardone e via Fani. Ideologie della giurisdizione tra associazionismo dei magistrati e storia politica del paese*, in *Historia et Ius*, 22/2022 – paper 20, pp. 1-28, http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/ferrante_22.pdf (pubblicato anche in *Questione giustizia*, 25.11.2022, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/tra-gardone-e-via-fani>).

era divisa, assurgendo al rango di *affaire*³⁰; la medesima categoria, d'altronde, è stata usata da Leonardo Sciascia proprio per il caso Moro³¹. Al netto delle profonde diversità dei protagonisti coinvolti, per tradizione negli *affaires*, tra accusatore ed accusato, a un certo punto le parti si invertono. E comunque nel caso del "7 aprile" si è generata una frattura interpretativa che ha attraversato e attraversa la stessa storiografia, che in parte non insignificante in sostanza ha accettato l'ipotesi "continuista", tra Autonomia e terrorismo, proposta da Calogero³².

Qui va solo sottolineato un uso particolare delle fonti giudiziarie compiuto da questa storiografia, scegliendo in specie le requisitorie dei PM e forse non rendendo sufficientemente chiaro quanto questa documentazione processuale esprima una fase soltanto nel progressivo accertamento della verità giudiziale, quanto – cioè – sia un atto di parte e vada valutato in quanto tale, al di là del fondamentale lavoro investigativo che lo presuppone. Per il giurista-storico, casomai, dato maggiormente rilevante è appunto il giudicato, che per altro, notoriamente, esprime una verità solo *processuale*. Si tratta di una narrativa meno unilaterale e comprensibilmente meno fascinosa per il cronista e per lo storico *tout court*. È, però, un'*impasse* problematico, quello della prevalenza "culturale" della pubblica accusa nella ricostruzione di una fase cruciale, e in definitiva lunga, della storia italiana³³. La storia dei fenomeni devianti non può essere, infatti, esclusivamente la storia ricostruita dalle procure; questo è certo.

Va innanzi tutto considerato che davanti al quesito posto da Marc Bloch allo storico di mestiere, «*giudicare o comprendere?*», l'indicazione del maestro francese è stata, e rimane, inequivoca, *comprendere*, avendo un compito diverso rispetto al giudice di mestiere³⁴; una presa di posizione resa limpida dalla scelta, invece, della militanza come cittadino, che con la sua morte tragica per mano nazista ancora oggi Bloch ci testimonia.

Lucien Febvre, chiedendosi appunto «*histoire ou réquisitoire?*», gli avrebbe in sostanza fatto eco:

«Non, l'historien n'est pas un juge. Pas même un juge d'instruction. L'histoire, ce n'est pas juger, c'est comprendre – et faire comprendre. Ne nous laissons pas de le répéter»³⁵

³⁰ Così il già ricordato R. COLOZZA, *L'affaire 7 aprile*, cit.

³¹ Si intende in particolare L. SCIASCIA, *L'affaire Moro*, Sellerio, Palermo, 1978.

³² A. VENTURA, *Per una storia del terrorismo italiano*, Donzelli, Roma, 2010, p. 90 - 92. Angelo Ventura, per altro schierato apertamente sulle posizioni di Calogero con un articolo sul "Corriere della sera", subì il 26 settembre 1979 un ferimento ad opera del Fronte comunista combattente; A. NOCCARATO, *Violenze, eversione e terrorismo del partito armato a Padova*, cit., pp. 161 – 165; R. COLOZZA, *L'affaire 7 aprile*, pp. 56 – 57. Per alcuni versi comprensibilmente, il tentativo di una «storia del presente» portato avanti da Ventura agli inizi degli anni '80, e poi proseguito da Carlo Fumian – ampiamente testimoniato in Ventura, A. (2010) – risulta per larghi tratti fortemente "valutativo" e in qualche misura – a modesto parere di chi scrive – ridimensionandone, nonostante la grande messe di dati, il valore. Sul "comprendere" o "giudicare" in storiografia, cfr. *infra*.

³³ Ampio, per altro, l'uso delle sentenze e anche delle pronunce della Cassazione in A. NOCCARATO, *Violenze, eversione e terrorismo del partito armato a Padova*, cit., dunque assai utile anche se piuttosto orientato a confermare la linea Calogero e polemico sui «luoghi comuni degli amici dei terroristi».

³⁴ M. BLOCH, *Apologia della storia o Mestiere dello storico* (*Apologie pour l'histoire ou Métier d'historien*, Paris, 1993; I ed. Paris, Armand Colin, 1949), Einaudi, Torino, 2009, pp. 104 – 108.

³⁵ L. FEBVRE, *Histoire ou réquisitoire?*, in *Annales d'histoire économique et sociale*, 1936 (jul. 31), t. 8, n. 40, p. 395.

Inoltre, appare qui interessante un'altra distinzione fatta da Bloch, che per altro evoca proprio la figura dello storico/giudice istruttore, ma sotto un profilo differente, quello delle fonti di prova. Lo storico – afferma – può in effetti avere un ruolo «*exactly comparable à celui d'un juge d'instruction*», ma di fronte alle “testimonianze” vanno distinte «*deux grandes classes de documents: les témoignages volontaires (littérature, narrative, rapports officiels, etc.) et ceux qui, ayant été établis dans un tout autre dessein que de nous renseigner, ne nous en instruisent pas moins, en quelque sorte malgré eux, d'une façon souvent particulièrement efficace: véritables indices, en somme, au sens judiciaire du mot*»³⁶

E dunque, «è nella seconda categoria di testimonianze, è nei testimoni loro malgrado che la ricerca storica nel corso dei suoi progressi, è stata indotta a riporre sempre maggiore fiducia»³⁷.

Per contro, le requisitorie dei pubblici ministeri (e in genere la produzione “narrativa” della pubblica accusa), con la loro istituzionale e formale volontà di convincere, e sullo stesso piano delle arringhe della difesa, sono un esempio lampante di “testimoniaza volontaria”, e come tali vanno valutate dallo storico dei fenomeni giuridici. Non utili in modo definitivo per la ricostruzione dei dati fattuali, sono certamente interessanti per individuare però la “ideologia della giurisdizione” che le sorregge.

È poi stato sollevato, più recentemente e proprio in relazione al processo “7 aprile” – certo al di fuori del dibattito della scienza processual-penalistica sul tema delle prove, e dei loro standard – il tema del valore delle “fonti orali”, partendo dall'idea che «il processo 7 aprile è anche un lavoro storiografico, sia perché fra gli eventi e il giudizio intercorre un tempo lungo e attraversato da profondi mutamenti culturali e politici, sia perché l'intenzione esplicita degli inquirenti non è stata solo indagare su singoli fatti criminosi ma di ricostruire e interpretare un movimento e un periodo. Questi sono compiti storiografici; è giusto che chi se li assume sia valutato anche da questo punto di vista»³⁸

Ringrazio per la segnalazione di questo scritto, e del successivo di Bloch, Jacopo Della Torre.

³⁶ M. BLOCH, *Une introduction à la recherche historique*, in *Annales d'histoire économique et sociale*, 1936 (jan. 31), t. 8, n. 37, p. 51.

³⁷ M. BLOCH, *Apologia della storia*, cit., p. 49. «È curioso constatare quanto le persone estranee al nostro lavoro misurino solo in parte l'ampiezza di queste possibilità. Il fatto è che continuano a rimanere legate a un'idea superata della nostra scienza: quella del tempo in cui nessuno sapeva leggere altro che le testimonianze volontarie»; ivi, p. 52. «In Saint-Simon, che cosa scopriamo di più istruttivo? Le sue informazioni, spesso inventate di sana pianta, sugli avvenimenti del regno? Oppure la luce sorprendente che i *Mémoires* gettano sulla mentalità d'un gran signore alla corte del Re Sole? Fra le vite dei santi dell'alto Medioevo, i tre quarti almeno non riescono ad insegnarci alcunché di solido sui pii personaggi dei quali hanno la pretesa di descriverci la sorte. Interrogiamole invece sui modi di vivere e di pensare, tutte cose che l'agiografia non aveva il minimo intento di esporci. Le troveremo d'un valore inestimabile»; ivi, pp. 50 – 51.

³⁸ A. Portelli, *La forma orale della legge: il processo 7 aprile e la storia*, in ID., *Storie orali. Racconto, immaginazione, dialogo*, Donzelli, Roma, 2007, p. 375. Ancora: «I magistrati non sono stati del tutto privi dell'assistenza di storici di mestiere. Angelo Ventura (lui stesso vittima di violenze gravi da parte degli autonomi padovani) delinea, a indagine in corso, alcuni punti fermi dell'ipotesi storiografica degli inquirenti: l'estensione del termine “terrorismo” a ogni atto di violenza, su persone come su cose, dal picchetto duro all'assassinio; l'interpretazione del terrorismo così definito come complotto; la certezza di quello che nella sua istruttoria Calogero definirà “parzialità e complementarità” delle lotte di Potere Operaio, Autonomia Operaia Organizzata e Brigate Rosse, Unità del loro disegno strategico», *ibid.*

È la sottolineatura già fatta da Ferrajoli nel 1983³⁹. Infatti la cultura giuridica togata ha quasi da subito riconosciuto che il provvedimento di arresto del 7 aprile 1979 era motivato non addebitando ai singoli episodi specifici, «bensì [tracciando] la “storia” di alcuni gruppi politici o militari, [stabilendo] collegamenti o identificazioni...»⁴⁰. D'altronde è in questa fase che si incominciava a parlare di grandi processi di “ricostruzione storica”, cosa che non sempre – quanto meno visto *a posteriori* – li connotava positivamente (ad esempio per la loro lunga durata)⁴¹.

Se dunque l'approccio processuale è “storiografico”, assume rilievo il tema annoso della attendibilità delle fonti orali; tema che fa da *pendant* con la «presunzione di verità che certa storiografia attribuisce alle fonti scritte sancendola col nome di “documenti”. (...) “L'ambiguità semantica delle parole ‘documento’ e ‘prova documentale’” osserva il giurista Luigi Ferrajoli, è tale che per l'accusa (e per molta storiografia) “essi ‘documentano’ i fatti di cui si parla, e non le ideologie e i sogni dei loro autori”. Anche Giovanni Palombarini, nella sentenza di rinvio a giudizio, nota che la requisitoria trascura tanto l'ambiguità intrinseca dello scritto quanto quella, qui evidentissima, della parola politica, “sempre carica di ideologia, spesso di tatticismi, a volte di trionfalismo”».⁴²

Dunque, Calogero, dopo aver insistito sul ruolo puramente accessorio delle dichiarazioni dei “pentiti”, e sulla prudenza necessaria nel loro utilizzo, si sarebbe trovato a dover «suffragare un'ipotesi storiografica, costruita su fonti scritte attraverso un processo basato su testimonianze orali. Si trovava nell'imbarazzante posizione di storico orale riluttante»⁴³. Come è stato chiaro alla cultura giuridica togata più sensibile, quasi fin da subito, «il “7 aprile è stato, dunque, un processo di storia e di politica fatta da chi non era adatto ad adoperare gli strumenti dell'indagine storico-politica”»⁴⁴.

In effetti gli storici orali hanno costruito «un apparato metodologico e concettuale»⁴⁵ (pensiamo al tema della “testimonianza”) di cui probabilmente la scienza del processo, e poi soprattutto la prassi giudiziaria, dovrebbero tenere in speciale ed esplicito conto. Su questa base, in punto di metodo storiografico si è sostenuto che «l'errore metodologico dell'inchiesta 7 aprile è quello di scambiare racconti per testimonianze. Si incontrano

³⁹ «Le due requisitorie e le due ordinanze di rinvio a giudizio di Roma e di Padova – in totale 3.674 pagine – assomigliano molto di più a voluminose storie di un pezzo di estrema sinistra italiana che non a dei comuni atti giudiziari. Già questa circostanza segnala una singolarità del tutto eccezionale di questo processo: non un procedimento diretto ad accertare responsabilità individuali in ordine alla commissione di fatti delittuosi determinati ma piuttosto una megainchiesta storico-politica sulla sovversione italiana dall'oggetto aperto e dai confini indeterminati»; L. FERRAJOLI, *Il caso 7 aprile. Lineamenti di un processo inquisitorio*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983 n. 1, p. 181.

⁴⁰ G. SCARPARI, *La vicenda del “7 aprile”*, in AA.VV. (a cura di Magistratura Democratica), *La magistratura di fronte al terrorismo di sinistra*, cit., p. 45. Su Scarpari, cfr. *infra*.

⁴¹ L. DE RUGGIERO, *I problemi posti dai processi di terrorismo*, in AA.VV. (a cura di Magistratura Democratica), *La magistratura di fronte al terrorismo di sinistra*, cit., p. 32.

⁴² A. PORTELLI, *La forma orale della legge*, cit., p. 377. Il riferimento è a L. FERRAJOLI, *Il caso 7 aprile*, cit. e a G. Palombarini, *Il processo e la storia*, Arsenale, Venezia, p. 50.

⁴³ A. PORTELLI, *La forma orale della legge*, cit., p. 378.

⁴⁴ M. RAMAT, *Le sbarre del 7 aprile*, in *Democrazia e diritto*, 1984 n. 4, p. 159.

⁴⁵ A. PORTELLI, *La forma orale della legge*, cit., p. 381.

continuamente notizie di seconda mano, espressioni come “era opinione generale”, “secondo ciò che sentii dire”, “ne dedussi che”...»⁴⁶

Ciò va tra l'altro inserito in un contesto più ampio e più complesso, come è stato autorevolmente rappresentato in occasione di un processo successivo a quello del “7 aprile”, ma certamente storicamente connesso, quello a carico di Adriano Sofri per l'omicidio del Commissario Luigi Calabresi avvenuto il 17 maggio 1972⁴⁷.

Il fatto è precedente e a sua volta collegato con le indagini per la strage di piazza Fontana (come noto dall'ufficio di Calabresi era precipitato l'anarchico Pinelli, accusato con Valpreda per la bomba alla Banca dell'Agricoltura), ma il processo che porta alla condanna di Adriano Sofri è del 2 maggio 1990; si tratta dunque di una delle ultime istruttorie svolte col vecchio rito inquisitorio.

D'altronde, è stato osservato, studiando la funzione delle “testimonianze” nell'istruttoria del processo “7 aprile”, come i testi a carico “coraggiosi e responsabili” fossero asseriti come credibili, mentre fosse stata messa sistematicamente in dubbio la sincerità e il disinteresse di coloro le cui dichiarazioni non confermavano le accuse⁴⁸. Populismo e personalismo, atteggiamento preconcepito messo a fattore comune con il prevalente sentimento popolare, si alimentavano reciprocamente.

Tipicamente per il processo 7 aprile è stato evocato un *leitmotiv* della cultura giuridica: il sigillo del giudicato penale forniva una “verità processuale”, che naturalmente non coincideva necessariamente con la “verità storica”, affidata alla ricerca di altri soggetti che non i magistrati al momento competenti a promulgare una sentenza sul punto. Per altro «*la verità processuale è una verità performativa, (...) tende ad assimilare a sé la verità storica, se non altro perché gli atti processuali saranno fra le fonti documentarie privilegiate dagli storici futuri*»⁴⁹.

Questa realtà duale entra in crisi definitiva proprio col processo “7 aprile”, in modo inedito nella storia italiana e salve le avvisaglie che si erano già avvertite col processo per la strage di piazza Fontana. Si staglia nettamente una “verità mediatica”⁵⁰.

⁴⁶ Ivi, p. 382. Basti pensare al tema delicatissimo, e molto noto, della corretta valutazione di quanto captato con le intercettazioni telefoniche e poi successivamente trascritto dalla polizia giudiziaria. Ma seguendo ancora le indicazioni della storiografia orale: «*un'affermazione fatta in risposta a una serie di domande – scrive Jan Vansina [Oral tradition, Harmondsworth, Penguin, 1973, p. 29] – va considerata opera di due informatori: l'interrogante e l'interrogato. La testimonianza, infatti, consiste tanto nelle risposte quanto nelle domande*”. La testimonianza giudiziaria, come la registrazione sul campo, è prodotto di un rapporto interpersonale espresso da termini come *inter/vista* e *inter/rogatorio*. Le modalità con cui l'incontro è condotto dal ricercatore o dall'inquirente contribuiscono in modo determinante a dare forma al racconto»; ivi, p. 385.

⁴⁷ C. GINZBURG (1991), che richiama in esordio Calamandrei, P. (1939), parte appunto dalla constatazione che «i rapporti tra storia e diritto sono sempre stati strettissimi. (...) Se la parola “storia” (*historia*) deriva dal linguaggio medico, la capacità argomentativa che essa implica proviene invece dall'ambito giuridico»; p. 8.

⁴⁸ «Gli unici arresti per falsa testimonianza colpiscono testi a difesa; ma anche i pentiti, quando insistono nel negare che Negri fosse il capo delle Brigate Rosse, diventano subito “cosiddetti terroristi pentiti”, protagonisti di un “asserito pentimento” che li rende sospetti di interessata copertura (pp. 730, 733 [dell'istruttoria]). Non è la sincerità che prova l'accusa, ma l'accusa che prova la sincerità»; A. PORTELLI, *La forma orale della legge*, cit., p. 384.

⁴⁹ Ivi, p. 394.

⁵⁰ A questo terzo tipo di verità si fa cenno *ibid.*

È lo stesso inquirente in buona parte a profilare questa terza dimensione. Di fronte allo sfibramento e alla delegittimazione montante delle istituzioni formali, secondo una netta opzione ideologica, il giudice inizia a dialogare direttamente con l'opinione pubblica nel senso più largo del termine, nel cui nome e sotto la denominazione "popolo" in definitiva amministra la giustizia. Qui si forma una verità ante-processuale e le requisitorie sono una fonte documentale a sua volta non poco performativa della futura verità storica.

Con ciò si rivendica un metodo di lavoro su base quasi puramente indiziaria, un non andare troppo per il sottile vista la situazione di emergenza, che genera consenso e consolida con ciò la "verità mediatica"⁵¹. È proprio la cultura giuridica togata a percepire subito il mutamento in atto con gli arresti del "7 aprile".

«Ed è in questa fase che la gestione dell'inchiesta diviene più complessa, presentando caratteri di autentica novità. Infatti, mentre nella sede giudiziaria propria l'indagine viene proseguita con estrema discrezione (...), viene invece contemporaneamente pubblicizzata attraverso l'originale strumento dell'intervista rilasciata alla stampa dallo stesso magistrato inquirente. Qui non si tratta, si badi bene, del riproporsi del tradizionale intreccio magistratura-stampa (...). La novità del rapporto che qui si instaura (...) è data dal fatto che ora è il magistrato che diviene protagonista, che direttamente orienta l'opinione pubblica, che spende una credibilità che nessun giornalista sarebbe mai in grado di vantare. Il giudice è imparziale per definizione, sa cose che nessun altro conosce, è poi, nel caso concreto, un magistrato di provata fede democratica. Logico, quindi che le sue dichiarazioni diventino subito verità ufficiali»⁵²

La terza dimensione della verità connoterà le fasi successive della storia dell'amministrazione della giustizia in Italia nei casi in cui la magistratura inquirente sceglierà di incanalare in questo alveo la propria verità ante-processuale. Il giudicato rischia di divenire fatto ultroneo, misconosciuto, a evidenza pubblica ridotta.

Per altro si era aperta una stagione nuova, anche dal punto di vista della prassi operativa dei PM. L'introduzione nel 1978 dell'art. 165 bis CPP, consentiva un utile scambio di dati processuali fra magistrati di procure diverse, per altro non senza che si avvertissero subito dei rischi.

«Ma ecco il pericolo: che da queste informali riunioni di giudici nascano surrettiziamente dei soggetti politici collettivi, che si caricano, o vengono caricati, di compiti e funzioni di vero e

⁵¹ Annota Giancarlo Scarpari (che è stato procuratore della Repubblica a Padova e presidente della Corte d'Appello di Venezia) tre anni dopo i fatti, nel convegno organizzato da Magistratura Democratica "La magistratura di fronte al terrorismo e all'eversione di sinistra", relativamente alla prima fase delle indagini di Calogero che si chiudono nel 1978: «Colpisce poi (...) questo modo nuovo di procedere basato essenzialmente su ipotesi di lavoro automaticamente tradotte in atti dalla immediata rilevanza penale. Non vi è nulla, ad esempio, che colleghi il comitato di agitazione della facoltà di scienze politiche, legato nei suoi vertici ai collettivi, ai cinque professori incriminati, se non la comune sede di lavoro e l'asserita affinità ideologica, e tuttavia, solo per questo, sono inquisiti tutti insieme sotto l'unica accusa di associazione per delinquere. Si inizia egualmente il procedimento anche nei confronti dei professori e si cercano le prove; nel caso di specie non se ne trovano ed il processo si chiude con la richiesta di proscioglimento. Ma il principio viene affermato, suscita consensi, è destinato a durare» G. SCARPARI, *La vicenda del «7 aprile»*, cit., pp. 40 – 41.

⁵² G. SCARPARI, *La vicenda del «7 aprile»*, cit., pp. 41 – 42; cfr. G. SCARPARI, *Processo a mezzo stampa: il «7 aprile»*, in *Questione giustizia*, 51, 1979, pp. 228 - 292. Sul «processo a mezzo stampa e la cultura del complotto» anche L. FERRAJOLI, *Il caso 7 aprile*, cit. pp. 200 – 204.

proprio indirizzo politico-giudiziario, o addirittura di legislazione tout court, come si è rischiato avvenisse in tema di legislazione sui “pentiti”»⁵³

E, ancora, proprio un settore importante della magistratura aveva riconosciuto da subito che col processo 7 aprile si era di fronte a «l'espressione più grossa della supplenza giudiziaria»⁵⁴; “più grossa” fino ad allora, ovviamente.

Concludendo, non è qui in discussione il livello e il tipo di responsabilità degli imputati, o almeno di alcuni di loro, del processo “7 aprile”. Non si vuole negare che possano essere esistite anche responsabilità morali, o politiche, o addirittura culturali. Responsabilità anche molto gravi, se pure non strettamente penali.

Il tema è se, e come, si sia delineata un'ideologia della giurisdizione secondo cui al PM spettano compiti di ricostruzione storica complessiva, spetta asseverare una verità ante-processuale che diventa comunque da subito verità mediatica revisionabile in modo molto difficoltoso, spetta una funzione di supplenza rispetto a un sistema della giustizia inefficiente se non sorretto da una logica inquisitoria, spetta – per conseguenza estrema – somministrare all'opinione pubblica dati forniti per certi che possono essere fonte di riorientamento politico⁵⁵. La giurisdizione è necessariamente “d'emergenza” e dunque l'imputato è inteso come “nemico”⁵⁶. Queste sembrano essere le condizioni per una torsione verso il populismo giudiziario.

4. Il «grande processo politico indiziario»

Marco Ramat, pur non accedendo ancora al concetto di populismo giudiziario, aveva visto nel “7 aprile” una inopportuna «monumentalizzazione» del terrorismo ad opera dei giudici, ma soprattutto l'affacciarsi della categoria del «grande processo politico indiziario»⁵⁷. Il cortocircuito tra valutazione indiziaria, condizionamento politico e populismo giudiziario in realtà si era manifestata in modo eclatante già in precedenza.

Dopo la strage alla Banca nazionale dell'Agricoltura, il tassista Cornelio Rolandi riferisce alla polizia di aver condotto in taxi in piazza Fontana immediatamente prima

⁵³ L. DE RUGGIERO, *I problemi posti dai processi di terrorismo*, cit., p. 31. Tra il resto, nella sua carriera, De Ruggiero è stato prima sostituto nei processi a Prima linea e per l'omicidio di Emilio Alessandrini, poi giudicante in appello per l'omicidio del commissario Luigi Calabresi; come giudicante in appello civile si è occupato del caso CIR-Fininvest.

⁵⁴ M. RAMAT, *Il grande processo politico indiziario*, in *Democrazia e diritto*, 1979 n. 6, p. 793.

⁵⁵ «L'inquisizione non è solo istruttoria segreta, assenza di difesa ed esclusione del contraddittorio. Essa è ancor prima un metodo d'indagine, una logica, una teoria della conoscenza. Il metodo è precisamente nella formulazione e nella fondazione autoriflessiva delle accuse (o delle ipotesi storiografiche), che non seguono ma precedono le indagini, le orientano e sono esse stesse guida e chiave di lettura dei fatti. La forma logica e argomentativa è quella del ragionamento circolare e della petizione di principio. Il risultato è l'infalsificabilità preordinata delle accuse. Infine, dato il suo andamento tautologico non disponibile né alla verifica né alla confutazione empirica, l'inquisizione si configura come un modello investigativo contrassegnato da uno specifico oggetto processuale: non i reati ma il reo, non i fatti specifici ma la personalità stessa – morale, intellettuale, politica – dell'imputato»; L. Ferrajoli, *Il caso 7 aprile*, cit., p. 189.

⁵⁶ *Ivi*, p. 195.

⁵⁷ M. RAMAT, *Il grande processo politico indiziario*, in *Democrazia e diritto*, 1979 n. 6, pp. 791 – 808; *Id.*, *Le sbarre del 7 aprile*, in *Democrazia e diritto*, 1984 n. 4, pp. 147 – 163.

dell'attentato un uomo dal fare sospetto. Valpreda, già fermato, e Rolandi, all'insaputa del PM milanese procedente (Ugo Paolillo), vengono portati a Roma davanti al PM Occorsio per il riconoscimento. Ma già a Milano, a Rolandi è fatta vedere una foto «della persona che dovevo riconoscere»⁵⁸.

È piuttosto emblematica la descrizione che Calogero fa della perquisizione della abitazione milanese di Negri, che era avvenuta il 21 marzo 1977: «Alle prime luci dell'alba gli uomini della Digos di Padova trovarono Negri che assieme a Maurizio Bignami, seduto alla macchina da scrivere, ricostruiva le fasi salienti della guerriglia urbana e degli scontri armati con la polizia avvenuti a Bologna e culminati nella morte dello studente Francesco Lorusso (...). Una ricostruzione da "interni" a quella vicenda, sintomatica di un ruolo attivo di direzione dell'Autonomia»⁵⁹.

Il tono è della sorpresa in flagranza di reato, nel momento in cui i due in effetti si limitano a battere a macchina la ricostruzione di avvenimenti tragici (e assai controversi), che per altro erano culminati in una serie di colpi di arma da fuoco sparati da un carabiniere, infine con esiti letali per il giovane militante di Lotta continua (11 marzo 1977). D'altronde Calogero dava principale valore indiziario proprio al lavoro intellettuale e alle pubblicazioni dei «"maestri", i capi, i dirigenti e gli esponenti più autorevoli delle diverse anime del movimento».

«Spiegai ai collaboratori della Digos il significato dei termini più ricorrenti nel linguaggio dei militanti di estrema sinistra (...) e richiamai la loro attenzione sull'importanza che poteva avere, specialmente nelle perquisizioni domiciliari, il rintracciare, anziché un'arma, materiale documentale (manoscritti, comunicati, risoluzioni, programmi politici, giornali e stampati vari). Le armi – precisai – potevano essere rivelatrici, al più, di un ruolo gregario o subalterno del detentore; mentre il documento poteva essere rappresentativo di un suo rango direttivo e svelare importanti vicende e collegamenti organizzativi del gruppo di appartenenza»⁶⁰.

Il lavoro intellettuale come indizio principale. Dal punto di vista mediatico quella attività ritenuta "preliminare" diventava, almeno nella percezione dell'opinione pubblica, una prova. Il giudizio era anticipato e questo suscitava una richiesta di sanzione sommaria, in parte soddisfatta con l'utilizzo massiccio delle misure cautelari, quelle personali in specie.

Nel 1979 era stato il generale Carlo Alberto Dalla Chiesa, in un rapporto al ministro degli interni Virginio Rognoni a prospettare le origini dottrinarie e ideologiche (e universitarie) del fenomeno terroristico: «il teorema di Dalla Chiesa si fondava su una cifra interpretativa generale che potremmo definire come intellettualistica» e, avendo scritto al ministro il 13 marzo, «batteva sul tempo il teorema Calogero»⁶¹. E se il "teorema Calogero"

⁵⁸ La dichiarazione di Rolandi fu raccolta dallo stesso Occorsio; B. TOBAGI, *Piazza Fontana*, cit., pp. 36. Quanto a Paolillo, recentemente scomparso, emblematica – per la esemplare discrezione e cautela – la sua breve intervista nell'immediatezza dei fatti disponibile su RaiPlay: <https://www.raiplaysound.it/audio/2023/05/Piazza-Fontana-racconto-di-una-strage---Parla-il-magistrato-Paolillo-76f22666-bc07-4124-a6ee-6952f0a700f4.html>.

⁵⁹ P. CALOGERO, – C. FUMIAN, – M. SARTORI, *Terrorismo rosso. Dall'autonomia al partito armato*, Laterza, Roma – Bari, 2010, p. 131.

⁶⁰ Ivi, pp. 133 - 134.

⁶¹ S. LUZZATTO, *Dolore e furore*, cit., p. 486. «Secondo Dalla Chiesa, l'intellettualismo era a tal punto un ingrediente

era risultato in fine non dimostrato, il “teorema Dalla Chiesa” aveva ricevuto una – seppur fortunosa – piena conferma. Il 4 aprile 1981 insieme a Mario Moretti fu arrestato a Milano un uomo sul momento identificato per errore con il ricercatissimo Giovanni Senzani, criminologo e ricercatore universitario. Si trattava in realtà di Enrico Fenzi, in effetti fino ad allora sconosciuto agli inquirenti (in realtà già arrestato, processato e poi assolto tra il 1979 e il 1980 in una sorta di “7 aprile” genovese), pur essendo invece noto docente universitario di Letteratura italiana, tutt’ora apprezzato studioso di Dante e Petrarca⁶². Il professore genovese era veramente quello, che il collega padovano, non meno scientificamente stimato, Toni Negri si era dimostrato non essere: uno dei capi delle BR. A coordinare l’operazione era stato questa volta Armando Spataro, il giovane PM che genererà quattro anni dopo aver arrestato Fenzi – in una fase di storia italiana e di storia della giustizia completamente diversa – l’innescò dello scontro tra il Presidente della Repubblica Francesco Cossiga e il CSM (è il caso originato dall’omicidio di Walter Tobagi e dal susseguente processo a carico di Marco Barbone).

Il generale dei Carabinieri – “gemello” di Adolfo Beria di Argentine, secondo l’interpretazione storiografica di Luzzatto – si era mosso sulla medesima lunghezza d’onda di Pietro Calogero, pubblico ministero a Padova. A loro volta Calogero e Dalla Chiesa erano legati da un rapporto diretto con l’opinione pubblica; ricevevano un consenso che si formava intorno alla ritenuta necessità di modi investigativi “emergenziali”.

Nel frattempo, a giugno del 1980 “l’Espresso” aveva riunito in redazione, e a favore di microfono, «*i magistrati che più di tutti si sono occupati di terrorismo*», con lo scopo di fare per la prima volta pubblicamente «*un bilancio del loro lavoro*»: Giancarlo Caselli, Pierluigi Vigna, oltre a Calogero e Spataro⁶³.

Prevale innanzi tutto una lettura più politica che tecnico processuale. Calogero ribadisce la sua lettura di “ambiente”, la necessità di «*afferrare, diciamo così, la cornice ideologica*» del fenomeno terroristico anche sulla base di una sua constatazione da inquirente, in passato, «*sul fronte dell’eversione di destra che era contraddistinto da un’assoluta povertà di caratteri ideologici e da una netta preponderanza invece dei cosiddetti aspetti operativi*». L’eversione di sinistra presenta «*ben maggiore caratura di carattere ideologico*», qui «*si partiva dai concetti per arrivare a un attacco specifico alle istituzioni e alle persone*».

In più adesso il tema era la possibile regia unica delle diverse sigle terroristiche; per Calogero, e in questa chiave di supposto «*coordinamento fra gruppi terroristici*», lo

costitutivo della lotta armata da poter rendere più agevole, al limite, l’identificazione dei terroristi rossi: tanto questi ultimi erano tentati di agire da pensatori, oltreché cospiratori. Esponendo in pubblico, oltreché clandestinamente, le ragioni e gli obiettivi della lotta»; ivi, pp. 258 -259.

⁶² È proprio Fenzi a descrivere nel dettaglio il proprio arresto; in genere cfr. E. FENZI, *Armi e bagagli. Un diario delle Brigate rosse*, Costa e Nolan, Genova, 1987. Sul primo processo a Fenzi, oltre che innanzi tutto S. LUZZATTO, *Dolore e furore*, cit., *passim*, si veda da ultimo la lettura “da magistrato” in P. NARDUCCI, *Genova ’79*, in *Questione giustizia*, 17 ottobre 2023, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/genova-79>.

⁶³ Il «colloquio», intitolato *A nostro modesto giudizio...*, è coordinato dai giornalisti Maurizio De Luca e Franco Giustolisi; “l’Espresso”, n. 25 – anno XXVI – 22 giugno 1980, pp. 30 -47 e 191 -194. “Iconica” la foto che rappresenta i quattro magistrati seduti in redazione: Vigna e Caselli in giacca e cravatta, e Calogero e Spataro informalmente in maniche corte.

stesso sequestro Moro andava letto come «*un tentativo che non esiterei a definire preinsurrezionale*». Ma di fronte alle perplessità, in assenza di riscontri, dei colleghi Vigna e Caselli, il PM padovano arretrava: «*la mia è un'opinione*», e ancora, mettendosi in sintonia con l'opinione pubblica, per ben cinque volte ribadiva «*dico questo come cittadino*» (ergo, non come giudice?). In sostanza si avallava la mitica ipotesi del “grande vecchio” (identificato a un certo punto anche con Toni Negri), che da tempo occupava i giornali, e che nell'intervista Calogero, a differenza dei colleghi, non respinge esplicitamente⁶⁴. È Caselli ad essere lapidario: «*qui veramente entriamo in un campo che esula da quello in cui un magistrato deve rimanere, cioè quello dei fatti concreti*».

Il processo “7 aprile” risulta dunque sotto vari aspetti periodizzante. Si è già visto come la storiografia vi veda oggi l'esordio del populismo giudiziario. Ma vi è stato chi ha percepito da subito le linee della svolta. Già nel 1983 Ferrajoli – ricordiamolo una volta di più: proviene dalle fila della magistratura – annotava:

«Chi domani vorrà fare una storia del processo penale nel nostro paese – non una storia delle leggi, ma una storia delle prassi giudiziarie – non potrà non dedicare un capitolo al ruolo accusatorio assunto, soprattutto negli anni Settanta da una nuova istituzione politico-inquisitoria: la grande stampa, di partito e non. Dal processo 'Valpreda' al processo '7 aprile', i giornali e la televisione hanno costantemente manifestato una vocazione colpevoliste soprattutto la disponibilità a rendersi megafoni dell'accuse a trasformare i processi in campagne di stampa contro gli imputati. L'immediatezza del giudizio politico di condanna, unitamente ai lunghi anni della carcerazione preventiva, sembrano così surrogare la lentezza delle procedure (...)»

La “crisi della giustizia”, che era emersa nelle istituzioni giudiziarie del secondo dopoguerra, veniva affrontata – secondo Ferrajoli – attraverso la «*individuazione degli imputati sulla base della loro corrispondenza a “tipi politici d'autore”*». Si era manifestata una innovazione nelle «*fonti di legittimazione della giurisdizione – non più le procedure, ma la partecipazione e il sostegno attivo della pubblica opinione*»⁶⁵.

Infine, ancora una volta era stato Ramat, profetico, a rimarcare guasti che si sarebbero evidenziati successivamente. Le «*smagliature della legalità*» erano avvenute, a suo dire, proprio a causa dell'ingigantimento processuale; un processo siffatto rischiava di essere «*ingiusto*», se non «*impossibile*», perché infine «*consiste in una titanica supplenza giudiziaria. La giustizia non gioca sul suo terreno*»⁶⁶.

Il controllo dell'opinione pubblica sull'attività giudiziaria, avviatosi per la prima volta nella storia nazionale con l'inchiesta e il processo per l'attentato di piazza Fontana, era stato un fenomeno evidentemente evolutivo. A distanza di dieci anni la situazione si era però modificata e quanto al processo “7 aprile”, è possibile qui provvisoriamente chiudere sul tema specifico, proprio con le parole di Ramat: «*Non possiamo dire, io credo,*

⁶⁴ «Io stesso ricordo come cittadino – allora non mi occupavo di questo problema – di aver guardato con meraviglia quando nel 1976 arrestarono Curcio e gli altri cosiddetti capi storici. (...) L'organizzazione avrebbe dovuto finire con loro (...). Il che non è avvenuto. Da qui sul piano logico, io dedurrei che le Brigate rosse non finivano con Curci e Franceschini. Si pone perciò la necessità sul piano investigativo di ricercare quella parte superiore con la quale si identifica il livello politico dell'organizzazione».

⁶⁵ L. FERRAJOLI, *Il caso 7 aprile*, cit., pp. 167 – 168.

⁶⁶ M. RAMAT, *Il grande processo politico indiziario*, cit., p. 794.

che sia un processo controllato dall'opinione pubblica: controllato nel senso giusto, cioè conosciuto in modo da potersene fare un giudizio sensato, ed esprimerlo. La stampa ne è piena; si fanno tavole rotonde: si dicono le più diverse convinzioni; si formano i partiti. Ma tutto ciò è buon "controllo"? Io credo, anche sotto questo profilo, che gran parte del guaio provenga dalla immensità del processo, e in particolare dalla immensità voluta e proclamata fin dell'inizio. In questo non necessario e dannoso mare magnum è impossibile per chiunque seguire un filo logico di orientamento. (...) In più, il processo enorme induce l'opinione pubblica a chiedere alla giustizia quel che non può dare, cioè la verità politica sull'intero terrorismo e su tutto quanto vi sta intorno»⁶⁷

⁶⁷ *Ivi*, p. 803.

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA MESSA ALLA PROVA

Trib. Genova, ord. 21 novembre 2023, Pres. Cascini, est. Crucioli

di Rosa Anna Ruggiero

L'ordinanza con cui il tribunale di Genova rigetta, per mancanza di strutture che rispondano alle prescrizioni della legge, l'istanza dell'imputato di essere inviato ad un centro di giustizia riparativa è in realtà l'occasione per manifestare tutta la diffidenza nei confronti di una disciplina che spezza la tradizionale centralità del processo penale. L'operazione è compiuta attraverso la costruzione di una (discutibile) questione di legittimità che, non potendo essere sollevata perché irrilevante, stante il rigetto della domanda, si traduce in un inutile obiter, di cui l'Autrice mostra la debolezza.

SOMMARIO: 1. Servizi per la giustizia riparativa: a che punto siamo. – 2. Il giudice che “varca le porte” della giustizia riparativa. – 3. I pericoli che impediscono l'invio degli interessati al mediatore. – 4. Una quasi questione di legittimità costituzionale.

1. Servizi per la giustizia riparativa: a che punto siamo.

Che non fosse affatto scontato che la giustizia riparativa, la cui disciplina organica è stata introdotta con il d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (d'ora in avanti, “d. lgs. n. 150”), avrebbe potuto rappresentare sin da subito una praticabile e generalizzata prospettiva di composizione dei conflitti derivanti dai reati era finanche ovvio: è noto come sia stato lo stesso legislatore a prevedere un rinvio dell'efficacia di queste norme di sei mesi dall'entrata in vigore della più generale riforma della giustizia penale (art. 92 comma 2-*bis* d.lgs. n. 150). D'altra parte, come noto, la macchina organizzativa che dovrebbe consentirne il funzionamento si presentava certamente articolata¹ e richiedeva pertanto tempi più dilatati e investimenti, anche finanziari, di una certa importanza: ragione per cui si poteva facilmente mettere in dubbio che – al 30 giugno 2023 (data a partire dalla quale le norme in tema di giustizia riparativa dovrebbero produrre i loro effetti) – il congegno organizzativo sarebbe stato perfettamente funzionante².

Sappiamo che nel frattempo sono stati emanati gli attesi decreti attuativi da parte del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministero del lavoro e delle politiche

¹ Al riguardo, v. per tutti, R. ORLANDI, *Giustizia penale riparativa. Il punto di vista processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 87.

² Non a caso, autorevole dottrina ha posto immediatamente in dubbio l'adeguatezza dei quattro milioni stanziati per sostenere l'apparato della giustizia riparativa: T. PADOVANI, *Riforma Cartabia, intervento sulle pene destinato a ottenere risultati modesti*, in *Guida al dir.*, 2022, n. 41, p. 13.

sociali e con il Ministero dell'università e della ricerca: il primo, relativo alla formazione dei mediatori, anche ai fini del loro inserimento nell'elenco dei mediatori esperti³; il secondo, di istituzione dell'albo dei mediatori esperti⁴. E tuttavia, il processo di costruzione della macchina è ancora in corso e sembra, anzi, andare a rilento: pur essendo stati nominati i sei esperti che compongono – tra gli altri – la conferenza nazionale, presieduta dal ministro della giustizia (o, come prevede l'art. 61 comma 2 d. lgs. n. 150, da un suo delegato), non risultano ancora istituite le conferenze locali che dovranno operare a livello di distretto di corte d'appello e che hanno il compito di individuare gli enti locali presso i quali verranno creati i centri (art. 63 d.lgs. n. 150), ove presteranno i loro servizi i cd. "mediatori esperti".

In questo contesto va letta l'ordinanza in commento, che ha anche avuto eco mediatica⁵, con la quale il tribunale di Genova ha respinto l'istanza avanzata dalla difesa dell'imputato, il quale chiedeva di essere inviato, ai sensi dell'art. 129-bis c.p.p., ad un centro di giustizia riparativa per iniziare il programma⁶. Il rigetto della richiesta viene, almeno in prima battuta, giustificato con la mancanza di centri che rispondano alle prescrizioni stabilite nel d. lgs. n. 150: se è vero, come evidenziato nel provvedimento in esame, che il legislatore ha previsto che quelli già esistenti sul territorio possano continuare ad operare e ad essere impiegati anche per gli effetti della nuova disciplina, l'impiego è tuttavia subordinato ad una ricognizione demandata a conferenze locali, allo stato non ancora istituite⁷. Inoltre, ai fini dell'invio ai centri da parte dell'autorità giudiziaria di coloro che ne facciano richiesta, e della successiva valutazione nel procedimento penale dell'eventuale esito riparativo, è necessario che tali centri si avvalgano di mediatori esperti, la cui formazione e selezione va garantita secondo le indicazioni dettate dalla normativa primaria e secondaria di riferimento. Dal momento che, allo stato, non vi sono mediatori che abbiano potuto seguire il predetto percorso

³ D.m. 9 giugno 2023, *Disciplina delle forme e dei tempi della formazione finalizzata a conseguire la qualificazione di mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa nonché delle modalità di svolgimento e valutazione della prova di ammissione alla formazione ed altresì della prova conclusiva della stessa*, in questa rivista, 12 luglio 2023

⁴ D.m. 9 giugno 2023, *Istituzione presso il Ministero della giustizia dell'elenco dei mediatori esperti in giustizia riparativa. Disciplina dei requisiti per l'iscrizione e la cancellazione dall'elenco, del contributo per l'iscrizione allo stesso, delle cause di incompatibilità, dell'attribuzione della qualificazione di formatore, delle modalità di revisione e vigilanza sull'elenco, ed infine della data a decorrere dalla quale la partecipazione all'attività di formazione costituisce requisito obbligatorio per l'esercizio dell'attività*, in questa rivista, 12 luglio 2023.

⁵ Cfr. G. NEGRI, *Giustizia riparativa in contrasto con la UE*, in *Il sole 24 Ore*, 9 gennaio 2024, p. 34.

⁶ Può essere utile tenere a mente che, nell'art. 42 comma 1 lett. a d.lgs. n. 150 per "giustizia riparativa" si intende «ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore». Il legislatore ha dunque recepito la definizione cd. pura di giustizia riparativa, non includendovi ogni possibile attività riparatoria dell'autore del reato.

⁷ Le conferenze locali, infatti, entro il 30 giugno 2023, avrebbero dovuto procedere alla ricognizione dei servizi di giustizia riparativa in materia penale erogati da soggetti pubblici o privati, convenzionati con il Ministero della giustizia o operanti in virtù di protocolli di intesa con gli uffici giudiziari. Ne avrebbero, quindi, poi dovuto valutare l'esperienza maturata nell'ultimo quinquennio, tenendo conto dei profili degli operatori in servizio per verificare «la coerenza delle prestazioni erogate e dei requisiti posseduti dagli operatori» con quanto richiesto dal d. lgs. n. 150 (art. 92 commi 1 e 2).

formativo e selettivo, non vi sarebbero le condizioni, per l'autorità giudiziaria, per autorizzare lo svolgimento di un programma di *restorative justice*.

Sin qui, si può dire, la decisione adottata può essere condivisa. Vero è che l'art. 93 d. lgs. n. 150 stabilisce che i mediatori che alla data di entrata in vigore del decreto possiedano uno dei requisiti ivi previsti (tra cui rientra l'aver maturato in passato specifiche esperienze⁸) possono chiedere di essere inseriti nell'elenco dei mediatori esperti⁹, previo superamento di una prova selettiva, ma è un fatto che la mancata istituzione delle conferenze locali impedisce la ricognizione dei centri presso cui essi dovrebbero operare. Oltre alla circostanza che non risulta siano state effettuate, ad oggi, le suddette prove selettive di coloro che già svolgessero quel servizio.

Formalmente, quindi, l'ordinanza è inappuntabile: mancando un centro di giustizia riparativa, l'invio non può essere autorizzato. Ciò non toglie che è doveroso trovare quanto prima una soluzione all'attuale stallo, che si traduce di fatto nell'impossibilità di intraprendere un percorso che, qualora concluso col raggiungimento di un esito riparativo, produrrebbe effetti anche sul trattamento sanzionatorio dell'imputato, quando non addirittura sulla procedibilità del reato oggetto di contestazione. Come sappiamo, infatti, il d. lgs. n. 150 ha stabilito che in presenza di esito riparativo, il giudice dovrà dichiarare estinto il reato se esso fosse procedibile a querela, dal momento che l'esito riparativo vale quale remissione tacita della querela (art. 152 comma 3 n. 2 c.p.); per i reati procedibili d'ufficio, qualora riconoscesse l'imputato colpevole, potrà applicare un'attenuante (art. 62 n. 6 c.p.), tenendo conto inoltre di tale esito anche ai fini della commisurazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p.

Va chiarito che non è un buon motivo per negare che questo stallo provochi un pregiudizio alle parti in causa considerare, come fa il tribunale nell'ordinanza in esame, che esisterebbero altri strumenti riparativi a cui l'imputato può fare ricorso: dalle restituzioni al risarcimento prima del giudizio ai fini del riconoscimento dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 6, alla più generica realizzazione di condotte conseguenti al reato, rilevanti ai fini dell'art. 133 c.p. Se è indubbio che tali strumenti siano normativamente previsti e possano essere utilizzati, è altrettanto innegabile che si tratti di meccanismi diversi, con una funzione differente rispetto a quella che anima la giustizia riparativa e

⁸ In particolare, secondo quanto prescrive l'art. 93 comma 1 d.lgs. n. 150, si tratta di:

«a) avere completato una formazione alla giustizia riparativa ed essere in possesso di una esperienza almeno quinquennale, anche a titolo volontario e gratuito, acquisita nel decennio precedente presso soggetti specializzati che erogano servizi di giustizia riparativa, pubblici o privati, convenzionati con il Ministero della giustizia ovvero che operano in virtù di protocolli di intesa con gli uffici giudiziari o altri enti pubblici; b) avere completato una formazione teorica e pratica, seguita da tirocinio, nell'ambito della giustizia riparativa in materia penale, equivalente o superiore a quella prevista dal presente decreto; c) prestare servizio presso i servizi minorili della giustizia o gli uffici di esecuzione penale esterna, avere completato una adeguata formazione alla giustizia riparativa ed essere in possesso di adeguata esperienza almeno quinquennale acquisita in materia nel decennio precedente».

⁹ Va peraltro considerato che, allo stato, tale richiesta può essere presentata, essendo stata pubblicato in data 2 ottobre 2023, il modello di domanda di iscrizione, secondo quanto prescritto dal d.m. 9 giugno 2023 di disciplina dell'elenco dei mediatori esperti.

che non vi sono ragioni per accettare che un'opzione stabilita dalla legge sia di fatto impraticabile. Proprio per questo è auspicabile che ai ritardi della macchina organizzativa si ponga tempestivamente rimedio, anche per evitare il caos che si sta verificando: e cioè che in taluni uffici giudiziari l'accesso alla giustizia riparativa sia, nonostante tutto, consentito, in presenza di protocolli tra uffici giudiziari, ordini degli avvocati e preesistenti centri di giustizia riparativa (secondo il tribunale di Genova «con disposizioni della cui rispondenza al dettato normativo si ha ragione di dubitare»); in altri sia, invece, negato, per le ragioni sin qui ricostruite. Risposte diverse alla medesima domanda, che non possono essere tollerate oltre e su cui sarebbe necessaria una presa di posizione da parte del Ministero della giustizia, allo stato non pervenuta.

Con una recente circolare¹⁰, infatti, il Ministero ha reso solo noto che, mancando i centri di giustizia riparativa, non possono essere intraprese iniziative a cura dell'amministrazione; ma che tuttavia, esperienze di altra natura, fondate su prassi e discipline di settore previgenti al decreto possono continuare ad essere seguite. La circolare sembrerebbe voler confermare che è possibile continuare a praticare la giustizia riparativa per come avveniva prima. Ma evidentemente senza un raccordo e senza un riconoscimento dell'esito riparativo nel procedimento penale, che rappresentano punti qualificanti del d. lgs. n. 150, non si sarebbe compiuto alcun passo avanti rispetto allo *status quo ante*. Una mancata presa in carico del problema delle prassi diverse negli uffici giudiziari, che imporrebbe una convinta mobilitazione di tutti gli operatori del diritto.

2. Il giudice che “varca le porte” della giustizia riparativa.

Non è nel dispositivo, né nella parte in cui il rigetto dell'istanza poggia sulla constatata assenza di centri di giustizia riparativa conformi alle prescrizioni contenute nel d. lgs. n. 150 che l'ordinanza solleva perplessità. Desta, invece, più di qualche dubbio il lungo, inutile e dannoso *obiter* con il quale il tribunale arriva a manifestare dubbi di legittimità costituzionale e di contrarietà a prescrizioni di rango sovranazionale, delle norme relative alla giustizia riparativa.

Ma procediamo con ordine. Il punto di partenza è rappresentato dalla lettura che viene offerta dell'art. 129-*bis* c.p.p. il quale, come sappiamo, prevede che sia l'autorità giudiziaria, anche d'ufficio, a disporre, dopo averle sentite, l'invio delle parti ad un centro di giustizia riparativa. Questo tipo di valutazione poggia, per espressa scelta legislativa, sulla verifica dell'utilità dello svolgimento di un programma per la risoluzione delle questioni derivanti dal fatto per cui si procede e dell'assenza di un pericolo concreto per gli interessati e per l'accertamento dei fatti.

Si tratta di due presupposti la cui interpretazione non è ovvia¹¹. In estrema sintesi possiamo ritenere che il primo presupposto vada inteso nel senso che l'autorità

¹⁰ Ministero della giustizia, circolare n. 6 del 2023.

¹¹ V., per tutti, M. GALLI, *Tra binario riparativo e binario punitivo: i nuovi tracciati della giustizia penale dopo la Riforma “Cartabia”*, in AA. VV., *Efficienza e razionalizzazione delle risorse nel procedimento di primo grado*, a cura di E.M. CATALANO, R.E. KOSTORIS e R. ORLANDI, Giappichelli, 2023, p. 285 s.

giudiziaria procedente disponga l'invio se crede che il programma possa contribuire a superare il conflitto scaturito dal reato e il secondo nel senso che l'autorizzazione vada esclusa, per esempio, di fronte ad una condizione di particolare vulnerabilità della vittima, quando il confronto con il presunto autore del reato potrebbe rischiare di produrre una vittimizzazione secondaria¹², ovvero quando lo svolgimento del programma potrebbe pregiudicare la ricostruzione che del fatto si stia facendo nel procedimento penale¹³.

Si potrebbe osservare che, a fronte di una richiesta congiunta delle parti, ovvero della richiesta di una di esse a cui la controparte acconsenta, la valutazione debba riguardare solo (o quanto meno prevalentemente) il rischio di un pregiudizio per l'accertamento dei fatti¹⁴. L'accordo sulla esperibilità del tentativo di mediazione, infatti, renderebbe se non proprio superfluo, certamente molto più snello il riscontro dell'utilità dell'invio per la soluzione delle questioni derivanti dal fatto e dell'assenza di un pericolo per gli interessati.

L'interpretazione dell'art. 129-bis c.p.p. può, oggi, contare anche sul tipo di lettura che la giurisprudenza sta offrendo. Soffermiamoci, almeno per il momento, sul presupposto dell'utilità dell'invio per la risoluzione delle questioni derivanti dal fatto. Sinora sembrerebbero essersi affermati due diversi orientamenti: uno, per il quale l'invio dovrebbe essere disposto se l'utilità non possa essere esclusa¹⁵; l'altro, per il quale l'utilità andrebbe piuttosto apprezzata in positivo: l'autorità giudiziaria, cioè, dovrebbe individuare le circostanze di fatto da cui desumere che, nel caso sottoposto alla sua attenzione, una composizione della vicenda potrebbe realizzarsi¹⁶.

Non è pacifico sostenere l'una o l'altra posizione. È vero, infatti, che accedendo alla prima, il requisito dell'utilità rischierebbe di essere pretermesso nella valutazione del giudice (o del pubblico ministero, se il procedimento pendesse in fase di indagini preliminari). In fin dei conti, infatti, salvo casi eclatanti, l'autorità procedente potrebbe non essere nelle condizioni per escludere *a priori* che un programma di giustizia riparativa si possa concludere positivamente¹⁷. Al tempo stesso, però, se presupponiamo che la giustizia riparativa abbia – come dovrebbe – lo scopo di pacificazione che spesso il procedimento penale, per come è strutturato, non ha, essendo diversa la sua funzione,

¹² Su questo punto si tornerà *infra*, § 3.

¹³ In dottrina è stato osservato che il mancato pregiudizio in ordine all'«accertamento dei fatti» si riferisca alla «responsabilità circa il reato, oggetto del processo»: così A. PRESUTTI, *Aspettative e ambizioni del paradigma riparativo codificato*, in *questa rivista*, 4 dicembre 2022.

¹⁴ Critica rispetto al filtro dell'autorità giudiziaria in caso di richiesta di parte, che tradirebbe l'idea alla base della giustizia riparativa, L. PARLATO, *La giustizia riparativa: i nuovi e molteplici incroci con il rito penale*, in AA. VV., *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. CASTRONUOVO-M. DONINI-E.M. MANCUSO-G. VARRASO, Cedam, 2023, p. 289.

¹⁵ Si tratta, per esempio, dell'approccio seguito da Trib. Busto Arsizio, ord. 19 settembre 2023, in *questa Rivista*, con nota di P. MAGGIO-F. PARISI, [Giustizia riparativa con vittima "surrogata" o "aspecifica": il caso Maltesi Fontana continua a far discutere](#).

¹⁶ Chiaramente in questo senso l'ordinanza in commento.

¹⁷ Come correttamente osservato in dottrina, si «finirebbe verosimilmente per affermarsi un'utilità *in re ipsa*, aprendo canali pressoché incondizionati all'invio»: così P. MAGGIO-F. PARISI, *Giustizia riparativa con vittima "surrogata" o "aspecifica"*, cit.

dovremmo concludere che con l'aiuto di mediatori esperti sarebbe possibile comporre dei conflitti che, guardati con le lenti del processo, potrebbero apparire insuperabili. In quest'ottica, quindi, sarebbe da abbracciare l'orientamento per il quale l'invio ad un centro di giustizia riparativa andrebbe assicurato se l'utilità del percorso riparativo non appaia *ictu oculi* irrealizzabile.

Ma poniamo, comunque, che sia il secondo orientamento – quello che richiede una verifica in positivo dell'utilità dell'invio – a dover essere preferito, perché drammatizza il momento dell'invio, responsabilizzando l'organo decidente. Diamo, quindi, per buona l'esegesi per la quale debbano esservi dati concreti che consentano di effettuare un giudizio prognostico sulla possibilità di raggiungere l'esito riparativo. Il punto è: in presenza di quali elementi la prognosi avrebbe un esito positivo?

Nel caso di specie, il tribunale fornisce importanti indicazioni per dare una risposta alla domanda: secondo i giudici genovesi, infatti, l'autorità giudiziaria sarebbe tenuta a valutare la complessiva condotta processuale dell'imputato (per esempio, la sua presenza alle udienze e le dichiarazioni rese in sede di interrogatorio o di esame), ad acquisire il parere della persona offesa, anche quando non costituita parte civile, a tener conto del tempo trascorso dal fatto e dei rapporti nel frattempo intrattenuti, con particolare attenzione alle eventuali condotte successive al reato adottate dall'imputato. Inevitabile che questo tipo di impostazione si rifletta sul contenuto della istanza di invio ad un centro, in cui il richiedente – come si può leggere nell'ordinanza – dovrebbe indicare in modo espresso e specifico quali siano le possibilità di successo del programma; le affermazioni che si sarebbe disposti a fare (se non fossero già state rese) e quale disponibilità si manifesta nei confronti della persona offesa, anche per esempio in punto di risarcimento del danno. Se, dunque, come nel caso *sub iudice*, l'imputato non ha ammesso l'addebito; non ha avanzato una proposta di risarcimento del danno; non ha indicato le ragioni per cui l'ammissione ad un programma di giustizia riparativa potrebbe contribuire a risolvere le questioni derivanti dal reato, la prognosi relativa all'utilità dell'invio dovrebbe essere negativa.

Ora, inutile nascondere che un contegno come quello richiesto dal tribunale potrebbe semplificare il vaglio sull'utilità dell'invio. In altre parole: a fronte del riconoscimento del fatto, di una offerta risarcitoria, avanzata magari già prima della richiesta di essere autorizzato ad un programma di giustizia riparativa, l'utilità dell'invio potrebbe risultare implicita. Il punto è, però, un altro: e cioè, è vero il contrario? Più in particolare, in assenza di taluno dei requisiti indicati, l'utilità dell'invio sarebbe per definizione da escludere, come dicono i giudici genovesi?

Partiamo dalla più controversa delle considerazioni: e cioè l'indispensabilità – ai fini dell'invio – del riconoscimento di responsabilità da parte dell'imputato, requisito che il d. lgs. n. 150 – ad avviso del tribunale erroneamente¹⁸ – non richiede. Chiaro che

¹⁸ Osserva, difatti, il tribunale, come al contrario, le fonti internazionali seguano una direzione opposta. Il riferimento è alla raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec (2018)8 del 3 ottobre 2018 (che implementa il ricorso alla mediazione penale di cui già alla raccomandazione n. (99)19) e alla direttiva dell'Unione europea sulla vittima 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, che prevedono che il riconoscimento dei *basic facts* sia requisito di accesso ai percorsi di *restorative justice ante iudicatum*. Tuttavia, in dottrina è stato

un'ammissione di colpa porrebbe su un binario più veloce l'eventuale percorso guidato dal mediatore. Ma perché scartare *a priori* questa opzione se l'ammissione non dovesse esserci? Il programma potrebbe servire proprio per addivenire a questo risultato ovvero per costruire una verità che si nutra dei due opposti punti di vista, quello dell'imputato e quello della vittima. Si può anche ritenere che, in talune ipotesi, questa ultima prospettiva non abbia ragion d'essere. E magari l'ipotesi sottoposta al tribunale rientrava tra esse. Ma nel momento in cui si arriva a teorizzare il paradigma della giustizia riparativa, come fanno i giudici genovesi, superando il caso particolare per generalizzare il discorso (ricordiamo, infatti, che per risolvere il caso di specie tale teorizzazione non sarebbe stata necessaria), è chiaro che un'indicazione in ordine alla necessità del riconoscimento di responsabilità, peraltro nel procedimento penale, e quindi prima dell'eventuale coinvolgimento di un mediatore, potrebbe finire col porre una pietra tombale sulle prospettive di questo istituto.

Non meno preoccupante la scelta di valorizzare – al fine dell'utilità dell'invio – il contegno serbato in udienza: in particolare, la presenza alle udienze. Tale esercizio di un diritto, comportamento che – lo sappiamo – nella prassi è spesso del tutto neutrale rispetto all'atteggiamento nei confronti del fatto diventa, invece, sintomo del disinteresse verso la composizione della vicenda in altra sede.

Ma non è ancora finita. Forse ancora più delle indicazioni sinora analizzate, colpisce che il tribunale esiga che nella richiesta di invio l'imputato indichi in modo espresso e specifico quali siano le possibilità di successo del programma. Come è ovvio, se bisogna dimostrarne le potenzialità, la richiesta di invio deve contenere, almeno *in nuce*, l'oggetto. Il che vorrebbe dire che l'autorità giudiziaria può autorizzare se lo condivide.

Ma non è questa la strada indicata dal legislatore. E lo ha chiarito anche l'Ufficio del massimario, che nella Relazione di commento al d. lgs. n. 150 ha osservato, proprio rispetto alla giustizia riparativa e al ruolo di chi debba disporre l'invio come «l'autorità giudiziaria apre le porte, ma non le varca, non entra quindi in quegli ambienti, né interviene o valuta se, come e quando attuare un programma di giustizia riparativa»¹⁹. Insomma, l'autorità giudiziaria deve verificare se vi sia un conflitto tra le parti che possa

evidenziato come un riconoscimento che avvenisse davanti all'autorità giudiziaria piuttosto che davanti al mediatore condurrebbe alla violazione della presunzione di innocenza e del diritto di difesa «nella particolare estrinsecazione espressa dal *nemo tenetur se detegere*»: M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, in *questa rivista*, 22 novembre 2022, p. 18

¹⁹ Così la Relazione dell'Ufficio del Massimario, Sezione Penale, della Suprema Corte di Cassazione del 5 gennaio 2023 (n. 2/2023), p. 319.

essere appianato attraverso il dialogo, e in questa prognosi crediamo debba tener conto delle caratteristiche del fatto e dei soggetti coinvolti²⁰. Ma qui deve fermarsi²¹.

Nelle parole del tribunale si coglie, invece, un evidente equivoco. Sappiamo che spesso siamo portati a leggere il nuovo utilizzando schemi già conosciuti. Ma soprattutto per la giustizia riparativa, se non facciamo ricorso a schemi mentali nuovi, non vale nemmeno la pena di tentare l'esperimento. L'equivoco sta nel fatto che, a leggere le parole del tribunale, sembrerebbe che il ruolo del giudice rispetto al programma di giustizia riparativa sia il medesimo attribuitogli con riguardo al programma di trattamento allegato alla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova. Vero è che tra i due istituti c'è un indubbio nesso, posto che il programma di messa alla prova può, oggi, prevedere, tra i vari impegni, «condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa e lo svolgimento di programmi di giustizia riparativa» (art. 464-bis, comma 4, lett. c c.p.p.).

Ma mentre il programma di messa alla prova, dovendo essere allegato alla richiesta del rito speciale, va effettivamente autorizzato dall'autorità giudiziaria, non così quello di giustizia riparativa, che spetta al mediatore costruire in uno spazio diverso dal procedimento penale: e, infatti, opportunamente l'art. 129-bis c.p.p. richiede solo che il giudice autorizzi l'invio.

Peraltro, a ben vedere, la diversità dell'oggetto dell'autorizzazione pesa sul tipo di effetti della buona riuscita dei due differenti programmi: in caso di messa alla prova, il giudice deve dichiarare l'estinzione del reato; in caso di giustizia riparativa, il giudice valuta l'esito riparativo ai fini della quantificazione del trattamento sanzionatorio (a meno che non debba prendere atto, per i reati procedibili a querela, dell'intervenuta remissione). Nel procedimento di messa alla prova, in altre parole, opera un automatismo – nel momento della valutazione del risultato – che nella giustizia riparativa manca. E ha un senso: in un caso il giudice, avendo avallato il programma, è tenuto a riconoscere l'effetto estintivo del reato se le prescrizioni ivi contenute sono state correttamente realizzate; nel secondo, poiché il giudice è estraneo alla costruzione del programma, né deve preventivamente verificarne l'idoneità, potrà solo prendere atto, secondo il suo prudente apprezzamento, dell'esito riparativo raggiunto, decidendo quale peso riconoscerli nel procedimento penale.

²⁰ Questo è il tipo di approccio seguito nella costruzione del [“Modello operativo per il raccordo tra giustizia riparativa e modello penale”](#) sviluppato dall'Università della Tuscia, capofila del progetto “Giustizia AGILE”, finanziato dal Ministero della Giustizia (PON Governance e Capacità istituzionale 2014-2020): Modello operativo per il raccordo tra giustizia riparativa e procedimento penale, in [criminaljusticenetwork.eu](#), 20 dicembre 2023. Tale modello, che si propone quale strumento a disposizione dell'autorità giudiziaria nel momento della decisione in ordine all'invio *ex art. 129-bis c.p.p.*, è basato sulla rilevazione e valutazione di diciotto “indici di mediabilità”, ossia circostanze indicatrici di una maggiore o minore probabilità di esito riparativo. La sua descrizione è contenuta nell'articolo di F. SANVITALE, *Il processo penale alla prova della giustizia riparativa: una prospettiva pratica*, in *questa rivista*, 7-8/2023, p. 103 s.

²¹ Anche da questo punto di vista, chiare appaiono le parole di P. MAGGIO-F. PARISI, *Giustizia riparativa con vittima “surrogata” o “aspecifica”*, cit.: «andrebbe acquisita maggiore consapevolezza del fatto che il vaglio prognostico dell'autorità giudiziaria non coincide, né potrebbe, con quello *in limine* rimesso esclusivamente ai mediatori».

3. I pericoli che impediscono l'invio degli interessati al mediatore.

Qualche considerazione è opportuna – visto che il tribunale se ne occupa – anche a proposito del secondo presupposto che l'art. 129-bis c.p.p. prevede ai fini dell'invio ad un centro, e cioè quello dell'assenza di un pericolo concreto per gli interessati e per l'accertamento dei fatti. Come vedremo, proprio partendo dall'analisi di questo presupposto, il tribunale costruisce poi quella che è stata efficacemente definita una questione di legittimità «pronta per l'uso»²², posto che – come si è sottolineato sin dal principio – non esistevano nel caso in esame i presupposti per proporla, considerato che la richiesta avanzata dall'imputato andava rigettata.

Rapido, nell'ordinanza, l'accento al pericolo relativo all'accertamento dei fatti: pericolo che è ritenuto sussistente fin tanto che i fatti non siano acclarati. E che, viceversa, non emergerebbe se l'imputato ammettesse, prima della decisione sull'invio, la sua responsabilità. Questo passaggio, nella parte in cui esclude il pericolo se i fatti, in dibattimento, sono stati già accertati, ha un suo fondamento. Come abbiamo avuto modo di dire anche in altra sede, «nel momento in cui si procede alla formazione della prova, il giudice (...) potrebbe essere indotto a ritenere inopportuno l'esperimento di un programma riparativo che correrebbe il rischio di inquinare la prova costituenda. E, per il vero, il condizionamento sarebbe reciproco, dato che difficilmente in sede di mediazione potranno non aver rilievo le prove già acquisite»²³. Sicché si potrebbe ritenere che «il tempo del dibattimento di primo grado (...) rischia di essere strutturalmente “incompatibile” con questo percorso parallelo»²⁴.

Ciò non di meno, a ben vedere, è comunque opportuno evitare rigidità interpretative: di volta in volta, sarà l'autorità giudiziaria a dover vagliare, in concreto, se un pericolo in effetti esista, per esempio a seconda che le dichiarazioni delle contrapposte parti siano state oramai assunte o meno.

Ma veniamo all'altra tipologia di pericolo in presenza del quale l'invio va escluso. Il riferimento è chiaramente al pericolo concreto che possa investire gli interessati in caso di svolgimento di un programma. Qui gli interessati sono, per forza di cose, l'imputato e la vittima o più precisamente, dal momento che la decisione relativa all'invio deve essere assunta nel procedimento penale, il danneggiato dal reato (sia o meno costituito parte civile) o la persona offesa. Ininfluente appare il rischio che dovesse ricadere su altri diversi soggetti, che pure potrebbero prendere parte al programma²⁵, e a prescindere dalla circostanza che partecipino al procedimento penale.

²² Così V. ALBERTA, *Giustizia riparativa: niente da salvare?*, in *Giur. pen. web.*, 3 gennaio 2024, p. 1.

²³ Cfr. R.A. RUGGIERO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale: un modello in costruzione*, in AA. VV., *Efficienza e razionalizzazione delle risorse nel procedimento di primo grado*, cit., p. 264. Diffusamente su questo profilo, v. S. CARNEVALE, *Potenzialità e insidie della giustizia riparativa in fase cognitiva*, in *Proc. pen. giust.*, numero straordinario 2023, p. 96 s.

²⁴ Cfr. R.A. RUGGIERO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale*, cit., p. 264.

²⁵ Ci si sta riferendo agli altri soggetti, contemplati dall'art. 45 d.lgs. n. 150, che appartengano alla comunità (compresi familiari, persone che possano essere di supporto, enti e associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, rappresentanti o delegati di stato, regioni, enti locali o altri enti pubblici, autorità di pubblica

A rigore dovremmo concludere che, se per esempio, l'invio richiesto dall'imputato potesse tradursi in una forma di vittimizzazione secondaria di chi assuma di essere stato danneggiato dal reato, esso andrebbe evitato. Il tribunale è di questo avviso.

Tuttavia è altrettanto noto come, dal momento che il d. lgs. n. 150, in linea con indicazioni sovranazionali²⁶, prevede che il programma possa svolgersi anche con una vittima diversa da quella del reato oggetto di accertamento²⁷, in alcune recenti decisioni giudiziarie, l'invio è stato comunque autorizzato, anche a fronte del dissenso della vittima specifica. Tali decisioni hanno valorizzato la natura pubblicistica del percorso di giustizia riparativa, che sarebbe funzionale non solo a comporre la ferita privata, ma anche a riparare la frattura sociale creata dal reato²⁸. Questa soluzione neutralizzerebbe il pericolo che il coinvolgimento nel programma dovesse determinare per la vittima specifica, ma non precluderebbe un percorso di ricostruzione e di rielaborazione per l'autore del fatto.

Come è stato, tuttavia, opportunamente sottolineato in dottrina, «stupisce (...) che la surrogazione possa avvenire in assenza di un mandato o almeno del consenso» della vittima specifica, «laddove essa sia individuata ma, per le più varie ragioni, non se la senta di partecipare personalmente al programma»²⁹. A ciò si deve aggiungere che «la giustizia riparativa richiede tempo (...) perché le parti possano riconoscersi. (...) Un (...) provvedimento giudiziale che si limiti a prendere atto dell'indisponibilità (...) a partecipare a un percorso riparativo e contempli *de plano*, come equivalente funzionale, la rapida sostituzione delle vittime dirette con quelle aspecifiche "brucia" i tempi del dialogo»³⁰.

Il possibile cortocircuito non nasce, però, dalla formulazione delle norme ma, come spesso avviene, dalla loro interpretazione. In definitiva, nel momento in cui l'autorità fosse investita della richiesta di cui all'art. 129-bis c.p.p., bisognerebbe trovare un giusto equilibrio tra la più che doverosa tutela dei diritti delle vittime e la possibilità di non rinunciare aprioristicamente allo strumento della giustizia riparativa, se la vittima specifica non dovesse essere individuata, mancasse o dovesse essere programmaticamente indisponibile ad una riconciliazione.

sicurezza, servizi sociali) e possano contribuire alla buona riuscita del programma.

²⁶ UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, II ed., p. 37 in [20-01146 Handbook on Restorative Justice Programmes.pdf \(unodc.org\)](https://www.unodc.org/documents/restorative_justice/2015/01/20150101_01146_Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf).

²⁷ L'art. 53 d.lgs. n. 150, infatti, ritiene sufficiente il coinvolgimento di una vittima di un reato diverso da quello per il quale si procede (dunque, non necessariamente la vittima di quel reato, purché vittima di un reato e nemmeno della stessa specie).

²⁸ In questo senso Trib. Busto Arsizio, ord. 19 settembre 2023, cit.; C. ass. Monza, ord. 8 novembre 2023, in *questa rivista*, 25 gennaio 2024.

²⁹ M. GALLI, *Tra binario riparativo e binario punitivo*, cit., p. 280.

³⁰ P. MAGGIO-F. PARISI, *Giustizia riparativa con vittima "surrogata" o "aspecifica"*, cit.

4. Una quasi questione di legittimità costituzionale.

E, per finire, veniamo alla parte conclusiva del provvedimento, probabilmente la più critica posto che si giunge a prospettare una astratta questione di illegittimità costituzionale dell'art. 129-*bis* c.p.p.³¹, affidata a chi potrà e vorrà proporla. Non pochi i profili di frizione che il tribunale ravvisa: con la carta Costituzionale, con le norme di fonte sovranazionale, con le stesse indicazioni provenienti dalla legge delega 17 ottobre 2022, n. 134. Esaminiamo i passaggi rilevanti.

L'art. 129-*bis* c.p.p. stabilisce che la decisione in ordine all'invio ad un centro di giustizia riparativa debba essere preceduto dall'ascolto delle parti e dei difensori nominati; la vittima, per tale dovendosi intendere quella definita dall'art. 42 d. lgs. n. 150³², è sentita solo se necessario. La circostanza che la sua voce in un momento così cruciale possa essere considerata non necessaria, in uno con la scelta di non prevedere che la richiesta dell'imputato debba essere preceduta da un'ammissione di responsabilità, appaiono al tribunale chiari sintomi di un tradimento della direttiva 2012/29/UE ove, all'art. 12, è specificato che «si ricorre ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima, in base ad eventuali considerazioni di sicurezza, e se sono basati sul suo consenso libero e informato, che può essere revocato in qualunque momento».

Sicché, ad avviso dei giudici genovesi, la decisione del legislatore italiano di poter rinunciare al parere della vittima, a meno che, essendosi costituita parte civile, vada sentita in quanto parte, viola la normativa europea. Al tempo stesso, per il tribunale, ad essere tradita sarebbe pure la Costituzione, dal momento che la legge n. 134 del 2022 aveva espressamente richiamato tale direttiva tra le fonti di cui tener conto nella costruzione della disciplina organica della *restorative justice*: il risultato sarebbe, quindi, un eccesso di delega per inosservanza degli art. 76 e 77 Cost.

Ora, pare quasi banale dirlo, il fatto che l'autorità giudiziaria possa decidere senza acquisire il parere della vittima, quando quest'ultima abbia scelto di non presenziare come parte al procedimento penale, non è per definizione una sottovalutazione del suo ruolo e dei suoi diritti. Anzi, potremmo ritenere che, alla base dell'opzione normativa, vi sia la volontà di lasciare al giudice la valutazione

³¹ Anche in dottrina vi è chi ha sin da subito dubitato della legittimità costituzionale della norma, pur se soprattutto dalla prospettiva della lesione dei diritti dell'imputato: v. O. MAZZA, *sub Art. 129-bis*, in AA. VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA-G. SPANGHER, Cedam, 2023, p. 1969 s. In senso contrario A. PRESUTTI, [La giustizia riparativa alla prova del nuovo processo penale](#), in *questa Rivista*, 27 giugno 2023, p. 1 s.

³² L'art. 42 comma 1 lett. b d.lgs. n. 150, nel definire la «vittima del reato», riprende fedelmente la nozione contenuta nell'art. 2 direttiva 2012/29/UE. Tale è «la persona fisica che ha subito direttamente dal reato qualunque danno patrimoniale o non patrimoniale, nonché il familiare della persona fisica la cui morte è stata causata dal reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona». Forte l'assonanza con quella figura soggettiva che prende il nome di «danneggiato» nel procedimento penale. Sarà forse per questo che all'ultimo comma dell'art. 42 è specificato che i diritti e le facoltà attribuiti alla vittima si devono ritenere estesi all'offeso dal reato, per il quale altrimenti questa estensione potrebbe non operare: qualora, per esempio, mancasse il danno.

dell'opportunità di ascoltare chi abbia preferito rimanere fuori dal processo, per esempio quando dovesse sembrare che tra lo *stress* legato alla partecipazione ad un'udienza penale e l'interesse a comunicare la disponibilità ad un percorso di riconciliazione con l'imputato, prevarrebbe il primo.

D'altra parte, lo sappiamo, quand'anche l'invio fosse disposto *inaudita* la vittima, al momento della convocazione da parte del mediatore presso il centro di giustizia riparativa, ella potrebbe liberamente scegliere di non intraprendere il percorso: il consenso è, difatti, uno dei principi ispiratori di questa giustizia "altra" (art. 43 comma 1 lett. d d.lgs. n. 150). Anzi, è detto chiaramente che «il consenso alla partecipazione ai programmi di giustizia riparativa è personale, libero, consapevole, informato ed espresso in forma scritta. È sempre revocabile anche per fatti concludenti» (art. 48 comma 1 d. lgs. n. 150). Dunque, anche da questo punto di vista, la richiamata direttiva sarebbe tutt'altro che violata.

Ma vi è di più. In generale, il consenso delle parti allo svolgimento del programma viene raccolto alla prima riunione indetta dal mediatore (art. 54 d. lgs. n. 150). Ma, data l'informalità della procedura, possiamo ritenere che, una volta ricevuta la convocazione, la vittima possa semplicemente decidere di non presentarsi. E questo varrebbe quale dissenso.

Ciò non di meno, si potrebbe anche pensare, a voler cogliere lo spunto che arriva dall'ordinanza, di modificare l'art. 129-*bis* c.p.p. prevedendo che la vittima (che non sia parte) vada obbligatoriamente convocata per essere sentita, fermo restando che potrebbe scegliere di non presentarsi. Non è nemmeno il caso di indugiare, infatti, sulla circostanza che in nessun caso la vittima potrebbe essere obbligata a comparire e a rispondere, a meno che non fosse indicata e ammessa come testimone, dunque solo in questa veste.

Prevedere, comunque, che l'autorità giudiziaria debba provare a sentirla è una soluzione tutto sommato equilibrata che, valorizzando l'ascolto, potrebbe anche indurre a ripensare il controverso impiego della vittima surrogata. Se, infatti, *de iure condendo*, si dovesse prevedere come necessario il parere della vittima al momento della decisione dell'invio dell'imputato ad un centro, a fronte di una indisponibilità dichiarata o implicita (dedotta cioè dalla mancata comparizione all'udienza), l'autorità giudiziaria potrebbe valutare più consapevolmente se disporre comunque l'invio per svolgere un programma con una vittima aspecifica ovvero rinviarlo in attesa di un momento più propizio per il dialogo.

Per concludere: così come non si ravvisano profili di illegittimità costituzionale dell'art. 129-*bis* c.p.p. a proposito del profilo sin qui analizzato, nessuna violazione di norme interne o internazionali è dato intravedere a proposito della mancata inclusione del riconoscimento di responsabilità da parte dell'imputato tra i presupposti necessari per l'invio. Come detto nelle pagine precedenti, è singolare che ciò che potrebbe essere un risultato del programma svolto con il mediatore, nella prospettiva del tribunale sia invece una premessa per "varcare le porte" di quell'altra forma di giustizia. Se così fosse, se l'invio cioè potesse essere disposto solo a fronte di un quadro già definito, ci si chiede che senso avrebbe il programma demandato al mediatore. Se servisse solo a certificare l'esito riparativo, tanto varrebbe lasciare anche questo passaggio al giudice.

Insomma, il sottotesto dell'ordinanza è chiaro, anzi il tribunale lo ha detto esplicitamente: l'attuale impraticabilità della giustizia riparativa non è di pregiudizio per alcuno, visto che esistono altre, diverse strade per riparare il reato nel procedimento penale. Essa aggiungerebbe poco e niente (anzi, per come è disciplinata oggi, rischierebbe di essere nociva). E c'è da riconoscere che se la giustizia riparativa fosse quella che viene ridisegnata nell'ordinanza si tratterebbe soltanto di un costoso e inutile orpello.

L'esame del provvedimento commentato dimostra, in conclusione, che il percorso che ci attende non è semplice. Completare la macchina organizzativa disegnata nel d. lgs. n. 150, puntando sulla serietà della formazione e della selezione dei mediatori esperti è essenziale, non solo perché a questo strumento si possa accedere indipendentemente dall'ufficio giudiziario investito, ma anche perché è la garanzia di professionalità che potrà contribuire a costruire la fiducia in questo sistema e in chi è chiamato a operarvi, anche da parte di chi amministra la giustizia tradizionale. Ma sembra anche necessario un differente approccio culturale da parte dei giudici, che consenta di superare la naturale diffidenza nei confronti di innovazioni che spezzano la consueta ma costosa centralità (non solo in termini economici) del processo penale. La strada – lo vediamo – è lunga e piena di inciampi, ma è da qui che bisogna partire.

A PASSI INCERTI NEL SOLCO DI CATEGORIE EVANESCENTI: RIFLESSIONI A PARTIRE DALLA *QUERELLE* GIURISPRUDENZIALE SULL'ACQUISIZIONE DI MESSAGGISTICA CRIPTATA DALL'ESTERO

di Fabio Nicolicchia

Il contrasto deflagrato in seno alla Suprema Corte riguardo alle formalità da osservare per l'acquisizione di comunicazioni digitali criptate detenute dall'autorità investigativa estera offre lo spunto per riflettere ancora sulle questioni poste dall'impiego di nuove tecniche di ricerca della prova. L'approccio riservato al problema dalla giurisprudenza risulta difatti foriero di rilevanti criticità, in questo caso amplificate dalla provenienza estera del prodotto delle indagini.

SOMMARIO: 1. "Tirannia" delle categorie e tecniche investigative di ultima generazione. – 2. "A qualcuno piace freddo": i diritti alla mercé di *accidentalità*. – 3. Legalità e proporzionalità nella circolazione transfrontaliera dei prodotti delle ricerche digitali. – 4. L'inutilizzabilità "presa sul serio". – 5. Quale disciplina per le "nuove" indagini?

1. "Tirannia" delle categorie e tecniche investigative di ultima generazione.

Ha destato capillare interesse il contrasto deflagrato in seno alla Suprema Corte riguardo alle formalità da osservare per l'acquisizione di comunicazioni digitali criptate detenute dall'autorità investigativa estera¹. Dispute simili si sono parallelamente sviluppate anche in altri ordinamenti, sfociando tra l'altro nella proposizione di una domanda pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE alla Corte di giustizia dell'Unione europea da parte di un giudice tedesco e nella presentazione di ricorsi individuali alla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione ad analoghi trasferimenti di materiale investigativo².

Un dibattito tanto vivace testimonia la rilevanza e la complessità delle questioni sul tappeto, tanto dal punto di vista tecnico-informatico che – si direbbe

¹ Per una sistematizzazione delle questioni poste dai provvedimenti che hanno provocato l'interessamento delle sezioni unite, DANIELE, [Ordine europeo di indagine e comunicazioni criptate: il caso SkyECC/Encrochat in attesa delle Sezioni Unite](#), in questa *Rivista*, 11 dicembre 2023. Ancor più di recente è intervenuta un'ulteriore ordinanza di remissione inerente ad aspetti in larga sovrapposizione a quelli affrontati in precedenza, [Cass. sez. VI, 15 gennaio 2024, n. 2329](#), in questa *Rivista*, 23 gennaio 2024.

² Cfr. Corte giust. UE, causa C-670/22; nonché Corte eur. dir. uomo, ric. n. 44715/20, A. L. c. Francia; nonché n. 47930/21, E. J. c. Francia. Se ne dà conto anche in SPANGHER, *Criptofonini: sono "in gioco" diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2024.

conseguentemente – sul versante prettamente giuridico, specie alla luce delle numerose varianti esecutive emerse nella prassi. Sarebbe dunque ambizione probabilmente vana quella di voler dar conto in questa sede di ogni possibile risvolto interpretativo riguardante l’acquisizione transfrontaliera delle *chat*.

Riteniamo perciò più proficuo privilegiare un’impostazione diversa, che prenda abbrivio dall’approccio teorico adottato dalla Cassazione, nel tentativo di stimolare alcune riflessioni capaci di trascendere le specifiche controversie che dovranno essere di qui a breve affrontate dalle sezioni unite. L’incedere argomentativo prescelto dai giudici di legittimità mette infatti a nudo la “tirannia” esercitata da categorie giuridiche desuete e dai contorni evanescenti, cui continua tuttavia ad essere affidato un ruolo cruciale nella modulazione del livello di tutela dei diritti delle persone coinvolte in acquisizioni investigative di ultima generazione. La scelta dà corpo ad esigenze di conservazione del risultato probatorio acquisito grazie alle misure *sub iudice*³, mentre sembra relegare sullo sfondo questioni d’importanza capitale fagocitate dalla disputa a tratti sofistica sulla qualificazione che meglio si attaglia all’ingerenza di volta in volta in questione.

2. “A qualcuno piace freddo”: i diritti alla mercé di *accidentalia*.

Il susseguirsi quasi frenetico di pronunce che lungo un arco temporale assai ristretto si sono occupate con esiti diversi del medesimo problema pare già di per sé difficilmente riconducibile ad una fisiologica oscillazione interpretativa, essendo piuttosto indicativo del disagio avvertito nel confrontarsi con operazioni non più certo pionieristiche ma ancora scarsamente disciplinate dalla legge, il tutto a detrimento dell’aspirazione ad un’affidabile delimitazione dei confini tra pratiche investigative lecite e attività non consentite⁴.

Pur a fronte delle esegesi divergenti esiste comunque un *pattern* ricorrente nelle decisioni sin qui intervenute in merito all’acquisizione delle *chat* criptate, così come più in generale in pressoché tutti i provvedimenti nel tempo chiamati a confrontarsi con l’impiego di nuovi mezzi di ricerca della prova: la partita si gioca infatti per lo più sul crinale dell’alternativa tra la sussunzione delle tecniche all’interno della categoria delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni da un lato, e la loro attrazione nel *genus*

³ In accordo a una logica “utilitaristica” in buona parte ascrivibile alla «coincidenza tra soggetti destinatari del precetto legale e titolari della facoltà, del potere o dell’obbligo di darne applicazione» tipica delle norme processuali penali già segnalata da NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, 444, la quale logica finisce qui per frustrare la dimensione “ideologica” della sanzione processuale dell’inutilizzabilità efficacemente illustrata in DINACCI, *L’inutilizzabilità e il male captum bene retentum: vecchie superstizioni e nuove consapevolezze*, in *Arch. pen.*, 2023 (rivista web), 1 ss. e già in precedenza in ID., *L’inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008.

⁴ In senso conforme, soffermandosi in termini critici anche sulla metodologia interpretativa della Cassazione, DINACCI, *I modi acquisitivi della messaggistica chat o e-mail: verso letture rispettose dei principi*, in *Arch. pen.* (rivista web), 2024, 1 ss.

delle c.d. indagini atipiche o in quello della prova documentale dall'altro⁵. La preferenza in favore di una delle due opzioni influenza in misura determinante i presupposti di legittimità dell'atto e, con essi, l'intensità delle garanzie previste in favore dei singoli coinvolti nella raccolta: nel caso delle intercettazioni la ricerca si inquadra infatti in un sistema normativo ben strutturato, che si snoda a partire dalla fase precedente all'esecuzione del controllo sino a quella dell'utilizzo delle sue risultanze; per altro verso, tanto le indagini atipiche che la disciplina della prova documentale non contemplano almeno di norma limitazioni di sorta per l'accesso alla fonte probatoria.

Oltre alla ricordata incertezza rispetto agli esiti dell'inquadramento giuridico delle misure nel tempo venute all'attenzione della prassi, il portato più preoccupante di questa impostazione risiede proprio nelle marcate differenze di trattamento così riservate a fattispecie spesso contigue, differenze per lo più giustificate sulla scorta di connotati accessori dell'ingerenza, incapaci di mutare realmente l'entità del *vulnus* arrecato alle prerogative dell'individuo⁶.

Lo schema viene da ultimo riproposto, come si andava dicendo in apertura, anche nella *querelle* concernente l'acquisizione di corrispondenza elettronica criptata detenuta dall'autorità investigativa straniera, variazione sul tema di quella giurisprudenza che si era in passato già occupata dell'intercettazione di messaggistica cifrata transitante in entrata o in uscita su *server* esteri⁷.

L'inedito "parassitismo investigativo" spinge ad interrogarsi appunto sulla veste giuridica da attribuire alla circolazione delle risultanze dell'indagine effettuata al di fuori dei confini nazionali, questione su cui si sbizzarriscono i diversi indirizzi rispettivamente inclini ad assimilare l'eventualità al sequestro *ex art. 254-bis c.p.p.* o, più spesso, alla mera acquisizione documentale⁸. L'ultima opinione si dipana poi ulteriormente tra chi reclama l'applicabilità dell'*art. 234-bis c.p.p.* e coloro che sono invece più propensi a ricorrere al tipo generale dell'*art. 234 c.p.p.*⁹. Ai primi viene infatti

⁵ Basti pensare alla struttura argomentativa che contraddistingue il *leading case* in tema di c.d. videoriprese investigative, vale a dire Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1537, con nota di CAMON, *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni dubbi nuovi*. Volendo lo schema era stato analizzato anche in NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria. Una sistematizzazione dei nuovi mezzi di ricerca della prova tra fonti europee e ordinamenti nazionali*, Milano, 2020, 9 ss.

⁶ Emblematico a tal proposito il trattamento riservato al c.d. agente attrezzato per il suono, alternativamente ricondotto al novero delle indagini atipiche ovvero all'intercettazione a seconda della possibilità di ravvisare o meno il coinvolgimento di appartenenti alla polizia giudiziaria nell'esecuzione della misura. Cfr. DEL COCO, *Registrazioni audio-video effettuate da un privato su impulso dell'investigatore*, in SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, 2^a ed., Torino, 2019, 3. Volendo, anche NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria*, cit., 22, dove ci eravamo in particolare soffermati sulla difficoltà di far dipendere l'esistenza di una lesione dell'*art. 15 Cost.* dalla qualifica pubblica o privata dell'autore del controllo.

⁷ Si veda da ultimo, in maniera conforme all'indirizzo risalente e largamente maggioritario che esclude in quell'ipotesi la necessità di ricorrere al meccanismo rogatorio, Cass., sez. VI, 18 gennaio 2023, n. 8714, in *Proc. pen. giust.*, 2023, 1134, con nota di VIRGA, *Lost in translation: le intercettazioni per instradamento di chat crittografate*.

⁸ Propende per la prima opzione [Cass., sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44154](#), in questa Rivista, 11 dicembre 2023.

⁹ Si veda rispettivamente [Cass., sez. VI, 13 ottobre 2023, n. 6364](#), in questa Rivista, 11 dicembre 2023 e Cass., sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 46833, in *DeJure*.

obiettato che i contributi in oggetto andrebbero comunque qualificati alla stregua di una corrispondenza informatica, in quanto tale estranea alla sfera di operatività della previsione riguardante unicamente l'acquisizione di «dati e documenti informatici»¹⁰. Quel modulo si dimostrerebbe inoltre inadeguato nel momento in cui identifica il legittimo titolare del dato, il cui consenso basta da solo a permetterne la condivisione, nell'autorità pubblica che se lo era in precedenza clandestinamente procurato. Pure la seconda soluzione non viene però percepita come del tutto soddisfacente una volta considerato che essa oblitera ogni verifica giurisdizionale circa la legittimità del trasferimento, requisito oggi imprescindibile financo per attività meno invasive quali l'accesso a supporti che, a differenza di quelli in rilievo, non consentono neppure di prendere contezza del contenuto dello scambio comunicativo¹¹.

Si riscontra tuttavia un punto di convergenza tra le diverse posizioni, rappresentato dalla ritenuta estraneità delle operazioni controverse alla categoria delle intercettazioni, astrattamente rilevante solo al cospetto di una "compartecipazione" degli inquirenti domestici al controllo compiuto all'estero sin dalla fase della sua attivazione. Al di fuori di tale ipotesi la natura precostituita delle informazioni inviate da oltreconfine basterebbe secondo i giudici a smentire ogni assimilazione tra il trasferimento delle *chat* e l'istituto regolato dagli artt. 266 ss. del codice di rito. Vengono in particolare richiamate a supporto di questa lettura alcune recenti statuizioni della Consulta, la quale ha autorevolmente ribadito che, per aversi intercettazione, è imprescindibile la contestualità tra il flusso comunicativo e la sua apprensione occulta ad opera di un soggetto estraneo allo scambio stesso¹².

L'equivoco della ricostruzione concordemente offerta dalla Cassazione risiede però nel fatto che la natura c.d. "fredda" dei dati viene desunta assumendo come termine esclusivo di riferimento la genesi e lo sviluppo dell'inchiesta domestica, in relazione alla quale è effettivamente riscontrabile un'asincronia tra la dinamica comunicativa preesistente all'indagine italiana e l'acquisizione della messaggistica. L'attributo andrebbe però più correttamente inquadrato considerando l'intera filiera acquisitiva, che si snoda a partire dalle captazioni realizzate dall'autorità straniera, frangente caratterizzato invece almeno in alcuni casi dalla contestualità tra il dipanarsi della comunicazione e la relativa captazione. Pur a fronte delle eterogenee tecniche adoperate dagli inquirenti francesi è pacifico infatti che il controllo è stato materialmente effettuato

¹⁰ Così appunto l'ultimo provvedimento citato, dove si ha altresì cura di evidenziare come la previsione di cui all'art. 234-*bis* c.p.p. abbia ad oggetto dati diversi rispetto a quelli acquisiti nel contesto di un'indagine penale. In effetti, funzione precipua della norma sarebbe quella di scongiurare in quel caso il ricorso alle procedure di assistenza giudiziaria, di tal che appare contraddittorio invocarla come base legale per un'attività posta in essere mediante il sistema dell'OEI. In tal senso anche DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale e comunicazioni criptate*, cit.

¹¹ Il riferimento è evidentemente alla nuova disciplina in materia di acquisizione dei dati esterni delle comunicazioni di cui all'art. 132 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 come modificato dal d.l. 30 settembre 2021, n. 132. Si veda al riguardo DINACCI, *L'acquisizione di tabulati telefonici tra anamnesi, diagnosi e terapia: luci europee e ombre legislative*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 301 ss.; TAVASSI, *Acquisizione di tabulati, tutela della privacy e rispetto del principio di proporzionalità*, in *Arch. pen.* (rivista web), 2022, 1 ss.

¹² Corte cost., 22 giugno 2023, n. 170.

mediante l'inoculazione di un *malware* che ha permesso l'acquisizione occulta e in tempo reale di dati informatici rappresentati talvolta direttamente dal contenuto dei messaggi e, in altre occasioni, dalle chiavi di decriptazione necessarie a rendere intellegibile la corrispondenza digitale sequestrata in massa in un momento antecedente¹³.

Per smentire la generica qualifica documentale delle *chat* acquisite dall'estero non sarebbe stato allora neppure necessario scomodare l'ennesimo *distinguo* introdotto dalla Corte costituzionale nella decisione rammentata poco sopra, in particolare allorquando ha attribuito appunto la natura di corrispondenza anche alla messaggistica già inviata o ricevuta conservata nella memoria dei dispositivi perquisiti. Il *genus* documentale non può venire in questione ancor prima e più semplicemente una volta correttamente ricostruita la genesi dei contributi, ottenuti a monte grazie ad attività almeno il più delle volte inquadrabili secondo le disposizioni domestiche nell'istituto delle intercettazioni¹⁴. Nessuno penserebbe del resto di poter privare di tale natura le comunicazioni già registrate nell'ambito di un'indagine diversa da quella di destinazione solo in ragione dell'assenza di contestualità tra il controllo e la loro trasmissione nel procedimento *ad quem*.

Il tortuoso percorso argomentativo delle ultime pronunce, caratterizzato da riferimenti ambivalenti alle affermazioni della Consulta, sfruttate alternativamente tanto per argomentare la necessità di approntare una qualche tutela per la condivisione di contributi comunque coperti dalla protezione assicurata dall'art. 15 Cost. quanto per negare per converso la riconducibilità dell'atto al concetto di intercettazione, conferma insomma la difficoltà ad affrancarsi da un certo un feticismo classificatorio che non può prescindere da schemi e categorie ormai a tal punto stratificati da risultare difficilmente governabili, distogliendo da considerazioni più saldamente ancorate ai connotati materiali dell'ingerenza e al suo impatto sulle pretese di riservatezza individuali.

¹³ Gli esatti connotati delle operazioni non sono del tutto noti trattandosi di attività investigativa per definizione segreta. L'impiego di un captatore informatico si evince comunque anche dalla decisione del *Conseil constitutionnel* francese che ha affermato la legittimità della misura disciplinata all'art. 706-102 del codice di rito d'oltralpe. V. anche NOCERINO, *Ancora in tema di criptofonini: nuovi arresti giurisprudenziali in attesa delle sezioni unite*, in *PenaleDP*, 29 novembre 2023. Da ultimo, in senso conforme a quanto sostenuto almeno con specifico riferimento alle attività riguardanti la piattaforma *SkyECC*, Cass., sez. VI, 15 gennaio 2024, n. 2329, cit.

¹⁴ Per vero, in relazione alla captazione delle chiavi di decriptazione dei messaggi si potrebbe dubitare del contenuto comunicativo dell'acquisizione e dunque della sua riconducibilità all'intercettazione. Si potrebbe d'altro canto intendere l'art. 266-bis c.p.p. come riferibile all'intercettazione di qualsiasi flusso di dati informatici, indipendentemente dalla natura comunicativa o meno degli stessi come è stato peraltro ritenuto in passato da Cass., sez. un., 13 luglio 1998, Gallieri, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 329, con nota di ZACCHÈ, *Acquisizioni di dati esterni ai colloqui telefonici*. Più di recente si veda poi Cass., sez. I, 7 ottobre 2021, n. 3591, in CED. Cass., rv282495. Critica rispetto a tale conclusione, PROCACCINO, *Piccoli equivoci senza importanza: tra intercettazioni di flussi telematici, perquisizioni e prove atipiche*, in *Cass. pen.*, 2022, 3120 ss. In argomento, da ultimo, O. BRUNO, *Intercettazioni di flussi telematici*, in MAGGIO (a cura di), *La nuova disciplina delle intercettazioni*, Torino, 2023, 286 ss.

3. Legalità e proporzionalità nella circolazione transfrontaliera dei prodotti delle ricerche digitali.

Lo sforzo profuso per individuare la categoria di appartenenza dell'inoltro della messaggistica elettronica conservata all'estero è prodromico a dirimere l'interrogativo cruciale circa l'ammissibilità del trasferimento alla luce delle previsioni della direttiva 2014/41/UE in materia di ordine europeo di indagine penale e della relativa normativa di recepimento interna.

Ci si confronta dunque con uno dei temi più spinosi della cooperazione giudiziaria transnazionale, vale a dire quello della circolazione transfrontaliera della prova, tradizionalmente oggetto di "gelosie" e resistenze degli Stati in una costante tensione tra pretese di sovranità e logica del mutuo riconoscimento¹⁵. Il problema assume tinte affatto particolari nel caso della circolazione del prodotto di indagini compiute dalle autorità di un altro Stato membro: lo scambio di contributi preformati è infatti attività considerata per definizione poco invasiva, che non giustificerebbe pertanto l'istituzione di presidi particolarmente intensi¹⁶. Eppure la direttiva OEI contempla comunque un generale argine alla cooperazione giudiziaria applicabile anche alla condivisione di elementi già a disposizione dello Stato richiesto nel momento in cui all'art. 6 condiziona l'adozione dell'Ordine al fatto che «gli atti di indagine [...] avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo»¹⁷.

Il requisito rimane relegato nell'ombra dell'elaborazione della giurisprudenza domestica, intervenuta quando la richiesta di cooperazione avanzata dalle autorità italiane aveva ormai già ricevuto l'avallo spontaneo dei corrispondenti esteri. Al contrario, il profilo risulta ben più approfonditamente indagato nella causa scaturita dalla domanda pregiudiziale formulata dal giudice tedesco pendente innanzi alla Corte di giustizia menzionata in apertura di trattazione.

¹⁵ ALLEGREZZA - MOSNA - NICOLICCHIA, *L'acquisizione della prova all'estero e i profili transnazionali*, in CANZIO - LUPÁRIA DONATI (a cura di), *Diritto e procedura penale delle società*, Milano, 2022, 195 ss.; BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Roma, 2014, 11-12; MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in BENE - LUPÁRIA - MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Torino, 2016, 15 ss.

¹⁶ Sulla cooperazione mediante scambio di informazioni tra Stati cfr., tra gli altri, GIALUZ, *La cooperazione informativa quale motore del sistema europeo di sicurezza*, in PERONI - GIALUZ (a cura di), *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, Trieste, 2009, 15 ss.; RUGGERI, *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Comparative Law. Models of Gathering Overseas Evidence in Criminal Matters*, in RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Cham, 2013, 559 ss.

¹⁷ Pur con riferimento al testo della proposta di direttiva, ALLEGREZZA, *Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality*, in RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Cham, 2014, 59-60. Sul principio di proporzionalità nel contesto dell'OEI, cfr. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in DANIELE - KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Torino, 2018, 55 ss. Proprio con riguardo alla presente vicenda, LORENZETTO, *L'acquisizione all'estero di comunicazioni digitali criptate nella fucina dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2024.

Similmente a quanto abbiamo sostenuto in precedenza¹⁸, nelle conclusioni presentate dall'avvocato generale si dà per presupposto che l'inoltro della messaggistica captata in Francia vada qualificato alla stregua di un trasferimento del prodotto di intercettazioni di comunicazioni, come tale meritevole di essere circondato da apposite cautele in grado di assicurare la legalità e la proporzionalità di quella che assurge a tutti gli effetti al rango di un'autonoma ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata, produttiva di una lesione ulteriore e distinta rispetto a quella che si verifica al momento del controllo vero e proprio¹⁹.

Nondimeno, le argomentazioni sottoposte alla Corte risultano meno convincenti allorché la clausola di disponibilità in un caso interno analogo prevista all'art. 6 della direttiva OEI viene intesa come riferibile solo al frangente della circolazione postuma degli esiti dell'intercettazione, e non anche a quello della ricerca attraverso cui ci si è procurati il materiale oggetto di trasmissione²⁰.

A supporto dell'opportunità di impegnarsi in una verifica che comprenda invece anche la fase del controllo effettuato a monte, la cui legittimità andrebbe vagliata alla luce della *lex fori*, si potrebbero richiamare i postulati alla base del c.d. principio di "autonoma acquisibilità" già in passato teorizzato dalla Corte costituzionale tedesca proprio con riferimento allo scambio transfrontaliero di informazioni ottenute mediante attività di sorveglianza segreta. Secondo quella lettura l'inoltro delle risultanze investigative frutto di misure tanto invasive potrebbe infatti dirsi legittimo e proporzionato solamente quando le esigenze da soddisfare mediante l'impiego dei dati avrebbero potuto in astratto giustificare la loro raccolta direttamente ad opera dell'autorità richiedente²¹. Almeno con riferimento alle operazioni più insidiose si reclama insomma in questa maniera una necessaria equivalenza tra le condizioni in grado di provocare l'attivazione del controllo e quelle da soddisfare perché si possa procedere alla condivisione successiva delle relative risultanze, tutto ciò con l'intento di assicurare la proporzionalità del pregiudizio derivante dall'utilizzo di informazioni acquisite per finalità diverse da quelle per cui verranno sfruttate.

Va detto che in verità lo stesso *Bundesverfassungsgericht* sembrerebbe collocare al di fuori del perimetro dello scrutinio di "autonoma acquisibilità" un *test* volto ad appurare l'esistenza di un concreto potere in capo all'autorità ricevente di procurarsi in autonomia i contributi oggetto di condivisione²². I giudici si accontentano infatti di una

¹⁸ *Supra*, § 2.

¹⁹ Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale presentate nella causa C-670/22, in particolare §§ 17 e 44, dove si afferma che «gli OEI di cui trattasi nella presente causa non miravano alla raccolta di dati in Francia mediante l'intercettazione di telecomunicazioni, ma si limitavano a richiedere il trasferimento delle prove già raccolte mediante le intercettazioni in Francia», e si individua l'oggetto della domanda nella «questione se sia possibile trasferire prove consistenti in dati di comunicazioni intercettate raccolti nell'ambito di un'indagine o di un procedimento penale».

²⁰ Così le stesse conclusioni citate alla nota precedente, § 48 ss.

²¹ *Bundesverfassungsgericht*, 20 aprile 2016, 1 BvR 966, 1140/09, § 287: «as far as data that results from particularly intrusive surveillance and investigative measures is concerned [...] it is necessary to determine whether it would be permissible, by constitutional standards, to also collect the relevant data for the changed purpose».

²² Così ancora il medesimo passaggio citato alla nota precedente, in cui si prosegue affermando che «data

mera ponderazione della sufficiente serietà dell'interesse perseguito in rapporto all'entità del sacrificio imposto attraverso la sorveglianza clandestina.

L'affermazione meriterebbe tuttavia di essere attentamente considerata alla luce della disponibilità di moderne tecniche investigative che permettono oggi di accedere a informazioni digitali "da remoto", vale a dire indipendentemente dalla collocazione fisica di chi è interessato a prenderne cognizione²³. Accantonare una verifica estesa ai presupposti di ammissibilità della ricerca probatoria originaria alla luce dei requisiti fissati dal diritto dello Stato di destinazione – per ciò che concerne *in primis* l'esistenza di una base legale per l'ingerenza – equivale infatti in questo scenario a legittimare un potenziale aggiramento dei limiti stabiliti dalla *lex fori*. Si permetterebbe così di sfruttare il prodotto di una misura investigativa che non sarebbe stata disponibile secondo le previsioni dell'ordinamento dello Stato richiedente in una fattispecie puramente nazionale. Basterebbe insomma "esternalizzare" la raccolta ad un'autorità straniera disponibile a porre in essere la misura confidando nella successiva condivisione degli esiti a questo punto svincolata dal rispetto delle condizioni per procurarsi in autonomia le informazioni d'interesse approfittando di un deprecabile "*forum shopping* investigativo"²⁴.

Risultano alquanto istruttive al fine di accorgersi delle distorsioni insite nell'eventualità appena paventata proprio le vicende venute all'attenzione della Cassazione. La disciplina domestica a tutt'oggi ammette infatti l'impiego del captatore informatico adoperato dalle autorità francesi unicamente per l'intercettazione di conversazioni tra presenti mediante la sua inoculazione in un dispositivo elettronico portatile o tutt'al più, secondo una lettura più permissiva ma tutt'altro che scontata, per l'intercettazione di *comunicazioni* anche nelle altre fattispecie considerate dagli artt. 266 ss. c.p.p.²⁵. Il ricorso allo strumento per finalità diverse, e nella specie onde entrare in possesso di informazioni non riconducibili al *genus* comunicativo quali le chiavi di decriptazione delle *chat* o comunque per il sequestro da remoto di tutta la corrispondenza archiviata nella memoria degli apparecchi infettati o nei *server* del gestore del servizio non risulta invece contemplato dalla disciplina nazionale, il che testimonia l'illegittimità dell'ordine italiano a fronte del *deficit* di legalità dell'acquisizione della messaggistica oggetto della richiesta di trasmissione²⁶.

sharing between authorities is not, in principle, ruled out simply because the authority receiving the data is – unlike the authority that permissibly collected the data and is now sharing it – not empowered to collect certain data itself as it has a different remit».

²³ SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018, in particolare 161 ss.

²⁴ Denunciava già questo rischio SIRACUSANO., *La prova informatica transnazionale: un difficile "connubio" fra innovazione e tradizione*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 178. Non è forse un caso allora che l'inciso trascritto alla nota n. 22 è contenuto nella porzione di analisi riservata dalla Corte federale allo scambio informativo tra autorità nazionali e non alla cooperazione giudiziaria transfrontaliera.

²⁵ CAPRIOLI, *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Rev. bras. dir. proc. pen.*, 2017, f. 2, 485 ss. Si dà esaurientemente conto del dibattito in NOCERINO, *Il captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, Milano, 2021, 147 ss.

²⁶ La giurisprudenza di legittimità sembra per vero propensa a considerare possibile l'esecuzione di intercettazioni a norma dell'art. 266-bis c.p.p. anche tramite l'inoculazione del c.d. *trojan* sebbene l'impiego

4. L'inutilizzabilità "presa sul serio".

L'ultima notazione spinge a soffermarsi adesso sulle conseguenze patologiche discendenti dall'inosservanza delle previsioni stabilite per l'acquisizione probatoria dalla direttiva OEI e dalla relativa disciplina di recepimento²⁷. Questo rappresenta in effetti il fulcro della trama argomentativa delle recenti decisioni della Cassazione, con considerazioni che lasciano emergere un altro generale *trend* efficacemente rappresentato nel dibattito oggetto di attenzione. Viene infatti là esplicitata in maniera forse più diretta che in passato la compenetrazione tra il piano dei limiti all'uso dei prodotti delle ricerche investigative illegittime e quello delle strategie di tutela dei diritti individuali nel contesto dell'inchiesta penale, piani a tal punto confusi che l'ultimo profilo finisce per essere pressoché integralmente assorbito nel primo. La salvaguardia delle prerogative dei singoli viene cioè in misura preponderante perseguita mediante l'istituzione di preclusioni all'uso del materiale illegittimamente acquisito, come traspare appunto allorquando nell'incedere argomentativo della Cassazione il tema dell'inutilizzabilità viene direttamente saldato a quello della violazione dei diritti²⁸.

In questo modo si finisce però per sovrapporre due aspetti concettualmente distinti posto che il *vulnus* arrecato dall'ingerenza investigativa preesiste ed è indipendente rispetto all'impiego processuale delle relative risultanze. Basti dire che la lesione può infatti ben sussistere anche qualora i contributi ottenuti non venissero poi riversati nel processo. Consapevoli di ciò, nulla vieta comunque di demandare anche alla predisposizione di stringenti inutilizzabilità una funzione di tutela e promozione delle prerogative minacciate dalle operazioni di raccolta, funzione da ricondurre all'attitudine deterrente della sanzione rispetto all'esecuzione di operazioni improduttive di materiale spendibile nell'accertamento, secondo una logica affine a quella che anima la teoria della *exclusionary rule* nordamericana²⁹. Le speculazioni teoriche volte a reclamare la perfetta autonomia tra il sistema delle sanzioni processuali e quello della lesione di situazioni giuridiche individuali dovrebbero tuttavia cedere allora il passo dinnanzi alla constatazione di sano realismo per cui simile autonomia può dirsi esistente solo in astratto.

Il compito di stabilire la portata delle limitazioni all'uso dei contributi irritalmente acquisiti mediante l'OEI è ad ogni modo reso particolarmente arduo nel

del mezzo non venga espressamente considerato dalla legge. Cfr. Cass., sez. VI, 8 marzo 2018, n. 45486, in *CED Cass.* rv274934.

²⁷ È per inciso opportuno precisare che l'eventuale inosservanza delle formalità acquisitive stabilite dalla *lex loci* andrebbero affrontate nell'ambito delle procedure di impugnazione che gli Stati devono assicurare a norma dell'art. 14 della direttiva 2014/41/UE.

²⁸ Cfr. in particolare Cass., sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44154, cit., secondo cui «laddove risulti che l'attività di indagine svolta all'estero sia stata eseguita sulla base di un ordine illegittimo [...] la genesi patologica della prova raccolta all'estero non può che riflettersi sul procedimento penale di destinazione, decretando la inutilizzabilità della prova» stessa.

²⁹ A patto di avere cura di riferire l'inutilizzabilità a qualsiasi impiego degli elementi ottenuti in maniera illegittima, come avevamo già avuto di argomentare in NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria*, cit., 165 ss.

nostro ordinamento dal silenzio serbato sul punto dalla disciplina di recepimento interna, che obbliga a dirimere l'interrogativo ricorrendo alle categorie generali. Ciò non osterebbe secondo un primo indirizzo a desumere almeno in alcuni casi l'esistenza di una patologia³⁰. Altre posizioni sembrano invece negare qualsivoglia rilevanza alle irregolarità nella raccolta transfrontaliera, sulla falsariga delle costruzioni propense a smentire ogni effetto invalidante conseguente a violazioni non espressamente sanzionate con il divieto d'uso³¹.

L'inutilizzabilità discenderebbe poi in questo caso dal mancato rispetto di prescrizioni dettate dalle *lex fori* a fronte di un Ordine di indagine cui è stato comunque dato corso e che costituisce il formale canale acquisitivo dei contributi raccolti all'estero³², e vi sarebbe perciò da superare la difficoltà connessa all'affermazione di una inutilizzabilità derivata verso cui la giurisprudenza continua a dimostrarsi marcatamente ostile³³. Nel caso del trasferimento di risultanze preformate si potrebbe poi addirittura argomentare per la sostanziale irrilevanza delle regole del sistema OEI una volta inquadrato l'incombente alla stregua di una mera trasmissione spontanea che, in quanto tale, prescinderebbe dall'osservanza di formalità di sorta³⁴.

Eppure, muovendo dal presupposto dell'apparente fattibilità di una derivazione invalidante, la Cassazione si è almeno in un caso interrogata circa eventuali conseguenze patologiche legate alla carenza di legittimazione in capo al pubblico ministero per l'emissione dell'Ordine riguardante l'acquisizione delle *chat*, profilo alla ribalta dopo gli ultimi sviluppi del *case-law* europeo³⁵. Il punto più controverso pare ancora una volta quello legato alla particolare fisionomia della dinamica acquisitiva in discussione,

³⁰ V. *supra* nota n. 28.

³¹ Per un esempio, tra i più autorevoli, CORDERO, *Prove illecite*, in ID., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 164 ss. Configura altresì l'inutilizzabilità quale conseguenza di una violazione della sola normativa processuale ordinaria GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 205. Per un inquadramento esaustivo delle problematiche sottese alla materia, con particolare riguardo al tema della prova incostituzionale, DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 75 ss.; nonché C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 150 ss.

³² E non, come pure talvolta sembra ritenere la giurisprudenza, da un'impropria ingerenza nella valutazione circa il rispetto delle formalità imposte dalla *lex loci*.

³³ Cfr., tra le altre, Corte cost., 9 dicembre 2022, n. 247.

³⁴ A meno di non ritenere tale possibilità preclusa in forza di un implicito divieto d'uso a seguito dell'adozione della direttiva 2014/41/UE per ogni acquisizione transfrontaliera perfezionata in maniera conforme alle relative previsioni, come pure sostenuto da DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, in DANIELE - KOSTORIS, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., 184 ss.

³⁵ Il riferimento va evidentemente a Corte giust. UE, Grande Sezione, 2 marzo 2021, causa C-746/18. Si tratta in effetti di un aspetto in relazione al quale si registrano sensibili divergenze nelle scelte degli ordinamenti europei, come posto in evidenza da CAIANIELLO, *Conclusive remarks*, in CAIANIELLO - CAMON (a cura di), *Digital Forensic Evidence. Towards Common European Standards in Antifraud Administrative and Criminal Investigations*, Milano, 2021, 252. Diffusamente, sui contenuti del filone giurisprudenziale in esame e sulle ripercussioni con riferimento all'acquisizione della messaggistica criptata, DINACCI, *I modi acquisitivi della messaggistica chat o e-mail*, cit., 13 ss.

Al tema della necessaria competenza giurisdizionale se ne affianca per vero un altro pure potenzialmente dotato di conseguenze invalidanti inerente alla mancata condivisione da parte delle autorità estere delle tecniche materialmente impiegate per la decrittazione dei messaggi, il che impedirebbe a sua volta di controllare la correttezza del procedimento acquisitivo e la genuinità dei dati inoltrati.

relativa al trasferimento di elementi preformati per la cui condivisione non sarebbe imposto dal diritto interno in una fattispecie puramente nazionale il coinvolgimento dell'organo giurisdizionale, ma che riguarda pur sempre contributi ottenuti mediante invasive captazioni che avrebbero invece necessariamente richiesto l'interessamento di un giudice al momento della loro esecuzione.

La chiave di lettura più convincente per affrontare il problema presuppone di nuovo una delibazione doverosamente estesa all'intera dinamica acquisitiva in rilievo, che eviti cioè di scindere artificiosamente la fase della raccolta probatoria da quella della circolazione del prodotto della ricerca. Traducendo la considerazione alla luce degli istituti interni, e qualificando in accordo all'opinione sostenuta più sopra l'atto oggetto della richiesta di cooperazione alla stregua di un'acquisizione di intercettazioni in altro procedimento, rimarrebbe dunque vero che l'art. 270 c.p.p. non contempla la necessaria autorizzazione del giudice, di tal che anche l'Ordine inoltrato dal pubblico ministero potrebbe apparentemente dirsi legittimo³⁶. D'altro canto, è fondamentale evidenziare che lo stesso art. 270 c.p.p. non può che presupporre la legittima esecuzione delle captazioni nel rispetto dei requisiti previsti a pena di inutilizzabilità dal successivo art. 271 c.p.p., tra i quali figura l'esistenza di una rituale autorizzazione rilasciata dall'organo di massima garanzia³⁷.

In assenza di un simile provvedimento, pure qualora non si volesse far derivare l'inutilizzabilità dei messaggi intercettati dalla diretta applicazione delle regole nazionali ad un'attività materialmente realizzata al di fuori dei confini domestici, un analogo risultato conseguirebbe comunque alla violazione del diritto al rispetto della vita privata sancito dall'art. 8 della Convenzione e.d.u. e dagli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza in forza del mancato coinvolgimento di un'autorità sufficientemente indipendente nel procedimento di autorizzazione del controllo. L'invalidità discenderebbe nella specie in questo caso dall'incostituzionalità affermata attraverso il parametro interposto di cui all'art. 117 Cost.³⁸. Del resto anche lo Stato che riceve il materiale intercettato è pur sempre tenuto al rispetto delle prerogative affermate dalla Convenzione quantunque l'ingerenza originaria non si sia materialmente verificata all'interno del suo territorio³⁹.

³⁶ In base all'art. 27 del d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, il quale alloca la competenza ad emettere l'ordine in capo a giudice e pubblico ministero a seconda delle rispettive attribuzioni.

³⁷ Requisito che parrebbe peraltro rispettato in occasione dell'attivazione delle ricerche mediante captatore eseguite dall'autorità francese. Rimane ovviamente fermo quanto si è già detto *supra* (§ 3) circa la carenza di una base legale per la misura originaria alla luce delle disposizioni del diritto nazionale.

³⁸ In base alla nota teoria della prova incostituzionale affermata per la prima volta in Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34.

³⁹ Cfr., con logica affine a quella che sorregge le argomentazioni sin qui sostenute anche se con precipuo riferimento ai rapporti tra Stati membri del Consiglio d'Europa e Stati terzi, Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, Big brother watch e altri c. Regno Unito, 25 maggio 2021, § 497: «*the protection afforded by the Convention would be rendered nugatory if States could circumvent their Convention obligations by requesting either the interception of communications by, or the conveyance of intercepted communications from, non-Contracting States; or even, although not directly in issue in the cases at hand, by obtaining such communications through direct access to those States' databases. Therefore, in the Court's view, where a request is made to a non-contracting State for intercept material the request must have a basis in domestic law, and that law must be accessible to the person concerned*

5. Quale disciplina per le “nuove” indagini?

Posta la necessità di un coinvolgimento giurisdizionale, rimane a questo punto da chiedersi se possa ritenersi sufficiente lo scrutinio eventualmente condotto nello Stato di esecuzione o se sia al contrario pur sempre imprescindibile anche un vaglio del giudice dello Stato di destinazione, come almeno in un caso ritenuto dalla Cassazione nel momento in cui si è spinta ad affermare che «per l’acquisizione dei risultati di un’intercettazione già svolta all’estero, non è sufficiente che tale prova sia stata autorizzata da un giudice di uno Stato membro nel rispetto della legislazione di tale Stato, ma occorre il controllo – che non può essere affidato che al giudice nazionale dello Stato di emissione – sull’ammissibilità e sulla utilizzazione della prova stessa (l’intercettazione) secondo la legislazione italiana». Una simile verifica potrebbe essere in linea teorica assicurata anche nella fase dell’ammissione della prova nel procedimento interno, alla luce dei parametri forniti dall’art. 190 c.p.p., e in particolar modo di quello della necessaria conformità alla legge, a patto di estendere tale valutazione anche e soprattutto ai connotati dell’intercettazione originaria, senza dunque smentire l’autonoma attribuzione del pubblico ministero all’emissione dell’Ordine avente ad oggetto la mera trasmissione delle captazioni⁴⁰. D’altro canto, una deliberazione da parte del giudice italiano operata alla luce dei parametri del diritto domestico già al momento della richiesta di trasmissione mediante OEI pare in effetti l’unica maniera per assicurare la proporzionalità di una misura – appunto la condivisione transnazionale delle captazioni – che assurge di per sé ad un’ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata ulteriore rispetto a quella che si è già prodotta al momento del controllo e del tutto autonoma dai risvolti legati al futuro ed eventuale impiego processuale di quelle stesse risultanze.

Le considerazioni sviluppate dimostrano dunque come la prospettiva della cooperazione giudiziaria europea tinga di ulteriori sfumature di complessità il tema già di per sé spinoso della regolamentazione delle moderne indagini digitali⁴¹, ed in particolar modo quello del ricorso al polifunzionale strumento del captatore informatico. Come se non bastasse, ed in ciò sta forse il principale elemento d’interesse della vicenda da ultimo venuta all’attenzione delle Corti, gli interpreti si trovano in questo caso ad avere a che fare con un modulo acquisitivo insidioso, caratterizzato dallo scambio transfrontaliero di elementi già a disposizione delle autorità dello Stato estero ma pur sempre ottenuti mediante operazioni ad alto tasso di intrusività. Come si è tentato di

and foreseeable as to its effects».

⁴⁰ Si sofferma sul controllo giurisdizionale successivo garantito nel procedimento *ad quem* in occasione dell’acquisizione delle intercettazioni, Cass., sez. VI, 15 gennaio 2024, n. 2329, cit., cui si rinvia anche per i pertinenti riferimenti giurisprudenziali relativi all’art. 270 c.p.p.

⁴¹ Su cui già in passato, tra gli altri, DANIELE, *La vocazione espansiva delle indagini informatiche e l’obsolescenza della legge*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 831 ss.; LUPÁRIA, *Computer crimes e procedimento penale*, in GARUTI (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, t. I, Torino, 2011, 369 ss. Con più specifico riferimento alla “remotizzazione” ascrivibile all’impiego del captatore informatico e ai riflessi sugli istituti della cooperazione giudiziaria, si veda anche MAGGIO, *Intercettazioni no limits: il captatore informatico “per istradamento”*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, 459 ss.

sostenere, focalizzandosi esclusivamente sul problema della qualificazione del prodotto di quelle ricerche si rischia di perdere di vista la reale entità del *vulnus* inferto a monte alle prerogative dei singoli.

Proprio i connotati dell'ingerenza dovrebbero idealmente rappresentare il principale criterio da sfruttare per individuare il trattamento normativo da riservare alle più evolute misure di sorveglianza investigativa, abbandonando il procedimento logico che pretende invece di desumere il regime giuridico cui assoggettare le operazioni affidandosi a categorie difficilmente adattabili alla "fluidità" dei nuovi mezzi di ricerca della prova. Quest'ultimo approccio si presta oggi ad essere troppo facilmente strumentalizzato in forza degli inediti margini di discrezionalità operativa a disposizione degli inquirenti, che rendono difficile, per non dire impossibile, l'inquadramento dei controlli entro schemi rigidi e ben definiti, con l'effetto di rendere virtualmente sostenibile ogni esito interpretativo a patto di avere l'accortezza di privilegiare l'angolatura maggiormente funzionale a preservare l'efficacia probatoria delle risultanze acquisite.

Si avverte perciò l'esigenza di un mutamento piuttosto radicale nella filosofia che anima cadenze interpretative proprie di una realtà socio-culturale, prima ancora che giuridica, ormai superata. Un cambiamento tanto significativo non può prescindere da uno sforzo di tipizzazione legislativa, tanto più in relazione ad attività ormai entrate a far parte delle tecniche comunemente impiegate, come nel caso di specie testimoniato dalle numerose problematiche provocate dal vuoto normativo che interessa ancora l'apprensione di corrispondenza in epoca successiva all'esaurimento dello scambio comunicativo, eventualità ormai frequente nella prassi ma ancora immotivatamente destinataria di tutele deteriori rispetto ad altre misure dotate di paragonabile invasività.

La strategia verosimilmente dotata di maggiori prospettive di successo in una cornice tanto complessa e frastagliata sembra quella che passa dall'affermazione di pochi ma saldi e inderogabili principi, che si snodino dalle fasi precedenti alla raccolta a quella dell'impiego processuale dei dati, nella consapevolezza di fondo che, per preservare l'efficacia dissuasiva delle prescrizioni che si andranno ad introdurre ogni deviazione da quei canoni dovrebbe necessariamente tradursi in una preclusione assoluta all'uso del materiale illegittimamente ottenuto.

Un punto di partenza piuttosto solido è offerto dai principi nel tempo enucleati dalla giurisprudenza europea con riferimento al bilanciamento tra aspettative di riserbo e ingerenze investigative del potere pubblico⁴². Si tratta peraltro di assunti che dovranno essere tenuti attentamente in considerazione anche di qui a breve, allorquando risultati in buona parte analoghi a quelli procurati dalle misure oggetto del contrasto giurisprudenziale che attualmente imperversa potranno essere raggiunti persino senza la mediazione dell'autorità estera, attingendo direttamente alle informazioni a disposizione dei *provider* stranieri⁴³. Appare dunque quanto mai impellente l'esigenza di

⁴² Si pensi ai criteri analiticamente enumerati dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo attraverso cui valutare la compatibilità con il diritto al rispetto della vita privata di un'ingerenza caratterizzata dall'esecuzione di intercettazioni di massa in *Big Brother Watch* e altri c. Regno Unito, cit., § 361.

⁴³ Come consentito dal recente regolamento 2023/1543/UE relativo agli ordini europei di produzione e agli

un accorto bilanciamento tra le contrapposte esigenze in gioco per scongiurare il predominio di un valore a scapito dell'altro.

ordini europei di conservazione di prove elettroniche nei procedimenti penali.

DECIFRARE, ACQUISIRE E UTILIZZARE LE COMUNICAZIONI CRIPTATE IN USO ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA: UNO SGUARDO EUROPEO, IN ATTESA DEL COUNT-DOWN ITALIANO (*)

di Simona Ragazzi e Filippo Spiezia

L'ingresso del digitale nella vita delle organizzazioni criminali ne ha cambiato i connotati, abilitandole, tra l'altro, al ricorso a sofisticate piattaforme telematiche criptate, in grado di preservare l'impenetrabilità delle comunicazioni.

Il fruttuoso sviluppo di tecnologie in grado di infiltrarne i server di appoggio, ad opera di alcuni Paesi della UE riuniti in più squadre investigative comuni, supportate da Europol, ha generato una copiosa mole di dati 'in chiaro', messi a disposizione di tutti i Paesi interessati, compresa l'Italia, tramite Eurojust. Ne è scaturito, tra l'altro, un sinergico lavoro del desk italiano di Eurojust di assistenza alle autorità giudiziarie italiane richiedenti tali dati con ordini europei di indagine. In molti Paesi europei ne è inevitabilmente derivato uno stimolante contenzioso giudiziario sulle 'giuste' forme di acquisizione dei dati e sui limiti di utilizzabilità di prove raccolte all'estero, dibattito approdato di recente anche alla Corte di Giustizia della EU.

In attesa dell'esito del ricorso pregiudiziale alla CGUE e a ridosso della decisione delle Sezioni Unite della Cassazione italiana su tali nodi critici, si propone una cronistoria del lavoro di disvelamento e condivisione tra Stati delle chat deciptate e una rassegna ragionata dei principali approdi giurisprudenziali a livello europeo, con lo sguardo rivolto alle possibili soluzioni interne e alle imminenti riforme sulle modalità di acquisizione della corrispondenza telematica.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il disvelamento delle piattaforme di comunicazioni criptate e il supporto delle agenzie europee di cooperazione giudiziaria e di polizia. – 3. L'impegno di Eurojust e del Desk italiano nell'assistenza ai procedimenti penali interni. – 4. Cenni sulle pronunce di altre corti superiori europee. – 5. Il dibattito nella giurisprudenza italiana. – 6. L'attesa prossima pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Le conclusioni dell'Avvocato generale. – 7. Tirando le fila...

1. Premessa.

La criminalità, specie organizzata, ha colto da tempo le opportunità offerte dalla evoluzione tecnologica, sia per utilizzare nuove modalità comunicative in ambito

(*) Il presente lavoro costituisce il frutto di una riflessione congiunta dei due autori. Tuttavia, Filippo Spiezia ha redatto i paragrafi 1 e 2, mentre Simona Ragazzi i paragrafi 3, 4, 5 e 6; il paragrafo 7 sulle conclusioni costituisce frutto di redazione comune e condivisa; infine, anche le parti elaborate separatamente sono state oggetto di un comune lavoro di coordinamento.

criminale, sia commettendo reati sul web. Oggi i criminali hanno a “*portata di cloud*” un numero impressionante di informazioni ed hanno fatto ricorso al computer ed agli apparati di comunicazione digitale per commettere e sperimentare modalità inedite di consumazione delle attività illecite, anche “tradizionali”, seppur lasciandone digitalmente traccia (si pensi alle forme di comunicazione anonima, su Dark Web o il ricorso a sistemi TOR ed a forme di comunicazioni criptate).

Il quadro complessivo ci restituisce il dato di organizzazioni criminali in continua evoluzione, grazie alla incredibile capacità di attingere al progresso tecnologico, esibendo un know how digitale che ha costituito l’indice evidente della loro trasformazione ed il fattore moltiplicatore del mutamento e del loro potenziamento operativo. *L’ingresso del digitale nella vita di organizzazioni e reti criminali ne ha cambiato i connotati*: esse esibiscono una straordinaria vitalità delle tecniche di elusione di ogni controllo collegata alla capacità, non solo del crimine organizzato mafioso, di dotarsi di tecnologie in grado di preservarne l’impenetrabilità: piattaforme criptate e ricorso al *dark web* per le ordinarie comunicazioni telematiche, sofisticati sistemi di sorveglianza elettronica delle aree di interesse, ossessiva cura della segretezza di movimenti e comunicazioni dei vertici dei gruppi criminali.

Si innesta, su tale avanzata capacità tecnologica, anche l’acquisita capacità senza precedenti di sviluppare dimensioni operative a rete (sinergie tra network criminali) e, dall’altro, economie di scala nella loro azione criminale, in grado di organizzare una suddivisione di compiti operativi nel quadro di un progressivo affinamento delle strategie criminali.

Queste ultime conoscono ormai il cambiamento del modello di business, che proietta le medesime in una dimensione affaristica su scala globale, privilegiando la dimensione imprenditoriale rispetto a quella di aperto e visibile contrasto armato e criminale, prevalendo l’esigenza dello sfruttamento delle enormi ricchezze illecite derivanti dai traffici di droga, con il coinvolgimento di esponenti di spicco in sofisticare operazioni di ingegneria finanziaria, su scala nazionale, europea ed internazionale, ancora una volta con il ricorso allo strumento digitale.

Lo stesso dicasi per quanto riguarda la minaccia terroristica, dove l’uso del digitale è per certi versi ancora più marcato. L’utilizzo di siti web, di social networks o di forum e piattaforme online per lo scambio e diffusione di materiale propagandistico, di stampo terroristico, finalizzati al reclutamento, indottrinamento, finanziamento, promozione o incitamento ad atti terroristici e/o l’utilizzo di tecnologia informatica al fine di concretizzare attacchi verso sistemi informatici per scopi terroristici è attualmente uno degli strumenti più potenti in mano ai jihadisti, al pari di armi o esplosivi. Anche qui si può parlare di una modifica genetica.

2. Il disvelamento delle piattaforme di comunicazioni criptate e il supporto delle agenzie europee di cooperazione giudiziaria e di polizia.

Per comprendere la natura degli strumenti di cooperazione giudiziaria internazionale attraverso i quali si è dato ingresso ai materiali derivanti dalla

decriptazione dei flussi comunicativi in chat telefoniche criptate, è necessario risalire alle origini dei procedimenti penali esteri, nei quali l'attività investigativa è stata primariamente svolta e alle caratteristiche delle piattaforme di telecomunicazioni criptate che ne sono state oggetto.

Encrochat è il nome della società che vendeva il servizio di messaggistica criptata, denominato appunto Encrochat, utilizzato da numerose organizzazioni criminali in Europa e nel resto del mondo. Encrochat presentava il proprio servizio come inattaccabile e garantiva che le comunicazioni tra i suoi clienti non avrebbero potuto essere intercettate o violate in alcun modo. Il servizio e i relativi telefoni personalizzati erano emersi nell'ambito di indagini svolte nel 2017 da parte della Gendarmeria nazionale francese, la quale verificava che tale piattaforma operava da un server localizzato a Roubaix, Francia. Hotspots di utenti erano poi particolarmente diffusi nei Paesi di approvvigionamento e destinazione dei grandi mercati della cocaina e della cannabis, così come nei tipici siti di riciclaggio dei proventi.

Più in dettaglio, la piattaforma di telecomunicazioni EncroChat (analoghe caratteristiche presenterà anche Sky-Ecc, subentrata alla "scomparsa" della prima) proponeva agli utenti servizi di telecomunicazioni "sicuri", basati su criptofonini modificati nel software e nell'hardware, così da risultare insuscettibili di essere hackerati/intercettati da terzi.

Gli 'smartphone' EncroChat garantivano pieno anonimato e riservatezza dei contenuti comunicativi: nessuna correlazione tra un account del cliente e il dispositivo o una sim-card, non tracciabilità dell'acquisto (non possono essere acquistati presso punti vendita autorizzati, ma solo da speciali rivenditori e attraverso canali anonimi, all'elevato prezzo di circa 1.600 euro da pagarsi in contanti o in criptovalute), sistema operativo duale con una interfaccia criptata, rimozione di telecamera, microfono, GPS, porta usb; autodistruzione dei messaggi scambiati tra gli utenti mediante uno speciale codice pin o scrivendo più volte consecutivamente una password errata (con conseguente cancellazione immediata di tutti i dati della memoria) e, infine, centri assistenza da remoto o rivenditori in grado di cancellare tutti i dati del dispositivo, ove necessario. Profili di opacità avvolgevano la società apparentemente titolare della app, gli amministratori e la sede legale.

Solo nella prima metà del 2020 le forze dell'ordine sono riuscite a ottenere l'accesso ai messaggi scambiati tramite detto servizio. Gli inquirenti francesi sviluppavano un software del tipo *trojan horse*, che veniva caricato nel server di Roubaix in Francia nei primi mesi del 2020 e da lì installato nei dispositivi mobili degli utenti attraverso un simulato aggiornamento di sistema. La Gendarmeria costituiva una task force, la quale, sotto la supervisione della magistratura e dietro autorizzazioni del giudice istruttore di Lille, monitorava le comunicazioni di migliaia di sospetti criminali, portando all'apertura di un elevato numero di ulteriori sotto-procedimenti.

In precedenza, nel 2019, il Desk francese di Eurojust, su richiesta delle proprie autorità giudiziarie nazionali, aveva aperto un caso verso i Paesi Bassi a supporto dell'attività investigativa svolta con riguardo a organizzazioni criminali internazionali sospettate di utilizzare detta modalità di comunicazione per pianificare le proprie azioni. I dati acquisiti nel corso delle indagini dagli investigatori francesi sono stati condivisi

nell'immediato con i Paesi Bassi e nella primavera del 2020 Eurojust ha facilitato la creazione di una squadra investigativa comune (SIC) tra i due Stati, supportata da Europol.

Nei Paesi Bassi, l'indagine penale è stata condotta dalla Procura nazionale olandese e le informazioni ottenute sono confluite in numerose indagini penali.

Attraverso la squadra investigativa comune sono stati intercettati e identificati location, traffico e comunicazioni, inclusi i testi e le immagini, trasmessi all'interno di chat ad uso degli utenti della piattaforma¹.

All'esito dei primi mesi di investigazioni le autorità francesi verificavano che circa il 63,7% dei criptofonini attivi in Francia erano utilizzati per scopi criminali, mentre per il restante 36,3% sono parzialmente inattivi o non ancora scrutinati, concludendone che di fatto i telefonini Enchochat (ma analoghe verifiche valgono per la successiva piattaforma Sky-ecc) erano appannaggio di una clientela pressoché esclusivamente criminale.

Eurojust ha facilitato in modo decisivo la cooperazione giudiziaria, supportando la squadra investigativa comune, le richieste di cooperazione giudiziaria, la realizzazione di riunioni di coordinamento, la soluzione di problematiche investigative pratiche e tecnico-giuridiche riguardanti, ad esempio, la pendenza di procedimenti penali paralleli e questioni di giurisdizione.

È stato, così, possibile ricostruire in sede investigativa numerose e pericolose attività criminali di carattere nazionale e transnazionale e pervenire all'arresto di decine di indagati anche in Stati non partecipanti alla squadra investigativa comune. Molte di queste indagini hanno riguardato il traffico internazionale di droga e delitti commessi con l'uso di violenza.

Al luglio del 2020, in particolare, l'indagine ha condotto all'arresto di 60 sospettati, al sequestro di stupefacente (più di 10.000 kg. di cocaina, 70 kg di eroina, 12.000 kg di cannabis, 1.500 kg di droghe sintetiche e 160.000 litri di sostanze usate per la produzione di droghe sintetiche), allo smantellamento di 19 laboratori di droghe sintetiche, oltre che al sequestro di decine di armi da fuoco (automatiche), 25 automobili e circa 20 milioni di euro in contanti.

L'intercettazione dei messaggi di Encrochat si è conclusa il 13 giugno 2020, quando la società si è resa conto che gli investigatori erano riusciti a penetrare nella piattaforma. In quel momento Encrochat ha inviato un avviso a tutti i suoi utenti consigliando loro di disfarsi immediatamente dei telefoni.

Nel marzo 2021 con comunicato congiunto Europol - Eurojust veniva annunciato lo sblocco della crittografia e dunque il riuscito monitoraggio dell'ulteriore strumento di comunicazioni criptate Sky ECC², ad opera di una distinta squadra investigativa comune

¹ Comunicato congiunto delle due Agenzie in: <https://www.eurojust.europa.eu/news/dismantling-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe>

² <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/new-major-interventions-to-block-encrypted-communications-of-criminal-networks>

La nuova piattaforma di messaggistica elettronica era protetta da un programma di crittografia asimmetrica, denominato "Sky ECC", in quanto fondato sull'impiego della curva ellittica, che è un particolare tipo di

tra Belgio, Francia e Paesi Bassi, supportata dalle due agenzie europee. Le autorità giungevano a monitorare il flusso di informazioni di circa 70.000 utenti, rilevando, tra l'altro, che molti utenti di EncroChat, dopo la rivelazione della avvenuta decriptazione, erano passati alla nuova piattaforma.

Nel caso di Sky Ecc la società distributrice – la canadese “Sky Global” – aveva installato sofisticati software di crittografia su apparecchi nativi iPhone, Google Pixel, Blackberry e Nokia, permettendo anche in tal caso la comunicazione tra utenti su reti riservate, che si appoggiavano a server crittografati localizzati in Canada e Francia.

3. L'impegno di Eurojust e del Desk italiano nell'assistenza ai procedimenti penali interni.

Le due Squadre Investigative Comuni hanno reso possibile intercettare, condividere e analizzare milioni di messaggi scambiati fra membri di organizzazioni criminali, permettendo alle autorità di polizia e giudiziarie anche italiane, a seguito della esecuzione degli ordini di indagine europei inviati alla competente autorità giudiziaria francese, di arricchire il proprio patrimonio informativo e indagare in modo efficace le più diverse fattispecie criminose.

La straordinaria novità dell'operazione investigativo-giudiziaria in esame è scaturita proprio dal fatto che attraverso la diretta (e tecnicamente necessaria) intercettazione di *server* centrali, autorizzata secondo il diritto francese, è approdata al contestuale disvelamento di una mole copiosissima di dati comunicativi, afferenti a decine di migliaia di utenti, molti dei quali divenuti oggetto di specifico interesse investigativo in autonomi procedimenti penali intrapresi da Paesi ‘terzi’.

Attraverso una videoconferenza del marzo 2020 Eurojust forniva informazioni ai Paesi UE riguardanti le misure di intercettazione su EncroChat in corso in Francia e la volontà delle Autorità francesi di mettere a disposizione e trasferire tali dati ai Paesi interessati. In altri termini, poiché questi dati non riguardavano solo le reti criminali localizzate in Francia o nei Paesi Bassi, le autorità francesi manifestavano la volontà di condividerli da allora con tutti i Paesi che ne avrebbero fatto formale richiesta.

Analogamente avveniva un anno dopo a seguito del disvelamento della piattaforma Sky ECC.

I dati comunicativi acquisiti sono stati dunque trasmessi nel quadro della JIT Francia - Paesi Bassi (e di quella successiva tra Francia – Paesi Bassi e Belgio) e sulla base di Ordini Europei di Indagine e Rogatorie emesse dai Paesi interessati. Le autorità francesi hanno ottenuto altresì l'assistenza di Eurojust nel monitorare le decisioni nazionali pertinenti e fornire un'analisi giuridica.

Per quanto concerne il nostro Paese, si è avviato un modulo operativo in virtù del quale il Desk italiano di Eurojust dal 2020 a oggi ha veicolato al corrispondente Desk francese ogni ordine di indagine europeo emesso dal pubblico ministero interessato e

crittografia, identificata dall'acronimo ECC: *Elliptic Curve Cryptography*.

finalizzato ad ottenere dall'autorità giudiziaria francese (tribunale di Lille o di Parigi, secondo il caso), l'autorizzazione ad acquisire e rendere utilizzabili processualmente i dati di proprio interesse nel procedimento penale italiano. L'autorizzazione e i dati così ottenuti sono stati poi trasmessi dal Desk italiano all'autorità giudiziaria italiana in forma di supporto digitale. Tale rilevante segmento del lavoro del Desk è sfociato nella apertura e proficua gestione di 373 casi Sky ECC e 150 casi Encrochat (corrispondenti, per lo più, ad altrettanti procedimenti penali interni).

Parallelamente, il Desk italiano ha partecipato a un lavoro collettaneo di Eurojust di continuo monitoraggio, raccolta e analisi dei ricorsi, degli argomenti presentati dalle difese o dai procuratori e delle decisioni prese da varie corti nazionali sul tema, e ha fornito e continua a fornire alle autorità giudiziarie italiane, tramite apposite note del Membro Nazionale, linee guida per l'acquisizione giudiziaria dei dati, report esplicativi integrativi (quali quelli, frutto di interlocuzione diretta con il Desk francese, contenenti i provvedimenti autorizzatori francesi, la dettagliata esposizione delle tecniche di intercettazioni adottata, la specificazione della natura dei dati trasmessi alla AG italiana, costituenti solo chat e non anche flussi comunicativi *attivi*, etc.), rassegne della giurisprudenza della CGUE e della Corte europea dei diritti dell'uomo relative all'ammissibilità delle prove e all'acquisizione di dati su larga scala e decisioni note delle corti nazionali.

4. Cenni sulle pronunce di altre corti superiori europee.

La graduale acquisizione con OIE verso la Francia e l'utilizzazione processuale dei dati ricavati dalla infiltrazione delle piattaforme EncroChat e Sky-Ecc in vari Paesi europei (in Italia riguardo, allo stato, con riferimento alla adozione di ordinanze applicative di misure cautelari personali) ha generato un'inevitabile contenzioso dinanzi alle corti nazionali.

In via generale, le corti finora adite hanno avallato l'utilizzo processuale dei dati acquisiti tramite ordini di indagini europei emessi da organi inquirenti nazionali verso la Francia, evidenziando la non sindacabilità del meccanismo di acquisizione della prova all'estero, ed escludendo che raccolta dei dati operata in tali casi sia assimilabile a una forma di "sorveglianza di massa" e che dunque possa ricadere nell'ambito applicativo della direttiva europea su e-privacy e service providers, e ciò anche in ragione delle caratteristiche operative delle piattaforme comunicative in esame e della loro strutturale funzionalità agli interessi della criminalità organizzata.

Si accennerà ad alcune delle decisioni più interessanti, senza pretesa di completezza. Non può che muoversi dalle pronunce delle corti superiori francesi. È essenziale premettere che il codice di procedura penale francese, all'art. 706-102-1 e ss., nel permettere il ricorso al captatore informatico per delitti di particolare gravità, tra cui quelli di criminalità organizzata, assoggetta le relative operazioni tecniche, ove

compiute con risorse dello Stato, al segreto di difesa nazionale³. Il provvedimento che autorizza l'uso del dispositivo tecnico, a pena di nullità, deve specificare il reato che motiva l'uso di tali operazioni, l'esatta ubicazione o la descrizione dettagliata dei sistemi automatizzati di trattamento dei dati, la durata delle operazioni (art. 706-102-3 c.p.p.). I dati raccolti nell'ambito delle indagini giudiziarie (intercettazioni di conversazioni, dati di connessione, geolocalizzazione, ecc.) sono poi centralizzati ed elaborati dall'Agenzia nazionale per le tecniche di indagine giudiziaria digitale (*Agence nationale des techniques d'enquêtes numériques judiciaires, Antenj*)⁴.

Allo stesso modo sono soggette al segreto di difesa nazionale le operazioni di 'decriptazione' di dati informatici, ai sensi dell'art. 230-1 e ss. del c.p.p. Tale diversa fattispecie prevede che, salvo il segreto di difesa nazionale, i risultati delle attività di decriptazione siano accompagnati da informazioni tecniche utili alla comprensione e all'utilizzo dei risultati, unitamente a un certificato firmato dal responsabile dell'organismo tecnico che attesti la genuinità dei risultati trasmessi.

Il Consiglio costituzionale francese, adito dalla Corte di Cassazione (dinanzi alla quale era stata impugnata la decisione della Corte d'appello di Nantes che aveva rigettato le eccezioni difensive di mancato rispetto delle garanzie di cui all'art. 230-3 c.p.p. e comunque che aveva contestato la opposizione del segreto di difesa nazionale), con decisione dell'8.4.2022 statuiva che le previsioni del codice di procedura penale che consentono agli investigatori di porre il segreto di difesa nazionale⁵ in relazione a determinate informazioni afferenti a speciali tecniche investigative, come quelle comportanti la infiltrazione di dispositivi elettronici e la decriptazione di dati informatici (artt. 230-1, 230-2, 230-3, e poi 706-102-1 c.p.p.) non violano i diritti degli accusati ad un rimedio giudiziario effettivo, né il diritto alla riservatezza, la libertà di espressione o qualsiasi altro diritto sancito dalla costituzione. Rientra, infatti, nei poteri del legislatore assicurare il bilanciamento tra i diritti di difesa e il principio del contraddittorio, da una parte, e le esigenze, di pari rango costituzionale, di accertamento dei reati e di salvaguardia degli interessi fondamentali della nazione, tra i quali rientra

³ Articolo 706-102-1 (Traduzione non ufficiale, ricavata dal Dossier cit. in nota 7): «Quando l'esigenza investigativa concernente un reato rientrante nel campo di applicazione dell'articolo 706-73 lo imponga, il giudice istruttore, previo parere del procuratore della Repubblica, può autorizzare con ordinanza motivata gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria incaricati del caso di mettere in atto un dispositivo tecnico avente per scopo, senza il consenso degli interessati, quello di accedere ovunque, ai dati informatici, registrarli, conservarli e trasmetterli, tal quali sono memorizzati in un sistema informatico, tal quali sono visualizzati su uno schermo per l'utente di un sistema di elaborazione dati automatizzato, tal quali sono inseriti da quest'ultimo mediante la digitazione di caratteri o così come sono ricevuti e trasmessi da periferiche.

Il procuratore della Repubblica o il giudice istruttore possono nominare ogni persona fisica o giuridica abilitata e iscritta in una delle liste di cui all'articolo 157 per effettuare le operazioni tecniche che permettono la realizzazione del dispositivo menzionato nella prima linea del presente articolo. Il procuratore della Repubblica o il giudice istruttore possono altresì disporre l'impiego di risorse dello Stato sottoposte al segreto della difesa nazionale, secondo le forme previste al capitolo primo del titolo quarto del libro primo».

⁴ Utili indicazioni si trovano nel Dossier del Senato della Repubblica: "Intercettazioni: profili di diritto comparato, aprile 2023, in: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01374063.pdf>

⁵ Sul segreto della difesa nazionale del diritto francese:

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_SegretoStato_28032012.pdf

il segreto di difesa nazionale, dall'altra. Il Consiglio proseguiva ricordando che, è vero che le speciali tecniche di investigazione applicabili alla criminalità organizzata, tra i quali la captazione di dati informatici, sono sottoposti al segreto di difesa nazionale, ma si può ricorrere a tali strumenti solo previa autorizzazione del giudice della libertà e della detenzione o del giudice istruttore e solo se giustificati dalla necessità di una indagine relativa a crimini di particolare gravità e complessità; inoltre, restano versati al fascicolo del procedimento l'ordinanza motivata del giudice che ha autorizzato il dispositivo captatore contenente, a pena di nullità, un insieme di informazioni basilari, e ancora il processo verbale di intrapreso servizio e il processo verbale contenente l'insieme dei dati recepiti, accompagnato da un'attestazione della genuinità dei risultati trasmessi.

I successivi approdi della Corte di Cassazione francese (decisione del 10.5.2023 e decisione del 5.9.2023, quest'ultima nell'ambito del caso pilota approdato alla Corte d'Appello di Metz, che aveva deciso il 12.1.2023, su rinvio della Cassazione a seguito del Consiglio costituzionale) hanno poi operato un ulteriore distinguo, precisando che gli artt. 230-1 e ss. (che imporrebbero gli adempimenti supplementari del certificato attestante la veridicità dei dati e della specificazione dei dettagli tecnici delle operazioni di acquisizione dei dati) non vengono in rilievo rispetto all'acquisizione, a valle, dei dati EncroChat ad opera della polizia giudiziaria, poiché essa ha riguardato dati ormai in chiaro e non più criptati⁶.

La Corte di giustizia federale tedesca (*Bundesgerichtshof*) con decisione del 2 marzo 2022, ha ritenuto valida l'utilizzazione delle chat acquisite dalle AG tedesche tramite OIE verso la Francia⁷.

Essa ha, in sintesi, stabilito che: a) l'atto di indagine originario adottato dall'autorità giudiziaria francese non possa essere valutato secondo i parametri del diritto tedesco; pertanto non è dirimente stabilire se una certa misura investigativa adottata in Francia avrebbe potuto essere ordinata in Germania; il riesame del diritto straniero non è un prerequisito per il trasferimento di prove ottenute dall'autorità giudiziaria francese in base al diritto francese nei procedimenti penali in Germania; i differenti prerequisiti per adottare una misura tra Francia e Germania possono trovare il loro bilanciamento in base all'articolo 261 del codice di procedura penale tedesco (che definisce il principio del libero convincimento del giudice nella valutazione della prova); 2) non c'è violazione di diritti umani fondamentali o di principi fondamentali del diritto europeo o di quello dell'ordine pubblico, in quanto gli investigatori in Francia non hanno attuato una forma di 'sorveglianza di massa' di un largo numero di utenti di telefonia

⁶ In altri termini, le relative operazioni si fondano sulla infiltrazione di dispositivi mediante captatore informatico sulla scorta dell'art. 706-102-1 del codice di procedura penale; non viene, perciò, in rilievo una attività di 'decriptazione' quale quella prevista dall'art. 230-1 e 230-2 (i dati sono stati acquisiti dalla PG in "forma non crittografata"), e dunque non vi è, a carico degli inquirenti, alcun onere di certificare la validità di quei dati né di fornire i dettagli tecnici delle operazioni compiute ai sensi dell'art. 230-3. Allo stesso modo la decisione della Corte di Metz, di cui tuttavia si conoscono soltanto lanci di stampa e non il testo, ha ritenuto che la sezione del codice di procedura penale francese che richiede la certificazione non si applichi alla operazione EncroChat.

⁷ <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2022/2022038.html>

mobile; piuttosto EncroChat si è rivelato un network appositamente studiato quale supporto ad attività criminali, ha operato in segreto e, stando ai primi risultati dell'investigazione, i suoi dispositivi sono stati appannaggio esclusivo di gruppi criminali organizzati, coinvolti in particolare nel traffico di stupefacenti, armi e nel riciclaggio, essi non erano disponibili nella normale rete di distribuzione e comportavano costi elevati; 3) non è vietata l'acquisizione preventiva degli elementi investigativi in parola attraverso un trasferimento di *intelligence* nel procedimento penale prima dell'adozione dell'ordine europeo di indagine, e ciò in virtù del consolidato principio che legittima la trasmissione spontanea di informazioni di polizia tra Stati.

Il Tribunale del Land di Berlino (Landgericht Berlin) con decisione del 19/10/2022 ha, tuttavia, poi attivato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'unione europea, sotto il profilo della invocata interpretazione conforme della direttiva 2014/41 sull'ordine di indagine europeo.

Di notevole rilievo è la decisione adottata dal Corte Suprema (*Hoge Raad*) dei Paesi Bassi in data 13.6.2023 su domanda pregiudiziale della Corte distrettuale dei Paesi Bassi Settentrionali.

La decisione contiene innanzitutto un'accurata ricostruzione di tutti i passaggi dei procedimenti penali olandesi nei quali, nel contesto della di una squadra investigativa comune con la Francia nel caso EncroChat e con Francia e Belgio nel caso Sky ECC, sono state effettuate le operazioni di infiltrazione e intercettazione dei server delle due piattaforme⁸. Per tale ragione la situazione olandese è peculiare, poiché le autorità giudiziarie olandesi sono state investite fin dall'inizio delle indagini da attività investigative dirette, che sono sfociate anche in provvedimenti autorizzatori del giudice istruttore competente.

Nel caso Encrochat prima dell'installazione del dispositivo di intercettazione sul server di Roubaix da parte delle autorità francesi e con l'autorizzazione del giudice francese, il pubblico ministero (olandese) ha chiesto e ottenuto dal proprio giudice istruttore l'autorizzazione a emettere un ordine per penetrare e indagare su un lavoro automatizzato e registrare le (tele)comunicazioni; le informazioni così ottenute dalle autorità francesi sono state successivamente condivise (in diretta) con le autorità olandesi in base all'accordo concluso in relazione alla creazione della squadra investigativa comune.

Quanto all'indagine sugli utenti di SkyECC, prima che le autorità francesi collegassero e attivassero la tecnologia sviluppata nei Paesi Bassi che consentiva di decriptare il traffico di messaggi, la procura (olandese) ha richiesto un mandato al giudice istruttore per emettere un ordine di registrazione delle telecomunicazioni. Sono state inoltre richieste autorizzazioni per l'emissione di un ordine di penetrazione e perquisizione di un'opera automatizzata.

La Hoge Raad olandese, muovendo dai ricorsi proposti, ha tuttavia sviluppato conclusioni articolate e più generali, di seguito sintetizzate, che tengono conto di tutte le

⁸Per la lettura integrale della sentenza in inglese:

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/#/details?id=ECLI:NL:HR:2023:913>

possibili opzioni, anche relative all'ipotesi in cui, analogamente al caso italiano, i Paesi Bassi non facessero parte delle investigazioni in cui i risultati sono stati raccolti (par. 6.21 – 6.28):

- a) se l'esecuzione di una misura investigativa all'estero avviene sotto la responsabilità di un'autorità straniera, i requisiti previsti dal diritto processuale penale olandese per l'applicazione del relativo potere in un'indagine nazionale sui reati devono essere soddisfatti solo se l'applicazione del potere investigativo avviene su iniziativa delle autorità olandesi. Ciò significa: su richiesta dei Paesi Bassi – in relazione o meno alle azioni di una squadra investigativa comune – o sulla base di un OIE emesso dai Paesi Bassi. Se in base al codice processuale penale olandese è richiesta l'autorizzazione del giudice istruttore, tale autorizzazione deve essere ottenuta prima che all'autorità straniera venga richiesto di esercitare un potere investigativo o che venga emesso un OEI in vista dell'esecuzione di un atto investigativo;
- b) il requisito dell'autorizzazione del giudice istruttore non si applica nel caso in cui l'indagine in questione si svolga o si sia già svolta su iniziativa delle autorità straniere, dopo di che queste ultime – su richiesta o meno delle autorità olandesi o dopo che le autorità olandesi hanno emesso un OIE a tal fine – rendono disponibili i risultati dell'indagine. La legge non richiede il rilascio di un'autorizzazione da parte del giudice istruttore per l'utilizzo esclusivo in un procedimento penale nei Paesi Bassi dei risultati di una ricerca svolta o già svolta su iniziativa e sotto la responsabilità dell'autorità straniera.
- c) le decisioni dell'autorità giudiziaria straniera su cui si basano le misure investigative di raccolta dei dati vanno rispettate e non possono essere sindacate, salvo che siano state ritenute illegali nell'ambito del procedimento penale in cui originano;
- d) il giudice dello Stato che acquisisce tali atti deve partire dall'assunto che la raccolta di tali dati sia avvenuta in maniera affidabile nello Stato richiesto, mentre è tenuto a esercitare un vaglio di affidabilità solo quando, a prescindere dai rilievi delle parti, emergano concrete indicazioni di inaffidabilità;
- e) il giudice dovrà solo “prestare attenzione” alle modalità con cui i risultati delle indagini condotte all'estero sono stati conseguiti, laddove tali modalità siano rilevanti per la valutazione della prova ai fini del rispetto delle garanzie del giusto processo (e – precisa dopo – sempre con i limiti della valutazione di prove raccolte sotto l'egida di AG straniera);
- f) allo stato della legislazione olandese non è richiesta un'autorizzazione giudiziaria preventiva per raccolta di dati acquisiti in un autonomo procedimento penale straniero salva l'ipotesi in cui le intercettazioni si svolgano nei confronti di bersagli allocati sul territorio olandese e pur sempre nei limiti di cui all'articolo 31 della direttiva OIE ovvero nei termini del codice di procedura penale olandese in caso di rapporti con Stati che non riconoscono l'OIE;
- g) il pubblico ministero è, tuttavia, libero di chiedere al giudice un'autorizzazione, ancorché non prevista e non imposta dal codice, tenuto conto delle peculiari circostanze del caso; ciò, per esempio, lì dove in un contesto di investigazioni

transfrontaliere si ricorra a tecnologie non conosciute all'ordinamento olandese; così, nel contesto della raccolta su larga scala di dati relativi alle critto-comunicazioni, i motivi per richiedere tale autorizzazione potrebbero scaturire dal fatto che: (1) le autorità straniere hanno già proceduto o procederanno di propria iniziativa a raccogliere i dati sotto la loro responsabilità; (2) sono state ottenute o saranno ottenute grandi quantità di dati che, da un lato, possono essere di grande valore non solo per l'indagine in cui viene richiesta l'autorizzazione, ma anche in vista di altre (future) indagini penali e, d'altra parte, i dati possono includere persone che, al momento della loro acquisizione, non sono (ancora) identificate come sospette dalle autorità investigative; (3) è stato concordato che i dati così ottenuti saranno ampiamente condivisi con le autorità olandesi in vista del trattamento di tali dati per l'indagine in corso e per eventuali altre indagini.

- h) Infine, citando la sentenza della CGUE - Grande Sezione, 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net*, C. 511-18, quando gli Stati membri attuano direttamente misure che derogano alla riservatezza delle comunicazioni elettroniche (via intercettazioni, etc.), senza imporre obblighi di trattamento ai fornitori dei relativi servizi di comunicazione (c.d. service providers), la protezione dei dati delle persone interessate non ricade nell'ambito della direttiva 2002/58/UE sul trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche, bensì unicamente in quello del diritto nazionale, fatta salva l'applicazione della diversa direttiva (UE) 2016/680, relativa alla protezione delle persone fisiche nel trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e i requisiti della CEDU (par. 102). Nel presente caso l'autorità giudiziaria francese non ha dovuto rivolgersi a EncroChat e SkyECC per ottenere dati personali dei rispettivi utenti, poiché le captazioni sono state autonomamente effettuate dagli investigatori. Inoltre, i gestori delle piattaforme hanno offerto un servizio di messaggistica criptata nel quale gli utenti non dovevano rivelare la loro identità e dunque conferire i loro dati personali e dove le comunicazioni si svolgevano solo tra utenti del medesimo servizio per cui non vengono in rilievo le previsioni normative sugli obblighi di conservazione dei dati personali gravanti sui fornitori di *pubblici* servizi di comunicazione elettronica⁹.

⁹ Un altro caso è stato sollevato da alcune corti della Gran Bretagna e pende dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo (C. 44715/20: il 3 gennaio 2022 la Corte europea ha chiesto alle parti, tra l'altro, se hanno contestato le intercettazioni davanti alle competenti corti francesi).

Di seguito un richiamo alla decisione della Corte suprema norvegese:

<https://www.domstol.no/en/supremecourt/rulings/rulings-2022/supreme-court-criminal-cases/HR-2022-1314-A/>

5. Il dibattito nella giurisprudenza italiana.

La Corte di Cassazione tra il 2022 e il 2023 ha reso numerose pronunce sulla utilizzabilità dei dati estrapolati dalle piattaforme EncroChat e Sky-ecc via OIE dalla Francia, tutte derivanti da procedimenti cautelari.

Le pronunce precedenti alle sentenze n. 44154 e 44155 del 26.10.2023, che hanno segnato un momento di discontinuità, avevano univocamente ritenuto che la messaggistica scambiata con i sistemi Sky Ecc ed EncroChat, acquisita mediante ordine europeo di indagine da autorità giudiziaria straniera che ne aveva eseguito la decriptazione, costituisse dato informativo documentale conservato all'estero, utilizzabile ai sensi dell'art. 234-bis cod. proc. pen., e non flusso comunicativo, non trovando applicazione la disciplina delle intercettazioni di cui agli artt. 266 e 266-bis cod. proc. pen. (*ex multis*, Sez. I, n. 6363 e 6364 del 13/10/2022 Cc. -dep. 15/2/2023; Sez. IV, n. 16347 del 05/04/2023, Papalia).

In tali pronunce (per tutte, Sez. IV, n. 18514, cc. 04.04.2023, dep. 4.5.2023, Puzella), è stata superata l'eccezione di inutilizzabilità del materiale acquisito tramite l'autorità giudiziaria francese per dedotta lesione del diritto di difesa per non essere stati messi a disposizione i provvedimenti della autorità giudiziaria francese né ivi spiegate le modalità di raccolta, rilevando che: a) si trattava di dati autonomamente acquisiti dalla autorità giudiziaria francese nell'ambito di procedimenti penali ivi aperti; b) trattandosi di informazioni che la legislazione di quello Stato consente di tenere segrete, la autorità giudiziaria francese non ha trasmesso la documentazione relativa alle modalità di acquisizione dei dati; c) i diritti della difesa devono necessariamente modularsi sulla legge dello Stato che ha eseguito l'OIE, per cui, poiché, nel caso di specie, quello Stato può legittimamente opporre il segreto sul punto, la legittimità delle modalità di acquisizione e decrittazione dei dati deve ritenersi garantita dal controllo che su quella attività è stato compiuto dall'autorità giudiziaria francese; d) si è comunque attestata – con processo verbale redatto e sottoscritto dall'ufficiale di polizia giudiziaria francese incaricato dell'adempimento – la regolarità del trasferimento di quei dati su supporto informatico non modificabile e l'acquisizione è avvenuta con regolari O.I.E. messi a disposizione delle parti [...].

Le sentenze della Sez. VI, n. 44154/23 e 44155/23 del 26/10/2023 (di annullamento con rinvio di corrispondenti decisioni del tribunale del riesame di Milano e Reggio Calabria) hanno invece escluso l'operatività dell'art. 234-bis c.p.p., ritenendola giustificata solo per l'acquisizione di documenti e dati informatici “dematerializzati”, cioè preesistenti all'avvio delle indagini da parte dell'autorità giudiziaria francese ovvero che erano stati formati al di fuori di quelle investigazioni: nei casi in esame, di contro, gli elementi sono stati raccolti attraverso le indagini della autorità straniera e in forma di apprensione occulta del contenuto archiviato in un server. Tale attività acquisitiva, pertanto, andrebbe inquadrata nelle disposizioni su perquisizione e sequestri, in specie nell'art. 254-bis c.p.p., riguardante il sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di comunicazioni. Quindi, in linea con gli interventi sulla acquisizione dei dati “esterni” al traffico telefonico o telematico (nuovo art. 132 d.lgs. 196/2003, alla luce della sentenza CGUE 2.3.2021 C -746/18), le due

pronunce hanno concluso che: a) l'acquisizione all'estero di documenti e dati informatici inerenti a corrispondenza o ad altre forme di comunicazione, quali quelle in esame, debba essere sempre autorizzata da un giudice; b) sebbene attraverso gli OIE in esame si acquisisca una prova precostituita – nella specie esiti di intercettazioni – il mero richiamo all'articolo 270 c.p.p. non esaurisce la verifica della sussistenza delle condizioni di ammissibilità della prova che la direttiva OIE riserva allo Stato di emissione: la natura del mezzo di prova (intercettazioni) attivato nel Paese richiesto impone pertanto che il giudice italiano (il GIP e, in mancanza, il riesame) verifichi, ai fini della utilizzabilità dei materiali informativi acquisiti, se sussistevano le condizioni per la autorizzabilità in sede giurisdizionale delle relative attività investigative oggetto dell'OIE.

Una successiva sentenza (Sez. VI, n. 46482 del 27/9/2023, dep. 17/11/2023, e simile la n. 46833 del 26/10/2023, dep. 21/11/2023) ha adottato un indirizzo ulteriormente diverso, recependo, dalle due ultime decisioni sopra richiamate, la qualificazione dei dati raccolti all'estero come corrispondenza telematica, ma traendone conclusioni diverse in termine di necessità o meno di autorizzazione preventiva del giudice e su altri profili. La Corte muove dalla sentenza della Corte costituzionale n. 170/2023, secondo cui anche la messaggistica – informatica o cartacea – conservata dopo la consegna non ha natura di generico documento, bensì mantiene il suo carattere di "corrispondenza", dovendosi ritenere permanere l'interesse alla riservatezza *«almeno fino a quando, per il decorso del tempo, essa non abbia perso ogni carattere di attualità, in rapporto all'interesse alla sua riservatezza, trasformandosi in un mero documento storico»*. Osserva dunque che la messaggistica sulle chat criptate in esame, costituendo del pari registrazione di conversazioni già avvenute e, quindi, di dati "statici", è assimilabile alla corrispondenza, la quale [giova qui aggiungere, allo stato della legislazione] non necessita di un provvedimento del giudice, potendo essere acquisita con decreto motivato di sequestro probatorio disposto dal pubblico ministero.

La Corte puntualizza che non può invece invocarsi l'art. 234-bis c.p.p. sui "documenti informatici"; vero è che tanto la corrispondenza quanto i documenti informatici rientrano nel fuoco dei documenti (art. 234 c.p.p.), ma l'art. 234-bis cod. proc. pen., introdotto con la normativa antiterrorismo legata al fenomeno dei *foreign fighters*, e costituente trasposizione nell'ordinamento dell'art. 32 della Convenzione sul cybercrime, ratificata con la legge n. 48 del 2008, come prevede testualmente (*«è sempre consentita l'acquisizione di documenti e dati informatici conservati all'estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico»*), fa riferimento a una specifica e diversa gamma di documenti, appunto, che intende rendere acquisibili al di fuori di qualsiasi formalità: ovvero, qualsiasi materiale disponibile in rete, con il limite che, quando si tratti di documentazione non liberamente accessibile al pubblico (per accesso protetto), il "legittimo titolare" autorizzi l'uso.

Conclude la Corte che l'OIE con cui venga richiesto il trasferimento di intercettazioni di conversazioni già disposte dal giudice straniero può, dunque, essere emesso dal pubblico ministero, poiché gli atti *di indagine richiesti nell'O.E.I. avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo*, segnatamente nella forma del sequestro probatorio di documentazione/corrispondenza con provvedimento del pubblico ministero.

Ciò non dovrebbe significare che l'OIE in questione debba essere preceduto da un decreto di sequestro probatorio del pubblico ministero e finalizzato alla sua esecuzione, con tutte le conseguenze che ne derivano, in quanto si verte in materia di trasferimento di prove fra diversi procedimenti penali, trasferimento (di documenti e corrispondenza già acquisita in un procedimento straniero) che non deve soffrire di limiti superiori rispetto a quelli dell'acquisizione diretta che opererebbe tra procedimenti penali interni e che quindi si può effettuare con un semplice provvedimento del pubblico ministero. Significativamente, infine, la Corte sottolinea che anche ove si trattasse di trasferimento di contenuti di intercettazioni tra procedimenti penali, le quali nell'ordinamento interno circolano sulla base di un mero provvedimento del pubblico ministero, non sarebbe richiesta una distinta e autonoma autorizzazione del GIP, salvi i limiti dell'art. 270 c.p.p.

È, in definitiva, ultronea una verifica giudiziale di utilizzabilità da parte del giudice nazionale, perché non prevista dall'art. 270 cod. proc. pen. neppure per il trasferimento di intercettazioni nei procedimenti interni. Infine, l'indisponibilità della tecnologia di "hackeraggio" utilizzata per estrarre e mettere in chiaro la messaggistica criptata non determina lesione dei diritti di difesa, poiché l'ordinamento interno non obbliga alla ostensione degli attrezzi virtuali con cui si sia ottenuta la decodifica di contenuti telematici, salva la possibilità per l'imputato di allegare anomalie tecniche che facciano fondatamente dubitare della correttezza delle acquisizioni, e che depongano per l'inquinamento del risultato.

La sentenza n. 46390 del 26/10/2023, dep. 16/11/2023, sulla allegata inaccessibilità della difesa ai meccanismi usati dalle forze di polizia per la decodifica digitale delle piattaforme, ha poi precisato che neanche il diritto interno garantisce alla difesa l'accesso agli algoritmi per la decodifica dei dati criptati, ma si limita a dettare garanzie procedurali a protezione della cd. "catena di custodia" nell'ottica dell'integrità probatoria, quali la necessità di un atto autorizzativo da parte di attori giudiziari qualificati, l'individuazione dei soggetti che possono acquisire e ritenere i dati e la disciplina della conservazione e consultazione degli stessi.

Dinanzi ad interpretazioni in tutto o in parte difformi su molteplici profili di rilievo, quali appena ripercorse, la Sezione III con decisione del 3/11/2023 ha a sua volta rimesso alle Sezioni Unite la duplice questione: se i flussi comunicativi acquisiti abbiano natura di documento informatico *ex art 234-bis c.p.p.* e se debbano essere preceduti da una verifica preventiva o successiva dell'autorità giudiziaria.

Infine, con ordinanza n. 2329/24 della Sez. VI, 15.1.2024, dep. 18.1.2024, la Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite una duplice ulteriore questione, vertente su seguenti punti: a) quale sia lo strumento processuale "interno" da porre a parametro per l'importazione delle "chat" decrittate e richieste con gli OEI, tra la normativa in tema di sequestro di corrispondenza informatica (art. 254-bis c.p.p. o quella in tema di intercettazioni da altro procedimento *ex art. 270 c.p.p.*); b) se e quale sia l'ambito del controllo giurisdizionale (e se preventivo o successivo) da svolgere nell'ordinamento interno sulla utilizzabilità dei dati probatori raccolti all'estero, con particolare riferimento ai risultati di intercettazioni disposte dall'Autorità giudiziaria estera attraverso l'inserimento di un captatore informatico sul "server" di una piattaforma

criptata. La Corte si chiede, tra l'altro, se, per es., qualificando l'acquisizione come corrispondenza informatica e in ossequio al parametro della proporzionalità nella emissione di un OIE, l'autorità giudiziaria italiana possa sindacare il carattere "massivo" (e così potenzialmente non "proporzionato e adeguato") della raccolta generalizzata di flussi comunicativi ottenuti tramite intercettazione diretta del server siccome disposto dall'autorità giudiziaria francese, ovvero, ove si qualificasse come acquisizione di intercettazioni da altro procedimento *ex art. 270 c.p.p.*, se l'autorità giudiziaria italiana possa svolgere un autonomo apprezzamento dei presupposti applicativi delle intercettazioni, come consentito nell'ordinamento interno italiano, o ancora se possa ritenere illegittima in quanto prova atipica l'intercettazione ottenuta tramite inoculazione di virus intrusore nel server, posto che nell'ordinamento italiano l'agente captatore è consentito solo nella forma della inoculazione in dispositivi elettronici portatili¹⁰.

6. L'attesa prossima pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Le conclusioni dell'Avvocato generale.

Le questioni relative alla conformità alla Direttiva 2014/41/UR degli OIE emessi dal pubblico ministero per l'acquisizione dei contenuti delle chat criptate di interesse di un procedimento penale, alla necessità di un preventivo vaglio giurisdizionale dello Stato emittente l'OIE e alle ricadute in termini di utilizzabilità delle prove sono state portate all'attenzione della Corte di Giustizia dell'Unione europea su rinvio pregiudiziale della Corte regionale di Berlino, dinanzi al quale pende un procedimento originariamente incardinato presso la procura di Francoforte e poi oggetto di separazione trasmissione verso plurime procure locali (Causa C 670-22).

Il procuratore tedesco, avendo interesse alla raccolta di dati relativi agli utenti tedeschi di EncroChat, apriva un'indagine per traffico di sostanze stupefacenti di ingente quantità nei confronti di persone non ancora identificate, ma ragionevolmente parte di un gruppo criminale organizzato operante in Germania. Il procuratore richiese successivamente, tramite più ordini di indagine europei, l'autorizzazione alle autorità francesi all'uso dei dati raccolti sulla piattaforma per il proprio procedimento penale. La

¹⁰ La copiosa attività di veicolazione degli OIE italiani e di costante interlocuzione con la AG francese, svolta dal Desk italiano di Eurojust, può già offrire un contributo al primo punto posto da ultimo dalla Cassazione: la natura delle prove acquisite tramite OIE, ovvero se corrispondenza telematica (art. 254-bis c.p.p.) o intercettazioni disposte in altro procedimento (art. 270 c.p.p.), è suscettibile di dipendere da quanto sia stato acquisito, caso per caso, via OIE dal procedimento penale francese, in seno al quale per un verso si è svolta un'attività di intercettazione di flussi comunicativi in corso e per altro verso si è acquisita la mole delle chat già registrate. Ebbene, alla stregua di quanto precisato dalla autorità giudiziaria francese a seguito di richieste di informazioni integrative da parte della AG italiana, tutti gli ordini di indagini europei eseguiti per l'Italia sono consistiti unicamente in scambi comunicativi già cristallizzati al momento della acquisizione e non anche in flussi *live* propri della fase di intercettazione, così da dover ragionevolmente ricadere nell'ambito del sequestro di corrispondenza telematica.

Corte di Lille autorizzò la trasmissione dati e l'utilizzo di dati EncroChat relativi agli utenti tedeschi.

La corte tedesca, autrice del rinvio pregiudiziale alla CGUE, nell'invocare un'interpretazione conforme degli articoli 6(1) (a), 6 (1) (b), 31(1) e (3) della Direttiva si è chiesta, in sintesi:

- se la Autorità Giudiziaria deputata a emettere l'OIE in base all'articolo 6 (1) della direttiva OIE in combinato disposto con l'articolo 2 (c), ove detto OIE sia rivolto ad ottenere prove già esistenti nello stato di esecuzione (Francia), debba essere il giudice, [quanto meno] nella ipotesi in cui, secondo il diritto dello Stato richiedente (Germania) la sottostante forma di raccolta delle prove (ovvero le intercettazioni) avrebbe dovuto essere ordinata da un giudice in un corrispondente caso di diritto interno;
- alternativamente, se l'OIE debba essere emesso da un giudice, quantomeno nel caso in cui lo Stato di esecuzione ha attuato la sottostante misura investigativa nel territorio dello Stato richiedente con lo scopo successivo di rendere quegli elementi probatori disponibili alle autorità investigative delle autorità richiedente interessata (Germania) perché possa utilizzarli in un proprio procedimento penale;
- se un OIE rivolto ad ottenere delle prove debba essere comunque emesso da un giudice, indipendentemente dalle regole giurisdizionali dello Stato richiedente, quando la misura investigativa in parola implichi una grave interferenza in diritti fondamentali di elevato rango;
- se l'articolo 6 (1)(a) della direttiva 2014/41 precluda la trasmissione di dati già disponibili allo Stato di esecuzione via OIE, laddove tali dati siano stati ottenuti attraverso la intercettazione di forme di comunicazione o di traffico dati tale da coprire *tutti* gli utenti sottoscrittori di un determinato servizio comunicativo e all'epoca della intercettazione o della emissione dell'OIE non vi era una concreta evidenza della commissione di gravi reati da parte degli utenti medesimi;
- se l'articolo 6 (1) (a) precluda l'OIE lì dove l'integrità dei dati raccolti attraverso le intercettazioni non possa essere verificata dalle autorità giudiziarie dello Stato di esecuzione a causa della apposizione del segreto assoluto;
- se la trasmissione dati via OIE sia preclusa dalla direttiva sull'OIE, laddove le misure investigative di intercettazione adottate dallo Stato di esecuzione (Francia) non sarebbero consentite secondo il diritto dello Stato emittente (Germania) in un caso domestico similare;
- se una misura che coinvolga l'infiltrazione dei dispositivi [degli utenti] finali, con lo scopo di raccogliervi dati traffico dati location e scambi comunicativi per via telematica, costituisca intercettazione di comunicazioni ai sensi dell'art. 31 della direttiva OIE;
- se la notifica in base all'articolo 31 (1) della direttiva OIE [c.d. allegato C] debba essere sempre indirizzata a un giudice, quantomeno quando la misura pianificata dallo Stato intercettante possa essere ordinata solo da un giudice, secondo lo Stato destinatario della notifica.

Meritano di essere qui sintetizzate le conclusioni dell'Avvocato generale della CGUE, rese note il 26 ottobre 2023, le quali, pur non potendo necessariamente prefigurare quale sarà la futura decisione della Corte, sviluppano un'analisi assai approfondita del tema in tutti i suoi profili e giungono all'esito di un procedimento nel quale sono stati auditi i contributi di numerose parti e intervenienti¹¹.

L'Avvocato Generale evidenzia come svariate alte corti di Paesi europei si stiano in questi mesi interrogando sul processo di acquisizione della prova relativo alle chat decriptate e tra queste anche la Corte di giustizia della UE, ma ricorda che il focus del procedimento del rinvio pregiudiziale è dato non già dalla legittimità o validità delle attività investigative di intercettazione svolte dalle autorità francesi, materia di esclusiva pertinenza dell'Autorità Giudiziaria francese, ma dalla compatibilità con la direttiva 2014/41/UE di ordini di indagini europei emessi da *uffici giudiziari inquirenti* – come nel caso di specie la Procura di Francoforte o, come in Italia, il pubblico ministero procedente – allo scopo di acquisire i dati ricavati dalla attività di intercettazione di flussi comunicativi avvenuta in Francia e lì esauritasi, prima e indipendentemente dagli ordini di indagine europei.

L'OIE di cui infatti viene contestata la validità dinanzi al giudice remittente tedesco non mirava a raccogliere in Francia dati *ex novo* attraverso un autonomo servizio di intercettazione di comunicazioni, ma solo a richiedere il *trasferimento di prove già raccolte* nell'ambito del procedimento penale francese.

Tale tipo di OIE ricade, pertanto, nell'articolo 1 (2), seconda parte, della Direttiva 2014/41, essendo rivolto non già a compiere atti investigativi [o a formare una prova) in un altro Stato membro, ma ad ottenere *prove che siano già in possesso delle competenti autorità dello Stato di esecuzione*.

L'Avvocato generale prosegue ricordando che in base all'articolo 6 (1) della direttiva 2014/41 l'autorità emittente l'OIE deve verificare che esso sia necessario e proporzionato allo scopo da raggiungere e che la misura richiesta avrebbe potuto essere emessa alle medesime condizioni in un caso di diritto interno simile. In sintesi, l'autorità emittente deve svolgere una verifica astratta ed una concreta: quella astratta (art. 6 (1), lett. b) volta ad appurare che la misura investigativa richiesta nell'OIE esista nel proprio diritto interno e a quali condizioni possa essere disposta; quella concreta (art. 6 (1), lett. a) volta ad appurare che quel particolare ordine sia necessario e proporzionato agli scopi perseguiti nel procedimento penale interno.

Punto cruciale è stabilire chi possa essere l'autorità emittente.

Secondo l'articolo 2 (c) della direttiva, può essere “un giudice, una Corte, un giudice investigativo o un pubblico ministero competente nel caso di interesse”.

L'art. 6(1)(b) della Direttiva 2014/41/UE recita che «L'autorità di emissione può emettere un OEI solamente quando ritiene che [...] l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'OEI

¹¹ Per il comunicato di sintesi:

<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2023-10/cp230163it.pdf>;

per il testo integrale:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=EEF3F45D476085A9ADBA8A86C66FF78D?text=&docid=279144&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=100225>

avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo». Pregiudiziale è pertanto definire cosa si intenda per “Caso domestico analogo”: con ciò deve qui ritenersi il trasferimento di prove da un procedimento penale ad un altro nell’ambito del medesimo sistema giudiziario (ovvero nel caso in esame, da un procedimento penale tedesco ad un altro pendente davanti altra autorità giudiziaria tedesca), e ciò tenuto conto del lessico dell’articolo 6 (1)(b) della direttiva per cui “*l’atto di indagine indicato nell’OIE*” deve essere quello che un’autorità interna deve essere abilitata ad adottare a livello interno; in tal caso si tratta con ogni evidenza del trasferimento di una prova già in possesso delle autorità giudiziarie francesi. Pertanto, se il diritto tedesco, per ipotesi, proibisse il trasferimento interno di comunicazioni intercettate da un procedimento penale ad un altro, l’autorità emittente non potrebbe chiedere via OIE nemmeno un tipo di trasferimento transfrontaliero.

La Corte remittente tedesca evidenziava, però, come un OIE destinato al trasferimento di prova preesistente non possa essere emesso indipendentemente dalla disamina di come quella prova fu originariamente raccolta; pertanto, la Corte tedesca si interrogava sulla proporzionalità e dunque legalità delle misure investigative originarie adottate dall’autorità francese.

L’Avvocato generale ribadisce che l’autorità che emette l’OIE non può sindacare la legalità e la proporzionalità delle misure attraverso le quali lo Stato di esecuzione ha raccolto le prove. Il principio del mutuo riconoscimento, cardine della cooperazione in materia penale all’interno dell’unione europea, preclude all’autorità che emette l’OIE di verificare se il sottostante atto investigativo attraverso il quale la prova è stata raccolta sia stato legalmente intrapreso nello Stato membro di esecuzione. Sebbene infatti i sistemi giuridici europei possano differire in modo significativo tra loro, la cooperazione giudiziaria penale in ambito UE si fonda sull’assunzione per cui tutti gli Stati membri rispettano i diritti fondamentali dell’individuo.

Perciò, a meno che le sottostanti misure investigative fossero ritenute illegali nell’ambito del procedimento penale francese, l’autorità emittente non è nelle condizioni di poterne sindacare la legittimità.

Le circostanze del caso in esame non inducono, peraltro, il sospetto di un abuso nelle procedure di indagine transfrontaliera da parte della Francia. La Francia ha acquisito le prove in questione nel corso di un suo proprio procedimento penale e, sebbene tali prove siano risultate di interesse per la Germania, la Francia non ne ha intrapreso la raccolta in vista di una indagine tedesca e dunque, anche a ritenere che un giudice tedesco non avrebbe utilizzato un tale tipo di intercettazione nel diritto tedesco, le autorità francesi hanno adottato tali atti di indagine in conformità al loro diritto interno, previa autorizzazione di un giudice francese.

Quindi, e sempre al fine di chiarire quale sia l’autorità competente deputata ad emettere un OIE nel diritto interno, nel richiamare la decisione della Corte di giustizia *Traffic and local data* (ove si rimarca che l’OIE deve essere emesso da un organo giudicante se così prevede la legge dello Stato richiedente in relazione al tipo di atto di indagine o di prova richiesto nel contesto domestico), si conclude che il parametro è dato qui non già dalla intercettazione di comunicazioni, ma dal trasferimento di prove preesistenti e acquisite nell’ambito del Paese richiesto, per cui ci si deve chiedere se il trasferimento di

prove da un procedimento penale ad un altro nel diritto interno sia competenza soltanto del giudice o anche del pubblico ministero.

Nei successivi paragrafi (64-66) le conclusioni dell'Avvocato generale affrontano il cruciale tema se, a monte dell'emissione di un OIE in tale contesto, sia necessario un provvedimento o comunque uno scrutinio del giudice dello Stato richiedente circa i presupposti di ammissibilità delle intercettazioni di cui il pubblico ministero intende chiedere l'acquisizione alla Francia, ovvero se, laddove la prova oggetto di trasferimento (v. le intercettazioni) nel diritto interno tedesco fosse soggetta ad autorizzazione di un giudice, l'OIE dovrebbe comunque essere emesso da un giudice o previa autorizzazione di un giudice. L'Avvocato generale risponde che, se il trasferimento di prove esistenti fosse avvenuto a livello interno, da un pubblico ministero a un altro, la misura di intercettazione di telecomunicazioni sottostante sarebbe stata certamente disposta, nel diritto tedesco, da un giudice. Pertanto, la proporzionalità dell'ingerenza nei diritti fondamentali sarebbe stata controllata da un giudice. Ciò rende accettabile, dal punto di vista della protezione dei diritti degli indagati e degli imputati, consentire l'utilizzo di tali prove in un altro procedimento penale senza un ulteriore intervento di un giudice. Quando il trasferimento di prove si svolge da uno Stato all'altro, la normativa opera diversamente. Poiché qui le intercettazioni sono state autorizzate dal giudice francese, il principio del riconoscimento reciproco esige che le autorità tedesche attribuiscano a tale fase procedurale lo stesso valore che esse attribuirebbero ad essa a livello interno. Ciò anche quando, in un caso concreto, un giudice tedesco deciderebbe in modo diverso.

Tale valutazione non cambia per il fatto che alcuni utenti di EncroChat erano localizzati in territorio tedesco, perché la raccolta delle prove in Francia è avvenuta per le ragioni proprie dell'investigazione francese, mentre la scoperta che alcuni utenti fossero in territorio di altro Paese è solo la conseguenza e non la ragione delle intercettazioni disposte.

Altro passaggio cruciale dell'analisi è quello in cui si valuta se, come ritenuto nel rinvio pregiudiziale, l'emissione di un OIE rivolto al trasferimento di prove che consistano nella intercettazione di telecomunicazioni richieda sempre l'autorizzazione di un giudice, sulla scorta della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea - Grande Sezione del 02/03/2021 nel caso 746/2018¹².

Ora, osserva l'Avvocato generale come la direttiva 2002/58/UE sulla e-privacy e la pertinente giurisprudenza non si applicano alla situazione in esame. Esse si applicano solo quando i fornitori di servizi di telecomunicazioni sono richiesti dal diritto interno di conservare i dati del traffico e di localizzazione associati alle telecomunicazioni e

¹² È noto che la Corte ha in quella sede affermato che l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, come modificata dalla direttiva 2009/136, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali della UE, deve essere interpretato nel senso che l'accesso ai fini di un'istruttoria penale ai dati relativi al traffico (telefonico e telematico) e ai dati relativi all'ubicazione, conservati da service provider, deve essere compiuto mediante autorizzazione di una Corte o di un altro organismo imparziale, e non anche di un pubblico ministero. L'ordinamento italiano si è conformato attraverso l'art. 1 Decreto-Legge 30.9.2021 n. 132, conv. L. 23.11.2021 n. 178, che ha novellato l'art. 132 del D. Lgs. n. 196/2006.

quando le pubbliche autorità chiedono di accedere ai dati così conservati. Quando, invece, l'intercettazione è attuata direttamente dagli Stati membri senza che passi da obblighi posti ai service provider, la direttiva sulla privacy non si applica. Si applica solo il diritto interno.

Se peraltro – spiega il parere – si vuole entrare nella logica più profonda della decisione della CGUE 2/3/2021, ovvero del perché il pubblico ministero è ritenuto inidoneo a svolgere una valutazione imparziale di proporzionalità nell'accesso ai dati delle telecomunicazioni, allora bisogna osservare che nel contesto della direttiva sulla e-privacy i dati ai quali si accede sono in possesso degli operatori delle telecomunicazioni e attengono alla *generalità della popolazione* [cioè degli utenti di un servizio]; i dati conservati non sono oggetto di un caso specifico, ma costituiscono piuttosto una forma di “sorveglianza di massa”; perciò la richiesta accesso del pubblico ministero è la prima occasione nella quale circostanze specifiche e individuali vengono in rilievo, ed è pertanto, giustificato esigere che un *soggetto terzo e imparziale* valuti la proporzionalità di tale accesso, per evitare abusi da richieste potenzialmente indiscriminate e massicce di dati conservati.

Ciò distingue profondamente il caso della intercettazione dei flussi comunicativi sulle chat qui in esame. I dati da trasferire non sono raccolti indiscriminatamente dall'intera popolazione, ma nel quadro di indagine penale in Francia sotto il controllo di un giudice che li ha autorizzati. Il livello di intrusione nella privacy e nella protezione dati nei due casi è ben diverso: i dati oggetto dell'OIE erano limitati agli utenti di EncroChat in Germania in un contesto nel quale vi erano fondati elementi per ritenere che tale servizio di telecomunicazione fosse utilizzato per commettere reati. Ciò non vuol dire che l'intrusione nella vita privata di tali utenti sia irrilevante, ma non è comparabile a quella sorveglianza di massa sulla popolazione generale in cui si sostanzia la materia della conservazione dei dati ad opera dei *service provider*¹³.

Infine, l'Avvocato generale rileva che il diritto dell'Unione non disciplina, nella fase attuale del suo sviluppo, l'ammissibilità di prove raccolte tramite un OEI emesso in violazione dei requisiti previsti dalla direttiva OEI. L'ammissibilità delle prove è una materia che rientra nel diritto nazionale, il quale deve tuttavia essere conforme ai requisiti dei diritti della difesa di cui agli articoli 47 e 48 della Carta dei Diritti fondamentali della UE¹⁴.

¹³ L'ultimo punto delle conclusioni è dedicato all'obbligo di notifica ex articolo 31 della direttiva sull'OIE.

¹⁴ In un ideale dialogo tra corti europee in tema di comunicazioni crittografate, vale, infine, la pena segnalare la recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 13/2/2024 nel caso 33696/19 Podchasov c. Russia. Il caso origina nel 2017, quando il servizio di sicurezza FSB russo chiese all'applicazione di messaggistica Telegram di fornire tutte le informazioni tecniche per decrittografare le comunicazioni degli utenti per sospetto impiego, da parte di alcuni utenti, in attività di terrorismo; al rifiuto di Telegram, motivato dal fatto che l'ordine di disvelamento avrebbe imposto di creare una backdoor che avrebbe indebolito il meccanismo crittografia indistintamente nei confronti di tutti gli utenti del servizio end-to-end, una Corte distrettuale di Mosca dispose il sequestro della società e il blocco della app, consentendo al FSB di ottenere le chiavi di crittografia e dunque di accedere a tutti i dati comunicativi degli utenti. Uno degli utenti impugnò l'ordinanza giudiziaria in Russia, ma la sua richiesta fu respinta, così dando luogo nel 2019 a ricorso alla CEDU. La Corte ha statuito che «la legislazione contestata, che prevede la conservazione di

7. Tirando le fila...

Le tensioni interpretative registrate dinanzi alle corti superiori di numerosi Paesi europei (e non) e davanti a Corti sovranazionali¹⁵ danno la misura di una trasformazione in atto nella giurisdizione in forza, da una parte, della irruzione del digitale nella vita delle organizzazioni criminali e, dall'altra, della messa in campo di sofisticati sistemi intrusivi sviluppati da alcuni Paesi europei e resi ancora più efficaci dall'agire in squadre investigative comuni. Esse hanno anche il pregio di avere così generato e di continuare ad alimentare un ricco dibattito sugli strumenti della cooperazione giudiziaria europea soprattutto nel cruciale settore dei mezzi di prova che impattano sulla riservatezza delle comunicazioni telematiche.

Gli arresti giurisprudenziali finora noti, come pure l'autorevole parere dell'Avvocato generale della CGUE (in attesa della pronuncia della Corte), sembrano tracciare un primo, temporaneo assestamento del contenzioso su alcuni passaggi chiave e permettono di trarre spunti di riflessione utili al dibattito nella giurisprudenza italiana:

- L'acquisizione, con ordine di indagini europeo dei flussi comunicativi svoltisi sulle piattaforme EncroChat e Sky-ecc costituisce legittimo trasferimento di prove preesistenti negli originari procedimenti penali francesi di dati ivi acquisiti;
- L'autorità giudiziaria dello Stato richiedente i dati non può sindacare la correttezza del procedimento penale francese in virtù del principio di mutuo riconoscimento, cardine degli strumenti di cooperazione giudiziaria europea e frutto della *mutual trust* che ispira i rapporti tra ordinamenti e sistemi giudiziari dell'Unione; tale acquisizione è, peraltro, avvenuta previa autorizzazione motivata dell'autorità giudiziaria francese nelle forme della intercettazione di comunicazioni e della decriptazione;
- né dovrebbe necessitare (salva la peculiare ipotesi di cui all'art. 31 della Direttiva sull'OIE ed entro stretti limiti) una *preventiva* autorizzazione del giudice per l'acquisizione dei dati (se essa non è richiesta per il trasferimento di mezzi di prova tra un procedimento e l'altro nell'ordinamento interno), salvo il libero convincimento nella valutazione dei gravi indizi prima e della prova poi nelle decisioni giudiziarie interne, nelle quali i dati così acquisiti verranno in rilievo (v. anche Corte Federale tedesca) o la verifica delle modalità acquisitive se, ai fini

tutte le comunicazioni internet di tutti gli utenti, l'accesso diretto – su base generalizzata e senza adeguate garanzie contro gli abusi – dei servizi di sicurezza ai dati archiviati e l'obbligo di decriptare le comunicazioni crittografate, come applicato alle comunicazioni crittografate da punto a punto, non possono essere considerate necessarie in una società democratica, compromettendo il diritto al rispetto della vita privata ex art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. La decisione, meritevole di autonoma analisi e ferma la diversità tra le piattaforme qui coinvolte rispetto a quelle tipo Encrochat e Sky ECC», rimanda all'importanza di un vaglio giurisdizionale ad hoc a fondamento di attività decriptative e captative e a parametri di pertinenza e proporzionalità dell'accesso ai dati rispetto all'obiettivo di contrasto al crimine.

¹⁵ Pende anche una questione dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

della prova, rileva per il rispetto del principio del giusto processo (Hoge Raad olandese); sul punto, alle considerazioni già svolte in tema di ragionevole inquadramento delle chat decriptate nell'alveo della "corrispondenza" e di riconducibilità dell'acquisizione interna a un trasferimento di prove piuttosto che al compimento di attività di indagine *ex novo*, può affiancarsi il rilievo per cui nel sistema interno i poteri di intervento del GIP sono tipizzati e definiti secondo precisi presupposti, di talché è difficile fare ricadere entro gli artt. 266 e seguenti c.p.p. (o in altre previsioni codicistiche) una sorta di avallo apparentemente preventivo, ma in realtà postumo, a un'attività di intrusione sulla libertà e riservatezza delle comunicazioni che già è stata già disposta e svolta dall'autorità giudiziaria estera nel procedimento 'madre';

- sposando la tesi per cui si verte in materia di trasferimento di prove da altro procedimento penale, trasferimento che dovrebbe operare dall'estero alle medesime condizioni che in Italia, e qualificando i dati in esame come "corrispondenza", non dovrebbe parimenti occorrere – a fondamento dell'ordine di indagine europeo – un preventivo decreto di sequestro probatorio del pubblico ministero (che non è richiesto per travasare corrispondenza *già in sequestro* da un procedimento interno all'altro)¹⁶;
- pare, infine, ultroneo in questo ambito il richiamo alla disciplina delle tutele di cui alla Direttiva 2002/58/UE, sia per la natura del processo di raccolta dei dati qui in rilievo, che è autonomamente avvenuto attraverso intercettazione, senza bisogno di richiesta di dati a terzi detentori, sia perché non si tratta di una operazione di sorveglianza di massa di utenti di servizi comunicativi, sia infine per la intrinseca diversità tra servizi di comunicazioni offerti da *service providers* operanti sul mercato pubblico e regolato e piattaforme strutturalmente concepite per soddisfare esigenze di impenetrabilità della criminalità organizzata, senza conferimento dei reali dati identificativi degli utenti.
- sulla possibilità, poi, di attivare un sindacato giurisdizionale più o meno penetrante, anche postumo, di utilizzabilità degli esiti dell'attività captiva acquisita dall'estero sulla base della differenza tra i presupposti legittimanti tali attività di indagine nei due ordinamenti (Stato emittente e Stato di esecuzione), come si chiede la Corte di Cassazione nella ordinanza di remissione n. 2329/24, si possono offrire i seguenti spunti di riflessione:
 - quanto al parametro della proporzionalità, menzionato nell'ordinanza di remissione n. 2329/24 (punto 6) con riferimento al sequestro eventualmente 'massivo' di corrispondenza telematica disposto dall'autorità giudiziaria francese, la verifica di proporzionalità investe solo l'ordine disposto dalla

¹⁶ Di diversa opinione M. Daniele, *Ordine europeo di indagine penale e comunicazioni criptate: il caso Sky ECC/Encrochat in attesa delle Sezioni Unite*, in *Sistema Penale*, 11.12.2023 (<https://www.sistemapenale.it/it/scheda/daniele-ordine-europeo-di-indagine-penale-e-comunicazioni-criptate-il-caso-sky-ecc-encrochat-in-attesa-delle-sezioni-unite>), ad avviso del quale occorrerebbe un previo decreto di sequestro probatorio del PM, cui conseguirebbe la possibilità di invocare l'esclusione delle comunicazioni dal materiale probatorio a disposizione del giudice di merito tramite il riesame del sequestro.

Autorità emittente l'OIE nell'ambito del *proprio* procedimento penale (*ex art. 6.1 della direttiva 2014/41* l'autorità emittente l'OIE deve verificare che esso sia necessario e proporzionato allo scopo da raggiungere ai fini del procedimento di cui all'articolo 4, tenendo conto dei diritti della persona sottoposta a indagini o imputata)¹⁷, e non anche l'attività autonomamente disposta dall'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione per le proprie esigenze investigative e processuali, il sindacato sulla quale risulterebbe ultroneo e non consentito;

- quanto ai presupposti dell'attività captativa (e fermo il rilievo per cui nel caso italiano, si è più ragionevolmente trattato di chat già cristallizzate e non di flussi in atto), è ancora il principio del mutuo riconoscimento, come declinato nel diritto e nella giurisprudenza euro-unitari, a indicare la strada. Come si evince dal considerando 19 della Direttiva 2014/41¹⁸, tale principio non pretende coincidenza piena delle regole processuali e probatorie dei singoli Stati aderenti alla direttiva, facendo piuttosto leva su una loro omogeneità complessiva, fermo il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo, derivante dalla comune soggezione degli Stati membri al sistema della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla relativa giurisprudenza delle corti superiori europee.
- Nonostante, infatti, tale principio, codificato dall'articolo 82 TFUE, propugni un progressivo e sempre più elevato ravvicinamento tra le legislazioni nazionali¹⁹, permane una oggettiva e fisiologica divergenza tra ordinamenti anche sul piano degli istituti processuali penali, mentre non è stata ancora adottata (né in seno alla direttiva OIE né in seguito) una sorta di tavola dei principi generali condivisi, ossia di più specifiche disposizioni calibrate sulle diverse tipologie di prova²⁰. Perciò, il legislatore sovranazionale ha stabilito

¹⁷ Considerando n. 11 alla Direttiva OIE: «L'autorità di emissione dovrebbe pertanto accertare se le prove che si intende acquisire sono necessarie e proporzionate ai fini del procedimento, se l'atto di indagine scelto è necessario e proporzionato per l'acquisizione di tali prove, e se è opportuno emettere un OEI affinché un altro Stato membro partecipi all'acquisizione di tali prove. [...] L'esecuzione di un OEI non dovrebbe essere rifiutata per motivi diversi da quelli previsti nella presente direttiva. Tuttavia l'autorità di esecuzione dovrebbe avere la facoltà di optare per un atto di indagine meno intrusivo di quello richiesto nell'OEI interessato qualora consenta di ottenere risultati analoghi».

¹⁸ «La creazione di uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia nell'Unione si fonda sulla fiducia reciproca e su una presunzione di conformità, da parte di tutti gli Stati membri, al diritto dell'Unione e, in particolare, ai diritti fondamentali. Tuttavia, tale presunzione è relativa. Di conseguenza, se sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione di un atto di indagine richiesto in un OEI comporti la violazione di un diritto fondamentale e che lo Stato di esecuzione venga meno ai suoi obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta, l'esecuzione dell'OEI dovrebbe essere rifiutata».

¹⁹ A norma dell'art. 82, § 1, TFUE, «la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione deve fondarsi sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all'articolo 83» [...].

²⁰ *Libro Verde sulla ricerca della prova in materia penale* adottato dalla Commissione europea l'11 novembre 2009, i nuovi strumenti di assistenza avrebbero dovuto darsi carico dell'adozione di «*norme comuni per la raccolta delle prove in materia penale*», citato nel par. 23 della Circolare del Ministero della Giustizia 26.10.2017 in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale

una presunzione soltanto *relativa* di conformità di ciascun ordinamento al diritto dell'Unione europea e, in particolare, ai diritti fondamentali, presunzione – come ricorda la Corte di Giustizia della UE nella sentenza 11.11.2021 del caso Gavanozov (C-852/19)²¹ – che può essere superata nel caso concreto [solo] di fronte a fondati motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto indicato nell'OIE comporti una lesione dei diritti fondamentali²²;

- ora, differenze tra i presupposti legittimanti, per esempio, l'intercettazione o il sequestro di corrispondenza o i dati del traffico telefonico e telematico (quale l'adozione di criteri diversi di selezione dei reati legittimanti l'attività di captazione/apprensione, ovvero la facoltà di uso di un meccanismo, come il virus intrusore, per una o per un'altra tipologia di dispositivo), potrebbero ragionevolmente non costituire motivo di sospetta violazione dei diritti umani fondamentali, ma rientrare nella fisiologia della diversa regolamentazione della medesima materia, fermo il rispetto di alcune garanzie fondamentali (quali la previa autorizzazione giudiziaria, l'onere motivazionale, la funzionalità degli strumenti alla prova di reati di una certa gravità, l'obbligo di conservazione dei supporti originali e di verbalizzazione delle operazioni *nel procedimento originario*, etc.). Si ricordino le riflessioni dell'Avvocato generale della Corte di giustizia sulla esclusione di *fumus* di abuso nelle procedure di indagine ad opera dell'autorità giudiziaria francese nel presente caso; riguardo, peraltro, all'originaria inoculazione di *trojan horse* sui server piuttosto che sui singoli dispositivi mobili, la soluzione adottata dalla Francia su tecnologia olandese, anche sulla scorta dei chiarimenti via via forniti alle autorità giudiziarie italiane, pare costituire non già il riflesso di una maggiore intrusività nelle comunicazioni interpersonali, bensì il portato di un avanzamento tecnologico e di una modalità operativa rivelatasi *imprescindibile* per giungere alla captazione dei flussi comunicativi incorporati sui singoli dispositivi portatili degli utenti di interesse. La autorità giudiziaria francese non ha indiscriminatamente usato i dati di tutti gli utenti nei propri procedimenti penali, mettendo piuttosto quei dati a disposizione delle Autorità Giudiziarie dei Paesi interessati, i quali nei relativi OIE ne hanno dovuto evidenziare la pertinenza rispetto alle proprie indagini.

operativo.

²¹ Punto 54: «...Tuttavia, occorre ricordare che discende, segnatamente, dai considerando 2, 6 e 19 di detta direttiva che l'ordine europeo di indagine è uno strumento che rientra nella cooperazione giudiziaria in materia penale di cui all'articolo 82, paragrafo 1, TFUE, che si fonda sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie. Tale principio, che costituisce la «pietra angolare» della cooperazione giudiziaria in materia penale, è a sua volta fondato sulla fiducia reciproca nonché sulla presunzione relativa che gli altri Stati membri rispettino il diritto dell'Unione e, in particolare, i diritti fondamentali [v., in tal senso, sentenza dell'8 dicembre 2020, Staatsanwaltschaft Wien (Ordini di bonifico falsificati), C-584/19, EU:C:2020:1002, punto 40]».

²² C. DE LUCA, [La Corte di giustizia si pronuncia nuovamente sull'ordine europeo di indagine penale: la tutela dei diritti fondamentali prevale sull'efficienza investigativa](#), in questa Rivista, 9 marzo 2022.

In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione italiana e della Corte di Giustizia della UE, le sfide aperte sono, comunque, ancora molte e importanti.

Un primo terreno di verifica sarà costituito dalla capacità di resistenza nel contraddittorio del processo delle acquisizioni già compiute e, pertanto, dalla capacità di soddisfare l'esigenza delle parti e del giudice della cognizione di comprendere metodi di selezione dei dati di interesse nel singolo procedimento interno, completezza della raccolta e garanzie adottate²³.

Per questo è auspicabile che fin da ora le produzioni dei flussi comunicativi acquisiti con OIE siano corroborate, da parte del pubblico ministero, da una disamina analitica del procedimento penale originario nel quale tali dati sono stati acquisiti, delle procedure e delle tecniche utilizzate e dei provvedimenti autorizzativi.

Un esempio paradigmatico è rappresentato dall'ordinanza del Tribunale del Riesame di Reggio Calabria del 23/11/2023, la quale, decidendo sul rinvio della Cassazione di cui alla sentenza n. 44155/23 del 26/10/2023, ha nuovamente confermato l'ordinanza genetica, dando atto delle più articolate produzioni effettuate dal pubblico ministero, contenenti una rassegna organica e puntuale dei provvedimenti autorizzatori francesi, delle tecniche di intercettazione dei server, delle modalità di conservazione dei dati e della identificazione dei dati di rilievo per i procedimenti interni.

Ne discende anche la necessità di selezionare correttamente i dati comunicativi raccolti per permettere alla autorità giudiziaria italiana di vagliare la pertinenzialità, completezza e utilità alle fattispecie oggetto dei procedimenti penali interni²⁴.

Ma non si può tacere che il passaggio all'era digitale, la natura transfrontaliera dei flussi comunicativi nelle chat criptate in uso alla criminalità organizzata e la necessità per gli attori delle indagini di tenere il passo rispetto a tali innovazioni, oltre a generare trasformazioni della giurisdizione, delle tecniche intrusive, della cooperazione internazionale, hanno segnalato asimmetrie, disallineamenti e inadeguatezze tra apparati investigativi di diversi Paesi, anche europei, nel fronteggiare la sfida.

«I mafiosi avranno sempre una lunghezza di vantaggio su di noi». Così – non a caso – il Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo, Giovanni Melillo, citava Giovanni Falcone il 31 gennaio 2023, nel corso dell'audizione al Senato sul tema delle intercettazioni, per sottolineare quella che ha definito «una caratteristica costante della criminalità mafiosa: la sua capacità di agire avvalendosi di straordinarie capacità di adattamento,

²³ Per una proiezione sull'utilizzazione dei dati acquisiti in dibattimento M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale*, cit.

²⁴ L'[ordinanza](https://www.eurojust.europa.eu/news/ndrangheta-mafia-members-arrested-investigation-belgium-italy-and-germany) è stata resa nell'ambito del procedimento penale c.d. "Eureka", relativo a fattispecie di associazione mafiosa di tipo 'ndranghetistico, associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, riciclaggio e reati collegati, istruito dalla Direzione Distrettuale Antimafia di Reggio Calabria e che ha visto l'agire, con il coordinamento di Eurojust, di più Squadre Investigative Comuni, tra la DDA italiana e le Procure tedesche di Monaco I, Coblenza, Saarbrücken e Düsseldorf e, ancora, l'Ufficio del Giudice Istruttore presso il Tribunale di Limburg e il Procuratore Federale di Bruxelles, lavoro sfociato in mandati di arresto europeo e ordini di congelamento di beni, eseguiti in Germania, Belgio, Francia, Portogallo, Romania e Spagna. <https://www.eurojust.europa.eu/news/ndrangheta-mafia-members-arrested-investigation-belgium-italy-and-germany>

ma anche di conoscenza della modernità e delle sue tecnologie»²⁵, per poi constatare come sia «in gioco persino il tradizionale primato di professionalità ed efficacia dei nostri apparati di polizia, di fatto pressoché esclusi da ambiti di cooperazione che esigono la condivisione di eccezionali risorse tecnologiche e di nuovi strumenti operativi, come l'impiego a fini investigativi, pur rigidamente controllato attraverso la fissazione di rigorosi presupposti e limiti, di nuove tecniche intrusive e di quei medesimi hackers etici che anche lo Stato ha per fortuna, sia pure solo in tempi recentissimi, imparato ad utilizzare per sottoporre i propri sistemi informati a stress test necessari per saggiarne la resistenza ad attacchi interni ed esterni; oggi le indagini più importanti in materia di narcotraffico e di riciclaggio si nutrono di acquisizioni probatorie rese possibili da quadri normativi e strumenti investigativi più avanzati di quelli disponibili per la magistratura e le forze di polizia italiane».

EncroChat, Sky Ecc ed Exclu (l'ultima giunta tra le piattaforme ad essere deciptate, nel febbraio 2023) sono state chiuse. Ma le piattaforme criptate (e non ancora decifrate) *tuttora in uso* alla criminalità organizzata, compresa quella italiana, sono ancora molteplici e in continuo sviluppo. Gli apparecchi criptati sono poi precipuamente in dotazione ai segmenti più elevati dei network criminali. La capacità di intervenire in modo tempestivo e pieno (possibilmente su flussi comunicativi in corso e non solo su dati freddi a distanza di anni dal loro svolgersi) impatta, dunque, fortemente sulla qualità e l'incisività dell'azione di contrasto al crimine organizzato.

Occorre allora pensare a robusti investimenti in innovazione tecnologica applicata alle tecniche di indagine e a forme di cooperazione interstatale, giudiziaria e di polizia, ancora più efficaci e idonee a permettere un'acquisizione più tempestiva e partecipata, anche da parte degli apparati investigativi e degli organi giudiziari italiani, dei flussi comunicativi criptati attuali e prossimi.

È opportuno, infine, accennare al disegno di legge, allo studio al Senato, in tema di *Sequestro di dispositivi e sistemi informatici o telematici, memorie digitali, dati, informazioni, programmi, comunicazioni e corrispondenza informatica inviate e ricevute* (nuovo art. 254-ter c.p.p., il quale prevede che, nel corso delle indagini preliminari, il giudice per le indagini preliminari, a richiesta del pubblico ministero, disponga con decreto motivato il sequestro di dispositivi e sistemi informatici o telematici, o di memorie digitali, necessari per la prosecuzione delle indagini in relazione a circostanze e modalità dei fatti e nel rispetto del criterio di proporzione²⁶.

Qualora il pubblico ministero, poi, intenda procedere al sequestro dei dati inerenti a comunicazioni, conversazioni o corrispondenza informatica inviate e ricevute (chat *et sim.*), lo richiede al giudice per le indagini preliminari, che provvede con un distinto e ulteriore decreto motivato, disponendo il sequestro in presenza dei presupposti di cui al primo periodo e agli articoli 266, comma 1, e 267, comma 1, c.p.p.

²⁵ <https://www.giustiziainsieme.it/it/processo-penale/2644-audizione-al-senato-della-repubblica-del-procuratore-nazionale-antimafia-giovanni-melillo-sul-tema-delle-intercettazioni-del-31-gennaio-2023>

²⁶ <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/57039.pdf>, contenente il dossier dei due disegni di legge in tema (n. 690 e n. 806), aggiornato al 16/2/2024.

(come nelle intercettazioni). Inoltre, copia del decreto di sequestro è notificata all'avente diritto alla restituzione del dispositivo [...].

La riforma, ove a breve approvata, non inciderebbe sulle acquisizioni di dati comunicativi delle piattaforme criptate qui in esame, nel senso di determinare la necessaria autorizzazione preventiva del GIP, e ciò sia per una chiara disposizione transitoria (secondo la quale le norme in via di introduzione si applicano alle perquisizioni e ai sequestri la cui esecuzione ha avuto inizio in data successiva alla sua entrata in vigore), sia perché, ove si propendesse per l'indirizzo che rimarca trattarsi di trasferimento di prove precostituite all'estero quand'anche l'atto sottostante fosse qualificato come intercettazione, esso può avvenire con un mero provvedimento del pubblico ministero. Occorrerebbe un provvedimento autorizzatorio del GIP ove si chiedesse la raccolta di dati comunicativi che non sono stati invece ancora acquisiti dalla autorità giudiziaria straniera.

In uno scenario diverso, in cui, per ipotesi, apparati investigativi italiani fossero autonomamente in grado di intercettare una piattaforma criptata (riconducibile alla nozione di sistema informatico o telematico), al fine di decifrarne e acquisirne i flussi comunicativi sia in divenire sia nella corrispondenza telematica già storata, esattamente come ha fatto l'autorità giudiziaria francese nei casi Encrochat e Sky Ecc, invece, rispetto ai flussi comunicativi in corso si applicherebbe l'art. 266-*bis* c.p.p., mentre rispetto agli archivi di comunicazione "freddi" dovrebbe applicarsi la disciplina del nuovo sequestro *ex* art. 254-*ter* c.p.p., comprensiva delle comunicazioni agli indagati; ai possibili effetti negativi di discovery anticipata potrebbe ovviarsi in base alle norme esistenti in tema di ritardato sequestro (quali l'art. 98 DPR 309/90 e l'art. 9, comma 7, l. 146/2006).

CONCORSO TRA ESTORSIONE E TURBATA LIBERTÀ DEGLI INCANTI E NOZIONE DI DANNO RILEVANTE AI FINI DELL'ART. 629 C.P.: LA PAROLA ALLE SEZIONI UNITE

*Cass. pen., Sez. VI, ord. 11 luglio 2023 (dep. 12 ottobre 2023), n. 41379,
Pres. Calvanese, Rel. Pacilli*

di Maria Falcone

1. Con l'ordinanza in commento, la Sesta Sezione della Corte di cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite due questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità: la prima, in materia di qualificazione del danno rilevante nel delitto di estorsione (art. 629 c.p.), la seconda riguardante il concorso tra quest'ultima fattispecie e il delitto di turbata libertà degli incanti di cui all'art. 353 c.p.

Ravvisata l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto, manifestatosi anche nella pendenza del giudizio *a quo*, la Sesta Sezione ha sollecitato dunque l'esercizio della funzione nomofilattica delle Sezioni Unite, affinché queste si esprimano, da un lato, sulla corretta qualificazione giuridica della condotta di chi, con violenza o minaccia, allontani gli offerenti da una gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private, dall'altro lato, sulla questione relativa alla possibilità di includere nella nozione di danno patrimoniale di cui all'art. 629 c.p. il cd. danno da perdita di *chance*.

2. Nel caso di specie, la Corte d'Appello di Napoli, con sentenza del 26 novembre 2021, ha condannato alcuni degli imputati appellanti per i delitti di turbata libertà degli incanti ed estorsione aggravata, confermando la sentenza del giudice di prime cure¹. Così facendo, la Corte ha ritenuto che condotte violente o minacciose che determinino l'allontanamento degli offerenti nell'ambito di una gara pubblica o di una licitazione privata possano integrare, oltre che il delitto di cui all'art. 353 c.p., anche il delitto di cui all'art. 629 c.p., allorquando dalle stesse azioni criminose derivi un danno qualificabile in termini di perdita di *chance* connessa all'omessa presentazione di offerte di gara.

La difesa degli imputati ha quindi proposto ricorso per Cassazione, lamentando, *inter alia*, l'inosservanza della legge penale e il difetto di motivazione della sentenza impugnata con particolare riguardo alla nozione di danno di cui all'art. 629 c.p. Nello specifico, i difensori, richiamando il principio di necessaria offensività dell'illecito penale, hanno lamentato la mancanza di un'interpretazione tassativizzante del requisito del danno patrimoniale di cui al reato di estorsione, criticando la riconducibilità nella nozione in parola del cd. danno da perdita di *chance*. In particolare, a parere della difesa, la tesi sostenuta da entrambi i giudici di merito aveva trasformato il delitto di estorsione

¹ Diversamente opinando rispetto ai giudici della cognizione, in precedenza, il Tribunale del riesame aveva invece annullato la misura cautelare disposta per i fatti di causa, assumendo che in un caso di tal genere non fosse integrato il requisito del danno patrimoniale costitutivo del reato di estorsione.

da reato di evento, inteso in senso naturalistico, a reato di pericolo concreto, così ampliando l'ambito della rilevanza penale anche ai casi in cui sia compromessa soltanto una mera aspettativa patrimoniale. Se in sede civile la perdita di un'aspettativa può fondare una pretesa risarcitoria, in sede penale, punire la compromissione di un'aspettativa significherebbe frustrare la *ratio* dell'art. 629 c.p., sanzionando il mero pericolo che l'azione criminosa possa aver interrotto una concatenazione di eventi dalla quale avrebbe forse potuto scaturire un arricchimento patrimoniale.

La difesa ha sostenuto inoltre che, anche a voler ritenere legittima l'interpretazione del requisito del danno accolta dai giudici di merito, non avrebbe comunque potuto ritenersi integrato il delitto di estorsione, in assenza della prova del nesso causale tra il danno subito ingiustamente e la perdita delle possibilità di arricchimento derivata dalla condotta criminosa. In altre parole, pur ammettendo che il danno di cui all'art. 629 c.p. possa manifestarsi anche nella forma della perdita di *chance*, è comunque necessario dimostrare che la condotta criminosa abbia causato al soggetto passivo l'impossibilità di conseguire un vantaggio patrimoniale che, in mancanza della condotta stessa, egli avrebbe ottenuto con un elevato grado di probabilità statistica. Conseguentemente, secondo i ricorrenti, nei casi simili a quello oggetto di controversia, non può essere affermata la responsabilità penale per il delitto di estorsione in mancanza di un'aspettativa patrimoniale seria.

A fronte delle censure qui compendiate e ravvisata la presenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto, la Sesta Sezione della Corte di cassazione ha rimesso i ricorsi alle Sezioni Unite.

3. Nel Nel provvedimento in commento, i giudici di legittimità hanno cura di ricostruire *in primis* i contorni applicativi delle fattispecie oggetto dei quesiti rimessi al supremo collegio.

3.1. Dapprima, si osserva che il delitto di turbata libertà degli incanti di cui all'art. 353 c.p. si inserisce nel novero dei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione, delineando un reato comune e a forma vincolata. L'art. 353 c.p. punisce infatti "chiunque" si ingerisce nell'ambito di una procedura di gara usando violenza, minaccia ovvero mezzi variamente fraudolenti². La condotta così descritta è quindi tipica soltanto laddove acceda ad una gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private³. Tuttavia, se

² L'elencazione tassativa delle particolari modalità esecutive della condotta che assumono rilevanza penale rende la turbata libertà degli incanti un reato a condotta vincolata, cfr. sul tema R. PASELLA, *Sub Art. 353 c.p.*, in *Codice Penale Commentato*, a cura di E. DOLCINI, G.L. GATTA, Wolters Kluwer, 2021, p. 1401. Parte della dottrina sostiene però che si tratti di una fattispecie a forma libera, valorizzando il riferimento all'uso di "altri mezzi fraudolenti" contenuto all'art. 353 c.p., sulla base dell'assunto secondo cui il legislatore avrebbe affidato a tale riferimento la selezione in via residuale di tutte le condotte in concreto idonee a falsare l'esito della gara. Si veda sul punto R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto Penale. Lineamenti di Parte Speciale*, Giappichelli, 2021, p. 604.

³ Sui contorni della nozione di "gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private", si rinvia a N. MADIA, *I "nebulosi" confini della nozione di "gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private" enucleata dall'art. 353 c.p.: tra eccessi "espansionistici" e tendenze "restrittive"*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 1362 ss.

l'avvio di una procedura di gara è ormai pacificamente ritenuto un presupposto di perfezionamento del reato, la Corte evidenzia che non rileva, invece, che le condotte di cui all'art. 353 c.p. siano poste in essere dopo la chiusura della gara, purché risultino comunque idonee a falsarne l'esito⁴. Dal momento che la condotta deve determinare, in via alternativa, l'impedimento o la turbativa dell'incanto, ovvero l'allontanamento degli offerenti dalla gara, la Corte si premura di chiarire, inoltre, che possono qualificarsi come offerenti tutti coloro che abbiano partecipato alla gara o si apprestino a farlo, nonché chi abbia la possibilità e l'intenzione di parteciparvi, pur non essendo in possesso dei requisiti a tal fine richiesti. La Cassazione prende quindi posizione sulla discussa natura giuridica del delitto in esame, ritenendo che sia da preferirsi l'orientamento che riconosce nel reato di cui all'art. 353 c.p. un reato di pericolo concreto⁵. Alla luce di quest'ultima affermazione, la turbativa d'asta può dirsi integrata tutte le volte in cui l'azione criminosa manifesti la sua idoneità ad influenzare l'esito della gara, configurando un rischio concreto di alterazione del regolare corso della procedura. La turbata libertà degli incanti è ritenuta, infine, un reato plurioffensivo e plurilesivo⁶. Non soltanto l'art. 353 c.p. rappresenta una delle disposizioni cui il legislatore affida la tutela penale della libera concorrenza, ma essa è posta altresì a presidio di beni quali il buon andamento della p.a. e la libertà di iniziativa economica privata, che si declina sotto forma di libertà di partecipare alla gara, influenzandone l'esito⁷.

3.2. La Sesta Sezione focalizza quindi l'attenzione sulla ricostruzione degli elementi costitutivi del delitto di estorsione, qualificato, al pari della turbata libertà degli incanti, come reato comune a forma vincolata. Inserito tra i reati contro il patrimonio, pur essendo posto anche a presidio della libertà di autodeterminazione⁸, l'art. 629 c.p. punisce chiunque, con violenza o minaccia, coarti l'altrui volontà per conseguire un

⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 21 aprile 2017, n. 28388, Leo e altri, Rv. 270338-01; Cass. pen., Sez. II, 4 maggio 2018, n. 34746, Porcari e altro, Rv. 273550-01. Si vedano pure Cass. pen., Sez. VI, 21 marzo 2003, n. 25705, CED 225934; Cass. pen., Sez. VI, 12 dicembre 2005, n. 11628, CED 233686; Cass. pen., Sez. VI, 5 aprile 2012, n. 18161, CED 252638; Cass. pen., Sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 653, CED 269525; Cass. pen., Sez. VI, 9 novembre 2017, n. 57251, CED 271727.

⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 1° marzo 2023, n. 12333, Valentino, Rv. 284572-01; Cass. pen., Sez. VI, 11 marzo 2013, n. 12821, Adami, Rv. 254906-01; Cass. pen., Sez. VI, 24 aprile 2013, n. 28970, Sonn, Rv. 255625-01; Cass. pen., Sez. VI, 27 settembre 2013, n. 41365, Murgolo, Rv. 256276-01. In senso difforme, si veda Cass. pen., Sez. VI, 8 luglio 2014, n. 40304, Libardi, n.m.

⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 26 gennaio 2006, n. 4925, Piselli, Rv. 233346-01. Sulla natura plurioffensiva del reato di turbata libertà degli incanti si esprime anche *ex multis* Cass. pen., Sez. VI, 27 marzo 2007, n. 20621, CED 236618, sancendo la possibilità di riconoscere la posizione processuale di parte offesa a tutti coloro che hanno partecipato alla gara. In senso contrario, v. Cass. pen., Sez. VI, 26 febbraio 2013, n. 11031, CED 255724; Cass. pen., Sez. VI, 10 maggio 2017, n. 28266, CED 270321, ove si ritiene che l'unico soggetto passivo del reato di turbata libertà degli incanti sia la p.a., conseguentemente negando che il privato sia legittimato a proporre opposizione avverso la richiesta di archiviazione.

⁷ Cfr. R. PASELLA, *Sub Art. 353 c.p.*, in *Codice Penale Commentato*, cit. Più ampiamente sul punto N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Jovene, 2012, pp. 15 ss.

⁸ Sulla natura plurioffensiva del delitto di estorsione, cfr. *ex multis* C. BACCAREDDA BOY, *Sub Art. 629 c.p.*, in *Codice Penale Commentato*, cit.; R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto Penale. Lineamenti di Parte Speciale*, cit., p. 354.

ingiusto profitto con altrui danno. L'estorsione è quindi un reato a doppio evento, dal momento che, per la sua integrazione, è necessario che l'azione criminosa determini una coartazione dell'altrui volontà, da cui deriva all'agente un ingiusto profitto, con altrui danno patrimoniale⁹. Nel ricostruire il concetto di profitto, la Corte richiama la giurisprudenza consolidata che lo ha tradizionalmente definito come qualsiasi vantaggio, anche di tipo non economico, perseguito dall'agente. Tale vantaggio non deve essere legato ad un diritto che l'agente avrebbe potuto far valere legittimamente. Viceversa, laddove detto vantaggio consista nell'esercizio di un diritto, è necessario che lo stesso sia azionato con uno strumento antiggiuridico ovvero con uno strumento legale di cui l'agente faccia però un uso distorto¹⁰. Con riguardo all'elemento costitutivo del danno, invece, la Corte afferma la necessità che a tale requisito sia assegnata una connotazione patrimoniale, chiarendo che con il concetto di patrimonio ci si riferisce non solo ad un insieme di beni materiali, bensì a tutti i rapporti giuridici, attivi e passivi, riconducibili ad un certo soggetto ed aventi contenuto economico¹¹.

Delineate le due fattispecie incriminatrici nei termini appena illustrati, la Sesta Sezione ne evidenzia quindi la diversità strutturale, con riguardo all'evento e all'elemento soggettivo. A differenza dell'estorsione, infatti, la turbativa d'asta si consuma senza che occorra la produzione di un danno e il conseguimento di un profitto. Inoltre, nell'ipotesi di cui all'art. 353 c.p., il dolo consiste nella coscienza e volontà di turbare la gara¹², mentre nel caso di cui all'art. 629 c.p., la rappresentazione e la volizione sono dirette ad usare violenza o minaccia, per costringere altri ad un *facere* o ad un *non facere* da cui derivi il conseguimento di un ingiusto profitto, a favore dell'agente, e un danno patrimoniale, a discapito del soggetto passivo¹³.

4. Dopo aver ricostruito gli elementi costitutivi dei reati di estorsione e turbata libertà degli incanti, la Sesta Sezione passa a delimitare il perimetro della prima questione rimessa alle Sezioni Unite e relativa al possibile concorso tra i due reati in parola, affermando, *in primis*, la necessità di chiarire la corretta interpretazione da assegnare all'elemento costitutivo del danno nel delitto di estorsione.

⁹ La coazione psicologica della vittima è considerata un evento intermedio tra la condotta dell'agente e gli eventi del conseguimento dell'ingiusto profitto con altrui danno. Sul punto C. BACCAREDDA BOY, S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, in *Trattato di Diritto Penale Parte Speciale*, diretto da G. MARINUCCI, E. DOLCINI, Cedam, 2010, vol. VIII, p. 569.

¹⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 17 novembre 2005, n. 29563, Calabrese, Rv. 234963-01; Cass. pen., Sez. II, 31 marzo 2008, n. 16658, Colucci, Rv. 239780-01, secondo cui il profitto è "*qualsiasi vantaggio, non solo di tipo economico, che l'autore intenda conseguire e che non si collega ad un diritto, ovvero è perseguito con uno strumento antiggiuridico o con uno strumento legale ma avente uno scopo tipico diverso*". In proposito si cita anche una recente sentenza delle Sezioni Unite che ha confermato un'interpretazione molto ampia dell'elemento dell'ingiusto profitto, ancorché con riferimento al diverso delitto di cui all'art. 624 c.p. (cfr. Cass., Sez. Un., 25 maggio 2023, n. 41570).

¹¹ Sul punto, *ex multis*, F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, I, XV ed. (aggiornata da C.F. GROSSO), Giuffrè, 2008, p. 279.

¹² Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 653, CED 269526.

¹³ Cfr. *ex multis* Cass. pen., Sez. II, 17 marzo 2004, n. 18380, CED 229048.

4.1. A questo riguardo, la sentenza in commento ricorda anzitutto che la giurisprudenza è unanime nel ritenere che i delitti in parola concorrano formalmente nei casi in cui dalla condotta estorsiva derivi un danno che si manifesta nella perdita di un bene materiale¹⁴. Questo orientamento, pressoché indiscusso, si fonda sull'affermazione della diversa obiettività giuridica e della diversità strutturale delle fattispecie di estorsione e turbata libertà degli incanti; del resto sottolineata anche nell'ordinanza di rimessione. Gli eventi che segnano il momento consumativo dell'estorsione sono estranei alla fattispecie di cui all'art. 353 c.p., che si differenzia dalla prima anche sul piano dell'elemento soggettivo, oltre che dei beni giuridici tutelati¹⁵: entrambe le disposizioni contengono, infatti, elementi reciprocamente specializzanti. La turbata libertà degli incanti prevede, in via alternativa, modalità esecutive della condotta ulteriori rispetto a quelle intimidatorie e richiede, inoltre, che l'azione si inserisca nell'ambito di una procedura di gara. Diversamente, l'estorsione contempla il doppio evento del conseguimento dell'ingiusto profitto con altrui danno, estraneo al delitto di cui all'art. 353 c.p. Dalla diversità di elementi costitutivi deriva, inevitabilmente, un diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo: e non potrebbe essere altrimenti, considerata la necessità che il dolo abbracci tutti gli elementi costitutivi della fattispecie.

4.2. Maggiormente discussa in giurisprudenza è, invece, la presenza del concorso di reati nel caso in cui manchi una *deminutio patrimonii* apprezzabile sul piano materiale. Con riferimento a tale ultima ipotesi, si registrano due orientamenti contrapposti, che muovono, in buona sostanza, da una diversa interpretazione della nozione di danno di cui all'art. 629 c.p.

Il primo di questi orientamenti individua il danno del reato di estorsione nella lesione dell'autonomia negoziale, ovvero nella lesione della libertà del singolo di regolamentare i propri interessi. In un caso come quello in esame, la lesione dell'autonomia negoziale consiste allora nella compromissione della libertà di partecipare alla gara, influenzandone l'esito. Ricostruito in questo modo il concetto di danno, ne risulta che il disvalore che viene in rilievo in simili ipotesi può ben essere integralmente assorbito dalla fattispecie di turbata libertà degli incanti, ritenuta plurioffensiva e quindi posta a presidio anche della libertà privatistica di autodeterminarsi nei rapporti negoziali. Alla luce di queste affermazioni, il rapporto tra estorsione e turbata libertà degli incanti andrebbe pertanto ricondotto ad un'ipotesi di *concorso apparente* di norme, risolvibile mediante il principio di specialità di cui all'art. 15

¹⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 27 ottobre 2016, n. 4936, CED 268987; Cass. pen., Sez. II, 17 febbraio 2017, n. 11979, CED 269560. Nella specie, il danno del delitto di estorsione si traduceva in un atto di disposizione patrimoniale consistente nel consegnare una somma di denaro, come compenso dell'astensione dalla partecipazione alla gara ovvero della rinuncia all'aggiudicazione definitiva.

¹⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 25 settembre 2003, n. 45625, CED 227157; Cass. pen., Sez. II, 26 gennaio 2006, n. 4925, CED 233346, ove, in particolare, si ritiene che i due reati siano distinguibili sotto il profilo dell'elemento soggettivo; Cass. pen., Sez. II, 27 febbraio 2008, n. 12266, CED 239753; Cass. pen., Sez. II, 25 novembre 2011, n. 44388, a commento della quale si veda A. FERRETTI, *Avvocato estorce e turba le aste: sì al concorso formale*, in *Dir. giust.*, 2011, pp. 375 ss.

c.p. L'unica fattispecie che trova applicazione è, dunque, l'art. 353 c.p., in quanto norma speciale rispetto all'art. 629 c.p.¹⁶.

Il secondo degli orientamenti sopra richiamati ritiene, invece, che, nel caso in cui manchi una *deminutio patrimonii* apprezzabile sul piano materiale, il danno del reato di estorsione possa comunque essere rappresentato dalla perdita dell'aspettativa di conseguire un vantaggio economico (cd. perdita di *chance*). I sostenitori di questa tesi, dunque, intendono il danno come un pregiudizio che, pur non connotato da materialità, si traduce nella perdita di valore del complessivo assetto economico del soggetto passivo. Accedendo a tale interpretazione, il danno da perdita di *chance* integra l'evento in senso naturalistico contemplato dal delitto di estorsione, poiché consiste comunque in una diminuzione di valore del complessivo patrimonio della vittima. Il danno di cui all'art. 629 c.p. cessa dunque di essere inteso semplicemente come evento in senso giuridico, ovverosia come offesa alla libertà negoziale, e diviene invece un risultato dell'azione apprezzabile sul piano fenomenico come il *quantum* valoriale di cui viene decurtato il patrimonio della vittima. In questi termini, detto danno torna ad essere un elemento differenziale tra le due fattispecie. Di conseguenza, si nega la sussistenza di un rapporto di specialità unilaterale, e quindi di un concorso apparente tra l'estorsione e la turbata libertà degli incanti, sostenendo invece che le due fattispecie concorrano formalmente. Seguendo questo orientamento si ammette allora la possibilità del concorso formale tra estorsione e turbata libertà degli incanti, ma emerge – quale ineludibile conseguenza – la necessità di soffermarsi sulla corretta definizione da assegnare al concetto di aspettativa o *chance*. Si delinea così la seconda questione oggetto dei quesiti rivolti alle Sezioni Unite, ovvero se nella nozione di danno patrimoniale di cui all'art. 629 c.p. rientri anche il cd. danno da perdita di *chance*.

5. Il concetto di perdita di *chance* nasce nella letteratura francese come precipitato del principio dell'integrale risarcimento del danno, e viene quindi trapiantato nel nostro ordinamento ad opera della giurisprudenza civile, seguita poi da quella amministrativa. Con riguardo alla questione della riconducibilità della perdita di *chance* alla nozione di danno rilevante ai sensi dell'art. 629 c.p., la Sesta Sezione registra due distinti indirizzi interpretativi, analogamente orientati nel senso di ritenere in astratto ammissibile l'affermazione di responsabilità per il delitto di estorsione nei casi in cui il danno consista nella perdita dell'aspettativa di conseguire un vantaggio patrimoniale.

5.1. Il primo indirizzo interpretativo muove dalla considerazione secondo cui il danno nel delitto di estorsione si traduce in qualsiasi riflesso negativo sull'assetto economico del soggetto passivo, sicché questo sussiste ogni volta in cui sia frustrata una qualsiasi *chance*, anche remota, da intendersi come mera possibilità di conseguire un vantaggio economico¹⁷. Le pronunce che sostengono tale orientamento non aggiungono

¹⁶ Questa tesi pare in realtà essere stata sostenuta da un'unica pronuncia di legittimità, cfr. Cass. pen., Sez. VI, 3 marzo 2004, n. 19607, Del Regno, Rv. 228964-01.

¹⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 27 aprile 2016, n. 41433, Caliendo, n.m.; Cass. pen., Sez. V, 16 febbraio 2017, n. 18508, Fulco e altri, Rv. 270209-01.

altro quanto alla definizione del concetto di *chance*; salvo specificare, in alcuni casi, che la valutazione del danno patrimoniale deve formularsi *ex ante* e ricondursi al momento in cui il comportamento illecito è stato realizzato.

5.2. Il secondo indirizzo interpretativo qualifica, invece, la *chance* come concreta ed effettiva occasione di conseguire un determinato vantaggio economico. Tale nozione di *chance* è mutuata dalla letteratura civilistica che ricorre al concetto in parola per riferirsi ad “una situazione teleologicamente orientata verso il conseguimento di un’utilità o di un vantaggio, caratterizzata da una possibilità di successo presumibilmente non priva di consistenza”¹⁸. Ci si richiama così all’etimologia della parola *chance*, che deriva dall’espressione latina *cadentia* (“il cadere dei dadi”) e che indica una buona probabilità di riuscita. Del resto, proprio nella buona probabilità di riuscita, la giurisprudenza civile individua il discrimine tra la *chance* risarcibile e la mera utilità sperata, quest’ultima considerata irrisarcibile. Così come da ultimo definita, la *chance* rappresenta un’autonoma situazione giuridica, diversa dal bene finale cui il soggetto aspira. Si tratta perciò di un’entità patrimoniale a sé stante, la cui perdita dà vita ad un danno concreto e attuale, riconducibile, secondo l’opinione dottrinale prevalente, alle categorie civilistiche del danno-emergente e del danno-evento¹⁹.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto risarcibile il danno da perdita di *chance*, precisando altresì che si è in presenza di una situazione soggettiva tutelabile laddove il danneggiato provi che il rischio del verificarsi dell’evento sfavorevole, consistente nella mancata realizzazione della *chance*, sarebbe stato inferiore al 50%, in assenza della condotta illecita²⁰.

Anche alla luce della giurisprudenza appena richiamata, chi si pone nel solco del secondo orientamento ha quindi osservato che, pur essendo astrattamente ammissibile includere la perdita di *chance* nella nozione di danno rilevante, ai sensi dell’art. 629 c.p., ciò non vale per ogni tipo di aspettativa. Diversamente da quanto osservato in precedenza, dunque, a parere dei sostenitori del secondo indirizzo interpretativo illustrato, non rientreranno nella nozione di danno esaminata le mere aspettative, bensì soltanto le *chance* sorrette da un’elevata probabilità di successo. Nell’ambito di una procedura di gara, pertanto, solo in presenza di un’elevata probabilità di aggiudicazione potrà ritenersi configurato il danno del delitto di estorsione e potrà quindi conseguentemente affermarsi la presenza del concorso delle figure delittuose in esame.

6. Con l’ordinanza in commento, dunque, la Sesta Sezione della Corte di cassazione rimette alle Sezioni Unite due questioni controverse in materia di concorso tra estorsione e turbata libertà degli incanti e danno rilevante ai sensi dell’art. 629 c.p., giudicando tali questioni tra di loro strettamente connesse. In particolare, la Sesta Sezione chiede alle Sezioni Unite: “se sia configurabile, oltre al reato di cui all’art. 353 cod. pen., anche quello di estorsione nella condotta di chi, con violenza o minaccia, allontani gli

¹⁸ Cfr. *ex multis* Cass. civ., Sez. III, 7 agosto 2023, n. 24050, Rv. 668589-01.

¹⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. VI, 26 gennaio 2022, n. 2261.

²⁰ Cfr. *ex multis* C.d.S., Sez. II, 20 maggio 2019, n. 3217; C.d.S., Sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686.

offerenti da una gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private”, nonché “se nella nozione di danno patrimoniale di cui all’art. 629 cod. pen. rientri anche la perdita dell’aspettativa di conseguire un vantaggio economico”.

Quanto al primo quesito e limitatamente ai casi in cui manchi una *deminutio patrimonii* apprezzabile sul piano materiale, si contendono il campo due diversi orientamenti. Da un lato, chi configura un concorso apparente di norme tra l’estorsione e la turbata libertà degli incanti, ritenendo che la seconda fattispecie assorba in sé l’intero disvalore del fatto criminoso quando il danno del delitto di estorsione consista nella lesione dell’autonomia negoziale, bene giuridico già tutelato dalla turbativa d’asta. Dall’altro lato, invece, chi ritiene che l’estorsione e la turbata libertà degli incanti stiano tra loro in rapporto di concorso formale, in ragione degli elementi di diversità strutturale delle due fattispecie.

Quanto al secondo quesito rimesso alle Sezioni Unite, esso attiene anzitutto alla riconducibilità nella nozione di danno contemplata dall’art. 629 c.p. del cd. danno da perdita di *chance*. Tra coloro che affermano tale riconducibilità, vi è poi chi riconosce rilevanza ad ogni tipo di *chance* e chi invece ritiene che soltanto le *chance* sorrette da un’elevata probabilità di successo possano integrare il requisito del danno di cui al delitto di estorsione.

7. A parere di chi scrive, va *in primis* sottolineato che l’incertezza sulla giusta definizione da assegnare al concetto di *chance* si ripercuote sulla nozione di danno rilevante ai fini dell’art. 629 c.p. e di conseguenza incide anche sulla risoluzione della questione relativa al possibile concorso tra estorsione e turbata libertà degli incanti. La giurisprudenza prevalente affida, infatti, al criterio di specialità la soluzione delle eventuali ipotesi di concorso apparente di norme²¹, postulando un giudizio di confronto tra fattispecie da compiersi in astratto. Tale giudizio abbraccia necessariamente tutti gli elementi costitutivi dei reati in esame²², tanto che, nel caso di specie, non è possibile sciogliere il nodo del concorso tra i delitti di estorsione e turbativa d’asta, prescindendo dalla definizione di quello che è uno degli elementi costitutivi del reato di cui all’art. 629 c.p., l’altrui danno appunto. I quesiti formulati dalla Sesta Sezione sono pertanto tra loro interdipendenti, risultando il secondo – relativo alla nozione di danno rilevante ai sensi dell’art. 629 c.p. – addirittura pregiudiziale rispetto al primo – che riguarda invece il concorso tra i delitti in parola –, come emergerà dalle riflessioni che seguono.

7.1. In relazione al primo dei quesiti rimessi all’attenzione delle Sezioni Unite, pare utile anzitutto precisare che il tema del concorso tra i reati di cui agli artt. 353 e 629

²¹ È quanto sostenuto dalla giurisprudenza prevalente a partire dal 2005, quando si è ritenuto che l’unico criterio utilizzabile per la soluzione del concorso apparente di norme fosse appunto quello di specialità, in quanto maggiormente conforme al principio di legalità (cfr. sul punto Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2005, n. 47164).

²² In tal senso, Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1235, che richiede “un confronto strutturale tra le fattispecie astratte, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie stesse”, cfr. sul punto G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, XI ed., 2022, p. 617.

c.p. si pone limitatamente ai casi in cui il reo allontani gli offerenti da una gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private usando un mezzo intimidatorio. Soltanto laddove l'agente adoperi violenza o minaccia vengono in rilievo, infatti, quelle particolari modalità esecutive della condotta suscettibili di rilevare anche ai sensi dell'art. 629 c.p. Venendo, quindi, alle possibili soluzioni della questione *de qua* – concernente il rapporto tra l'estorsione e la turbata libertà degli incanti, nel caso in cui manchi un danno consistente in una *deminutio patrimonii* apprezzabile sul piano materiale –, sembra potersi osservare che l'ipotesi più accreditata sia quella che esclude il concorso apparente di norme, ritenendo dunque che l'estorsione e la turbativa d'asta stiano tra loro in rapporto di concorso formale. Un simile assunto si giustifica in ragione della diversa obiettività giuridica e della diversità strutturale delle due fattispecie, del resto evidenziata a chiare lettere anche dalla Sezione remittente. D'altra parte, la giurisprudenza dominante, perché si possa riconoscere un'ipotesi di concorso apparente di norme, richiede che le disposizioni incriminatrici siano avvinte da un rapporto di specialità unilaterale e in astratto²³, il che senz'altro non accade per la turbativa d'asta e l'estorsione. Piuttosto, nel caso in esame, le due norme sono legate da un rapporto di specialità bilaterale o reciproca, dal momento che ciascuna di esse presenta degli elementi specializzanti rispetto all'altra. Si pensi alle modalità esecutive alternative rispetto a quelle intimidatorie contemplate dall'art. 353 c.p.²⁴, ovvero al fatto che detta condotta deve inserirsi nell'ambito di una procedura di gara, creando il pericolo che la stessa sia turbata. O ancora al doppio evento del conseguimento di un ingiusto profitto con altrui danno contemplato dalla fattispecie di cui all'art. 629 c.p.

Come abbiamo detto poco sopra, la tesi prevalente in giurisprudenza esclude che la specialità bilaterale possa ricondursi nel novero del principio di specialità di cui all'art. 15 c.p. Accedendo alla tesi opposta, invece, si potrebbe ritenere integrata nel caso in esame un'ipotesi di concorso apparente di norme, in forza del rapporto di specialità reciproca che lega le due fattispecie. Alla stessa conclusione, potrebbe giungersi, altresì, invocando la presenza di un rapporto di specialità in concreto tra le norme di cui agli artt. 353 e 629 c.p., quantomeno limitatamente ai casi in cui il danno dell'estorsione non si traduca in una *deminutio patrimonii* apprezzabile sul piano materiale. Questa diversa impostazione consentirebbe di superare quella sovrapposizione tra turbamento della gara e danno patrimoniale, che spesso si verifica nella realtà fattuale, proprio nei casi in cui il danno dell'estorsione non venga a consistere nella perdita di un bene materiale. È quanto accade, ad esempio, nel caso portato all'attenzione della Sesta Sezione, in cui, in buona sostanza, le condotte violente o minacciose azionate dagli imputati determinano l'unico effetto di impedire la partecipazione degli altri offerenti alla gara. In concreto, la

²³ Nello specifico, per ritenere sussistente un rapporto di specialità unilaterale e in astratto tra due norme, si richiede che, in esito ad un raffronto strutturale tra le due fattispecie, tutti gli elementi presenti in una siano altresì richiamati nell'altra, che contiene poi ulteriori elementi specializzanti. Soltanto in queste ipotesi, si ammette l'applicazione di un'unica norma, quella che contiene gli elementi specializzanti e che pertanto si qualifica come norma speciale.

²⁴ Sulle modalità alternative di aggressione di cui all'art. 353 c.p., si veda G. DONATI, [La turbata libertà degli incanti tra logiche d'autore e principio di offensività](#), in questa *Rivista*, 21 dicembre 2022.

mancata partecipazione degli altri offerenti alla gara integra, al contempo, il turbamento della gara stessa e il verificarsi dell'evento del danno di cui al delitto di estorsione, qualificato proprio in termini di perdita di *chance* connessa all'omessa presentazione di offerte di gara. In presenza di tali circostanze ammettere il concorso formale tra l'estorsione e la turbata libertà degli incanti, per difetto di specialità unilaterale e astratta, rischia, in effetti, di comportare una violazione del *ne bis in idem* sostanziale. Del resto, le stesse Sezioni Unite apportano talvolta dei correttivi alla specialità unilaterale e astratta, recuperando criteri valutativi e sostanzialistici che sembrano richiamare la specialità in concreto o la specialità bilaterale²⁵.

A voler seguire quest'ultima ricostruzione si ricade, tuttavia, nella critica tradizionalmente mossa agli orientamenti che estendono il principio di cui all'art. 15 c.p. alle ipotesi della specialità bilaterale o in concreto. In particolare, emerge la difficoltà di individuare la norma speciale meritevole di prevalenza sull'altra. Tanto la specialità in concreto, quanto la specialità bilaterale, postulano infatti la prevalenza della norma che risulta "*più speciale*" rispetto all'altra, ovvero sia che è connotata da un numero maggiore di elementi di specialità. Ferme le incertezze che derivano dall'applicazione di un siffatto criterio di individuazione, nel caso oggetto di esame, la norma dotata di un numero maggiore di elementi di specialità sembrerebbe essere quella di cui all'art. 353 c.p. Una simile soluzione causa allora un cortocircuito nel sistema, nella misura in cui consente che condotte astrattamente idonee ad integrare il delitto di estorsione siano punite meno gravemente per il solo fatto di essere realizzate nell'ambito di una procedura di gara, e pur a fronte della natura plurioffensiva del delitto di cui all'art. 353 c.p.

7.2. Quest'ultima considerazione osta anche all'applicazione del diverso principio di assorbimento o consunzione, quantomeno laddove si individui la norma assorbente nell'art. 353 c.p. Difatti, secondo la giurisprudenza prevalente in materia di assorbimento, la consunzione va negata quando il legislatore ha previsto per il reato che andrebbe assorbito una sanzione più grave, posto che il trattamento sanzionatorio è l'unico elemento oggettivo che può confermare il giudizio di valore postulato dal principio di assorbimento²⁶. Oltre a ciò, pare assai arduo ritenere che tra la turbata libertà degli incanti e l'estorsione intercorra quel rapporto di compresenza necessaria o molto frequente, che giustifica il ricorso al principio dell'assorbimento a parere dei suoi stessi fautori.

7.3. La soluzione preferibile, a parere di chi scrive, resta dunque quella che ammette il concorso formale tra il delitto di turbata libertà degli incanti e quello di estorsione. Sebbene tale soluzione non consenta di valorizzare l'unitarietà del fatto e del suo disvalore, la sua considerazione può comunque essere recuperata in sede applicativa in forza del regime del cumulo giuridico. A conferma di questa lettura, si richiama una recente pronuncia delle Sezioni Unite in materia di concorso tra il delitto di estorsione e

²⁵ Si pensi, ad esempio, alla questione relativa ai rapporti tra la truffa aggravata ai danni dello Stato e la frode fiscale (cfr. Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1235).

²⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 9 maggio 2001, n. 23427.

un'altra delle fattispecie cui il codice penale affida la tutela penale della concorrenza, quello di cui all'art. 513 *bis* c.p. (illecita concorrenza con minaccia o violenza)²⁷. In tal caso, pur a fronte di elementi di reciproca specialità tra le due fattispecie, le Sezioni Unite hanno sancito l'ammissibilità di un concorso formale tra le stesse, facendo leva sulla loro diversa collocazione sistematica e sui diversi beni giuridici protetti.

7.4. Venendo quindi al secondo quesito rimesso all'attenzione delle Sezioni Unite, si è già detto che la sua definizione è dirimente per comprendere quando possa dirsi integrato l'elemento del danno di cui al delitto di estorsione e se quest'ultimo delitto possa concorrere con quello di cui all'art. 353 c.p. Come già osservato, tale questione non si estende al caso in cui dalla condotta criminosa derivi un danno che consiste nella perdita di un bene materiale, relativamente al quale la giurisprudenza ritiene pressoché pacifico il concorso formale tra estorsione e turbativa d'asta. Questa ipotesi del resto è l'unica che non pone dubbi circa la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi di entrambi i reati, specie del danno contemplato dal delitto di estorsione.

Con riferimento ai casi in cui manchi una diminuzione del valore complessivo del patrimonio connotata da materialità, invece, deve anzitutto osservarsi che la letteratura prevalente tende ad escludere che il danno di cui all'art. 629 c.p. possa consistere nella mera lesione dell'autonomia negoziale del soggetto passivo, in ragione della plurioffensività dell'estorsione²⁸.

In accordo con tale letteratura, dovrebbe dunque abbandonarsi, a parere di chi scrive, quell'orientamento richiamato *supra* al § 4.2, che, individuando il danno dell'estorsione nella lesione dell'autonomia negoziale, giunge a sostenere che tra l'estorsione e la turbativa d'asta intercorra un rapporto di specialità tale da fondare un concorso apparente di norme. Il superamento di questo orientamento si giustifica anche alla luce delle considerazioni che seguono. A rigore, infatti, i sostenitori di tale indirizzo interpretativo non considerano che il danno di cui al delitto di estorsione sia tradizionalmente inteso in termini di pregiudizio patrimoniale, non potendo perciò riferirsi soltanto ad una lesione dell'autonomia negoziale, di per sé connaturata alla costrizione dell'altrui volontà. In realtà, la lesione dell'autonomia negoziale rappresenta un diverso elemento costitutivo della fattispecie di cui all'art. 629 c.p.²⁹, che consiste nell'offesa ad uno dei beni tutelati dalla norma incriminatrice. Pertanto, chi individua il danno dell'estorsione nella lesione dell'autonomia negoziale sembra erroneamente equiparare il concetto di evento inteso in senso naturalistico con quello di offesa ad uno dei beni tutelati dalla norma incriminatrice. In tal modo, tuttavia, si rischia di duplicare inutilmente il concetto di offesa (in concreto), che già rappresenta un elemento costitutivo del fatto penalmente rilevante, oggetto di un accertamento a sé stante. Del

²⁷ Cfr. Cass., Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 13178. Per un approfondimento sul punto si veda S. BERNARDI, [Le Sezioni Unite chiariscono il concetto di "atti di concorrenza" nel delitto di cui all'art. 513-bis c.p.](#), in questa Rivista, 12 maggio 2020.

²⁸ Cfr. *ex multis* R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto Penale. Lineamenti di Parte Speciale*, cit.; C. BACCAREDDA BOY, S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, cit.

²⁹ V. sul punto C. BACCAREDDA BOY, S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, cit.

resto, è proprio la patrimonialità del danno inteso come evento in senso naturalistico che rappresenta uno dei principali elementi differenziali tra l'estorsione e la turbata libertà degli incanti ed è chiaro che tale elemento differenziale rischia di venire meno se si accoglie una nozione di danno patrimoniale talmente ampia da ricomprendere anche pregiudizi che di fatto si risolvono nella mera lesione dell'autonomia negoziale e che, in quanto tali, attengono ad un diverso piano d'analisi³⁰.

7.5. Il riferimento al carattere patrimoniale del danno è, quindi, essenziale anche per definire se la perdita di *chance* possa rilevare ai fini dell'art. 629 c.p. Sul punto, si tratta anzitutto di capire se il delitto di estorsione possa dirsi integrato anche in presenza di un danno cd. indiretto, che non derivi cioè direttamente da un atto dispositivo³¹, e, in particolare, nei casi in cui detto danno consista nella perdita di un'aspettativa di conseguire un vantaggio economico³². In secondo luogo, laddove si ammetta che il danno dell'estorsione possa consistere nella perdita di un'aspettativa, si tratta di chiarire quale tipo di aspettativa rilevi ai sensi dell'art. 629 c.p. e se tanto una *chance* seria quanto una mera utilità sperata possano rivestire il carattere della patrimonialità.

A voler seguire l'elaborazione offerta dalla giurisprudenza civile, a sua volta accolta da quella amministrativa, si dovrebbe sostenere il carattere patrimoniale della sola *chance* "seria". Soltanto una *chance* "seria", infatti, costituisce un'entità patrimoniale a sé stante, la cui perdita dà vita ad un pregiudizio che consiste in un danno concreto e attuale. Tuttavia, l'adozione di questa nozione di *chance*, da un lato, non consente di giungere ad una definizione univoca di danno patrimoniale, specie in ragione delle difficoltà connesse all'individuazione delle sole *chance* "serie", dall'altro, rischia di incidere anche su altri orientamenti giurisprudenziali, che, sempre in materia di estorsione, già danno rilevanza al concetto di aspettativa, senza però attribuirvi connotati particolari in termini di serietà e fondatezza³³.

In definitiva, ritenere che il danno del delitto di estorsione sia integrato anche nel caso di perdita di una mera utilità sperata rischia di tradursi nell'adesione ad una concezione troppo lata di patrimonio. Dall'altro lato, però, includere nella nozione di danno patrimoniale rilevante ai fini dell'art. 629 c.p. soltanto la *chance* "seria", in ciò richiamando le conclusioni cui è già giunta la giurisprudenza civile³⁴, rischia di aprire la

³⁰ Si pensi al concetto di danno *in re ipsa* elaborato in tema di estorsione cd. contrattuale (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 14 marzo 2001, n. 10463, richiamata da C. BACCAREDDA BOY, S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, cit., p. 580).

³¹ Cfr. sul punto F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, cit.; C. BACCAREDDA BOY, S. LALOMIA, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, cit., nonché R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto Penale. Lineamenti di Parte Speciale*, cit., p. 359.

³² In tal senso, sembra già orientata la giurisprudenza di legittimità quando ammette la connotazione patrimoniale del danno derivato dalla condotta estorsiva nei casi in cui detta condotta sia diretta ad ottenere la desistenza dall'esercizio di un'azione giudiziaria (cfr. *ex multis* Cass. pen., Sez. II, 12 luglio 2013, n. 43769, Ventimiglia, Rv. 257303-01) ovvero la rinuncia ad un'aspettativa nell'ambito di rapporti di lavoro (cfr. *ex multis* Cass. pen., Sez. II, 20 febbraio 2019, n. 8477, Scialpi, Rv. 275613-01; in senso difforme, Cass. pen., Sez. II, 04 ottobre 2018, n. 21789).

³³ Si rinvia a quanto richiamato alla nota precedente.

³⁴ Questa soluzione, del resto, sembrerebbe essere imposta, trattandosi di nozione di derivazione

strada all'ulteriore problema di elaborare dei criteri che consentano di provare quando, in concreto, una *chance* è sorretta da una elevata probabilità di successo.

Entrambe le soluzioni si prestano quindi a generare incertezze interpretative, lesive tanto del principio di legalità, *sub specie* di precisione e determinatezza, quanto dei principi di conoscenza e conoscibilità della legge penale e di prevedibilità delle decisioni, che pure rivestono un rilievo primario, specie nel sistema convenzionale di tutela dei diritti. Non ci resta, perciò, che auspicare un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, che superi i dubbi fin qui messi in luce, a partire da quello riguardante la delimitazione dei confini del concetto di danno di cui all'art. 629 c.p.

privatistica, cfr. sul punto Cass., Sez. Un., 25 maggio 2011, n. 37954, Orlando, Rv. 250975-01.

**DOLO EVENTUALE E DELITTO TENTATO:
NOTA A MARGINE DI UNA SENTENZA DEL TRIBUNALE DI BRESCIA
IN UN CASO AL CONFINE
TRA LESIONI PERSONALI E TENTATO OMICIDIO**

Trib. Brescia, sez. GIP GUP, 11 maggio 2023, giud. dott.ssa Angela Corvi

di Martina Elisabetta Pasquin

1. Segnaliamo una sentenza del Tribunale di Brescia che – attenendosi all’indirizzo interpretativo maggioritario sul tema – esclude la configurabilità del tentativo di reato per difetto dell’elemento soggettivo, quando la condotta sia commessa con dolo eventuale e non con dolo intenzionale o, almeno, diretto.

Il provvedimento in oggetto, nell’ambito di un giudizio abbreviato con capo di imputazione di tentato omicidio aggravato da futili motivi, stante l’esito positivo della verifica degli elementi oggettivi propri del tentativo ai sensi dell’art. 56 c.p., giunge a qualificare i fatti come ascrivibili alla fattispecie di lesioni personali gravi, per insussistenza del necessario dolo di omicidio che – secondo l’interpretazione prevalente in giurisprudenza di legittimità – nel tentativo non può avere natura meramente eventuale.

2. Assume, in questa sede, peculiare rilevanza l’analisi della vicenda alla base della decisione, sulla quale pare opportuno porre l’attenzione in via preliminare. I fatti possono riassumersi come segue.

La notte del 7 novembre 2021, a seguito di un incidente stradale tra più veicoli, nasce uno scontro verbale acceso tra gli individui alla guida dei veicoli coinvolti, e in particolare tra la persona offesa e un gruppo ragazzi scesi da un’altra auto. Nel corso del diverbio, l’imputato – fino ad allora non presente sulla scena e non implicato nella contesa verbale – si precipita contro la vittima e improvvisamente la aggredisce, colpendola con quattro pugni al capo. A causa dei colpi subiti, come testualmente riportato nella sentenza, l’offeso *“rovina con violenza sul cofano dell’auto, battendo violentemente la tempia destra (lo si evince dal rumore secco, davvero impressionante, distintamente udibile), e poi scivola a terra”*¹. Giova precisare che la ricostruzione della dinamica dei fatti è agevolata da un filmato realizzato dalla fidanzata dell’aggredito, che ha ripreso tutta l’azione criminosa mentre attendeva in auto.

In seguito all’aggressione, la parte lesa – secondo la diagnosi del Pronto Soccorso, citata nella perizia medico legale richiamata in sentenza – riporta un grave trauma cranico e versa in stato di coma: tali lesioni cranio-encefaliche di natura emorragica

¹ Cfr. sent. in commento, Trib. Brescia, n. 860 del 11 maggio 2023 (dep. 20 luglio 2023) p. 5.

rendono, quindi, necessario *“un intervento chirurgico salvavita in urgenza”*². Nella perizia si evidenzia, altresì, che la persona offesa, in conseguenza degli interventi neurochirurgici subiti, riporta un deficit neuro-cognitivo e motorio, da cui discende una permanente inabilità lavorativa del 100%.

Secondo il parere del perito medico legale, la condotta violenta realizzata dall'imputato deve ritenersi causa unica ed esclusiva dei traumi subiti dalla persona offesa. Riportatosi al momento dei fatti e ricostruita la dinamica criminosa tenendo conto della natura delle lesioni, della forza impiegata, della zona corporale attinta e del numero di colpi inferti, il perito qualifica l'azione come potenzialmente idonea a cagionare la morte della persona offesa. Inoltre, ed è questo uno dei punti più significativi della valutazione peritale, su cui si tornerà più avanti, la violenza e pericolosità degli atti è considerata tale da aver consentito all'agente di rappresentarsi *“se non come certa, quantomeno come probabile”* la realizzazione dell'evento morte.

3. Venendo ora alla motivazione, in una prima parte si dà spazio alla disamina dei profili oggettivi della fattispecie di omicidio tentato: sono considerati integrati – con granitica certezza – entrambi gli estremi di univocità e idoneità degli atti. Quanto al primo aspetto, si evidenzia come l'azione lesiva in sé, per il suo sviluppo – un susseguirsi rapido di violentissimi pugni al cranio – sia senza dubbio il principio di un atto esecutivo dell'omicidio, dunque univocamente diretto alla realizzazione dell'evento morte sia *“secondo la tradizionale impostazione ‘cinematografica’ (l'atto in sé, per quello che è, dimostra quale sarà lo sbocco della vicenda), sia in chiave di prossimità logico-cronologica rispetto alla consumazione”*, ossia nell'attivazione del processo che terminerà nella realizzazione dell'evento³.

Analogamente, è ritenuto sussistente il requisito di idoneità della condotta: riportandosi idealmente al momento in cui l'imputato ha ripetutamente colpito la vittima, sulla base delle conoscenze scientifiche disponibili – evidenziate nella perizia – e delle massime di esperienza, il Giudice rileva che *“vi era sicuramente una significativa possibilità di un esito letale”*⁴.

3.1. Muovendo da tali premesse, il giudizio si sposta sulla mancata sussistenza dell'elemento soggettivo, a cui è dedicata un'ampia e dettagliata parte del percorso argomentativo. Tali approfondite osservazioni, che si distinguono per chiarezza e puntualità, si riportano alla tesi dominante in giurisprudenza che esclude la configurabilità del tentativo quando il soggetto attivo agisca con dolo eventuale. Il Giudice, dunque, dà per assodato che perché sia integrato il tentativo omicidio occorra dimostrare che l'azione è sorretta da dolo intenzionale o quantomeno diretto. Secondo l'impostazione prevalente in giurisprudenza di legittimità, il coefficiente psichico del dolo eventuale appare strutturalmente inconciliabile con la direzione necessariamente univoca che deve caratterizzare gli atti compiuti nel delitto tentato, imposta dalla lettera

² Cfr. sent. in commento, cit., p. 11.

³ Cfr. sent. in commento, cit., p. 12.

⁴ *Ibidem*.

dell'art. 56 c.p.: sebbene l'univocità riguardi l'oggettività del comportamento, ossia l'estrinsecazione materiale della volontà dell'agente, essa deve, secondo questo indirizzo interpretativo, necessariamente essere correlata a un atteggiamento psicologico interno, vale a dire all'intenzionalità univoca dell'azione volta a conseguire un determinato esito delittuoso, verso cui sono diretti gli atti idonei⁵.

Siffatte incertezze non si presentano, invece, con riferimento alla figura del dolo diretto, il quale postula che l'agente aderisca all'evento – pur non direttamente voluto – rappresentandosi come certa o probabile, ai limiti della certezza, la sua realizzazione⁶. La giurisprudenza ha inoltre chiarito che, perché si configuri il tentativo, è sufficiente anche ravvisare la sussistenza del dolo alternativo, qualificato come una manifestazione di dolo diretto, che ricorre quando l'agente preveda e voglia indifferentemente e in via alternativa l'uno o l'altro degli eventi ricollegabili alla sua condotta, rispetto ai quali opera una valutazione di sostanziale equipollenza⁷.

3.2. Punto centrale della motivazione del provvedimento in esame sembra essere il riferimento alla pronuncia Thyssenkrupp (Cass., S.U., 24 aprile 2014, n. 38343), con particolare riguardo alle modalità di demarcazione dell'elemento psicologico del reato. Con la celebre sentenza del 2014 le Sezioni Unite hanno chiarito che la prova dell'accettazione dell'evento va valutata non solo con riguardo all'intensità del momento rappresentativo – dunque, al diverso grado di previsione – bensì anche considerando ulteriori elementi, quali ad esempio la zona del corpo attinta, la durata e l'intensità dell'azione o gli strumenti eventualmente utilizzati.

Da tale assunto, il Giudice della sentenza in esame deriva che ai fini dell'accertamento del dolo minimo diretto – anche *sub specie* dolo alternativo – occorre valutare tali fattori, da cui sia possibile desumere che *“l'agente agisca sapendo che, nell'id quod plerumque accidit, questo [l'evento] costituirà conseguenza 'normale' e 'necessitata' del suo agire, sicché, se lo fa, non può non volerlo”*⁸. Dunque, la valutazione del dolo nel delitto tentato deve essere effettuata avendo riguardo di tutte le circostanze dell'azione criminosa, anche al di là del minore o maggiore grado di probabilità di verificazione dell'evento, complessivamente considerando tutti i fattori che inducano a ritenere che la volontà dell'agente fosse univocamente diretta alla consumazione del delitto.

⁵ Come esaurientemente chiarito dalla Cassazione nella già citata sent. n. 5849/2006, l'incompatibilità tra dolo eventuale e tentativo «trova riscontro nella lettera della legge che stabilisce l'estremo della inequivoca direzione degli atti idonei, concernente l'oggettività del comportamento materiale e cioè il dato estrinseco dell'azione, manifestante ex se l'intenzione dell'agente, ma che va correlato ad un preciso atto interno (la direzione degli atti idonei) necessariamente consistente nella certa volontà di conseguire un prefissato risultato delittuoso, verso cui appunto l'azione è indirizzata secondo inequivoca finalizzazione».

⁶ Cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, G. L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2023, pp. 381 ss.

⁷ Cfr. Cass. pen., sez. I, 19 novembre 1999, n. 385. Sulla compatibilità tra dolo alternativo e tentativo, v. Cass. pen., sez. V, 17 gennaio 2005, n. 6168. Nello stesso senso: Cass. pen., sez. I, 19 novembre 1999, n. 215251.

⁸ Cfr. sent. Trib. Brescia, cit., p. 15. Il riferimento della sentenza Tribunale di Brescia è sempre alla sent. Cass. S.U. del 24 aprile 2014, n. 38343.

Sul punto – e in particolare sulla necessità di ricostruire l'intenzione dell'agente come orientata in maniera non equivoca alla realizzazione dell'evento, proprio sulla base degli indici fattuali disponibili, soppesati nel loro insieme – il Tribunale di Brescia aderisce all'impostazione adottata dalla Cassazione in una recente sentenza, richiamata in motivazione (n. 23543, dep. 30 maggio 2023), con la quale la Corte – in un caso molto simile a quello di specie – ha annullato con rinvio la decisione della Corte d'Appello di Napoli, che aveva riqualificato in tentato omicidio il reato di lesioni volontarie aggravate ravvisato dal Giudice di primo grado. Nella citata pronuncia la Prima sezione ha ritenuto che l'agente abbia agito con dolo eventuale, proprio facendo leva sull'erronea valutazione del complessivo contesto fattuale operata dalla Corte d'Appello, la quale aveva invece ravvisato il dolo diretto alternativo: la Cassazione ha precisato che le circostanze in cui si è sviluppata l'azione assumono decisiva rilevanza rispetto alla prova dell'elemento psicologico e devono essere considerate nel loro insieme, tenendo conto di tutti gli elementi a disposizione, che – perché vi sia dolo diretto alternativo – devono fornire una dirimente indicazione circa la direzione univoca dell'azione a determinare indifferentemente l'evento lesione o l'evento morte. Conformemente a quanto affermato dalla cospicua giurisprudenza precedente in tema di elemento soggettivo nel tentativo, infatti, la Corte ha ribadito che quando l'evento non si verifichi, il coefficiente psicologico che sorregge l'azione deve corrispondere a una *“volontà univocamente orientata alla consumazione del reato, senza possibilità di fruizione di gradate accettazioni del rischio, consentite soltanto in caso di evento materialmente verificatosi”*⁹.

3.3. È sulla base delle considerazioni appena esposte che si sviluppa l'ultima parte dell'apparato motivazionale della sentenza in commento: secondo il Tribunale di Brescia, le circostanze di fatto in cui è avvenuta l'azione delittuosa non consentono di ritenere che l'agente abbia concretamente previsto che la morte della parte offesa sarebbe stata conseguenza *“normale, inevitabile, routinaria”* del suo agire¹⁰. Ciò in ragione di una complessiva valutazione delle circostanze fattuali che tiene conto principalmente di due elementi. Da un lato, si afferma che dalle modalità dell'aggressione – avvenuta a mani nude, senza l'impegno di strumenti dall'elevata portata lesiva, realizzata da un soggetto che non aveva particolari abilità alla lotta e non conosceva la persona offesa – e dalla durata dell'azione – di pochissimi istanti, repentina – non sembra potersi dedurre che l'imputato si sia effettivamente rappresentato tutte le possibili conseguenze della sua condotta, in particolare l'evento morte. Da un secondo punto di vista, nella motivazione si sostiene che non è possibile attribuire alle diverse conseguenze lesive riportate dalla parte offesa la precisacausa determinante, distinguendo tra i colpi al cranio inferti dall'agente e il successivo impattodella vittima prima col cofano e, poi, col suolo. Appare inverosimile, ad avviso del Giudice, che l'imputato abbia effettivamente considerato tali eventualità ulteriori – ritenute, invece, decisive rispetto alla carica lesiva e

⁹ Così, Cass. pen, sez. I, 18 gennaio 2006, n. 5849. Nei medesimi termini si vedano anche, *ex multis*: Cass. pen., sez. VI, 20 marzo 2012, n. 14342; Cass. pen., sez. I, 10 ottobre 2019, n. 51870. Tra le più recenti, si veda Cass. pen., sez. I, 30 marzo 2023, n. 23543.

¹⁰ Sent. Trib. Brescia, cit., p. 16.

potenzialmente mortale dell'azione – e, dunque, si afferma che parimenti complesso risulterebbe sostenere, superando il limite del ragionevole dubbio, che l'agente abbia pienamente accettato l'esito letale che ne sarebbe potuto derivare.

Per quanto detto, in definitiva, si ritiene che il fatto sia da ricondurre al reato di lesioni personali di cui all'art. 582 c.p., per insussistenza del necessario dolo diretto di omicidio – anche nella forma del dolo alternativo – per cui non può dirsi integrata la fattispecie di cui agli artt. 56, 575 c.p., bensì il paradigma di cui agli artt. 582, 583 co. 1 nn. 1 e 2 c.p., 585 c.p. (con riferimento agli artt. 577 co. 1 n. 4 e 61 n. 1 c.p.). Avendo riguardo della cornice edittale fissata dalle circostanze aggravanti di cui all'art. 583 co. 1 c.p., la pena è stimata per sei anni di reclusione, prossima al massimo edittale di sette anni in ragione delle gravità delle lesioni riportate dalla persona offesa, che rendevano necessario un intervento salvavita. Tale pena viene aumentata poi a otto anni di reclusione in forza dell'aggravante dei futili motivi e, infine, ridotta ad anni cinque mesi quattro per effetto della riduzione per la scelta del rito premiale del giudizio abbreviato.

4. La pronuncia del Tribunale di Brescia, considerata l'analiticità delle valutazioni giuridiche in essa contenute, offre l'occasione per provare a proporre qualche breve riflessione sulle complessità che emergono dalle conclusioni raggiunte nel giudizio in esame e che interessano l'art. 56 c.p. in punto di elemento soggettivo. Come si è visto, il nucleo centrale della sentenza in commento concerne la distinzione tra i diversi gradi di dolo, da cui deriva la soluzione interpretativa che esclude la sussistenza del dolo diretto e, quindi, la fattispecie di tentato omicidio.

Ciò che ci sembra meriti particolare attenzione riguarda due questioni principali: da un lato, occorre evidenziare l'esistenza di un orientamento interpretativo, diverso da quello considerato dal Giudice, che ammette la compatibilità del dolo eventuale con il tentativo, fatto proprio da una parte – seppur minoritaria – della giurisprudenza e da autorevole dottrina; in secondo luogo, ci pare dirimente osservare le difficoltà riscontrabili nella distinzione tra la fattispecie di lesioni personali e quella di tentato omicidio, quando questa dipenda dalla sussistenza del dolo eventuale o del dolo diretto, data la complessità di valutazione del coefficiente psichico che sorregge l'azione in taluni casi.

4.1. Con riferimento al primo aspetto, invero, l'orientamento più risalente della giurisprudenza di legittimità riteneva configurabile il tentativo anche con dolo eventuale, riconoscendo la coincidenza tra il dolo del reato consumato e quello del reato tentato e l'identità strutturale tra le due figure. Su questo profilo si era infatti pronunciata la Cassazione a Sezioni Unite (sent. n. 6309 del 18 giugno 1983), facendo propria la ricostruzione secondo cui il delitto tentato non è fattispecie autonoma e diversa da quello consumato, bensì si tratta dello stesso reato a cui, tuttavia, manca un frammento dell'elemento materiale, ossia la realizzazione dell'evento o della parte finale dell'azione. Pertanto, il tentativo non è caratterizzato da un dolo proprio poiché il dolo del tentativo è il dolo della consumazione, di conseguenza, *“in caso di atti di valore finalistico plurimo, il dolo non viene meno per il fatto della mancanza di oggettiva univocità degli stessi, una volta accertato che essi hanno varcato la soglia dell'antigiuridicità penale”*, sicché

risulta *“indifferente il diverso atteggiamento psicologico dell’agente rispetto all’evento realizzato (lesione) ed a quello mancato (omicidio)”*¹¹. In tale occasione, peraltro, le Sezioni Unite si sono confrontate con un altro punto di essenziale importanza rispetto al tema in oggetto, poiché, pronunciandosi proprio sul ricorso a una condanna per tentato omicidio con dolo eventuale, rispetto alla quale si contestava la più corretta configurazione, nel caso di specie, del reato consumato di lesioni personali, hanno individuato il criterio discrezionale tra le due fattispecie di cui agli artt. 56, 575 c.p., da un lato, e l’art. 582 c.p., dall’altro. A riguardo, si è osservato che a qualificare diversamente il fatto di lesione personale e quello di tentato omicidio non è solo il diverso coefficiente psicologico che sorregge l’azione, ma anche la differente portata offensiva della condotta: mentre nel primo reato la carica lesiva si esaurisce nell’evento prodotto, ossia la lesione personale, nella seconda ipotesi vi è un’offesa ulteriore all’evento realizzato che *“tende a causarne uno più grave, riguardante lo stesso bene giuridico o un bene giuridico superiore e il medesimo soggetto passivo, non riuscendo a cagionarlo per cause indipendenti dalla volontà dell’agente”*¹². Ebbene, la maggiore potenzialità lesiva della condotta va valutata con riguardo al requisito dell’oggettiva idoneità e della destinazione univoca degli atti a realizzare il più grave evento della morte della persona offesa, tenendo conto delle evidenze oggettive del caso di specie, quali appunto le modalità dell’azione, la durata, la forza impiegata, etc.

Vi sono poi alcune autorevoli voci della dottrina che ritengono configurabile il tentativo anche con dolo eventuale, sostenendo l’inesattezza della tesi che considera la direzione univoca degli atti un requisito anche soggettivo. Ciò in quanto l’univocità imposta dall’art. 56 c.p. attiene all’elemento oggettivo del reato e costituisce, dunque, una caratteristica oggettiva della condotta. In questo senso, la direzione non equivoca degli atti a nulla rileva sul piano dell’elemento soggettivo, rispetto al quale è sufficiente che l’agente preveda e accetti l’evento come conseguenza del suo agire con i diversi gradi di intenzionalità individuati dalle categorie del dolo¹³. Si ammette, dunque, la configurabilità del tentativo con dolo eventuale individuando l’elemento psicologico di tale fattispecie nella semplice intenzione di commettere il delitto consumato – volendo infatti l’agente realizzare e non tentare il delitto – manifestata in qualsiasi forma di dolo, anche quando l’azione criminosa sia diretta verso un fine diverso, ma si accetti la realizzazione dell’evento come possibile conseguenza.

Sul tema della compatibilità del tentativo con il dolo eventuale sorge un’ulteriore considerazione. Il principio consolidato in giurisprudenza di legittimità che non ammette la configurabilità del tentativo quando ricorre il dolo eventuale si fonda

¹¹ Cass. S. U., 18 giugno 1983, n. 6309.

¹² Cass. S.U., 24 aprile 2014, n. 38343.

¹³ Si veda, per tutti, G. Marinucci, E. Dolcini, G. L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 570 ss.; Nello stesso senso: M. Romano, *Commentario sistematico al Codice penale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 550 ss., E. Morselli, *Il dolo eventuale nel delitto tentato*, in *L’indice penale*, 1978. In una posizione intermedia, invece, G. Seminara, *Il delitto tentato*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 170, secondo il quale la compatibilità del dolo eventuale con il tentativo non può essere sostenuta solo sulla base della tesi che ritiene coincidenti il dolo del tentativo con il dolo della consumazione; tuttavia, ciò che consente di ammettere configurabilità del tentativo con dolo eventuale è la definizione accolta di tale coefficiente psichico.

sull'assunto che il tentativo sia specifica e autonoma figura di reato, che non può dirsi integrata quando chi agisce accetti il rischio di realizzazione di un evento diverso, non voluto ma ritenuto solo possibile o probabile, poiché in tal caso l'agente non può essersi rappresentato gli atti come univocamente diretti alla realizzazione dell'evento stesso¹⁴. Come si è visto, infatti, la Corte di Cassazione ha più volte ribadito che la valutazione dell'elemento soggettivo nel delitto tentato deve avere luogo sulla base della *"volontà univocamente orientata alla consumazione del reato, senza possibilità di fruizione di gradate accettazioni del rischio"*. Ci sembra di poter ritenere, dunque, che sia in questo senso decisiva l'esatta definizione dei confini del dolo eventuale, con particolare riferimento all'atteggiamento psicologico dell'agente rispetto alla possibilità di realizzazione dell'evento. A seconda che si ritenga che l'agente, quando ricorre il dolo eventuale, accetti il *rischio* che l'evento si verifichi ovvero agisca *mettendo in conto* l'evento e *aderendo* ad esso, cambia significativamente il rapporto di tale figura con il tentativo. Autorevole dottrina e giurisprudenza sostengono che, per la sussistenza del dolo eventuale, sia necessaria l'adesione all'evento e non la mera accettazione del *pericolo* che esso si realizzi: è proprio il verificarsi dell'evento che l'agente deve accettare, pur di non rinunciare all'azione¹⁵. Le stesse Sezioni Unite, con la già richiamata sentenza Thyssenkrupp, hanno chiarito che tutte le forme di dolo sono caratterizzate dall'adesione/accettazione dell'evento e, dunque, anche per sostenere la sussistenza del dolo eventuale occorre che *"l'agente abbia agito anche a costo di causare l'evento lesivo, aderendo ad esso, per il caso in cui si verifichi"*¹⁶. Se tale ricostruzione è corretta, allora, pare difficile sostenere che tale forma di dolo sia incompatibile con la necessaria direzione non equivoca degli atti nel tentativo, anche ammettendo l'impostazione che ritiene l'univocità un requisito da valutare sul terreno dell'elemento soggettivo: se l'inconciliabilità sorge dall'impossibilità di *fruizione di gradate accettazioni del rischio*, assunto che tutte le forme di dolo presuppongono una piena adesione all'evento, sembra che venga meno la principale ragione di incompatibilità del dolo eventuale con la necessità di una *volontà univocamente orientata alla consumazione del reato*.

4.2. Quanto al secondo rilievo, circa le possibili difficoltà di valutazione in concreto dell'elemento psicologico del reato tentato, assume decisiva rilevanza la linea di demarcazione tra le due figure di dolo eventuale e dolo diretto, *sub specie* dolo alternativo, poiché proprio con riferimento a tale distinzione si presenta il problema della qualificazione delle condotte al limite tra il delitto di lesioni personali ex art. 582 c.p. e l'ipotesi di cui agli artt. 56, 575 c.p.

¹⁴ Cfr. A. Lago, Art. 56, in E. Dolcini, G. L. Gatta, *Codice penale commentato*, V ed., Milano, Wolters Kluwer, 2021, pp. 1077 ss.

¹⁵ G. Marinucci, E. Dolcini, G. L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 401 ss., secondo cui *"ponendo ad oggetto dell'accettazione non già l'evento (la morte di un uomo), bensì il pericolo del verificarsi dell'evento (il pericolo della morte) si trasforma il reato di evento in reati di pericolo del verificarsi dell'evento"*. In tal senso anche Cass., sez. I, 11 luglio 2011, n. 30472, Cass., sez. I, 7 febbraio 2020, n. 9049.

¹⁶ Cass. S.U., 24 aprile 2014, n. 38343.

Invero, nei casi in cui l'agente abbia posto in essere una condotta ascrivibile a tale zona di confine, risulta complesso verificare con certezza se l'agente abbia agito perché si è rappresentato e vuole indifferentemente che si realizzi uno o l'altro degli eventi causalmente ricollegabili alla sua condotta (nella specie la morte o il grave ferimento della vittima), oppure se abbia perseguito un diverso scopo (provocare gravi lesioni alla persona offesa) a tutti i costi, accettando l'evento (la morte della persona offesa) e aderendo ad esso per il caso in cui si verifichi, requisito che ci sembra preferibile rispetto alla mera accettazione del rischio. Per avvalorare quanto detto, tornando per un momento alla sentenza del Tribunale di Brescia in commento, si sarebbe forse potuto giungere a conclusioni differenti, senza andare incontro ad incongruenze. Ci sembra infatti che lo stesso contesto fattuale in cui si è snodata l'azione criminosa, ricostruito con chiarezza grazie al filmato e alla dettagliata perizia del medico legale riportata in sentenza, avrebbe potuto essere valutato, in maniera a nostro avviso del tutto plausibile, anche come significativo di un'intenzionalità riconducibile al "dolo minimo diretto" richiesto dall'orientamento prevalente per la configurabilità del tentativo. Così, la violenza dei colpi inferti, tale da far cadere inerme l'aggredito, e la zona vitale colpita (il capo) avrebbero potuto essere considerati altresì quali indici di una consapevolezza piena delle possibili conseguenze derivanti dall'azione e di una completa adesione all'evento morte per il caso in cui si verifichi, rilevate le gravissime conseguenze riportate dalla parte lesa e l'elevata prevedibilità di un impatto con il cofano e con il suolo a seguito dei fortissimi colpi ricevuti. A tale diverso esito valutativo sarebbe conseguita una differente qualificazione giuridica dei fatti, in quanto sarebbe stato ritenuto sussistente il dolo diretto e, dunque, anche il delitto tentato di omicidio.

Né ci pare che il quadro sanzionatorio sarebbe mutato di molto: la valutazione della gravità dei fatti di lesione personale nel caso di specie ha condotto, infatti, in punto di commisurazione della pena, a una risposta sanzionatoria piuttosto severa, proprio in ragione delle gravi conseguenze lesiveriportate dalla persona offesa, che *"rimaneva in vita soltanto grazie ad un complesso intervento chirurgico di emergenza, che lo strappava ad una morte cui, diversamente, sarebbe andato incontro, a causa del comportamento delittuoso dell'imputato"*¹⁷.

Le stesse conclusioni del Tribunale di Brescia rivelano con chiarezza, in conclusione, le complessità inerenti alla valutazione del coefficiente psichico nel delitto tentato con riferimento alla distinzione tra dolo diretto alternativo e dolo eventuale. Il superamento della tesi che esclude la configurabilità del tentativo quando ricorre dolo eventuale permetterebbe, pertanto, di sormontare le criticità e le contraddizioni emerse nei termini esposti e già evidenziate da giurisprudenza e dottrina, secondo quanto qui riassuntivamente prospettato.

¹⁷ Sent. Trib. Brescia, cit., p. 27.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**