La Legislazione Penale

Fondata da Mario Chiavario *e* Tullio Padovani

Anno 2023

Nº 2

FONDATORI: Mario Chiavario e Tullio Padovani

DIRETTORI: Giovannangelo De Francesco, Alberto Gargani, Domenico Manzione, Enrico Marzaduri, Serena Quattrocolo, Laura Scomparin, Antonio Vallini

DIRETTORE RESPONSABILE: Laura Scomparin

COMITATO SCIENTIFICO: Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Herve' Belluta, Alberto Camon, Donato Castronuovo, Antonio Cavaliere, Francesco Cingari, Luigi Cornacchia, Federico Consulich, Giancarlo De Vero, Alberto di Martino, Emilio Dolcini, Heloisa Estellita, Luciano Eusebi, Giovanni Fiandaca, Gabrio Forti, Benedetta Galgani, Mitja Gialuz, Ciro Grandi, Roberto Guerrini, Adelmo Manna, Claudia Mazzuccato, Enrico Mezzetti, Daniele Negri, Adán Nieto Martín, Domenico Notaro, Francesco Palazzo, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Daniele Piva, Domenico Pulitanò, Bartolomeo Romano, Stefano Ruggeri, Giandomenico Salcuni, Maximo Sozzo, Paola Spagnolo, Lucia Zedner

COMITATO EDITORIALE: Andrea Cabiale, Karma Natali, Laura Notaro, Laura Ricci, Alice Savarino, Filippo Venturi

REDAZIONE: Greta Accatino, Oscar Calavita, Antonella Falcone, Benedetta Paterra, Sara Riccardi, Ernestina Sacchetto

LA LEGISLAZIONE PENALE (www.lalegislazionepenale.eu) è una rivista *online* ad accesso libero. Tutti i contributi ospitati nella Rivista sono sottoposti a referaggio anonimo, ad eccezione degli scritti a firma dei direttori e di quelli pubblicati nelle sezioni *Interventi e Relazioni* e *Opinioni*. Le regole di condotta adottate dalla Direzione, dai Revisori, nonché dalle Autrici e dagli Autori, sono contenute nel Codice Etico, reperibile nella home page della Rivista. I contributi pubblicati vengono fascicolati ogni tre mesi.

ISSN: 2421-552X

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di LA LEGISLAZIONE PENALE, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, Titolo del contributo, in Leg. pen. (o LP), 1/2021, p. 5.

I materiali pubblicati sono distribuiti con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0)

Sommario

G. Accatino, Prime considerazioni intorno al nuovo art. 24-*bis* cpp 3

D. Bianco, La non alternatività del termine a difesa e dei riti premiali nel giudizio direttissimo come espressione del diritto di difesa dell'imputato 10

L. Bin, Il reato eventualmente complesso come (unica) ipotesi di concorso apparente ulteriore rispetto alla specialita'. L'esempio del rapporto tra incendio e disastro ambientale 18

O. Calavita, L'opposizione alla perquisizione: verso una convergenza con la cedu? 48

G. Caputo, Lavoro, previdenza sociale, tutela contro la disoccupazione dei lavoratori detenuti nella giurisprudenza del giudice del lavoro 59

A. Abukar Hayo, Dall'*extrema ratio* all'onnipresenza della norma penale. La vicenda emblematica della legge "anti – rave" 71

G. De Francesco, Malattie infettive, salute e sviluppo: implicazioni economiche e risposte giuridiche. Considerazioni introduttive 83

E. A.A. Dei-Cas, La partecipazione "parzialmente smaterializzata": il grimaldello del consenso a favore dell'economia processuale 88

C. Di Bugno, Modello di gestione di impresa ex art. 2086 cc e codice della crisi: cenni per un'autonormazione finalizzata alla tutela penale dell'imprenditore 114

G. Gentile, I *rave party* tra propaganda politica e diritto penale 121

B. Lavarini, Un nuovo rimedio "bifasico" per l'esecuzione delle decisioni della corte di strasburgo 141

A. Madeo, Opacità normativa e licenza interpretativa giurisprudenziale sui concetti di familiare e convivente: lo sconfinamento del delitto di maltrattamenti contro familiari o conviventi nel campo applicativo degli atti persecutori aggravati 157

A. Malacarne, Processo penale *de societate* e giustizia riparativa: un dialogo possibile? 174

A. Mangione, Il d.lgs n. 83/2022 e il nuovo diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza: riflessioni penalistiche 202

G. Mantovani, "Riforma cartabia": per chi è il processo *in absentia*? 230

A. Martufi e G. Bondi, L'esecuzione delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative nell'unione europea alla luce del d.lgs. 38/2016 di attuazione della decisione quadro 947/2008. Criteri ermeneutici, istituti applicabili e prospettive di riforma 247

A. Melchionda, Prescrizione del reato e prescrizione del processo. Una distinzione …impossibile? 264

M. Miraglia, I rimedi *post iudicatum* nel processo in assenza dopo la "riforma cartabia": novità e residue criticità 280

D. Notaro, Malattie infettive, salute e sviluppo: implicazioni economiche e risposte giuridiche. Uno sguardo d'insieme ai profili di rilievo penale ……282
G, De Francesco, Uno sguardo fugace sulla c.d. autonormazione 301

S. Riondato, "Persona comunque convivente" e legalità penale, nell'album di "famiglia" del delitto di maltrattamenti (art. 572 cp) 311

L. Siracusa, Ambiente e diritto penale: brevi riflessioni fra le modifiche agli artt. 9 e 41 cost. E le prospettive di riforma in ambito internazionale* 324

G. Sodano, La responsabilità penale dei componenti degli organi di composizione della crisi alla luce delle novità introdotte dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 ("codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza") 336

A. Tripodi, Uomo, societas, machina (*) 362

R. M. Vadalà, L'impianto sanzionatorio "punitivo" della legge sul diritto d'autore: il diritto al ne bis in idem nella permanenza del doppio binario……357

PRIME CONSIDERAZIONI INTORNO AL NUOVO ART. 24-*BIS* CPP

di Greta Accatino
(*Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi di Torino*)

Il contributo è dedicato al nuovo art. 24-*bis* Cpp. Muovendo da una disamina dell'*iter* che ha portato all'introduzione di codesta norma nel nostro ordinamento, si analizzano la *ratio* dell'istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione per la decisione sulla competenza per territorio e i profili strettamente processuali. In conclusione, l'Autrice dà conto tanto delle potenzialità della novella quanto di talune criticità ad essa sottese.
This paper focuses on new art. 24-*bis* Cpp. Firstly, the Author analyses the legislative procedure that led to the introduction of this provision in the Italian legal system. Then, the *ratio* of the institution of the preliminary ruling to the Court of Cassation for the decision on territorial jurisdiction and its procedural aspects are addressed. In conclusion, the Author takes into account both the potentials of the new rule of law and some critical issues.

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. La genesi della norma. – 3. La *ratio* e l'inquadramento nella sistematica del codice. – 4. La disciplina: legittimazione e termini. – 4.1. *(Segue)* Il ruolo di filtro del giudice *a quo* e la decisione definitiva della questione da parte della Corte di cassazione. – 5. Conclusioni.

1. Nonostante un iniziale (e discutibile) ritardo nell'entrata in vigore del d.lgs. 10.10.2022 n. 150, attuativo della delega contenuta nella l. 27.9.2021 n. 134[1], la riforma Cartabia è ormai in gran parte diritto vigente. È a tutti noto, infatti, che l'art. 6 d.l. 31.10.2022 n. 162, conv. in l. dalla l. 30.12.2022 n. 199, ha modificato il testo del d.lgs. 150/2022, differendone *in toto* l'applicazione al 30.12.2022[2]. Si prescinderà, tuttavia, dall'illustrare in questa sede le ragioni – già attentamente vagliate dalla dottrina[3] – che hanno indotto l'Esecutivo ad un simile rinvio.
Quel che preme sin d'ora sottolineare è che la riforma – penale e processuale insieme[4] – ha interessato pressoché ogni settore del codice di rito[5]. Ed è proprio in questo quadro che si colloca l'introduzione ad opera del legislatore delegato nel codice di procedura penale di una nuova norma, l'art. 24-*bis*, oggetto del presente contributo[6].

[1] In questo senso G.L. Gatta, *Rinvio della riforma Cartabia: una scelta discutibile e di dubbia legittimità costituzionale. E l'Europa?*, in *www.sistemapenale.it*, 31.10.2022; M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *www.sistemapenale.it*, 2.11.2022; P. Grillo, *Il rinvio dell'entrata in vigore della riforma Cartabia è incostituzionale?*, in *D&G*, 16.11.2022; C. Morselli, *Ricodificazione con la riforma Cartabia: all'ottativo, il rinvio tecnico può diventare definitivo* spoils system*. Ragionevole durata*, in *www.archiviopenale.it*, 3/2022; S. Quattrocolo, *Perché il differimento dell'entrata in vigore del d.lgs. 150/2022 è una sconfitta per la giustizia penale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2.11.2022.
[2] Diverso sarebbe stato se, invece di un rinvio in blocco della riforma, si fosse circoscritto il differimento solo ad alcune sue parti, «segnalate come problematiche in rapporto all'assenza di norme transitorie» (cfr. G.L. Gatta, *Rinvio della riforma Cartabia: una scelta discutibile e di dubbia legittimità costituzionale. E l'Europa*, cit.).
[3] Sul punto v. nota 1.
[4] M. Donini, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *PD* 2021, 593.
[5] E. Lupo, *Il processo penale alla luce della "riforma Cartabia"*, in *CP* 2022, 4167-4168, che in proposito scrive: «Un primo esame del decreto legislativo [150/2022] dà chiaro riscontro alla vastità delle modifiche, perché non vi è libro del codice di procedura che ne rimanga escluso. Ed in effetti il titolo II del decreto è diviso un undici capi, ciascuno dei quali racchiude le modifiche relative ad uno degli undici libri del codice».
[6] Per un commento alla nuova norma si rimanda anche a R. Bricchetti, *Prime riflessioni sulla riforma Cartabia: ricorso per cassazione e impugnazioni straordinarie*, in *IlPenalista*, 18.1.2023; A. Capone, *Le impugnazioni tra speditezza e*

2. L'art. 24-*bis* Cpp, rubricato "rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione per la decisione sulla competenza per territorio", è, nella sua attuale formulazione, figlio di un *iter* legislativo che si è articolato in più tappe.
Invero, alcun riferimento all'istituto di nuovo conio si rinveniva nel d.d.l. A.C. 2435, presentato il 13.3.2020 da Alfonso Bonafede, allora Ministro della Giustizia. Tuttavia, già nel testo licenziato dalla Commissione Lattanzi – costituita presso l'Ufficio legislativo del Ministero proprio allo scopo di formulare emendamenti al menzionato d.d.l.[7] – si proponeva, all'art. 7 lett. *h*-octies, di introdurre un meccanismo che consentisse al giudice tenuto a pronunciarsi nel corso del processo su una questione di competenza per territorio avente il carattere della serietà di affidare la decisione alla Suprema Corte, affinché vi provvedesse in camera di consiglio non partecipata[8].
A ciò ha fatto poi seguito l'approvazione della l. 134/2021, che – all'art. 1 co. 13 lett. *n* – richiedeva al Governo di «prevedere che il giudice chiamato a decidere una questione concernente la competenza per territorio possa, anche su istanza di parte, rimettere la decisione alla Corte di cassazione, che provvede in camera di consiglio; prevedere che, qualora non proponga l'istanza di rimessione della decisione alla Corte di cassazione, la parte che ha eccepito l'incompetenza per territorio non possa riproporre la questione nel corso del procedimento; prevedere che la Corte di cassazione, nel caso in cui dichiari l'incompetenza del giudice, ordini la trasmissione degli atti al giudice competente»[9].
Da un rapido raffronto tra le due formulazioni si coglie immediatamente che è scomparso – nel testo definitivo della legge delega – anzitutto il riferimento alla serietà della questione di competenza per territorio. Non vi è più, del pari, alcun richiamo al rito camerale non partecipato di cui all'art. 611 Cpp. Con l'entrata in vigore della l. 134/2021, viceversa, viene introdotta una preclusione *ad hoc* per il caso in cui una parte processuale, nel far valere l'incompetenza per territorio del giudice adito, non chieda il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione.
Ebbene, nel prosieguo si esaminerà il disposto dell'art. 24-*bis* Cpp, inserito nel tessuto del codice di rito ad opera dell'art. 4 d.lgs. 150/2022, dando conto, tra l'altro, delle appena citate "mancanze" e della *ratio* del divieto di riproposizione dell'eccezione di incompetenza territoriale.

3. Si è detto che l'obiettivo del legislatore, con l'introduzione dell'istituto in argomento, è stato «quello di individuare un giudice "ufficiale" e un momento processualmente dedicato alla questione sulla competenza per territorio»[10]. Molti sono, infatti, i casi verificatisi nella prassi in cui l'eccezione di incompetenza, proposta nei termini, è stata riconosciuta fondata solo in sede di legittimità, «con conseguente necessità di dover iniziare da capo il processo»[11]. Il che stride, evidentemente, con i principi costituzionali di efficienza e ragionevole durata[12], parole chiave della riforma Cartabia.

---

garanzie, in *DPP* 2023, 186 ss.; F. Cassibba, sub *Art. 24*-bis, in *Codice di procedura penale commentato*, I, a cura di A. Giarda, G. Spangher, Milano 2023, 676 ss.; M. Pittiruti, *Un «rinvio pregiudiziale» per un processo penale efficiente. Luci e ombre dell'art. 24*-bis *c.p.p.*, in *www.sistemapenale.it*, 15.5.2023; F.N. Ricotta, *I nuovi controlli sulla competenza per territorio*, in *La Riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, Pisa 2022, 644 ss.

[7] La costituzione della Commissione di studio – fortemente voluta dalla Ministra Marta Cartabia – risale al 16.3.2021.

[8] Il testo del d.d.l. prima e dopo gli emendamenti della Commissione Lattanzi è reperibile online in *www.sistemapenale.it*, 5.8.2021.

[9] Sul punto v. Gazzetta Ufficiale n. 237 del 4.10.2021 – Serie generale.

[10] In questo senso P. Grillo, *Riforma Cartabia e novità processuali: il mondo delle impugnazioni*, in *D&G*, 24.11.2022. Sul punto si vedano anche: *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435* del 24.5.2021 della Commissione Lattanzi, in *www.lalegislazionepenale.eu*, Forum sulla proposta di riforma della giustizia penale (Commissione Lattanzi), 40; M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit.

[11] Il riferimento è, di nuovo, alla *Relazione finale*, cit.

[12] Come recentemente affermato dalla Corte costituzionale, del resto, «[l]a ragionevole durata è un connotato identitario della giustizia del processo» (cfr. Corte cost., 24.3.2022 n. 74, in *www.cortecostituzionale.it*, cit., § 5.1 *Considerato in diritto*, commentata – tra gli altri – da A.M. Capitta, *Richiesta di riabilitazione e valutazione sull'esito dell'affidamento in prova: la Corte costituzionale conferma il rito "*de plano*" – Corte Cost., n. 74 del 2022*, in *www.archiviopenale.it*,

Com'è noto, l'art. 21 co. 2 Cpp espressamente prevede che l'incompetenza per territorio debba essere rilevata o eccepita – pena la decadenza – «prima della conclusione dell'udienza preliminare o, se questa manchi, entro il termine previsto dall'art. 491, comma 1». Tale è inoltre il momento ultimo per l'interessato, la cui eccezione di incompetenza sia stata respinta dal g.u.p., per eventualmente riproporla[13].
Malgrado il codice imponga, come visto, l'osservanza di precisi termini per eccepire l'incompetenza territoriale del giudice adito, vi è però che il nostro sistema processuale consente – o, sarebbe meglio dire, consentiva sino alla recente introduzione dell'art. 24-*bis* Cpp – di riproporre la questione di incompetenza per territorio anche in cassazione, «con l'effetto di travolgere, ove accolta con la decisione di annullamento, le sentenze di merito emesse all'esito di entrambi i gradi di giudizio, dovendo la Corte disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero competente»[14].
Tale essendo il contesto in cui il nuovo istituto viene ad inserirsi, ben si comprende la scelta del legislatore delegato di «porre il processo "in sicurezza" da questioni relative alla competenza"»[15] nel senso anzidetto, consentendo ai soggetti legittimati al rinvio pregiudiziale[16], di cui si dirà a breve, di rivolgersi immediatamente ai giudici di legittimità sollecitandone una pronuncia in via definitiva[17].

4. Appurato qual è lo spirito che anima la novella, entriamo nel vivo della disciplina di nuova introduzione.
Il primo comma dell'art. 24-*bis* Cpp, letto congiuntamente al sesto, individua anzitutto i legittimati al rinvio pregiudiziale e i termini entro cui la questione concernente la competenza per territorio dev'essere rimessa alla Suprema Corte. Sussiste, sotto entrambi i citati profili, una "simmetria di massima" tra la disposizione in esame e l'art. 21 co. 2 Cpp[18]. Coloro che possono azionare il meccanismo del rinvio pregiudiziale sono, cioè, gli stessi soggetti abilitati a rilevare o eccepire l'incompetenza per territorio: il giudice, da un lato, e le parti processuali, dall'altro. Il giudice, quindi, può in autonomia stabilire che la questione di competenza territoriale sia meritevole di essere decisa, una volta per tutte, dalla Corte di cassazione. In alternativa, il giudicante ha la possibilità di determinarsi a ciò a seguito di una domanda di parte. Qualora non ritenga, infine, di devolvere la risoluzione di un'eccezione di incompetenza per territorio alla Corte, è in sua facoltà di pronunciarsi sulla questione con un proprio provvedimento[19]. Per quel che riguarda, invece, l'impulso di parte, nel

2022; R. Polidoro, C. Cavaliere, *Contraddittorio differito: per la Corte costituzionale la strada da seguire in alcuni casi di esecuzione penale*, in *IlPenalista*, 6.5.2022).
[13] Quanto alla *ratio* della previsione codicistica, si legge nella *Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale*, in Gazzetta Ufficiale n. 250 del 24.10.1988 – Suppl. Ordinario n. 93, che: «Per l'incompetenza per territorio e per l'incompetenza derivante da connessione (commi 2 e 3), si è stabilito […] per ragioni di celerità che l'omessa deduzione "prima della conclusione dell'udienza preliminare o se questa manchi, entro il termine previsto dal comma 1 dell'art. 485", determina la perpetuatio jurisdictionis del giudice adito. Tuttavia, consentendo alle parti di riproporre l'eccezione già dedotta e respinta nell'udienza preliminare, si è introdotto il controllo sulle statuizioni del giudice dell'udienza preliminare da parte del giudice del giudizio».
[14] Così la *Relazione n. 2/2023* del 5.1.2023 a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, disponibile per la lettura in *www.sistemapenale.it*, 10.1.2023, 187 ss.
[15] M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., ma anche *Relazione finale*, cit., 40.
[16] L'istituto è stato costruito «sul modello della proposizione e della risoluzione dei conflitti di giurisdizione e competenza, con i necessari adattamenti, propri della disciplina della incompetenza per territorio, in tema di termini per la proposizione della relativa eccezione e di provvedimenti conseguenti alla dichiarazione di incompetenza» (cfr. Dossier A.G. 414, *Riforma del processo penale e disciplina della giustizia riparativa*, XVIII Legislatura, 7.9.2022, in *www.documenti.camera.it*, 51).
[17] In questi termini, diffusamente, M. Gialuz, J. Della Torre, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino 2022, 322; F.N. Ricotta, *I nuovi controlli sulla competenza per territorio*, cit., 645.
[18] Così F.N. Ricotta, *I nuovi controlli sulla competenza per territorio*, cit., 646.
[19] *Ibidem*, che all'uopo parla di "alternativa decisoria" del giudice adito, alternativa che invece non si configura nel caso in cui un conflitto di giurisdizione o di competenza sia stato denunciato dal P.M. o dalle parti private: in detta ipotesi,

silenzio della norma sul punto, la richiesta di rinvio pregiudiziale non deve presentare, a pena di inammissibilità, un determinato contenuto[20]. Pare, al contrario, sufficiente che essa sia tempestiva e che l'interessato argomenti in ordine alla fondatezza dell'eccepita incompetenza per territorio[21].
Strettamente legato al profilo della legittimazione è, poi, il tema del divieto di riproporre nel corso del procedimento interamente considerato, che si conclude quindi con il passaggio in giudicato della sentenza, l'eccezione di incompetenza da parte di chi, avendola già promossa in precedenza, non abbia tuttavia contestualmente chiesto la rimessione della decisione alla Corte di cassazione. Il riferimento è all'art. 24-*bis* co. 6 Cpp, che contempla un'espressa preclusione per le sole parti processuali e non anche quindi per il giudice, il quale, al contrario, «rimane nelle condizioni di verificare la propria competenza *ratione loci* e, se del caso, rinviare incidentalmente alla Corte di cassazione laddove lo ritenga necessario, anche in assenza della richiesta di parte»[22]. La disposizione, all'evidenza, risponde al preciso intento di responsabilizzare l'interessato: chi coltiva un'eccezione di incompetenza per territorio, se è realmente convinto della sua fondatezza, non esiterà a chiedere al giudice *a quo* di rimettere la decisione ai giudici di legittimità; se non lo fa, nondimeno, ciò gli sarà in seguito precluso.
Venendo ora ai limiti temporali entro cui la Corte di cassazione può essere investita della richiesta di decidere una questione di competenza per territorio, essi sono i medesimi dell'art. 21 co. 2 Cpp: prima della conclusione dell'udienza preliminare o, se essa manca, vuoi perché si tratta dei reati di cui all'art. 550 Cpp, vuoi perché è stato adottato uno dei riti speciali che si caratterizzano per l'assenza della citata udienza, appena sia stato compiuto per la prima volta l'accertamento circa la regolare costituzione delle parti a norma dell'art. 491 co. 1 Cpp. Termine – quest'ultimo – altresì rilevante per l'eventuale riproposizione della questione già respinta nell'udienza preliminare.
Anche su questo punto si rendono doverose alcune precisazioni. Va osservato, *in primis*, che, a seguito dell'introduzione nel tessuto codicistico degli artt. 554-*bis* e *ter* Cpp, si prevede che per i procedimenti a citazione diretta a giudizio la sede deputata alla discussione delle questioni di cui al citato art. 491 Cpp, tra cui quelle sulla competenza per territorio oggi al vaglio, sia l'udienza predibattimentale[23]. Qui, pertanto, il giudice dovrà, tra l'altro, esaurire tutte le «attività prodromiche all'istaurazione della fase dibattimentale, come la verifica della costituzione delle parti e la decisione delle questioni preliminari, che non possono essere riproposte al dibattimento»[24]. Un altro tema delicato attiene alla possibilità di disporre il rinvio pregiudiziale in appello, ossia oltre i termini di cui all'art. 24-*bis* Cpp. A questo proposito i primi commentatori della novella condivisibilmente concludono in senso affermativo: se, cioè, l'eccezione di incompetenza per territorio è stata dedotta nei termini e contestualmente si è chiesta la rimessione della questione alla Corte di cassazione, ma

infatti, se un conflitto è astrattamente configurabile, il giudice ha l'obbligo di trasmettere immediatamente gli atti alla Suprema Corte (cfr. G.M. Baccari, sub *Art. 30*, in *Codice di procedura penale commentato*, I, cit., 725 ss.; G.M. Baccari, *Conflitti di giurisdizione e di competenza*, in *IlPenalista*; A. Macchia, sub *Art. 30*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, I, a cura di G. Lattanzi, E. Lupo, Milano 2020, 100 ss.).

[20] F.N. Ricotta, *I nuovi controlli sulla competenza per territorio*, cit., 647.

[21] *Ibidem*: non anche, invece, «sui motivi di complessità o di particolare necessità che giustifichino la decisione incidentale della Corte in luogo di quella del giudice della fase».

[22] *Ibidem*, 649.

[23] Tra i primi commenti alla nuova disciplina si segnalano F. D'Alessio, *La nuova udienza predibattimentale nel rito monocratico con citazione diretta a giudizio*, in *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, Pisa 2022, 526 ss.; A. Diddi, *L'udienza-filtro nei procedimenti davanti al tribunale in composizione monocratica*, in *DPP* 2023, 180 ss.; M. Daniele, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, in *www.sistemapenale.it*, 16.1.2023; F. Lombardi, *L'udienza predibattimentale nella Riforma "Cartabia": uno schema operativo con alcuni spunti di riflessione*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 16.12.2022; B. Piattoli, *Udienza predibattimentale nei procedimenti davanti al tribunale in composizione monocratica tra l'obiettivo di una più ordinata sequenza procedimentale e la funzione di tutela delle garanzie*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 5.1.2023.

[24] B. Piattoli, *Udienza predibattimentale*, cit., 3.

il giudice non vi dà seguito, «la questione non è preclusa, ma anzi trova un rimedio fisiologico proprio in grado di appello»[25].

4.1. L'art. 24-*bis* Cpp stabilisce che il giudice investito di una richiesta di rimessione della questione di competenza per territorio alla Corte di cassazione possa rinviare la decisione agli Ermellini[26]. La norma, al contrario, non prevede *expressis verbis* che la questione – per essere devoluta alla Corte – debba presentare il carattere della serietà[27], né indica comunque i criteri che il giudice è tenuto a seguire nella sua decisione circa il rinvio[28]. Nondimeno, si è dell'opinione che il giudice procedente debba "filtrare" le richieste ricevute, dando seguito solo a quelle, astrattamente fondate, aventi ad oggetto questioni, più complesse o controvertibili, che non possono essere prontamente decise[29]. Fondamentale è, dunque, in questa fase, il ruolo del giudice *a quo*, chiamato a vagliare attentamente l'opportunità di valersi del nuovo istituto e ad argomentare, in caso di rigetto della richiesta, non solo sulle ragioni per cui reputa sussistente la propria competenza in luogo di quella di un altro ufficio giudiziario, ma anche sui motivi per cui ha ritenuto di non disporre il rinvio[30].
Una volta che – rispettivamente – il g.u.p., il giudice dell'udienza predibattimentale o dibattimentale abbiano eventualmente optato per la rimessione alla Corte di cassazione, soccorre il comma 2 della disposizione in esame. Stabilisce, infatti, la norma che il giudice *a quo* pronuncia ordinanza[31] di rimessione degli atti necessari a decidere la questione[32], indicando altresì i nominativi delle parti e dei loro difensori.
Nelle more della decisione, il processo non viene sospeso. Le ipotesi di sospensione del processo devono essere, infatti, oggetto di un'esplicita previsione normativa nel nostro sistema processuale,

[25] F.N. Ricotta, *I nuovi controlli sulla competenza per territorio*, cit., 651 e s.
[26] Il legislatore delegato usa, invero, il verbo "può" all'art. 24-*bis* co. 1 Cpp. Non solo: anche i lavori preparatori (ci si riferisce, segnatamente, alla *Relazione finale*, cit., nonché al Dossier A.G. 414, cit.) e la *ratio* della norma permettono di concludere per la non obbligatorietà della rimessione della questione alla Corte. Sotto quest'ultimo profilo, si osserva, infatti, che l'obiettivo di rispettare il principio di ragionevole durata del processo, contrastando richieste di rinvio meramente strumentali, è meglio raggiunto se si ammette l'esistenza di un potere discrezionale del giudice *a quo* in ordine alla rimessione della questione ai giudici di legittimità.
[27] La Commissione Lattanzi, invece, aveva suggerito di introdurre un riferimento al carattere serio della questione. Ciò allo scopo di scongiurare la strumentalizzazione del nuovo istituto, responsabilizzando altresì il giudice *a quo* (cfr. v. il paragrafo 2 di questo scritto).
[28] A. Capone, *Le impugnazioni tra speditezza e garanzie*, cit., 187.
[29] In questi termini F.N. Ricotta, *I nuovi controlli sulla competenza per territorio*, cit., 651 e s., che a sua volta richiama A. Marandola, *Il ridimensionamento e la conformità strutturale e procedurale dei mezzi ordinari d'impugnazione al modello accusatorio*, in *"Riforma Cartabia" e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di A. Marandola, Milano 2022, 251. Anche nella *Relazione n. 2/2023* del 5.1.2023 a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, cit., 191, si fa riferimento alla «discrezionalità del giudice nella delibazione della configurabilità in astratto dei presupposti della dichiarazione di incompetenza».
[30] Osserva sempre F.N. Ricotta, *I nuovi controlli sulla competenza per territorio*, cit., 653, che, qualora il giudice ritenga invece di rinviare la decisione alla Corte di cassazione, l'ordinanza potrà essere più concisa in parte motiva. La Corte, difatti, allorché sia chiamata a decidere una questione di competenza, opera come giudice del fatto e non è in alcun modo vincolata alle indicazioni contenute nell'ordinanza di rimessione (cfr. anche *Relazione n. 2/2023* del 5.1.2023 a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, cit., 194).
[31] Osserva in proposito F. Cassibba, sub *Art. 24*-bis, cit., 677, che – a prescindere dalla circostanza che la questione sia stata rilevata d'ufficio dal giudice o dedotta da una delle parti – dovrà essere previamente instaurato il contraddittorio. Ne va, infatti, del rispetto del principio di parità delle parti e di terzietà del giudice di cui agli artt. 111 co. 2 Cost. e 6 co. 1 Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali.
[32] Rileva, di nuovo, F. Cassibba, sub *Art. 24*-bis, cit., 677, che la selezione degli atti necessari a risolvere la questione non potrà essere rimessa alla sola iniziativa del giudice: essa sarà, viceversa, il risultato del confronto tra le parti, tenuto conto però del fatto che «gli atti dai quali può emergere il presupposto per la rimessione della questione alla Corte di cassazione devono essere stati depositati e ammessi, non bastando il mero inserimento materiale nel fascicolo».

come ben si evince dall'art. 30 co. 3 Cpp in relazione ai casi di conflitto e dall'art. 50 co. 3 Cpp in generale[33], e una simile previsione non si rinviene nel dettato della novella.

Quindi, la Corte provvede in camera di consiglio partecipata[34], secondo il modulo procedimentale di cui all'art. 127 Cpp[35], e può, alternativamente, rigettare la questione, con ciò riconoscendo competente a giudicare dei fatti contestati all'imputato proprio il giudice già investito del processo, o accoglierla[36]. Qualora, in questa seconda ipotesi, concluda per l'incompetenza per territorio del giudice adito, la Corte ordina la trasmissione degli atti al pubblico ministero presso il giudice competente[37]. Un estratto della pronuncia, che avviene con sentenza[38], dev'essere poi subito comunicato al giudice remittente e, se diverso, al giudice individuato come competente per territorio, nonché al pubblico ministero presso gli stessi giudici e notificato alle parti private.

Dalla comunicazione così effettuata decorre, infine, il termine di venti giorni di cui all'art. 27 Cpp, entro cui il giudice dichiarato territorialmente competente deve, a pena di inefficacia, eventualmente disporre una nuova misura cautelare. Quanto, invece, alle prove già acquisite dal giudice incompetente, trova applicazione – mancando un'espressa deroga nella novella e analogamente a quanto già dispone l'art. 32 co. 3 Cpp in tema di risoluzione dei conflitti – l'art. 26 Cpp[39].

5. L'inedito meccanismo di risoluzione preventiva delle questioni di competenza per territorio di cui all'art. 24-*bis* Cpp presenta, come evidenziato, rilevanti potenzialità.

Si è visto che la disciplina dell'istituto di nuova introduzione mira ad «assicurare ragioni di efficienza processuale in rapporto a questioni d'incompetenza per territorio, limitandone la riproponibilità, "cristallizzando" precocemente la competenza *ratione loci* e scongiurando, così, effetti regressivi troppo tardivamente prodotti»[40].

Si consideri altresì che, a mente dell'art. 25 Cpp, le decisioni dei giudici di legittimità in tema di competenza sono vincolanti nel corso del processo e, trattandosi di valutazioni compiute *rebus sic stantibus*, rimangono ferme sempreché non emergano nel frattempo circostanze che importano una diversa definizione giuridica, con conseguente competenza di un giudice superiore.

---

[33] Sul punto si vedano M. Chiavario, *Sospensione del processo (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXX, 1993, 1 ss.; G. Ubertis, *Sospensione del processo penale*, in *ED*, Agg. I, Milano 1997, 937 ss.

[34] Non, invece, in camera di consiglio non partecipata ai sensi dell'art. 611 Cpp, come era stato inizialmente prospettato dalla Commissione Lattanzi (cfr. sul punto si rimanda, di nuovo, al paragrafo 2).

[35] Circa l'ampiezza delle valutazioni demandate ai giudici di legittimità, va osservato che, in linea con la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, quest'ultima potrà anche entrare nel merito della corretta qualificazione giuridica dell'imputazione (cfr. Cass. S.U. 23.6.2016 n. 18621, in *DeJure*, commentata da P. Rivello, *Un intervento delle Sezioni unite in tema di conflitto di giurisdizione*, in *CP* 2017, 3508 ss.; G. Romeo, *Le Sezioni Unite sui conflitti di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice militare*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2.5.2017). La Corte, quindi, dovrà vagliare l'ammissibilità della richiesta di rinvio e decidere quale giudice sia territorialmente competente nel caso di specie.

[36] F. Cassibba, sub *Art. 24*-bis, cit., 676.

[37] Si noti che gli atti devono essere trasmessi al pubblico ministero presso il giudice competente e non, invece, al giudice competente, come prospettato inizialmente dalla l. 134/2021. La formulazione normativa non è casuale, bensì figlia di un preciso intento del legislatore delegato (v. *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, in Gazzetta Ufficiale n. 245 del 19.10.2022 – Suppl. Ordinario n. 5, 340), che ha con ciò inteso porsi in linea di continuità con due famose pronunce della Corte costituzionale, dichiarative dell'illegittimità parziale dell'art. 23 co. 1 Cpp, la prima in tema di incompetenza per materia e la seconda con riferimento all'incompetenza per territorio (cfr. C. cost., 11.3.1993 n. 76, in *www.cortecostituzionale.it*, commentata da M. Margaritelli, *Questioni nuove in rapporto alle declaratorie di incompetenza del giudice penale*, in *GiurCost* 1993, 696; C. cost., 15.3.1996 n. 70, in *www.cortecostituzionale.it*, annotata da F. Amato, *Sulla destinazione degli atti una volta dichiarata l'incompetenza*, in *GiurCost* 1996, 666 ss. e M. Valiante, *Sulla trasmissione degli atti da parte del giudice incompetente*, in *CP* 1996, 2084 ss.).

[38] Il che si ricava dalla lettura dell'art. 24-*bis* co. 4 Cpp.

[39] In termini v. F. Cassibba, sub *Art. 24*-bis, cit., 677; *Relazione n. 2/2023* del 5.1.2023 a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, cit., 195.

[40] F. Cassibba, sub *Art. 24*-bis, cit., 676.

Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione per la decisione sulla competenza per territorio s'inscrive, dunque, a pieno titolo tra le previsioni codicistiche dettate da finalità deflative[41], idonee anche ad incidere sui tempi della giustizia penale[42]. L'esigenza di razionalizzare la durata dei procedimenti penali, senza tuttavia sacrificare le garanzie individuali, rappresenta – del resto – il filo conduttore dell'intera riforma inaugurata dalla l. 134/2021... Una riforma che ci costringe, in quanto operatori del diritto, a tornare sui banchi di scuola e a ripensare le nostre consolidate certezze in ordine al funzionamento della macchina del processo[43].

Non si possono sottacere, però, anche alcune "ombre" del nuovo istituto. A cominciare dalla mancata indicazione del parametro che deve guidare il giudice nella selezione delle questioni da rimettere alla decisione della Corte di cassazione, con un inevitabile incremento del «tasso di discrezionalità insito nello strumento»[44]. Per arrivare alla già citata omessa previsione di un'ipotesi *ad hoc* di sospensione del processo, nelle more della decisione dei giudici di legittimità. Sotto quest'ultimo profilo, segnatamente, non si comprende del tutto la scelta legislativa. Si è detto, infatti, che l'istituto è stato concepito allo scopo precipuo di evitare la regressione del procedimento ogniqualvolta sia in discussione la competenza per territorio del giudice adito e la Corte di cassazione concluda, infine, per la sua incompetenza. Se così è, però, non pare che l'art. 24-*bis* Cpp, per come congegnato, si presti a scongiurare una simile eventualità. È ben possibile, del resto, che la sentenza con cui la Cassazione chiude la parentesi aperta con l'ordinanza di rimessione intervenga quando già il giudice dibattimentale ha pronunciato il provvedimento conclusivo del primo grado di giudizio[45]. L'obiettivo, al contrario, si sarebbe potuto perseguire consentendo, sì, la sospensione, ma rendendola meramente facoltativa[46].

[41] Così E. Lupo, *Il processo penale alla luce della "riforma Cartabia"*, cit., 4167.
[42] A. Capone, *Le impugnazioni tra speditezza e garanzie*, cit., 186.
[43] Ci si riferisce, certamente, alle molte iniziative pensate dalle Camere Penali, spesso in collaborazione con i locali Uffici Giudiziari, per dare risposta ai numerosi interrogativi sollevati dall'Avvocatura e da coloro che, in generale, una così complessa riforma sono chiamati a conoscere e applicare.
[44] M. Pittiruti, *Un «rinvio pregiudiziale» per un processo penale efficiente. Luci e ombre dell'art. 24*-bis *c.p.p.*, cit., 9.
[45] *Ibidem*, 16.
[46] *Ibidem*, 15 ss.

LA NON ALTERNATIVITÀ DEL TERMINE A DIFESA E DEI RITI PREMIALI NEL GIUDIZIO DIRETTISSIMO COME ESPRESSIONE DEL DIRITTO DI DIFESA DELL'IMPUTATO

di Diletta Bianco
(*Borsista di ricerca presso l'Università del Piemonte Orientale*)

L'interpretazione degli artt. 451 co. 5 e 6 e 558 co. 7 e 8 Cpp è stata oggetto di un lungo dibattito giurisprudenziale e dottrinale. In particolare, tali articoli sono stati al centro di contrasto nella parte in cui prevedrebbero, nel giudizio direttissimo, il diritto di un termine a difesa soltanto a seguito dell'apertura del dibattimento, con la conseguente impossibilità di accedere a riti alternativi in un momento successivo. Muovendo da questa premessa, l'Autrice ripercorre la decisione della Consulta n. 243/2022, che sembra aver definitivamente messo la parola fine al citato dibattito, fornendo un'interpretazione delle norme conforme al principio di parità delle parti e al diritto di difesa, cardini di ogni sistema democratico.
The interpretation of artt. 451 c. 5 and 6 and 558 c. 7 and 8 Cpp have been the subject of a long jurisprudential and doctrinal debate. The argument focuses on the fact that, in case of a direct judgment, these articles would grant the right to a term for defence only following the opening of the hearing, with the consequent impossibility of accessing alternative procedures later. From this starting point, the Author traces the decision of the Italian Constitutional Court n. 243/2022, which seems to have definitively put an end to the discussion, providing an interpretation of the rules in compliance with the principle of equality of the parties and the right of defence, cornerstones of every democratic system.

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale e le *quaestiones* del giudice *a quo*. – 2. I precedenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali affermatisi nel corso del tempo. – 3. Gli argomenti della Corte costituzionale alla base della dichiarazione di incostituzionalità delle disposizioni censurate. – 4. Cenni conclusivi.

1. Con ordinanza del 13.5.2021, il Tribunale di Firenze ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24 e 117 co. 1 Cost., questione di legittimità costituzionale degli artt. 451 co. 5 e 6 e 558 co. 7 e 8 Cpp[1], nella parte in cui prevedrebbero, nel giudizio direttissimo, il diritto di un termine a difesa soltanto a

[1] Con riferimento al rito direttissimo, tali articoli sanciscono le garanzie accordate *ex lege* all'imputato – applicabili ai due riti che si svolgono, rispettivamente, di fronte al giudice collegiale e a quello monocratico - che si sostanziano, da un lato, nella facoltà di chiedere l'accesso ai riti alternativi (abbreviato e applicazione della pena su richiesta delle parti) e, dall'altro, nella facoltà di chiedere un termine per la preparazione della difesa non superiore a dieci giorni (ridotti a cinque nel giudizio direttissimo che si svolge dinanzi al Tribunale in composizione collegiale). Quando l'imputato si sia avvalso della facoltà da ultimo citata, il dibattimento resta sospeso *de jure* fino all'udienza immediatamente successiva alla scadenza del termine.
Non è previsto un termine a difesa minimo, ma la dottrina prevalente (E. Zanetti, *Il giudizio direttissimo*, in *I procedimenti speciali in materia penale*, a cura di M. Pisani, Milano 1997, 404; P. Gaeta, *Giudizio direttissimo*, in Enc. dir., Aggiornamento, IV, Milano 2000, 653 ss.) concorda nel ritenere ormai inaccettabile la prassi della concessione di un termine c.d. *ad horas*. In senso contrario R. Giustozzi, *I procedimenti speciali*, in Fortuna ed altri, *Nuovo manuale pratico del processo penale*, Padova 2007, 817 ss.; M.T. Rubera, *Questioni in tema di giudizio direttissimo*, Padova 2015, 109.
Trattasi, peraltro, di avvisi dei quali è stata sancita la natura inderogabile. In particolare, con riguardo al termine a difesa Cass. 16.3.2022 n. 8951, in *www.dejure.it*, ha affermato che «deve essere concesso dal giudice che deve pertanto disporre il rinvio del processo ad altra udienza, altrimenti incorrendo in un'ipotesi di nullità, generale e a regime intermedio, riguardando la stessa non l'assenza del difensore in giudizio ma l'assistenza nel medesimo dell'imputato».

seguito dell'apertura del dibattimento, con la conseguente impossibilità di accedere a riti alternativi anche all'esito del termine a difesa eventualmente richiesto.
In estrema sintesi, nel caso in esame, l'imputato, dopo aver ottenuto all'udienza di convalida dell'arresto la concessione del termine a difesa di cui all'art. 558 co. 7 Cpp, aveva formulato, nell'udienza immediatamente successiva, richiesta di applicazione della pena a norma dell'art. 444 Cpp in relazione al reato di cui all'art. 497-*bis* Cp.
Tuttavia, la lettura delle norme censurate, offerta dalla consolidata giurisprudenza di legittimità[2], avrebbe impedito l'accoglimento della richiesta, poiché orientata nel senso che la concessione del termine a difesa implicherebbe l'apertura del dibattimento, con conseguente preclusione, sia temporale che operativa, della possibilità di richiedere il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena su richiesta delle parti[3].
Il giudice a *quo*, non condividendo tale orientamento, denunzia, anzitutto, la violazione dell'art. 24 Cost.: comporterebbe, invero, un'inevitabile lesione del diritto alla difesa imporre all'imputato di effettuare una scelta tra i due strumenti processuali all'esito dell'udienza di convalida, senza la possibilità di ponderare la scelta in un periodo di tempo adeguato.
Le disposizioni censurate si porrebbero, altresì, in contrasto con l'art. 3 Cost., poiché si verificherebbe una disparità di trattamento tra l'imputato nel giudizio direttissimo, che dovrebbe effettuare seduta stante la scelta di procedere o meno con un rito alternativo, e l'imputato che venga giudicato con altro rito[4], cui l'ordinamento riconosce un termine per preparare la difesa e per valutare anche l'eventuale scelta di procedere con rito alternativo.
Un'ulteriore disparità di trattamento potrebbe essere ravvisata anche rispetto al caso in cui vi sia stata la modifica dell'imputazione o contestazione di nuovi reati o nuove circostanze all'imputato, da parte del pubblico ministero, nel corso dell'istruttoria dibattimentale, poiché la giurisprudenza, in tali circostanze, ha riconosciuto la facoltà di accedere ai riti alternativi, elidendo le relative preclusioni in materia[5].
Infine, l'ordinanza di rimessione evidenzia la violazione dell'art. 117 co. 1 Cost. in relazione agli artt. 6 paragrafo 3 lettera *b* Cedu e 14 paragrafo 3 lettera *b* del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici.
In particolare, si ravvisa un'inosservanza dei precetti europei poiché l'interpretazione degli stessi fornita dai giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo[6] è nel senso che un processo possa considerarsi equo assicurando, non solo una tempestiva informazione all'imputato circa le

[2] In tal senso si segnalano Cass. sez. VI 1.4.2019 n. 14129, in *www.dejure.it*; Cass. sez. I 5.6.2018 n. 25153, in *www.dejure.it*; Cass. sez. III 15.2.2017 n. 7159, in *www.dejure.it*; Cass. sez. VII 12.9.2012 n. 35113 (ordinanza), in *www.dejure.it*; Cass. sez. II 11.11.2011 n. 41014, in *www.dejure.it*; Cass. sez. V 16.4.2010 n. 21573, in *www.dejure.it*; Cass. sez. IV 2.3.2010 n. 9204, in *www.dejure.it*; Cass. sez. V 18.2.2010 n. 12778, in *www.dejure.it*; Cass. sez. I 5.5.2008 n. 17796 con nota di F. Galluzzo, *La concessione del termine a difesa nella direttissima esclude l'accesso ai riti premiali?*, in *CP* 2009, 2950 ss.; Cass. sez. V 2.11.2002 n. 43713, in *RP* 2004, 107; Cass. sez. I 21.6.2001 n. 29446, in *RP* 2002, 1761; Cass. sez. IV 18.4.2001 n.20189, in *www.dejure.it*; Cass. 17.9.1992 Spasiano, in *CEDCass.*, 192129.
[3] Si rimanda a G. Marino, *Corte Costituzionale: il termine a difesa deve essere riconosciuto anche nel giudizio direttissimo*, in *D&G*, 5.12.2022, 9.
[4] A titolo esemplificativo, nella sentenza in esame vengono richiamate le ipotesi della richiesta di rinvio a giudizio nel rito ordinario, della citazione diretta a giudizio, del giudizio immediato e del procedimento per decreto, nei quali viene sempre riconosciuto un termine più o meno lungo per valutare l'opportunità di procedere con riti alternativi.
[5] L'originaria formulazione del codice del 1988 non prevedeva alcun meccanismo di coordinamento fra le "nuove contestazioni" e i procedimenti speciali. La Corte Costituzionale si è pronunciata a più riprese dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt. 516, 517 e 518 Cpp nella parte in cui non prevedevano la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento riti alternativi. Per una ricostruzione in dottrina sul tema si veda, A. Spinelli, *La Consulta torna sul rapporto tra modifica dell'imputazione e facoltà di accesso ai riti alternativi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10/2017.
[6] In tal senso si vedano C. eur., 21.12.2006, *Borisova c. Bulgaria*, in *www.hudoc.echr.coe.int*; C. eur., 12.2.2019, *Muchnik e Mordovin c. Russia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

contestazioni a suo carico, ma anche il tempo e i mezzi necessari per predisporre adeguatamente la propria difesa.
Dal canto suo, il Presidente del Consiglio dei Ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, è intervenuto chiedendo che le questioni fossero dichiarate inammissibili in quanto irrilevanti e, comunque, infondate. Ad avviso dell'Avvocatura, l'impostazione censurata dal giudice *a quo* è quella che prevede una «rigida scansione logico-temporale tra la facoltà per l'imputato nel giudizio direttissimo di richiedere riti speciali e la richiesta del termine a difesa». In altri termini, l'interpretazione delle norme affermatasi nella prassi e ritenuta lesiva delle disposizioni costituzionali è quella che prevede due distinti avvisi non contestuali: il primo, entro l'apertura del dibattimento, con il quale si informa l'imputato della facoltà di optare per la prosecuzione con il rito direttissimo o con uno dei riti alternativi (giudizio abbreviato o richiesta di applicazione pena); effettuata tale scelta, in un secondo momento, a dibattimento aperto, verrà, invece, offerta all'imputato la possibilità di avvalersi di un termine a difesa. Ma, nell'eccezione, si evidenzia come, nel caso in esame, in esito al giudizio di convalida, il giudice *a quo* avrebbe provveduto contestualmente ad entrambi gli adempimenti, con l'effetto di rendere prive di rilevanza le questioni in esame.
Al fine di comprendere la decisione della Corte costituzionale, merita di essere approfondito il contrasto interpretativo che, nel corso degli anni, si è sviluppato intorno alle disposizioni censurate.

2. Nell'ordinanza di rimessione si fa riferimento ad un consolidato orientamento giurisprudenziale che fornisce un'interpretazione restrittiva delle norme censurate.
Come già anticipato, secondo tale interpretazione, l'avvenuta concessione del termine a difesa, presupponendo la dichiarazione di apertura del dibattimento, sarebbe condizione preclusiva alla richiesta di giudizio abbreviato o applicazione della pena su richiesta. Pertanto, si tende ad escludere la sovrapponibilità della concessione del termine a difesa con il successivo accesso ai riti speciali citati, trattandosi di due strumenti alternativi e non utilizzabili congiuntamente. In questa prospettiva, si esclude che si verifichi una nullità, in caso di omesso avviso all'imputato, da parte del giudice, relativo alla facoltà di chiedere il termine a difesa, quando l'imputato, anziché accettare il rito direttissimo, abbia optato per uno dei riti alternativi. Siffatta conclusione deriva dalla circostanza che l'avviso di cui sopra ha carattere subordinato rispetto a quello riguardante la possibilità, per l'imputato, di avvalersi dei riti speciali, e diventa essenziale solo quando, scartate tali possibilità, questi abbia accettato di essere giudicato in via direttissima. La concessione del termine a difesa, invero, potrebbe avvenire ai soli fini della prosecuzione nelle forme dibattimentali.
A fondamento di tale impostazione viene anzitutto posto il dato letterale: l'art. 451 co. 6 cpv. Cpp, nel prevedere che il «il dibattimento è sospeso fino all'udienza immediatamente successiva», presuppone che l'apertura dello stesso abbia già avuto luogo, con la conseguente impossibilità in capo all'imputato di optare per un rito alternativo, oramai precluso. Si ritiene, difatti, che non si potrebbe produrre l'effetto della sospensione di un dibattimento non ancora aperto.
Altro argomento che viene addotto a favore di tale interpretazione, oltre a quello letterale, è la collocazione codicistica delle due facoltà (e dei relativi avvisi) in due commi differenti: anteporre la facoltà in ordine alla scelta del rito deflativo – contenuta negli artt. 451 co. 5 e 558 co. 7 Cpp – rispetto alla richiesta del termine a difesa, contenuta negli artt. 451 co. 6 e 558 co. 8 Cpp, sarebbe indice della volontà del legislatore di considerarle esercitabili in due fasi distinte del procedimento, che si susseguono l'una all'altra. A sostegno di tale assunto, la previsione della non contestualità dell'avviso relativo alle facoltà riconosciute all'imputato: prima dovrebbe essere dato all'imputato l'avviso circa la possibilità di avvalersi di un rito alternativo deflativo e, solo nel caso in cui non se ne avvalga, verrebbe dato il secondo avviso, relativo alla possibilità di richiedere un termine a difesa.

La Corte di cassazione[7], in tempi non lontani, aveva ritenuto manifestamente infondata la medesima questione oggetto della pronuncia in esame. In particolare, veniva lamentata la violazione dell'art. 24 Cost. da parte dell'art. 451 Cpp nella parte in cui non prevede il diritto al termine a difesa per l'imputato tratto a giudizio direttissimo che scelga di accedere ad altro rito alternativo. I giudici di legittimità avevano ritenuto non fondata la questione sul presupposto che trattasi di una libera scelta dell'imputato, cui non è impedito di optare per il rito ordinario, che è compensata dalla più vantaggiosa definizione del giudizio abbreviato[8].
In conclusione, può affermarsi che, secondo questo orientamento, la sospensione accordata a seguito della richiesta di un termine a difesa, «sarebbe volta unicamente a consentire una migliore preparazione dell'imputato alla dialettica processuale tipica della fase dibattimentale, ma non consentirebbe la riproposizione di facoltà ormai perente, come quella di richiedere i riti alternativi»[9].
In dottrina è predominante, invece, l'indirizzo opposto, c.d. estensivo[10] – che ha visto l'avallo anche da parte di alcune pronunce dei giudici di legittimità[11], tra le quali l'ordinanza di rimessione in esame – secondo il quale deve prevalere l'interpretazione volta a favorire l'accesso ai riti alternativi.
Tra le contestazioni che vengono sollevate nei confronti dell'interpretazione fornita dall'opposto orientamento si evidenzia, *in primis*, come essa sia, in realtà, frutto di una formulazione imprecisa da parte del legislatore delle norme oggetto di disamina e che, in quanto tale, non possa tradursi in una lesione del diritto alla difesa. Ne deriva che sia la richiesta di un termine a difesa sia quella di accesso ad un rito deflativo sono da formulare nella fase introduttiva al dibattimento (non ancora aperto). In particolare, si afferma che «un'esegesi rispondente ai principi ispiratori del nostro sistema processuale non può, tuttavia, limitarsi a prendere atto di quella che, probabilmente, rappresenta un'imprecisione terminologica»[12]. Purtuttavia, anche a voler concentrare l'attenzione sul dato letterale, l'utilizzo dell'avverbio «*altresì*» nella formulazione dell'art. 458 co. 6 Cpp, sarebbe volto a creare un legame tra i due commi delle disposizioni censurate, al fine di sancire la coesistenza e cumulabilità delle due facoltà difensive e non un rapporto di consequenzialità logico-temporale[13]. Neppure sembra decisivo l'utilizzo del termine «*sospensione*» anziché «*rinvio*» dato che, in entrambi

[7] Cass. sez. V 27.12.2019 n. 52042, in *www.dejure.it*. In motivazione la Corte ha, altresì, escluso l'esistenza di una disparità di trattamento fra le situazioni prospettate, essendo evidente la differenza tra l'ipotesi in cui l'arrestato abbia scelto di non difendersi, concordando la pena, o di farsi giudicare allo stato degli atti, mostrando in tal modo di rinunciare ad un diritto di difesa pieno e l'ipotesi in cui l'imputato abbia preferito conservare un pieno ed illimitato diritto di difesa.
[8] In tal senso si segnalano Cass. sez. VI 1.4.2019 n. 14129, cit.; Cass. sez. I 5.6.2018 n. 25153, cit.; Cass. sez. III 15.2.2017 n. 7159, cit.; Cass. sez. VII 12.9.2012 n. 35113 (ordinanza), cit.; Cass. sez. II 11.11.2011 n. 41014, cit.; Cass. sez. V 16.4.2010 n. 21573, cit.; Cass. sez. IV 2.3.2010 n. 9204, cit.; Cass. sez. V 18.2.2010 n. 12778, cit.; Cass. sez. I 5.5.2008 n. 17796, con nota di F. Galluzzo, *La concessione del termine a difesa nella direttissima esclude l'accesso ai riti premiali?*, cit.; Cass. sez. V 2.11.2002 n. 43713, cit.; Cass. sez. I 21.6.2001 n. 29446, cit.; Cass. sez. IV 18.4.2001 n. 20189, cit.; Cass. 17.9.1992 Spasiano, cit.
[9] S. Allegrezza, *Commento agli artt. 449-452*, in *Commentario breve al Codice di procedura Penale*, a cura di G. Conso, G. Illuminati, Padova 2020, 2250.
[10] A. Chiliberti-F. Roberti-G. Tuccillo, *Manuale pratico dei procedimenti speciali*, Milano 1990, 389 ss.; E. Zanetti, *Il giudizio direttissimo*, *op. cit.*, 315; C. Nuzzo, *Sull'ammissibilità della richiesta di rito abbreviato dopo la concessione di termine a difesa nel giudizio direttissimo in pretura*, in *Nuovo dir.* 1994, 664; S. Allegrezza, *La nuova fisionomia del giudizio direttissimo*, in O. Mazza, F. Viganò, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino 2008, 264 ss.; P. Moscarini, *Giudizio direttissimo*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma 1989, 9.
[11] In tal senso si vedano Cass. sez. VII 6.7.2017 n. 32867 (ordinanza), in *www.dejure.it*; Cass. sez. V 17.7.2012 n. 28922, in *www.dejure.it*; Cass. sez. VI 13.1.2012 n. 934, in *www.dejure.it*; Cass. sez. VII 24.4.2010 n. 15998 (ordinanza), in *www.dejure.it*; Cass. sez. VI 8.4.2010 n. 13118, in *www.dejure.it*; Cass. sez. VI 23.10.2008 n. 42696, con nota di F. Galluzzo, in *CP* 2009, 4334; Cass. sez. II 26.6.1992 Gentili, in G. Conso, V. Grevi, *Commentario breve al nuovo codice di procedura penale*, Padova 1993, 567.
[12] F. Galluzzo, *La concessione del termine a difesa nella direttissima esclude l'accesso ai riti premiali?*, cit.
[13] In questo senso, si veda in dottrina F. Galluzzo, *La concessione del termine a difesa nella direttissima esclude l'accesso ai riti premiali?*, cit.; S. Allegrezza, *Le forme atipiche del giudizio direttissimo*, Torino 2006, 172.

i casi, la dichiarazione di apertura del dibattimento, *ex* art. 492 Cpp, potrà intervenire all'udienza che segue il termine a difesa[14].
Inoltre, nei procedimenti di merito si era andata consolidando una prassi, che consentiva la cumulabilità delle due diverse facoltà difensive contemplate nei co. 5 e 6 dell'art. 458 Cpp. In particolare, il giudice, in sede di giudizio direttissimo con contestuale convalida dell'arresto, dopo la pronuncia dell'ordinanza, invitava la difesa a manifestare le intenzioni processuali, ossia ad esprimere la propria intenzione di richiedere un rito alternativo deflativo del dibattimento ed a beneficiare altresì del termine a difesa. Dopodiché, l'udienza veniva rinviata per dichiarare aperto il dibattimento, al fine di consentire all'imputato, prima della formale apertura dello stesso, di ponderare la scelta di avvalersi del giudizio abbreviato o dell'applicazione della pena su richiesta delle parti[15].
Come anticipato, anche l'ordinanza di rimessione, propende per questa seconda tesi. Il giudice *a quo*, a sostegno di tale interpretazione richiama una precedente ordinanza della Corte costituzionale[16], nella quale, in relazione al rito allora vigente dinanzi al pretore, veniva affrontata una questione analoga a quella prospettata. Nello specifico, la questione aveva ad oggetto l'art. 566 co. 8 Cpp (sostanzialmente coincidente con la disposizione oggi censurata), in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., «nella parte in cui dispone che la formulazione della richiesta di applicazione della pena sia fatta subito dopo l'udienza di convalida e non, invece, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento». Il motivo posto alla base della questione era che, secondo l'interpretazione consolidata dell'art. 566 co. 6, 7 e 8 Cpp, «l'imputato, dopo la convalida dell'arresto, deve subito scegliere tra due facoltà: la formulazione della richiesta di giudizio abbreviato ovvero di applicazione della pena, oppure la richiesta di un termine per preparare la difesa. Mentre l'esercizio della prima facoltà non preclude, in caso di dissenso del pubblico ministero, l'esercizio della seconda, la richiesta del "termine a difesa" precluderebbe, invece, definitivamente, la possibilità di chiedere il giudizio abbreviato o l'applicazione della pena allorché ha inizio il dibattimento "all'udienza preliminare successiva alla scadenza del termine" concesso». Il giudice delle leggi riteneva la questione manifestamente infondata poiché «il presupposto interpretativo» sulla base del quale era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale era errato. La disposizione doveva essere interpretata nel senso che, nel momento in cui l'imputato si fosse avvalso della facoltà di richiedere un termine a difesa, il dibattimento, non ancora aperto, sarebbe rimasto sospeso fino all'udienza immediatamente successiva alla scadenza del termine.
Nell'ordinanza, peraltro, la Corte costituzionale dà atto che nello stesso senso si era già espressa la giurisprudenza della Corte di cassazione[17].
Dopo la pronuncia della Corte costituzionale del 1993, solo una parte della giurisprudenza si conformava a quanto sancito, poiché, come visto, l'orientamento maggioritario si è andato consolidando in senso opposto.
3. Il giudice delle leggi, nell'emettere la sentenza n. 243 del 2.12.2022, pare aver messo la parola fine all'annoso dibattito sull'interpretazione delle norme censurate che ha coinvolto dottrina e giurisprudenza.

[14] S. Allegrezza, *Commento agli artt. 449-452*, in *Commentario breve al Codice di procedura Penale*, cit., 2231 ss.
[15] In tal senso si veda Trib. Roma 6.11.2008 Khelifa, inedita, nella quale si legge che, «all'udienza del ... (cui si perveniva avendo gli arrestati, in sede di giudizio di convalida, chiesto termini a difesa), il Khelifa personalmente ed il difensore munito di procura speciale in luogo dell'E. e del L., liberi assenti, chiedevano di essere ammessi al rito abbreviato, nelle cui forme il giudice disponeva procedersi»; Trib. Roma 27.5.2008 De Almeida, inedita, nella quale si dà atto che la scelta di avvalersi del rito abbreviato è avvenuta nell'udienza di rinvio.
[16] C. cost., 27.5.1993 n. 254, in *www.cortecostituzionale.it*.
[17] Cass. sez. II 26.6.1992 Gentili, cit., che ha ritenuto erroneo «il diniego di patteggiamento motivato per intempestività della relativa istanza, avanzata dall'imputato all'udienza successiva a quella di convalida, in cui il Pretore aveva concesso il termine a difesa prima che fosse aperto il dibattimento ed implicante la sospensione del medesimo».

La Corte, *in primis*, si pronuncia sull'eccezione sollevata dal Presidente del Consiglio dei Ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, dichiarandola infondata, in quanto l'oggetto della questione sottoposta al suo esame esula dalla formulazione contestuale o meno dei due avvisi, attenendo, più propriamente, all'«efficacia preclusiva che la concessione del termine a difesa avrebbe rispetto alla richiesta di riti alternativi».
Tanto premesso, il giudice delle leggi entra nel merito della questione sottoposta al suo esame, in relazione alla lamentata violazione dell'art. 24 Cost. – che, nel suo co. 2, tutela il diritto di difesa, definendolo «inviolabile in ogni stato e grado del procedimento» – ritenendola fondata.
Secondo costante orientamento della Corte costituzionale[18] «la richiesta di riti alternativi costituisce una modalità, tra le più qualificanti, di esercizio del diritto di difesa». Al fine di consentire un esercizio effettivo di tale diritto, all'imputato deve essere prospettata in termini chiari l'accusa mossa nei suoi confronti per consentirgli di effettuare una scelta consapevole in merito al rito alternativo di cui, eventualmente, avvalersi, valutando anche le possibili conseguenze sul piano sanzionatorio connesse all'uno o all'altro rito[19].
La Corte rileva come la scelta, nell'ambito del giudizio direttissimo, di avvalersi di uno dei riti speciali previsti dalle disposizioni censurate «deve raccordarsi con la disciplina particolarmente serrata dei tempi di instaurazione del giudizio», senza che ciò possa sfociare in un inevitabile sacrificio delle garanzie difensive da assicurare all'imputato. Sicché, per quanto il giudizio direttissimo tenda, mediante la contrazione dei tempi processuali, alla massima semplificazione nello svolgimento processuale - pur in linea con la previsione costituzionale di cui all'art. 111 co. 2 Cost., che sancisce il principio della ragionevole durata del processo – lo stesso deve assicurare un adeguato contemperamento con il diritto di difesa dell'imputato[20]. Un simile risultato può essere raggiunto ritenendo che la scelta del rito alternativo non debba essere effettuata "*seduta stante e incognita causa*". Ne deriva che, ove l'imputato chieda la concessione di un termine a difesa, questo debba essere accordato anche al fine di permettergli di valutare l'opportunità o meno di avvalersi un rito alternativo e di adottare una decisione consapevole e ponderata.
Il giudice delle leggi, per confermare tale tesi, richiama anche una sua precedente pronuncia[21], nella quale dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 30-*ter* co. 7 l. 26.7.1975 n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui prevedeva, mediante rinvio al precedente art. 30-*bis*, che il provvedimento relativo ai permessi premio fosse soggetto a reclamo al tribunale di sorveglianza entro ventiquattro ore dalla sua comunicazione, anziché prevedere a tal fine il termine di quindici giorni. In particolare, la Corte rilevava il carattere «[i]ngiustificatamente pregiudizievole rispetto all'effettività del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. [di] un termine così breve» affinché l'interessato potesse articolare le proprie difese «e ciò anche in relazione alla oggettiva difficoltà, per il detenuto, di ottenere in un così breve lasso di tempo l'assistenza tecnica di un difensore, che pure è – in via generale – parte integrante del diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento»[22].
Tale pronuncia è particolarmente significativa tenuto conto che la compressione del diritto di difesa dell'imputato nel giudizio direttissimo è anche maggiore rispetto al caso deciso dalla sentenza citata. Si consideri che, talvolta, la fase processuale del giudizio di convalida dell'arresto e

[18] In questo senso si vedano Corte cost., 12.7.2022 n. 174; Corte cost., 31.7.2020 n. 192; Corte cost., 14.2.2020 n. 19; Corte cost., 11.2.2020 n. 14; Corte cost., 29.5.2019 n. 131; Corte Cost., 5.7.2018 n. 141, in *www.cortecostituzionale.it*.
[19] Corte cost., 14.6.2022 n. 146; Corte Cost., 5.12.2014 n. 273, in *www.cortecostituzionale.it*.
[20] P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano 2017, 799 ss.
[21] C. cost., 12.6.2020 n. 113, in *www.cortecostituzionale.it*, con note di C. Minnella, *Permessi premio: il termine per reclamare passa da (sole) 24 ore a 15 giorni dalla comunicazione del provvedimento*, in *D&G*, 15.6.2020, 11; M. Carmelo, V. Manca, *Permessi premio: troppo breve il termine di ventiquattro ore per reclamare. La Consulta lo estende a quindici giorni*, in *CP* 2020, 4448.
[22] *Ibidem*, § 3.3. *Considerato in diritto.*

dell'instaurazione del giudizio direttissimo si susseguono nell'arco di poche ore, rendendo difficoltoso per l'imputato farsi assistere dal difensore di fiducia, con il quale valutare la strategia difensiva più adeguata.
Per quanto attiene alle violazioni degli artt. 3 e 117 co. 1 Cost. in relazione agli artt. 6 paragrafo 3 lettera *b* Cedu e 14 paragrafo 3 lettera *b* del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, la Corte costituzionale ritiene assorbite le questioni sollevate.
Quindi, conclusa positivamente l'indagine circa la fondatezza della questione sottoposta al suo vaglio, la Corte Costituzionale, giunge ad affermare «l'illegittimità costituzionale degli artt. 451, commi 5 e 6, e 558, commi 7 e 8, del codice di procedura penale, in quanto interpretati nel senso che la concessione del termine a difesa nel giudizio direttissimo preclude all'imputato di formulare, nella prima udienza successiva allo spirare del suddetto termine, la richiesta di giudizio abbreviato o di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen.».

4. In conclusione, possono svolgersi alcune considerazioni finali in merito alla decisione del giudice delle leggi oggetto di approfondimento.
La pronuncia pare senz'altro ragionevole e opportuna a fronte di una formulazione imprecisa delle norme oggetto di censura, e ciò anche in ossequio al principio di parità delle parti. Non si rinviene, difatti, la ragionevolezza della previsione che consente al pubblico ministero di scegliere discrezionalmente se avvalersi del giudizio direttissimo in un termine che può estendersi sino a trenta giorni, mentre all'imputato, secondo l'interpretazione censurata dalla Corte, una volta che il pubblico ministero abbia scelto di avvalersi dell'udienza di convalida per ottenere il contestuale giudizio di merito sull'imputazione con rito direttissimo, dovrebbe essere imposto di scegliere immediatamente se formulare richiesta di un rito abbreviato o di applicazione della pena su richiesta[23].
La Corte, inoltre, fornisce una lettura delle disposizioni censurate maggiormente attenta alle garanzie difensive, in linea con il disposto costituzionale di cui all'art. 24 co. 2 Cost. Tale norma enuncia un principio di rango costituzionale che attiene alla posizione del cittadino nei confronti del giudice nell'esercizio delle sue funzioni, affermando l'inviolabilità del diritto di difesa che spetta a ciascun individuo in ogni stato e grado del procedimento. In particolare, il contenuto minimo di tale diritto è stato enucleato dalla Consulta nel corso degli anni[24] e si articola nel rispetto del contraddittorio, nella facoltà di dare prova dei fatti, nel diritto ad una difesa tecnica e nel potere di proporre impugnazioni. Si tenga altresì conto che gli avvisi relativi alle due facoltà si collocano in una fase caratterizzata da una significativa contrazione dei tempi processuali – sia che essa consegua immediatamente alla convalida dell'arresto, sia che essa venga attivata dal pubblico ministero presentando l'imputato all'udienza entro quindici giorni dall'intervenuta, separata, convalida dell'arresto, sia, da ultimo, che essa consegua alla confessione – che rende difficoltoso distinguere nettamente la fase preliminare al dibattimento da quella dibattimentale[25].

---

[23] In dottrina, in questo senso, si veda nota di F. Galluzzo, *La concessione del termine a difesa nella direttissima esclude l'accesso ai riti premiali?*, cit., a Cass. sez. I 5.5.2008 n. 17796, cit., nella quale si afferma che la lettura restrittiva delle norme oggetto di censura «è sicuramente in contrasto con il diritto di ciascun cittadino di beneficiare di tutte le facoltà processuali attribuite ad ogni imputato, ivi compresa la possibilità di avvalersi dei riti deflativi (e dei conseguenti benefici premiali) che non può essere limitata dalla discrezionalità costruita a favore del pubblico ministero (nell'instaurazione o meno della direttissima) o da un'irragionevole interpretazione di una norma mal scritta, il cui significato effettivo è invece comprensibile alla luce dei principi costituzionali».
[24] L'applicazione del diritto di difesa è stata caratterizzata da alcuni decisivi interventi della Corte costituzionale, specialmente negli anni Sessanta e Settanta, volti ad eliminare gli aspetti della disciplina ereditata dal passato regime caratterizzato dagli arbitri e dai soprusi dello Stato assoluto. Si pensi, a titolo esemplificativo, a C. cost., 5.7.1968 n. 86, oggi anche in *www.cortecostituzionale.it,* che ha consentito l'applicazione delle garanzie difensive previste dagli artt. 390, 304-*bis*, 304-*ter* e 304-*quater* del previgente codice di procedura penale agli atti di indagine svolti dalla polizia giudiziaria. Si veda P. Caretti, U. De Siervo, *Diritto Costituzionale e Pubblico*, Torino 2014, 474.
[25] C. cost., 2.12.2022 n. 243, in *www.cortecostituzionale.it,* § 3.1. *Considerato in diritto.*

Non può, tuttavia, non evidenziarsi come la questione fosse già stata sottoposta, nel 1993, alla Corte costituzionale[26], che era giunta in motivazione a conclusioni analoghe. Nonostante tale pronuncia, come visto, l'orientamento successivo che si è andato consolidando nella giurisprudenza prevalente è stato in senso difforme. Ma ciò è potuto avvenire in quanto il giudice delle leggi si pronunciò con un'ordinanza di manifesta infondatezza ed, in quanto tale, avente efficacia *inter partes*[27].
Nel caso *de quo*, il giudice delle leggi, si è pronunciato con una sentenza interpretativa di accoglimento, categoria di decisione peraltro residuale[28], ma che ha la medesima efficacia delle sentenze di accoglimento, ossia produce effetti retroattivi[29] ed *erga omnes*. Ciò significa che le norme di legge dichiarate incostituzionali non potranno più trovare applicazione né da parte del giudice che ha sollevato la questione, né da alcun altro giudice comune, che si trovi a decidere una controversia sulla base delle suddette norme.
In conclusione, la decisione della Consulta in commento non può che considerarsi risolutiva dell'annoso contrasto giurisprudenziale e dottrinale di cui si è dato conto nelle pagine che precedono, poiché pienamente rispettosa del principio di parità delle parti e del diritto di difesa, che costituiscono il fulcro di ogni sistema democratico.

[26] C. cost., 27.5.1993 n. 254, cit.
[27] L'unico effetto giuridico di tale categoria di pronuncia, rientrante nel più ampio *genus* delle sentenze di rigetto, è quello di precludere al medesimo giudice *a quo* di riproporre la questione nello stesso giudizio (e, secondo alcuni, nello stesso stato e grado del giudizio). Ne deriva che altri giudici o anche lo stesso giudice, purché in altri giudizi, potranno riproporre alla Corte la medesima questione, accompagnata da diverse motivazioni. Sugli effetti delle sentenze di rigetto si veda P. Caretti, U. De Siervo, *Diritto Costituzionale e Pubblico, op. cit.*, 437.
[28] Le sentenze interpretative di accoglimento vengono utilizzate quando la Corte dichiara «nei sensi e nei limiti indicati dalla motivazione» l'illegittimità costituzionale di un certo significato del testo, se ed in quanto si deduca da esso una determinata norma in contrasto con la Costituzione. In altri termini, con tali sentenze, si caduca una norma senza influire sulla corrispondente disposizione, dalla quale si possono desumere altri significati conformi alla Costituzione. Trattasi di pronuncia che veniva utilizzata dalla Corte costituzionale soprattutto nel suo primo decennio di attività come reazione all'inosservanza da parte dei giudici (e soprattutto della Cassazione) delle decisioni interpretative di rigetto, secondo la tecnica definita della «doppia pronuncia». Con queste pronunce la Consulta dichiarava l'incostituzionalità di una delle interpretazioni della norma e corrispondente a quella già respinta dalla Corte – ma senza effetti vincolanti – in una precedente decisione interpretativa di rigetto. Nella pratica, esse sono state sostituite dalle sentenze di accoglimento parziale che sanciscono l'incostituzionalità di una legge «nella parte in cui», dove il termine «parte» non è riferito alla disposizione bensì a una delle interpretazioni della norma. Pur essendo mutata formula rispetto alle sentenze interpretative di accoglimento, la sostanza è rimasta invariata.
A proposito delle sentenze interpretative di rigetto si veda in dottrina M. Bellocci, T. Giovannetti, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale – Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la Corte Costituzionale di Ungheria*, Palazzo della Consulta, 11.6.2010; F. S. Marini, G. Guzzetta, *Diritto Pubblico Italiano ed Europeo*, Torino 2022, 526. Per quanto attiene alle sentenze interpretative di accoglimento si veda invece L. Montesano, *Sulle sentenze di incostituzionalità interpretative*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Milano 1972, 182.
[29] La portata retroattiva degli effetti di tali sentenze sta a significare che il pronunciamento del giudice delle leggi riguarda non solo i rapporti giuridici che vengono a formarsi successivamente alla pubblicazione della sentenza di accoglimento, ma anche quelli sorti in precedenza che non siano ancora esauriti, ad eccezione dei rapporti oggetto di una sentenza di condanna penale irrevocabile. Sugli effetti delle sentenze di accoglimento si veda P. Caretti, U. De Siervo, *Diritto Costituzionale e Pubblico*, *op. cit.*, 435 ss.

Il REATO EVENTUALMENTE COMPLESSO COME (UNICA) IPOTESI DI CONCORSO APPARENTE ULTERIORE RISPETTO ALLA SPECIALITA'. L'ESEMPIO DEL RAPPORTO TRA INCENDIO E DISASTRO AMBIENTALE

di Ludovico Bin
(*Ricercatore in diritto penale, Università del Salento*)

Il concorso apparente di norme è una delle categorie più discusse del diritto penale, la cui fisionomia è ricostruita, in dottrina e in giurisprudenza, secondo direttrici molto differenti, che oscillano dal piano astratto-formale a quello sostanziale-valutativo. In questo lavoro si offrono alcuni spunti critici rispetto alle tesi sinora più accreditate e si tenta di proporre un criterio dedotto dal diritto positivo, cioè dall'art. 84 c.p., basato sull'unità del fatto storico-concreto. Tale criterio è poi messo alla prova sul banco del rapporto tra il reato di incendio comune (art. 423 Cp) e boschivo (art. 423-*bis* Cp) e il reato di disastro ambientale previsto dall'art. 452-*quater* c.p.
The category of concurrent offences is one of the most discussed in both criminal law academia and case-law, whose physiognomy is reconstructed in very different ways, oscillating from the abstract-formal level to the substantial-evaluative one. This work offers some critical ideas with respect to the currently most accredited theses and attempts to propose a criterion deduced from positive law, i.e. from art. 84 Cp, based on the unity of the historical-concrete fact. This criterion is then put to the test of the relationship between the crime of common fire (art. 423 criminal code) and forest fire (art. 423-bis criminal code) and the crime of environmental disaster provided for by art. 452-quater Cp.

SOMMARIO: 1. La fisionomia attuale del dibattito sulla categoria del concorso apparente di norme. – 1.1. I tentativi in dottrina di ampliare la categoria del concorso apparente di norme. – 1.2. Il tradizionale (ma non univoco) orientamento restrittivo della giurisprudenza e il parziale recepimento del criterio strutturale. – 2. Alcuni spunti critici sui criteri proposti in dottrina. – 2.1. La natura "preterlegale" dei criteri valoriali, tra ne bis in idem sostanziale e prospettive comparate. – 2.2. La difficile gestione logico-formale dei criteri strutturali. – 3. Una "vecchia" nuova ipotesi di concorso apparente: il reato eventualmente complesso. – 3.1. La base legale: l'inutilità dell'art. 84 Cp se interpretato come reato "necessariamente complesso". – 3.2. La legittimità di un criterio basato sul fatto concreto: la previa selezione dei fatti storici quale giudizio preliminare comune anche a concorso formale e specialità. – 3.3. La struttura: il rapporto di continenza tra fatti storico-concreti. – 4. Un caso di studio: il rapporto tra incendio e disastro ambientale (ex art. 452-*quater* Cp).

1.Il concorso apparente di norme è tema notoriamente complesso – «un autentico ginepraio» [1] – rispetto al quale «anche le menti più dotte ed erudite sonosi spesso intorbidate» [2]. Esso vede tradizionalmente contrapposte dottrina e giurisprudenza e ancora si avverte l'esigenza di una revisione critica di molti concetti in passato ritenuti addirittura verità ontologiche[3].

[1] Così F. Carnelutti, *Lezioni di diritto penale. Il reato*, I, Milano 1943, 275.
[2] F. Carrara, *Pensieri sul progetto di codice penale italiano del 1874*[3], Lucca 1878, 154.
[3] A partire dall'Ottocento, infatti, molte soluzioni nella materia *de qua* sono state proposte come verità scientifiche universali (in questo senso v. già D. Brunelli, *Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana*, Torino 2004, 7 ss.). Nell'*unità del fine*, ad esempio fu individuato un fattore ontologico di unificazione di atti materialmente distinguibili in un fatto unitario (cfr. ad es. A.F. Mori, *Teorica del penale toscano*, Firenze 1854, 106; F. Carrara, *Pensieri sul progetto*, cit., 145 ss.), e così anche il reato continuato, elevato a limite naturale al diritto in quanto l'unità della volontà criminosa

Questo scritto, che poggia su uno studio più approfondito[4], ha una doppia finalità: una volta sinteticamente descritti quali siano, secondo dottrina e giurisprudenza più accreditate, i criteri validi a rendere solo apparente il concorso di norme (§ 1), si cercherà, da un lato, di fornire ulteriori argomenti critici rispetto ad essi (§ 2); dall'altro, si tenterà di proporre una soluzione che rifugga il più possibile dall'arbitrarietà e resti aderente al diritto positivo (§ 3). Infine, sarà proposto un "caso di studio" (§ 4): un banco di prova per testare la bontà della soluzione proposta.

1.1.Tra i criteri oggi più ricorrenti in dottrina figurano anzitutto quelli, di origine tedesca[5], cc.dd. valoriali o sostanziali, che hanno avuto larga diffusione in Italia sin dagli inizi del Novecento[6].
Tali criteri, non trovando espressa menzione nella legge, né dunque alcun sicuro appiglio di tipo nominalistico né contenutistico, sono stati oggetto di ricostruzioni assai variegate, dando vita a uno dei dibattiti più variopinti e confusi nella penalistica moderna[7]. Si trattava, però, di un'operazione

non può che rendere unico anche il reato: cfr. L. Masucci, voce *Concorso di reati e di pene*, in *DigIt*, VIII, Torino 1896, 419 ss.; G.B. Impallomeni, *Concorrenza reale e concorrenza formale di reati*, Catania 1884-1885, 21; B. Alimena, *Del concorso di reati e di pene*, in E. Pessina (diretta da), *Enc. dir. pen. it.*, V, Milano 1904, 403 ss. e 452.

[4] Si tratta del lavoro monografico L. Bin, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Torino 2022, che sarà ampiamente ripreso e citato nel prosieguo.

[5] L'invenzione di tali criteri è tradizionalmente attribuita a K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig 1885, 527 ss. (che sviluppò intuizioni già presenti in J. Von Olshausen, *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*[2], Berlin 1883, § 73, anm. 12). Tra i primi e principali sostenitori di tali criteri cfr. A. Hill, *Der subsidiäre Charakter der Nötigung*, Marburg 1895, 17 ss. F. von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*[3], Berlin-Leipzig 1888, 229 ss.; E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906, 282 ss; M.E. Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*[2], Heidelberg 1923 (rist. 1997), 500 ss.; R. von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, I bd., Berlin 1932 (rist. 1971), 523 ss.; E. Mezger, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*[2], Berlin 1933, 467 ss.; F. Lent, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und in Zivilprozess*, Bd. I, Leipzig 1912 (rist. Aalen, 1970), 17 ss.; R. Honig, *Straflose Vor- und Nachtat*, Leipzig 1927 (rist. 1978), 4 ss.; R. Hirschberg, *Zur Lehre von Gesetzeskonkurrenz*, in *ZStW* 1933, 34 ss., spec. 46 ss. Seppure con diverse definizioni e strutture, i criteri valoriali hanno avuto successo in dottrina per tutto il corso del Novecento: cfr., *ex multis*, H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung*[11], Berlin 1969, 234 s.; E. Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*[2], *Tübingen* 1975, 730 ss.; G. Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, Berlin 1976, 320 ss.; R. Maurach-K.H. Gössel-H. Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*[7], II, Heidelberg, 1989, 434 ss.; G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-New York 1983, 710 ss. (pur riconducendo tutti i casi alla specialità in senso ampio); W. Stree, *vorbem §§ 52 ff.*, in A. Schönke-H. Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*[25], München 1997, 691 ss.

[6] La prima importazione delle fondamentali e fortunate categorie della *consunzione* e della *sussidiarietà* si devono a F. Grispigni, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, I, Padova 1932, 502 ss., e Id., *Diritto penale italiano*[2], I, Milano 1947 (rist. 1952), 415 ss. Tra i principali sostenitori di tali criteri, con varietà di forme ed etichette, cfr. U. Ferrari, *Concorso di leggi e concorso di reati nel codice penale*, in *RIDP* 1933, 533 ss.; E. Florian, *Parte generale del diritto penale*, in E. Florian (coord. da), *Trattato di Diritto Penale*[4], I, Milano 1934, 194; N. Levi, *Titolo primo, secondo e terzo del libro primo*, in *Il codice penale illustrato articolo per articolo sotto la guida del Prof. Ugo Conti*, I, Milano 1934, 143; G. Delitala, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *RIDP* 1934, 109 ss.; Id., *Contraffazione di marchio e frode in commercio: concorso di norme o concorso di reati?*, in *RIDP* 1934, 250 ss.; V. Spiezia, *Il reato complesso*, Udine, 1937, 235; G. Maggiore, *Principi di diritto penale*[3], I, Bologna 1939, 172 e 491 ss.; R. Pannain, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma 1942, 434; S. Ranieri, *Il reato complesso*, Milano 1940, 152; Id., *Reato progressivo e progressione criminosa*, Milano 1942, 45 ss.; e Id., *Diritto penale. Parte generale*, Milano 1945, 65 ss.; G. Bettiol, *Diritto penale. Parte generale*, Palermo 1945, 419 ss. (per cui sussidiarietà e consunzione avrebbero ormai raggiunto – nel 1945! – un sufficiente stadio di cristallizzazione per poter essere applicati con "sufficiente tranquillità"); P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concursuali*, Milano 1955, 448 ss.; Id., *Il sistema del diritto penale*, Padova 1975, 365 ss.; G. Vassalli, voce *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *ED*, II, Milano 1958, 505 ss.; Id., voce *Progressione criminosa e reato progressivo*, in *ED*, XXXVI, Milano 1987, 1150 ss.; Id., voce *Reato complesso*, in *ED*, XXXVIII, Milano 1987, 816 ss.; U. Pioletti, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[2], Napoli 1969, 84 ss.; G.D. Pisapia, *Istituzioni di diritto penale*[2], Padova 1970, 195.

[7] Giusto per rendere un'idea di tale varietà di posizioni nella dottrina più recente, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*[3], I, Milano 2004, 179 ss., ritiene validi sia la consunzione che la sussidiarietà; B. Romano, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano 1996, 257 ss., ammette sussidiarietà e alternatività, come estensione "valutativa" rispetto alla continenza logica della specialità; V.B. Muscatiello, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova 2002, 462 ss., accoglie, nel quadro di una rilettura "subiettiva", sussidiarietà

politicamente ritenuta dai più assolutamente necessaria, a fronte di un dato legislativo, quello del Codice del '30, che nella sua versione originale aveva sostanzialmente deprivato di rilevanza la tradizionale figura della pluralità di reati realizzati con una sola azione od omissione [8] (originariamente assoggettata, com'è noto, alla disciplina del cumulo materiale). L'alternativa tra concorso apparente e concorso effettivo ne era dunque uscita notevolmente radicalizzata, soprattutto nell'ambito di una legislazione autoritaria, conseguentemente caratterizzata da cornici edittali assai aspre: il cumulo materiale diveniva infatti la regola di base, applicabile in tutte le ipotesi in cui non fosse riscontrabile un concorso apparente (o, naturalmente, un reato continuato, aggiunto *in extremis* nell'art. 81 Cp[9], e comunque limitato al solo concorso omogeneo e ai soli casi di pluralità di azioni od omissioni). Di qui la comprensibile esigenza pratica di ampliare il campo applicativo di quest'ultima categoria.

Semplificando, si possono ricondurre i vari criteri proposti dalla dottrina a due macro-categorie: o si fondano sul presupposto per cui, se i più reati rappresentano stadi diversi di aggressione al medesimo bene o a beni omogenei (tentativo-consumazione; pericolo-danno; pericolo-maggior pericolo; progressione criminosa), si deve applicare solo il reato che sanziona la lesione più grave[10]; oppure traggono fondamento da un nesso di frequenza statistica tra diversi reati, per cui se l'uno è solitamente realizzato – secondo la logica dell'*id quod plerumque accidit* – insieme ad una altro, si dovrà applicare solo quello più grave dei due.

---

e consunzione; L. Masera, voce *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Dizionario di diritto pubblico*, II, a cura di S. Cassese, Milano 2006, 1162 ss., preferisce utilizzare terminologicamente soltanto la consunzione, comprensiva però anche dei casi tradizionalmente ricondotti alla sussidiarietà tacita; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*[8], Bologna 2019, 727 ss., ritengono ammissibili assorbimento (comprensivo delle ipotesi di *id quod plerumque accidit*) e sussidiarietà tacita; G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[9], Milano 2020, 586 ss., ammettono la sussidiarietà e la consunzione; D. Pulitanò, *Diritto penale*[9], Torino 2021, 399 s., sembra ammettere diverse casistiche tipicamente preterlegali nella categoria dell'assorbimento; I. Giacona, *Il concorso apparente di reati al vaglio delle Sezioni Unite: due pronunzie ambigue*, in *CP* 2011, 11, 3853 s.; Id., *Concorso apparente di reati e istanze di* ne bis in idem *sostanziale*, Torino 2022, 15 ss. e 125 ss. ripropone la consunzione come *id quod plerumque accidit*; D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino 2013, 245 ss., pur accogliendo le tesi strutturali ammette anche la praticabilità di sussidiarietà e consunzione per i casi di interferenza e progressione criminosa; S. Finocchiaro, *Concorso di reati o concorso apparente di norme? Alle Sezioni Unite la vexata quaestio del rapporto tra truffa e malversazione*, in *DPC* 5.12.2016, propone un criterio dell'assorbimento legato all'unità dell'offesa, e in senso analogo anche C. Colucci, *Le Sezioni Unite tornano sul principio di specialità: al vaglio la questione del rapporto tra truffa aggravata e malversazione*, in *DPC* 2017, fasc. 12, 53 ss.; C. Silva, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino 2018, 198 ss., infine, rilancia un criterio di consunzione legato anch'esso all'unità dell'offesa.

[8] Si tratta, evidentemente, del concorso ideale (o formale), che, come noto, prima del 1930 identificava proprio le ipotesi di concorso apparente, sulla base del dogma *hegeliano* per cui ad una sola azione non può corrispondere che un solo reato. Tale dogma fu alla base dell'impostazione di P.J.L. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Gießen, 1801, § 151 ss. e ancora oggi condiziona notevolmente la dottrina tedesca: la categoria della *bloße Gesetzeskonkurrenz* (cioè il concorso apparente) è infatti nata proprio per liberarsi dell'unità dell'azione od omissione, che lo *StGB* (§ 73) continua a richiedere quale presupposto necessario per l'applicazione della sola sanzione più grave.

[9] Cfr. la *Relazione sul libro I del Progetto*, nei *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, V, Parte I, Roma 1929, 133.

[10] Si tratta di una impostazione risalente ai fondamentali studi sulla "sussidiarietà tacita" di Frosali e Moro: cfr. R.A. Frosali, *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello 1936 (rist. Milano 1971), 513 ss., 729 ss.; A. Moro, *Unità e pluralità di reati*[2], Padova 1959, 5 ss. Nello stesso solco si è successivamente posto l'importante contributo di Pagliaro, sebbene con inversione terminologica (dalla sussidiarietà alla consunzione) e ampliando la categoria anche alle casistiche dell'*id quod plerumque accidit* (escluse invece da R.A. Frosali, *Concorso di norme*, cit., 515 ss.): cfr. A. Pagliaro, voce *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *ED*, VIII, Milano 1961, 545 ss.; Id., *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *IP* 1976, 217 ss.; Id., *Concorso apparente di norme incriminatrici*, in *RIDPP* 2013, fasc. 3, 1386 ss.).

Di queste due categorie, è la prima ad avere riscosso il maggiore successo in Italia, benché la seconda vanti ancora comunque un seguito[11]. Le ragioni si devono probabilmente al fatto che, mentre il criterio dell'*id quod plerumque accidit* non gode nemmeno di un minimo appiglio legislativo ed affida al giudice una valutazione discrezionale priva di parametri di qualsiasi giudizio, quelli legati all'offesa da un lato ricalcano sostanzialmente il funzionamento delle clausole di riserva disseminate nella parte speciale, costituendone un'applicazione analogica, e dall'altro utilizzano come parametro di giudizio una categoria – quella del bene giuridico – che gode notoriamente di largo consenso[12].

Meno fortuna ha invece avuto la teoria della c.d. specialità in concreto, secondo cui la «stessa materia» cui si riferisce l'art. 15 Cp dovrebbe essere intesa come "stessa situazione di fatto"[13], così che, se ad integrare più fattispecie è lo stesso fatto materiale, si dovrebbe applicare la disposizione che "rispetto all'ipotesi concreta ha carattere di maggiore aderenza", cioè quella che descrive la parte di fatto comune in modo più specifico dell'altra; in mancanza di un simile rapporto, si dovrebbe invece applicare quella che prevede il trattamento sanzionatorio più severo. Tale teorica godrebbe peraltro di un espresso riconoscimento legislativo, posto che la regola *lex specialis derogat generalis* sarebbe già derivabile dai principi interpretativi che reggono l'ordinamento, e pertanto la disposizione di cui all'art. 15 Cp dovrebbe essere letta nel senso anzidetto, onde non risolversi in una norma inutile[14].

Nonostante la riforma del 1974 – che ha ridato vita al concorso formale, trasformandolo però in un *tertium genus* tra concorso apparente e concorso materiale – abbia evidentemente affievolito le esigenze di mitigazione del sistema per via ermeneutica[15], la gran parte della dottrina italiana non ha

[11] Di recente la tesi è stata rilanciata, a livello monografico, da I. Giacona, *Concorso apparente di reati*, cit., 125 ss., ove l'A. propone una versione più determinata del criterio, legata a un «livello di frequenza particolarmente elevato», tentando di leggerne un'enunciazione "esplicita" nell'art. 84 Cp (v. *ivi*, 139 ss.), nella misura in cui ogni reato complesso richiederebbe sempre uno specifico nesso tra i reati componenti. Quest'ultima tesi, tuttavia, presta il fianco a un'obiezione che pregiudica l'accoglimento di tale criterio, sia pure in una versione più determinata di prima, ma comunque privo di base legale: il fatto stesso che solo in alcuni specifici casi il legislatore abbia inteso creare una fattispecie complessa rende infatti il discorso analogo a quello che i sostenitori della sussidiarietà tacita propongono rispetto alle clausole di riserva, di cui si dirà *melius infra*, § 2.1.

[12] Tali criteri, peraltro, dal momento che presuppongono una *progressione* offensiva, consentono di sfondare le rigide barriere dell'unità materiale del fatto, ammettendo ipotesi di concorso apparente anche là dove i più reati siano stati realizzati con fatti materialmente distinti: cfr. R.A. Frosali, *Concorso di norme*, cit., 477 s.; A. Pagliaro, voce *Concorso di norme*, cit., 552; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 729; C. Silva, *Sistema punitivo*, cit., 205; F. Consulich, *La norma penale doppia*. Ne bis in idem *sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *RTDPE* 2015, fasc. 1-2, 74, 83 s.

[13] La teoria della specialità in concreto è stata proposta nei suoi contenuti essenziali anzitutto da F. Antolisei, *Sul concorso apparente di norme*, in *RIDP* 1948, 1 ss., anche in Id., *Scritti di diritto penale*, Milano 1955, 245 ss.; Id., *Reato composto, reato complesso e progressione criminosa*, in *AP* 1949, I, 67 ss. (nel fortunato manuale, questa impostazione è riportata a partire dalla seconda edizione: v. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[2], Milano 1949, 281 ss.), che sviluppò un'intuizione già di Delitala (cfr. G. Delitala, *Concorso di norme*, cit., 108 ss.). In Germania, una nozione simile era già stata proposta da R. von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, cit., 523 s.

[14] La teoria è stata rielaborata in questi termini da L. Conti, voce *Concorso apparente di norme*, in *NssDI*, III, Torino 1959, 1013 s. Nonostante un discreto successo nella dottrina di metà Novecento (cfr. G. Lozzi, *Fatto antecedente e successivo non punibile nella problematica dell'unità e pluralità di reati*, in *RIDPP* 1959, 940 ss.; Id., *Profili di una indagine sui rapporti tra «ne bis in idem» e concorso formale di reati*, Milano 1974, 73 ss.; G. Neppi Modona, *Manifestazioni e radunata sediziosa: concorso di reati o concorso apparente di norme*, in *RIDPP* 1963, 873 ss.; Id., *Sulla posizione della «violenza» e della «minaccia» nella struttura delle fattispecie criminose*, ivi, 1964, 522 ss.; Id., *Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, ivi, 1966, 200 ss.; M. Siniscalco, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano 1961, 104 ss.; M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, Torino 1960, 73 ss.; Id., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*[3], Torino 2020, I, 157 ss.; I. Caraccioli, *Considerazioni sul concorso apparente di norme in tema di circolazione stradale*, in *Scritti in onore di Francesco Antolisei*, I, Milano 1965, 121 ss.), in giurisprudenza la tesi non ha mai raccolto grandi consensi (per una applicazione recente v. però Cass. 5.12.2014 (dep. 27.1.2015), n. 3824) ed è stata espressamente ripudiata da Cass. S.U. 28.10.2010, n. 1963, Di Lorenzo.

[15] In questo senso, espressamente, G. De Vero, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino 2020, 348.

smesso di propugnare l'esistenza di ipotesi di concorso apparente ulteriori rispetto a quelle positivizzate nel Codice. Ciò si spiega, anzitutto, con la contestuale e inarrestabile espansione del diritto penale, che ha allargato notevolmente il suo campo d'azione, moltiplicando a dismisura le fattispecie presenti nell'ordinamento. Ma anche l'erompere dell'approccio costituzionale in materia penale ha fornito nuova linfa per i sostenitori dei criteri "preterlegali" legati all'unità dell'offesa: in particolare, si è tentato di fondarne la legittimità sulla base del principio di *ne bis in idem* sostanziale, che sarebbe implicitamente desumibile dal testo Costituzionale.

Si tratta di un principio la cui elaborazione si deve, ancora una volta, alla dottrina tedesca[16], e che nelle sue prime apparizioni costituiva più un argomento di convalida *ex post*, che di fondazione *ex ante*, dei criteri ulteriori rispetto alla specialità[17]: un principio cioè di legislazione ordinaria [18].

La sua elevazione a vero e proprio principio costituzionale è stata favorita anche dall'impatto della giurisprudenza delle due Corti europee. Esse hanno innestato, sull'omologo e ben più antico principio processuale, valutazioni evidentemente sostanzialistiche, legate alla proporzionalità del carico sanzionatorio [19], rianimando così i sostenitori delle teorie valoriali [20] e addirittura propiziando soluzioni avveniristiche, secondo le quali i *dicta* europei impedirebbero già oggi di applicare più

[16] Tale principio – definito in termini di *Doppelbewertungsverbot* o *Doppelverwertungsverbot* – sarebbe l'opposto del principio dell'integrale valutazione del fatto (*Ausschöpfungsgebot*), che giustificherebbe invece le ipotesi di concorso effettivo (formale o materiale): cfr., *ex multis*, F. Geerds, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg 1961, 161 ss.; I. Puppe, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Berlin 1979, 19 ss., 191; M. El-Ghazi, *Revision der Konkurrenzlehre*, Tübingen 2020, 73 ss. Nella dottrina italiana v., in questi termini, F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna 1966, 374 ss.; più di recente F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*[8], Torino 2021, cit., 525 ss. In quella spagnola, R. García Albero, *"Non Bis in Idem" Material y Concurso de Leyes Penales*, Barcelona 1995, 79, 261 e 369; E. Escuchuri Aisa, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Granada 2004, 433 ss.

[17] Cfr. F. Antolisei, *Reato composto*, cit., 72; S. Piacenza, *Rilievi e proposte sui rapporti fra concorso di reati e concorso di norme*, in *GP* 1947, II, 134; L. Conti, voce *Concorso apparente*, cit., 1013; G. Neppi Modona, *Inscindibilità*, cit., 204; più di recente M. Romano, *Commentario*, cit., 183.

[18] Così, ad es., F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 71 e 392, peraltro nel quadro di una teoria contraria ai criteri valoriali; G. Vassalli, voce *Reato complesso*, cit., 837, che lo desume dall'art. 84 Cp, così come O. Vannini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[2], Firenze 1954, 259; e U. Pioletti, *Profili del reato complesso*, in *RP* 1937, 1195; Id., *Manuale*, cit., 255 ss. Cfr. anche A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, Milano 2003, 202 ss., che lo fa discendere da esigenze di giustizia sostanziale, ma poi ne ricava l'operatività dalle clausole di riserva. Sul punto v. anche M. Mantovani, Ne bis in idem *sostanziale e autoriciclaggio*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna 2016, 238. Sostiene invece che il diritto positivo si ponga in contrasto con la trasportabilità del *ne bis in idem* dal piano processuale a quello sostanziale M. Siniscalco, *Il concorso apparente*, cit., 62 s.

[19] Si permetta il rinvio, per una analisi di tale commistione tra elementi processuali e sostanziali nella giurisprudenza delle due Corti, a L. Bin, *Anatomia del* ne bis in idem*: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *DPCRTrim* 2020, fasc. 3, 98 ss. Sull'attuale dimensione del *ne bis in idem* v., da ultimo, A.F. Tripodi, Ne bis in idem *europeo e doppi binari punitivi*, Torino 2022, 117 ss.

[20] Cfr., *ex multis*, G.M. Flick-V. Napoleoni, *A un anno di distanza dall'*affaire Grande Stevens*: dal* bis in idem *all'*e pluribus unum*?*, in *Riv. AIC* 2015, n. 3, 27; A.F. Tripodi, *Cumuli punitivi, "ne bis in idem" e proporzionalità*, in *RIDPP* 2017, fasc. 3, 1080 s.; C. Silva, *La deriva del* ne bis in idem *verso il canone di proporzionalità*, in *AP* 2019, fasc. 1, 30 ss.; N. Madia, Ne bis in idem *europeo: la definitiva emersione: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena*, in *CP* 2019, fasc. 2, 683; Id., Ne bis in idem *europeo e giustizia penale*, Milano 2020, 201 ss. e 211 ss. In senso analogo, ma prospettando una riesumazione della specialità in concreto, O. Mazza, *L'insostenibile convivenza fra* ne bis in idem *europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rtrib* 2015, fasc. 4, 1042; E. Pezzi, *I due volti del* ne bis in idem *alla luce delle influenze europee*, in *AP* 2018, fasc. 2, 398.

norme penali a fronte di un episodio storico sostanzialmente unitario[21] (a prescindere cioè da una previa delimitazione dell'unità del fatto materiale secondo parametri giuridici)[22].
Frattanto, però, nell'ultima parte del secolo scorso si è progressivamente affermata, nella dottrina italiana, una nuova e inedita criteriologia, di taglio non sostanziale ma logico-formale, basata sui rapporti strutturali tra le fattispecie astratte e in grado di estendere l'area operativa del concorso apparente anche a diverse ipotesi di c.d. specialità reciproca[23].
Secondo tale teoria, in estrema sintesi, il confronto tra fattispecie, per capire se esse contemplano la «stessa materia», dovrebbe essere tarato non sulla loro interezza, ma sui loro singoli elementi costitutivi, per comprendere se due elementi omologhi (es. i due eventi di ciascuna fattispecie) siano identici, incompatibili, in rapporto di specialità o di eterogeneità[24].
A seconda di come si configurano tali rapporti, le due fattispecie potranno così risultare in rapporto di perfetta identità, di specialità unilaterale, di eterogeneità, di incompatibilità oppure di specialità reciproca. All'interno di tale ultima categoria, si possono poi distinguere relazioni di specialità reciproca che determinano il concorso apparente e relazioni di specialità reciproca che determinano l'applicazione del concorso formale (relazione di interferenza). Tale alternativa, secondo le formulazioni più compiute della teoria[25], si fonda sulla distinzione tra specialità per specificazione, che si ha quando l'elemento di una fattispecie è speciale rispetto all'omologo elemento dell'altra fattispecie (ad es. perché l'una prevede un soggetto attivo qualificato mentre l'altra può essere realizzata da «chiunque») e specialità per aggiunta, che si ha quando una fattispecie contiene un elemento "eterogeneo", che non ha corrispondenze nell'altra (ad es. perché una descrive un reato di

[21] In questo senso N. Madia, Ne bis in idem *europeo: la definitiva emersione*, cit., 682 ss.; Id., *Il* ne bis in idem *europeo nella sua "nuova" veste sostanziale: la sua possibile efficacia anche nell'ambito di un unico procedimento in materia di cumuli punitivi*, in *AP* 2019, fasc. 3, 34 ss.; Id., Ne bis in idem *europeo e giustizia penale*, cit., 135 ss., 201 ss. e 211 ss.; E. Penco, *Il principio di specialità "amministrativa"*, in *DPCRTrim* 2015, fasc. 3, 68 ss.; E. Pezzi, *I due volti*, cit., 395 ss. Nello stesso senso, ritiene quantomeno plausibile un'illegittimità convenzionale (e, a cascata, costituzionale) dell'art. 648-*ter*.1 Cp (autoriciclaggio) per violazione diretta del *ne bis in idem* sostanziale F. Consulich, *La norma penale doppia*, cit., 80 ss. In termini analoghi, ma limitatamente alle ipotesi di concorso tra fattispecie penale e fattispecie amministrativa (sostanzialmente penale), M. Bontempelli, *Il doppio binario in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne* bis in idem *processuale e* ne bis in idem *sostanziale)*, in *AP* 2015, fasc. 1, 118 ss.; Id., Ne bis in idem *e legalità penale nel processo per gli abusi di mercato*, in *AP* 2016, fasc. 2, 389 ss.; Id., *Verso un adattamento della disciplina italiana delle sanzioni tributarie al diritto europeo?*, in *Rtrib* 2017, fasc. 2, 562 ss.; Id., *La litispendenza e il divieto di doppia decisione*, in *RIDPP* 2015, fasc. 3, 1333 s.; Id., *La litispendenza penale*, Milano 2017, 64 ss.

[22] Come noto, il criterio dell'*idem factum* utilizzato dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia prescinde dall'inquadramento normativo del fatto stesso, basandosi piuttosto su una valutazione in termini sostanziali circa l'unità dell'episodio storico. Proprio in questo sta la differenza rispetto a come la Corte costituzionale, nella nota sentenza sul processo Eternit (C. Cost. 21.7.2016, n. 200 in *GCos* 2016, fasc. 6, 2447 ss., con nota di D. Vicoli, *Il* ne bis in idem *tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*, *ivi*, 2466 ss.), ha recepito tale categoria: in tale sentenza, infatti, la Corte ricostruisce l'*idem factum* a partire sì dal fatto materiale, ma così come selezionato dalle norme incriminatrici, mentre la giurisprudenza europea prescinde da tale filtro. In argomento v. *amplius* S. Quattrocolo, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di* ne bis in idem *e i suoi effetti sull'ordinamento italiano*, in *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. Donini e L. Foffani, Torino 2018, 135 ss.; D. Falcinelli, *Il fatto di reato sullo sfondo del* ne bis in idem *nazional-europeo*, in *AP* 2017, fasc. 1, 63 ss.; R.A. Ruggiero, *Il* ne bis in idem*: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *CP* 2017, fasc. 10, 3819; e, già prima della sentenza, N. Galantini, *Il 'fatto' nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *RIDPP* 2015, fasc. 3, 1205 ss.

[23] Sebbene alcuni sviluppi embrionali del metodo strutturale siano già visibili nei lavori di U. Klug, *Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz*, in *ZStW*, 1956, 68 399 ss.; R.A. Frosali, *Concorso di norme*, cit., spec. 18 ss., 50 ss., 60 ss., 249 ss.; e M. Siniscalco, *Il concorso apparente*, cit., 88 ss. e 107 ss., la prima teorizzazione compiuta su base puramente strutturale si deve a F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., spec. 206 ss.

[24] Aggiungeva anche il rapporto di interferenza (che rimane solo come relazione tra fattispecie, e non tra elementi, nella trattazione di De Francesco) F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 211.

[25] Si tratta della rielaborazione compiuta da G. De Francesco, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano 1980, 45 ss.; Id., voce *Concorso apparente di norme*, in *DigDPen*, II, Torino 1988, 416 ss.

evento, l'altra un reato di mera condotta). Possono infatti darsi sostanzialmente tre ipotesi di specialità reciproca: entrambe le fattispecie sono speciali solo per aggiunta, entrambe sono speciali solo per specificazione oppure una delle due è speciale solo per specificazione e l'altra anche o solo per aggiunta. Nel primo caso, che dà corpo alla relazione di interferenza, il concorso è effettivo, perché la presenza di elementi in aggiunta in entrambe le fattispecie segnala che esse regolano una materia diversa. Negli altri due casi, invece, le due fattispecie cadono sulla «stessa materia», e dunque il concorso è apparente; tuttavia, per decidere quale delle due debba prevalere sono necessari ulteriori criteri, tratti per analogia dalla regola della specialità: si applicherà cioè quella eventualmente contenuta in una legge speciale, se l'altra è contenuta nel Codice penale (che si assume come legge generale), oppure quella che eventualmente contenga un soggetto attivo più specifico, o infine quella che contiene un numero maggiore di elementi specializzanti rispetto all'altra[26].
Le teorie strutturali hanno riscosso grande successo nella dottrina del nuovo millennio [27] e rappresentano oggi il principale *competitor* per i criteri sostanziali: una competizione, però, ormai e da tempo solo dottrinale, perché la giurisprudenza continua a seguire una propria via.

1.2.Come noto, la giurisprudenza italiana si è sempre dimostrata assai restia a recepire integralmente i criteri proposti in dottrina, ammettendo tradizionalmente soltanto il criterio legislativamente previsto della specialità, ma con atteggiamento decisamente ondivago e altalenante. Nel momento infatti in cui in dottrina si dibatteva tra monisti e pluralisti, la giurisprudenza accolse un concetto di specialità assai restrittivo, in quanto subordinato all'identità/omogeneità del bene protetto (questo il significato di «stessa materia»)[28], che è stato pedissequamente utilizzato sino a tempi molto recenti [29], e ancora oggi talvolta riaffiora, quantomeno *ad adiuvandum* [30], nelle sentenze che decretano l'applicabilità del concorso formale. I criteri preterlegali sono invece tendenzialmente sempre stati ostracizzati, ma con importanti e non infrequenti eccezioni[31].
Complice l'emersione dei criteri strutturali, nell'ultimo ventennio le Sezioni Unite sono state chiamate più volte a dirimere contrasti relativi alla fisionomia del concorso apparente di norme e hanno così avuto l'occasione di fissare una linea di indirizzo che oggi appare piuttosto univoca e

[26] Qualora poi nessuno di questi risulti decisivo, si esce dalla sfera di applicabilità dell'art. 15, e dunque la convergenza non si risolve con le logiche sottese al principio di specialità ma attraverso l'interpretazione. Il criterio "finale" risulta così quello della pena più grave: cfr. F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 480 e 660 ss.
[27] Tra i principali Autori che hanno accolto il criterio strutturale cfr. A. Fiorella, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli 1979, 24 ss.; S. Camaioni, *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, in *GP* 1992, II, 230 ss.; A. Vallini, *Concorso di norme e di reati*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G. De Francesco, Torino 2011, 263 ss.; Id., *Giusti principi, dubbie attuazioni: convergenza di illeciti in tema di circolazione di veicolo sottoposto a sequestro*, in *DPP* 2011, fasc. 7, 848 ss.; Id., *Tracce di* ne bis in idem *sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *DPP* 2018, fasc. 4, 525 ss.; Id., *Lo* stalking *finito in tragedia e il reato complesso: un'altra ''prova tecnica'' di* ne bis in idem *sostanziale*, in *GI* 2022, fasc. 5, 1218 ss.; Id., *Un caso complesso di ''ragion fattasi'' e un metodo in tema di concorso di norme e reati*, in *GI* 2023, fasc. 1, 182 ss.; D. Brunelli, *Il diritto penale*, cit., 190 ss.; T. Padovani, *Diritto penale*[12], Milano 2019, 474 ss.; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 525 ss., il quale ammette però (pur con qualche riserva: *ivi*, 542) anche il ricorso a criteri di natura *valutativo-sostanziale*; C. Sotis, *Il "concorso materiale apparente": confine tra artt. 15 e 81 c.p.*, in *GI* 2020, I, 187 ss.
[28] Va però detto che tale criterio era accolto da buona parte della dottrina subito successiva all'entrata in vigore del Codice Rocco, e non soltanto tra i c.d. "pluralisti", che tentavano così di giustificare in un sol colpo la rilevanza dell'unità dell'offesa e la necessità di criteri ulteriori rispetto alla specialità (in questo senso, acutamente, F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 79). La tesi è stata recepita in Spagna da F. Puig Peña, *Colisión de normas penales. Concurso aparente de leyes punitivas*, Barcellona 1955, 99.
[29] Cfr. ad es. Cass. S.U. 24.4.1976, n. 10 Cadinu, e Cass. S.U. 21.4.1995, n. 9568, La Spina. Sebbene tale orientamento sia da ritenersi oggi ampiamente superato, esso nondimeno spesso riaffiora nella giurisprudenza di legittimità: si consenta il rinvio alla rassegna compiuta in L. Bin, *sub* art. 15, in *Codice penale*[7], a cura di T. Padovani, Milano 2019, 143 s.
[30] Per una ricostruzione v. L. Bin, sub *art. 15*, cit., 143 ss.
[31] Per alcuni esempi si permetta ancora il rinvio a L. Bin, *sub* art. 15, cit., 138 ss.

stabile[32]: è stata infatti perentoriamente sancita l'illegittimità dei criteri preterlegali, mentre sono state solo parzialmente accolte le teorie strutturali.
In particolare, da un lato la Suprema Corte ha più volte ritenuto insanabile il difetto congenito dei criteri preterlegali, cioè proprio l'assenza di una base legale[33]; dall'altro, dei criteri strutturali sono state accolte alcune premesse teoriche (soprattutto, la necessità di impostare il problema su basi puramente logico-formali) e alcuni strumenti concettuali (soprattutto, la distinzione tra specialità per aggiunta e specialità per specificazione), ma il resto della teoria è rimasta sostanzialmente inapplicata e pertanto i risultati sono spesso opposti a quelli raggiunti dagli strutturalisti. Di fatto, la giurisprudenza di legittimità ha in realtà accolto il metodo strutturale soltanto sul piano della specialità unilaterale, svincolandola dal giogo della necessaria identità-omogeneità del bene protetto, ma senza spingersi realmente oltre. Al riconoscimento di un rapporto di specialità reciproca, infatti, segue sempre l'applicazione del concorso formale[34]. Inoltre, la stessa gestione del confronto strutturale ha dato esiti talvolta assai poco convincenti circa il tipo di rapporto riscontrabile tra due fattispecie[35].
Allo stato attuale del dibattito, che si attesta dunque su una lenta ma non ancora del tutto consumata crisi dei criteri valoriali e su un recepimento solo molto parziale dei criteri strutturali, la possibilità di

[32] Benché tale critica sia stata sin da subito sollevata in dottrina (cfr. F. Antolisei, *Concorso formale e conflitto apparente di norme*, in *GP* 1942, II, 611), a livello giurisprudenziale tale orientamento ha guadagnato stabilità a partire da Cass. S.U. 20.12.2005, n. 47164 Marino; Cass. S.U. 28.10.2010 (dep. 19.1.2011), n. 1235 Giordano; Cass. S.U. 28.10.2010 (dep. 21.1.2011), n. 1963 Di Lorenzo. Esso è stato poi più recentemente confermato da Cass. S.U. 23.2.2017, n. 20664, Stalla, in *DPC* 2017, fasc. 5, 344 ss., con nota di S. Finocchiaro, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione* (v. anche C. Colucci, *Le Sezioni Unite*, cit., 43 ss.); e Cass. S.U. 22.6.2017, n. 41588, La Marca, *ivi*, 2017, fasc. 11, 242 ss., con nota di D. Sibilio, *Le Sezioni Unite escludono il concorso tra i reati di porto illegale in luogo pubblico di arma comune da sparo e di porto in luogo pubblico di arma clandestina*).
[33] V. infatti il § 2.1 del considerato in diritto della sentenza Marino; il § 2 del considerato in diritto della sentenza Giordano; e il § 1.2 del considerato in diritto della sentenza Di Lorenzo.
[34] Ad esempio, è stata applicata la disciplina del concorso formale, nonostante il riconoscimento di un rapporto di specialità reciproca per specificazione (che avrebbe invece richiesto l'applicazione degli ulteriori criteri di prevalenza), da Cass. 10.6.2016 (dep. 11.1.2017), n. 1086, rispetto ai reati di cui agli artt. 73 e 75 del d.lgs. n. 159/2011 (guida senza patente e violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale); in Cass. 30.11.2015 (dep. 9.5.2016), n. 19230, riguardante il rapporto tra il reato di cui all'art. 416-*ter* Cp (scambio elettorale politico-mafioso) e quello previsto dall'art. 86 d.P.R. n. 570/1960 (c.d. corruzione elettorale); in Cass. 15.4.2015, n. 34208, relativamente al reato previsto dal combinato disposto degli artt. 46, comma 2, e 55, comma 5, d.lgs. n. 81/2008 (responsabilità del datore per non aver adottato idonee misure per prevenire gli incendi e per tutelare l'incolumità dei lavoratori) e al reato di apertura abusiva di luoghi di pubblico spettacolo o trattenimento (art. 681 Cp); e in Cass. 20.6.2017, n. 35591, rispetto alla bancarotta fraudolenta (art. 216 c. 1, n. 2, l. fall.) e alla sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte (art. 11 d.lgs. n. 74/2000).
[35] Ad esempio, le Sezioni Unite hanno risolto un contrasto in materia di concorso tra le frodi fiscali di cui agli artt. 2 e 8 d.lgs. n. 74/2000 e la truffa ai danni dello Stato (art. 640, comma 2, Cp) sostenendo che esse si trovassero in rapporto di specialità unilaterale, in ragione del fatto che la condotta della frode fiscale sarebbe una *species* di quella della truffa (Cass. S.U. 28.10.2010 (dep. 19.1.2011), n. 1235 Giordano), ma omettendo di attribuire rilievo alla presenza in quest'ultima fattispecie di ulteriori elementi costitutivi non previsti dalle frodi fiscali (l'ingiusto profitto con altrui danno, nonché l'induzione in errore), che avrebbero convertito il rapporto in specialità reciproca bilateralmente per aggiunta (un'ipotesi dunque di concorso effettivo): cfr. I. Giacona, *Il concorso apparente*, cit., 3849; C. Silva, *Sistema punitivo*, cit., 147 s. Addirittura, nel caso del rapporto tra l'illecito amministrativo di circolazione abusiva con un veicolo sottoposto a sequestro previsto dall'art. 213, comma 8, Codice della Strada ed il reato di cui all'art. 334 Cp (danneggiamento di cose sottoposte a sequestro da parte del proprietario non custode), la Suprema Corte ha affermato che la più ampia cerchia di soggetti attivi previsti dalla prima norma costituirebbe una specialità per aggiunta rispetto alla seconda, che descrive un reato proprio, così evitando di riconoscere invece una specialità reciproca (Cass. S.U. 28.10.2010, n. 1963 Di Lorenzo): cfr. ancora I. Giacona, *Il concorso apparente*, cit., 3850 (v. anche, per una analisi più approfondita della giurisprudenza recente delle Sezioni Unite, Id., *Concorso apparente di reati*, cit., 36 ss.); C. Silva, *Sistema punitivo*, cit., 148 ss. Proprio in relazione alla giurisprudenza relativa alla sovrapposizione di illeciti amministrativi e penale, intravvede un utilizzo "politico" dello strutturalismo, finalizzato a giustificare la scelta della sanzione da applicare operata "a monte", E. Penco, *Il principio di specialità*, cit., 65 ss.

riconoscere un criterio generale di concorso apparente anche al di fuori della specialità unilaterale appare ancora sostanzialmente respinta dalla giurisprudenza di legittimità.

2.Fermo quanto detto del *trend* stabilito dalle ultime sentenze delle Sezioni Unite, va però rilevato che le relative motivazioni non analizzano espressamente se il *ne bis in idem* sostanziale, quale principio costituzionale inespresso, imponga di utilizzare i criteri preterlegali di stampo valoriale, né è dato conto del motivo per cui, seguendo il criterio strutturale, le ipotesi di specialità reciproca non dovrebbero mai essere ricondotte all'area del concorso apparente. Si tratta dunque di teorie che potrebbero eventualmente ancora ambire a conquistare la rocca della nomofilassi, o ancor meglio a ottenere l'incoronazione da parte della Corte costituzionale. Ragioni di spazio ne precludono qui una critica approfondita: si tratta del resto di un'operazione già compiuta in altra più idonea sede[36]. Basti pertanto solo qualche breve cenno.

2.1.Per quanto riguarda i criteri valoriali, si è detto che l'assenza di una base legale costituisce storicamente il principale motivo che ne ha ostacolato l'accoglimento. Come anticipato, a tale peccato originale si è tentato di rimediare attraverso una analogia volta a estrapolare dalle clausole di riserva, presenti nella legislazione penale, un principio generale in grado di applicarsi anche ai reati che di tali clausole risultano formalmente privi, ma che si pongono in rapporto di progressione offensiva ad altre fattispecie (che sarebbe appunto la *ratio* sottesa al ricorso alle clausole di riserva)[37]. Tuttavia, se tale principio generale rimane confinato al rango di principio di legislazione ordinaria, si dovrebbe sostenere che l'assenza di una clausola di riserva tra i reati che si vorrebbero in concorso apparente costituirebbe una lacuna non intenzionale da parte del legislatore, conclusione non priva di imbarazzi al cospetto di una legislazione importante, meditata e longeva come quella del Codice penale.
Evidentemente diverso è invece il discorso se a tale principio si riconosce un rango costituzionale, come è stato in effetti sostenuto rispetto al principio del *ne bis in idem* sostanziale[38]: una tesi che è ancora in attesa di una seria verifica critica.
Chiarito che tale principio non va confuso con quello omonimo ricostruito dalle Corti europee e recentemente applicato anche dalla Corte costituzionale[39], che ha venature processuali ed entra in campo soltanto nel caso in cui più illeciti sul medesimo fatto siano o siano stati oggetto di procedimento da parte di autorità diverse[40], la questione si pone in questi termini: se tale *principio*

[36] Cfr. L. Bin, *Unità e pluralità*, cit., 160 ss. e 211 ss.
[37] Cfr., per tutti, A. Pagliaro, voce *Concorso di norme*, cit., 548.
[38] Cfr. C. Silva, *Sistema punitivo*, cit., 186 ss.
[39] Il riferimento è alla sentenza in materia di diritto d'autore Corte Cost. n. 149/2022, in *GCos* 2022, fasc. 3, 1553 ss., con note di C. Pinelli, *Ma cosa ha detto "un'ormai copiosa giurisprudenza costituzionale"? Ancora sul contrasto di leggi nazionali con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 1574 ss.; F. Pepe, *Prime "brecce" del* ne bis in idem *"europeo" nell'ordinamento italiano: quali implicazioni sul sistema sanzionatorio tributario?*, 1578 ss.; A. Procaccino, *Illegittimità dell'art. 649 c.p.p. e doppio binario punitivo per il diritto d'autore. La spinta gentile e i* caveat, 1590 ss.; L. Bin, Ne bis in idem *europeo vs. controllo di razionalità interno di un doppio binario sanzionatorio*, 1599 ss.; F. Medico, *Il giudice costituzionale dimezzato: l'insostenibilità di una terza via nel contesto CEDU*, 1609 ss.; v. anche S. Seminara, *Il divieto di* bis in idem*: un istituto inquieto*, in *DPP* 2022, fasc. 11, 1381 ss.; J. Della Valentina, *Il paradigma del* ne bis in idem *tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e* overlapping protection, in *www.sistemapenale.it* 24.11.2022; R.M. Vadalà, *L'impianto sanzionatorio "punitivo" della legge sul diritto d'autore: il diritto al* ne bis in idem *nella permanenza del doppio binario*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 15.4.2023.
[40] La natura ibrida del *ne bis in idem* europeo e soprattutto la sua diversità rispetto sia al *ne bis in idem* "classico", processuale, sia a quello puramente penale sostanziale, è generalmente riconosciuta dalla dottrina: oltre a L. Bin, *Anatomia*, cit., 98 ss., v., da ultimo, M. Scoletta, *Il principio di* ne bis in idem *e i modelli punitivi "a doppio binario"*, in *DPCRTrim* 2021, fasc. 4, 180 ss.; L. Barontini, *La nuova fisionomia del* ne bis in idem*: da garanzia processuale a istituto ibrido*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 26.11.2021; J. Della Valentina, *Il paradigma del* ne bis in idem, cit., 3 ss. Il tema è compiutamente sviluppato nella recente monografia di A.F. Tripodi, Ne bis in idem *europeo*, cit., spec. 177 ss. e 180 ss.

sia direttamente in grado di imporre alcune *regole*, anche a prescindere da un'espressa previsione legislativa; e se tali *regole* coincidano proprio con i criteri valoriali.
Ebbene, se una risposta affermativa al primo quesito può anche ammettersi, ma solo in certa misura e con le precisazioni di cui si dirà, rispetto al secondo ciò risulta invece attualmente impossibile.
Se è chiaro infatti che nessuna regola può essere seriamente dedotta per via interpretativa se il principio è esso stesso indeterminato, va rilevato come il *ne bis in idem* sostanziale sia spesso enunciato proprio in termini generici, in quanto giustificato sulla base di altri macro-principi come la giustizia sostanziale [41] e l'equità [42], o direttamente sulla logica [43], o ancora – più recentemente, e complice la giurisprudenza sovranazionale – agganciandolo al principio di proporzionalità della pena[44]. In tal modo, evidentemente, si arriva soltanto a dimostrare che deve essere previsto un *qualche* criterio volto ad assicurare, almeno in *qualche* caso, che il concorso sia solo apparente, mentre rimane aperto il problema su *quale* sia tale criterio che sarebbe giusto, equo, logico o proporzionato: perché non è *giusto* che sia prevista solo la specialità? È *equo* accogliere solo la sussidiarietà tacita o è necessaria anche la consunzione? Soltanto precisando quale sia il contenuto del divieto – che cosa sia il "*bis*" di cui si predica il "*ne*" – e quale ne sia l'oggetto – l'"*idem*" – è possibile costruire un principio determinato e dunque potenzialmente in grado di imporre immediatamente delle regole.
Non si tratta naturalmente di tentativi rimasti inesperiti. Nella dottrina tedesca, la questione è stata ad esempio impostata soprattutto ricostruendo il principio – espressamente costituzionalizzato, in termini generali, dal § 103.3 GG – come divieto di doppia *valutazione* (*bis*) dei medesimi *elementi* del fatto in quanto espressivi della lesione giuridica (*idem*)[45]. Il principio assumerebbe così la veste di un *Doppelverwertungsverbot*, in linea con il § 46 Abs. 3 StGB, che stabilisce il divieto di valutare come elemento circostanziale un elemento che sia già stato valutato all'interno del fatto tipico. Tuttavia, la conclusione cui arriva chi ha proposto tale ricostruzione, se esportata in Italia, avrebbe effetti clamorosamente opposti a quelli che ci si potrebbe attendere: secondo tale teoria, infatti, ogni qual volta non sia possibile ravvisare un rapporto di specialità, perché ciascuna fattispecie ha anche elementi autonomi, oltre a quelli comuni, non si tratterebbe di concorso apparente, né di concorso materiale (perché comunque alcuni elementi sono comuni), ma di *Idealkonkurrenz*[46]. Il *ne bis in idem*, così come ricostruito, imporrebbe dunque di prevedere un sistema intermedio tra assorbimento e cumulo materiale: sistema intermedio che in Germania è poco diverso dall'assorbimento, ma che in

[41] Così A. Moro, *Unità e pluralità*, cit., 76, 81, 84; M. Boscarelli, *Compendio di diritto penale. Parte generale*[2], Milano 1976, 244 s.; C.F. Grosso-M. Pelissero-D. Petrini-P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[2], Milano 2017, 561; A. Pagliaro, *Concorso apparente*, cit., 1392. Nello stesso senso, passando per un intendimento "assoluto" della proporzionalità, A. Cuerda Riezu, *El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código penale de 1990*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, fasc. 3, 1992, 845 s.
[42] Cfr. ad es. G. Neppi Modona, *Inscindibilità*, cit., 204; M. Romano, *Commentario*, cit., 179; L. Masera, voce *Concorso di norme*, cit., 1160; F. Consulich, *La norma penale doppia*, cit., 73. Riconosce esigenze di equità e proporzionalità alla base del versante sostanziale anche A.F. Tripodi, *Cumuli punitivi*, cit., 1049.
[43] A. Merkel, *Die Strafanwendung durch den Richter*, in *Handbuch des deutschen Strafrechts*, a cura di F. von Holtzendorff, IV, Berlin 1877, 225; O. Vannini, *Manuale di diritto penale*, cit., 259; S. Camaioni, *Specialità ed interferenza*, cit., 240. Nella dottrina spagnola v. R. García Albero, "Non Bis in Idem", cit., 217 e 228.
[44] Tra i più recenti, cfr. F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017, 297 ss.; C. Sotis, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *IP* 2017, fasc. 2, 461 ss.; A. Vallini, *Tracce di* ne bis in idem *sostanziale*, cit., 525 ss.; E. Pezzi, *I due volti*, cit., 390 ss.; L. Baron, Test *di proporzionalità e* ne bis in idem. *La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di* market abuse, in *AP* 2019, fasc. 3, 9; A. Cadoppi-P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte generale*[8], Milano 2021, 528; S. Finocchiaro, *Concorso di reati*, cit., 10. Rivendica invece l'autonomia del *ne bis in idem* rispetto alla proporzionalità della pena C. Silva, *La deriva del* ne bis in idem *verso il canone di proporzionalità*, in *AP* 2019, fasc. 1, 35 s.
[45] Si tratta, in estrema sintesi, della proposta di I. Puppe, *Idealkonkurrenz*, cit., *passim*.
[46] La conclusione ha ovviamente tutt'altro sapore in Germania, dove il § 73 StGB prevede comunque l'applicazione della sola pena più grave, con la precisazione che essa non potrà essere inferiore al minimo edittale della fattispecie soccombente.

Italia coinciderebbe con quello previsto dall'art. 81 Cp: il *ne bis in idem* imporrebbe dunque di applicare, nei casi diversi dalla specialità, proprio la disciplina del concorso formale.
Non stupisce dunque il maggior successo, nella nostra dottrina, della variante proposta dalla dottrina spagnola[47], secondo cui l'*idem* dovrebbe essere ancorato all'offesa interamente considerata, e non ai singoli elementi che la esprimono[48]. Secondo tale ricostruzione, infatti, il concorso dovrebbe essere apparente ogni volta che l'offesa riguarda il medesimo bene giuridico, beni giuridici omogenei o beni in rapporto di continenza: si tratta dunque di una proposta pienamente in grado di sostenere quantomeno un criterio legato all'unità dell'offesa.
Tale soluzione, tuttavia, si scontra con due obiezioni.
In primo luogo, risulta difficile spiegare perché, di fronte ad un principio costituzionale di cui si predica la violazione, la questione non sia risolta sul piano, ben più ortodosso, della questione di legittimità costituzionale [49]. Se infatti è in virtù di un principio costituzionale che si reclama la necessaria applicazione di un solo reato per ogni offesa al medesimo bene, la soluzione dovrebbe essere quella di una dichiarazione d'incostituzionalità della singola fattispecie che dovrebbe soccombere e che non contiene una clausola di riserva a ciò determinata, o al limite di uno degli artt. 71 ss. Cp nella parte in cui obbligano all'applicazione di tutti i reati integrati pur a fronte di una sola offesa. Creare invece per via interpretativa regole evidentemente contrarie alla *littera legis* costituisce un'operazione chiaramente al di fuori dei limiti dell'interpretazione costituzionalmente conforme.
In secondo luogo, va ricordato che evidenti ragioni di coerenza interna della teorica impongono di verificare che anche il criterio sulla cui opportunità nessuno dubita, cioè quello della specialità, sia direttamente derivabile dal *ne bis in idem* sostanziale [50]. Tuttavia, il criterio basato sull'unità dell'offesa, nel momento in cui intrinsecamente sancisce l'applicabilità della sola fattispecie sanzionata più gravemente [51], rischia di contraddire il criterio della specialità. Quest'ultimo potrebbe infatti imporre, rispetto a due reati offensivi del medesimo bene, l'applicazione della fattispecie meno grave (è quel che avviene, ad esempio, nel caso dell'infanticidio rispetto all'omicidio), tanto che chi sostiene la praticabilità di tale criterio valoriale è costretto ad aggiungere che esso vale soltanto quando non si tratti di norme poste in rapporto di specialità [52]. Inoltre, analoga frattura si produce rispetto al caso in cui due norme poste in rapporto di genere a specie tutelino beni giuridici diversi [53]: l'art. 15 Cp imporrebbe l'applicazione della norma speciale, ma a prescindere da considerazioni sull'offesa, operando dunque al di fuori del *ne bis in idem*.
Il criterio della specialità, in ben due ipotesi, confligge dunque con quello valoriale che si vorrebbe "imposto" dal *ne bis in idem* sostanziale, e quindi con il *ne bis in idem* stesso. Due allora le alternative. O il *ne bis in idem* obbliga ad adottare la regola della prevalenza della fattispecie più grave ogniqualvolta sia leso il medesimo bene (o un bene omogeneo), e allora esso stride con l'art. 15 Cp,

[47] Cfr. R. García Albero, *"Non Bis in Idem"*, cit., 339 ss.; ma anche la consunzione potrebbe essere in qualche modo derivata da tale principio: cfr. *ivi*, 384 ss.
[48] Cfr. C. Silva, *Sistema punitivo*, cit., 186 ss., che in questo modo tenta di rilegittimare l'impostazione di Pagliaro (v. *ivi*, 202).
[49] Prospetta questa ipotesi, ma parallelamente a una applicazione per via interpretativa dei criteri valoriali, F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., 328.
[50] V. infatti C. Silva, *Sistema punitivo*, cit., 195 e 199.
[51] C. Silva, *Sistema punitivo*, cit., 204. Evidenzia questa capacità della consunzione (assunta come criterio valoriale unitario) di andare "oltre" al dettato del principio, indicando anche quale norma debba prevalere, F. Consulich, *La norma penale doppia*, cit., 75.
[52] V. ad es. C. Silva, *Sistema punitivo*, cit., 199 e 205; M. Romano, *Commentario*, cit., 183.
[53] Si tratta di una nota critica rivolta contro coloro che sostenevano l'applicabilità della *lex specialis* in luogo della *lex generalis* soltanto nel caso di identità di bene protetto: v., per tutti, G. De Francesco, *Lex specialis*, cit., 7; M. Siniscalco, *Il concorso apparente*, cit., 79 s.

che dovrebbe essere invece la principale prova di una sua esistenza inespressa [54], e finirebbe invece col doversi dichiarare incostituzionale (nella parte in cui non prevede che, se la norma generale tutela il medesimo bene di quella speciale ed è sanzionata più gravemente, non sia questa a prevalere) per contrasto con esso. Oppure il *ne bis in idem* non obbliga a tale regola, l'art. 15 Cp è salvo, ma i criteri valoriali perdono la loro diretta deducibilità per via interpretativa dalla Carta costituzionale.

A questo punto del discorso si impone qualche considerazione di diritto comparato. Infatti, al contrario delle teorie strutturali, che sono nate e sostanzialmente rimaste confinate in Italia[55], i criteri valoriali godono tutt'ora di consolidata applicazione e addirittura espresso riconoscimento, rispettivamente, in Germania e in Spagna, proprio in virtù del *ne bis in idem*, cosicché parrebbe potersi trarre da questo dato una conferma circa la loro ammissibilità anche nel nostro ordinamento[56]. Tuttavia, un'analisi più approfondita restituisce argomenti di senso opposto.

Per quanto riguarda l'ordinamento tedesco, infatti, non si può trascurare il dato che, se da un lato la *Grundgesetz* prevede espressamente il menzionato principio, dall'altro lo *StGB* non prevede alcuna ipotesi di concorso apparente – nemmeno la specialità! – limitandosi a disciplinare solo la *Idealkonkurrenz*. Ciò ha consentito alla dottrina e alla giurisprudenza tedesche di ricostruire la categoria della (*bloße) Gesetzeskonkurrenz* senza vincoli politici di diritto positivo; ma, significativamente, gli effetti riconosciuti al verificarsi di un concorso apparente sono del tutto sovrapponibili a quelli che produce proprio la *Idealkonkurrenz*, con la conseguenza che la distinzione tra le due categorie è oggi puramente classificatoria[57]. Pertanto, è vero che sono applicati sia la specialità che i criteri valoriali, ma anche che la specialità non funziona allo stesso modo che in Italia. In primo luogo, infatti, la pena inflitta in applicazione della fattispecie speciale non può essere inferiore a quella minima eventualmente più alta prevista dalla fattispecie generale, mentre le pene accessorie previste per la sola fattispecie generale si applicano anche per quella speciale (*Kombinationstheorie*); inoltre, se la fattispecie speciale non può essere applicata (per difetto di una condizione di procedibilità, per la presenza di una causa di non punibilità, ecc.) quella generale torna in vita (*Wiederaufleben*)[58].

Ciò sembra dunque confermare che il *ne bis in idem*, nella sua versione sostanziale e generale, è un principio argomentativo, di politica criminale, la cui traduzione in regole per via interpretativa deve necessariamente confrontarsi con le regole eventualmente già positivizzate dal legislatore. In Germania, il legislatore sembra aver lasciato campo libero nella strutturazione dei criteri che rendono apparente il concorso, ma la disciplina positiva della *Idealkonkurrenz* ne ha di fatto vincolato gli effetti, trasformandoli in criteri non realmente assimilabili, per via dei loro effetti, a un concorso apparente "all'italiana". In Spagna, il legislatore ha previsto espressamente ben tre criteri ulteriori rispetto alla specialità, obbligando, tutt'al contrario, a notevoli sforzi creativi per dare un contenuto autonomo a ciascuno di essi[59]. Nel nostro ordinamento, invece, il legislatore ha espressamente

[54] Sull'incompatibilità tra specialità e criterio della sanzione più grave v. già G. De Francesco, *Lex specialis*, cit., 13 s. Manifestano perplessità anche B. Romano, *Il rapporto tra norme penali*, cit., 205 ss.; V.B. Muscatiello, *Pluralità e unità*, cit., 418 ss. Significativo appare inoltre l'esempio della dottrina spagnola, che sotto la vigenza del Codice previgente, in cui l'art. 68 prevedeva soltanto il criterio dell'applicazione della norma più grave, riteneva mancasse una codificazione espressa della specialità: cfr. A. Cuerda Riezu, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid 1992, 214 s.

[55] In Spagna, la tesi è stata respinta da E. Peñaranda Ramos, *Concurso de leyes, error y participation en el delito*, Madrid 1991, 45 ss.; R. García Albero, *"Non Bis in Idem"*, cit., 160 ss.

[56] Sostanzialmente in questi termini M. Mantovani, Ne bis in idem *sostanziale e autoriciclaggio*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna 2016, 240.

[57] Si tratta della c.d. *Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz*: cfr. V. per tutti W. Stree, *vorbem §§ 52 ff.*, cit., 691; P. Abels, *Die «Klarstellungsfunktion» der Idealkonkurrenz*, Marburg 1991, *passim*; M. El-Ghazi, *Revision*, cit., 75 e 154.

[58] Per una ricostruzione critica di tali effetti, talvolta accolti anche dalla dottrina spagnola, si permetta il rinvio a L. Bin, *Unità e pluralità*, cit., 163 ss.

[59] V. infatti gli sforzi di R. García Albero, *"Non Bis in Idem"*, cit., 333 ss., 382 ss. e 401 ss.; E. Escuchuri Aisa, *Teoría del concurso*, cit., 267 ss., 297 ss., 325 ss.

strutturato solo il criterio dell'art. 15 Cp (ma in realtà anche, come a breve si dirà, quello insito nell'art. 84 Cp). Pertanto, il *ne bis in idem* è stato effettivamente attuato nel nostro ordinamento, sebbene in misura minore – per via di legittime scelte politico-criminali – rispetto a quanto avvenuto in Spagna; e allora, eventuali ulteriori criteri di creazione interpretativa dovrebbero essere quantomeno compatibili con l'unica forma di attuazione (la specialità), se non si vuole violare la separazione dei poteri[60].

2.2. Anche i criteri strutturali, per quanto apparentemente più solidi e convincenti, in quanto fondati sul confronto logico-formale tra fattispecie, sembrano presentare alcuni inconvenienti che ne pregiudicano il pieno accoglimento: l'uno riguarda i criteri di selezione della norma da applicare nei casi in cui dall'analisi strutturale emerga un concorso apparente ma non anche quale norma debba prevalere sull'altra, nelle ipotesi cioè di specialità reciproca per specificazione (o relazione di interferenza); l'altro la possibilità stessa di impostare su basi logiche un confronto tra frammenti di enunciati linguistici (quali sono le fattispecie penali).
Quanto al primo profilo, si può rinviare ad altra sede una critica più approfondita dei menzionati criteri. Qui basterà accennare al fatto che la loro deduzione per via analogica dalla specialità *ex* art. 15 Cp (o meglio, dalla logica della specificazione [61]) sembra basarsi su un'operazione non priva di aspetti di arbitrarietà [62] e che la loro conformazione sembra talvolta incoerente o comunque non ottimale, soprattutto considerando che anche dopo l'utilizzo di ben tre criteri per determinare la prevalenza di una norma sull'altra tale individuazione potrebbe comunque non essere risolta[63] (non è infatti inimmaginabile che due fattispecie in relazione di interferenza siano entrambe previste dal Codice penale o da una legge speciale e abbiano il medesimo soggetto attivo e lo stesso numero di elementi specializzanti). Quel che qui invece più interessa è, "a monte", la possibilità stessa di qualificare come logico-formale la natura del confronto tra i singoli elementi della fattispecie.
Rispetto a un simile confronto pare anzitutto possibile muovere qualche censura di taglio metodologico. Spostare l'analisi ad un livello più "basso" di quello delle fattispecie interamente

[60] Che poi ciò sia effettivamente possibile, sembra però lecito dubitare, se la pretesa insufficienza della specialità unilaterale si fonda su valutazioni di sproporzione della pena che sono del tutto arbitrarie: questo discorso è approfondito in L. Bin, *Unità e pluralità*, cit., 198 ss.; v. anche, da ultimo, A.F. Tripodi, Ne bis in idem *europeo*, cit., 177 ss. Lo stesso discorso vale per le teorie strutturali: benché nelle loro prime formulazioni il *ne bis in idem* sostanziale risulti più che altro desunto dalla legislazione vigente (cfr. M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, 32; M. Mantovani, Ne bis in idem *sostanziale*, cit., 239), nelle versioni più moderne è presente un richiamo ad esso come principio sovraordinato, ancorato in particolare al principio di ragionevolezza e di proporzionalità della pena, in base al quale sarebbe proibito computare più volte i medesimi elementi concreti, e pertanto si avrebbe concorso apparente in tutte le ipotesi di unità della condotta in cui non siano prodotti eventi tipici diversi, omogenei o eterogenei (cioè appunto anche nelle ipotesi di specialità reciproca, a patto che non sia bilateralmente per aggiunta): cfr. A. Vallini, *Tracce di* ne bis in idem *sostanziale*, cit., 528 ss.; Id., *Lo* stalking *finito in tragedia*, cit., 1218 ss. Tale lettura, che attenua notevolmente il rigorismo del metodo strutturale (cfr. soprattutto A. Vallini, *Giusti principi*, cit., 857 s.), e non è lontanissima da una considerazione diretta del rapporto tra fatti concreti (rispetto a cui v. *infra*, § 3), si fonda però sul presupposto per cui la plurima valutazione dei medesimi elementi concreti sarebbe di per sé responsabile di una pena sproporzionata (e dunque irragionevole), sia in una logica "ordinale" che "cardinale" (su tali concetti v. per tutti F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino 2021, 160 ss.): una conclusione che non sembra scontata, anche considerando che l'art. 81 Cp permette di aumentare la pena di un solo giorno di reclusione (v. ad es. Cass. 4.3.2014, n. 23961).
[61] F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 224 ss. e 445 ss.
[62] In questo senso v. già G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[6], Milano 2017, 522, secondo i quali tali criteri sono «*apodittici e/o impraticabili*» (ma la critica è più tenue nelle edizioni successive); M. Romano, *Commentario*, cit., 178, per il quale essi sarebbero «*poco persuasivi*»; G. De Vero, *Manuale di diritto penale*, cit., 340 s., che evidenzia le difficoltà di distinguere specificazione e aggiunta. Proprio su questa considerazione, del resto, si è innestata una delle primissime critiche all'impostazione in parola: cfr. S. Camaioni, *Specialità ed interferenza*, cit., 237 ss.
[63] V. infatti F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 656 ss.

considerate, isolandone i singoli elementi, significa infatti assegnare a ciascuno di essi una quota del disvalore complessivo espresso dalla fattispecie stessa, altrimenti essi non potrebbero realmente dirsi in grado di segnalare – come si predica – una doppia valutazione del fatto, che è ovviamente una doppia valutazione in termini di disvalore. Tuttavia, questa omogenea distribuzione di una quota di disvalore su ciascun elemento pare un'operazione in realtà fittizia [64], perché molti elementi acquistano un significato di disvalore solo se considerati insieme agli altri presenti nella fattispecie. Ad esempio, la "guida di un veicolo" è del tutto lecita e "approvata" dall'ordinamento, e acquista disvalore se accompagnata dallo "stato d'ebbrezza"; ma se così è, si comparano elementi che acquistano una valutazione rilevante per il diritto penale solo in virtù dell'*ensemble* in cui si trovano.
In secondo luogo, e soprattutto, sembra porsi un problema per così dire epistemologico. Le fattispecie penali e i loro elementi sono infatti espressioni linguistiche e in quanto tali non possiedono confini ben delimitati; dentro una singola parola c'è «un pozzo profondo e insondabile, un abisso di significati: evidenti, riflessi, criptici» [65]. Ogni elemento del linguaggio acquista un determinato significato in modo storicizzato [66], tramite la stratificazione di sussunzioni di casi concreti: più sono i casi sussunti, meglio quegli elementi saranno definiti [67]. In questo processo, naturalmente, incide anche l'interazione tra più elementi all'interno di un enunciato: mentre calibrando la messa a fuoco sul singolo elemento la gamma di possibili significati aumenta, quando più elementi sono letti all'interno di un enunciato, la cerchia dei concetti che vi si può inquadrare si riduce. Proprio per questo il principio di determinatezza impone, secondo il costante insegnamento della Corte costituzionale, una considerazione della fattispecie non "atomistica", isolando i suoi elementi, ma complessiva, prendendoli cioè nel loro insieme [68].
Questi rilievi portano dunque a dubitare che le relazioni strutturali abbiano realmente un carattere asettico, perché si tratta di relazioni tra oggetti il cui contenuto presuppone che sia già stata svolta una attività di interpretazione [69], naturalmente e inevitabilmente intrisa di valutazioni sostanziali e personali. Questo naturalmente non inficia di per sé la possibilità di instaurare comunque relazioni strutturali e financo logiche tra elementi [70], ma priva evidentemente la teoria di quella natura a-valutativa e formale che ne dovrebbe invece costituire uno dei punti di forza.
Si prenda il caso dell'evasione aggravata dall'effrazione (art. 385, comma 2, Cp) commessa cagionando un crollo pericoloso per la pubblica incolumità (art. 434, comma 2, Cp). Gli strutturalisti

[64] In termini analoghi R. García Albero, *"Non Bis in Idem"*, cit., 164. Peraltro, non è affatto chiarito come bisogni individuare e classificare i singoli elementi di una fattispecie, operazione che incide evidentemente sul risultato del confronto; sul punto v. la serrata critica di M. Spina, *Aporie nella distinzione tra specialità per aggiunta e specialità per specificazione. Appunti per una rilettura critica della teoria strutturale del concorso apparente*, in *DPCRTrim* 2021, fasc. 4, 228 s.
[65] M. Papa, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità nel diritto penale*[2], Torino 2019, 1.
[66] Cfr. M. Vogliotti, *Lo scandalo per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015, 136.
[67] Sul punto, per tutti, v. O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano 2006, 132 ss.
[68] V. ad es., in relazione al disastro innominato di cui all'art. 434 Cp, la nota Corte cost., 1.8.2008, n. 328 e, più in generale, D. Castronuovo, *Tranelli del linguaggio e "*nullum crimen*". Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 5.6.2017, 1 ss. Per una critica ai successivi sviluppi giurisprudenziali, che hanno sostanzialmente sconfessato la linea tracciata dalla Consulta, cfr. D. Castronuovo, *Il caso Eternit. Un nuovo paradigma di responsabilità penale per esposizione a sostanze tossiche?*, in *Diritto penale dell'economia, II, Impresa e sicurezza*, a cura di D. Castronuovo e L. Foffani, Bologna 2015, 107 ss.
[69] Sottolinea le difficoltà di tenuta di un criterio logico come la specialità in un campo assiologico come quello delle fattispecie incriminatrici M. Papa, *Concorso di norme. Questioni e prospettive di fondo*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna e M. Papa, II, Torino 2013, 948 s. Ammette, ma soltanto rispetto alla specialità per aggiunta, la necessità di aver già interpretato la norma, A. Nappi, *Specialità per specificazione e specialità per aggiunta nella successione di norme penali*, in *DPP* 2004, fasc. 9, 1061 ss.
[70] Esplicito in questo senso A. Vallini, *Concorso di norme*, cit., 265.

sostengono che la condotta di causazione del crollo sia speciale rispetto alla condotta di violenza sulle cose richiesta dall'effrazione [71]; tuttavia, si potrebbe anche concludere, *sulla base di una diversa interpretazione della fattispecie*, che non tutti i crolli sono delle effrazioni, che non c'è alcuna specialità, poiché l'effrazione va intesa come una violenza che deve necessariamente riverberarsi su strutture atte alla ritenzione, mentre la violenza sulle cose non subisce tale limitazione: una tale interpretazione teleologica, orientata all'offensività, induce ad esempio a concludere che chi durante un'evasione rompe una sedia, senza servirsene per evadere, non commette un'effrazione. Una diversa interpretazione dell'elemento "effrazione" trasforma così un rapporto di specialità in un rapporto di interferenza[72].

Inoltre, se lo stesso concetto di specialità può essere ingannevole [73], la distinzione tra specialità per specificazione e specialità per aggiunta sembrerebbe rivelarsi addirittura fallace[74]: si tratta infatti di figure che a tratti sembrano "palindrome" e a tratti difficilmente distinguibili. Perché una fattispecie di evento dovrebbe dirsi speciale per aggiunta rispetto a una fattispecie di mera, identica condotta, e non dovrebbe invece dirsi speciale per specificazione quest'ultima, in quanto descrive solo una parte del fatto descritto dall'altra? Perché l'elemento «neonato» dovrebbe essere inteso come una specificazione rispetto a quello di «uomo», e non quest'ultimo una aggiunta, in quanto contempla anche casi non contemplati dal primo (i "non neonati")?

La distinzione sembra basarsi sul fatto che mentre la specificazione opera tra singoli insiemi, l'aggiunta opera tra gruppi di insiemi. Ad esempio, gli insiemi {uomo} e {neonato} sono due insiemi singoli, l'uno interamente ricompreso nell'altro, e perciò in rapporto di specialità per specificazione, mentre si instaura un rapporto di specialità per aggiunta tra il gruppo di insiemi {presupposti, condotta, nesso, evento} e il gruppo di insiemi {presupposti, condotta}, in quanto il primo gruppo contiene i medesimi insiemi del secondo più alcuni ivi non ricompresi. Poiché però gli insiemi sono costruzioni del pensiero direttamente maneggiabili dall'interprete, una somma di insiemi può diventare essa stessa un insieme autonomo, se lo si desidera, e viceversa. Si può *scegliere* dunque di trasformare l'insieme {uomo} nel gruppo di insiemi {neonati, bambini, adulti, anziani}: in tal modo il gruppo di insiemi {uomo} può leggersi in termini di specialità per aggiunta nei confronti dell'insieme {neonati}, perché oltre ad esso contempla anche ulteriori insiemi. Viceversa, un gruppo di insiemi può leggersi come un insieme singolo: rispetto all'insieme singolo {reato d'evento}, l'insieme {presupposti} e l'insieme {condotta} non sono che dei sottoinsiemi.

Il motivo per cui in certi casi specificazione e aggiunta sembrano non tanto concetti palindromi, quanto indistinguibili, sembrerebbe dipendere invece dal particolare contesto semantico del diritto penale, che è dominato da alcuni principi interpretativi pre-dati. Ad esempio, il dolo specifico rappresenta per alcuni un'ipotesi di specialità per aggiunta rispetto ad una fattispecie a dolo

[71] Cfr. F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 220; G. De Francesco, *Lex specialis*, cit., 28.

[72] Offre ulteriori ribaltamenti del metodo strutturale I. Giacona, *Concorso apparente di reati*, cit., 20 ss.

[73] Cfr. l'ampio studio di S. Zorzetto, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa 2010, spec. 555 ss., 585.

[74] Cfr., ancora, S. Zorzetto, *La norma speciale*, cit., 326 ss.; M. Jori, *Interpretazione e creatività: il caso della specialità*, in *Criminalia*, 2009, 230 s. Sottolinea l'infondatezza logica di tale distinzione, che sarebbe dunque legata al "fatto" e non al "diritto", A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, cit., 192 s., nota 9. Contro la distinzione tra specialità per specificazione e specialità per aggiunta, oltre al già citato e recente saggio di M. Spina, *Aporie nella distinzione*, cit., 224 ss., cfr. D. Pulitanò, *Diritto penale*[6], Torino 2015, 446 (nota 2), secondo cui essa, dal punto di vista logico, non avrebbe senso (ma la critica non è più presente a partire dall'ottava edizione del manuale); secondo L. Masera, voce *Concorso di norme*, cit., 1162, si tratterebbe di una distinzione fondata su un'irrilevante differenza tecnico-redazionale, conclusione fondata su argomenti non dissimili da quelli che si svilupperanno nel testo. Rilevano una certa difficoltà a distinguerle sul piano logico A. Vallini, *Giusti principi*, cit., 857; B. Romano, *Il rapporto tra norme penali*, cit., 213 ss. e 237.

generico [75], per altri una specialità per specificazione [76], con evidenti ricadute sul "tipo" di specialità reciproca che si instaura. Ora, ciò sembra spiegarsi in virtù del principio di materialità, che vieta fattispecie penali aventi ad oggetto pure finalità. In questo senso, il particolare contesto interpretativo penalistico impone di dare per presupposto che sia sempre presente anche un dolo generico a copertura degli altri elementi della fattispecie, che il dolo specifico non possa mai presentarsi da solo[77]. Ma se così è, se si prende l'insieme singolo {dolo}, l'insieme {dolo specifico} ne costituisce un sottoinsieme, cioè una specificazione; se si ragiona per gruppi di insiemi – {dolo generico, dolo specifico} – allora la fattispecie che contiene sia l'insieme {dolo generico} che l'insieme {dolo specifico} è speciale per aggiunta rispetto a quella che contiene solo l'insieme {dolo generico}.
Nell'un caso o nell'altro, siano esse palindrome o indistinguibili, specificazione e aggiunta sembrano dunque dipendere da una *scelta interpretativa*, non dalla logica formale. Solo se il giudizio è limitato alle fattispecie interamente considerate, prese entrambe come insieme unico, non c'è possibilità di "giocare" con gli insiemi, e i risultati possono essere attendibili e replicabili: utilizzando la *Subtraktionstechnik*, appare evidente che tutti gli infanticidi sono anche omicidi, e non viceversa, e pertanto l'infanticidio è insieme speciale rispetto all'insieme omicidio. Ma allora l'unico rapporto di specialità affidabile, replicabile, (quasi) immune da scelte manipolative dell'interprete risulterebbe quello di specialità unilaterale.
Queste considerazioni gettano dunque quantomeno qualche ombra sulla reale affidabilità di una costruzione basata su specialità per aggiunta e specialità per specificazione, e più in generale sul confronto tra singoli elementi come metodo. Esse peraltro non si limitano a spiegare perché, in giurisprudenza, l'applicazione pratica dei criteri strutturali sia stata così contraddittoria[78], ma svelano addirittura potenziali effetti *in malam partem* che una loro frequente applicazione rischia di ingenerare.
Infatti, più i termini che si desidera raffrontare sono definiti, più è facile stabilirne la diversità; più sono vaghi, più si tende a riconoscere sovrapposizioni. Ciò significa che una comparazione per singoli elementi della fattispecie propizia un'accezione più larga degli stessi e quindi dell'intera fattispecie. Si potrebbe così giungere al paradosso dell'eterogenesi dei fini: quanto maggiore è lo sforzo di apertura del tipo *in bonam partem*, di forzare l'*estensione* linguistica di due elementi per aumentare le *chances* di una loro sovrapposizione[79], cui ricollegare l'applicabilità di una sola fattispecie, tanto più ampia sarà la sfera del penalmente rilevante da lì in avanti.

3.Le ragioni sopra sinteticamente esposte forse non spiegano, ma in qualche modo sembrano giustificare i dubbi della giurisprudenza circa l'accoglimento dei criteri sinora proposti dalla dottrina. Tuttavia, al di là del fatto che si tratta comunque di teorie non senza motivo dotate di largo consenso

[75] Cfr. G. De Francesco, *Lex specialis*, cit., 18, 25; G. De Vero, *Manuale di diritto penale*, cit., 336; M. Papa, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino 1997, 58.
[76] Cfr. F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 215.
[77] Se invece si ammettesse una ipotetica fattispecie contenente il solo insieme {dolo specifico} («chiunque nutre il fine di uccidere»), in violazione del principio di materialità, essa potrebbe dirsi speciale per specificazione rispetto alla fattispecie che contempli, oltre a tale elemento, anche ulteriori elementi («chiunque uccide dolosamente»); oppure, ragionando per gruppi di insiemi, si potrebbe dire che la seconda fattispecie, costituita dal gruppo di insiemi {volontà di uccidere, uccisione}, sia speciale per aggiunta rispetto al gruppo di insiemi {volontà di uccidere}.
[78] Al netto del fatto che essi sono inevitabilmente favoriti dal moderno utilizzo di tecniche legislative meramente sanzionatorie, che rendono spesso assai difficile ricostruire il contenuto delle fattispecie penali *extra-codicistiche*: sul punto, con specifico riferimento alle ricadute sulla fecondità del metodo strutturale, cfr. M. Papa, *Le qualificazioni giuridiche*, cit., 145 ss.
[79] Rileva una tendenza comune tra i monisti a sfruttare l'*estensione* dei termini per aumentare le collisioni tra enunciati normativi (cui fa da contrappeso la tendenza dei pluralisti a privilegiare la loro *intensione*) M. Papa, *Le qualificazioni giuridiche*, cit., 55 ss.

in dottrina, non sembra comunque necessario accontentarsi della sola specialità quale unico criterio generale in grado di rendere apparente un concorso di norme.
Nel sistema del Codice penale sembrerebbe infatti possibile rintracciare un criterio ulteriore – rispetto alla specialità – in grado di rendere solo apparente un concorso di norme: un criterio che copre molti dei casi che più hanno sollecitato la creatività della dottrina, in quanto ritenuti evidentemente immeritevoli di un cumulo sanzionatorio, e che però possiede una solida base legale. Si tratta del *reato eventualmente complesso*, o *reato complesso eventuale*, una figura che sarebbe direttamente ricavabile dall'art. 84 Cp.

3.1. Benché del reato complesso esista una definizione legislativa sin dal Codice Zanardelli (art. 77), della sua fisionomia si è a lungo discusso[80], tra chi lo ritiene configurabile solo in presenza di una somma di almeno due reati e chi invece si accontenta di un solo reato, accompagnato da elementi di «per sé non delittuosi» [81]: il c.d. "reato complesso in senso lato" [82].
La questione, in realtà, appare irrilevante, se si considera che in entrambi i casi il rapporto tra fattispecie complessa e fattispecie componenti sembra nient'altro che un'ipotesi di specialità [83]. Se i «fatti che costituirebbero, per se stessi, reato» sono «elementi costitutivi» del reato complesso nel senso che devono essere in esso espressamente e interamente ricompresi, è evidente che ogni volta che fosse integrata la fattispecie complessa, lo sarebbero anche quella o quelle componenti, e non viceversa, in linea con la *Subtraktionstechnik* tipica della specialità. È ciò che avviene nella paradigmatica ipotesi della rapina, che integra sempre e necessariamente anche un furto e una violenza privata, mentre non ogni furto né ogni violenza privata sono anche una rapina. Seguendo tale interpretazione del reato complesso, dunque, l'art. 84 Cp sarebbe un doppione dell'art. 15 Cp, e verrebbe da chiedersi se tale disposizione possieda realmente una ragion d'essere[84].
L'unica funzione che potrebbe riconoscersi ad essa, infatti, richiederebbe di conferirle il solo significato in senso stretto (si ha un reato complesso solo quando la fattispecie è costituita da almeno due reati), in modo tale da attribuirle il compito di "nominare" una particolare ipotesi di specialità (quella appunto in cui una fattispecie è contemporaneamente speciale rispetto a ben due fattispecie), in quanto bisognosa di alcune regole particolari, che sarebbero dettate da quelle disposizioni che si riferiscono al reato complesso.

[80] Con il passaggio al Codice Rocco, il reato complesso era stato anche additato come la prova della positivizzazione della consunzione: cfr., *ex multis*, F. Grispigni, *Corso di diritto penale*, cit., 508; S. Ranieri, *Reato progressivo*, cit., 47; R. Pannain, *Manuale di diritto penale*[4], I, Torino 1967, 228 e 686 s.; G. Vassalli, voce *Reato complesso*, cit., 834; S. Prosdocimi, voce *Reato complesso*, in *DigDPen*, XI, Torino 1996, 217 ss. Vi intravvide invece un'ipotesi di sussidiarietà espressa R.A. Frosali, *Concorso di norme*, cit., 405 ss.
[81] L'espressione è di A. Moro, *Unità e pluralità*, cit., 239 e *passim*.
[82] Tra gli Autori che escludono che questa figura rientri nel reato complesso, riconoscendovi generalmente un normale rapporto di specialità, v. soprattutto F. Antolisei, *Reato composto*, cit., 68; S. Ranieri, *Il reato complesso*, cit., 7, 18 ss. e 34 (il quale esclude che si tratti di specialità); G. Vassalli, voce *Reato complesso*, cit., 821 s. e 834; M. Gallo, *Diritto penale italiano*, cit., I, 183 ss.; M. Romano, *Commentario*, cit., 793; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 733. La includono invece nel reato complesso R.A. Frosali, *Concorso di norme*, cit., 407; F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 292 ss.; S. Piacenza, voce *Reato complesso*, in *NssDI*, XIV, 1976, 966; T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 477; S. Prosdocimi, voce *Reato complesso*, cit., 217 ss.
[83] Si tratta di un'evidenza nota sin da F. Antolisei, *Reato composto*, cit., 68; L. Conti, voce *Concorso apparente*, cit., 1017. V. anche A. Tesauro, *Istituzioni di diritto e di procedura penale*, Napoli 1964, 171; D. Pulitanò, *Diritto penale*[9], cit., 399; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 733 (con riferimento però solo all'ipotesi del reato complesso in senso lato); T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 477. In giurisprudenza la riconducibilità del reato complesso alla specialità è costantemente riconosciuta: v. *ex multis* Cass. S.U. 23.2.2017, n. 20664; Cass. 16.11.2004, n. 50155.
[84] Così già F. Antolisei, *Reato composto*, cit., 68 s.; U. Pioletti, *Manuale*, cit., 83; F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 537; M. Boscarelli, *Compendio di diritto penale*, cit., 139 s.; B. Romano, *Il rapporto tra norme penali*, cit., 237; D. Pulitanò, *Diritto penale*[9], cit., 399; G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., 590.

Ora, tali disposizioni sono l'art. 131 Cp, che dispone la procedibilità d'ufficio per il reato complesso se essa è prevista per «taluno dei reati, che ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti» [85]; l'art. 301, comma 3, Cp, che prevede la possibilità di "sciogliere" il reato complesso se uno dei reati componenti rientra tra quelli previsti dagli artt. 276, 277, 278, 295, 296, 297 e 298 Cp[86] (che tipizzano offese rivolte contro un Capo di Stato, nazionale o estero), imponendo l'applicazione della disciplina sul concorso di reati (con l'aggiunta di un'aggravante a effetto speciale per i reati summenzionati); e l'art. 170 Cp, secondo il quale «la causa estintiva di un reato, che è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso, non si estende al reato complesso».
Ebbene, se il reato complesso che l'art. 84 Cp definisce e cui tali disposizioni si riferiscono fosse da intendersi in un senso sovrapponibile a quello della specialità, tali disposizioni risulterebbero in realtà prive di reale contenuto precettivo[87]. Infatti, l'art. 131 Cp sarebbe inutile, perché la procedibilità d'ufficio vale già come regola generale, mentre quella a querela deve essere espressamente prevista[88]. Pertanto, se per la fattispecie complessa non fosse espressamente prevista la procedibilità a querela, quella d'ufficio sarebbe già l'opzione *standard*, senza il bisogno di una norma che lo specificasse, anche nel caso in cui uno dei reati componenti fosse procedibile a querela, perché tale indicazione varrebbe solo, appunto, per quel reato componente. Né si potrebbe ricavare dall'art. 131 Cp, *a contrario*, che ove i più reati componenti siano tutti procedibili a querela, quello complesso lo sia ugualmente: il reato complesso è infatti un reato autonomo per il quale valgono le normali regole che valgono per gli altri reati, cioè la procedibilità d'ufficio salvo contraria indicazione. Ed infatti, nessuno dubita che, nonostante il furto semplice (art. 624 Cp) e la violazione di domicilio (art. 614 Cp) siano punibili a querela della persona offesa, il furto in abitazione (art. 624-*bis* Cp) sia procedibile d'ufficio, non contenendo tal fattispecie alcuna indicazione specifica. Se poi per il reato complesso fosse espressamente prevista la procedibilità a querela, ma fosse composto da una fattispecie procedibile d'ufficio, il disposto dell'art. 131 Cp determinerebbe addirittura l'insorgenza di un'antinomia.
Allo stesso modo, riguardo all'art. 170 Cp, la non estinzione del reato complesso in presenza di una causa estintiva che si riferisce solo a un reato componente e non anche a esso sarebbe comunque ovvia anche senza quella disposizione [89], così come la presenza di una causa di estinzione valida per il solo reato generale non pregiudicherebbe l'applicabilità di quello speciale .
Dall'art. 301 Cp, che disciplina il concorso di reati nel contesto dei delitti contro la personalità dello Stato, si ricavano infine argomenti ancor più decisivi contro una lettura del reato complesso come mera ripetizione della specialità. Il comma 3 di tale disposizione contempla infatti l'ipotesi in cui una delle offese alla vita, all'incolumità, alla libertà o all'onore contro il Presidente della Repubblica o un

[85] Cfr. F. Antolisei, *Manuale*[2], cit., 279; S. Ranieri, *Il reato complesso*, cit., 20; G. Battaglini, *Diritto penale. Parte generale*[2], cit., 341.
[86] L'art. 301 Cp rinvia ancora agli artt. 297 e 298 Cp che sono stati però abrogati dalla l. n. 205/1999.
[87] *Contra*, con riferimento – oltre alle disposizioni di seguito analizzate nel testo – anche all'ipotesi prevista dal comma 2 dell'art. 84 Cp («Qualora la legge, nella determinazione della pena per il reato complesso, si riferisca alle pene stabilite per i singoli reati che lo costituiscono, non possono essere superati i limiti massimi indicati negli articoli 78 e 79»), A. Vallini, *Lo* stalking *finito in tragedia*, cit., 1220 (spec. nota 11). Interpretando il reato complesso in senso astratto-formale, tale disposizione descriverebbe però un'ipotesi non solo inesistente nella legislazione penale (non esistono né sono mai esistiti reati complessi la cui pena non sia autonomamente prevista), ma che sembrerebbe contraddire il senso stesso del reato complesso: non servirebbe a nulla, infatti, prevedere una fattispecie complessa composta dall'insieme di altre due fattispecie, se poi si imponesse di applicare in concorso le pene di tali fattispecie componenti. L'interpretazione proposta nel testo permetterebbe invece di dare un senso – certo, non rivoluzionario – anche al comma 2 dell'art. 84 Cp. Tale disposizione contemplerebbe le ipotesi di reato complesso circostanziato, in cui un reato integra la circostanza di un altro reato, la quale prevede un aumento *riferito* alla pena del reato base: in tal caso, quale limite massimo all'aumento varrebbero dunque le regole degli artt. 78 e 79 in luogo di quella – leggermente diversa e meno esaustiva – prevista dall'art. 64, comma 2, Cp.
[88] In questo senso v. già M. Boscarelli, *Compendio di diritto penale*, cit., 139 s.
[89] Così, ancora, M. Boscarelli, *Compendio di diritto penale*, cit., 139.

Capo di Stato estero descritta dai reati indicati al comma 1 è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso: in tal caso, l'art. 301, comma 3, Cp stabilisce lo "scioglimento" della fattispecie complessa e l'applicazione della disciplina sul concorso di reati. Tuttavia, se il reato complesso fosse davvero da intendersi come una fattispecie che contiene già in astratto una o più fattispecie diverse, ciò significa che il comma 3 dell'art. 301 Cp predicherebbe la scissione di una fattispecie che dovrebbe contenere come elemento costitutivo o circostanza aggravante l'intera fattispecie – soggetto passivo specifico compreso – di uno dei delitti contro la personalità dello Stato in parola (come potrebbe essere, ad esempio, il reato di "diffamazione del Presidente della Repubblica" o di "omicidio di un Capo di Stato estero"). Simili fattispecie complesse, tuttavia, non esistono nella legislazione penale, né esistevano al momento della scrittura dell'art. 301 Cp Inoltre, ogni volta che una di esse fosse integrata, sarebbe per definizione integrata anche una di quelle fattispecie summenzionate, e scatterebbe quindi la regola dell'art. 301, comma 3, Cp, che predica l'applicazione della disciplina sul concorso di reati: ciò significa che la fattispecie complessa menzionata da tale disposizione non sarebbe mai applicabile.

Piuttosto, allora, sembra preferibile una diversa interpretazione, volta a restituire un senso proprio a tutte le disposizioni sinora menzionate, incluso l'art. 84 Cp Si tratta, come anticipato, di una diversa lettura del reato complesso, peraltro già proposta in dottrina[90], secondo la quale l'art. 84 Cp disciplinerebbe l'ipotesi in cui una fattispecie contiene interamente l'altra non "necessariamente" ma "eventualmente", cioè solo in alcune sue forme di manifestazione concrete.

Spostando l'analisi sul piano del fatto concreto, si dischiude in effetti un piano di ragionamento diverso ma anche affine a quello della specialità in astratto: un contenimento non formale, tra disposizioni astratte, ma tra i fatti storici. In via di prima approssimazione, tale contenimento si avrebbe ogni volta che una fattispecie, pur non formalmente richiamata dall'altra, sia integrata attraverso un fatto che corrisponde interamente a una parte del fatto che integra l'altra. Ad esempio, tra truffa (art. 640 Cp) e uso di un atto falso (art. 489 Cp) non c'è specialità, dato che la truffa può essere commessa senza utilizzare atti falsi e il falso può essere utilizzato per scopi diversi da una truffa; ma se l'artifizio che integra la truffa consiste proprio nell'uso di quel falso, il fatto rilevante *ex* art. 489 Cp risulta interamente corrispondente a una parte del fatto rilevante *ex* art. 640 Cp.

A breve si tenterà di chiarire a quali condizioni questo contenimento fattuale possa ritenersi idoneo a costituire il reato eventualmente complesso. Per il momento, basti osservare che tale operazione permetterebbe di conferire all'art. 84 Cp un significato proprio, inserendo nell'ordinamento un'ipotesi generale di concorso apparente diversa e ulteriore rispetto alla specialità. Inoltre, anche le disposizioni sopra esaminate che si riferiscono direttamente al reato complesso acquisterebbero un senso realmente precettivo.

Infatti, in primo luogo, una volta rotti i rigidi schemi della specialità in astratto, la disposizione di cui al comma 3 dell'art. 301 Cp potrebbe applicarsi in tutte quelle ipotesi in cui l'agente abbia realizzato un fatto che integra sia uno dei reati contro la personalità dello Stato menzionati da tale disposizione sia un altro reato, ma nessuno dei due contenga l'altro come elemento necessario già in astratto. Sarebbe il caso, ad esempio, della rapina ai danni di un Capo di Stato estero[91]: la fattispecie di cui

[90] La figura è sorta dall'argomentazione per cui la violenza sufficiente per integrare alcune fattispecie che la richiedono non sempre è anche sufficiente da integrare la violenza privata di cui all'art. 610 Cp e pertanto, se non si accoglie la figura "eventuale", tale fattispecie non potrebbe essere assorbita in quella complessa: cfr. G. Neppi Modona, *Sulla posizione della «violenza»*, cit., 530 ss.; G. Vassalli, voce *Reato complesso*, cit., 829 ss. Il reato "eventualmente" complesso è ammesso da F. Antolisei, *Reato composto*, cit., 72; F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 297 e 529; S. Prosdocimi, voce *Reato complesso*, cit., 213 ss.; M. Romano, *Commentario*, cit., 794; G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., 591 s. Tra gli Autori che invece rifiutano la figura: S. Ranieri, *Il reato complesso*, cit., 30; R. Pannain, *Manuale*[4], cit., 688; G. De Francesco, *Lex specialis*, cit., 84 ss.; T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 476 s.; A. Vallini, *Concorso di norme*, cit., 295 ss.; B. Romano, *Il rapporto tra norme penali*, cit., 239 ss.

[91] F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 520 e 678.

all'art. 296 Cp (offesa alla libertà dei Capi di Stati Esteri) non è evidentemente un elemento costitutivo o una circostanza aggravante della rapina (art. 628 Cp), non essendo necessario, perché quest'ultima si configuri, che la vittima possieda la qualifica richiesta dalla prima disposizione (né sussistendo specifiche circostanze aggravanti che contemplino simile ipotesi). Se dunque la fattispecie di cui all'art. 628 Cp non contiene al proprio interno la fattispecie di offesa alla libertà di un Capo di Stato estero (art. 296 Cp), essa può però certamente essere realizzata arrecando anche tale offesa. Ora, ciò significa che l'art. 84 Cp, inteso nel senso di cui sopra, determinerebbe di per sé la sola applicabilità della fattispecie *eventualmente* complessa, cioè la rapina; e che l'art. 301, comma 3, Cp conterrebbe una deroga all'art. 84 Cp, imponendo un concorso effettivo tra i due reati, evitando dunque che la fattispecie eventualmente "componente" resti inapplicata. Sia l'art. 84 che l'art. 301, comma 3, Cp, acquisterebbero così un senso preciso ed effettivamente precettivo.
Allo stesso modo, non ridondante risulterebbe l'art. 131 Cp, che, come detto, impone la procedibilità d'ufficio per il reato complesso se così è previsto per una delle fattispecie componenti. Se riferita al reato eventualmente complesso, ove manca un'apposita fattispecie positiva cui ricollegare la procedibilità *standard*, cioè quella d'ufficio, e quindi la procedibilità non può che essere tratta dalle fattispecie componenti, tale disposizione potrebbe avere piena utilità: essa servirebbe a indicare che, se la fattispecie eventualmente contenente l'altra è procedibile a querela, ma quella eventualmente contenuta è procedibile d'ufficio, nonostante – per effetto dell'art. 84 Cp – si debba applicare solo la prima, la procedibilità sarà d'ufficio. Si pensi alla diffamazione ai danni del Presidente della Repubblica, integrante sia la fattispecie di cui all'art. 595 Cp che quella di cui all'art. 278 Cp. Il primo reato è procedibile a querela, il secondo d'ufficio, e l'art. 84 Cp – immaginando, a scopo esemplificativo, che non esistesse l'art. 301, comma 3, Cp – determinerebbe l'applicabilità soltanto del primo: l'art. 131 Cp avrebbe così lo scopo di imporre una procedibilità d'ufficio altrimenti non prevista. Solo l'art. 170, comma 2, Cp manterrebbe inalterata la sua funzione meramente "dichiarativa" del fatto che una causa di estinzione della pena riguardante il reato componente non si estende anche al reato complesso, conclusione di per sé già ovvia e non inficiata dalla tesi qui proposta.

3.2. Sennonché, ammessa in linea di principio una figura di concorso apparente legata a un rapporto di continenza fattuale, emergono due problemi, che sinora ne hanno osteggiato l'accoglimento. Anzitutto, a differenza della specialità, che opererebbe sul piano logico-formale, il reato eventualmente complesso opererebbe su un piano non consono alla questione che mira a risolvere, in quanto farebbe dipendere una questione appunto formale come l'ambito di applicazione di una norma penale da un elemento contingente legato alle particolarità del caso concreto[92]. Inoltre, il rapporto di continenza fattuale, se fondato su un esame diretto dei fatti materiali, risulterebbe sganciato da sicuri parametri: al contrario del contenimento formale, che può contare sui sicuri confini delle fattispecie astratte, la definizione del contenimento fattuale sarebbe rimessa all'arbitrio dell'interprete [93]. D'altra parte, se si tentasse di impostare la questione utilizzando come parametro di selezione dei fatti materiali rilevanti le singole fattispecie, il problema sarebbe nuovamente riportato sul piano astratto,

[92] Si tratta, sostanzialmente, delle critiche da sempre mosse contro la teoria della specialità in concreto: v., per tutti, G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale*, cit., 724 s.
[93] Cfr. in questo senso G. De Francesco, *Lex specialis*, cit., 40 s.; A. Vallini, *Concorso di norme*, cit., 295 s.; Id., *Giusti principi*, cit., 849 s. Nella giurisprudenza di legittimità cfr., da ultimo, Cass. S.U. 15.7.2021, n. 38402, § 4.4; e Cass. 29.3.2019, n. 19840, in *CP* 2020, fasc. 2, 637 ss. con nota di M. Cappitelli, *In tema di riciclaggio e di reato complesso*, 639 ss.

sul quale o si finisce con l'ammettere il contenimento soltanto nel caso della specialità unilaterale[94] oppure si deve necessariamente ricorrere ai criteri "strutturali"[95].
La tesi qui proposta è un tentativo di superamento di tali obiezioni. In breve, da un lato sembra possibile affermare che nemmeno la specialità opera soltanto sul piano astratto, richiedendo comunque l'unità del fatto materiale; dall'altro, pare prospettabile una strada per superare l'*impasse* di cui si è detto, lo stallo cioè tra un criterio o troppo indeterminato e intuizionistico o coincidente con il confronto delle disposizioni astratte.
Lasciando per il momento in sospeso il secondo problema, in relazione al primo può rilevarsi che la pretesa differenza ontologica tra un criterio basato sul rapporto di specialità tra fattispecie astratte e un criterio basato sull'unità del fatto concreto sembrerebbe potersi ridimensionare: anche per applicare il criterio della specialità, infatti, è sempre necessario il medesimo giudizio di unità del fatto materiale che sottostà al reato eventualmente complesso.
Come si è in altra sede tentato di dimostrare, in effetti, ogni criterio che pretenda di risolvere l'alternativa tra *unità o pluralità di reati* nel concorso eterogeneo, di risolvere cioè l'alternativa tra concorso apparente e concorso effettivo di norme penali eterogenee, deve essere preceduto, se si vuole passare dal piano della mera speculazione a quello dell'applicazione a un caso specifico, da una previa *selezione del fatto storico-concreto* rilevante[96]. Questa selezione, naturalmente, è condotta anzitutto sussumendo il fatto storico nella singola norma incriminatrice, operazione che la specialità può dare per scontata senza perdere la sua natura logico-formale di criterio *in abstracto*; tuttavia, si tratta di un'operazione ancora non sufficiente per il corretto funzionamento della specialità stessa: come dimostra l'art. 81, comma 1, Cp[97], infatti, sono necessari criteri selettivi ulteriori.
In primo luogo, prevedendo l'ipotesi in cui da «una sola azione od omissione» derivino più reati omogenei, tale disposizione rivela che dopo la sussunzione del fatto nella singola norma incriminatrice si rendono necessari anche ulteriori criteri volti a stabilire quante azioni (od omissioni) tipiche ai sensi della medesima fattispecie sono state realizzate: se sono più d'una, salvo casi particolari[98], saranno più anche i reati omogenei imputabili all'agente, e dunque il rapporto di specialità con un altro reato potrebbe instaurarsi solo con uno di essi. Rispetto, ad esempio, alla realizzazione di più eventi di omicidio, il mero riferimento alla norma incriminatrice non può aiutare

[94] Per questo non sembra soddisfacente la soluzione proposta dalla Corte costituzionale nella nota vicenda Eternit, secondo cui i fatti materiali dovrebbero essere appunto selezionati con il "filtro" dagli elementi costitutivi delle fattispecie (v. *supra*, nota 22). In tal modo, infatti, si finisce col ripristinare un confronto tra norme astratte, come dimostrato dalle successive sentenze della Cassazione, che hanno tentato di fare applicazione dei principi espressi dal giudice delle leggi: cfr. ad es. Cass. 13.1.2022, n. 15630, in cui il fatto integrante il reato di bancarotta fraudolenta impropria (art. 216 l. fall.) e quello integrante il reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti (art. 8 d.lgs. n. 74/2000) sono ritenuti diversi in ragione del fatto che «il primo fatto è caratterizzato dall'essere reato di danno, caratterizzato dall'avere cagionato o contribuito a cagionare il fallimento della società, e a dolo specifico, elementi non presenti nel primo fatto, che è reato di condotta caratterizzato dal dolo preterintenzionale».
[95] Ed infatti, secondo Ferrando Mantovani il reato eventualmente complesso dovrebbe coprire i casi di coincidenza tra fattispecie ed elemento particolare e quelli di coincidenza tra sottofattispecie ed elemento particolare (cfr. F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, cit., 529): il primo caso riguarda le ipotesi di specialità reciproca in cui entrambe le fattispecie sono speciali per specificazione e una sola anche per aggiunta; il secondo comprende le ipotesi in cui una sola fattispecie è speciale per specificazione mentre solo l'altra lo è per aggiunta. Anche nella rielaborazione di Giovannangelo De Francesco, che non riconosce cittadinanza a tale figura (cfr. G. De Francesco, *Lex specialis*, cit., 81 ss.), è comunque affermato il concorso apparente in tutte tali ipotesi. Rileva l'assenza di autonomia logica del "fatto concreto", se definito in virtù delle norme incriminatrici, A. Vallini, *Giusti principi*, cit., 849 s.
[96] Si tratta di una conclusione ampiamente argomentata nel già citato studio L. Bin, *Unità e pluralità*, cit., 6 ss.
[97] Dimostra ma non determina: il discorso non vale soltanto in ragione del fatto che l'art. 81, comma 1, Cp esiste, perché il problema della distinzione tra reato unico e pluralità di reati omogenei esisterebbe anche là dove per il concorso formale fosse previsto – come era sino al 1974 – il cumulo materiale.
[98] Salvo cioè che si tratti cioè di reati abituali o di durata: sul modo di atteggiarsi del reato eventualmente complesso rispetto a tali ipotesi si rinvia a L. Bin, *Unità e pluralità*, cit., 439 ss.

in alcun modo a stabilire se l'azione o l'omissione è una sola. La condotta astratta è descritta in termini causali rispetto all'evento e dunque non fornisce alcun appiglio per capire se in un caso concreto l'agente ha realizzato quella pluralità di eventi con una sola condotta o meno: se si valutasse il solo dato della causalità, ne discenderebbe che, essendo più gli eventi, più sono le azioni (od omissioni), e allora l'omicidio – e così qualsiasi reato di evento – non potrebbe mai dare luogo a un concorso formale, conclusione piuttosto ardua da giustificare al cospetto, appunto, dell'art. 81 Cp. Se invece si ammette – come impone l'art. 81 Cp – che possano essere realizzati più omicidi con una sola azione od omissione, allora la questione diventa rilevante anche per la specialità: solo se l'azione o l'omissione è una sola, infatti, si potrà dire che quel fatto di omicidio plurimo può essere, se del caso, riportato al reato di strage (art. 422 Cp), che sarebbe evidentemente speciale. Tutti gli omicidi realizzati invece con azioni od omissioni diverse, magari a distanza di giorni o di anni, darebbero vita a fatti diversi che non potrebbero entrare nel giudizio circa l'esistenza di un rapporto di specialità.
Il fatto che il concetto di «una sola azione od omissione» sia riferibile anche al concorso eterogeneo rende poi necessario un ulteriore passaggio selettivo. Se rispetto al singolo titolo di reato è sempre necessario verificare se esso è stato concretamente realizzato attraverso una sola *azione unica* o più azioni distinte, quando sono ravvisabili più reati diversi, le singole azioni tipiche di ciascun reato, già valutate in termini di *unicità*, devono essere raffrontate l'una con l'altra per stabilire se tali reati sono stati commessi con *azioni identiche*. Ad esempio, se Tizio investe Caio e Sempronio, cagionando a entrambi lesioni personali (art. 582 Cp), il giudizio sulla «sola azione od omissione» dovrà svolgersi in termini di *unicità*; se a Caio sono prodotte lesioni (art. 582 Cp), mentre Sempronio perde la vita (art. 575 Cp), quel giudizio dovrà invece svolgersi prima in termini di *unicità* rispetto ai singoli reati e poi in termini di *identità*.
Il concetto di «sola azione od omissione» di cui all'art. 81 Cp si presta dunque ad una duplice definizione, in termini di *unicità* ed in termini di *identità*, e il concorso formale eterogeneo esige entrambi questi giudizi. Ma se la specialità si differenzia dal concorso formale eterogeneo solo per un rapporto di *genus ad speciem* tra le fattispecie astratte, allora quei criteri ulteriori che presiedono all'individuazione dell'unità dell'azione o dell'omissione sia in termini di *unicità* che, poi, di *identità*, e che contribuiscono alla delimitazione del fatto storico-concreto che integra il singolo reato, sono comuni anche alla specialità. Anche la specialità richiede quindi una previa selezione dei fatti storico-concreti rilevanti secondo criteri ulteriori rispetto alla mera sussunzione sotto le fattispecie incriminatrici: anch'essa presuppone cioè che i fatti materiali che integrano i singoli reati, rispetto ai quali si deve valutare se il concorso è apparente, siano stati precisamente delimitati, con appositi criteri a d'uopo congegnati.
Questo aspetto, in effetti, è stato spesso trascurato dalla dottrina, ma quasi mai davvero obliterato: altrimenti, del resto, i risultati sarebbero aberranti[99]. E infatti, è frequentissimo – anche nella dottrina "strutturale"[100] – quantomeno un breve e fugace richiamo alla necessaria contestualità spazio-

[99] Emblematico l'esempio dell'impostazione cristallizzata da P.J.L. Feuerbach, *Lehrbuch*, cit., § 151 ss., secondo il quale l'unità di tempo era ininfluente per l'applicazione della disciplina del *fortgesetztes Verbrechen*, che comportava l'applicazione della sola pena più grave nel caso in cui l'agente avesse realizzato più azioni omogenee nei confronti dello stesso oggetto materiale o dello stesso soggetto passivo. In assenza del parametro temporale, infatti, veniva meno anche quel rudimentale criterio di selezione dei fatti storici rilevanti, con la conseguenza che si sarebbe dovuta ritenere applicabile una sola pena anche a chi avesse commesso più violenze sessuali nei confronti della medesima persona (così E. Henke, *Beyträge zur Criminalgesetzgebung*, Regensburg 1813, 219; ma ulteriori esempi critici furono proposti anche da un illustre allievo di Feuerbach: cfr. C. Mittermaier, *Über den Unterschied zwischen fortgesetzten und wiederholten Verbrechen*, in *Neues Archiv des Criminalsrecht*, 1818, 238 ss.).
[100] V. infatti il riferimento espresso alla contestualità temporale (in tema però di progressione criminosa) in F. Mantovani, *Concorso e conflitto*, 584. Più ampia la trattazione di R.A. Frosali, *Concorso di norme*, cit., 478 e soprattutto 701 ss. Per un interessante e complesso caso risolto con metodo strutturale, ma dopo un'accurata selezione dei fatti materiali rilevanti, v. A. Vallini, *Un caso complesso di ''ragion fattasi''*, cit., 182 ss.

temporale dei fatti materiali[101], talvolta accompagnata dal riferimento all'unità del fine[102]: criteri certamente imprecisi e privi di sicuri parametri di giudizio, ma evidentemente diretti proprio a delimitare l'area dei fatti materiali, *dopo* che quei fatti siano stati sussunti in una fattispecie incriminatrice, ma *prima* di applicare ad essi i criteri del concorso apparente. Una volta riconosciuto come necessario e ineliminabile questo giudizio che fa dipendere l'applicazione della specialità dal fatto concreto, la primazia dei criteri logico-formali sembra allora meno vigorosa: di fronte a un caso concreto, nemmeno la specialità funziona realmente solo su tale piano, anch'essa presuppone il ricorso a criteri volti a ritagliare l'unità del fatto materiale.

Esemplificando, è vero che, per via della configurazione astratta delle fattispecie, possiamo concludere che tutte le volte in cui è realizzato un sequestro di persona è realizzata anche una violenza privata, ma non viceversa. Tuttavia, si tratta di un discorso puramente speculativo. L'applicazione al caso concreto richiede invece, per verificare se si possa applicare il criterio della specialità, che sia accertato che "*quella* violenza privata" sia stata realizzata nell'ambito di "*quel* sequestro di persona": nessun rapporto di specialità potrebbe instaurarsi tra il sequestro ai danni di Tizio e la violenza commessa sempre dal medesimo agente e sempre ai danni Tizio, ma un giorno, un'ora o qualche minuto dopo che sia cessato il sequestro. Colui che, appena dopo aver liberato l'ostaggio, gli impedisce di contattare la polizia, commette una violenza privata che non potrebbe ritenersi speciale rispetto al sequestro, perché, dal punto di vista materiale, quel segmento non fa più parte del medesimo fatto materiale inquadrabile nel sequestro. Lo stesso vale per il furto e la violenza privata, che sono elementi necessari, già in astratto, della rapina: ciò non elimina la necessità di accertare che "*quella* violenza privata" e "*quel* furto" che si contestano siano gli stessi che si contestano anche nella rapina e non una violenza o una minaccia commesse magari nello stesso giorno e ai danni della medesima persona, ma in un fatto materialmente distinto. La tecnica della sottrazione (non esistono sequestri senza violenze private, non esistono rapine senza furti, ma non viceversa) in cui si sostanzia il criterio di specialità determina l'applicazione di una sola norma incriminatrice, ma solo rispetto a quei fatti materiali che siano oggetto sia della norma generale che di quella speciale, i quali devono già essere stati sottoposti a un criterio (normativo) volto a delimitarli e decretarne l'unità.

Pertanto, a livello speculativo si potrà anche dire che ogni sequestro di persona è anche una violenza privata, che ogni rapina è sempre anche un furto, e che ciò non vale per l'uso di atto falso e la truffa. Ma se si guarda al funzionamento concreto della specialità, anch'essa presuppone una previa selezione del fatto materiale attraverso criteri diversi dalla sussunzione sotto le norme incriminatrici, e pertanto non è affatto dissimile dal reato eventualmente complesso. Un sequestro è *speciale* rispetto a una violenza privata *se quest'ultima riguarda lo stesso fatto del primo*, così come una rapina è *speciale* rispetto a una violenza privata e a un furto *se queste ultime riguardano il medesimo fatto della prima*. Allo stesso modo, una truffa *contiene* un uso di atto falso *se si tratta del medesimo fatto*. In entrambi i casi, dunque, è sempre necessaria una previa delimitazione del fatto materiale, rispetto al quale si potranno poi astrarre pre-giudizi replicabili: *se il fatto materiale è unitario*, il concorso tra *quei due* reati è apparente, si tratti di specialità o di reato eventualmente complesso.

---

[101] Tra gli Autori più recenti che ritengono necessaria la contestualità spazio-temporale cfr., G. Cocco, *Unità e pluralità di reati*, in *Manuale di diritto penale. Parte generale – I, 2*, a cura di G. Cocco, Padova 2012, 50; Id., *Reato istantaneo*, cit., 376; G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., 602; L. Masera, voce *Concorso di norme*, cit., 1168. Per alcune applicazioni in giurisprudenza v. Cass. 2.7.2013, n. 41167 e Cass. 15.6.2012, n. 24541, in tema di estorsione; Cass. 16.10.2014, n. 2542 e Cass. 22.1.2003, n. 9952, in tema di rapina.

[102] Tra coloro che aggiungono il requisito dell'unità del fine, recentemente, M. Romano, *Commentario*, cit., 726 s.; A. Cadoppi-P. Veneziani, *Elementi di diritto penale*, cit., 518; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 703; D. Pulitanò, *Diritto penale*[9], cit., 397. Ulteriori riferimenti in A. Aimi, *Le fattispecie di durata. Contributo alla teoria dell'unità o pluralità di reato*[2], Torino 2020, 251 ss.

Non è qui possibile spingersi oltre nell'analisi di tali criteri ulteriori di selezione del fatto storico-concreto[103]. Basti rilevare che se essi concorrono a delineare il presupposto comune – cioè il fatto storico-concreto rilevante per il singolo reato – tanto al concorso formale quanto alla specialità, allora potrebbe essere legittimo proporre un criterio come quello del reato eventualmente complesso, che parimenti se ne serva, e che si differenzia della specialità solo perché questa richiede che siano in rapporto di continenza non solo i fatti materiali ma anche le fattispecie incriminatrici astratte. In entrambi i casi, infatti, la soluzione del concorso di norme dipende comunque dalla previa selezione del fatto storico-concreto, e in entrambi i casi è possibile sapere già in anticipo se e quando tra due reati il concorso può essere apparente.

3.3. Non rimane che soffermarsi sulla struttura del reato eventualmente complesso, che tentare di determinare le condizioni di applicazione dell'art. 84 Cp, tali da rendere solo apparente un concorso di norme, in modo comunque prevedibile e replicabile.
A livello metodologico, anzitutto, l'unico indizio che ci fornisce l'art. 84 Cp, nel momento in cui stabilisce l'applicabilità di una sola fattispecie senza però precisare quale, è che il reato eventualmente complesso deve essere costruito in un senso in cui la norma prevalente sia già di per sé palese dal modo in cui la figura è costituita, senza cioè dover ricorrere ad ulteriori criteri selettivi (ad es. quello della norma punita più gravemente). Ciò premesso, si è già detto che la plausibilità di tale figura richiede una terza via tra una valutazione priva di parametri normativi e un giudizio sostanzialmente ricondotto ai rapporti tra fattispecie astratte.
Tale terza via potrebbe individuarsi in una valutazione che presupponga già compiuto il giudizio di tipicità dei fatti rilevanti per i singoli reati, comprensivo dei criteri di selezione del fatto storico-concreto (quelli volti ad accertare l'*unicità* delle singole azioni od omissioni e poi la loro *identità*), e che valuti poi successivamente quei fatti, in termini di continenza, depurandoli dal loro inquadramento giuridico, a prescindere cioè da come sono configurate le fattispecie astratte, mantenendo intatta solo la loro materialità fattuale.
In questo senso, la continenza fattuale dipenderebbe in primo luogo dal rapporto tra gli atti materiali posti in essere, cioè dalle azioni od omissioni concrete, in quanto si tratta di elementi sempre indefettibili (se non fossero previsti altri elementi di fatto, il rapporto di continenza dovrebbe dunque potersi giocare già su questo piano); e in secondo luogo dagli ulteriori eventuali elementi che arricchiscono il fatto di ciascun reato.
Come le azioni (od omissioni) possono essere integrate da atti storico-concreti del tutto coincidenti, o gli uni ricompresi negli altri, oppure interferenti, cioè comuni solo in parte, gli stessi tre rapporti possono instaurarsi tra gli interi fatti storico-concreti che integrano i reati. Se (gli atti materiali che integrano) le azioni sono interferenti, naturalmente, non può sussistere quel rapporto di contenimento fattuale in grado di sostenere la figura del reato eventualmente complesso. Ad esempio, il porto abusivo d'armi (art. 699 Cp) può essere realizzato con azione *identica* a quella di una rapina, se il rapinatore si serve dell'arma quale mezzo minaccioso, cosicché l'atto di porto d'arma diviene in parte indistinguibile dall'atto che concretizza il rischio tipico della rapina. Tuttavia, la sovrapposizione degli atti materiali potrebbe essere solo parziale, perché il porto illegale potrebbe essere (e di norma è) integrato anche da atti precedenti alla rapina, mentre la rapina potrebbe essere (e di norma è) integrata da ulteriori atti, di sottrazione e impossessamento, di per sé non rilevanti per il porto d'armi. Pertanto, potrebbe non verificarsi alcun rapporto di continenza tra le azioni, pur *identiche* ai sensi dell'art. 81 Cp.
Se invece gli atti materiali che compongono le azioni *identiche* dei due reati sono del tutto coincidenti o gli uni compresi negli altri, la continenza tra i fatti interamente considerati sarebbe possibile, ma dipenderebbe comunque dagli elementi fattuali ulteriori necessari affinché siano integrati i due reati.

[103] V., *funditus*, L. Bin, *Unità e pluralità*, cit., 298 ss. e 372 ss.

Trattandosi di un rapporto tra *fatti*, è chiaro però che non potrebbero rilevare le mere differenze tra le fattispecie astratte. Ad esempio, se una delle due fattispecie specifica quale sia l'oggetto materiale su cui si deve riverberare la condotta, mentre l'altra no, questo potrebbe forse rilevare sul piano della specialità in astratto, ma non sul piano del reato eventualmente complesso. Piuttosto, gli elementi fattuali materialmente realizzati, dopo essere stati selezionati secondo il filtro delle norme incriminatrici, dovrebbero essere qui considerati senza vincoli legati al loro inquadramento giuridico, sciolti dal giogo normativo, confrontati nella loro pura materialità. In tal modo, rileveranno per il confronto solo gli atti, gli eventi e i fini storicamente verificatisi in quanto tali, nella loro materialità. Semplificando, è possibile tradurre il rapporto di continenza tra fatti materiali direttamente in un *test*, affinché la sua complessa definizione concettuale non ne pregiudichi una lineare applicazione pratica: *il fatto concreto che integra un reato può dirsi continente rispetto al fatto concreto che integra un altro reato se provando il primo si prova automaticamente anche il secondo, senza che residuino ulteriori accertamenti di fatto da compiere, ma non viceversa.* Ad esempio, se non si può provare *quella* truffa, che è stata eseguita mediante l'utilizzo di un atto falso, senza provare che l'agente abbia utilizzato un documento che era effettivamente falso – perché se il documento non fosse falso, non si potrebbe dire che è stato impiegato un artifizio, mentre provare che l'agente abbia materialmente concorso alla falsificazione non sarebbe indispensabile per provare la truffa – allora siamo di fronte a un reato eventualmente complesso, in cui l'uso dell'atto falso è realizzato mediante una azione *identica* a quella della truffa, e tra i fatti (oltre che tra quelle azioni) sussiste un rapporto di continenza. Ancora, se durante la realizzazione di un fatto di maltrattamenti (art. 572 Cp) sono realizzate – con azione *identica* – delle percosse, e gli atti materiali di percosse sono interamente ricompresi in quelli di maltrattamenti, anche il fatto di percosse interamente considerato è ricompreso in quello di maltrattamenti, perché l'art. 581 Cp. non è integrato da elementi fattuali ulteriori che non sono al contempo integranti il fatto di maltrattamenti, il quale richiede però anche componenti fattuali ulteriori [104]. Se invece sono prodotte delle lesioni personali (art. 582 Cp), è realizzato un fatto che richiede l'accertamento di un elemento ulteriore – la malattia nel corpo o nella mente, selezionata dall'evento tipico del reato di lesioni – che lo rende esorbitante rispetto al fatto che integra i maltrattamenti[105]. Nel caso infine di chi appicca un incendio (art. 423 Cp) volendo con ciò realizzare una strage (art. 422 Cp), le due azioni sono del tutto coincidenti e il fatto materiale che integra l'evento di incendio coincide, in concreto, esattamente con la componente fattuale che determina il pericolo per la pubblica incolumità richiesto dall'art. 422 Cp. Pertanto, il fatto che integra quest'ultimo reato potrà dirsi continente, perché richiede – a parte l'ipotesi in cui si verifica la morte di una o più persone – quantomeno un dolo specifico, cioè una componente fattuale ulteriore in grado di instaurare quel rapporto di continenza che rende applicabile l'art. 84 Cp[106]. Ed infatti, in tal caso, provando la commissione del reato di strage si dovrà necessariamente passare per la prova che sia stato commesso

[104] La non applicabilità delle percosse insieme ai maltrattamenti è un dato costante nella giurisprudenza di legittimità v., *ex multis*, Cass. 14.5.2010, n. 22790. Tutto ciò nonostante la violenza non sia un elemento espresso dei maltrattamenti: pertanto l'art. 581, comma 2, Cp – che esclude l'applicabilità delle percosse là dove la violenza sia «elemento costitutivo» di un altro reato – è già interpretato come un reato eventualmente complesso. Naturalmente, può darsi che ogni episodio di maltrattamenti consista in un fatto di percosse: ma si tratterebbe di fatti che, per le percosse, rileverebbero singolarmente; pertanto ognuno di essi sarebbe ricompreso in quello "complesso" di maltrattamenti.

[105] Cfr., *ex multis*, le già menzionate Cass. 12.10.2020, n. 34504; Cass. 22.1.2020, n. 14168.

[106] Per una conclusione sostanzialmente analoga, sebbene in termini diversi, v. A. Gargani, *Il danno qualificato dal pericolo*, Torino 2005, 330 s. Viene qui dunque rettificato quanto sostenuto in L. Bin, *Unità e pluralità*, cit., 451, nota 231, circa l'applicabilità in concorso del reato di incendio e di strage senza vittime. Infatti, il dolo specifico della strage è di offesa e dunque richiede una conformazione particolare e ulteriore del fatto: l'orientamento obiettivo della condotta verso un evento ulteriore. Con questa tipizzazione legale si esprime dunque un nesso di rischio, la cui concretizzazione non è richiesta dalla fattispecie, ma che (deve) incide(re) sulla conformazione materiale del fatto. Sul dolo specifico come tipizzazione di un nesso di rischio v. M. Donini, *Nesso di rischio*. *Il disvalore di azione-evento*, in *RIDPP* 2022, fasc. 1, 45 ss.

il reato di incendio, ma ciò non vale viceversa: provare la commissione del reato di incendio non permette ancora di ritenere provata la commissione del reato di strage, proprio perché mancano le valutazioni fattuali inerenti al dolo specifico.

4. La figura testé delineata permetterebbe, già *de iure condito*, di risolvere nel senso del concorso apparente diverse ipotesi per cui si è tradizionalmente ritenuto che dovesse essere applicata una sola fattispecie e per cui sono dunque stati pensati i vari criteri che si sono susseguiti nel tempo[107]. Una interessante applicazione può ad esempio intravvedersi nel rapporto tra il reato di disastro ambientale, previsto dall'art. 452-*quater* Cp, e il reato di incendio, sia nella forma comune prevista dall'art. 423, comma 1, Cp che nell'ipotesi boschiva prevista dall'art. 423-*bis* Cp.
Mentre il reato di incendio di cui all'art. 423 Cp si limita a descrivere una reato di evento a forma libera, in cui l'unica caratterizzazione è costituita proprio dalla particolarità dell'evento prodotto, senza che esso sia ulteriormente specificato, il reato di cui all'art. 423-*bis* Cp specifica ulteriormente l'evento, che deve riguardare «boschi, selve o foreste ovvero su vivai forestali destinati al rimboschimento», e inoltre, al comma 4, prevede una circostanza aggravante nell'ipotesi in cui «dall'incendio deriva un danno grave, esteso e persistente all'ambiente». D'altra parte, il concetto di «disastro ambientale», evento del reato di cui all'art. 452-*quater* Cp, è definito attraverso tre modalità alternative: «*1) l'alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema; 2) l'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali; 3) l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo*».
Quanto all'incendio comune, nessun dubbio sussiste sul fatto che non sia possibile invocare un rapporto di specialità unilaterale in astratto rispetto al disastro ambientale. Posto infatti che il delitto ambientale richiede, anche nell'ipotesi in cui il disastro dipende dalla rilevanza dell'offesa (n. 3), pur sempre l'alterazione quantomeno di una matrice ambientale[108], possono esistere fatti di incendio che non integrano anche il delitto ambientale (es. l'incendio di un capannone industriale), così come quest'ultimo può essere realizzato anche attraverso altre modalità (sversamento di sostanze tossiche, ecc.). Pertanto, qualora il disastro ambientale sia prodotto mediante un incendio, l'orientamento consolidatosi nella giurisprudenza delle Sezioni Unite dovrebbe portare a concludere che le due fattispecie siano applicabili in concorso formale, e non sia possibile invece, come accaduto in passato rispetto a incendio e disastro innominato[109], escludere il concorso sulla base dell'applicazione di un criterio valoriale, soluzione invece avanzata in dottrina[110].
Adottando l'approccio strutturale, bisognerebbe anzitutto stabilire se l'evento di incendio sia più specifico rispetto a quello del reato ambientale o non rappresenti invece un evento diverso: mentre gli eventi di cui ai nn. 1 e 2 parrebbero richiedere un *quid pluris* rispetto all'incendio, cioè l'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema, la particolare rilevanza dell'offesa alla pubblica

[107] Per alcuni esempi v. L. Bin, *Unità e pluralità*, cit., 451 ss.
[108] Cfr. L. Masera, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, in *www.penalecontemporaneo.it* 17.12.2015, 11; L. Ramacci, *Il "nuovo" disastro ambientale*, in *La legge sugli ecoreati due anni dopo*, a cura di C. Ruga Riva, Torino 2017, 49; P. Fimiani, *La tutela penale dell'ambiente*[4], Milano 2022, 163. Anche la giurisprudenza di legittimità è orientata in questo senso: cfr. ad es. Cass. 18.6.2018, n. 29901, in *www.penalecontemporaneo.it* 11.10.2018, con nota di E. Mazzanti, *Primi chiarimenti (e nuove questioni) in materia di disastro ambientale con offesa alla pubblica incolumità*. V. anche S. Rizzato, *Il nuovo delitto di disastro ambientale: un'importante sentenza in tema di rapporti tra l'art. 452-quater c.p. e 434 c.p.*, in *AP* 2019, fasc. 1, 307 ss.; M. Poggi D'Angelo, *Il doppio evento (danno/pericolo) nel nuovo delitto di disastro ambientale-sanitario*, in *CP* 2019, cit., 625 ss. (spec. 637 ss.); G. Ripa, *Disastro ambientale e pubblica incolumità: la Corte di Cassazione circoscrive il campo di applicazione della fattispecie*, in *Lexambiente* 2018, fasc. 4, 60 ss.
[109] V. infatti Cass. 24.1.2006, n. 7629.
[110] V. ad es. P. Fimiani, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 1083, che propone la consunzione tra l'incendio boschivo e la sola ipotesi n. 3 di disastro ambientale.

incolumità, tipizzata nel n. 3, parrebbe invece potersi leggere sia come specificazione (solo la presenza di una pericolosità qualificata integra la fattispecie ambientale) sia come aggiunta (la pericolosità per l'incolumità pubblica è espressa solo nella fattispecie ambientale). D'altro canto, il disastro ambientale richiede una condotta "abusiva", che sembrerebbe valutabile sia in termini di specificazione che di aggiunta. Si tratterebbe, dunque, di una specialità reciproca; ma, a seconda, di come si scioglie l'alternativa tra specificazione e aggiunta, potrebbe concludersi sia per il concorso apparente (con applicazione solo dei reati di incendio, solo del reato ambientale o con la necessità di tirare in ballo gli ulteriori criteri), sia per il concorso effettivo.

Utilizzando invece il criterio albergante nell'art. 84 Cp, la questione sembra trovare più agevole soluzione.

Se le azioni di incendio e di disastro ambientale sono *identiche*, ciò significa che è possibile – ma da valutare in concreto – che gli atti materiali mediante i quali è stato appiccato il fuoco siano proprio coincidenti con quelli mediante i quali è stato causato il disastro. In tal caso, gli ulteriori elementi del fatto potrebbero segnalare l'esistenza di un rapporto di continenza: se l'evento di incendio materialmente realizzato dall'agente è proprio quella componente fattuale che è anche la causa materiale dell'alterazione dell'ecosistema, quest'ultimo è pero un elemento di fatto ulteriore che integra solo la fattispecie di disastro ambientale. In tale ipotesi, infatti, sarebbe evidente che il fatto concreto che integra il disastro ambientale contiene in sé anche il fatto che integra il reato di incendio, perché non si può riferire quella porzione di fatto "finale" – l'alterazione dell'ecosistema – all'agente senza aver dimostrato che egli ha cagionato anche la porzione di fatto intermedia (cioè l'incendio) dal quale esso è scaturito. Né però si potrebbe dire che il fatto materiale selezionato dalla fattispecie di incendio copra interamente quello rilevante per il disastro: provato il disastro ambientale mediante incendio si prova anche l'incendio, provando l'incendio non si prova anche il disastro ambientale.

Quanto detto vale anche rispetto all'evento alternativo descritto dal n. 3 dell'art. 452-*quater* Cp, che aggancia l'*ubi consistam* del disastro alla rilevanza dell'offesa per la pubblica incolumità. Si è già detto che tale definizione non può escludere la necessità che la condotta attinga almeno una matrice ambientale: altrimenti, l'aggettivazione del termine «disastro» come «ambientale», espressamente prevista dalla disposizione, sarebbe priva di alcun rilievo selettivo, oltre che nominalistico. Resta da vedere se il disastro ambientale caratterizzato dalla rilevanza dell'offesa alla pubblica incolumità richieda un fatto storico-concreto capace di sovrapporsi e includere, *eventualmente*, un fatto-storico integrante un incendio.

A tal proposito, va anzitutto ribadito che, nonostante le apparenze, nessun dubbio deve aleggiare – né aleggia in seno alla giurisprudenza di legittimità[111] – sul fatto che si tratti di un reato di *evento di danno* nei confronti del bene ambiente, qualificato dal *pericolo* per l'incolumità pubblica[112]. Da un lato, infatti, la disposizione richiede che l'offesa alla pubblica incolumità si appalesi «in ragione della rilevanza del fatto», e l'unico fatto cui tale inciso può riferirsi non può che essere quello di disastro ambientale, menzionato nella prima parte dell'art. 452-*quater* Cp[113]: pertanto, una doverosa

[111] V. la già citata sentenza della Cassazione n. 29901/2018, in particolare i §§ 5 e 6.

[112] Ritengono invece che nella (sola) ipotesi di cui al n. 3 dell'art. 452-*quater* Cp si tratti di un reato di pericolo per l'ambiente M. Telesca, *La tutela penale dell'ambiente. I profili problematici della Legge n. 68/2015*[2], Torino 2021, 133; E. Napoletano, *Manuale di diritto penale ambientale*, Bologna 2021, 150. Sarebbe invece un reato di mera condotta, in quanto il pericolo di per sé non è un evento naturalistico, secondo A.H. Bell, A. Valsecchi, *Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, in *DPCRTrim* 2015, fasc. 2, 76 s.

[113] In questo senso L. Siracusa, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli* "ecodelitti", in *DPCRTrim* 2015, fasc. 2, 210 ss.; L. Masera, *I nuovi delitti*, cit., 11; G. Rotolo, *'Riconoscibilità' del precetto penale e modelli innovativi di tutela*, Torino 2018, 33, nota 96; C. Ruga Riva, *La nuova disciplina dei delitti ambientali*, in *Reati contro l'ambiente e il territorio*[2], a cura di M. Pelissero, Torino 2019, 105; Id., *Diritto penale dell'ambiente*[4], Torino 2021, 280 s.; A. Galanti, *I delitti contro l'ambiente*, Pisa 2021, 94 s.; E. Napoletano, *Manuale di diritto penale ambientale*, cit., 147; M. Poggi d'Angelo, *Il doppio evento (danno/pericolo)*, cit., 634 ss.; Id., *L'offesa scalare all'ambiente: contravvenzioni, eco-delitti, ecocidio. Spunti comparatistici con il nuovo reato di* mise en danger *ambientale*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 3.3.2023, 17. In termini

interpretazione tassativizzante deve portare a ritenere implicito un evento naturalistico di danno per l'ambiente. Dall'altro lato, benché il testo della disposizione faccia riferimento alla generica nozione di «offesa», inserire al suo interno, oltre al pericolo, anche il danno alla pubblica incolumità significherebbe equiparare dal punto di vista sanzionatorio due stadi offensivi che un'impostazione costituzionalmente orientata richiederebbe invece di differenziare[114].
Ora, è discusso se questa fattispecie alternativa di disastro ambientale costituisca un'ipotesi speciale di disastro innominato *ex* art. 434 Cp[115], oppure se si tratti di specialità bilaterale[116], o ancora se le due fattispecie siano in realtà incompatibili[117]: è questione di interpretazione che non è possibile qui approfondire, ma è chiaro che nelle prime due ipotesi il fatto storico-concreto dovrebbe essere del tutto identico. Quanto invece al rapporto con il reato di cui all'art. 423 Cp, l'evento materiale di incendio e quello di disastro non possono dirsi, da un punto di vista storico-fattuale, coincidenti: sono eventi fattualmente diversi, perché il fatto materiale dell'incendio non comporta di per sé l'alterazione dell'equilibrio di una matrice ambientale.
Tuttavia, l'evento materiale di incendio può a sua volta cagionare un evento materiale di alterazione dell'equilibrio di un ecosistema. Pertanto, se le azioni sono *identiche* e gli atti materiali che integrano i due reati sono coincidenti, il fatto concreto che rileva per il reato di incendio sarebbe del tutto coincidente con parte del fatto concreto che rileva per il delitto ambientale, il quale richiederebbe però anche accertamenti ulteriori: appunto, l'effettiva alterazione di una matrice ambientale. Si tratta, come si vede, di un fatto più ricco, che non sarebbe automaticamente accertato una volta accertato che l'agente ha realizzato il fatto di incendio, mentre l'accertamento di tale reato sarebbe, in concreto, automaticamente compiuto una volta accertato il fatto che integra il disastro ambientale, perché l'accertamento di quest'ultimo non potrebbe che passare per l'attribuzione all'agente di ciò che ha cagionato il danno per l'ambiente e il pericolo per l'incolumità pubblica, cioè appunto l'evento di

più dubitativi, in ragione dell'assenza di alcun riferimento esplicito all'ambiente, N. Pisani, *Il nuovo disastro ambientale*, in *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, diretto da L. Cornacchia e N. Pisani, Bologna 2018, 127 ss.; A. Gargani, *Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni*, in *CP* 2016, fasc. 7-8, 2714; F. D'Alessandro, *La tutela penale dell'ambiente tra passato e futuro*, in *Jus* 2016, fasc. 1, 105 ss.; G.M. Palmieri, *La tutela penale dell'ambiente tra legislazione e riforma del Codice*, Napoli 2019, 190 ss.; A.H. Bell, A. Valsecchi, *Il nuovo delitto di disastro ambientale*, cit., 74 s., secondo i quali tale scelta descrittiva evocherebbe un inedito "disastro sanitario". Naturalmente, il "fatto" di disastro ambientale deve intendersi in un senso più ampio rispetto a quello descritto dai nn. 1 e 2, sì da attribuire un senso autonomo alla disposizione di cui al n. 3 dell'art. 452-*quater* Cp: sul punto, chiaro C. Ruga Riva, *op. ult. cit.*, 106. Ne discende però che, se i nn. 1 e 2 assicurano una dimensione "macro", il n. 3 finisce col barattare la necessaria pericolosità per la pubblica incolumità con la possibilità di ritenere punibile anche un "micro" disastro ambientale: un «disastruccio» (F. D'Alessandro, *op. cit.*, 75; in termini analogamente critici A.H. Bell, A. Valsecchi, *op. cit.*, 74; non contraria, in linea di principio, a questa scelta di politica criminale L. Siracusa, *loc. ult. cit.*).

[114] V. in questo senso A.H. Bell, A. Valsecchi, *Il nuovo delitto di disastro ambientale*, cit., 76; L. Masera, *I nuovi delitti*, cit., 11. Propone pertanto un'interpretazione volta a neutralizzare la distinzione tra «persone offese» e persone «esposte a pericolo», sì da evitare che la fattispecie richieda come elemento costitutivo la presenza di vittime effettive del disastro e scongiurare i conseguenti problemi di ragionevolezza sanzionatoria, soprattutto con riguardo all'art. 452-*ter* Cp, che prevede una pena più alta per il caso di morte o lesioni come conseguenza di un inquinamento ambientale *colposo*, C. Ruga Riva, *La nuova disciplina*, cit., 106. Nello stesso senso A. Galanti, *I delitti contro l'ambiente*, cit., 96; E. Napoletano, *Manuale di diritto penale ambientale*, cit., 150.

[115] Cfr. P. Fimiani, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 168; A. Galanti, *I delitti contro l'ambiente*, cit., 95; L. Ramacci, *Il "nuovo" disastro ambientale*, cit., 39. Nello stesso senso anche la giurisprudenza di legittimità: Cass. 25.9.2018 (dep. 31.10.2019), n. 44528, § 3.3.2. Addirittura – molto significativamente per quanto più sopra si è detto – "sceglie" di risolvere la questione nel primo senso, pur ritenendola «implausibile ed inutile», M. Cappai, *Un "disastro" del legislatore: gli incerti rapporti tra l'art. 434 c.p. e il nuovo art. 452* quater *c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it 14.6.2016, 10 s.

[116] Cfr. L. Masera, *I nuovi delitti*, cit., 12 (spec. nota 23); D. Perrone, *Diritto penale ambientale e "*ticking time bombs*" interpretative: tra tensioni nuove ed antiche, sotto il profilo della prevedibilità ex art. 7 CEDU*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.12.2021, 16.

[117] Cfr. A. Gargani, *Fattispecie deprivate. Disastri innominati e atipici in materia ambientale*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 3.2.2020, 11 s.; M. Telesca, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 142 s.

incendio. Saremmo dunque di fronte, anche qui, a un limpido esempio di reato eventualmente complesso, in cui dovrebbe essere applicato – in virtù dell'art. 84 Cp – soltanto il reato fattualmente continente l'altro, cioè quello ambientale[118].
Non rileva invece il dato che il disastro, a differenza dell'incendio, richiede una condotta *abusiva*. Sul reale significato di tale elemento, come noto, la dottrina ha discusso: al più, esso richiederebbe la necessaria violazione di norme extrapenali che delimitano l'area del rischio consentito[119]; tuttavia, anche in tal caso, è chiaro che tale elemento non richiederebbe una componente materiale effettiva. Anzi, sembra difficile ipotizzare dei casi di disastro ambientale realizzato mediante incendio rilevante *ex* art. 423 Cp (dunque non scriminato) che non abbiano il carattere dell'abusività. Pertanto, siccome la continenza rilevante per l'art. 84 Cp dovrebbe essere basata su fatti storici, selezionati sì dalle norme incriminatrici (nonché dagli ulteriori criteri cui si è fatto cenno), ma poi valutati nella loro materialità, la necessaria abusività della condotta non dovrebbe incidere su di essa.
A tale ricostruzione non si oppone, infine, l'obiezione per cui l'evento di incendio e quello di disastro ambientale potrebbero anche essere del tutto coincidenti, sì da pregiudicare il rapporto di continenza tra i relativi fatti. L'unica ipotesi in cui ciò potrebbe seriamente sostenersi riguarda infatti, con tutta evidenza, il caso in cui l'incendio avvolga una foresta di vaste dimensioni, essa stessa considerabile alla stregua di una matrice ambientale; ma rispetto a tale ipotesi esce di scena l'art. 423 Cp ed entra in gioco il reato previsto dall'art. 423-*bis* Cp.
A tal proposito, va precisato che quanto detto sin qui vale anche per l'ipotesi del reato complesso circostanziato, che si configura, secondo l'art. 84 Cp, quando un reato ne contiene un altro non come «elemento costitutivo» ma come circostanza aggravante. Anche tale ipotesi, infatti, se interpretata in senso astratto-formale, renderebbe l'art. 84 Cp una disposizione inutile, posto che la non applicabilità del reato richiamato nella circostanza sarebbe già desumibile dall'art. 15 Cp (nonché, volendo, dall'art. 61, comma 1, Cp). Pertanto, anche il reato complessi circostanziato dovrebbe essere inteso in senso "eventuale". Ebbene, un esempio di tale figura sembra potersi intravvedere proprio nel rapporto tra il disastro ambientale e l'incendio boschivo aggravato: il fatto materiale che integra il disastro ambientale sembra infatti integrare altresì la circostanza aggravante di cui al comma 4 dell'art. 423-*bis* Cp, e dovrebbe pertanto ritenersi in essa assorbito.
Naturalmente, ragionando sul piano astratto-formale, tale conclusione richiederebbe che la nozione di disastro ambientale, per come descritta dall'art. 452-*quater* Cp, fosse ritenuta coincidente con quella di «danno grave, esteso e persistente all'ambiente», cui si riferisce l'aggravante in questione. Tuttavia, benché in giurisprudenza non sembra ancora essersi formato un orientamento consolidato, in una recente e importante sentenza di merito, il Tribunale di Pisa ha concluso che è possibile immaginare un'ipotesi in cui un incendio boschivo con danno grave, esteso e persistente all'ambiente, non integra anche un disastro ambientale, in quanto quest'ultima fattispecie «presuppone la valutazione dell'esistenza di un'alterazione irreversibile o reversibile, a determinate condizioni onerose, dell'ecosistema, oppure un'offesa particolarmente rilevante alla pubblica incolumità»[120], valutazioni che non sarebbero invece necessarie ai fini dell'applicazione dell'aggravante

[118] Lo stesso discorso può farsi, naturalmente, nei confronti del reato di incendio di cosa propria di cui al comma 2 dell'art. 423 Cp, in quanto anch'esso si accontenta di un fatto materiale minore rispetto al disastro ambientale. Vale inoltre la pena di precisare che la tipizzazione espressa del pericolo per la pubblica incolumità non sembra richiedere valutazioni di fatto realmente ulteriori rispetto alla fattispecie di cui al comma 1: sul punto v. A. Gargani, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., 286; Id., *Reati contro l'incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, IX, Tomo I, Milano 2008, 61 ss., 142 ss., 221 ss.; nonché D. Tassinari, *I delitti di incendio (artt. 423, 423* bis, *424, 425, rinvio all'art. 449)*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna e M. Papa, IV, Torino 2010, 43 ss.
[119] Questa la tesi di C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 257 ss., cui si rinvia anche per una ricostruzione del dibattito.
[120] T. Pisa, 17.9.2021, n. 1356, in *Lexambiente* 2022, fasc. 4, 98 ss., con nota di C. Ruga Riva, *La prima sentenza di merito sul disastro ambientale. Un inaspettato caso di incendio disastroso per l'ambiente*, 62 ss.

dell'incendio boschivo. Pertanto, posto che il riferimento a boschi e selve rende speciale la fattispecie di incendio boschivo rispetto al disastro ambientale[121], che può riguardare qualsiasi matrice, mentre l'evento-aggravante sarebbe generale rispetto agli eventi del delitto ambientale, tra la fattispecie di incendio boschivo aggravata e quella di disastro ambientale sussisterebbe una specialità bilaterale, con conseguente applicazione – in linea con l'orientamento delle Sezioni Unite – di entrambe in concorso formale[122].

Tale decisione sembra confermare i dubbi più sopra avanzati circa l'affidabilità dei strutturali.

Infatti, la conclusione per cui l'evento-aggravante di cui al comma 4 dell'art. 423-*bis* Cp sarebbe più ampio rispetto a quello descritto dall'art. 452-*quater* Cp non si basa su un dato inequivocabile ma su una particolare scelta interpretativa, che sembra peraltro giustificarsi solo in ragione del fatto che le parole utilizzate dal legislatore per descrivere i due eventi sono diverse: un dato di per sé tutt'altro che decisivo, considerando che l'incendio boschivo e la sua aggravante sono stati introdotti nell'ordinamento ben quindici anni prima del delitto ambientale[123]. Ma soprattutto, non si vede perché il concetto di «danno grave, esteso e persistente all'ambiente» non dovrebbe essere coincidente con quello di «alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali»; o meglio: non si vede perché da una differenza terminologica tra concetti così semanticamente affini dovrebbe discendersi una ragione sufficiente per aggravare la responsabilità penale dell'imputato.

È proprio per evitare di affidare l'intera gestione del concorso apparente di norme a questioni così "manipolabili" come la pretesa di instaurare rapporti logici tra concetti simili ma formalmente descritti in modo diverso che la categoria del reato eventualmente complesso potrebbe prestare il suo aiuto. Essa dispenserebbe l'interprete da speciose argomentazioni lessicali, offrendo un piano di ragionamento assai meno insicuro, che ribalterebbe la decisione finale.

Come già è stato rilevato, nel caso deciso dal Tribunale pisano, il collegio ha incentrato la sua motivazione sulla prova del disastro ambientale, mentre poco o nulla ha detto in relazione al danno grave, persistente ed esteso all'ambiente: tale prova, evidentemente, è stata «implicitamente ritenuta presente sulla base degli stessi argomenti già impiegati per l'alterazione irreversibile o difficilmente reversibile»[124]. Il fatto storico-concreto che integra, nel caso di specie, il disastro ambientale, è quindi proprio lo stesso che integra la circostanza aggravante di cui all'art. 423-*bis*, comma 4, Cp, e dovrebbe dunque attivarsi la regola dell'art. 84 Cp: il concorso è apparente e deve essere applicata soltanto la fattispecie circostanziata. Si tratterebbe di una soluzione peraltro non irragionevole dal punto di vista sanzionatorio, posto che risulterebbe applicabile una pena uguale nel massimo e superiore di un anno nel minimo rispetto a quella del disastro ambientale.

Come si vede, il rapporto di continenza tra fatti concreti sembra qui addirittura più semplice da riscontare rispetto a quello di continenza tra fattispecie astratte, che richiede invece l'arduo compito di esaminare i rapporti logici tra due insiemi così poco determinati. La figura del reato eventualmente complesso, normale o circostanziato, sembrerebbe dunque in grado di garantire una soluzione dell'alternativa tra concorso apparente e concorso formale equilibrata, determinata e dotata di espressa base legale.

---

[121] Non è invece condivisibile la tesi per cui l'evento "ambientale" descritto dal comma 4 dell'art. 423-*bis* Cp debba essere esso stesso riferito soltanto alla matrice boschiva, poiché altrimenti non si spiegherebbero le aggravanti previste dal comma 3, legate anche al pericolo per specie animali: sul punto C. Ruga Riva, *Fuoco, bosco, animali: prime osservazioni sul novellato delitto di incendio boschivo (art. 423-bis cp)*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 14.12.2021, 3.

[122] V. in particolare il § VIII del considerato in diritto.

[123] L'art. 423-*bis* Cp, come noto, è stato introdotto dal d.l. 4.8.2000, n. 220, convertito con modificazioni dalla l. 6.10.2000, n. 275. Sulle novità introdotte dal d.l. 8.9.2021 n. 120, convertito in l. 8.11.2021 n. 155, v. C. Ruga Riva, *Fuoco, bosco, animali*, cit., 1 ss.

[124] Così C. Ruga Riva, *La prima sentenza di merito sul disastro ambientale*, cit., 69.

L'OPPOSIZIONE ALLA PERQUISIZIONE: VERSO UNA CONVERGENZA CON LA CEDU?

di Oscar Calavita
(*Assegnista di ricerca in diritto processuale penale, Università di Torino*)

Il contributo analizza il neo-introdotto istituto dell'opposizione alla perquisizione previsto dall'art. 252 *bis* c.p.p., fornendone una disamina volta a porre in luce i punti di forza e di debolezza del nuovo strumento, anche alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulla tematica in questione.
The paper analyses the newly-introduced opposition to search provided for in Article 252 bis of the Code of Criminal Procedure, providing an examination aimed at highlighting the strengths and weaknesses of the new instrument, also in the light of the case-law of the European Court of Human Rights on the issue in question.

SOMMARIO: 1. Il contesto. – 2. La giurisprudenza della Corte Edu: aspetti generali. – 3. La giurisprudenza della Corte Edu: condanne dell'Italia. – 4. La Commissione Lattanzi e la Riforma Cartabia. – 5. Riforma Cartabia e Corte Edu: verso la compatibilità del sistema interno? – 6. Riflessioni conclusive e prospettive *de iure condendo*.

1. Il neo-introdotto istituto dell'opposizione al decreto di perquisizione, o alla sua convalida, previsti rispettivamente dagli art. 252-*bis* e 352 co. 4-*bis* Cpp, affonda le proprie radici in un contesto nel quale la dottrina[1] e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ("Corte Edu")[2] erano intervenute a più riprese per sottolineare la mancanza di rimedi effettivi invocabili in tale ambito. Nonostante gli sforzi ermeneutici avanzati da alcune tesi difensive, la Cassazione aveva tuttavia sempre ritenuto inammissibile l'introduzione in via esegetica di un simile strumento, quantomeno con riferimento alla perquisizione locale, poiché estraneo all'impianto codicistico[3].
La novella introdotta con la c.d. "Riforma Cartabia"[4], se a prima vista sembra essere «del tutto fuori

[1] Tra gli altri P. Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano 2012, 90 ss.; F. Morlacchini, *Ispezione, perquisizione e sequestro*, in G. Spangher-A. Marandola-G. Garuti-L. Kalb (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Torino 2015, 1165; W. Nocerino, *Il vaglio giurisdizionale sulle perquisizioni "negative"*, in G. Spangher (a cura di), *La Riforma Cartabia*, Pacini 2022, 222.
[2] Si vedano, *ex multis*, C. eur., 24.1.2023, *Svetova e altri c. Russia*; C. eur., 21.12.2021, *Kuzminas c. Russia*; C. eur., 16.11.2021, *Sargava c. Estonia*; C. eur., 18.3.2021, *Tortladze c. Georgia*; C. eur., 18.3.2021, *Budak c. Turchia*; C. eur., 29.10.2020, *Doroz c. Polonia*; C. eur., 4.2.2020, *Kruglov e altri c. Russia*; C. eur., 30.1.2020, *Vinks e Ribicka c. Lettonia*; C. eur., 27.9.2018, *Brazzi c. Italia*; C. eur., 27.3.2018, *Voykin e altri c. Ucraina*; C. eur., 30.8.2017, *Trabajo Rueda c. Spagna*; C. eur., 16.3.2017, *Modestou c. Grecia*; C. eur., 19.1.2017, *Posevini c. Bulgaria*; C. eur., 17.1.2017, *Cacuci e S.C. Virra&Cont Pad S.r.l. c. Romania*; C. eur., 6.10.2016, *K.S. e M.S. c. Germania*; C. eur., 7.7.2016, *Zosymov c. Ucraina*; C. eur., 28.4.2016, *Bagiyeva c. Ucraina*; C. eur., 12.2.2015, *Yuditskaya e altri c. Russia*; C. eur., 2.12.2014, *Taraneks c. Lettonia*; C. eur., 2.10.2014, *Misan c. Russia*; C. eur., 2.10.2014, *Delta Pekárny c. Repubblica Ceca*; C. eur., 7.11.2013, *Gerashchenko c. Ucraina*; C. eur., 18.4.2013, *Saint-Paul Luxembourg S.A. c. Lussemburgo*; C. eur., 5.7.2012, *Golovan c. Ucraina*; C. eur., 3.7.2012, *Robathin c. Austria*; C. eur., 15.2.2011, *Harju c. Finlandia*; C. eur., 15.2.2011, *Heino c. Finlandia*; C. eur., 5.6.2009, *Aleksanyan c. Russia*; C. eur., 9.4.2009, *Kolesnichenko c. Russia*; C. eur., 13.1.2009, *Sorvisto c. Finlandia*; C. eur., 7.10.2008, *Manchevschi c. Moldavia*; C. eur., 22.5.2008, *Iliya Stefanov c. Bulgaria*; C. eur., 17.7.2007, *Kucera c. Slovacchia*; C. eur., 7.6.2007, *Smirnov c. Russia*; C. eur., 9.11.2006, *Imakayeva c. Russia*; C. eur., 8.5.2005, *L.M c. Italia*; C. eur., 28.4.2005, *Buck c. Germania*; C. eur., 16.12.1997, *Camenzind c. Svizzera*.
[3] V., *ex multis*, Cass. 24.6.2015 n. 30130; Cass. 10.20.2011 n. 8999; Cass. 13.1.2009 n. 8841; Cass. 8.11.2005 n. 45532; Cass. 21.4.2004 n. 23101; Cass. 19.12.2000 n. 6502; Cass. S.U. 20.11.1996 n. 23.
[4] Ci si riferisce alla ben nota legge delega 27.9.2021 n. 134, e al successivo d.lgs. 10.10.2022 n. 150.

contesto» [5] e discostarsi dall'obiettivo principale di «aumentare l'efficienza della macchina giudiziaria», in realtà si pone l'encomiabile proposito di «adeguare l'ordinamento interno ai principi stabiliti dalla Corte di Strasburgo»[6] nella sentenza *Brazzi c. Italia*, con la quale la Corte Edu ha condannato l'Italia per non avere a disposizione, nel proprio ordinamento interno, un rimedio effettivo contro una perquisizione non seguita da sequestro (c.d. "perquisizione negativa").
Ad oggi, dunque, l'art. 252-*bis* Cpp – richiamato anche dall'art. 352 co. 4-*bis* Cpp – prevede che sia possibile proporre opposizione contro il decreto di emissione o di convalida della perquisizione al giudice per le indagini preliminari, il quale può accoglierla «quando accerta che la perquisizione è stata disposta fuori dei casi previsti dalla legge». Al contrario, non è stato previsto alcun rimedio specifico contro una perquisizione a cui è seguito un sequestro (c.d. "perquisizione positiva), atteso che la costante giurisprudenza ne ammette l'impugnabilità, contestualmente al provvedimento ablativo, per mezzo del riesame. Le Sezioni Unite hanno, infatti, sancito il principio in virtù del quale «qualora la perquisizione sia finalizzata al sequestro e i due decreti siano inseriti in un unico contesto, il riesame coinvolge anche la perquisizione, per la stretta interdipendenza delle sue statuizioni», a condizione però che il "riesame" della perquisizione sia circoscritto «nei limiti […] di un'indagine strumentale alla legittimità del sequestro medesimo»[7].
Preso atto delle frizioni della disciplina italiana "*ante* Cartabia" con quella europea, dopo un'analisi della giurisprudenza di Strasburgo in tema di perquisizione e della novella legislativa, l'obiettivo è quello di vagliare la compatibilità di quest'ultima con la prima, anche al fine di verificare se vi possano essere spunti per riesaminare, sotto un diverso angolo visuale, il pluridecennale dibattito in tema di inutilizzabilità derivata.

2. Come anticipato, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo presenta una copiosa giurisprudenza in tema di legittimità della perquisizione. In particolare, quest'ultima – per sua natura – si pone in contrasto con il diritto al rispetto della vita privata e familiare, tutelato dall'art. 8 Cedu. Come noto, tuttavia, tale diritto – la cui violazione talvolta è stata ritenuta assorbente anche dell'inosservanza del diritto a un ricorso effettivo *ex* art. 13 Cedu[8] – non è assoluto e può essere limitato al ricorrere di tre presupposti: l'ingerenza dell'autorità pubblica deve essere prevista dalla legge, deve perseguire uno scopo legittimo e, infine, deve costituire una misura necessaria in una società democratica[9].
Sulla base di tale sostrato normativo, la Corte Edu ha innanzitutto richiesto un elevato livello di qualità della legge, atteso che non è sufficiente la presenza formale di un testo legislativo, dovendo lo stesso (letto eventualmente in sinergia con la relativa interpretazione giurisprudenziale)[10] garantire, con utilizzo di termini «*assez clair*»[11], un adeguato livello di prevedibilità e di intellegibilità. Inoltre, non si può non evidenziare come la legge debba necessariamente rivestire caratteri di compatibilità

[5] M. Gialuz-J. Della Torre, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, in *SP* 2020, 167. Anche per W. Nocerino, *Il vaglio giurisdizionale*, cit., 224, «potrebbe destare stupore la "*sedes materiae*" della modifica normativa», anche la stessa A. precisa che «a ben guardare, però, l'innesto non sembra poi così eccentrico rispetto alla *ratio* della riforma del 2021». Invero, secondo altra dottrina, «processo efficiente vuole dire anche processo più garantito» (E. Lupo, *Il processo penale alla luce della "Riforma Cartabia"*, in *CP* 2022, 4169).
[6] M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, in *SP* 2022, 49.
[7] Cass. S.U. 20.11.1996 n. 23.
[8] Per tutti C. eur., 2.10.2014, *Delta Pekárny c. Repubblica Ceca*, § 103; C. eur., 15.2.2011, *Heino c. Finlandia*; C. eur., 15.2.2011, *Harju c. Finlandia*; C. eur., 9.11.2006, *Imakayeva c. Russia*, § 197.
[9] Il primo e l'ultimo requisito (rispettivamente la previsione legislativa e la necessità in una società democratica) sono espressamente sanciti dall'art. 8 par. 2 Cedu, mentre il secondo (il perseguimento di uno scopo legittimo) è ricavato esegeticamente dalla Corte Edu.
[10] C. eur., 30.8.2017, *Trabajo Rueda c. Spagna*, § 37.
[11] C. eur., 30.8.2017, *Trabajo Rueda c. Spagna*, § 33.

con lo stato di diritto[12].
In relazione al perseguimento di uno scopo legittimo, i giudici del Consiglio d'Europa hanno ritenuto che, generalmente, le perquisizioni realizzino tale finalità nella misura in cui siano orientate a garantire uno degli obiettivi espressamente sanciti dall'art. 8 par. 2 Cedu, vale a dire la salvaguardia della sicurezza nazionale, della pubblica sicurezza, del benessere economico del Paese, della difesa dell'ordine e della prevenzione dei reati, della protezione della salute o della morale, ovvero della protezione dei diritti e delle libertà altrui.
Molto più complessa, invece, la questione riguardante la necessità della perquisizione in una società democratica. Si è sostenuto, a più riprese, che la nozione di necessità corrisponde a un «*pressing sociale need*» e che non può non essere letta in stretto collegamento con il requisito della proporzionalità[13]. Più nel dettaglio, nonostante ai singoli Stati membri sia concesso un ampio margine di apprezzamento, per la verifica dei requisiti di necessità e proporzionalità, è fondamentale avere riguardo ad «*adequate and effective safeguards against abuse*» della pubblica autorità[14].
La Corte Edu ha così ritenuto fondamentale un vaglio giurisdizionale, sia esso preventivo o successivo, che non può legittimamente essere svolto esclusivamente dall'organo incaricato della pubblica accusa. Tale sindacato, qualora avvenga in sede di emissione di un decreto di perquisizione, può tuttavia non essere da solo sufficiente a garantire il rispetto dell'art. 8 Cedu, se non indica con precisione gli oggetti ricercati o se viene emesso in assenza dei presupposti richiesti dalla normativa interna; non è dunque sufficiente fare riferimento a formule generiche o di stile che non consentano di identificare l'oggetto della ricerca[15] o che non motivino in merito alla sussistenza dei presupposti legittimanti la misura.
Inoltre, qualora la perquisizione si fondi su un provvedimento adottato da un soggetto diverso da un giudice, ovvero qualora quest'ultimo sia eccessivamente generico, è richiesto che via sia un controllo giurisdizionale successivo[16], in relazione al quale la Corte Edu «*doit redoubler de vigilance*»[17]. Tale vaglio, per essere effettivo, dovrebbe insistere su due aspetti, consistenti nella verifica dei presupposti di legittimità (formale e sostanziale) del provvedimento impugnato e nell'accertamento delle modalità esecutive della perquisizione.
Al fine di verificare se l'ingerenza nella sfera personale del singolo è legittima, altri elementi da tenere in considerazione, unitamente al citato controllo giurisdizionale, dovrebbero essere la gravità del reato per cui si sta procedendo, la solidità della base indiziaria, l'esecuzione della misura alla presenza di testimoni indipendenti in caso di perquisizioni svolte negli studi legali, le possibili ripercussioni sul lavoro e sulla reputazione delle persone soggette alla perquisizione[18].
Sulla base dei citati principi, la casistica giurisprudenziale è estremamente varia e non si limita ai soli casi di perquisizione negativa, essendo talvolta giunta a censurare anche perquisizioni seguite da sequestro. Si è ritenuta contraria all'art. 8 Cedu una perquisizione urgente di un PC, non connesso a Internet, ad opera della polizia in assenza di un preventivo intervento giudiziario, che avrebbe avuto luogo entro ventiquattro ore, in quanto non vi era il rischio di dispersione dello strumento informatico[19]; l'abbattimento di una porta senza preavviso e il sequestro di oggetti ulteriori rispetto a quelli indicati nel decreto di perquisizione e sequestro[20]; l'emissione di un decreto di perquisizione

[12] C. eur., 16.12.1997, *Camenzind c. Svizzera*, § 37.
[13] C. eur., 16.12.1997, *Camenzind c. Svizzera*, § 44.
[14] C. eur., 2.10.2014, *Delta Pekárny c. Repubblica Ceca*, § 83; C. eur., 16.12.1997, *Camenzind c. Svizzera*, § 44.
[15] Per tutti C. eur., 28.4.2016, *Bagiyeva c. Ucraina*, § 52; C. eur., 5.6.2009, *Aleksanyan c. Russia*, § 216.
[16] Non è infatti richiesta la «*possibility of challenging the issuing of a warrant prior to a search*»: C. eur., 17.1.2017, *Cacuci e S.C. Virra&Cont Pad S.r.l. c. Romania*, § 112.
[17] C. eur., 2.10.2014, *Delta Pekárny c. Repubblica Ceca*, § 83.
[18] Per tutti C. eur., 29.10.2020, *Doroz c. Polonia*, § 25; C. eur., 5.6.2009, *Aleksanyan c. Russia*, § 214; C. eur., 22.5.2008, *Iliya Stefanov c. Bulgaria*, § 38; C. eur., 28.4.2005, *Buck c. Germania*, § 45.
[19] C. eur., 30.8.2017, *Trabajo Rueda c. Spagna*, § 46.
[20] C. eur., 28.4.2016, *Bagiyeva c. Ucraina*, § 53.

per un reato contravvenzionale («*minor offence*»)[21]; l'esecuzione della perquisizione ad un mese e mezzo di distanza dal decreto che la disponeva[22]; la mancata comunicazione del decreto di perquisizione prima dell'inizio della sua esecuzione[23]; l'assenza di un *fumus commissi delicti*[24]; il ricorso ingiustificato ad agenti mascherati delle forze speciali[25]; il ricorso a una perquisizione anziché a un mezzo meno invasivo che potesse garantire il medesimo risultato[26]; la mancanza di un rimedio successivo effettivo in assenza di un preliminare vaglio giurisdizionale[27].
Sul tema di un rimedio effettivo, infine, non si può non richiamare una recente sentenza della Corte di Giustizia che sembra aver richiesto l'impugnabilità di ogni atto di indagine interno. Invero, con *Gavanozov II* i Giudici del Lussemburgo hanno ritenuto che l'emissione e il riconoscimento di un ordine europeo di indagine (OEI) siano legittimi nella misura in cui contro tutti gli atti di indagine interni sia possibile esperire un ricorso effettivo, imponendo così indirettamente agli Stati membri un obbligo di dotarsi di un rimedio per tutti quegli atti di indagine che ancora ne sono sprovvisti. Più nello specifico, è stato sostenuto che il diritto previsto dall'art. 47 Carta di Nizza «implica necessariamente che le persone interessate [dagli] atti d'indagine dispongano di mezzi d'impugnazione appropriati che consentano loro, da un lato, di contestarne la regolarità e la necessità e, dall'altro, di chiedere un adeguato rimedio qualora tali misure siano state disposte o eseguite illegalmente» e che «incombe agli Stati membri prevedere nei loro ordinamenti giuridici nazionali i mezzi d'impugnazione necessari a tal fine»[28]. Il citato arresto, benché inseritosi nel campo della cooperazione giudiziaria a livello europeo, può tuttavia presentare effetti indiretti anche nei procedimenti interni. Invero, se a uno Stato è concessa la facoltà di rifiutare un OEI perché nello Stato emittente non sono previsti mezzi di impugnazione contro un atto di indagine, dal momento che tale situazione costituirebbe una palese violazione di un diritto fondamentale (art. 11 lett. *f* Direttiva 2014/41/UE), vi è la possibilità che gli Stati membri si adeguino, introducendo un rimedio generalizzato, proprio per scongiurare un diniego di cooperazione.

3. La sentenza *Brazzi c. Italia*, nota per avere suggerito al legislatore italiano di introdurre un rimedio contro il decreto di perquisizione non seguito da sequestro, non è però la prima decisione che ha posto in luce tale problema del nostro ordinamento.
Invero, già nel 2005 l'arresto *L.M. c. Italia* era giunto a conclusioni analoghe a quelle di *Brazzi c. Italia*. Più nello specifico, il caso riguardava una perquisizione locale eseguita autonomamente dalla polizia, ai sensi dell'art. 41 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza ("TULPS")[29], con esito negativo e senza convalida del Pubblico Ministero. La Corte Edu aveva rilevato come la perquisizione fosse fondata su una base legale (l'art. 41 TULPS), ma che ciononostante la stessa fosse contraria all'art. 8 Cedu, in quanto sprovvista della convalida del P.M. ai sensi dell'art. 352 co. 4 Cpp. Inoltre, la Corte aveva evidenziato la mancanza di un rimedio «*"effectif" en pratique comme en droit*»[30] in caso di violazione dell'art. 8 Cedu, atteso che non era previsto nell'ordinamento interno un rimedio

[21] C. eur., 29.10.2020, *Doroz c. Polonia*, § 31; C. eur., 28.4.2005, *Buck c. Germania*, § 52.
[22] C. eur., 7.11.2013, *Gerashchenko c. Ucraina*, § 134.
[23] C. eur., 9.11.2006, *Imakayeva c. Russia*, § 187.
[24] C. eur., 9.4.2009, *Kolesnichenko c. Russia*, § 32.
[25] C. eur., 17.7.2007, *Kucera c. Slovacchia*, § 122.
[26] C. eur., 18.4.2013, *Saint-Paul Luxembourg S.A. c. Lussemburgo*, § 44.
[27] C. eur., 27.9.2018, *Brazzi c. Italia*; C. eur., 27.3.2018, *Voykin e altri c. Ucraina*, § 167;
[28] C.G.UE, 11.11.2021, *Gavanozov II*, C-582/19, § 33.
[29] L'art. 41 TULPS stabilisce che «gli ufficiali e gli agenti della polizia giudiziaria, che abbiano notizia, anche se per indizio, della esistenza, in qualsiasi locale pubblico o privato o in qualsiasi abitazione, di armi, munizioni o materie esplodenti, non denunciate o non consegnate o comunque abusivamente detenute, procedono immediatamente a perquisizione e sequestro».
[30] C. eur., 8.5.2005, *L.M c. Italia*, § 41.

contro una perquisizione negativa[31].
Con la sentenza *Brazzi c. Italia* le conclusioni non sono dissimili[32]. Nel caso di specie era stata disposta dal P.M. una perquisizione locale, eseguita con esito negativo, con successiva richiesta di archiviazione della notizia di reato. Prima ancora che quest'ultima fosse presentata al G.I.P., l'indagato aveva proposto ricorso per Cassazione, lamentando la violazione del diritto fondamentale all'inviolabilità del domicilio, dichiarato però inammissibile dalla Suprema Corte. Secondo il massimo consesso, infatti, «il decreto di perquisizione domiciliare può essere impugnato con il riesame solo nei limiti di una indagine strumentale all'accertamento relativo alla legittimità del sequestro», con l'ulteriore precisazione che «non è ammissibile neppure il ricorso per cassazione *ex* art. 111 Cost. perché il decreto di perquisizione domiciliare del pubblico ministero non seguito da sequestro non ha natura decisoria e, a differenza della perquisizione personale, non ha alcuna incidenza sulla libertà personale»[33]. La Corte Edu ha sottolineato allora come il diritto interno non prevedesse un controllo giurisdizionale preliminare sulla legalità e sulla necessità di una perquisizione, né vi fossero altre garanzie «di natura tale da controbilanciare le imperfezioni legate all'emissione e, eventualmente, al contenuto del mandato di perquisizione»[34]. Tale controllo giurisdizionale *ex post* avrebbe dovuto essere dotato di caratteri di effettività e avrebbe dovuto consentire, nel caso in cui un'operazione irregolare o illegittima avesse già avuto luogo, una riparazione adeguata che permettesse, se del caso, di «esclude[re] dal processo penale gli elementi di prova raccolti»[35]. Nel caso di specie ciò non è stato possibile, in quanto la perquisizione ha avuto esito negativo, il G.I.P. ha archiviato il procedimento senza sindacare la legittimità del decreto di perquisizione e l'indagato non ha avuto la possibilità di esperire il riesame previsto dall'art. 257 Cpp.

4. La lacuna legislativa è stata, quantomeno formalmente, colmata con la citata introduzione degli artt. 252-*bis* e 252 co. 4-*bis* Cpp, ma per giungere a tale approdo le tappe sono state plurime.
La prima previsione di uno controllo giurisdizionale della legittimità della sola perquisizione era presente nell'originario "d.d.l. Bonafede", presentato alla Camera dei Deputati il 13 marzo 2020, recante «delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello». Nello specifico, l'art. 11 stabiliva quale principio e criterio direttivo la previsione di «uno strumento di impugnazione del decreto di perquisizione o di convalida della perquisizione, anche quando ad essa non consegua un provvedimento di sequestro».
La Commissione Lattanzi ha avuto il pregio di specificare ancor di più l'oggetto del futuro intervento del legislatore delegato, in ottemperanza al disposto dell'art. 76 Cost. L'art. 11 d.d.l. Bonafede, infatti, è stato ripensato per introdurre non un generico «strumento di impugnazione», bensì un più preciso

[31] Secondo C. eur., 8.5.2005, *L.M c. Italia*, § 43, «*la requérante avait donc droit de soumettre son grief à une instance nationale capable de lui offrir un redressement approprié. Cependant, comme il a été souligné par l'intéressée et accepté par le Gouvernement, selon la jurisprudence de la Cour de cassation il est loisible au particulier d'attaquer la validation d'une saisie faite par le parquet (ou, éventuellement, l'absence de toute validation) seulement lorsqu'à l'issue d'une perquisition il y a eu saisie de bien. Or, en l'espèce aucun objet n'a été saisi chez la requérante. Cette voie de recours ne lui était donc pas accessible*».
[32] Per un commento alla sentenza *Brazzi c. Italia* v. *amplius* D. Cardamone, *La sentenza della Cedu Brazzi c. Italia: sono arbitrarie le perquisizioni disposte dall'Autorità giudiziaria?*, in *www.questionegiustizia.it*, 15.1.2019; F. Falato, *(il)Legittimità sistemica delle perquisizioni. Tra normazione nazionale e giurisdizione europea. A proposito di Corte EDU, prima sezione, 27 settembre 2018, causa Brazzi c. Italia*, in *AP* 2019, 1 ss.; S. Novani, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il rispetto della vita privata: le condizioni di una perquisizione domiciliare legittima*, in *CP* 2020, 3002 ss.; M. Torre, *Perquisizioni domiciliari e art. 8 CEDU: la Corte europea censura la mancanza di un "controllo effettivo" sulla necessità dell'ingerenza*, in *PPG* 2019, 426 ss.
[33] Cass. 10.2.2011 n. 8999.
[34] C. eur., 27.9.2018, *Brazzi c. Italia*, § 43.
[35] C. eur., 27.9.2018, *Brazzi c. Italia*, § 45.

diritto dell'indagato e degli interessati di «opposizione innanzi al giudice per le indagini preliminari» contro un decreto di perquisizione negativa: «si è suggerito di plasmare il rimedio come opposizione, sulla falsariga di quanto previsto con riguardo ad altro mezzo di ricerca della prova, ossia al sequestro»[36].

Sebbene il novellato principio e criterio direttivo, a differenza di quello originario, non prevedesse espressamente la possibilità di impugnare un decreto di convalida della perquisizione negativa, «in fase attuativa s'è ritenuto che […] il rimedio dovesse essere riconosciuto anche per le perquisizioni eseguite dalla polizia giudiziaria ai sensi dell'articolo 352 c.p.p., seppur nella sola ipotesi in cui sia intervenuta convalida da parte del P.M.»[37]. Nel caso contrario, infatti, il legislatore italiano sembra ritenere che la mancata convalida del P.M. – la cui pronuncia è oggi divenuta obbligatoria[38] – sia un rimedio sufficiente per garantire i diritti violati delle persone interessate[39].Vi è però da considerare che la Corte Edu richiede l'intervento di un giudice, in una fase *ex ante* o in una *ex post*, pertanto vi potrebbe essere un punto di frizione della normativa interna con quella convenzionale, dal momento che l'interessato non può far valere le proprie ragioni avanti un organo giurisdizionale.

In ogni caso, ad oggi, il nuovo assetto codicistico prevede un diritto di opposizione dell'indagato e del soggetto interessato dalla perquisizione negativa, da presentarsi al G.I.P. entro dieci giorni dall'esecuzione del provvedimento o dalla diversa data in cui si è avuta conoscenza dello stesso[40], il quale può condurre a un inedito accoglimento dell'opposizione senza caducazione del decreto o dichiarazione di inutilizzabilità dei risultati probatori eventualmente raccolti («il giudice accoglie l'opposizione quando accerta che la perquisizione è stata disposta fuori dei casi previsti dalla legge»). In altre parole, il decreto di perquisizione, anche qualora l'opposizione venisse accolta, continua ad essere parte a tutti gli effetti del panorama giuridico, così come i verbali delle operazioni compiute possono essere inseriti nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431 Cpp[41]. Tale soluzione è stata volutamente adottata dal legislatore delegato, atteso che la Relazione Illustrativa ha evidenziato come la stessa sia stata «calibrata in modo da soddisfare pienamente l'interesse dell'opponente all'accertamento dell'illegittimità della perquisizione subìta, senza tuttavia sfociare

---

[36] Commissione Lattanzi, *Relazione finale e proposte emendative al d.d.l. A.C. 2435*, 46. In dottrina si sono sollevate voci molto critiche con riguardo al rimedio scelto: «la *voluntas legis* di configurare l'istituto come opposizione e non come riesame risponde ad esigenze "utilitaristiche£, in linea con le esigenze di celerità (non sempre sintomatiche di efficacia) proprie dell'intervento riformatore» (W. Nocerino, *Il vaglio giurisdizionale*, cit., 234).

[37] Relazione Illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, 99.

[38] Come visto, C. eur., 8.5.2005, *L.M c. Italia* aveva ritenuto che il mancato intervento del P.M. sulla (non) convalida della perquisizione disposta autonomamente dalla P.G. non fosse compatibile con l'art. 8 Cedu.

[39] Una delle prime circolari applicative della riforma ha definito l'opposizione contro un decreto di perquisizione non convalidato dal P.M. come un rimedio «ultroneo rispetto alle esigenze di garanzia dell'interessato»: G. Amato, *Circolare applicativa della Procura Distrettuale di Bologna*, 19.10.2022, 17. Anche Corte di Cassazione, *Relazione su novità normativa. La "Riforma Cartabia" n. 2/2023*, 5.1.2023, 54 sottolinea la mancanza di interesse «ad adire il giudice per le indagini preliminari onde far valere un'illegittimità già conclamata».

[40] Parte della dottrina, al contrario, aveva ritenuto preferibile non prevedere un preciso termine di decadenza per la formulazione dell'atto di opposizione, se non quello – deducibile in via sistematica – della conclusione della fase delle indagini preliminari» (G. Padua, *Opposizione all'atto perquirente non seguito da sequestro*, in *PPG* 2022, 55).

[41] Sul punto Corte di Cassazione, *Relazione*, cit., 55, ha condivisibilmente osservato che «il verbale di perquisizione negativa, nonostante la ritenuta arbitrarietà, potrebbe conservare profili di utilizzabilità, ad esempio in relazione alla descrizione dello stato dei luoghi operata dal verbalizzante, ovvero alla documentazione di ciò che è avvenuto in sua presenza durante le fasi dell'esecuzione». In termini analoghi W. Nocerino, *Il vaglio giurisdizionale*, cit., 233; G. Murone, *Il controllo giurisdizionale sulla legittimità della perquisizione*, in *DPP* 2022, 205. Di diverso avviso G. Bellantoni, *Perquisizioni e impugnazioni*, in *ANPP* 2022, 522, il quale ritiene che «pare non potersi minimamente revocare in dubbio che comunque il verbale della perquisizione, con tutte le annotazioni in esso inserite, non possa in alcun modo essere utilizzato. […] E, dunque, oltre al resto, il detto verbale non può assolutamente neppure essere inserito, a norma dell'art. 431 c.p.p., nel fascicolo del dibattimento, quale verbale di atto irripetibile».

nell'invalidazione processuale del decreto oggetto di opposizione (e/o delle relative risultanze)»[42].
Una lettura sistematica del codice di rito sembra confermare l'esegesi fornita dalla Relazione Illustrativa. Invero, il codice di procedura penale contiene diverse disposizioni che fanno riferimento a un'"opposizione", pur condividendo *rationes* solo parzialmente convergenti. Si possono trovare opposizioni finalizzate a incardinare un contraddittorio in seguito a una procedura *de plano* celebrata da un giudice, come nel caso degli artt. 667 co. 4 e 678 co. 1-*ter* Cpp; un'inedita opposizione a un provvedimento adottato da un'autorità giurisdizionale senza formalità, sulla quale decidono o il presidente del tribunale o della corte d'appello, anch'essi senza formalità (art. 115-*bis* co. 4 Cpp); opposizioni al G.I.P. contro provvedimenti del P.M. (artt. 233 co. 1-*bis*, art. 263 co. 5, 366 co. 2 Cpp). In tutte queste situazioni, la formulazione letterale della norma non prende posizione sui poteri del giudice e sui possibili esiti decisori del procedimento – a differenza del nuovo art. 252-*bis* co. 3 Cpp – cosicché al giudice chiamato a decidere è attribuita la possibilità di rivalutare le risultanze che hanno condotto al provvedimento opposto, con conseguente conferma o riforma dello stesso. Per esempio, se il pubblico ministero ha respinto la richiesta di restituzione delle cose sequestrate, la decisione del giudice per le indagini preliminari potrà essere di segno diametralmente opposto e ordinare la restituzione di quanto in sequestro agli interessati istanti[43].
Contrariamente a quanto disposto dalle citate tipologie di opposizione, come visto, l'art. 252-*bis* co. 3 Cpp stabilisce che «il giudice accoglie l'opposizione quando accerta che la perquisizione è stata disposta fuori dei casi previsti dalla legge». Se, dunque, il legislatore avesse voluto che la decisione del G.I.P sostituisse quella del P.M., con conseguente "invalidazione" del decreto di perquisizione negativa, la precisazione prevista dall'attuale formulazione letterale sarebbe del tutto ultronea: sarebbe stato sufficiente, infatti, garantire la facoltà di opposizione, senza alcuna specificazione ulteriore. Pertanto, sembra potersi confermare quanto prospettato dalla Relazione Illustrativa circa l'"ultrattività" del decreto di perquisizione negativa anche dopo che ne è stata dichiarata un'"illegittimità" *lato sensu* intesa.
Per ciò che concerne i motivi di doglianza, infine, dall'art. 252-*bis* co. 3 Cpp si ricava che gli stessi riguardano esclusivamente i presupposti di legittimità del decreto di perquisizione, dal momento che dispone che l'opposizione è accolta se «la perquisizione è stata disposta fuori dei casi previsti dalla legge». Sul punto la Relazione Illustrativa ha espressamente precisato che «i vizi deducibili sono esclusivamente quelli che attengono ai presupposti sostanziali previsti dalla legge per l'effettuazione della perquisizione, solo in assenza dei quali l'ingerenza nelle libertà del singolo può definirsi "arbitraria"»[44]. Pertanto, deve ritenersi che potrà essere invocata l'assenza di uno dei requisiti richiesti dall'art. 247 Cpp, quali il *fumus* previsto dai co. 1 e 1-*bis* dello stesso, nonché l'assenza di motivazione del decreto prevista dal co. 2 e del decreto di convalida prevista dall'art. 352 co. 4 Cpp[45];

[42] Relazione Illustrativa allo Schema di decreto legislativo, cit., 100. Il punto di vista pratico di G. Amato, *Circolare applicativa*, cit., 16, sottolinea che «non è previsto, né necessario, per soddisfare l'interesse dell'opponente, proprio in difetto di sequestro, che il provvedimento del giudice arrivi a pronunciarsi sull'"invalidazione" dell'atto, che sarebbe *inutiliter data*. In altri termini, trattandosi di "opposizione" rispetto ad un provvedimento che non ha prodotto effetti di sorta, il giudice dovrà solo pronunciarsi, in astratto [non essendoci stata alcuna "apprensione" di cose] sulla legittimità/illegittimità della perquisizione».
[43] Nel novero delle opposizioni non sono state richiamate l'opposizione al decreto penale di condanna e l'opposizione alla richiesta di archiviazione, dal momento che il primo apre una fase completamente nuove del procedimento, mentre il secondo riguarda un'opposizione presentata contro un provvedimento non definitivo (la richiesta di archiviazione) sulla quale in ogni caso il G.I.P. può esercitare d'ufficio i suoi poteri.
[44] Relazione Illustrativa allo Schema di decreto legislativo, cit., 99. Aveva auspicato una tale soluzione G. Padua, *Opposizione*, cit., 56.
[45] C. cost., 21.10.2020 n. 252 aveva infatti evidenziato come il decreto di convalida debba necessariamente essere motivato in quanto, anche se non previsto espressamente dal tessuto codicistico, «l'esigenza della motivazione anche della convalida deve ritenersi implicita nel dettato costituzionale, rimanendo altrimenti frustrata la ratio della garanzia apprestata dall'art. 13 Cost.» che richiede la motivazione del decreto di perquisizione.

inoltre, nei casi di perquisizione su iniziativa della P.G. ci si potrà dolere dell'assenza dei presupposti legittimanti la stessa, e cioè il *fumus* unitamente alla flagranza di reato, all'evasione o all'esecuzione di una misura cautelare (art. 352 Cpp). Paiono restare escluse, in contrasto con le indicazioni provenienti dalla Corte Edu, le contestazioni relative alle modalità esecutive della perquisizione negativa, quali possono essere l'utilizzo della forza non necessario, lo svolgimento al di fuori degli orari consentiti in assenza di casi di urgenza (art. 251 Cpp), la mancata consegna del decreto (art. 249 Cpp) e l'eventuale violazione del dovere informativo di difesa (art. 250 co. 1 Cpp)[46].
Un discorso più complesso, infine, deve essere svolto in merito alla possibilità di contestare il rispetto dei requisiti di necessità e proporzionalità, richiesti dalla Corte di Strasburgo quali presupposti di legittimità per la compressione del diritto al rispetto della vita privata e familiare. La disciplina codicistica, infatti, non prevede i citati principi quali presupposti di legittimità della perquisizione, né la giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi specificamente sul punto, in mancanza di un rimedio dedicato avverso un decreto di perquisizione. Si può però ritenere che l'orientamento pretorio formatosi in tema di sequestro sia estensibile anche alla tematica in questione, attesa la vicinanza delle questioni trattate. In estrema sintesi, secondo questo filone giurisprudenziale, i principi di proporzionalità e adeguatezza *ex* art. 275 Cpp sono operanti anche per le misure cautelari reali[47] e per i sequestri probatori[48]. Se, dunque, il principio di proporzionalità deve essere considerato quale presupposto di legittimità di un decreto di perquisizione, allora non si può che annoverarlo tra i motivi di doglianza previsti dal nuovo art. 252-*bis* Cpp; e ciò, a maggior ragione, al fine di fornire una lettura convenzionalmente e comunitariamente orientata ed evitare censure dalle Corti europee, quella dei diritti dell'uomo *in primis*.

5. Se, da un lato, la Riforma Cartabia ha cercato di colmare «vuoti di tutela derivanti da manomissioni della disciplina codificata o dall'assenza di specifiche disposizioni»[49] volte a garantire un rimedio effettivo contro una perquisizione illegittima, dall'altro, i primi commentatori si sono posti in chiave estremamente critica nei confronti della novella in esame[50].
Più nel dettaglio, è stato evidenziato come il neo-introdotto istituto dell'opposizione operi esclusivamente su un piano astratto[51] e sia «privo di conseguenze concrete»[52]. Non prevedendo, infatti, l'inutilizzabilità dei verbali delle operazioni compiute durante una perquisizione illegittima, il rimedio rischierebbe di rimanere, per taluni, «confinato "sulla carta"» e sfociare in una sorta di «"truffa delle etichette"»[53].
Al fine di vagliare la rispondenza della novella legislativa ai principi enucleati dalla Corte Edu, il fulcro attorno al quale deve essere condotta l'analisi riguarda l'effettività del rimedio e la tutela giurisdizionale del soggetto nei cui confronti viene condotta una perquisizione negativa.
In primo luogo, è stata denunciata una possibile disparità di trattamento per coloro che hanno subito una perquisizione negativa in fase investigativa e coloro i quali, invece, ne sono stati soggetti a partire dall'udienza preliminare. Si è, infatti, sostenuto che la mancanza di un rimedio successivo per le perquisizioni disposte in udienza preliminare e in dibattimento sia una scelta «assai discutibile»[54]. A ben vedere, però, si è già sottolineato come la Corte Edu richieda tendenzialmente un vaglio

[46] Parzialmente di avviso diverso W. Nocerino, *Il vaglio giurisdizionale*, cit., 231, secondo cui la violazione degli artt. 249, 250 co. 1 e 251 Cpp è sindacabile con l'opposizione alla perquisizione.
[47] V., *ex multis*, Cass. 6.12.2019 n. 2296; Cass. 24.2.2015 n. 24617; Cass. 21.3.2013 n. 18603.
[48] V., *ex multis*, Cass. 18.1.2022 n. 21488; Cass. 28.9.2021 n. 38460; Cass. 9.12.2020 n. 6623; Cass. 9.12.2020 n. 3764.
[49] E.N. La Rocca, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *AP* 2021, 18.
[50] Sul punto v., in particolare, M. Gialuz-J. Della Torre, *Il progetto governativo*, cit.; W. Nocerino, *Il vaglio giurisdizionale*, cit.; G. Bellantoni, *Perquisizioni*, cit.; G. Murone, *Il controllo giurisdizionale*, cit.
[51] G. Amato, *Circolare applicativa*, cit., 16.
[52] M. Gialuz, *Per un processo penale*, cit., 50.
[53] W. Nocerino, *Il vaglio giurisdizionale*, cit., 240-241.
[54] W. Nocerino, *Il vaglio giurisdizionale*, cit., 239; G. Bellantoni, *Perquisizioni*, cit., 521.

giurisdizionale preventivo circa la legittimità della misura, mentre un rimedio successivo è richiesto necessariamente solo qualora il citato vaglio giurisdizionale preventivo sia mancante o meramente apparente. L'introduzione dell'opposizione esclusivamente nella fase delle indagini, pertanto, deve ritenersi una scelta del tutto legittima e non foriera di disparità di trattamento, atteso che nell'udienza preliminare e nel dibattimento alle parti è concesso il contraddittorio preventivo sulla necessità e sui presupposti di legittimità del sequestro (ipotesi, per il vero, di assai rara applicazione ma astrattamente ipotizzabile); sequestro che, peraltro, non può essere disposto autonomamente dal pubblico ministero dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio, atteso che l'art. 430 c.p.p. consente indagini suppletive ma «fatta eccezione degli atti per i quali è prevista la partecipazione dell'imputato o del difensore di questo». Inoltre, non bisogna dimenticare che l'ordinanza con la quale viene disposta la perquisizione, come tutte le altre ordinanze adottate nel dibattimento che non concernono la libertà personale, è per sua natura impugnabile unitamente alla sentenza conclusiva del grado di giudizio (art. 586 Cpp).

In relazione, poi, all'effettività dell'opposizione, non può non sottolinearsi come, con una scelta di politica legislativa, il legislatore delegante – nella "versione Bonafede" e nella "versione Lattanzi" – si sia limitato a disciplinare l'opposizione a una perquisizione negativa, senza rimodulare i mezzi di impugnazione contro una perquisizione positiva ad oggi presenti. Con l'attuale formulazione, la novella si è posta in linea di continuità con la giurisprudenza costituzionale[55] e di legittimità[56] che ha cristallizzato nel nostro ordinamento la dottrina del *male captum bene retentum*, secondo la quale tutto ciò che viene acquisito (o nel caso delle perquisizioni negative verbalizzato), a prescindere dalla legalità/legittimità della fonte, rimane pienamente utilizzabile. Il legislatore delegato si è perciò trovato "costretto" ad agire su un sentiero già tracciato e non ha potuto abbracciare la dottrina, di origine prevalentemente americana[57], dei frutti dell'albero avvelenato, secondo la quale i vizi genetici di un atto si ripercuotono su quelli successivi dallo stesso dipendenti (c.d. "inutilizzabilità derivata" esclusa, ad oggi, dal codice di rito): e ciò tanto per le perquisizioni negative, quanto per quelle positive.

Nonostante la Corte Edu abbia suggerito in alcune occasioni questa seconda via[58], l'opposizione alla perquisizione *ex* art. 252-*bis* Cpp, e con essa anche il riesame in caso di perquisizione positiva, possono comunque essere ricondotti nei binari della legalità convenzionale, garantendo un certo grado di effettività.

Sembra doversi far riferimento all'art. 2 l. 13.4.1988 n. 117, così come modificata dalla l. 27.2.2015 n. 18. L'attuale formulazione normativa prevede la possibilità del cittadino di chiedere allo Stato il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali causati da un magistrato[59], con dolo o colpa grave, nell'esercizio delle sue funzioni[60]. Se, in linea generale, la responsabilità dei magistrati non

[55] C. cost., 17.10.2022 n. 247; C. cost., 7.4.2022 n. 116; C. cost., 21.10.2020 n. 252; C. cost., 15.7.2019 n. 219.

[56] V. *supra* nota n. 3.

[57] V., in particolare, Silverthorne Lumber Co. v. United States - 251 U.S. 385, 40 S. Ct. 182 (1920).

[58] A titolo esemplificativo, v. C. eur., 6.10.2016, *K.S. e M.S. c. Germania*, §§46-47; C. eur., 27.9.2018, *Brazzi c. Italia*, §45.

[59] Sul punto C. cost. 6.7.2022 n. 205 ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, della legge 13 aprile 1988, n. 117 (Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati), nel testo antecedente alla modifica apportata dall'art. 2, comma 1, lettera a), della legge 27 febbraio 2015, n. 18 (Disciplina della responsabilità civile dei magistrati), nella parte in cui non prevede il risarcimento dei danni non patrimoniali da lesione dei diritti inviolabili della persona anche diversi dalla libertà personale».

[60] La Cassazione ha categoricamente escluso la possibilità di esercitare l'azione aquiliana direttamente nei confronti del magistrato che ha causato il danno risarcibile: «la proposizione, in sede civile, di azione risarcitoria diretta contro un magistrato per fatti commessi nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, configura […] una fattispecie di improponibilità assoluta e definitiva della domanda, in quanto concernente un diritto non configurato in astratto a livello normativo dall'ordinamento» (Cass. civ. S.U. 9.3.2020 n. 6690). Peraltro, anche C. cost. 6.7.2022 n. 205 ritiene che «l'illecito da esercizio della funzione giudiziaria presentava – e presenta tuttora, pur con le significative modifiche introdotte nel 2015 – caratteri di specialità, posti a presidio dell'indipendenza e dell'autonomia della funzione giudiziaria».

dovrebbe sussistere in caso di errata interpretazione di norme di diritto o erronea valutazione dei fatti e delle prove (art. 2 co. 2 l. 117/1988), a tale regola seguono comunque delle eccezioni. Più nello specifico, l'art. 2 co. 3 l. 117/1988 configura quattro ipotesi di colpa grave, in relazione alle quali – al pari dei casi di dolo – non trova applicazione la regola generale; trattasi di: 1) violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea; 2) travisamento del fatto o delle prove; 3) affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; 4) emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione. Se l'ultima ipotesi sembra doversi escludere, le prime tre possono essere poste alla base di una responsabilità civile del magistrato per le perquisizioni negative illegittime. Sul punto, sarebbe opportuno che i G.I.P., per facilitare l'applicazione del rimedio in esame, indicassero chiaramente nel provvedimento che accerta l'illegalità della perquisizione la sussistenza di una violazione manifesta di legge, di un travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'esistenza/inesistenza di un fatto incontrastabilmente escluso/risultante dagli atti del procedimento. Certamente, l'utilizzo di aggettivi e avverbi quali "manifesta" e "incontrastabilmente" si prestano a una lettura restrittiva della norma in esame, ma, al fine di garantire l'efficacia del nuovo rimedio, sarebbe opportuno che il già circoscritto orizzonte applicativo dell'istituto della responsabilità dei magistrati non fosse ulteriormente ristretto da letture di fatto disapplicanti della disciplina in questione. E ciò anche al fine di sensibilizzare un utilizzo delle perquisizioni in modo oculato, in linea con i dettami costituzionali, convenzionali e unionali. La Corte di Giustizia, infatti, benché sotto il vigore della formulazione letterale dell'art. 2 l. 117/1988 *ante* riforma del 2015, aveva già avuto modo di stigmatizzare la prassi giudiziaria italiana, sottolineando come la Cassazione avrebbe dato «una lettura estremamente restrittiva» della l. 117/1988, che conduce al «rigetto quasi sistematico delle denunce presentate contro lo Stato italiano»[61].
Deve, al contrario, essere escluso che un'eventuale responsabilità disciplinare possa essere utilizzata come grimaldello per garantire l'effettività del neo-introdotto rimedio. La Corte Edu, infatti, è costante nel ritenere che «*the possibility to seek disciplinary proceedings* […] *was not such* [effective] *remedy*» [62]. E infatti, anche qualora fosse irrogata una sanzione disciplinare, tale circostanza riverbererebbe effetti al più neutri sulla sfera giuridica del cittadino colpito da una perquisizione (positiva o negativa) illegittima.

6. Il neo-introdotto rimedio dell'opposizione alla perquisizione sembra presentare una "duplice anima": da un lato, vuole perseguire il dichiarato obiettivo di adeguarsi alla giurisprudenza della Corte Edu, con l'intenzione di tutelare nel miglior modo possibile le situazioni giuridiche soggettive di coloro che sono stati sottoposti a una perquisizione negativa illegittima; dall'altro lato, quest'ultimo scopo è in parte limitato, atteso che il legislatore delegante non ha ritenuto di introdurre nel nostro ordinamento la teoria dei frutti dell'albero avvelenato e, con essa, l'inutilizzabilità "derivata". Il legislatore delegato si è perciò trovato nell'impossibilità di seguire questa seconda strada, salvo travalicare i principi e criteri direttivi fissati con la legge delega, con conseguente violazione dell'art. 76 Cost.
Come visto, in sede esegetica è possibile cercare di rivestire di effettività il nuovo rimedio mediante il richiamo alla l. 117/1988, anche se, bisogna pur dirlo, con la sentenza *Brazzi c. Italia* la Corte Edu non ha salutato con favore la tesi *de qua*, dal momento che il Governo non aveva «fornito esempi atti a dimostrare che tale azione sia stata intentata con successo in circostanze simili a quelle della causa del ricorrente». Non si deve però dimenticare che il quadro giuridico è cambiato, atteso che l'odierno art. 2 l. 117/1988 è stato novellato dalla l. 18/2015, e si auspica che le future applicazioni

[61] C.G.UE, 13.6.2006, *Traghetti del Mediterraneo S.p.A.*, C-173/03, §27.
[62] C. eur., 19.1.2017, *Posevini c. Bulgaria*, §84.

giurisprudenziali non giungano a letture di fatto disapplicanti l'istituto della responsabilità civile dei magistrati, così da garantire un rimedio efficace ai soggetti – anche terzi – colpiti da una perquisizione (positiva o negativa).

In ogni caso, alla luce dei moniti della Corte di Strasburgo e della giurisprudenza della Corte di Giustizia – in particolare con *Gavanozov II* – è forse giunto il momento di riaprire a tutti i livelli l'annoso dibattito (per vero mai del tutto sopito) che ha visto contrapposte le tesi di Cordero[63] (*male captum bene retentum*) e Nobili[64] (frutti dell'albero avvelenato), introducendo nella dialettica un elemento nuovo: il diritto europeo *lato sensu* inteso. Infatti, è *ius receptum* che vi debba essere un'interpretazione del diritto interno conforme a quello UE e le sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007 hanno elevato le norme della Cedu – così come interpretata dalla Corte di Strasburgo – a rango di parametro interposto di legittimità costituzionale. La Corte di Giustizia e quella Europea, ragionando per principi[65], focalizzano l'attenzione sulla proporzionalità della perquisizione (art. 52 Carta di Nizza e art. 8 Cedu) e sull'effettività del ricorso (art. 47 Carta di Nizza e art. 13 Cedu). Tali principi, essendo (o comunque dovendo essere) ormai immanenti nel nostro sistema giuridico, non possono non essere tenuti in considerazione per risolvere il citato dilemma relativo alla scelta di politica legislativa in merito all'inutilizzabilità derivata (qualora un rimedio compensativo-risarcitorio non fosse ritenuto sufficiente).

[63] F. Cordero, *Tre studi sulle prove penali*, Milano 1963.
[64] M. Nobili, *La nuova procedura penale: lezioni agli studenti*, Bologna 1989.
[65] Per dovere di precisione, la Corte di Giustizia giudica sulla conformità di una normativa interna al diritto UE, ma nei settori riguardanti i diritti tutelati dalla Carta di Nizza il ragionamento che segue è molto simile a quello per principi che anima la Corte Edu.

LAVORO, PREVIDENZA SOCIALE, TUTELA CONTRO LA DISOCCUPAZIONE DEI LAVORATORI DETENUTI NELLA GIURISPRUDENZA DEL GIUDICE DEL LAVORO

di Giuseppe Caputo
(*Ricercatore in filosofia e sociologia del diritto, Università di Firenze*)

L'articolo analizza il diritto alla previdenza sociale dei detenuti che lavorano alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria alla luce delle più recenti riforme del lavoro carcerario e della giurisprudenza. In particolare, si sofferma sulle conseguenze prodotte sul sistema delle tutele previdenziali dal superamento della tesi della "specialità" del lavoro carcerario che lo voleva estraneo alla comune disciplina giuslavoristica. A dispetto del formale riconoscimento ai detenuti di diritti equipollenti a quelli dei lavoratori liberi, sussistono ancora oggi rilevanti ostacoli di natura amministrativa che impediscono loro di godere di importanti tutele quali quelle contro la disoccupazione involontaria. Le peculiari modalità organizzative del lavoro carcerario, unita a una inappropriata resistenza ad accettare le innovazioni imposte dalle riforme, hanno indotto l'amministrazione penitenziaria e l'Inps a negare l'esistenza del diritto dei detenuti alla Naspi. L'articolo analizza il nutrito contenzioso che è derivato da tale decisione del quale si è occupato il giudice del lavoro, competente in materia dopo l'importante decisione della Corte Cost. 341/2006. Si tratta di un caso particolarmente rilevante dal momento che i giudici del lavoro, per la prima volta in maniera così estesa, sono stati chiamati a confrontarsi con tematiche per loro nuove, anche se molto familiari alla dottrina penitenziaristica, quali quelle relative alla natura del lavoro penitenziario e alle tutele spettanti ai lavoratori detenuti.
The article analyses the right to social security of prisoners working for prison administration, in the light of the recent reforms and case law. It focuses on the consequences produced on the social security protection system by the traditional doctrine of the "specialty" of prison labour that excluded the application of the labour law discipline. Despite the formal recognition to prisoners of almost the same rights of free workers, there still exist today significant administrative obstacles that prevent prisoners from enjoying important social insurances such as the unemployment benefit called "Naspi". The prison administration and the National Institute for Social Security, ignoring the most recent reforms, have recently decided to deny the prisoners' right to "Naspi", recalling the peculiar organizational methods of prison work. The article analyses the litigation that arose from this decision, decided by labour judge competent after the important decision of the Constitutional Court 341/2006. This is a particularly relevant case law since the labour judges, for the first time in such an extensive way, have been called to deal with prison labour's cases and with issues such as those related to the nature of prison labour and the rights of prisoners.

SOMMARIO: 1. Il diritto alla previdenza sociale e la normalizzazione del lavoro penitenziario. – 2. La previdenza sociale dall'universalità alla selettività: il caso dei reati associativi. – 3. Sul diritto dei detenuti all'assicurazione contro la disoccupazione involontaria. – 4. Naspi e lavoro carcerario. – 5. La giurisprudenza del giudice del lavoro. – 5.1. Disoccupazione e scarcerazione. – 5.2. Disoccupazione e avvicendamento sul posto di lavoro. – 6. Conclusioni.

1. Sin dal 1975 la legge sull'ordinamento penitenziario (o.p.)[1] ha riconosciuto il diritto dei detenuti alla prestazione previdenziali derivanti dal lavoro svolto alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria. L'art. 20 Op dopo aver stabilito che la «durata delle prestazioni lavorative non può superare i limiti stabiliti dalle leggi vigenti in materia di lavoro» e che i detenuti hanno diritto al «riposo festivo» e quello «annuale retribuito», riconosce loro anche il diritto alla «tutela assicurativa e previdenziale». Tale clausola di inclusione universale dei detenuti nel sistema previdenziale nazionale ha consentito di superare il regime precedente, stabilito dal regolamento carcerario del 1931, nel quale si riconoscevano solo talune tassative tutele assicurative e previdenziali[2].
Il riconoscimento del diritto alla tutela assicurativa e previdenziale per i detenuti lavoranti alle dipendenze dell'amministrazione è coerente con lo spirito della riforma penitenziaria che individua il principio del lavoro salariato come uno dei cardini del modello correzionalista di penitenziario (art. 15 Op). Secondo l'o.p., infatti, l'amministrazione deve assicurare ai detenuti il lavoro (art. 15) che deve essere organizzato secondo modalità che devono riflettere quelle «del lavoro nella società libera al fine di far acquisire ai soggetti una preparazione professionale adeguata alle normali condizioni lavorative per agevolarne il reinserimento sociale» (art. 20). Esso prevede poi che il lavoro non sia afflittivo e venga retribuito (art. 20), anche se le remunerazioni sono ridotte di 1/3 rispetto ai minimi previsti dalla contrattazione nazionale (art. 22). Quest'ultima previsione, si badi bene, ha dirette ripercussioni anche sui diritti previdenziali: la contribuzione e le relative prestazioni economiche sono proporzionalmente ridotte nella misura in cui lo sono le remunerazioni. Ne deriva che un detenuto, a parità di inquadramento contrattuale con un lavoratore libero, percepisce non solo una retribuzione ma anche trattamenti previdenziali inferiori.
Il diritto a una remunerazione parametrata ai Ccnl, alla tutela assicurativa e previdenziale, seppur con i suddetti limiti, contribuisce ad una significativa assimilazione del lavoro penitenziario a quello libero[3]. Nonostante ciò, a lungo si è ritenuto che il lavoro penitenziario avesse una natura speciale e che questo comportasse l'inapplicabilità delle ordinarie tutele costituzionali previste per il lavoro libero. È stato solo con il contributo della giurisprudenza e con il d. lgs. 124/2018[4] che si è giunti ad una piena e formale «normalizzazione»[5] del lavoro dei detenuti. Vale la pena ripercorrere brevemente le principali tappe di questa evoluzione, al fine di far emergere gli argomenti che oggi fondano la dottrina della protezione giurisdizionale dei diritti dei lavoratori dei detenuti.
Secondo l'originaria concezione correzionalista dell'ordinamento penitenziario la specialità del lavoro derivava dal fatto che questo era definito come una componente obbligatoria, anche se non afflittiva, della punizione (art. 20 Op)[6] e, al contempo, come uno degli elementi del trattamento rieducativo (art. 15 Op)[7]. L'obbligatorietà comportava che il lavoro fosse un elemento accessorio

[1] L. 26.7.1975 n. 354.
[2] Il Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena, adottato con r.d. 18.6.1931 n. 787, all'art. 123 riconosceva solo l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, l'invalidità, la vecchiaia e la tubercolosi.
[3] R. Scognamiglio, *Il lavoro carcerario*, in *ADL* 2007, 15 ss..; *Il lavoro dei detenuti*, a cura di F. Cardanobile, R. Bruno, A. Basso, I., *Il lavoro dei detenuti*, Foggia 2007; G. Caputo, *Carcere e diritti sociali*, Firenze 2010; F. Marinelli, *Il lavoro dei detenuti*, in *WP-CSDLE Massimo D'Antona*, 234, 2014, 1 ss.; M. Agliata, *Il lavoro carcerario in Italia alla luce dei recenti interventi normativi e del rispetto dei diritti fondamentali a tutela della persona*, in *DU* 2014, 519 ss.; M.G. Mattarolo e A. Sitzia, *Il lavoro dei detenuti*, Padova 2017; I. Piccinini e P. Spagnolo, *Il reinserimento dei detenuti: esperienze applicative e novità legislative*, Torino 2020.
[4] D.lgs. 2.10.2018 n. 124, intitolato "Riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere g), h) e r), della legge 23 giugno 2017, n. 103".
[5] [5] L'espressione «normalizzazione» è stata usata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella decisione 7.7.2011 n. 37452/02, *Stammer v. Austria*, in www.echr.coe.int.
[6] T. Orsi, *Sul lavoro carcerario,* in *Temi* 1977, 506 ss.
[7] U. Romagnoli, *Il lavoro nella riforma carceraria*, in *Carcere e società*, a cura di M. Cappelletto e A. Lombroso, Venezia 1976, 92 ss.; V. Lamonaca, *Lavoro penitenziario, diritto vs obbligo*, in *RPC* 2, 2009, 49 ss.; V. Lamonaca, *Il lavoro penitenziario tra qualificazione giuridica e tutela processuale*, in *LPO*, 9, 2010, 828 ss.

della punizione che faceva perdere ai detenuti, oltre alla libertà personale, anche quella contrattuale[8]. Il fatto che il rapporto di lavoro non traesse origine dal libero incontro delle volontà delle parti e rispondesse alla speciale funzione rieducativa consentiva di giustificare deroghe alla comune disciplina giuslavoristica e previdenziale. Anche se, come visto, la natura pubblica del contratto alle dipendenze dell'Amministrazione non impediva che a questo fossero applicabili le ordinarie tutele per il lavoro subordinato[9]. Le uniche limitazioni riguardavano, a conti fatti, le retribuzioni ridotte (art. 22 Op) e la tutela giurisdizionale che era affidata ai magistrati di sorveglianza (art. 69 Op).
Inizialmente la tesi della specialità è stata sposata anche dalla Corte costituzionale nella decisione 1087/1988[10] con la quale ha avuto modo di chiarire che questa consente, in realtà, solo limitate e tassative deroghe alle comuni tutele. La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della norma sulle remunerazioni ridotte di cui all'art. 22 Op, ha considerato legittima tale riduzione nel solo caso del lavoro alle dipendenze dell'amministrazione che si svolge all'interno degli istituti penitenziari, ma non in quello del lavoro per soggetti terzi, nel qual caso non può sussistere alcuna differenza di trattamento con i lavoratori liberi. La Corte ha giustificato tale differenza con l'argomento secondo cui il rapporto di lavoro con l'amministrazione ha una natura pubblica che trae origine da una obbligazione e il suo sinallagma non è uno scambio tra prestazione e salario, come nel caso del lavoro per conto di privati, bensì tra prestazione e occasioni di formazione e trattamento. Al contempo la Corte ha precisato che tale deroga può essere solo parziale, dal momento che anche il lavoro dei detenuti è protetto «alla stregua dei precetti costituzionali (artt. 35 e 36 Cost.)» e che una retribuzione eccessivamente bassa sarebbe «certamente diseducativa e controproducente».
La giurisprudenza costituzionale successiva e la normativa penitenziaria internazionale hanno evoluto la tesi della specialità in quella della normalità[11]. Per prima la Corte cost. con la decisione 158/2001[12], nel riconoscere il diritto alle ferie dei lavoratori detenuti, ha suggerito una importante innovazione affermando che il rapporto di lavoro, a prescindere dalle modalità della sua instaurazione, ha una formale autonomia rispetto a quello punitivo, il che impone il riconoscimento di un «contenuto minimo di tutela che, secondo la Costituzione, deve assistere ogni rapporto di lavoro subordinato». Con la successiva importante decisione 341/2006[13] la Corte si è spinta sino a trasferire la competenza per le controversie nascenti dal rapporto di lavoro penitenziario dal magistrato di sorveglianza al giudice del lavoro, riconoscendo in tal modo ai lavoratori detenuti l'accesso alla medesima protezione giurisdizionale prevista per i lavoratori liberi.
La Corte europea dei diritti dell'uomo si è invece mostrata decisamente più timida nell'affermare la tesi della normalizzazione del lavoro carcerario. Consapevole del fatto che un suo pieno recepimento comporterebbe costi notevoli per i sistemi di sicurezza sociale degli Stati, che hanno modelli di lavoro carcerario molto diversi tra loro, si è limitata a sostenere l'esistenza del solo obbligo della remunerazione e delle assicurazioni contro malattia e infortuni, lasciando al *margin of appreciation* degli Stati la decisione sulla previdenza sociale[14]. La Corte, in tal modo, ha recepito le raccomandazioni delle Nazioni unite che, nelle *Mandela rules,* propongono una parziale assimilazioni con il lavoro libero, ma non quelle del Consiglio d'Europa che, nelle *European prison rules*, propongono invece una piena parificazione. I due testi internazionali hanno in comune l'importante novità di non prevedere più che il lavoro sia obbligatorio (reg. 26 delle Epr e reg. 96 delle *Mandela*

[8] L. De Litala, *Sicurezza sociale e sistema penitenziario in Italia con particolare riferimento al lavoro dei detenuti*, in *LSS* 1962, 15 ss.
[9] R. Scognamiglio, *op. cit.*, 28-29; F. Marinelli, *Il lavoro dei detenuti*, cit.
[10] C. cost. 30.11.1988 n. 1087 in www.cortecostituzionale.it.
[11] G. Caputo, *Detenuti-lavoratori o lavoratori-detenuti?*, in *Costituzionalismo*, 2, 2015.
[12] C. cost. 22.5.2001 n. 158 in www.cortecostituzionale.it.
[13] C. cost. 27.10.2006 n. 341 in www.cortecostituzionale.it.
[14] C. eur. 7.7.2011 n. 37452/02, *Stammer v. Austria*; 9.10.2012 n. 11332/04, *Zhelyazkov v. Bulgaria*; 9.2.2016 n. 10109/14 *Meier v. Switzerland*, in www.echr.coe.int.

Rules), ma si differenziano proprio sul punto delle tutele riconosciute ai lavoratori detenuti. Quanto alle *Mandela rules*, esse riconoscono il diritto alla retribuzione ordinaria e alla previdenza nel solo caso del lavoro per conto di privati (reg. 100); mentre quando il datore di lavoro è lo Stato esse ammettono retribuzioni ridotte (reg. 103) e obbligano a garantire la sola assicurazione contro infortuni e malattia, ma non quella previdenziale che è lasciata al *margin of appreciation* degli Stati (reg. 101). Nelle *European prison rules*, invece, la differenza di trattamento tra lavoro per lo Stato e per privati viene radicalmente superata: in entrambi i casi si riconosce il diritto ad «un'equa retribuzione» pari a quella dei lavoratori liberi (reg. 26 comma 10)[15] e l'inserimento nei sistemi di sicurezza sociale nazionale (reg. 26, comma 17).
Il legislatore italiano nel d. lgs. 124/2018 ha inteso adottare una soluzione che si avvicina molto a quella proposta dalle regole penitenziarie del Consiglio d'Europa. In primo luogo, pur confermando la regola sulle retribuzioni ridotte per il lavoro in favore dello Stato come ammesso dalle *Mandela rules*, ha abrogato dall'art. 20 la disposizione relativa all'obbligazione lavorativa, rimuovendo in tal modo quell'ultimo residuo della tradizionale concezione potestativa del lavoro penitenziario[16]. La riforma poi, collocandosi nel solco più avanzato delle regole penitenziarie europee, ha confermato all'art. 20 il pieno inserimento dei lavoratori detenuti nel sistema di previdenza sociale, giungendo anche ad imporre all'amministrazione l'attivazione di servizi «di assistenza all'espletamento delle pratiche per il conseguimento di prestazioni assistenziali e previdenziali e l'erogazione di servizi e misure di politica attiva del lavoro» (art. 25-*ter* Op)
Dopo tale riforma possiamo affermare che, fermo restando la peculiare *ratio* rieducativa dell'istituto del lavoro, si è formalmente compiuto quel processo di privatizzazione del rapporto di lavoro carcerario auspicato dalla Corte costituzionale nella decisione 158/2001 e, grazie all'abrogazione dell'obbligazione lavorativa, si è riconosciuta una piena capacità contrattuale in capo ai detenuti. Il lavoro carcerario nasce a tutti gli effetti dall'incontro di due volontà, formalmente libere, dal quale scaturiscono obbligazioni e diritti in larga parte assimilabili a quelli comuni. Salvo le eccezioni tassativamente previste dalla legge, quale quella di cui all'art. 22 Op, al rapporto di lavoro carcerario sono pertanto applicabili le ordinarie tutele.

2. Il principio dell'universalità dell'accesso dei detenuti alla previdenza sociale ha subito un rilevante ridimensionamento con l'entrata in vigore della l. 28.06.2012 n. 92, cosiddetta "Fornero"[17], che ha previsto limitazioni nell'accesso alla previdenza ed assistenza sociale per i condannati per alcuni reati associativi[18]. Per gli autori di reati considerati di particolare disvalore sociale il giudice deve disporre, infatti, la «sanzione accessoria» della revoca di alcune prestazioni quali l'indennità di disoccupazione, dell'assegno sociale, della pensione sociale e di quella per gli invalidi civili[19]. Inoltre, si prevede che

[15] Le *Europea prison rules* superano la distinzione, contenuta nella precedente edizione del 1987, tra la retribuzione «normale», da garantirsi quando il datore di lavoro è privato, e quella «equa», quando è l'amministrazione penitenziaria (Council of Europe, *Commentary to Recommendation Rec. R (2006) 2*, Strasbourg, 56).
[16] G. Caputo, *(In)Sicurezza sociale e carcere: problemi e prospettive*, in, *Il reinserimento del detenuto*, a cura di I. Piccinini e P. Spagnolo, Torino 2019, 145 ss.
[17] G. Caputo, *La tutela contro la disoccupazione dei detenuti lavoratori alla luce della riforma degli ammortizzatori sociali*, in *LD*, 4, 2014, 697 ss.
[18] Il comma 58 dell'art. 2 della l. 28.6.2012 n. 92 elenca i seguenti reati: associazione terroristica o eversiva (art. 270-*bis* Cp), attentato con finalità terroristiche o eversive (art. 280 Cp), sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (art. 289-*bis* Cp), associazione di stampo mafioso (art. 416-*bis* Cp), scambio elettorale politico mafioso (art. 416-*ter* Cp), strage (art. 422 Cp) nonchè per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo.
[19] L'art. 2 al comma 61 prevedeva inoltre che, entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge, il Ministro della giustizia, d'intesa con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, trasmettesse agli enti titolari dei relativi rapporti un elenco dei soggetti già condannati con sentenza passata in giudicato per i reati di cui al comma 58, affinché si provvedesse alla revoca con effetto non retroattivo.

la revoca possa essere disposta per qualsivoglia «prestazione previdenziale» qualora si accerti, o sia stato già accertato con sentenza in altro procedimento giurisdizionale, che i relativi contributi abbiano avuto «origine, in tutto o in parte, da un rapporto di lavoro fittizio a copertura di attività illecite connesse a taluno dei reati di cui al primo periodo».
Nel commentare tali previsioni possiamo sostenere la ragionevolezza della revoca delle prestazioni previdenziali derivanti da una contribuzione fittizia, mentre decisamente problematica appare la sanzione accessoria per gli autori dei su menzionati reati associativi. È del tutto evidente che in tali casi si prevede una pesante deroga al principio dell'uguale accesso dei detenuti al trattamento penitenziario e, *in specie*, al diritto al lavoro (art. 1, 15 e 20 Op) e un conseguente orientamento della pena carceraria in senso meramente afflittivo che stride con il dettato costituzionale. In particolare, va evidenziato che la previsione di una sanzione accessoria la cui durata è prestabilita per tutta la durata della condanna, senza la possibilità di poterne richiedere una revisione a pena in corso, facendo valere eventuali progressi positivi nella condotta carceraria, appare del tutto estranea al principio rieducativo che deve presiedere all'esecuzione di qualsivoglia pena (art. 27 Cost.). Infatti, lo stesso ordinamento penitenziario prevede che le limitazioni di accesso al trattamento rieducativo, come quelle derivanti dall'applicazione dei regimi di cui all'art. 41-*bis* o al 14-*bis* Op, o quelle di accesso alle misure alternative, come quelle di cui all'art. 4-*bis*, siano sempre revocabili dal magistrato di sorveglianza nel corso dell'esecuzione della pena [20].
Sulla legittimità della norma in commento si è pronunziata la Corte costituzionale con la decisione 25.5.2021 n. 137[21] relativa ad un caso di revoca dell'assegno sociale ad un condannato che si trovava in detenzione domiciliare. . La Corte ha ammesso la natura afflittiva della revoca e l'attribuzione di uno «statuto d'indegnità» nei confronti di «chi sia risultato colpevole di peculiari delitti». Al contempo ha sostenuto che la revoca di tali misure assistenziali non comporta necessariamente il venir meno di quel dovere di solidarietà previsto dall'art. 38 Cost. a protezione dei cittadini inabili al lavoro e poveri, dovere che si concretizza «attraverso specifiche misure di assistenza economica, basate principalmente sullo stato di bisogno del beneficiario». Secondo la Corte, dunque, nel caso di una persona reclusa in carcere tale obbligazione sarebbe adempiuta dall'amministrazione penitenziaria che provvede al suo completo sostentamento. Diverso il caso di una persona che si trovi in una misura non carceraria, quale la detenzione domiciliare, nel qual caso esiste il rischio concreto che questa sia priva «dei mezzi per vivere, ottenibili, in virtù dello stato di bisogno, solo dalle prestazioni assistenziali». Per tale ragione la Corte ha concluso dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 61, della l. 28.6.2012 n. 92, nella parte in cui prevede la revoca delle prestazioni ivi indicate (indennità di disoccupazione inclusa) limitatamente al caso di «coloro che scontino la pena in regime alternativo alla detenzione in carcere». Sostenendo, dunque, la legittimità della revoca a coloro che si trovano in carcere.
Preme qui sottolineare che la Corte, nelle sue argomentazioni, non si è premurata di operare alcuna distinzione tra le varie misure revocabili ai condannati per reati associativi, mettendo sul medesimo piano misure che hanno natura spiccatamente assistenziale (assegno sociale, pensione sociale e pensione per gli invalidi civili) con una misura, come l'indennità di disoccupazione che, vedremo, ha natura spiccatamente assicurativa. La distinzione sarebbe stata necessaria, dal momento che la ratio di quest'ultima non è da ricondurre a quel primo comma dell'art. 38 Cost. richiamato dalla Corte che, ricordiamo, riguarda i cittadini inabili e bisognosi; bensì è riconducibile al secondo comma del medesimo art. 38 che riconosce a tutti i lavoratori il diritto a "che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia,

[20] G. Caputo, *(In)Sicurezza sociale e carcere: problemi e prospettive, in I. Piccinini e P. Spagnolo (a cura di), Il reinserimento del detenuto,* cit.
[21] I giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 2 co. 61 l. 28.6.2012 n. 92, erano stati promossi dal Tribunale ordinario di Fermo, sez. lav., con ordinanza del 16.7.2019 e dal Tribunale ordinario di Roma, sez. I lav., con ordinanza del 6.2.2020.

disoccupazione involontaria". Alla Corte è evidentemente sfuggito che nel caso della sanzione revoca della disoccupazione involontaria, non è in gioco il diritto al mantenimento di cittadini inabili, eventualmente soddisfacibile dall'istituzione carceraria, ma il diritto di lavoratori detenuti a percepire un trattamento economico per il quale sono stati versati specifici contributi. L'impossibilità di beneficiare dei vantaggi della contribuzione, oltre a rappresentare una discriminazione nell'accesso alle tutele costituzionali del lavoro (art. 3 e 38 Cost.), conferisce anche una connotazione afflittiva al lavoro carcerario che, invece, dovrebbe avere una finalità risocializzante (art. 27 Cost.) essendo elemento centrale del trattamento rieducativo (art. 15 Op).

3. Quello del rapporto tra lavoro carcerario e assicurazione contro la disoccupazione è un tema controverso [22]. Se tradizionalmente l'esclusione dal mercato del lavoro e la disoccupazione involontaria erano considerati effetti ineluttabili della carcerazione, con l'o.p. del 1975 si è aperto ai lavoratori detenuti l'accesso ai comuni ammortizzatori sociali previsti per la generalità dei lavoratori, inclusi quelli a tutela della disoccupazione involontaria, grazie al riconoscimento del diritto alla previdenza sociale disposto dall'art. 20. Come anticipato, la tutela contro la disoccupazione affonda le sue radici nel secondo comma dell'art. 38 che impone allo Stato la tutelare la generalità dei lavoratori dal rischio di estromissione dal mercato del lavoro in caso di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia e, appunto, disoccupazione involontaria.
Nonostante la previsione di cui all'art. 20 Op la tutela contro la disoccupazione involontaria è rimasta inaccessibile per i detenuti fino alla riforma del collocamento lavorativo, effettuata con l. 28.2.1987 n. 56, che ha semplificato l'accesso dei detenuti alle liste di collocamento che era un requisito necessario per ottenere l'indennità di disoccupazione. La l. 56/1987 nel dedicare un intero articolo, il 19, al collocamento dei detenuti e degli internati, stabiliva due fondamentali principi in materia di protezione dei detenuti dal rischio di disoccupazione, che sono ancora applicabili alle odierne tutele contro la disoccupazione involontaria come la Naspi.
Il primo, contenuto all'art. 19 co. 2, consiste nell'affermazione secondo cui lo stato di detenzione attesta quello di disoccupazione, senza necessità di conferma per tutto il periodo in cui dura la detenzione. Il legislatore prendendo atto che la privazione della libertà personale comporta l'impossibilità, oltre che di lavorare nel mercato libero, anche di iscriversi come disoccupato al collocamento, esonera i detenuti dall'obbligo di iscrizione, facendo ricadere l'eventuale onere in capo alle direzioni degli Istituti.
Il secondo principio, contenuto all'art. 19 co. 3, è quello secondo cui la detenzione non comporta la decadenza dal diritto alla disoccupazione che, coerentemente con le previsioni di cui all'art. 20 Op, deve ritenersi pienamente esigibile da parte dei detenuti che ne abbiamo i requisiti.
La scelta legislativa di facilitare l'accesso alle tutele contro la disoccupazione, semplificando per i detenuti oneri quali quelli menzionati, appare del tutto coerente con i principi in materia di pene sanciti dall'art. 27 Cost., nonché con quelli in materia di protezione del lavoro (art. 38 Cost.). In tale direzione va anche la citata previsione di cui all'art. 25-*ter* Op relativa ai servizi di assistenza per l'accesso alle tutele sociali e ai servizi di politica attiva del lavoro.

4. Naturalmente l'affermazione di principio dell'esistenza del diritto dei detenuti alle protezioni contro la disoccupazione non comporta l'automatica applicabilità al lavoro carcerario delle relative tutele assicurative. È necessario, infatti, valutare l'effettiva compatibilità delle forme contrattuali e dei modelli organizzativi utilizzati nel mondo carcerario con i requisiti previsti dalla Nuova Assicurazione Sociale per l'Impiego (Naspi) [23], la misura a tutela dei lavoratori dal rischio di

[22] R. Ciccotti, F. Pittau, *Il lavoro in carcere. Aspetti giuridici e operativi*, Milano 1987, 137 ss.; G. Caputo, *La tutela contro la disoccupazione dei detenuti lavoratori alla luce della riforma degli ammortizzatori sociali*, cit.
[23] La Naspi è stata istituita dall'art. 1 del d.lgs. 4.3.2015 n. 22.

disoccupazione involontaria prevista per i lavoratori con rapporto di lavoro subordinato (art. 1 d. lgs. 22/2015). Si tratta di una misura neo-bismarckiana di protezione dei lavoratori dal rischio di disoccupazione secondo la logica assicurativa[24], profondamente legata al modello europeo di *flex-security* che impone allo Stato di farsi carico del bisogno di reddito e di formazione dei lavoratori nei fisiologici periodi di passaggio da un impiego ad un altro. Presenta poi evidenti connessioni con le politiche attive del lavoro che, per un verso, condizionano l'erogazione di sussidi economici allo stato di disoccupazione involontaria, per altro verso pretendono dal lavoratore un impegno attivo in termini di formazione e di ricerca del lavoro. La Naspi, infatti, presuppone lo stato di disoccupazione del richiedente e ulteriori requisiti contributivi quali il possesso di almeno tredici settimane di contribuzione nei quattro anni precedenti l'inizio del periodo di disoccupazione e, solo per gli eventi verificatisi prima del 31 dicembre 2021, almeno trenta giornate di lavoro effettivo o equivalenti nei dodici mesi precedenti l'inizio del periodo di disoccupazione[25].
Rispetto a tali requisiti il lavoro penitenziario non sembra presentare evidenti incongruenze. I requisiti contributivi, infatti, risultano sostanzialmente compatibili con il lavoro penitenziario, salvo il fatto che, come visto, la contribuzione è ridotta proporzionalmente alle retribuzioni. Più problematico risulta, invece, il requisito dello stato di disoccupazione dal momento che questo viene definito, all'art. 1, co. 2, lett. c, d. lgs. 21.4.2000 n. 181, come «la condizione del soggetto privo di lavoro» che sia anche «immediatamente disponibile allo svolgimento ed alla ricerca di un'attività lavorativa secondo modalità definite con i servizi competenti». Naturalmente questa forma di *engagement* richiesto ai disoccupati in libertà non è esigibile nei confronti di una persona privata dalla libertà personale, la cui possibilità di accedere ad eventuali offerte di lavoro esterne è rimessa agli stringenti requisitivi previsti per le misure alternative e a una valutazione discrezionale da parte della magistratura di sorveglianza. Per ovviare a tale inconveniente, ci vengono ancora in aiuto le citate previsioni contenute nell'art. 19 della vecchia legge sul collocamento[26] che, come visto, esonerano i detenuti da siffatto onere. I detenuti, pertanto, provano il loro stato di disoccupazione per il semplice fatto di trovarsi in carcere, circostanza che costituisce anche un legittimo impedimento a dare immediata disponibilità all'assunzione.
Questa interpretazione è stata sostanzialmente pacifica sino al 2018 quando una circolare del Dap[27], prontamente recepita dall'Inps[28], ha messo in discussione il diritto dei detenuti a percepire la Naspi nel periodo della detenzione, sostenendo la tesi secondo cui sarebbe esigibile solo a scarcerazione avvenuta. Tali circolari hanno posto il problema dell'incompatibilità dei requisiti della Naspi rispetto al lavoro dei detenuti, avuto riguardo alla sua natura "speciale" e alle peculiari modalità con cui questo viene organizzato. La tesi proposta si basa essenzialmente su due argomenti.
Il primo argomento attiene alla natura del rapporto di lavoro penitenziario e si basa sulla tradizionale tesi della "specialità" del lavoro penitenziario secondo cui questo non è assimilabile ai comuni rapporti di lavoro perchè è previsto come obbligatorio dalla legge penitenziaria e perchè è finalizzato al trattamento dei detenuti. Secondo l'amministrazione il lavoro svolto alle sue dipendenze è una «forma giuridica atipica e non riconducibile a nessuna delle fattispecie attualmente previste dalla normativa», può essere definito come «lavoro dipendente a orario ridotto» ma non assimilabile «alla

[24] S. Renga, *NASpI E Dis-Coll. Principio di solidarietà versus principio assicurativo*, in DLM 2018, 469 ss.; L. Torsello, *Dall'assicurazione alla solidarietà e ritorno. Il caso Della Naspi*, in *LD*, 3, 2018, 477 ss.; G. Balandi, *L'eterna ghirlanda opaca: evoluzione e contraddizione del sistema italiano di sicurezza sociale*, In *LD*, 2, 2015, 313 ss.
[25] Il requisito delle 30 giornate di lavoro effettivo (di cui all'art. 3 co. 1 lett. c d.lgs. 22/2015) non trova più applicazione per gli eventi di disoccupazione successivi al 1° gennaio 2022 (art. 3 co. 1-*bis* d.lgs. 22/2015 introdotto dalla l. 30.12.2021 n. 234).
[26] Si tenga presente che, ad eccezione del primo comma dell'art. 19 che è stato abrogato con il d.lgs. 19.12.2002 n. 297, tutti gli altri commi sono ancora in vigore.
[27] Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, circolare 4.10.2018 n. 0308155.
[28] Messaggio Inps 5.3.2019 n. 909.

disciplina del part-time».
Il secondo argomento attiene invece al modello organizzativo del rapporto di lavoro. Si è sostenuto, richiamandosi alla decisione della Cass. 3.5.2006 n. 18505, che la cosiddetta "turnazione" lavorativa dei detenuti, utilizzata per prassi dall'Amministrazione per consentire la più ampia fruizione dei posti di lavoro da parte dei detenuti, dia luogo ad una modalità di lavoro "atipica" che non integra i requisiti previsti per la Naspi. Questa modalità di assegnazione dei detenuti al lavoro prevede in sostanza che i detenuti si "avvicendino" su un numero limitato di posti di lavoro, per sopperire alla scarsità dell'offerta lavorativa che, a dire in vero, l'amministrazione sarebbe tenuta ad assicurare (art. 15 Op). Secondo l'amministrazione il termine del periodo di impiego nell'ambito di questo avvicendamento deve essere considerato una "sospensione" temporanea dal lavoro, stante la possibilità per i detenuti di essere riassegnati in qualsiasi momento al lavoro, che non integra gli estremi del licenziamento vero e proprio richiesto per poter godere della Naspi.

5. Come detto, l'Inps, basandosi sugli argomenti contenuti nella circolare del Dap, ha emanato un messaggio in cui ha sostenuto l'insussistenza del diritto dei detenuti alla Naspi per il lavoro svolto alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, facendo salvo il caso «in cui il rapporto di lavoro si sia svolto con datori di lavoro diversi dall'Amministrazione penitenziaria». Nel messaggio si richiama la citata sentenza della Corte di Cassazione n. 18505/2006 per sostenere la tesi della specialità del lavoro penitenziario e del suo modello organizzativo basato sull'avvicendamento. Si sostiene poi che la contribuzione contro la disoccupazione, dovuta per legge, potrà esser fatta valere in futuro «nel caso di cessazione involontaria da un rapporto di lavoro con datori di lavoro diversi dall'Istituto penitenziario» sempre che sia stata versata «nei quattro anni precedenti l'inizio del periodo di disoccupazione». A questa decisione ha fatto seguito un nutrito contenzioso[29] del quale si è occupato il giudice del lavoro competente in materia dopo l'importante decisione della Corte Cost. 341/2006.
La dottrina[30] e gran parte della giurisprudenza, come vedremo di seguito, ha rigettato la tesi della specialità del lavoro penitenziario, sostenendo la tesi contraria della normalizzazione e quella della sussistenza del diritto alla Naspi. Nel fare ciò ha approfondito anche la questione della compatibilità della Naspi con le modalità organizzative del lavoro penitenziario, confrontandosi nello specifico con le due più comuni ipotesi di interruzione del rapporto di lavoro: per scarcerazione o per avvicendamento sul posto di lavoro. Come vedremo, i giudici del lavoro hanno accolto sia i ricorsi ex-detenuti che avevano interrotto il lavoro a causa della scarcerazione e fatto richiesta di Naspi in libertà (cfr. *infra*, 5.1); sia i ricorsi di detenuti che, avendo perduto il lavoro al termine del periodo di rotazione o per trasferimento ad altro istituto, ne avevano fatto richiesta durante la detenzione (cfr. *infra*, 5.2)[31].

5.1. La questione preliminare con cui il giudice del lavoro si è dovuto confrontare nell'affrontare casi di rigetto della Naspi a ex-detenuti che ne avevano fatto richiesta una volta usciti dal carcere, è quella

[29] Il contenzioso è stato promosso a livello da Inca Cgil insieme ad associazioni per la tutela dei diritti dei detenuti quali L'altro diritto e Antigone.
[30] V. Lamonaca, *Il diritto alla Naspi del lavoratore detenuto alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria*, in *RGL*, 1, 2020, 196 ss.; F. Malzani, *Lavoro a favore dell'amministrazione penitenziaria e Naspi: un orientamento da ripensare*, in *RCP*, 2, 2020, 556 ss.; G. Mautone, *Lavoro dei detenuti e ammissione al trattamento di disoccupazione: si consolida l'interpretazione che ammette la compatibilità,* in *www.sistemapenale.it*, *25.3*.2022; V. A. Poso, *La disoccupazione involontaria dei detenuti lavoratori alle dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria supera (per ora) la prova della NASpI*, in *www.rivistalabor.it*, 27.1.2022; L. Pelliccia, *Il diritto alla tutela indennitaria contro la disoccupazione involontaria (NASpI) a favore dei detenuti che lavorano alle dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria,* in www.osep.jus.unipi.it, 15.9.2022.
[31] Tutte le sentenze del Giudice del lavoro in commento, molte delle quali inedite, sono state messe a disposizione dalla Cgil e dallo Sportello tutele sociali de L'altro diritto, Centro di documentazione su carcere, marginalità e devianza.

di stabilire se la scarcerazione possa o meno essere considerata una forma di "involontaria" cessazione del rapporto di lavoro. Sebbene in taluni isolati casi il giudice del lavoro abbia ritenuto che la cessazione non sia riconducibile alla "sfera di influenza" dell'amministrazione penitenziaria, trattandosi di un evento esclusivamente riferibile alla «persona del lavoratore, ed anzi a ben vedere estraneo all'asserito rapporto di lavoro instaurato con l'Amministrazione"[32]. Nella gran parte dei casi il giudice del lavoro ha chiarito che la cessazione del rapporto del lavoro in conseguenza della scarcerazione è un evento oggettivo e in alcun modo dipendente dalla volontà del lavoratore che, di conseguenza, ha il diritto alla Naspi qualora sussistano gli altri requisiti contributivi.
Il giudice del lavoro di Verona, tra gli altri, ha chiarito che il detenuto non ha la «possibilità di richiedere la permanenza all'interno della casa circondariale per poter proseguire a lavorare» e, pertanto, il licenziamento è «un evento estrinseco alla volontà del lavoratore e che lo "colpisce" in quanto "oggetto" della interruzione del rapporto e non già quale "soggetto" che "vuole" porvi fine»[33]. Sul requisito dell'involontarietà, richiamando ulteriori precedenti giudiziari[34], ha precisato che questa è addirittura sussistente anche quando «pur essendosi in presenza di una manifestazione di volontà del lavoratore di risolvere il rapporto, tale risoluzione è in concreto da ascrivere al comportamento del datore di lavoro», come nel caso in cui il lavoratore che si sia dimesso per giusta causa o abbia risolto consensualmente il rapporto di lavoro (nell'ambito della procedura di cui all'art. 7 della l. 15.7.1966 n. 604, come novellato dalla l. 28.6.2012 n. 92). La Corte d'Appello di Torino[35], poi, è giunta a riconoscere il diritto alla Naspi anche nel caso di trasferimento di un detenuto ad un altro carcere, considerando il trasferimento come una causa di perdita involontaria del posto di lavoro.
A conclusioni analoghe giunge anche la Corte di Appello di Milano (n. 568/2022)[36] la quale, richiamandosi alla precedente decisione della Corte di Appello di Torino (n. 886/2019) su un caso analogo, ha sostenuto che il diritto alla Naspi dei detenuti, oltre a derivare dall'inesistenza di una esplicita previsione in senso contrario, deriva da una lettura costituzionalmente orientata della disciplina. Il diritto alla Naspi per i lavoratori detenuti può essere affermato a partire dei principi costituzionali in materia di lavoro (3, 4, 35 e 38 Cost.) nonché di quelli in materia di pene (art. 27).
Con riguardo ai primi, la giurisprudenza di merito[37] si richiama unanimemente alla citata sentenza della Corte costituzionale n. 158/2001 che, come visto, riconosce l'autonomia del rapporto di lavoro penitenziario rispetto al rapporto punitivo e gli estende le ordinarie tutele costituzionali del lavoro. In ragione di ciò il diniego della Naspi ai soli lavoratori detenuti lavoranti per l'Amministrazione penitenziaria «confliggerebbe con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Costituzione» in quanto essi «sarebbero gli unici, nell'ordinamento, a versare la contribuzione atta a finanziare la Naspi senza potersene avvantaggiare»[38].
Con riguardo ai principi in materia di pene, si è sostenuto che il mancato riconoscimento delle protezioni contro la disoccupazione impedirebbe al lavoro di assolvere a quella finalità di reinserimento sociale che gli attribuisce la stessa legge penitenziaria (art. 15 Op), oltretutto lo si farebbe proprio nel momento della scarcerazione che è la tappa più delicata «del progetto di reinserimento sociale, caratterizzato dalla difficolta di trovare una nuova occupazione lavorativa tanto più elevata in chi vanta una pregressa esperienza detentiva»[39]. Secondo il Tribunale di Venezia,

[32] T. Frosinone sez. lav. 29.9.2021 n. 843, inedita.
[33] T. Verona sez. lav. 7.2.2022 n. 54, in www.sistemapenale.it. Per un commento a questa sentenza G. Mautone, cit.
[34] App. Torino sez. lav. 29.7.2020 n. 289, inedita; T. Venezia sez. lav. 15.12.2020 n. 494, inedita.
[35] App. Torino sez. lav. 26.10.2021 n. 523, in www.osep.jus.unipi.it.
[36] App. Milano sez. lav. 5.6.2022 n. 568, inedita.
[37] T. Verona, cit.; T. Venezia sez. lav. 15.12.2020 n. 494, inedita; T. Milano sez. lav. 6.9.2022 n. 2205, www.osep.jus.unipi.it; T. Cosenza, sez. lav. 29.3.2021 n. 764, inedita; T. Milano 10.11.2021 n. 2718, in www.osep.jus.unipi.it; T. Genova sez. lav. 10.3.2022 n. 810, inedita; App. Milano, cit.; T. Siena sez. lav. 5.9.2022 n. 60, in www.osep.jus.unipi.it;
[38] T. Venezia, cit.
[39] App. Milano, cit.

infatti, il diritto alla remunerazione e alla «tutela previdenziale/assicurativa», oltre che essere diritti fondamentali di ciascun lavoratore, hanno anche una importante funzione pedagogica di «modificazione degli atteggiamenti che sono di ostacolo ad una costruttiva partecipazione sociale»[40]. Tale interpretazione si presenta coerente con gli assunti del modello correzionalista proposto dall'ordinamento penitenziario e dal suo regolamento di attuazione, secondo il quale la regola della assimilazione del lavoro detenuto a quello libero ha lo scopo di insegnare ai detenuti l'etica del lavoro salariato come strumento principale di accesso al reddito ed al *welfare*.

5.2. Tra i primi giudici del lavoro ad esprimersi sulla questione della natura dell'interruzione del rapporto di lavoro prodotta dal sistema della cosiddetta turnazione troviamo il Tribunale di Ivrea[41] che, nell'accogliere il ricorso, ha definito «ardita» e «destituita di fondamento» la tesi secondo cui tale interruzione si configuri come una «sospensione». Secondo il giudice del lavoro non vi è dubbio che il contratto di lavoro con l'amministrazione si configuri come un «contratto a termine» dal momento che la riassegnazione al lavoro non è certa dipendendo da eventuali opportunità di lavoro[42] e che, in ogni caso, con l'avvicendamento cessa «qualsivoglia versamento di contributi»[43]. Viceversa, come ha giustamente fatto notare Lamonaca[44], se l'avvicendamento desse luogo a una mera sospensione allora sussisterebbe in capo al detenuto il diritto alla remunerazione che, se non venisse corrisposta, darebbe diritto alle dimissioni per giusta causa che certamente darebbero diritto alla Naspi[45].
Il giudice del lavoro di Cosenza e quello di Siena[46], in casi analoghi, hanno chiarito che il requisito dell'involontarietà dello stato di disoccupazione certamente sussiste al termine del periodo di cosiddetta turnazione, anche perché tale requisito è inteso normalmente come riferito a casi «in cui il lavoratore dipendente perde il proprio lavoro per effetto di licenziamento o di scadenza del termine in caso di rapporto temporaneo, vale a dire in conseguenza di eventi riconducibili all'iniziativa del datore di lavoro ed alle sue prerogative imprenditoriali»[47] . Il giudice di Firenze[48] ha affermato che in tali casi «la cessazione del rapporto di lavoro non è imputabile al lavoratore detenuto, non risponde ad un suo interesse sostanziale e non è una sua libera scelta", chiarendo che «l'inattività consegue all'indisponibilità di una occasione di lavoro, derivante dalla turnazione come organizzata dall'Amministrazione penitenziaria, datrice di lavoro, situazione che non è assimilabile alla condizione del lavoratore che si dimetta o che scelga di rimanere senza occupazione, in cui si sostanza la volontarietà della disoccupazione.» Quello di Genova[49] ha ritenuto «che la situazione di mancanza di lavoro del ricorrente dipenda dai turni di rotazione ed avvicendamento previsti per il lavoro penitenziario» concludendo che è «evidente che tale turnazione prescinda dalla volontà del ricorrente» e che pertanto lo stato di disoccupazione non può «certamente ritenersi dovuta a cause

[40] T. Venezia, cit.
[41] T. Ivrea sez. lav. 25.10.2018 n. 313, inedita.
[42] T. Ivrea, cit.; T. Siena, cit.; T. Genova, cit.
[43] T. Ivrea, cit.
[44] V. Lamonaca, *Il diritto alla Naspi del lavoratore detenuto alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria*, cit., 202.
[45] Di parere contrario il giudice del lavoro di Torino che nel riconoscere il diritto alla Naspi a un ex-detenuto ha argomentato che l'interruzione del rapporto di lavoro può dirsi certamente sussistente in caso di scarcerazione, ma non in caso di turnazione quando si verifica una mera sospensione (T. Torino sez. lav. 25.3.2019 n. 172). Per un commento critico a tale decisione si veda il commento F. Malzani, *Lavoro a favore dell'amministrazione penitenziaria e Naspi: un orientamento da ripensare*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2, 2020, 556 ss.
[46] T. Cosenza, cit.; T. Siena, cit.
[47] T. Cosenza, cit.
[48] T. Firenze sez. lav. 3.11.2022 n. 1273, inedita.
[49] T. Genova, sez. lav. 10.3.2022 n. 810, App. 9.3.2023 n. 49, inedita.

legate alla volontà del lavoratore, essendo semmai assimilabile alla scadenza del termine in un rapporto a tempo determinato, situazione che dà pacificamente diritto alla Naspi». Lo stesso giudice del lavoro ha ricordato che la nozione di involontarietà della perdita del posto di lavoro sia «normativamente intesa in senso assai ampio, atteso che la Naspi spetta, pacificamente, anche in talune particolari situazioni ricollegabili (queste sì) alla volontà del lavoratore»[50].
I giudici del lavoro di Cosenza, di Firenze e di Genova[51] hanno anche rigettato esplicitamente la tesi della specialità, mediante il richiamo alla giurisprudenza costituzionale che, come visto, ha assimilato il lavoro penitenziario a quello libero e riconosciuto i diritti dei lavoratori detenuti, con lo scontato riferimento alla menzionata clausola di inclusione dei detenuti nel sistema previdenziale contenuta all'art. 20 Op.
Il Tribunale di Padova[52] e quello di Genova[53] hanno chiarito che la Naspi è una misura di carattere universale rivolta a tutti i lavoratori dipendenti, ad eccezione di talune tipologie esplicitamente escluse tra le quali, però, non vengono menzionati i detenuti. Secondo il giudice del lavoro una loro esclusione sarebbe illegittima poiché costituirebbe una discriminazione ai sensi dell'art. 3 Cost. a danno dei detenuti che non potrebbero accedere a una misura per cui vengono versati i contributi e, in secondo luogo, poiché violerebbe i principi in materia di lavoro penitenziario dettati dalla normativa penitenziaria europea e delle *Mandela rules*.
Sugli effetti discriminatori dell'esclusione dei detenuti dalla Naspi si è soffermato in maniera particolarmente approfondita il Tribunale di Siena[54] la cui decisione merita di essere analizzata per la sua ricchezza di argomenti. Il giudice di Siena, infatti, ha affermato che «disconoscere la corresponsione della Naspi a tutti i cittadini meno che ai detenuti lavoratori subordinati dell'Amministrazione penitenziaria configuri una palese violazione degli artt. 3, 4, 35 e 38 della Costituzione da parte di INPS il cui comportamento non deve dirsi solo illegittimo e incostituzionale ma, prima di tutto, discriminatorio». Se tale diritto venisse negato i detenuti sarebbero «i soli lavoratori subordinati sul territorio italiano» che, pur essendo in possesso di tutti i requisiti per la Naspi e pur versando i contributi, ne resterebbero esclusi.
Il giudice di Siena ha definito poi del tutto «illogiche» le motivazioni che stanno alla base della decisione dell'Inps e «ancor più palese la discriminazione» se si considera che la Naspi viene pacificamente riconosciuta ai detenuti che lavorano per **«**datori di lavoro diversi dall'Amministrazione Penitenziaria». Agli occhi del giudice di Siena tale disparità di trattamento appare particolarmente intollerabile e «disvela la prima ragione per cui tale discriminazione viene consumata: l'incapacità organizzativa e finanziaria dello Stato, in persona del suo dicastero della Giustizia, di dare attuazione all'art. 4 della Costituzione all'interno degli istituti penitenziari». L'obbligo dello Stato di promuovere le condizioni che rendono effettivo il lavoro (art. 4 Cost.), si ricordi, trova poi il suo corrispettivo nell'art. 20 e, come detto, nell'art. 15 Op che impongono all'amministrazione di assicurare posti di lavoro e modelli organizzativi simili a quelli del mondo libero. Appare, dunque, oltremodo contraddittorio che a fronte di tale inadempienza lo Stato cerchi anche di «conseguire un risparmio di spesa» privando i detenuti della Naspi e violi l'art. 35 Cost. che pone l'obbligo «di tutelare il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni» e l'art. 38 Cost. che, come detto, sancisce il diritto dei lavoratori alla tutela contro la disoccupazione.

[50] Tra le quali il giudice del lavoro menziona: le dimissioni intervenute durante il periodo tutelato di maternità *ex* artt. 54 e 55 d.lgs. n. 151/2001; la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro intervenuta nell'ambito della procedura di conciliazione di cui all'art. 7 l. n. 604/1966; il caso della risoluzione consensuale a seguito del rifiuto del lavoratore di trasferirsi presso altra sede della stessa azienda distante più di 50 chilometri dalla residenza del lavoratore; il licenziamento con accettazione dell'offerta di conciliazione *ex* art. 6 d.lgs. n. 22/2015; il licenziamento disciplinare.
[51] T. Cosenza, cit.; T. Genova, cit.; T. Firenze sez. lav. 5.5.2022 n. 311, in www.osep.jus.unipi.it;
[52] T. Padova sez. lav. 15.11.2021 n. 603, in www.osep.jus.unipi.it.
[53] T. Genova, cit.
[54] T. Siena, cit.

6. Alla luce della giurisprudenza analizzata sarebbe forse lecito aspettarsi una modifica dei provvedimenti amministrativi del D.a.p. e dell'Inps che hanno dato vita al contenzioso. Si tratta in effetti di atti che non solo ledono posizioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela, come stabilito dal giudice del lavoro, ma che si pongono anche in evidente contraddizione con lo spirito del d.lgs. 124/2018 e con il principio rieducativo che dovrebbe costituire il faro delle politiche penitenziarie in materia di lavoro e reinserimento sociale.
Appaiono difficilmente comprensibili le ragioni per le quali l'amministrazione abbia inteso escludere i detenuti dall'accesso alla Naspi, oltretutto richiamandosi a norme e principi che erano stati appena formalmente superati dal citato d.lgs. 124/2018. È importante rammentare, infatti, che la circolare del D.a.p. in cui si sostiene l'assenza del diritto dei detenuti alla Naspi arriva il 4 ottobre 2018, improvvidamente appena due giorni dopo l'approvazione del d.lgs. 124/2018 che, come visto, recepisce pienamente il principio di assimilazione del lavoro detenuto a quello libero, già consolidato nella giurisprudenza e nella normativa penitenziaria internazionale. Oltretutto, come detto, la riforma imporrebbe all'amministrazione di adoperarsi per la creazione di servizi finalizzati a garantire ai detenuti un accesso effettivo alle tutele sociali (art. 25 *ter* Op), non certo di attivarsi per escluderli.
Va poi tenuto presente l'impatto della decisione sulla realtà penitenziaria e sull'effettività del diritto al lavoro come strumento di reinserimento sociale. Il mercato del lavoro penitenziario è basato principalmente sull'offerta lavorativa dell'amministrazione penitenziaria che annualmente impiega circa un terzo dei detenuti presenti, che fa ruotare su poche migliaia di posti di lavoro per soddisfare il suo fabbisogno di manodopera necessaria all'andamento quotidiano degli istituti (pulizie, cucina e manutenzione); mentre è del tutto marginale l'offerta di lavoro di privati, imprese e cooperative sociali[55]. Nella prassi buona parte dei detenuti al termine dei limitati periodi di impiego accedeva alla Naspi che costituiva, pertanto, un fondamentale ammortizzatore in grado di sostentarli e, soprattutto, uno strumento in grado di compensare in parte la cronica incapacità dell'amministrazione di offrire un adeguato numero di posti di lavoro cui, ricordiamo, sarebbe tenuta in base alle previsioni dell'art. 15 Op. Ciò considerato, appaiono ancor più oscure le ragioni per cui la stessa amministrazione si sia poi adoperata attivamente per far venir meno l'unico ammortizzatore in grado di attenuare le conseguenze delle sue inadempienze.

[55] Nel 2022 hanno lavorato in carcere 19.807 detenuti, il 35% del totale di 56.196 presenti al 31 dicembre, dei quali solo 2.608 per privati. Per una analisi approfondita dei dati relativi al mercato del lavoro carcerario si veda G. Caputo, *Carcere senza fabbrica*, Pisa 2020, 197-221.

DALL'*EXTREMA RATIO* ALL'ONNIPRESENZA DELLA NORMA PENALE. LA VICENDA EMBLEMATICA DELLA LEGGE "ANTI – RAVE"

di Alì Abukar Hayo
(*Professore ordinario di diritto penale, Università degli Studi Niccolò Cusano*)

La legge n. 199/2022, di conversione del d.l. n. 162 del 31 ottobre 2022, può senz'altro annoverarsi nella categoria del diritto penale simbolico-espressivo. La *ratio legis* si può ravvisare nell'intento di rassicurare i cittadini-elettori sulla capacità del governo di contrastare il fenomeno dei *rave party*, la cui pericolosità sociale è stata amplificata dalla narrazione mediatica. Del simbolismo penale, che conduce allo smarrimento del criterio di *extrema ratio* e al panpenalismo, ricorrono tutti i sintomi: a) l'estrema tempestività dell'intervento del legislatore, rispetto all'*occasio legis*, b) la particolare severità della risposta sanzionatoria, c) la scarsa sistematicità della disciplina penalistica. L'Autore commenta con disfavore il ricorso allo strumento del decreto-legge ed evidenzia le numerose contraddizioni insite nell'iniziale formula normativa. La legge di conversione ha parzialmente posto rimedio, ma le perplessità non sono state del tutto fugate, in relazione, sia alla pregiudiziale rinuncia a misure amministrative di contrasto, sia alla sproporzione tra il *quantum* sanzionatorio e l'effettiva gravità dell'offesa. Permane dubbia l'offensività del fatto, assorbita dal pericolo per la salute e l'incolumità pubblica, descritto dal legislatore come condizione obiettiva di punibilità, da intendersi tuttavia come evento del reato, in virtù del principio di colpevolezza.
Law No. 199/2022, converting Decree-Law No. 162 of 31 October 2022, can undoubtedly be classed as a so-called "symbolic-expressive" criminal law. Its rationale is grounded on the intention to reassure citizen-voters about the government's ability to combat rave parties, the social dangerousness of which has been amplified by the media narrative. It features all the symptoms of "penal symbolism", leading to the loss of the criterion of *extrema ratio* and to pan-penalism, namely a) extremely prompt action by lawmakers, with respect to the *occasio legis*; b) excessive severity of the sanctions provided; c) scarcely systematic nature of the penal discipline. The author comments unfavourably on the use of the instrument of the "decree-law" and highlights the many contradictions in the initial text of the law. The decree's subsequent conversion into law has partially remedied this, although the previous perplexities have not been entirely dispelled, both in relation to the prejudicial renunciation of administrative countermeasures and the disproportion between the actual seriousness of the offence and the sanctions applied. The harmful nature of the underlying action remains doubtful, being absorbed by the danger to public health and safety, described by lawmakers as an objective condition of punishability, to be understood, however, as an event of the offence, by virtue of the principle of culpability.

SOMMARIO: 1. Premessa sulle ragioni dell'ipertrofia penalistica. – 2. Critica della decretazione d'urgenza. – 3. Uno sguardo alle misure di contenimento e contrasto in altri Paesi. – 4. La fattispecie di cui all'art. 633 bis Cp. – 5. Considerazioni conclusive sulla ratio populistica.

1. Nei tempi moderni si assiste a una deriva degenerativa del diritto penale, il cui indirizzo simbolico-espressivo diventa irrefrenabile e dilagante, fino ad arrivare al suo pieno compimento in una dimensione che possiamo definire panpenalistica; alludendo con ciò a quell'indirizzo politico-criminale che tende a utilizzare la sanzione penale, non già come *extrema ratio*, bensì come strumento di intervento ordinario in tutti i possibili ambiti d'interesse pubblico[1]. A questa stregua, la norma

[1] Per una disamina più approfondita dell'argomento si rinvia ad A. Abukar Hayo, *I tratti del simbolismo nella legislazione*

penale viene utilizzata con sorprendente continuità al fine di rendere "effettivi" tutti i nuovi precetti del legislatore, intento a regolamentare aspetti della convivenza umana che un tempo gli erano estranei, e perfino a indicare ai consociati la via della virtù. La bulimia del legislatore, che non pone limiti ai suoi intendimenti provvidenziali eticamente orientati, è alimentata peraltro dagli "allarmi" giornalieri, legati alle vecchie e nuove "emergenze" nazionali, amplificati dai *mass media* inclini a vestire la notizia coi panni del dramma e narrarla coi toni dell'apocalisse. La deriva del diritto penale simbolico-espressivo, che segue le due onde (della politica eticamente orientata e dell'emergenza quotidiana), sembra ormai inarrestabile lungo la via del panpenalismo e le recenti vicende ce ne forniscono un'ulteriore dimostrazione[2].

Nella lunga schiera delle "emergenze" nazionali ha fatto recentemente ingresso la *new entry* dei raduni notturni, denominati *rave*, caratterizzati da musica assordante e "sballo" generalizzato dei partecipanti[3]. Il Governo della Repubblica non poteva rimanere insensibile e inerte di fronte al grido di dolore dei cittadini italiani, notificato a mezzo stampa in occasione di un evento occorso a Modena[4], sicché ha risposto immediatamente emanando negli stessi giorni il decreto-legge n. 162 nella seduta del 31.10.2022, contenente la nuova norma incriminatrice di cui all'art. 434 *bis* Cp[5], inserita tra i delitti contro l'incolumità pubblica. Il Parlamento, con la legge di conversione n. 199 del 30.12.2022, ha apportato rilevanti modifiche[6], fra le quali, particolarmente significativa, la diversa collocazione sistematica della nuova fattispecie di "invasione di terreni o edifici con pericolo per la salute pubblica o l'incolumità pubblica" tra i reati contro il patrimonio, all'art. 633 *bis* Cp[7].

---

penale di contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla pretesa di "pienezza" di tutela alle fattispecie aperte, Napoli 2021, 13 ss.

[2] Sulla visione panpenalistica della normativa di contrasto al terrorismo si veda A. Cavaliere, *Il contrasto del terrorismo tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, in *DPP* 2017, 8, 1089 ss.

[3] Letteralmente *rave party* significa "festa del delirio". Sulla nuova fattispecie cfr. T. Padovani, *Parce sepulto. L'art. 633 bis Cp nato morto e in attesa di pietosa sepoltura*, in www.lalegislazionepenale.eu, 22.2.2023; G. Gentile, *I rave party tra propaganda politica e diritto penale*, in www.lalegislazionepenale.eu 24.5.2023; M. Gambardella, *La "rava vox" del nuovo legislatore: il delitto di invasione di terreni o edifici per la realizzazione di raduni musicali pericolosi (art. 633-bis c.p.)*, in www.discrimen.it, 18.1.2023, 3 ss.; A. Cavaliere, *L'art.5 d.l. 31 ottobre 2022, n.162: tolleranza zero contro le "folle pericolose" degli invasori di terreni ed edifici,* in *PDP* 2022, 3, 465 ss.; F. Forzati, *Gli equilibrismi del nuovo 434 bis Cp fra reato che non c'è, reato che già c'è e pena che c'è sempre. Prove tecniche di reato senza offesa*, in www.archiviopenale.it, 30.11.2022; E. Grenci, *Rei di "rave"*, in www.dirittodidifesa.eu 5.11.2022; S. Fiore, *Rave party. Lo stigma penale sulla controcultura giovanile*, in *DPP* 2023, 2, 233 ss.; D. Pulitanò, *Penale party. L'avvio della nuova legislatura*, in www.giurisprudenzapenale.com 7.11.2022, 11; M. Ronco, *Rave party e risposta penale*, in www.centrostudilivatino.it 2.11.2022; C. Ruga Riva, *La festa è finita. Prime osservazioni sulla fattispecie che incrimina i* "rave party*" (e molto altro)*, in www.sistemapenale.it, 3.11.2022; Id., *Indietro (quasi) tutta. Sulla nuova fattispecie di invasione di terreni o edifici altrui pericolosa per la salute o incolumità pubblica*, in www.sistemapenale.it, 10.1.2023.

[4] Sull'*occasio legis* e sui precedenti disegni di legge, che prefiguravano l'odierna fattispecie c.d. anti *rave*, cfr. G. Gentile, *op. cit*., 2.

[5] Art. 434 *bis* (invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica).

«L'invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica consiste nell'invasione arbitraria di terreni o edifici altrui, pubblici o privati, commessa da un numero di persone superiore a cinquanta, allo scopo di organizzare un raduno, quando dallo stesso può derivare un pericolo per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica.

Chiunque organizza o promuove l'invasione di cui al primo comma è punito con la pena della reclusione da tre a sei anni e con la multa da euro 1.000 a euro 10.000. Per il solo fatto di partecipare all'invasione la pena è diminuita.

È sempre ordinata la confisca ai sensi dell'art. 240 co. 2 Cp, delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato di cui al primo comma nonché di quelle utilizzate nei medesimi casi per realizzare le finalità dell'occupazione».

[6] Le modifiche sono state apportate su proposta dello stesso governo, tornato sui suoi passi per spontanea resipiscenza. Il ministro della Giustizia Carlo Nordio ha spiegato che «nessuno è perfetto» e agli errori «si può rimediare, come abbiamo fatto con l'emendamento che il governo ha proposto sui *rave party*».

[7] Art. 633 *bis* (invasione di terreni o edifici con pericolo per la salute pubblica o l'incolumità pubblica) prevede che: «Chiunque organizza o promuove l'invasione arbitraria di terreni o edifici altrui, pubblici o privati, al fine di realizzare un raduno musicale o avente altro scopo di intrattenimento, è punito con la reclusione da tre a sei anni e con la multa da

2. Il primo profilo di osservazione riguarda il metodo di legiferazione. L'opzione di ricorrere allo strumento del decreto-legge, anziché seguire il procedimento di approvazione della legge ordinaria, è criticabile sia in relazione alla natura dell'organo deliberante, sia in relazione ai requisiti di necessità e urgenza[8].

In materia penale vige il principio costituzionale della riserva di legge. L'accezione restrittiva della lettera costituzionale fa pensare alla legge ordinaria–come fonte esclusiva di diritto penale; e indubbiamente il legislatore costituente ha ritenuto che il sacrificio della libertà personale, implicato dalla sanzione penale, imponga una deliberazione del Parlamento, nel quale sono rappresentate le minoranze politiche, mentre l'organo esecutivo gode della fiducia della sola maggioranza parlamentare. In materia penalistica, il ponderato bilanciamento tra l'esigenza di sicurezza dei cittadini e di tutela dei beni giuridici, da una parte, e il sacrificio della libertà personale, dall'altra, non può che essere affidato all'organo rappresentativo dell'intero popolo italiano. La norma penale deve corrispondere al sentimento di giustizia della comunità nazionale, interamente rappresentata nel consesso parlamentare, in modo che il Giudice possa pronunciarsi, senza alcuna ombra, "in nome del popolo italiano". La corrispondenza potrebbe venir meno se la sanzione penale, restrittiva della libertà personale, fosse espressione della sola parte politica maggioritaria in Parlamento, in dispregio dei valori ideali sostenuti dallo schieramento politico d'opposizione. Ne discende che di regola l'introduzione di nuove norme penali deve promanare dalla legge ordinaria, mentre il ricorso al decreto-legge deve essere giustificato da circostanze eccezionali[9].

Orbene, nel caso di specie, sembrano mancare proprio tutti i requisiti di necessità e urgenza che giustificano il ricorso allo strumento eccezionale del decreto emanato dall'esecutivo[10]. Che fossero necessarie nuove norme penali per contrastare il deprecabile fenomeno dei *rave party* pare smentito dalla stessa dinamica dei fatti, che hanno innescato la nuova "emergenza". Nel vigore della normativa pregressa il raduno molesto è stato sciolto senza colpo ferire[11]. Le forze di polizia hanno impedito che si concretizzasse il temuto pericolo per l'incolumità e la salute pubblica che costituisce la *ratio* giustificativa della nuova fattispecie penale, mentre l'amministrazione della giustizia non è stata gravata di nuovi carichi processuali. Insomma, non era necessario avviare un processo penale relativo al fatto del raduno per sciogliere il raduno, ossia per salvaguardare il bene giuridico che si vuole tutelare con le nuove norme. E se non era necessario prima, perché dovrebbe esserlo adesso? Lo stesso discorso può farsi per il requisito dell'urgenza. Qualora il *rave* avesse avuto il suo corso, senza

---

euro 1.000 a euro 10.000, quando dall'invasione deriva un concreto pericolo per la salute pubblica o per l'incolumità pubblica a causa dell'inosservanza delle norme in materia di sostanze stupefacenti ovvero in materia di sicurezza o di igiene degli spettacoli e delle manifestazioni pubbliche di intrattenimento, anche in ragione del numero dei partecipanti ovvero dello stato dei luoghi.

È sempre ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato di cui al primo comma, nonché di quelle utilizzate per realizzare le finalità dell'occupazione o di quelle che ne sono il prodotto o il profitto».

[8] Il decreto-legge 31.10.2022, n. 162, titolato «misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di entrata in vigore del decreto legislativo 10.10.

2022, n. 150, di obblighi di vaccinazione anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali» è un provvedimento normativo multidisciplinare che mette insieme materie eterogenee: dal cd. ergastolo ostativo al rinvio dell'entrata in vigore della cd. riforma Cartabia in tema di giustizia penale.

[9] Sul punto cfr. M. Ronco, *op. cit.*, 5 ss.

[10] Nello stesso senso F. Forzati, *op. cit.,* 28. L'Autore, con riferimento alla nuova fattispecie, ha parlato di «improprio ricorso alla decretazione d'urgenza, che unito alla struttura pleonastica e macchinosa del fatto tipico, alla contorta tecnica normativa adoperata, all'indeterminatezza dell'offesa e alla palese sproporzione fra disvalore del fatto e le pene previste, ha reso il reato di raduno pericoloso un campionario dei vizi e dei limiti della legislazione penale più recente».

[11] Il riferimento è al famigerato *rave party* di Modena del 31.10.2022 che è stato interrotto dall'intervento della Forze dell'ordine, le quali hanno proceduto allo sgombero del capannone e al sequestro del materiale utilizzato per organizzare il *rave party*.

interruzione, e avesse dato luogo a incidenti e pericoli, si sarebbe potuto ritenere necessario intervenire con urgenza per evitare il ripetersi di situazioni incresciose e potenzialmente pericolose in nuovi festosi raduni arbitrariamente organizzati. Ma l'urgenza non sussisteva per il fatto stesso che qualsivoglia pericolo era stato eliminato in radice con l'intervento della polizia, nel vigore della vecchia normativa.
Per le ragioni di cui sopra, il metodo della decretazione d'urgenza è stato aspramente criticato da più parti[12], nella convinzione che sarebbe stato più opportuno valutare, con ponderatezza e pacatezza, il bilanciamento dei beni in conflitto, attraverso il normale procedimento parlamentare della legge ordinaria.

3. A prescindere dal metodo, si pone comunque la questione se il pericolo destato dal fenomeno dei *rave* sia arginabile solo col ricorso alla sanzione penale o più semplicemente mediante misure amministrative di polizia. Nella questione entra in gioco immediatamente il principio di *extrema ratio*: se il bene giuridico può essere tutelato con misure amministrative e sanzioni giuridiche non restrittive della libertà personale, o comunque meno restrittive, con efficacia equivalente a quella delle sanzioni penali, il legislatore deve astenersi dall'entrare nel territorio del diritto penale. La sanzione penale deve fungere da *extrema ratio*: ad essa il legislatore deve ricorrere solo quando si dimostri inefficace, ai fini della tutela del bene giuridico in considerazione, una misura sanzionatoria più blanda e meno afflittiva di quella penale.
E ci pare proprio questo il caso in esame. Si è già detto che il pericolo-*rave* poteva essere fronteggiato con atti di polizia legittimi già nella vigenza della vecchia disciplina, come dimostrano gli accadimenti dell'ottobre 2022 verificatisi a Modena; ma supposto pure che si sia trattato di un fatto contingente ed episodico e oggi siano necessarie, in ogni caso, misure deterrenti più energiche e sistematiche, pare comunque ragionevole che queste vengano ricondotte primariamente all'interno di un quadro di riferimento amministrativo. Non a caso, in molti altri ordinamenti, il contrasto al fenomeno dei *rave* è interamente demandato a misure amministrative di polizia.
Alla fine dei conti, posto che il raduno in quanto tale e *per relationem* il fatto di organizzare o promuovere il raduno in quanto tale non si connotano di illiceità, il disvalore e il "danno sociale" della nuova fattispecie di reato vengono a consistere nella violazione del diritto di proprietà, rappresentata dall'invasione abusiva di un immobile altrui in un lasso temporale ristretto[13]. La finalità dei partecipanti al raduno non è quella di occupare l'immobile, bensì quello di utilizzarlo temporaneamente come sede del *party*. Sicché la questione dell'ordine pubblico non si pone tanto in termini di ripristino dello *status quo ante* e reintegrazione nel possesso dell'avente diritto, come nei casi di occupazione abusiva permanente, quanto in termini di prevenzione di assembramenti molesti e potenzialmente pericolosi. Si tratta di un tipico problema di polizia di prevenzione, che non involge necessariamente la connessa esigenza di repressione criminale. Gli eventuali fatti di reato che dovessero accadere nel corso del *rave party*, per esempio in materia di stupefacenti, sarebbero comunque punibili in sé e per sé, a prescindere dalla nuova incriminazione dell'invasione abusiva di immobile altrui *ex* art. 633 *bis* Cp. Posto dunque che la repressione dei reati finali non cambia di una virgola e prescinde del tutto dall'incriminazione del reato che ne costituisce il mezzo e l'occasione, l'interesse pubblico realmente in gioco, che la nuova norma intende tutelare in via

[12] *Ex multis* E. Grenci, *op. cit.*; D. Pulitanò, *op. cit.*; M. Gallo, *Diritto penale: primi passi del governo di destra-centro*, in *RIDPP* 2022, 1414 ss.; M. Ainis, *Decreto anti-rave, il marchio dell'illegittimità*, in *La Repubblica*, 5.11.2022, 37; M. Ronco, *op.cit.*, 5 ss.; G. Gentile, *op. cit.*, 2 ss.

[13] Il pericolo che si accompagna all'invasione consiste in una mera potenzialità di lesione, non già in una lesione del diritto portata a compimento; si può pensare pertanto che il vero "danno sociale", giunto a compimento, risieda nella violazione della proprietà. Non per nulla, con la legge di conversione, il reato è stato inserito tra quelli contro il patrimonio.

prioritaria, è appunto quello di impedire il mezzo e l'occasione, ossia il "clima favorevole" alla commissione dei reati finali. Ci pare questa una tipica questione di prevenzione, che attiene all'area concettuale della polizia di sicurezza, piuttosto che a quella della repressione penale. Il criterio di *extrema ratio* suggerisce dunque un approccio simile a quello scelto in altri ordinamenti, incentrato su misure amministrative tendenti a "inabilitare" *ex ante* gli organizzatori, piuttosto che punirli *ex post*[14].

Gli unici Paesi europei che hanno introdotto norme penali per contrastare il fenomeno dei *rave party* sono la Francia e il Regno Unito[15]. In entrambi gli ordinamenti, a ben vedere, non si punisce il raduno in sé, in quanto foriero di pericolo, bensì una condotta di inosservanza delle norme-ostacolo di natura amministrativa.

In Francia è prevista una disciplina apposita che legalizza lo svolgimento del *rave party*, ma certamente non lo rende agevole. Si tratta, infatti, di una disciplina stringente, in qualche modo dissuasiva, se non addirittura ostativa. La c.d. "legge Mariani" del 2001 ammette il raduno a condizione che ne siano informate le autorità locali con anticipo di almeno un mese e il Prefetto emetta un provvedimento di autorizzazione, il che ovviamente implica che è in suo potere l'eventuale diniego[16]. Peraltro, il Prefetto può sciogliere i raduni in corso (già autorizzati) che non presentino garanzie di sicurezza. L'uso della forza pubblica è possibile se il raduno non è stato autorizzato o se viene sciolto. Gli organizzatori possono essere puniti con l'arresto fino a 6 mesi e 4.500 euro di ammenda e i partecipanti non sono penalmente perseguibili. Un caso emblematico è quello del *rave party* del 2018 nell'ex base Nato di Marigny, svoltosi in difformità alla normativa cui si è fatto cenno. In quel caso sono stati condannati i responsabili dell'organizzazione dell'evento, qualificato come "raduno festoso di natura musicale con diffusione di musica amplificata in uno spazio non idoneo", con sanzione pecuniaria di 200,00 euro ciascuno, nonché la confisca dei veicoli e delle attrezzature utilizzate.

Nel Regno Unito, il *Criminal Justice Act* del 1994 ha trasformato in reato un fatto che precedentemente costituiva un mero illecito civile. Il reato non risiede nel fatto di organizzare «un raduno di 20 o più persone dove viene suonata musica amplificata di notte, che, per il rumore e la durata e il momento del giorno in cui viene suonata, potrebbe creare fastidio ai residenti»; bensì nel fatto di «non lasciare il terreno», nel quale si svolge il raduno, «appena è ragionevolmente fattibile». In sintesi, il fatto di reato consiste nell'inosservanza dell'ordine di sgombero dell'autorità di polizia, emesso per impedire o far cessare il "fastidio" recato ai "residenti". Siamo dunque nell'ambito dei reati "bagatellari" che sanzionano blandamente i comportamenti molesti[17], mentre il disvalore del fatto, che connota d'illiceità il raduno, è interamente assorbito dal comportamento inosservante e ribelle.

Si possono cogliere due caratteristiche comuni alla normativa francese e inglese. Entrambe sono caratterizzate da un particolare sforzo descrittivo, che tende a delimitare con il massimo di precisione le specifiche condotte penalmente rilevanti, fino al punto che il legislatore inglese arriva a dettagliare cosa debba intendersi per "musica"[18]. Nelle normative di entrambi i Paesi sono assenti clausole generali e paradigmi onnicomprensivi e si prova comunque a restringere al massimo il campo

[14] Dello stesso avviso C. Ruga Riva, *La festa è finita. Prime osservazioni sulla fattispecie che incrimina i* "rave party*" (e molto altro)*, cit., 11. L'Autore osserva che, «se davvero si fosse voluto contrastare il non sempre edificante fenomeno dei *rave party* si sarebbe potuto più efficacemente operare con strumenti amministrativi di sequestro».

[15] Sul punto G. Gentile, *op. cit.,* 2.

[16] Preambolo al d.d.l. S. n. 2444 del 10.11.2022.

[17] Le sanzioni sono di lieve entità. A conferma di ciò, secondo quanto riportato nell'articolo di G. Merlo, *In nessun paese d'Europa si rischiano 6 anni di carcere per una festa,* pubblicato *su* www.editorialedomani.it il 2.11.2022, «Se la persona non lascia il terreno appena è ragionevolmente fattibile (dopo l'intervento delle forze dell'ordine) commette un reato ed è punibile con la detenzione per una durata non superiore a 3 mesi o con una multa».

[18] Per musica s'intende «anche ciò che include suoni del tutto o in modo predominante caratterizzati dall'emissione di beat ripetitivi». G. Merlo, *In nessun paese d'Europa si rischiano 6 anni di carcere per una festa*, cit., 2 ss.

dell'intervento penalistico. L'altra caratteristica comune si ravvisa in ciò: che la rilevanza penale del fatto può dirsi "di seconda battuta". Infatti, "in prima battuta" il *rave party* non si connota d'illiceità e i suoi organizzatori non sono punibili; lo diventano "in seconda battuta" solo per il fatto di violare le regole che ne disciplinano lo svolgimento. Le regole limitative o impeditive del raduno sono di natura amministrativa; la rilevanza penale del fatto è un'*extrema ratio*, sussiste solo in via suppletiva, quando le norme amministrative si siano dimostrate inefficaci. In sintesi, la via scelta negli altri paesi europei è quella di contrastare il fenomeno dei raduni pericolosi con strumenti amministrativi di controllo e con una disciplina restrittiva dei presupposti e dei requisiti.

4. Il decreto-legge aveva introdotto la nuova fattispecie dell'art. 434 *bis* Cp, nell'ambito dei reati contro l'incolumità pubblica, la legge di conversione ha inserito la norma nel diverso contesto dei reati contro il patrimonio. La nuova collocazione è certamente più congrua, dal momento che la vecchia accostava il raduno dei "giovanotti" danzanti alle stragi e altri disastri dolosi[19]; il che pare un po' esagerato perfino a coloro che intendono inviare messaggi politici rassicuranti all'elettorato, "gonfiando il petto". Nella logica del diritto penale simbolico-espressivo, con finalità di rassicurazione sociale, rientrano necessariamente l'enfasi e l'amplificazione della reale o supposta "emergenza". È evidente, infatti, che l'efficacia propagandistica, che il governo connette al suo provvidenziale intervento "necessario e urgente", è tanto più grande quanto più allarmante e gravida di conseguenze funeste viene percepita dall'elettorato la minaccia alla sicurezza pubblica e alla pace sociale. In questa logica il raduno, denominato *rave*, è stato assimilato, in una prima fase, ai disastri dolosi, ma l'incongruità era troppo evidente, cosicché il governo, nella fase di conversione, ha presentato un emendamento che riposizionava il nuovo reato. La nuova collocazione sistematica conferisce centralità all'offesa recata al patrimonio e per ciò stesso ridimensiona quella prevista nel decreto-legge, configurata in termini di pericolo per l'incolumità pubblica. La legge di conversione ha posto così rimedio all'incongrua opzione iniziale, criticata da tanta parte della dottrina, di individuare nel *rave party* un'insidia per l'incolumità fisica dell'intera e indistinta moltitudine dei *cives*, ancora prima e ancor più che una violazione della proprietà altrui, sebbene la condotta illecita fosse comunque tipizzata in termini di "invasione", un'invasione specificamente finalizzata, ma pur sempre un'invasione della proprietà altrui[20].
Al di là dell'inquadramento sistematico, la formulazione definitiva, di cui alla legge 30.12.2022, n. 199, ha eliminato molte delle incongruenze precedenti, mentre ne permangono altre e non irrilevanti. Nel testo inziale era tipizzato il fatto dell'invasione arbitraria di terreni o edifici[21] avente lo «scopo di organizzare un raduno, quando dallo stesso *può derivare* un pericolo per l'ordine pubblico o l'incolumità …». La *littera legis* faceva pensare dunque a un pericolo meramente potenziale e astratto; a questa stregua, l'incriminazione del fatto poteva prescindere dalla circostanza che, in concreto, dallo svolgimento del raduno festoso fosse derivato un pericolo per il consesso sociale. Con la nuova formula si passa dal "può derivare" al "deriva", il che rende palese che il reato si perfeziona solo con il verificarsi di una situazione concretamente pericolosa[22] e non meramente molesta per la

[19] L'art. 434 *bis* era inserito nel titolo VI del libro II del codice penale, comprensivo dei delitti contro l'incolumità pubblica. Era accostato al disastro innominato.
[20] Cfr. Per tutti F. Forzati, *op. cit.*, 16 ss.
[21] L'arbitrarietà è data dall'assenza di un titolo che possa giustificare l'accesso nel terreno o nell'edificio; deve trattarsi dunque di un accesso realizzato *contra jus*, qualificabile appunto come invasione arbitraria. Sull'arbitrarietà dell'accesso cfr. C. Baccaredda Boy, S. Lalomia, Dova, in E. Dolcini, G.L. Gatta, *sub art. 633*, in *Codice penale commentato*, tomo III, Milano 2021, 2472.
[22] È certamente preferibile la nuova formula legislativa, ma quand'anche fosse sopravvissuta la precedente equivoca formula ("può derivare"), l'interpretazione giudiziale comunque si sarebbe dovuta adeguare all'orientamento della Corte costituzionale, secondo cui, in caso di pericolo contro l'ordine pubblico che interferisce con l'esercizio di diritti costituzionali, si richiede il pericolo concreto. Nella sentenza della Corte costituzionale n. 65/1970, si sottolinea che l'apologia di reato «[…] non è la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri

tranquillità pubblica. La nuova formula linguistica ha il pregio di escludere che l'illiceità penale del *rave* consista nel *rave* medesimo e la fa dipendere da un'offesa concreta a un preciso bene giuridico. Può discutersi se il pericolo concretamente verificatosi costituisca una condizione obiettiva di punibilità o l'evento del reato. Autorevole dottrina[23] ritiene trattarsi di condizione di punibilità, in ragione della formula linguistica utilizzata dal legislatore. E indubbiamente l'espressione «quando dall'invasione deriva un concreto pericolo per la salute pubblica o per l'incolumità pubblica […]» sembra alludere a un pericolo comunque occorso in occasione dell'invasione, a prescindere dalla volontà del soggetto. Tuttavia, quest'interpretazione priverebbe l'art. 633 *bis* Cp di qualsivoglia autonoma ragion d'essere, posto che l'invasione "musicalmente orientata" non si distinguerebbe dalle invasioni altrimenti finalizzate, se non per un evento oggettivo estraneo alla sfera volitiva del soggetto. In questa logica, non si potrebbe in alcun modo giustificare il differente trattamento sanzionatorio, posto che il disvalore etico-giuridico, soggettivamente fondato, dell'invasione con finalità di profitto economico non sarebbe certamente inferiore a quello dell'invasione dei deliranti "musicofili". In sintesi: nel caso in cui l'unico elemento differenziale avesse una mera rilevanza oggettiva, la colpevolezza soggettiva non differirebbe e non avrebbe ragion d'essere l'autonoma incriminazione di cui all'art. 633 *bis* Cp (rispetto a quella prevista dall'art. 633 Cp)[24].

Se invece si ritenesse che il pericolo costituisca evento del reato, questo, causalmente legato alla condotta dell'agente, dovrebbe anche rientrare nel fuoco della sua previsione-volizione, sicché il fatto doloso incriminato sarebbe un'invasione pericolosa, ossia prevista e voluta nei suoi estremi di pericolosità; mentre, ovviamente l'invasione di cui all'art. 633 non presenterebbe questo profilo di colpevolezza ulteriore. Ci sembra questa la strada interpretativa da percorrere, dal momento che la formula linguistica della norma incriminatrice, ancorché orientativa, non vincola l'interprete. E di fronte a due possibili interpretazioni, pare preferibile quella che dà un senso alla fattispecie, salvandone l'autonoma *ratio*, rispetto a quella che esclude la specificità del fatto. Ovviamente, in questa logica, "salvare" l'identità criminologica e lo specifico disvalore giuridico del fatto di cui all'art. 633 *bis* Cp, non significa giustificare l'intero *quantum* sanzionatorio differenziale (rispetto alla fattispecie di cui all'art. 633 Cp), che ci pare comunque eccessivo, come meglio si dirà tra breve.

In conclusione, riteniamo preferibile l'opzione interpretativa che configura il pericolo come evento del reato, perché, in mancanza di esso, il disvalore del fatto risiederebbe interamente nella "invasione"[25], punibile già di per sé ai sensi dell'art. 633 Cp. L'unica *ratio* giustificativa della scelta di incriminare un'invasione ulteriore, diversa e specifica, è data, a nostro avviso, dalla presenza di un'offesa aggiuntiva. Ma tale offesa si concretizza solo con l'evento di pericolo, sicché il reo appare meritevole della pena ulteriore, solo se abbia voluto quell'offesa ulteriore. Ne deriva che il pericolo concreto, parte essenziale dello specifico disvalore di quella particolare "invasione" chiamata *rave*,

---

un comportamento *concretamente idoneo* a provocare la commissione di delitti». Sulla stessa linea la giurisprudenza della Corte di Cassazione, in relazione alla radunata sediziosa; cfr. Cass., 9.12.2012, *Todisco*, in *CED Cass.* m. 25490.

[23] T. Padovani, *op. cit.*, 2: «[…] si tratta, all'evidenza, di una condizione obiettiva di punibilità. Ciò emerge non soltanto dalla sua posposizione rispetto alla descrizione della fattispecie tipica e della conseguente comminatoria edittale, ma soprattutto dal rilievo che l'evento offensivo risulta estrinseco rispetto al piano di tutela. Un'invasione arbitraria di terreni o edifici altrui lede essenzialmente diritti di natura patrimoniale […]».

[24] D'altronde, l'Autore (T. Padovani, *op. cit.*, 4) non fa mistero di ritenere la nuova fattispecie incriminatrice tanto incongrua da meritare "pietosa sepoltura", proprio perché priva di autonoma ragion d'essere. In proposito osserva che l'auspicata "sepoltura" non priverebbe di tutela il bene giuridico, giacché l'art. 633 offre ampia protezione, posto che il fine di occupare gli immobili o "di trarne altrimenti profitto" (previsto in fattispecie) ricorrerebbe in ogni caso, anche nei raduni *de quibus*, poiché i «partecipanti al raduno musicale ed alla relativa invasione beneficiano della gratuità di un 'intrattenimento' che, di norma, è dispensato a suon di talleri».

[25] Dello stesso avviso C. Ruga Riva, *La festa è finita. Prime osservazioni sulla fattispecie che incrimina i* "rave party*" (e molto altro)*, cit., 5. L'Autore osserva: «a nostro parere va scartata la tesi della condizione obbiettiva di punibilità: il fulcro del (impalpabile) disvalore (di evento) è tutto polarizzato sul pericolo per l'ordine pubblico, incolumità o salute pubblica; in assenza di tale evento la condotta è al più offensiva del patrimonio immobiliare altrui, come dimostra l'art. 633 Cp».

diversamente punita dalle altre "invasioni", non può rimanere esterno alla sfera personalistica e di dominio causale dell'agente, ma deve essergli legato da un nesso soggettivo e causale; sicché pare ragionevole opinare che costituisca, non già una condizione obiettiva di punibilità, bensì l'evento del reato.

L'altra sostanziale differenza risiede nel fatto che solo gli organizzatori e promotori rispondono del reato di cui all'art. 633 *bis* Cp[26], mentre la formula dell'art. 434 *bis* Cp, di cui al decreto-legge, prevedeva anche la punibilità del semplice partecipe, con pena attenuata. Per la mera partecipazione al fatto era prevista la medesima pena edittale relativa alla condotta di promozione e/o organizzazione dell'evento pericoloso, diminuita di un terzo. La lettera della legge faceva dunque pensare che la partecipazione al raduno, denominato *rave,* fosse una circostanza attenuante del reato di promozione-organizzazione[27]. In ciò risiedeva un'incongruenza logica, oltre che un grave *vulnus* alla giustizia equitativa. Posto che l'organizzatore è anche partecipe e non viceversa, il reato base, da un punto di vista puramente logico, avrebbe dovuto consistere nella partecipazione, mentre la promozione-organizzazione avrebbe dovuto fungere da circostanza aggravante; come nel caso dell'associazione per delinquere. Sul piano pratico, le conseguenze dell'incongruo regime giuridico, dedotto dalla lettera della legge, sarebbero state ancora più bizzarre. In ragione della pena edittale, che prevedeva e tuttora prevede un massimo di sei anni di reclusione, sarebbero state possibili le intercettazioni telefoniche anche nelle indagini riguardanti la mera partecipazione al raduno[28]. E qualche Autore temeva addirittura che bastasse l'indizio, e non già la prova giudiziale, della partecipazione al *rave*, per legittimare una misura di prevenzione, particolarmente afflittiva e restrittiva, come la sorveglianza speciale[29].

---

[26] Mentre i soli organizzatori-promotori rispondono del reato di cui all'art. 633 *bis*, i partecipanti al *rave* sono punibili, ai sensi dell'art. 633 Cp, per l'invasione di terreni o edifici, con la reclusione da 1 a tre anni e la multa da 103 a 1.032 euro. In concreto può risultare difficile individuare la figura del promotore-organizzatore; o addirittura impossibile, soprattutto quando si ricorra alla tecnica del "passa parola", così descritta da T. Padovani, *op. cit*., 1: «un 'musicomane' prospetta un'idea più o meno bizzarra, che si ispessisce lungo la via telematica e si concretizza (esattamente come un ciottolo per la valanga) in un'iniziativa collettiva, in cui promotori e organizzatori sono, in definitiva, collettivamente tutti gli aspiranti invasori, senza che nessuno di essi lo sia personalmente». In questo caso, l'impossibilità di distinguere l'organizzatore-promotore dal mero partecipe dovrebbe inibire l'incriminazione ai sensi dell'art. 633 *bis* Cp e il fatto di partecipare al raduno invasivo dovrebbe essere punito ai sensi dell'art. 633 Cp.

[27] In generale, con la formula "la pena è diminuita" e similari il legislatore descrive una circostanza attenuante; cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, p. gen., Milano 2022, 658 ss.; C. Ruga Riva, *La festa è finita. Prime osservazioni sulla fattispecie che incrimina i* "rave party*" (e molto altro)*, cit., 5. L'Autore osserva che, sul piano concettuale e strutturale, il terzo comma descriveva una fattispecie autonoma, mentre la pena era costruita come attenuante e ciò comportava notevoli incongruenze (cfr. anche note 16 e 17).

[28] Con la legge di conversione è venuta meno qualsiasi equiparazione della condotta di mera "partecipazione" a quella di "organizzazione-promozione", in relazione alla possibilità di utilizzare lo strumento d'indagine delle intercettazioni telefoniche. A questo proposito il viceministro della Giustizia *Francesco Paolo Sisto*, dopo aver dichiarato che il partecipante risponde del reato previsto dall'articolo 633, ha precisato che «rimane l'eventualità di attivare le intercettazioni telefoniche nelle indagini sui presunti organizzatori e promotori dell'evento, se ritenute necessarie da chi indaga».

[29] In relazione alla precedente versione della fattispecie (art. 434 *bis*) C. Ruga Riva, *La festa è finita. Prime osservazioni sulla fattispecie che incrimina i* "rave party*" (e molto altro)*, cit., 7, criticava (alcune osservazioni sono valide ancora oggi) il fatto che il massimo edittale di 6 anni consentisse intercettazioni telefoniche e ambientali *ex* artt. 266 Cpp e la custodia cautelare in carcere; che alle severe pene principali si aggiungessero, secondo un *trend* politico-criminale ormai consueto, misure ablatorie e misure di prevenzione; che agli indiziati di aver commesso il reato si estendesse l'applicabilità delle misure di prevenzione. In particolare, si evidenziava che l'art. 5 co. 2 del decreto aggiungeva la lettera *i-quater* al decreto legislativo 6.9.2011, n. 159 (codice antimafia), estendendo le misure di prevenzione agli «indiziati del delitto di cui all'art. 434 *bis* del codice penale»; e quest'ultima disposizione era considerata la più irragionevolmente severa dell'intero pacchetto legislativo. Sulla stessa falsa riga cfr. anche A. Cavaliere, *L'art.5 d.l. 31 ottobre 2022, n.162: tolleranza zero contro le "folle pericolose" degli invasori di terreni ed edifici*, cit., 467; F. Forzati, *op. cit.*, 9 ss.

Inoltre, il legislatore, con la legge di conversione, ha provato a dare un più convincente volto offensivo al reato *de quo*, cercando di connettere la rilevanza penale del fatto a qualcosa che trascendesse il raduno in quanto tale. Si fa derivare la punibilità del fatto non solo dal raduno arbitrario e dal pericolo concreto, ma anche dalla circostanza che il pericolo sia originato dalla violazione delle norme in materia di stupefacenti, di sicurezza o igiene degli spettacoli o manifestazioni pubbliche di intrattenimento. Indubbiamente è condivisibile l'intento del legislatore di evidenziare un connotato d'illiceità distinto e diverso dal raduno in sé e per sé; tuttavia, non è certo che sia stato colto il bersaglio. In particolare, si possono nutrire dubbi in relazione al principio di personalità dell'illecito: se dovesse prevalere una sorta di interpretazione oggettiva della "violazione", si potrebbe ritenere vulnerato il principio costituzionale della responsabilità per fatto proprio. Infatti, nell'ipotesi, invero molto verosimile, che la violazione delle regole in materia di stupefacenti (piuttosto che in materia di sicurezza o igiene degli spettacoli) sia commessa da altri, senza alcuna intesa e relazione con i promotori-organizzatori dell'evento, si pone un problema interpretativo di non poco conto.

A nostro avviso, siffatta violazione delle regole non può essere considerata una circostanza estranea al quadro offensivo basilare, che giustifica la sanzione penale del fatto[30]; pertanto, deve sussistere un nesso soggettivo con la condotta del reo. Ne deriva che non solo il pericolo, ma anche la specifica origine del pericolo, deve rientrare nel fuoco della previsione e volizione del soggetto agente; se non di dolo diretto, deve trattarsi almeno di dolo eventuale. A questa stregua, il promotore-organizzatore risulterebbe punibile solo qualora prevedesse e accettasse il rischio non già di un qualsivoglia pericolo concreto, bensì di quel solo pericolo - alla salute o all'incolumità pubblica - determinato dalla suddetta violazione[31]. E ciò ovviamente significa che quella specifica violazione deve essere ragionevolmente prevedibile, seppure non intenzionalmente voluta. Al tirar delle somme, ci pare che l'interpretazione giudiziale possa senz'altro ricondurre la responsabilità penale per il fatto *de quo* a parametri soggettivi, compatibili coi principi costituzionali di personalità dell'illecito e di colpevolezza, per quanto la formula legislativa si presti a qualche equivoco.

Per contro, è rimasta immutata nella legge di conversione, rispetto al decreto-legge, la cornice edittale della pena, sulla quale è lecito nutrire notevoli perplessità[32]. La severità sanzionatoria pare senz'altro eccessiva e sproporzionata, in relazione alla carica offensiva del fatto in sé e anche in riferimento a ogni possibile *tertium comparationis*[33].

---

[30] Sul fatto che lo specifico pericolo, connesso alla violazione delle regole, sia determinante nella valutazione del disvalore e nel quadro offensivo del reato, sembrano sussistere pochi dubbi in dottrina. *Ex multis* T. Padovani, *op. cit.* 4: «Posto che si ritengano punibili a norma dell'art. 633 gli autori materiali dell'invasione 'musicalmente orientata', mentre organizzatori e promotori soggiacciono ovviamente alle forche dell'art. 633 bis, si pone subito il secondo quesito: su che cosa si basa il trattamento pesantemente deteriore dei promotori e organizzatori che, nel contesto dell'art. 633, si vedrebbero contestata una semplice circostanza aggravante (art. 633 co. 4 Cp)? Non certo dal tipo di condotta, che è in linea di principio la stessa per qualsiasi tipo di occupazione. Per dar conto della draconiana severità, si potrebbe richiamare lo spessore offensivo insito nell'evento condizionante la punibilità, e cioè il pericolo per la salute o per l'incolumità pubblica».

[31] Dello stesso avviso C. Ruga Riva, *La festa è finita. Prime osservazioni sulla fattispecie che incrimina i* "rave party*" (e molto altro)*, cit., 8, in riferimento alla norma di cui all'art. 434 *bis*; secondo l'Autore, l'invasore, oltre al dolo specifico di raduno, deve rappresentarsi e volere anche che dal fatto possa derivare pericolo per taluno dei beni collettivi menzionati nella norma. Con l'introduzione dell'art. 633 *bis*, l'oggetto del dolo diventa il pericolo insorto "a causa" della violazione delle regole.

[32] Si sono sollevate voci critiche da molteplici ambiti del mondo politico, dalla società civile e della stampa. A titolo esemplificativo G. Merlo, *In nessun paese d'Europa si rischiano 6 anni di carcere per una festa*, in *www.editorialedomani.it/decreto-anti-rave-paesi-europa*. Cfr. anche il Comunicato della giunta di Magistratura Democratica dell'1.11.2012.

[33] C. Ruga Riva, *La festa è finita. Prime osservazioni sulla fattispecie che incrimina i* "rave party*" (e molto altro)*, cit. 8, evidenzia che la pena prevista è decisamente eccessiva e irragionevole anche rispetto a *tertia comparationis* non miti come quelli della associazione per delinquere.

Si è già visto che negli ordinamenti francese e inglese la misura sanzionatoria è molto più blanda (fino a sei mesi di arresto e 4.500 euro di ammenda in Francia; detenzione non superiore a tre mesi o una multa nel Regno Unito), mentre in astratto potrebbe essere perfino più severa, giacché il fatto penalmente rilevante presuppone, come si è visto, un *quid pluris*, che consiste in una specifica disobbedienza alle dettagliate prescrizioni dell'autorità amministrativa o all'ordine di sgombero. La fattispecie vigente in Italia non prevede questa specifica disobbedienza, ma suppone soltanto l'arbitrarietà dell'invasione nell'immobile altrui e l'assenza di preavviso all'autorità amministrativa. Sotto questo profilo rappresenta un *minus*. È pur vero che la fattispecie italiana contempla l'evento di pericolo, assente nelle fattispecie inglese e francese, ma, a nostro avviso, l'abissale *surplus* sanzionatorio non è comunque giustificato da una proporzionale maggiore gravità del fatto[34]. L'offesa realizzata consiste in un pericolo, ancorché "concreto", e dunque esprime solo una potenzialità di lesione, non già la sua attualità. Sicché il *rave party*, punito dalla legislazione italiana con una severità degna di miglior causa, si concretizza, in verità, in due sole lesioni giunte a compimento: nella lesione del diritto di proprietà, derivante dall'invasione, e nella molestia recata alla tranquillità pubblica dalla musica ad alto volume; mentre il dato del "pericolo" designa, per sua natura, una potenzialità, non già un'attualità lesiva. Si deve osservare poi che l'invasione dell'immobile altrui non è durevole e permanente, proprio perché il "raduno" è occasionale, sicché l'offesa al diritto di proprietà, realizzata dal *rave party*, appare meno grave rispetto a quella insita nei fatti di occupazione abusiva, destinata a permanere. Se codesti fatti sono puniti in maniera molto meno severa, si può senz'altro pensare che il *quantum* sanzionatorio previsto per il reato di cui all'art. 633 *bis* Cp sia fuori scala.
Alla stessa conclusione si può pervenire prendendo in considerazione l'art. 655 Cp. La radunata sediziosa è qualificata come blanda contravvenzione dal legislatore fascista, essendo punita con l'arresto fino ad un anno o con l'arresto non inferiore a sei mesi per il partecipante armato, ovvero con pena di gran lunga più mite rispetto a quella prevista dall'art. 633 *bis* Cp. Poiché, secondo il buon senso comune, i partecipanti al *rave* non paiono più "pericolosi" e meritevoli di pena superiore rispetto ai "sediziosi", tanto più se armati, anche il *tertium comparationis* interno al nostro ordinamento fa pensare a un eccesso di risposta sanzionatoria rispetto alla reale carica offensiva dal fatto.
In conclusione, è ragionevole pensare che la sanzione penale sia eccessivamente severa in relazione al lieve disvalore etico-sociale di un fatto consistente nella promozione-organizzazione di un raduno, certamente non incoraggiato, ma generalmente tollerato nei Paesi europei, e ne risulti gravemente vulnerato il canone fondamentale di proporzionalità alla base della giustizia equitativa.

5. D'altronde l'eccesso della pena edittale è uno dei più significativi elementi sintomatici della legislazione simbolico-espressiva, il cui incedere progressivo sembra oggi inarrestabile. Con sempre maggiore frequenza ed intensità, il legislatore interviene in campo penale per raggiungere scopi di propaganda politica, cavalcando la giornaliera "onda emotiva", vera o supposta, dell'opinione pubblica[35], divenuta il *totem* cui sacrificare il principio di *extrema ratio* e le esigenze di equità e sistematicità, invero ritenute trascurabili. Con l'intento di rassicurare l'opinione pubblica, allarmata dall'"emergenza" del momento, gonfiata dai *mass-media* e ulteriormente amplificata da *social* ciarlieri e *chat* disparate, il legislatore ravvisa nella norma penale la panacea di tutti i mali e affida

[34] La 'draconiana severità' della sanzione edittale è unanimemente criticata. T. Padovani, *op. cit.* 4, la ritiene del tutto ingiustificata: «Poiché un simile pericolo potrebbe prospettarsi rispetto a invasioni con qualunque scopo, quale logica governa il mite trattamento disposto per gli organizzatori di un'occupazione, ad es. politica o religiosa, da cui sia derivato un pericolo per l'incolumità pubblica, rispetto alla possanza repressiva draconiana riservata a soggetti omologhi per un raduno musicale?». Cfr. anche nota 30.
[35] Sulle varie fattezze del diritto penale simbolico-espressivo, sia consentito rinviare al nostro precedente lavoro e all'ampia bibliografia ivi citata; cfr. A. Abukar Hayo, *I tratti del simbolismo nella legislazione penale di contrasto ai fenomeni corruttivi*, cit., *passim.*

alla severità della sanzione il suo messaggio rassicurante. Sinteticamente, la spirale del panpenalismo si può descrivere nella maniera che segue: un fatto di cronaca, non necessariamente "nera", ma sufficientemente "grigia", acquista la veste e la dimensione dell'"emergenza" nazionale grazie alla narrazione mediatica e ai commenti degli opinionisti ufficiali, assisi su uno scranno accademico-letterario-filosofico, ai quali si uniscono gli ufficiosi, seduti più miseramente a casa loro davanti alla tastiera del PC[36]. La c.d. "opinione pubblica", seguendo l'opinione degli opinionisti ufficiali e ufficiosi, recepisce il messaggio allarmistico e invoca l'intervento salvifico dello Stato, ovviamente "necessario e urgente". Il governo, da ultimo, che sovrintende alla salvezza della nazione, blandendo l'elettorato, personificato nell'"opinione pubblica", ne recepisce l'allarme e dimostra la sua sensibilità con un intervento immediatamente esecutivo, la cui efficacia è garantita dalla severità della pena. In questa spirale, la *ratio* securitaria della legislazione penale fa il paio con il suo carattere populistico; e poiché i "fatti di cronaca", più o meno nera, sono quotidiani, non manca materia per nuove "emergenze" e nuova legislazione penale, fino al punto che il diritto penale diviene lo strumento per regolare tutti i campi della vita associata.

Nel caso di specie, sono evidenti i tratti securitari-populistici della norma in commento. In primo luogo, si deve osservare la straordinaria tempestività del decreto governativo, in relazione all'*occasio legis*. Il governo in carica volle "mostrare i muscoli" proprio negli stessi giorni in cui fu sciolto il *rave* di Modena, dal quale trasse spunto l'iniziativa legislativa. È fin troppo evidente che non ci fu molto tempo per il discernimento del governo; prevalsero invece l'esigenza del messaggio rassicurante per l'opinione pubblica e quella di marcare la discontinuità con la linea politica della maggioranza parlamentare precedente, come si evince dalle chiare parole del Presidente del Consiglio: «L'impressione che in questi anni ha dato l'Italia è stata il lassismo sul rispetto delle regole. Ora l'Italia non è più la nazione in cui si può venire a delinquere, ci sono le norme e vengono fatte rispettare. Vedremo se con l'applicazione della norma accadrà ancora o se si dovrà migliorare. Questo però può essere un deterrente per proibire di venire qui a devastare».

Tale messaggio politico, in piena logica panpenalistica, è stato affidato alla legislazione penale[37] e alla severità della sanzione, mentre sono state del tutto trascurate le possibili misure amministrative di deterrenza e contrasto. È dunque pienamente giustificata l'ironica invocazione della *pietas* romana[38] per una fattispecie che sarebbe meglio seppellire. Ma fin quando le esequie non saranno celebrate, permarrà pur sempre la questione interpretativa di come si possa armonizzare l'impianto normativo vigente con i principi costituzionali, primo fra tutti il principio di colpevolezza, che postula l'apporto conoscitivo-volitivo del soggetto al quadro offensivo del reato. Per le ragioni della suddetta necessaria armonizzazione, siamo giunti alla conclusione che il pericolo concreto (per l'incolumità e la salute pubblica) debba essere legato, per un filo soggettivo, alla condotta del reo e, conseguentemente, che sia preferibile assumerlo come evento del reato, ancorché la formula legislativa faccia pensare alla condizione obiettiva di punibilità, in presenza della quale l'unica strada da percorrere - si conviene - sarebbe la "tumulazione" della fattispecie di cui all'art. 633 *bis* appena nata.

Ciò detto *de iure condito*, non ci sottraiamo a qualche considerazione *de iure condendo*, le quali pure appartengono all'ufficio della dottrina, doverosamente attenta alle questioni di politica criminale, non

---

[36] Sui pericoli di degenerazione autoritaria derivanti dalle emergenze, vere o presunte, e dalla pretesa di prevenzione, cfr. S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 2000, 80-81; D. Pulitanò, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, in *RIDPP* 2017, 648-649.

[37] Il ricorso alla legislazione penale, in ogni ambito della vita associata, come panacea di tutti i mali è criticato anche sotto il profilo dell'efficacia. Per esempio, in una recente intervista al Quotidiano Nazionale, Vittorio Manes così si esprime: «Lo strumento penale è notoriamente il più grezzo per affrontare determinati fenomeni, e la scrittura del provvedimento, nella sua generalità, può prestarsi a discrezionalità pericolose», in *www.quotidiano.net/cronaca/il-giurista-e-i-vincoli-sui-raduni-pene-alte-e-riferimenti-generici-provvedimento-scritto-male-1.8240722*.

[38] T. Padovani, *op. cit.*, parla di "pietosa sepoltura" e ripropone il verso di Virgilio "*parce sepulto*".

solo alla sistematica delle norme astratte. Si può opinare che una regolamentazione dettagliata e "stringente" dello svolgimento dei *rave party*, simile a quella in vigore in Francia, sia la via preferibile, non solo in termini di equità, ma anche in termini di efficacia. A nostro avviso, i "paletti" entro i quali contenere la legalità di tali raduni dovrebbero essere molto stretti, in modo da dissuadere organizzatori imprudenti e impedire degenerazioni pericolose[39]. Solo il superamento dei "paletti" amministrativi potrebbe giustificare la sanzione penale, la quale tuttavia dovrebbe essere comunque proporzionata al reale disvalore etico-sociale e alla reale carica offensiva del fatto; il che ovviamente comporta un drastico ridimensionamento dei limiti edittali della sanzione attuale, con leggero scostamento rispetto a quelli previsti dall'art. 633 per l'invasione generica. Il diverso regime giuridico sarebbe giustificato dalla maggiore offensività della condotta di invasione pericolosa - susseguente, peraltro, a quella di violazione di apposite regole cautelari amministrative e caratterizzata da una particolare "qualifica" e specie di pericolosità - rispetto alla condotta di invasione generica e non qualificata.

[39] È comunque opportuno sottolineare che i menzionati "paletti" non potranno consistere nell'obbligo di richiedere e ottenere un provvedimento amministrativo di autorizzazione preventiva. Si può pensare semmai di vincolare gli organizzatori a dare un congruo preavviso del raduno programmato (in Francia vige il termine di 1 mese), nonché a predisporre le idonee misure di controllo e sicurezza. Sul punto si possono condividere le osservazioni di G. Gentile, *op. cit.*, 16: «l'art. 17 Cost. esprime un divieto di incriminazione che preclude al legislatore ordinario sia di trasformare l'esercizio della libertà di riunione in un reato, sia di subordinare la liceità penale di quest'ultima a presupposti non contemplati nella Costituzione (ad esempio, richiedendo per le riunioni in luogo pubblico l'autorizzazione al posto del preavviso)». Sul punto cfr. anche G. Tarli Barbieri, *Art. 17*, in *Commentario alla Costituzione*, I, Milanofiori Assago 2006, 386; A. Gardino Carli, *Riunione (libertà di)*, in *Dig, dir. pubbl.*, XIII, 1997, 491; F. Gambini, *Art. 17*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, Padova 2008, 135; S. Prisco, *Riunione (libertà di)*, in EG, XXXI, Roma 1994, 4. Sulla giurisprudenza costituzionale relativa ai rapporti tra la libertà di riunione e la parte speciale, cfr. per tutti S. Moccia, *Diritto penale politico e giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di riunione e di associazione (articoli 17 e 18 Cost.)*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli 2006, 224 ss. Cfr. anche C. cost., 18.3.1957 n. 45, relativamente all'art. 25 Tulps che imponeva l'obbligo di preavviso per funzioni, cerimonie o pratiche religiose anche in luogo non pubblico.
.

MALATTIE INFETTIVE, SALUTE E SVILUPPO: IMPLICAZIONI ECONOMICHE E RISPOSTE GIURIDICHE. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

(Atti di convegno, 14 dicembre 2022)

di Giovannangelo De Francesco

In apertura del convegno sul tema indicato vengono tratteggiati gli aspetti salienti delle implicazioni sociali, economiche e giuridiche dell'avvento delle malattie infettive in epoca moderna. Particolare attenzione è rivolta alla recente esperienza del contagio epidemico, che ha evidenziato debolezze e criticità degli assetti istituzionali. Mantenendo una prospettiva sensibile alla complessità di tali fenomeni, lo scritto si sofferma sulla problematicità del ricorso ai reati di pericolo nelle materie esaminate, e ancora sulle difficoltà di accertare il nesso causale e i coefficienti della responsabilità colposa nei reati di evento. Né manca un cenno conclusivo alla tematica dell'obbligo vaccinale e alla sua rilevanza alla luce dei rapporti tra i principi di rango costituzionale.
By launching the conference on the theme indicated, the essential aspects of the social, economic and legal implications of the advent of infectious diseases in the modern era are outlined. Particular attention is paid to the recent experience of epidemic contagion, which has highlighted weaknesses and criticalities of state arrangements. Maintaining a perspective sensitive to the complexity of these phenomena, the contribution focuses on the obstacles to the use of danger crimes to classify conduct that exposes the community to risks, as well as on the difficulties of ascertaining the causal link and on the limits of affirming negligent liability. Finally, the essay holds short considerations on the question of mandatory vaccination and its relevance in the light of the relationship between the principles of constitutional rank.

1. L'Incontro odierno, per la cui organizzazione dobbiamo essere tutti grati a Domenico Notaro, vede la partecipazione di illustri Relatori e giovani e valenti studiosi; ne darà più ampiamente conto lo stesso Prof. Notaro, che porrà in relazione, fra l'altro, le tematiche del Convegno con la genesi e lo sviluppo dell'iniziativa in seno ad un importante Progetto di ricerca coordinato dal Prof. Luca Gori. Al tutto mi sia consentito far precedere un breve sguardo di sintesi, che spero serva ad animare il dibattito.
Il tema delle malattie infettive appare caratterizzato da una densità problematica che non teme confronti, sia sotto il profilo della tutela di prerogative essenziali dell'individuo e dell'intera comunità, sia per quanto concerne i suoi riverberi sull'integrità del tessuto economico-sociale quale elemento di coesione e di sviluppo dei rapporti che in essa si esprimono; né è possibile trascurare – è persino superfluo segnalarlo - l'importanza delle scelte riguardanti la materia in esame a livello di politica del diritto, e dei programmi di intervento penale, in particolare.
Malgrado il comune riconoscimento della rilevanza di simili tematiche, è un dato di fatto, tuttavia, ch'esse abbiano registrato, specialmente negli ultimi tempi, un grado assai elevato di conflittualità, non solo all'interno della classe politica, ma anche nel contesto della società civile: come ha invero mostrato l'esperienza di questi nostri travagliati anni di convivenza col *virus* epidemico, divenuti ben presto terreno di scontro tra la propensione di molti ad un "civismo" responsabile e le spinte, anch'esse diffuse, verso una più o meno ampia sfera di libertà dai vincoli e dalle restrizioni via via introdotti per fronteggiare il rischio epidemico.

2. Limitandosi a brevissimi cenni, si può ricordare, anzitutto, quanto al profilo economico-sociale, la necessità di porre tra loro a confronto i "costi" della prevenzione ed i "costi" delle restrizioni, e, più in generale, dei provvedimenti di emergenza. La spesa sanitaria, si sa, è andata incontro, ormai da tempo, a riduzioni e "risparmi" difficilmente giustificabili; ed è altrettanto noto come siano sovente mancate strategie preventive in funzione dell'eventuale presentarsi di fenomeni particolarmente allarmanti. La relativa rarità di quest'ultimi non legittima, invero, atteggiamenti di disimpegno o di "attendismo" opportunistico; in una società evoluta e ben governata il rischio derivante dal possibile manifestarsi di eventi "megalici" esige di essere sempre messo in conto, qualora s'intenda evitare lo smarrimento e l'inefficienza nel contrastare gli effetti di una tragedia ormai in atto. Una tragedia, per l'appunto, che si rivelerà tale anche sul piano della vita economica della collettività: il crollo della produzione e dei consumi rappresenta, da questo punto di vista, una conseguenza della scarsa propensione ad 'attrezzarsi' per scongiurare o quanto meno contrastare più efficacemente situazioni come quella che ha investito il nostro – e non soltanto il nostro – Paese, rinserrandolo in una morsa angosciosa che stenta ancora ad allentarsi.
Complice l'impreparazione di fronte alla vicenda epidemica, particolarmente dispendioso – ed al contempo aleatorio – si rivela, d'altronde, lo sforzo di procedere in breve tempo all'approvvigionamento di mezzi e alla predisposizione di luoghi adeguati alle cure, con il rischio ulteriore di andare incontro ad episodi di *mala gestio* collegati alle forniture di volta in volta richieste o somministrate, dei quali sono disseminati i resoconti massmediatici. Il tutto, per di più, gravemente inquinato ed "infettato" – possiamo ben dirlo – da un assetto colpevolmente arretrato dei rapporti interstatuali, caratterizzati dal persistere di politiche sanitarie divergenti, con il risultato di rendere precari e disorganici gli interventi volti a far fronte contro il comune "nemico", e di favorire una circolazione tra le frontiere contrastante con la finalità di isolare ed, auspicabilmente, neutralizzare i focolai della diffusione epidemica. Senza dimenticare, inoltre, che tali distorsioni si accompagnano ad una scarsa disponibilità ad elaborare strategie comuni in grado di alleviare le condizioni dei Paesi sottosviluppati, sovente lasciati in balìa delle politiche industriali adottate dalle multinazionali del settore farmaceutico, con le note conseguenze inerenti alla difficoltà di reperire i farmaci antivirali o di porli in commercio a costi sostenibili.
Ma non è opportuno, adesso, procedere oltre nell'illustrazione di simili tematiche, dato ch'esse verranno ben presto affrontate in relazioni di ben altro spessore, volte ad analizzare, insieme alle tendenze attualmente più diffuse, le condizioni necessarie per una gestione più efficace e lungimirante dei fenomeni appena accennati.

3. È ben chiaro, tuttavia, come le problematiche con cui siamo chiamati a confrontarci vadano oltre le questioni finora esaminate. Di non poco momento è invero la tematica inerente alla specifica posizione degli appartenenti alla classe medica e più in generale sanitaria (ivi compresa quella dei responsabili a livello amministrativo delle strutture pubbliche e private). Né deve dimenticarsi come l'argomento in esame venga ad "incrociare" la materia delicatissima delle malattie infettive collegate all'esercizio di un'attività imprenditoriale, come mostra l'esperienza concernente i rischi di gravi patologie a danno di lavoratori o di terzi esposti all'uso di sostanze potenzialmente nocive.
In tali ambiti, campeggiano gli interrogativi inerenti alla verifica sotto il profilo causale del nesso con la produzione di eventi lesivi, così come quello dell'individuazione dei coefficienti della colpa in capo ai soggetti implicati nello svolgimento delle suddette attività.
Quanto al primo aspetto, il progressivo discredito cui è andata incontro la pretesa di rinvenire un effettivo legame eziologico con il risultato dannoso ha reso particolarmente infuocato il dibattito circa le scelte maggiormente idonee a supplire a tali inefficienze: come dimostrano i tentativi di privilegiare, da un lato, l'introduzione di fattispecie di reato improntate alla logica del solo "pericolo", dall'altro, la valorizzazione di tecniche d'intervento ispirate al modello dell' illecito amministrativo, e perfino all'idea di un'"amministrativizzazione" delle strategie di difesa contro fenomeni ritenuti

ingovernabili mediante lo strumento "punitivo". Certo è che, specialmente in relazione alla vicenda epidemica che tuttora ci affligge, il problema causale si fa addirittura imperscrutabile, essendo pressoché impossibile seguire i percorsi di trasmissione dell' agente patogeno, sia pure con la parziale eccezione di ambiti spaziali maggiormente "definiti" e circoscritti, quali, ad es., quelli delle RSA: restando, tuttavia, pur sempre difficile individuare in maniera rigorosa le condotte dei singoli soggetti che dovrebbero essere chiamati a rispondere per la produzione del risultato.
Né appare, d'altro canto, facilmente utilizzabile il modello criminoso proprio della fattispecie di epidemia, il quale – come abbiamo altrove sottolineato – appare subordinato ad una forma "vincolata" di manifestazione della condotta, dovendo il fattore patogeno essere oggetto di "diffusione", ossia di un contegno tale da postulare una manifestazione contestuale cronologicamente circoscritta del fenomeno assunto a base dell'incriminazione.

4. Venendo a considerare, in maniera più dettagliata, la questione delle malattie derivanti dall'esposizione a sostanze tossiche – ed ai relativi, presumibili, effetti "di lunga durata" – collegata all'esercizio di un'attività imprenditoriale, deve dirsi, in particolare, come, una volta escluso il ricorso a rilevazioni di carattere esclusivamente epidemiologico, la ricerca del nesso con i singoli eventi risulti affidata a valutazioni fortemente condizionate dai perduranti contrasti fra teorie scientifiche "rivali", con la conseguenza di relegare sovente il ruolo del giudice al compito disarmante di dover "arbitrare" tra opposte spiegazioni scientifiche, e di vulnerarne in tal modo l'autonomia funzionale e la coscienza di rispettare i limiti delle proprie attribuzioni. Per non parlare, poi, della china scivolosa del ripiegamento sulle svariate fattispecie di "disastro", chiamate spesso a surrogare il riscontro della causalità rispetto alle offese riguardanti le singole vittime, con l'ulteriore inconveniente dovuto al carattere pericolosamente indeterminato di simili figure, tale da rendere sfuggente e nebulosa la stessa, preventiva, definizione del tipo di evento cui riferire la diagnosi causale.
D'altronde, anche i rimedi escogitati per fronteggiare simili difficoltà – ed in particolare, per "bilanciare" la gravità degli effetti nocivi con i limiti della tutela penale – rischiano, a ben guardare, di mostrare sovente la corda. Così, ad es., la proposta – poc'anzi accennata – di sfruttare la risorsa delle fattispecie di pericolo appare destinata, a sua volta, ad imbattersi in un dilemma tale da far invidia all'enigma dello sventurato Principe di Danimarca: invero, mentre da un lato il ricorso al pericolo astratto, e a una sanzione ad esso consentanea, presenta il rischio di sottostimare la portata (per giunta, non di rado particolarmente estesa e "massiva") di sviluppi dannosi di particolare gravità, un'eventuale scelta, per converso, a favore del parametro del pericolo concreto viene a trovarsi, di bel nuovo, di fronte all'esigenza di verificare l'effettiva rilevanza sotto il profilo causale dei fenomeni considerati, essendo inconcepibile postulare un tale livello di pericolo in mancanza di attendibili riscontri empirici circa il nesso con gli eventi che si tratta di scongiurare.
Densa di interrogativi si rivela anche la tematica riguardante la verifica circa l'esistenza della colpa; la quale viene peraltro a coniugarsi con l'individuazione, ancor prima, di una "posizione di garanzia" confacente con il soggetto della cui responsabilità si discute. Una posizione, che – sulla scia di una tendenza che ci è apparsa sempre più meritevole di apprezzamento – viene a caratterizzare la rilevanza di condotte sia attive che omissive, come mostra anzitutto l'esperienza maturata nel quadro delle organizzazioni complesse, rispetto alle quali l'incarico di controllare e gestire le fonti di pericolo, mentre da un lato dovrebbe delimitare la sfera delle attribuzioni conferite, dovrebbe consentire, dall'altro, di renderle funzionali anche all'individuazione degli oneri cautelari di fare o non fare esigibili dai singoli interessati. Il che non significa, tuttavia, che una simile visione sistematica possa rendere sempre agevole l'identificazione dei requisiti dell'addebito colposo, tanto più assumendo che in esso debbano trovare spazio quelle valutazioni circa l'efficacia della condotta "alternativa" conforme alla regola che vengono ritenute necessarie per concretizzare il nesso con l'evento: non potendo invero negarsi come una simile verifica, pur senza sovrapporvisi integralmente, venga pur sempre ad echeggiare quei riscontri sotto il profilo causale che vedono impegnate, come si è visto,

teoria e prassi nell'ardua ricerca della soluzione più appagante.

5. Per altro verso, ed approfondendo ulteriormente l'altro versante problematico più volte accennato, le esigenze delimitative dei meccanismi d'imputazione si riprospettano anche nel settore della responsabilità da contagio epidemico; anzitutto, perché, anche laddove la posizione di garanzia – come accade per il personale sanitario – debba essere senz'altro riconosciuta, le disfunzioni e le inefficienze delle strutture e la contingente penuria di mezzi e di personale non possono non condurre a circoscrivere lo stesso ambito dei poteri esercitabili per adempiere al proprio 'mandato' professionale; ed inoltre, perché, trattandosi, viceversa, delle condizioni proprie del *quivis de populo*, a favore di quest'ultimo verrà a giocare, questa volta, la difficoltà di postulare l'esistenza stessa di una posizione di garanzia: essendo, invero, non soltanto eccessivo, ma anche sconsigliabile ed improvvido investire il comune cittadino di una sorta di personale strategia di contenimento dei fattori di rischio, e molto più opportuno semmai, che lo si chiami a rispondere, ora per quel "reato d'obbligo" che consiste nella violazione della quarantena, ed ora per le conseguenze lesive di tale violazione, ma soltanto in presenza di una reale consapevolezza delle circostanze concrete predisponenti alla trasmissione del *virus*, giocando esse come fattori atti a generare un effettivo *Anlass* rispetto al contegno da osservare.
Nel contesto del dibattito si è andata, peraltro, innestando la questione se, allo scopo di realizzare una più compiuta individuazione dei presupposti della responsabilità, l'imputazione del risultato lesivo non debba essere più efficacemente circoscritta mediante il ricorso al parametro della "colpa grave": un parametro che ha ricevuto, com'è ben noto, un'esplicita consacrazione normativa – relativamente ai casi di omicidio o lesione colposi – in un importante provvedimento Anti-Covid (d.l. n. 44/2021 conv. in l. n. 76/2021), e che peraltro sembra conglobare in una valutazione unitaria la portata di un "dovere di garanzia" costretto a convivere con le inefficienze delle strutture e profili più strettamente collegati alla colpa, nell'ottica "soggettiva" di un criterio di esigibilità rapportato al livello delle cognizioni e delle capacità del personale coinvolto. A tale normativa si sono andate inoltre affiancando anche determinate previsioni in funzione di "scudo", come si usa dire, rispetto a scelte punitive indesiderabili, tra le quali spiccano quelle volte a sancire l'esclusione della punibilità per omicidio o lesione colposi in guisa di effetti collaterali derivanti da una pur regolare somministrazione dei vaccini *anti-virus*.
Le discussioni in merito alla plausibilità di simili "scudi" hanno occupato, com'è ben noto, uno spazio assai ampio, non soltanto presso gli addetti ai lavori, ma anche nell'ambito degli organi di informazione, con il rischio, tuttavia, di favorire pericolose semplificazioni e di alimentare quella contrapposizione tra "garantisti" e "giustizialisti" che offusca il senso di un confronto dialettico libero da preconcetti e animato da autentico spirito costruttivo. Si potrebbe certo osservare che a proposte "forti" non possano che seguire reazioni altrettanto "dure" ed energiche. Ma non dovrebbe dimenticarsi che molti dei problemi in materia si situano "a monte", per così dire, rispetto a simili controversie; invero, finché non si saranno create le condizioni più adeguate per garantire gli interventi necessari, vi sarà sempre il dubbio – fomite di contrasti e di opposte tendenze – se imputare gli eventi dannosi a simili difetti organizzativi ovvero se coinvolgere nell'addebito i responsabili "diretti" della salute delle persone in pericolo.

6. Ma che dire, infine, dell'altro versante, relativo alle procedure vaccinali, che interpella ancora più a fondo le nostre coscienze e la nostra sensibilità di cittadini legati ad un destino comune? Alludiamo, questa volta – com'è facile intuire – all'imposizione dell'obbligo vaccinale e alle conseguenze previste per la sua inosservanza. Vengono qui in primo piano, da un lato, la libertà di autodeterminazione del singolo riguardo alla propria salute, dall'altro l'interesse della collettività ad evitare la diffusione di contagi, ed il conseguente rischio epidemico. Peraltro, già con riguardo alla posizione dei singoli, è bene ricordare che – com'è stato opportunamente osservato – sarebbe

culturalmente e giuridicamente inappropriata l'identificazione *tout court* della condizione del singolo in quanto "individuo" con quella del suo essere ed operare in quanto "persona", essendo quest'ultima necessariamente partecipe anche di quella dimensione "solidaristica" che permea il tessuto dei principi costituzionali, e che viene a riflettersi sulla stesse scelte trasfuse nell'art. 32 Cost.
In altra sede – giungendo a conclusioni analoghe (anche se diversamente argomentate) a quelle di uno studioso autorevole quale Luigi Ferrajoli – ci siamo espressi a favore di un ridimensionamento (per lo meno in taluni settori) delle stesse logiche ispirate ad un "bilanciamento" tra opposti principi costituzionali: ed invero, la ricchezza del potenziale teleologico che caratterizza simili principi sembrerebbe suggerire, piuttosto, di sviluppare un metodo fondato sulla ricerca di nessi di convergenza e di reciproca "integrazione" tra i contenuti che li caratterizzano, cogliendone la capacità di realizzare delle sintesi di valore in grado di esplicitarne e di "estrapolarne" più ampi orizzonti di senso. E tale deve essere appunto considerata anche quella che presiede al riconoscimento del valore proprio della "persona": il quale, nella misura in cui giunga a recepire le istanze collegate al principio solidaristico, viene a "proiettare" necessariamente i suoi contenuti verso un progetto esistenziale tale da includere al suo interno anche le ragioni e le aspettative dell'"Altro".
A tale proposito, proprio con riguardo ai principi, sembra rivelarsi, a ben guardare, davvero preziosa ed illuminante un'analisi come quella sviluppata da un fine pensatore quale François Jullien in relazione alle «culture» e alla pretesa «identità» che dovrebbe inerire a ciascuna; pur non arrivando a postularne una totale omogeneità, egli nega, tuttavia, che tra le culture sussistano propriamente delle «differenze», affermando invece che tra di esse siano ravvisabili – per usare il suo lessico – dei possibili «scarti», utili a «porre le culture l'una di fronte all'altra», in modo da «alimentarle vicendevolmente» grazie alle «risorse» che ognuna di esse è in grado di esprimere e di far germogliare in una prospettiva comune. Non si tratterebbe, da questo punto di vista – e lo stesso potrebbe affermarsi per i principi – di operare «dosaggi» o di «proporzionare» il peso dei valori in campo, quanto piuttosto di desumere dalla «tensione» insita nel confronto tra dette culture la stessa costruzione di quello spazio, privo di gerarchie, in cui esse potranno infine vedere rispecchiato e «dispiegato» il proprio contributo ad un orizzonte condiviso.
Detto questo, e per concludere questa breve panoramica, sarebbe tuttavia eccessivo trarre spunto da simili rilievi per sottovalutare l'opera svolta con impegno crescente da parte della dottrina costituzionalistica (e non solo da questa) così come – ed anzi, in primo luogo – da parte degli stessi giudici della Consulta; i quali, in effetti, nel pronunciarsi ripetutamente sulla tematica degli obblighi vaccinali, hanno avuto il merito, anche in tempi recentissimi, di riaffermare la conformità alle esigenze solidaristiche ed al rispetto del "volto" costituzionale della salute di una disciplina volta a tutelarla a favore di quanti (*in primis*, i soggetti maggiormente esposti ai rischi del contagio) possano restare vittima di atteggiamenti gravemente irresponsabili nella "gestione" delle relative sfere individuali di libertà.

LA PARTECIPAZIONE "PARZIALMENTE SMATERIALIZZATA": IL GRIMALDELLO DEL CONSENSO A FAVORE DELL'ECONOMIA PROCESSUALE

di Eleonora A.A. Dei-Cas
(*Assegnista di ricerca in diritto processuale penale, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*)

Il contributo passa in rassegna le modifiche alla disciplina della partecipazione a distanza introdotte dalla riforma Cartabia. Se è evidente che l'uso dei collegamenti virtuali possa contribuire all'efficientamento della giustizia, nella misura in cui consente un risparmio dei costi di traduzione e di trasferimento, è altrettanto chiaro che occorre vigilare affinché non ne derivino menomazioni ai diritti difensivi. La possibilità di ricorrere al succedaneo della partecipazione virtuale subordinata al consenso delle parti rischia, infatti, di andare a discapito degli imputati meno abbienti, più esposti alle logiche di baratto tra autorità giudiziarie e difensore.
This article addresses the recent reform of Italian criminal justice which has, *inter alia*, affected the law governing remote participation via video link in criminal proceedings. While it is clear that the use of technology avoids the delay and upheaval associated with travelling to and from court, reducing the expenditure and disruption related to the transportation of prisoners in particular, it is equally clear that great care must be taken to ensure that defence rights are not impaired. It is argued that consent of the parties in order to enable defendants or witnesses to appear in court by way of a video link has the potential to amplify injustice, as it risks being to the detriment of less well-off defendants, who are more exposed to bartering between judicial authorities and the defence counsel.

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'eccezione stabilizzata e, ora, "codicizzata". – 2. Il nuovo "statuto" della partecipazione a distanza. – 3. Gli atti di indagine: della p.g. … e del p.m. – 4. L'interrogatorio di garanzia. – 5. La convalida dell'arresto e del fermo. – 6. Ancora sulla videoconferenza in alternativa alla "rogatoria interna": riesame e altre udienze camerali. – 7. L'istruttoria dibattimentale: il nodo del consenso delle parti. – 8. Qualche considerazione finale.

1. Se è vero che una delle caratteristiche che contraddistinguono l'essere umano (addirittura, «la sua migliore definizione»[1], secondo Dostoevskij) è l'attitudine ad abituarsi in fretta alle condizioni date, non era imprevedibile che gli anni di pandemia avrebbero irrimediabilmente prodotto un lascito tale da intaccare, per quanto concerne il nostro ristretto campo di interesse, pure il volto della giustizia penale. Anche senza emergenza sanitaria, l'abitudine all'uso di un mezzo – per quanto lo stesso possa essere inizialmente inviso ai più – tende a normalizzarlo e a stemperare i motivi di sfiducia[2]. A riguardo, risultano esemplificative le parole di uno dei primi studiosi dell'IT e dell'IA collegati al mondo del diritto, Richard Susskind[3], il quale riporta che, quando negli anni '90 scrisse che nel futuro

[1] «Sì, l'uomo è resistente! È un essere che si abitua a tutto e questo, credo, è la sua migliore definizione»: F. Dostoevskij, *Memorie da una casa di morti*, trad. it. di M. Gallenzi, Milano 2023, 20.
[2] Già nel 2001 S. Quattrocolo, *sub* Art. 15 D.L. 24/11/2000 N. 341, in *LP* 2001, 434, si chiedeva se «il tenore della discussione che ha accompagnato l'*iter* di conversione del d.l. 341/2000 […] non [stesse] ad indicare l'avvenuta assimilazione dell'"anomalia" della video-conferenza nel panorama del processo penale ed a "consacrare" l'efficacia di simile strumento».
[3] R. Susskind, *Online Courts and The Future of Justice*, Oxford 2019, 2-3.

gli avvocati avrebbero utilizzato l'e-mail come strumento principe di comunicazione con i propri assistiti, venne sommerso dalle critiche indignate dell'avvocatura inglese.
Quanto detto è certamente vero (e non vi era nemmeno motivo per dubitarne *ex ante*[4]) per la partecipazione a distanza, che dal periodo della giustizia "in *lockdown*" ha ricevuto un impulso senza precedenti[5], a diverse latitudini[6] e non solo nel settore penale[7].
D'altra parte, l'istituto in discorso, nato nell'alveo della legislazione emergenziale anti-mafia[8], aveva vissuto nel nostro Paese, già prima che fosse imposto all'umanità di ragionare in termini di "*new normal*", uno sdoganamento ad opera della riforma Orlando[9], all'esito del quale ciò che prima era "eccezione" è divenuto "regola"[10].

---

[4] Si vedano, tra gli altri, R. Aprati, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?*, in www.sistemapenale.it, 23.2.2021, 131 ss.; S. Lorusso, *Processo penale e bit oltre l'emergenza*, in *PPG* 2020, 1000; F. Ruggieri, *Il processo penale al tempo del covid-19: modelli alternativi di gestione della crisi*, in www.lalegislazionepenale.eu, 18.5.2020, 7.

[5] Usa l'efficace similitudine della digitalizzazione della giustizia che avanzava a passo di biga, cui il covid ha inferto un colpo di frusta, A. Procaccino, Between a rock and a hard place. *La faticosa "digitalizzazione" del processo penale tra fonti tradizionali e* soft law, in *CP* 2021, 1432.

[6] Sul punto, J. Della Torre, *L'espansione del processo a distanza negli itinerari dell'emergenza pandemica*, in *PPG* 2021, 226 ss. Nella dottrina estera, ad esempio, A. Sanders, *Video-Hearings in Europe Before, During and After the COVID-19 Pandemic*, in *International Journal For Court Administration* 12(2)/2020, 1 ss. Per una valutazione comparativa del durante e del *post*-pandemia, si veda il sito (presieduto dallo stesso Richard Susskind) *www.remotecourts.org*.

[7] Si allude all'introduzione, ad opera del d.lgs. 10.10.2022 n. 149, dell'art. 127-*bis* nel codice di rito civile, rubricato «Udienza mediante collegamenti audiovisivi», accompagnato dall'art. 196-*duodecies* NAttCpc «Udienza con collegamenti audiovisivi a distanza».

[8] Il riferimento è ovviamente agli artt. 146-*bis* e 147-*bis* NAttCpp, in relazione ai quali, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a AA.VV., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti*. *Commento alla Legge 7 gennaio 1998, n. 11 (c.d. legge sulla videoconferenza)*, Milano 1998; M. Bargis, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41*-bis *ord. penit.*, in *DPP* 1998, 158 ss.; Ead., *La teleconferenza*, in *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, a cura di E. Zappalà, Milano 1999, 19 ss.; P. Bronzo, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, in *La giustizia penale differenziata. Gli accertamenti complementari*, III, coordinato da M. Montagna, Torino 2011, 983 ss.; D. Curtotti Nappi, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Milano 2006; M. Daniele, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino 2012; E. Marzaduri, *sub* art. 2 l. 7.1.1998 n. 11, in *LP* 1999, 877 ss.; A. Melchionda, sub *art. 146*-bis *NAttCpp*, in *Commento Chiavario*, *Aggiornamento IV*, Torino 1998, 165 ss.; D. Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino 2012, 281 ss.; N. Triggiani, *La partecipazione a distanza*, in *La legislazione antimafia*, diretto da E. Mezzetti, L. Lupária Donati, Bologna 2020, 526 ss.; G.P. Voena, *L'esame a distanza*, in *DPP* 1998, 116 ss.; Id., *Il telesame*, in *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, a cura di E. Zappalà, Milano 1999, 81 ss.

[9] Ancora a titolo meramente esemplificativo, S. Buzzelli, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione a distanza*, in *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di L. Giuliani, R. Orlandi, Torino 2018, 73 ss.; D. Curtotti, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza*, in *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, a cura di G.M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina, E.M. Mancuso, Milano 2017, 509 ss.; G. Di Chiara, *«Come s'uno schermo». Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie,* upgrade *tecnologici*, in *Imputazione e prova nel dibattimento tra regole e prassi. Atti del Convegno di Campobasso, 13-14 ottobre 2017*, Milano 2018, 125 ss.; A. De Caro, *La partecipazione al dibattimento a distanza*, in *DPP* 2017, 1333 ss.; M. Daniele, *La partecipazione a distanza allargata. Superfetazioni e squilibri del nuovo art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 14.12.2017; S. Lorusso, *La mutata fisionomia della partecipazione a distanza al dibattimento e il* vulnus *delle garanzie difensive*, in *Il fragile mosaico delle garanzie difensive. Dalla legge Orlando alle scelte della XVIII legislatura*, a cura di S. Lorusso, Torino 2020, 147 ss.; D. Negri, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, in *AP* 2018 (*supplemento al n. 1 del 2018. La giustizia penale riformata*), 567 ss.; P. Rivello, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 31.7.2017; S. Signorato, *L'ampiamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 20.11.2017; N. Triggiani, *La partecipazione a distanza*, cit., 538 ss.

[10] In questi termini anche A. Diddi, *Videoconferenze e partecipazione dell'imputato al dibattimento*, in *DPP* 2018, 458.

La riforma Cartabia[11], come si dirà a breve, ha fatto il resto, attribuendo per un verso dignità codicistica a ciò che, fino ad ora, era invece, «sapientemente "relegat[o]" dal legislatore nella normativa d'attuazione quasi a volerne sminuire la portata»[12] e, per l'altro verso, operando una lunga serie di interventi su norme regolanti singoli comparti e attività procedimentali.
Non è chiaramente questa la sede né per ripercorre i mutamenti che hanno interessato la disciplina negli ultimi decenni[13], né tantomeno per tentare una ricognizione puntuale della estremamente farraginosa legislazione anti-coronavirus in materia, sulla quale, peraltro, la letteratura è ormai più che copiosa[14].
Parimenti, non sembra neppure opportuno ribadire i termini del dibattito sviluppatosi, dagli anni '90, circa i *vulnera* inferti ai canoni fondamentali del processo equo – contraddittorio e immediatezza *in primis* –, ad opera di una partecipazione "mediata" dallo schermo, e alla formazione della prova in dibattimento[15]. A tal riguardo, invero, pare essersi scatenata in dottrina una "guerra di religione" (a che ne dicano i partecipanti), tra una fazione, la più nutrita[16], impegnata in una strenua quanto

[11] Per i primi commenti, sotto il profilo che qui rileva, alla legge delega e al decreto delegato, G. Di Paolo, *"Riforma Cartabia" e digitalizzazione del processo penale. Verso una non più rinviabile opera di ammodernamento della giustizia penale*, in *RIDPP* 2022, 102 ss.; R. Lopez, *Nuove ipotesi di documentazione mediante videoregistrazione e di collegamento a distanza*, in *PPG* 2022, 18 ss.; C. Minnella, *Remote justice, da eccezione a realtà sempre più crescente*, in *GD* 2022 [45], 51 ss.; F. Porcu, *Digitalizzazione degli atti, videoriprese e partecipazione a distanza*, in *La Riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, Pisa 2022, 86 ss.

[12] Come ricordava S. Lorusso, *Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"*, in *DPenCont* 2017, 218.

[13] Sulla riforma del 2000, che prorogava la durata della disciplina, seppure introducendo significativi mutamenti, si veda, per tutti, S. Quattrocolo, *sub* Art. 15 D.L. 24/11/2000 N. 341, cit., 428 ss.
Sull'estensione dell'esame e della partecipazione a distanza ai reati con finalità di terrorismo (con l'intervento normativo che rendeva l'istituto in parola non più "norma a tempo"), S. Quattrocolo, *"Disposizioni urgenti" di contrasto al terrorismo internazionale (d.l. 18.10.2001 n. 374)*, in *LP* 2002, 70 s.; L. Scomparin, *Contenuti eterogenei per le novità in tema di partecipazione a distanza dell'imputato al procedimento*, in *Il decreto "antiscarcerazioni"*, a cura di M. Bargis, Torino 2001, 135 ss.

[14] E. Amodio, E.M. Catalano, *La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio*, in *www.sistemapenale.it*, 20.5.2020; G. Barone, *Pandemia e processi penali da remoto: modelli a confronto e prospettive future*, in *CP* 2021, 698 ss.; M. Bontempelli, *Emergenza covid-19 e ragionevole durata del processo penale*, in www.sistemapenale.it, 13.1.2021; C. Di Bugno, *L'amministrazione della giustizia alla prova della pandemia: brevi riflessioni sul (difficile) rapporto tra misure a tutela della salute e processo penale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 17.5.2020; M. Gialuz, J. Della Torre, *D.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale: sulla "giustizia virtuale" servono maggiore cura e consapevolezza*, in www.sistemapenale.it, 9.11.2020; L. Giordano, *Il processo penale a distanza ai tempi del coronavirus*, in *DPP* 2020, 920 ss.; L. Kalb, *Emergenza sanitaria e giustizia penale. Un'analisi delle misure incidenti sul sistema processuale penale*, in *DPP* 2020, 910 ss.; E.M. Mancuso, *La dematerializzazione del processo al tempo del CODIV-19*, in www.giurisprudenzapenale.com, 10.5.2020; S. Lorusso, *Il cigno nero del processo penale*, in www.sistemapenale.it, 11.5.2020; L. Marafioti, *Il processo penale di fronte all'emergenza pandemica*, in *www.discrimen.it*, 26.4.2021; G. Pestelli, *Le attività di indagine e di udienza "da remoto" nel c.d. decreto Ristori*, in *DPP* 2021, 160 ss.; F. Ruggieri, *op. cit.*, 1 ss.; L.G. Velani, *Gestione dell'emergenza covid-19 e processo penale: un prodotto discutibile destinato a imporsi stabilmente?*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 7.5.2020.

[15] Per l'analisi di questi, fondamentali, profili, si rinvia, per tutti, a M. Daniele, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, cit., 14 ss.; e a D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Milano 2023, 451 ss.; Id., *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, cit., 282 ss. Volendo, si veda E.A.A. Dei-Cas, *La partecipazione a distanza, in attesa della riforma del processo penale*, in www.sistemapenale.it, 7.4.2022, cui si rimanda anche per la trattazione della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea che si è espressa in materia. Sul tema, si veda anche R. Orlandi, *Immediatezza ed efficienza nel processo penale*, in *RDPr* 2021, 815, il quale, trattando delle differenti ricadute di videoregistrazioni e videoconferenze, puntualizza che, a differenza delle prime (che realizzerebbero una forma di scrittura «arricchita» (in particolare, a p. 816, nota 18), «l'esame testimoniale in videoconferenza è manifestazione di *immediatezza*, atta ad assicurare un contraddittorio "per" la prova, benché in forma velata e meno pregnante dell'esame in presenza» (corsivo dell'Autore).

[16] M. Bontempelli, *Imputato e difensore nel processo "a distanza"*, in *L'emergenza covid nel quadro giuridico, economico e sociale. Quattro chiavi di lettura: distanza, disuguaglianza, comunicazione, responsabilità. Atti del II*

meritoria difesa dei valori costituzionali, contro i rischi provenienti (anche) dal «tecno-inquisitorio»[17], e dei "rituali" propri del processo penale[18] e un'altra parte che glorifica i prodigi, sotto il profilo dei risparmi di costi e di tempo, del progresso[19]. Al centro, si posizionano poi quegli autori[20] che richiamano la comunità degli studiosi e degli operatori del diritto all'imperativo di fare seriamente i conti con il nuovo, senza posizioni preconcette, ma rimanendo *open minded*[21], al fine di vagliare con lucidità quanto di positivo se ne possa trarre[22], senza in alcun modo «idolatrare la tecnica»[23], da una parte, e tenendo sempre presente il *gap* tra come i diritti costituzionali appaiono *on books* e come invece risultano *in action*[24], dall'altra parte.
Opinione, quest'ultima, che trae linfa guardando alle fonti sovranazionali, specie in tema di cooperazione giudiziaria tra Stati ove l'impiego dei *link* è quanto mai utile e opportuno[25].
Si tratta, insomma, di valutare se forme di partecipazione a distanza ad atti o alle udienze siano compatibili con un procedimento «"virtuoso"»[26], accogliendo così l'invito proveniente da un illustre

---

convegno annuale del Dipartimento di scienze giuridiche "Cesare Beccaria", 15-18 marzo 2021, a cura di M. Biasi, F. Ferraro, D. Greco, S. Zirulia, Milano 2021, 33 ss.; O. Mazza, *Distopia del processo a distanza*, in www.archiviopenale.it, 4.4.2020; F. Ruggieri, *op. cit.*, 5.

[17] Il termine è stato utilizzato, di recente, da Daniele Negri durante la presentazione del Convegno di Ferrara, *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*, del 15.12.2022. La registrazione è visibile al link *https://www.radioradicale.it/scheda/684940/forme-riforme-e-valori-per-la-giustizia-penale-futura-prima-giornata.*

[18] L. Marafioti, *Il processo penale di fronte all'emergenza pandemica*, cit., 19. Sul tema, anche M.R. Guglielmi, *Quel "rito" al quale non possiamo facilmente rinunciare*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 22.4.2020.

[19] Principalmente, L. Poniz, *Il processo da remoto: la strana battaglia contro uno strumento*, in www.giurisprudenzapenale.com, 10.5.2020, e L. Ponzoni, Unorthodox: *in favore del processo penale da remoto*, in www.discrimen.it, 28.4.2020.

[20] Tra questi B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, Milano 2022, la quale, a 218, sottolinea come «[l]'integrazione, limpida e meditata, di queste ulteriori vie di realizzazione delle investigazioni nella trama del codice potrebbe insomma migliorare la qualità del lavoro di tutti i protagonisti del procedimento […] e l'efficienza complessiva del sistema, eliminando farraginosità che nulla aggiungono in termini di garanzie». Si vedano, inoltre, R. Aprati, *op. cit.*, 142, e S. Lorusso, *Processo penale e bit oltre l'emergenza*, cit., 1000 ss.

[21] La richiesta che rivolge ai propri lettori R. Susskind, *op. cit.*, 3 e 255.

[22] Si vedano, in tal senso, la Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435, predisposta dalla Commissione Lattanzi, leggibile in www.sistemapenale.it, 25.5.2021, 16: «Oggi la tecnologia offre nuove forme di partecipazione, che non vanno escluse a priori, ma devono essere valutate con cura per verificare se e in che misura possano essere contemplate per garantire effettività al diritto di accesso al giudice, tanto all'imputato, quanto alle vittime del reato».

[23] Ammoniscono contro il rischio predetto persino A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, trad. it. a cura di M.R. Ferrarese, Bologna 2021, 104.

[24] A riguardo, S. Lorusso, *Processo penale e bit oltre l'emergenza*, cit., 1000 ss. Sul tema della distanza tra diritti proclamati e diritti effettivi, si veda magistralmente P. Ferrua, *La lenta agonia del processo accusatorio a trent'anni dall'entrata in vigore: trionfante nella Carta costituzionale, moribondo nel reale*, in *PPG* 2020, 7 ss.

[25] Si veda, ad esempio, l'art. 11 del Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica riguardante la cooperazione rafforzata e la divulgazione di prove elettroniche.
Prima di allora, il d.lgs. 21.6.2017 n. 108, in attuazione della dir. 2014/41/UE, relativa all'ordine europeo di indagine penale, i cui artt. 18 e 39 sono rispettivamente rubricati «Audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva» e «Richiesta di audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva».
Su questi profili, in dottrina, M. Bolognari, *Le videoconferenze*, in *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, a cura di M. Daniele, R.E. Kostoris, Torino 2018, 257 ss.; S. Buzzelli, *Le videoconferenze transnazionali*, in *PPG* 2017, 326 ss.; R. Piccirillo, *Le videoconferenze e le conferenze telefoniche transnazionali*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al Codice di procedura penale all'Ordine europeo di indagine*, a cura di M.R. Marchetti, E. Selvaggi, Milano 2019, 511 ss.
Prima ancora, con riguardo alla Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 29.5.2000, si vedano M. Daniele, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, cit., 138 ss., e B. Piattoli, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Milano 2002, 175 ss.

[26] Richiamando il titolo del volume di Benedetta Galgani sopra citato.

Studioso, il quale suggeriva di impegnarsi nello «sforzo di rimeditare su taluni modi tradizionali di concepire certe garanzie, sempre badando a salvaguardarne intatto il nucleo più essenziale, ma senza escludere *a priori* che ne possa venire almeno parzialmente oscurata qualche componente del tradizionale bagaglio garantistico, e cercando piuttosto di "inventare" nuove componenti, *sostitutive*, o comunque *compensative*, delle "perdite"»[27].
Questo non prima, però, di aver esaminato quello che può essere definito il nuovo «statuto della partecipazione a distanza»[28].

2. Come già si è anticipato, la riforma in discorso ha anzitutto posto fine alla marginalità topografica che, fin dalla sua introduzione, angustiava la disciplina dei collegamenti a distanza, collocando nel libro II un apposito titolo – il II-*bis* – composto, appunto, dagli artt. 133-*bis* e 133-*ter* Cpp. Tra questi, il primo svolge un ruolo introduttivo, come se fungesse da *incipit* al secondo[29]. La somma delle due disposizioni richiamate dà quindi luogo a una norma «"di genere"»[30], applicabile a tutti i casi di partecipazione "remotizzata", in assenza di disposizioni speciali ad essa derogatorie; una nuova norma "paradigma", in altri termini, come fosse l'equivalente "tecnologico" dell'art. 127 Cpp[31]. In essa sono stati trasfusi molti dei contenuti prima contemplati dall'art. 146-*bis* NAttCpp, talvolta con significative varianti.
Tra queste, in primo luogo, si ravvisa una «nuova tassonomia»[32], che contempla sia il compimento di atti a distanza, sia la partecipazione a distanza al compimento dell'atto o alla udienza; sulla scia dell'esperienza acquisita durante l'emergenza sanitaria – e in linea con una riforma definita a «"trazione anteriore"»[33] –, l'uso dei *link* non è più appannaggio della fase dibattimentale, ma pure delle indagini.
Merita qui precisare che il delegato non si è spinto alla smaterializzazione completa: non vi è (o meglio: non vi è *ancora*[34]) nel nostro ordinamento un *virtual hearing*[35], cui ogni attore o comprimario prende parte da luogo diverso; rimane, insomma, un fulcro spaziale individuabile nell'aula ove siede il giudice insieme all'ausiliario.
Conseguentemente all'estensione, dal punto di vista dell'arco procedimentale, del campo operativo, muta anche il soggetto chiamato a emettere il provvedimento, sotto forma di decreto motivato – avverso il quale non è consentita impugnazione – con cui si dispone il compimento dell'atto/la partecipazione all'atto o all'udienza a distanza: non più il presidente del Tribunale o della Corte

[27] M. Chiavario, *La "videoconferenza" processuale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, II, *Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, a cura di P. Corso, E. Zanetti, Piacenza 2010, 98.
[28] F. Porcu, *Digitalizzazione degli atti, videoriprese e partecipazione a distanza*, cit., 90.
[29] F. Porcu, *Digitalizzazione degli atti, videoriprese e partecipazione a distanza*, cit., 91, fa notare che l'art. 133-*bis* si presenta simile, per funzione, al primo comma dell'art. 127 Cpp.
[30] Etichetta utilizzata, a proposito dell'art. 127 Cpp, da G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano 1994, 165.
[31] In tal senso anche, F. Porcu, *Digitalizzazione degli atti, videoriprese e partecipazione a distanza*, cit., 91.
[32] Lo ha rilevato B. Galgani, durante il già citato Convegno di Ferrara, la cui registrazione è visibile sul sito di radio radicale, al link indicato *supra*.
[33] G. Spangher, *Riforma Cartabia: un processo a "trazione anteriore"*, in *DPP* 2022, 1485 ss.
[34] D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 452, ad esempio, intravede un percorso già tracciato in quella direzione.
[35] Ad onore del vero, nella letteratura straniera la dizione in parola non viene sempre usata soltanto per alludere all'udienza del tutto smaterializzata: si veda, ad esempio, R. Susskind, *op. cit.*, 58 s., il quale distingue due ipotesi di *virtual hearing*, ovvero la forma totalmente e quella parzialmente dematerializzata.
A. Sanders, *op. cit.*, 3, invece, utilizza *remote-hearing* per significare «a court hearing where one, several or all participants including witnesses, experts, parties, advocates and judges are not present in one courtroom, but connected via telephone or video-conference systems», in alternativa a *video-hearings* laddove «all or some participants are connected through a video-conference system which allows participants to see each other using a camera».

d'assise, oppure il giudice nel corso del dibattimento, ma, genericamente, l'autorità giudiziaria. Detto decreto, se pronunciato fuori udienza, dovrà essere reso noto alle parti, nonché alle autorità interessate, unitamente al provvedimento che fissa la data per il compimento dell'atto o dell'udienza, «*in ogni caso*, almeno tre giorni prima della data suddetta»: sul punto si tornerà, trattando dei singoli istituti, poiché non sono pochi i casi in cui le peculiarità, caratterizzate da cadenze temporali normativamente imposte, impediscono il rispetto della regola il cui operare, secondo la dizione impiegata dal legislatore, dovrebbe essere generalizzato («in ogni caso», appunto).
Al pari della normativa previgente, poi, è prevista l'attivazione di un collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza – oppure l'ufficio giudiziario, in virtù della variata latitudine della disciplina – e la postazione ove si trova la persona partecipante a distanza, che a essa viene equiparata. Ora come allora, l'espressa equiparazione sta a significare che siamo in presenza di cosa "altra" rispetto a quella che per secoli è stata la forma di celebrazione del rituale giudiziario.
Ma il cuore dello "statuto" della partecipazione a distanza è racchiuso nel comma 3. Qui si dice che il collegamento debba essere attuato «*con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti* all'atto o all'udienza e ad assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti nei diversi luoghi e la possibilità per ciascuna di esse di udire quanto viene detto dalle altre». Rispetto al suo antecedente (l'art. 146-*bis* co. 3 NAttCpp), è stato inserito un *caveat* che ha il sapore della tautologia[36] o, forse, della *excusatio non petita*. Come a dire, sapendo che lo strumento in questione non può – pure con l'utilizzo della più evoluta delle tecnologie[37] – essere equiparato in tutto e per tutto alla partecipazione mediante presenza fisica[38] nel "luogo sacro"[39] ove si celebra la giustizia, il legislatore ha sentito l'esigenza di ribadire l'ovvio, ovvero che i rituali della giustizia (in parte) «"despazializzata"»[40] devono essere compatibili con la regola aurea del contraddittorio e garantire la partecipazione effettiva delle parti. Partecipazione effettiva che, chiaramente, passa attraverso la contestuale, effettiva e reciproca visibilità, nonché la

[36] A ben vedere, una simile previsione era stata inserita anche nella legislazione anticovid: si veda T. Alesci, *Processo da remoto*, in *DigDPen*, *Agg. XI* 2021, 568.
[37] Ci si rende conto che questa affermazione potrebbe attirare la critica di "miopia tecnologica" (uno dei tre *biases* descritti da R. Susskind, *op. cit.*, 43 ss.): in altri termini, in un futuro non troppo remoto, le nuove tecnologie (telepresenza, realtà virtuale, realtà aumentata e chissà cosa altro) consentiranno esperienze sensoriali prossime al reale, in grado di coinvolgere non solo vista e udito ma anche tatto e olfatto (delle tecnologie citate tratta R. Susskind, *op. cit.*, 254 ss.). Sia consentito comunque avanzare perplessità sul fatto che partecipare tramite questi strumenti consenta "l'esperienza comune della giustizia" di cui parlavano A. Garapon, J. Lassègue, *op. cit.*, 148 («La tecnica impoverisce l'esperienza della giustizia, che diventa un coordinamento di propositi tenuti separati, anche se nell'immediato diventano oggetto di scambio. Non c'è più un'esperienza comune, un vissuto condiviso») e che, di recente, è stata plasticamente descritta da Emmanuel Carrère in V13, libro che narra l'esperienza di mesi e mesi passati sulle scomode panche dell'aula (la «scatola», situata nell'Île de la Cité) allestita per processare i terroristi del Bataclan. «Sapevo, sapevamo che stavamo vivendo insieme qualcosa di completamente diverso da uno sfoggio di virtù a beneficio della Storia, da quell'happening giudiziario faraonico e inutile che all'inizio avevamo buoni motivi per paventare. Qualcosa di completamente diverso: un'esperienza unica di terrore, pietà, vicinanza, presenza. Soltanto tardi mi sono reso conto che la scatola somiglia a una chiesa moderna e che al suo interno si è svolto qualcosa di sacro»: E. Carrère, *V13*, trad. it. di F. Bergamasco, Milano 2023, 250.
[38] Sul binomio presenza fisica/partecipazione, ritenuto dalla Consulta non inscindibile, si veda C. cost., 22.7.1999 n. 342, in *DPP* 2000, 76 ss., con nota critica di C. Conti, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*
[39] Pagine bellissime sulla architettura giudiziaria e sulla separatezza dei luoghi ove si celebra la giustizia – evincibile, quest'ultima, anche dai nomi utilizzati in Francia per designare parti e soggetti (*siège*, *parquet*, *barreau*) – sono contenute in A. Garapon, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, trad. it. a cura di D. Bifulco, Milano 2007, 7 ss. In modo analogo, R. Susskind, *op. cit.*, 56, sottolinea che l'etimologia in francese, latino e greco antico delle parole che significano "corte" rimanda a un luogo separato e racchiuso («an enclosed space or yard»), per poi (p. 260) arrivare a chiedersi se non possa un domani significare «a safe online space».
[40] Ancora una volta il riferimento è agli studi di Antoine Garapon: in particolare, A. Garapon, *La despazializzazione della giustizia*, Milano-Udine 2021.

capacità di ognuno di udire quanto viene detto dagli altri. Il che significa che non si è davvero partecipi se non si può percepire con vista e udito, e senza scarti temporali significativi, quello che avviene nel luogo di compimento dell'attività e nella postazione remota[41]. Solo così può dirsi realizzato quel «"realismo partecipativo"» di cui parla la Corte costituzionale (sent. 342/1999).

Al di là delle petizioni di principio[42], la norma di nuovo conio introduce alcune varianti, mostrando in questo di fare tesoro di quanto lamentato dalla dottrina dagli albori della disciplina.

Anzitutto, viene comminata espressamente la sanzione della nullità[43], qualora non siano rispettate le garanzie del contraddittorio e della effettiva partecipazione. Viene da chiedersi, allora, quale sia la ragione che ha indotto il legislatore a prevedere una nullità speciale. La risposta all'interrogativo impone di considerare se situazioni tali da pregiudicare l'effettiva partecipazione via etere possano essere ricomprese tra le nullità generali, a regime intermedio o assoluto, di cui agli artt. 178 co. 1 lett. *b* e *c*, 179 e 180 Cpp. Ebbene, dal momento che una partecipazione a distanza deficitaria, nel suo concreto svolgersi, può divenire partecipazione non effettiva, è difficile sostenere che la stessa non possa incidere quantomeno sull'intervento e sull'assistenza delle parti, di cui alla lett. *c*[44]; se poi venisse estromesso il difensore da una udienza a partecipazione necessaria, si avrebbe una nullità assoluta. Resterebbe comunque esclusa dalla previsione la persona offesa, contemplata dalla nullità generale soltanto per quanto concerne la citazione a giudizio… persona offesa nominata, come si vedrà, in riferimento al conferimento dell'incarico al consulente tecnico per l'accertamento tecnico irripetibile, sebbene alcuni vi abbiano convincentemente ravvisato un vero e proprio errore del delegato[45].

Maggiormente degno di rilievo è però l'aver introdotto un profilo fino a ora totalmente negletto: quello della pubblicità degli atti compiuti a distanza. La mancanza era stata messa in luce dalla dottrina[46], ma, specie con l'emergenza sanitaria, era divenuto di palmare evidenza il divario tra l'approccio al problema nel nostro Paese rispetto ad altri[47]. Eppure, sull'importanza della pubblicità del dibattimento basta richiamare la dottrina tradizionale che le affida il ruolo, fondamentale in democrazia, di controllo dei consociati sull'operato dei giudici e, in generale, sul buon andamento dell'amministrazione della giustizia, contro il rischio di arbitrii e di abusi[48], tratto che permette di distinguere, a livello di modelli ideali, il rito accusatorio dall'inquisitorio… tant'è che Paolo Ferrua vi ravvisa «ciò che non si perdona al modello accusatorio – e, al tempo stesso, costituisce il suo eterno titolo di gloria – […:] amministrare giustizia alla luce del giorno»[49].

---

[41] A proposito dei quali, D. Curtotti Nappi, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., 173 ss.

[42] T. Alesci, *op. cit.*, 568.

[43] Tra le, molteplici, occasioni perdute dell'intervento riformatore del 2000, S. Quattrocolo, *sub* Art. 15 D.L. 24/11/2000 N. 341, cit., 441, annoverava anche la mancanza di una disciplina espressa delle invalidità derivanti dall'inosservanza delle norme che presiedono alla partecipazione a distanza.

[44] Per una pronuncia datata in cui si sosteneva l'inesistenza di un rimedio, nel caso in cui fosse stato disposto di procedere in videoconferenza in assenza dei presupposti di legge: Cass. 12.11.1999 n. 3955, in *CEDCass.*, m. 215445. Sulla quale, C. Conti, *Rimedi processuali contro la partecipazione a distanza disposta illegittimamente*, in *IP* 2000, 1275 ss.

[45] D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 482, ritiene che la facoltà di partecipare in collegamento andava conferito soltanto ai titolari del diritto di essere presenti di persona: *id est*, ai difensori e ai consulenti eventualmente nominati.

[46] Segnalano le ricadute sulla pubblicità derivanti da partecipazione ed esame a distanza, tra gli altri, M. Bontempelli, *Imputato e difensore nel processo "a distanza"*, cit., 35, e B. Galgani, *Il processo penale in 'ambiente' digitale: ragioni e (ragionevoli) speranze*, in www.questionegiustizia.it, 17.1.2022, 14.

[47] J. Della Torre, *L'espansione del processo a distanza negli itinerari dell'emergenza pandemica*, cit., 252.

[48] Sul tema si vedano, nella dottrina risalente, M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*[3], II, Milano 1984, 277 ss.; G. Foschini, *Dibattimento*, in *ED*, XII, 1964, 349; G. Giostra, *Processo penale e informazione*[2], Milano 1989, 13 ss.; G.D. Pisapia, *Pubblicità e procedimento penale*, in *Jus* 1959, 259 ss.; G.P. Voena, *Mezzi audiovisivi e pubblicità delle udienze penali*, Milano 1984, 1 ss.

[49] Testualmente, P. Ferrua, *Il modello costituzionale del processo penale e la riforma 'Cartabia'*, in *CrD* 2/2022, 238.

La pubblicità ha ricevuto una nuova linfa, come noto, dalla giurisprudenza della Corte europea, fin dai tempi della ormai non più recente sentenza *Bocellari e Rizza c. Italia*[50], che la definisce un principio «volto a tutelare i singoli da una giustizia che sfugge al controllo del pubblico e rappresenta così uno degli strumenti per contribuire al mantenimento della fiducia nei tribunali»[51].
Ciò nonostante, nel picco della pandemia, il legislatore nostrano aveva scelto di valorizzare unicamente la norma (art. 472 co. 3 Cpp) che consente la celebrazione delle udienze a porte chiuse, sterilizzando così il valore della pubblicità esterna, pur avendo a disposizione strumenti diversi, ugualmente atti allo scopo[52]. Altrove, invece, erano state previste dirette *streaming* o forme similari. Dall'esperienza comparata si era dunque tratto che la partecipazione a distanza non è *ex se* incompatibile con la pubblicità, ma lo era stato l'approccio del legislatore italiano[53]. A emergenza terminata, quest'ultimo, dunque, ha colto l'occasione per rimediarvi nell'attuazione della delega, prescrivendo ora che, per l'udienza pubblica, debba essere assicurata una adeguata pubblicità a quanto avviene in collegamento virtuale. Più di questo, però, la norma non dice, lasciando quindi un certo margine di discrezionalità agli uffici giudiziari, che potranno modulare secondo le dotazioni tecniche, di mezzi – *hardware* e non – e di rete disponibili. *Rebus sic stantibus*, si tratta soltanto di rendere visibile al pubblico in aula quanto vedono il giudice e le parti sugli schermi collegati alle piattaforme[54]. In un futuro – con ogni probabilità, nemmeno tanto remoto –, si tratterà volenti o nolenti di fare i conti con un fenomeno molto più ampio che concerne l'intera udienza smaterializzata. Allora, più che alla mera diretta in *streaming*, che potrebbe recare con sé l'effetto indesiderato della spettacolarizzazione della giustizia[55], si potrebbe pensare a un accesso mediante previa iscrizione e identificazione, accompagnato da un divieto sanzionato di registrare e di diffondere i contenuti dell'udienza[56]. Oppure, volendo evitare le dirette video, basterebbe registrare l'udienza e trasmetterla in differita, come avviene nei processi "mediatici"[57] mostrati in televisione[58]. Entrambe le soluzioni

[50] C. eur., 13.11.2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*, in www.echr.coe.int. In dottrina, a riguardo G. Di Chiara, «Against the administration of justice in secret»*: la pubblicità delle procedure giudiziarie tra corte europea e assetti del sistema italiano*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della corte costituzionale*, a cura di A. Balsamo, R.E. Kostoris, Torino 2008, 293 ss.

[51] Nel testo ufficiale: «it is a fundamental principle enshrined in Article 6 § 1 that court hearings should be held in public. This public character protects litigants against the administration of justice without public scrutiny; it is also one of the means whereby people's confidence in the courts can be maintained. By rendering the administration of justice transparent, publicity contributes to the achievement of the aim of Article 6 § 1, namely a fair trial, the guarantee of which is one of the principles of any democratic society». Così C. eur., 8.2.2000, *Stefanelli c. San Marino*, in www.echr.coe.int, § 19. Il principio è stato ricordato, di recente, da A. Marandola, *2022 e la mutazione genetica del processo: dalla cessazione dell'emergenza al passaggio (automatico) all'efficienza*, in *DPP* 2022, 576.

[52] E. Amodio, E.M. Catalano, *op. cit.*, 279 ss., che indicavano, quali soluzioni alternative, l'utilizzo delle normali misure di protezione contro il contagio (mascherine, distanziamento fisico, adeguata areazione); la celebrazione delle udienze in spazi aperti; l'introduzione di paratie anti contatto.

[53] In tal senso, J. Della Torre, *L'espansione del processo a distanza negli itinerari dell'emergenza pandemica*, cit., 252.

[54] Lo sottolinea D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 477.

[55] Pericolo dal quale mette in guardia E.M. Mancuso, *op. cit.*, 7.

[56] Idea sostenuta anche da B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, cit., 370.

[57] Si veda, a riguardo, la recente opera *Informazione e giustizia penale. Dalla cronaca giudiziaria al "processo mediatico"*, a cura di N. Triggiani, Bari 2022.

[58] Ad esempio, volendo citare un caso noto e risalente sul quale tanto si era dibattuto, sotto questo profilo, in letteratura, si pensi al processo palermitano celebrato a carico di Andreotti, in cui il giudice aveva ammesso, riconoscendo l'interesse sociale della vicenda, soltanto la trasmissione differita, ritenendo che la diretta televisiva avrebbe portato alla spettacolarizzazione, nuocendo altresì alla genuinità dell'acquisizione della prova: ne danno conto M. Chiavario, *L'impatto delle nuove tecnologie tra diritti umani e interessi sociali*, in *DPP* 1996, 139 ss., e G.P. Voena, *La ripresa audiovisiva del dibattimento*, in *DPP* 1996, 76 ss.
A proposito, si veda anche N. Triggiani, *Dalla «pubblicità immediata» alla «pubblicità mediata tecnologica»: le riprese audiovisive dei dibattimenti*, in *Informazione e giustizia penale. Dalla cronaca giudiziaria al "processo mediatico"*, a

sarebbero in linea con quanto stabilito nelle *Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings*[59] della CEPEJ, le quali ai nn. 12 e 13 («Publicity and recording»), suggeriscono la possibilità di collegarsi al *remote hearing*, oppure, quella di caricare la registrazione dell'udienza sul sito della Corte[60], vietando ogni forma di fotografia, registrazione o divulgazione, anche parziale, dell'udienza, senza autorizzazione del Giudice[61]. In tal modo, si realizzerebbe non una degenerazione del principio di pubblicità esterna, bensì un impulso[62] alla sua forma meno prospera (la c.d. «pubblicità immediata») – spodestata da tempo da quella filtrata attraverso i *media*[63] – che verrebbe così "rafforzata" dalla nuova modalità di esplicazione[64]: una nuova forma di pubblicità mediata "virtuale"[65], sottratta anch'essa da oneri di spostarsi e di subire tempi di attesa; elementi, questi ultimi, che hanno reso la pubblicità immediata appannaggio, almeno per quanto riguarda la generalità dei processi, per lo più di un ristretto novero di «"sfaccendat[i]"» frequentatori dell'aule dei tribunali[66].
Ritornando all'attualità, in caso di inosservanza non pare essere prevista una sanzione processuale: da una parte, infatti, la nullità speciale di cui si è detto sopra è confinata alla prima parte del comma 3 («Il collegamento audiovisivo è attuato, a pena di nullità, con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti all'atto o all'udienza e ad assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti nei diversi luoghi e la possibilità per ciascuna di essa di udire quanto viene detto dalle altre».), dall'altra, è noto come la pubblicità delle udienze sia presidiata, *ex* art. 471 Cpp, da una nullità relativa[67], che quindi esula dal campo di applicazione dell'art. 178 Cpp. Allora, anche solo per analogia con la norma generale in tema di

cura di N. Triggiani, Bari 2022, 379 ss. (in particolare, sul tema diretta/differita, a 405 ss.).

[59] European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings*, Document adopted by the CEPEJ at its 36th plenary meeting (16 and 17 June 2021), leggibile al link *https://edoc.coe.int/en/efficiency-of-justice/10706-guidelines-on-videoconferencing-in-judicial-proceedings.html*.

[60] «12) The court should preserve the public nature of remote hearing by creating a comprehensive procedure for public participation. The publicity of the remote hearing can be ensured, for example, by allowing the public to join the remote hearing in real time or uploading the recordings to the court's website».

[61] «13) No photographing, recording, broadcasting or any other form of dissemination of any part of the remote hearing (including the audio track) may be made unless previously authorised by the court».

[62] Sui giovamenti, in termini di *open justice*, che deriverebbero dalla smaterializzazione completa tramite le *online courts*, specie in ordinamenti come quello inglese che per tradizione non ammettono l'accesso delle telecamere (e neppure delle macchine fotografiche) alle aule di giustizia, R. Susskind, *op. cit.*, 194 ss. Questo almeno fino al 2020, quando è stata permessa la trasmissione dalle *Crown Court* di Inghilterra e Galles per la prima volta: si veda il *press release Cameras to broadcast from the Crown Court for the first time*, pubblicato sul sito istituzionale del governo britannico, https://www.gov.uk/government/news/cameras-to-broadcast-from-the-crown-court-for-first-time, 16.1.2020.
Sul tema, anche con recenti esempi in cui sono stati trasmessi via web momenti procedimentali, House of Commons Justice Commitee, *Open justice: court reporting in the digital age. Fifth Report of Session 2022-23*, 1.11.2022, leggibile al link *https://publications.parliament.uk/pa/cm5803/cmselect/cmjust/339/report.html*.

[63] M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*[3], cit., 281; G. Giostra, *Processo penale e informazione*[2], cit., 19 ss.; N. Triggiani, *Dalla «pubblicità immediata» alla «pubblicità mediata tecnologica»: le riprese audiovisive dei dibattimenti*, cit., 382.

[64] Si badi che, anche così, non si realizza una pubblicità equivalente a quella immediata: si veda G. Giostra, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Bari 2020, 29, il quale osserva «[c]hi è in udienza può decidere se fissare la sua attenzione sull'atteggiamento della vittima o dell'imputato, se controllare particolarmente le reazioni emotive dei protagonisti di un confronto, se seguire con speciale cura una certa dichiarazione o le delucidazioni offerte da un perito, se ascoltare attentamente le conclusioni del pubblico ministero o della difesa».

[65] O di «pubblicità mediata tecnologica», alludendo alla formula di G. Di Chiara, *Televisione e dibattimento penale. Esperienze e problemi della pubblicità mediata «tecnologica» in Italia*, in *FI* 1998, V, 277, ripresa di recente da N. Triggiani, *Dalla «pubblicità immediata» alla «pubblicità mediata tecnologica»: le riprese audiovisive dei dibattimenti*, cit., 383.

[66] M. Chiavario, *L'impatto delle nuove tecnologie tra diritti umani e interessi sociali*, cit., 141.

[67] Di recente, si veda Cass. 6.7.2022 n. 29943, in *CEDCass.*, m. 283613. In precedenza, Cass. S.U. 21.4.1995 n.7227, in *CEDCass.*, m. 201378.
Si veda, per tutti in dottrina, N. Triggiani, *Dalla «pubblicità immediata» alla «pubblicità mediata tecnologica»: le riprese audiovisive dei dibattimenti*, cit., 380, con la bibliografia indicata a nota 1.

pubblicità dell'udienza in dibattimento, sarebbe forse stata opportuna una formulazione del comma in parola che permettesse di riferire la nullità speciale anche al secondo periodo («Nei casi di udienza pubblica è assicurata un'adeguata pubblicità degli atti compiuti a distanza».), dal momento che, si sa, una previsione sprovvista di sanzione rischia di apparire un *flatus vocis* dal valore meramente simbolico.

Degno di plauso, almeno in questo contesto[68], è l'aver prescritto sempre la registrazione audiovisiva di quanto avvenuto a distanza. In primo luogo, si ricorda come la forma rappresenti, sul piano della funzione, un «lusso supremo»[69], il cui costo, al contempo, è infinitamente minore oggi rispetto al passato. In secondo luogo, pare coerente con l'impulso ricevuto, per effetto del medesimo comma della legge delega che interessa in questa sede, dalla videoregistrazione (l'art. 1 co. 8, dedicato appunto, nella lettera *a*, alla videoregistrazione dell'interrogatorio e della prova dichiarativa), forma «arricchita» di «scrittura»[70].

Seguono una serie di prescrizioni attinenti al *locus* dal quale si attua il collegamento. Luogo che dipende dalla condizione soggettiva dell'interessato: se si tratta di persona *in vinculis*, si collegherà dal luogo di detenzione/custodia/internamento, la qual cosa è coerente con la *ratio* primigenia dell'istituto *de quo*: permettere di abbattere i costi di traduzione dei detenuti e, insieme, i pericoli derivanti – specie in relazione a una determinata criminalità – dal "turismo giudiziario", sotto il duplice profilo dei rischi per la sicurezza collettiva e individuale e dell'impedire occasioni di contatto con i sodali.

Se il partecipante a distanza è un difensore, questi potrà collegarsi dal proprio ufficio o da altro luogo idoneo: sarebbe, infatti, indecoroso (oltreché lesivo della dignità della professione) un difensore connesso su *Teams* da un mezzo pubblico. Ovviamente, si assicura pur sempre la possibilità al legale sia di essere presente accanto all'assistito, eventualmente designando un sostituto da inviare presso l'aula collegata, sia di potere comunicare riservatamente con esso[71]. Fuori da questi casi, e sempre che l'autorità giudiziaria non autorizzi il collegamento da luogo diverso, regola generale è che il collegamento avvenga da altro ufficio giudiziario o da un ufficio di polizia giudiziaria, previa verifica della disponibilità delle dotazioni tecniche necessarie. Vedremo nel prosieguo come, specie in relazione a certe attività, il fatto di sapere l'indagato/l'imputato nell'ufficio di polizia giudiziaria possa ingenerare una certa inquietudine. A riprova dell'impressione, una "spia" della non-neutralità del luogo è individuabile nel fatto che l'ufficiale di polizia giudiziaria presente (in alternativa a un ausiliario del giudice o del pubblico ministero), al fine di attestare l'identità del soggetto collegato e di redigere il verbale, debba essere «designato tra coloro che non svolgono, né hanno svolto, attività di investigazione o di protezione nei confronti dell'imputato o in relazione ai fatti a lui riferiti». Basterà questa sorta di "incompatibilità" con la funzione di ausiliario al collegamento a distanza a evitare abusi o prevaricazioni?

---

[68] S'allude allo spinoso tema del decadimento dell'immediatezza, derivante dal rimedio al fuoco incrociato della Corte costituzionale e delle Sezioni unite, abbattutosi sull'art. 525 Cpp. Non essendo possibile nell'ambito del presente lavoro indugiare su una vicenda tanto pregnante – che, proporzionalmente alla sua importanza, ha polarizzato l'interesse della dottrina recente –, si rinvia, per tutti, a M. Bargis, *Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni unite e Corti europee alle prospettive* de iure condendo, in www.sistemapenale.it, 6.4.2020, 41 ss.; M. Daniele, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, in www.sistemapenale.it, 15.2.2021; P. Ferrua, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in www.archiviopenale.it, 10.6.2019.

[69] F. Cordero, *Procedura penale*[9], Milano 2012, 332.

[70] R. Orlandi, *op. cit.*, 816, nota 18.

[71] In un noto caso, le comunicazioni telefoniche tra difensore e assistito – in regime di 41-*bis* Op, e in quanto tale, partecipante a distanza al dibattimento – erano state ascoltate e trascritte dall'ausiliario, il che aveva provocato una condanna della Corte europea: C. eur., 27.11.2007, *Zagaria c. Italia*, in www.echr.coe.int. Sulla pronuncia si vedano le osservazioni di M. Chiavario, *La "videoconferenza" processuale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 105 ss.

3. Come si è anticipato, l'esperienza maturata durante l'emergenza sanitaria (in uno con l'abitudine consolidatasi con essa) ha favorito una seconda "mutazione genetica" dell'istituto, imponendo al legislatore – a scongiurare la paralisi dell'attività investigativa – di consentire il compimento degli atti della fase delle indagini a distanza[72]. Si trattava di un inedito: fino ad allora, ogni discussione sul tema *de quo* aveva riguardato, lo si ribadisce, il dibattimento, cuore pulsante di un processo accusatorio[73]. A fronte della normativa emergenziale "salvifica" per le indagini, la dottrina maggioritaria non aveva tuttavia ravvisato gravi *vulnera* per i diritti di difesa[74]. Si è detto, a riguardo, che «atti e attività di indagine compiuti dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero […] se unilaterali, non mettono in crisi»[75] le garanzie tipiche del procedimento probatorio. L'assunto pare però contraddetto dalla norma emergenziale (si allude all'art. 23 co. 2 del decreto Ristori) che conferiva un potere di opporsi al difensore dell'indagato: potere, quest'ultimo, quanto meno bizzarro, dal momento che veniva attribuito al patrono ciò che non spettava allo stesso interessato, e che finiva quindi per tradire la sfiducia nel mezzo tecnologico[76], anche con riguardo agli atti di indagine.
Ebbene, nella "stabilizzazione dell'eccezione", si è posto rimedio all'incongruenza, disponendo, per quanto riguarda le sommarie informazioni della persona soggetta alle indagini (art. 350) e l'interrogatorio di essa (art. 370), che a impedire lo svolgimento digitale sia non solo l'opposizione del legale, ma pure dell'indagato. L'equiparazione, da parte della riforma Cartabia, delle due attività, sotto il profilo del loro compimento con l'indagato collegato via etere, è evidente, tanto che le rispettive disposizioni – il co. 4-*bis* dell'art. 350 Cpp e il co. 1-*bis* dell'art. 370 Cpp – sono sostanzialmente uguali, con soltanto qualche variante lessicale dovuta alla diversa titolarità dell'atto, per cui, in un caso il *dominus* della fase investigativa ne autorizza lo svolgimento virtuale, su richiesta della polizia giudiziaria, nell'altro, lo dispone. Il che ci pare coerente: basti ricordare l'insegnamento tradizionale della dottrina[77], secondo cui, a scanso del nome, nel caso delle sommarie informazioni di cui all'art. 350 Cpp siamo in presenza, in sostanza, di un interrogatorio condotto dalla polizia giudiziaria[78]. Impressione peraltro avvalorata dal richiamo all'art. 64 Cpp, che regola appunto l'interrogatorio[79]. A far trasparire, tuttavia, una certa preoccupazione del legislatore nei confronti di questo «interrogatorio di p.g.»[80], vi è la disposizione (art. 350 co. 1 Cpp) che ne preclude lo svolgimento nei confronti degli indagati sottoposti a misura precautelare, in virtù dello stato di

[72] La possibilità per il titolare delle indagini e per la polizia giudiziaria di avvalersi di collegamenti virtuali, in modo tale da compiere atti investigativi salvaguardando, insieme, la necessità di mantenere il distanziamento fisico, viene introdotta con l'art. 83 co. 12-*quater*, inserito nel d.l. Cura Italia (d.l. 17.3.2020 n. 18) dalla legge di conversione l. 24.4.2020 n. 27, e prevista, in seguito, pure dall'art. 23 co. 2 del d.l. Ristori (d.l. 28.10.2020 n. 137, convertito, con modificazioni, in l. 18.12.2020 n. 176).
[73] B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, cit., 208, la quale sottolinea come fosse «rimasto sostanzialmente inesplorato il tema dello svolgimento "telematico" della raccolta degli elementi investigativi».
[74] Si veda però il documento dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale del 13.4.2020, in cui si paventava uno spostamento del baricentro istituzionale dell'attività giudiziaria impropriamente nell'ufficio di p.g.: nel caso delle sommarie informazioni del sottoposto alle indagini, si temevano condizionamenti dell'indagato connesso dalla caserma, con il difensore collegato da altro luogo.
[75] S. Lorusso, *Un patto tra magistrati e avvocati*, in *Il Sole 24-ore*, 25.5.2020, 27.
[76] Critiche, soprattutto a causa della totale assenza di tipizzazione, sono state mosse, a riguardo, da B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, cit., 212-213.
[77] G. Tranchina, *Le attività della polizia giudiziaria nel procedimento per le indagini preliminari*, in D. Siracusano, A. Galati, G. Tranchina, E. Zappalà, *Diritto processuale penale*, Milano 2006, 92.
[78] Cfr. C. cost., 22.12.1992 n. 476, in *GCos* 1992, 4333 ss., secondo cui l'interrogatorio svolto dall'autorità giudiziaria integrerebbe uno strumento di difesa, le sommarie informazioni della polizia giudiziaria un mezzo di indagine.
[79] … ma non all'art. 65 Cpp, come specifica la pronuncia del Giudice delle leggi da ultimo richiamata. In dottrina, sul punto, O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano 2004, 187 s.
[80] Di «interrogatorio di polizia» parlava M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna 1989, 79. La nomenclatura è varia: preferisce «quasi-interrogatorio» F. Cordero, *Codice di procedura penale*[2], Torino 1992, 419, dizione utilizzata anche da O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 185.

soggezione in cui essi si trovano «specie nei confronti di chi ve l'ha costretta»[81], che quindi raccomanda l'intervento del magistrato, tenendo sempre in mente «le tensioni che fatalmente scaturiscono dal rapporto diretto fra indagato e organi di polizia»[82].
Viene da chiedersi se simili ragioni di preoccupazione valgano anche per il compimento via etere, il che dovrebbe portare il difensore o l'assistito indagato a negare il consenso. Ebbene, nel caso in questione non riteniamo che ci siano necessariamente ricadute sul piano della garanzia quanto a una possibile maggiore soggezione derivante dal luogo – e dai soggetti che in esso si trovano – di compimento: in altri termini, qualora fosse autorizzato *ex* art. 133-*ter* co. 6 Cpp, il collegamento a distanza "da altro luogo" permetterebbe all'indagato di evitare la pressione "da caserma" o "da questura", consentendogli pure, pragmaticamente, un risparmio di tempo se avesse necessità di spostarsi per raggiungere fisicamente il luogo[83]. Diverso discorso riguarda invece l'assistenza tecnica del difensore (che, si ricorda, ha l'obbligo di presenziare all'atto), nel caso in cui un legale oberato – e, magari, geograficamente distante – scegliesse di intervenire dal proprio studio, suggerendo all'assistito di recarsi nell'ufficio di polizia giudiziaria. Resta fermo, ovviamente, il diritto, previsto dalla norma generale, di collegarsi dal luogo ove si trova l'assistito e di consultarsi riservatamente con esso… ma, se l'avvocato non intendesse avvalersene, al cliente intimorito non resterebbe che procurarsi un nuovo legale.
Lasciando per ora da parte la questione dell'interrogatorio "per rogatoria" (art. 370 co. 3 Cpp, sul quale ci si riserva di tornare, trattando dell'interrogatorio di garanzia), merita spendere qualche considerazione sulla partecipazione in videoconferenza al conferimento dell'incarico per il compimento di accertamenti tecnici non ripetibili o agli accertamenti stessi. Anche in questo caso, il decreto delegato ha previsto che il pubblico ministero possa autorizzare, su loro richiesta, l'indagato, la persona offesa, i difensori e gli eventuali consulenti tecnici a parteciparvi a distanza (art. 360 co. 3-*bis* Cpp). Il che equivale a dire che i soggetti predetti, parti potenziali, hanno diritto a presenziare al conferimento dell'incarico insieme ai componenti del polo difensivo: come già si è anticipato, così non è, stante l'inequivoco tenore letterale dell'art. 360 co. 3 Cpp[84]. Dall'asimmetria tra i due commi richiamati deriva ora che indagato e persona offesa, che (lo si ribadisce) non vantano un diritto a presenziare al conferimento dell'incarico, possano chiedere alla parte pubblica di autorizzare una partecipazione virtuale; andando così a implementare il, già vasto, campo decisionale del rappresentante dell'accusa quanto agli accertamenti di cui si discorre: «[è] il p.m. il soggetto deputato a decidere se procedere o meno all'accertamento; è lui a sceglierne l'oggetto ed il consulente; è lui a valutare l'esistenza dei presupposti di non ripetibilità per l'applicazione dell'una o dell'altra norma»[85].
Ciò posto, e venendo al rapporto tra l'ipotesi in discorso e lo statuto della partecipazione a distanza, merita ricordare che nella materia che stiamo trattando, gli "avvisi" debbano essere dati «senza ritardo», lasciando alle parti ampia libertà di forma quanto alle modalità di instaurazione del contraddittorio[86], secondo un meccanismo comunicativo «semplificato e informale»[87]. Scelta

[81] G. Tranchina, *Le attività della polizia giudiziaria nel procedimento per le indagini preliminari*, cit., 92.
[82] O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 186.
[83] Della stessa opinione P.P. Paulesu, sub *art. 350 Cpp*, in *Codice Giarda-Spangher*, II, Milano 2023, 1689, il quale, in ordine alle ragioni che potrebbero portare la difesa a dare il consenso, ravvisa, da un lato, «contingenti istanze di tipo logistico», dall'altro «situazioni in cui il difensore abbia un preciso interesse ad evitare il contatto diretto tra l'ufficiale e il proprio assistito: il distanziamento assicurato dalla tecnologia potrebbe forse anche consentire all'indagato di fornire risposte più serene e, soprattutto, più ponderate».
[84] D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 482.
[85] Così D. Curtotti, *Rilievi e accertamenti tecnici*, Padova 2013, 229, la quale prosegue sottolineandone la natura di «atto d'indagine dal profondo contenuto strategico».
[86] F. Giunchedi, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Milano 2009, 110.
[87] Cass. 11.2.2000 Dolce, in *CEDCass*, m. 215805, che prosegue «di guisa che può essere impiegato qualsiasi mezzo per portare l'atto a conoscenza del destinatario purché sia idoneo a garantirne l'effettiva conoscenza. Ciò in ragione del

quest'ultima in linea con lo scopo di realizzare il suddetto contraddittorio «compatibilmente con i tempi stretti in cui deve svolgersi l'atto»[88]. Pertanto, la previsione dell'art. 133-*ter*, secondo la quale «in ogni caso» la notificazione circa l'uso del collegamento *inter absentes* debba avvenire almeno tre giorni prima, pare incompatibile, con tempi, *ratio* e forme dello specifico atto da compiersi a distanza, caratterizzato dalla non rinviabilità. Farraginosità operative a parte, proprio l'esigenza di contenere la tempistica rende allora quanto mai utile la possibilità di partecipare virtualmente al conferimento dell'incarico: si pensi, ad esempio, a un consulente tecnico che si trova momentaneamente all'estero e impossibilitato a rientrare in tempo utile per parteciparvi. Di contro, non si comprende perché la partecipazione in video delle parti private potenziali sia stata estesa agli accertamenti veri e propri: e per la natura, e per i tempi degli stessi[89], dovrebbero restare appannaggio dei soli contraddittori tecnici.

4. Un ambito in cui l'utilizzo della videoconferenza può certamente dare (meglio: continuare a dare[90]) frutti è quello delle misure *de libertate.* La ragione di ciò è evidente, trattandosi di soggetti *in vinculis*, il *video-link* consente di abbattere i tempi (e i costi) di traduzione[91], salvaguardando così pure le esigenze di celerità che attengono ai provvedimenti coercitivi più afflittivi.
Non che sia una prerogativa esclusiva del nostro ordinamento: nel mondo anglosassone, ad esempio, è frequente il collegamento video tra il carcere e l'aula di tribunale nelle udienze sul *bail*[92].
Non stupisce quindi che anche in occasione del recente riassesto della materia abbiano trovato spazio modifiche alla disciplina dell'interrogatorio di garanzia, del riesame personale e della convalida dell'arresto e del fermo.
Procedendo con ordine, l'interrogatorio *ex* art. 294 Cpp era assurto a emblema di come la tecnologia avrebbe potuto costituire un *plus* e non un *minus* in termini di garanzia. Si ricorderà, al riguardo, come la Commissione Lattanzi ne abbia auspicato l'impiego, in luogo dell'interrogatorio "per rogatoria": nella Relazione, si diceva infatti che «nell'ottica dell'indagato *in vinculis* appare preferibile che a svolgere l'interrogatorio sia il giudice per le indagini preliminari che ha studiato il fascicolo, piuttosto che un giudice che non ne ha mai avuto conoscenza»[93]. Altrimenti, cioè onerando del compimento dell'atto un giudice che non conosce in alcun modo la vicenda, lo stesso rischia di tramutarsi in una «vera e pura formalità processuale»[94]. *Prima facie*, l'impostazione appare convincente. Tuttavia, a ben vedere, forse vi sarebbero argomenti a favore dell'interrogatorio per rogatoria, legati principalmente alla necessità di contrastare la c.d. «forza di prevenzione»[95], ovvero la naturale tendenza di ogni essere umano a reiterare i giudizi già espressi. Ci si riferisce ai dubbi, in punto di imparzialità, che circondano un controllo sull'esistenza dei presupposti applicativi della

carattere, naturalisticamente improrogabile, dell'accertamento da eseguire».
[88] F. Giunchedi, *op. cit.*, 110.
[89] Sulla necessaria repentinità, il che non esclude però una certa durata dell'accertamento, F. Giunchedi, *op. cit.*, 119.
[90] Si rammenta come S. Quattrocolo, *sub* Art. 15 D.L. 24/11/2000 N. 341, cit., 436, a seguito della riforma che imponeva la partecipazione a distanza per tutti i ristretti in regime di 41-*bis* Op, riteneva prevedibile un aumento notevole delle videoconferenze per le udienze di riesame e di appello cautelare.
[91] In ciò Daniele Negri, con la consueta efficacia, ravvisava «l'autentica finalità» della riforma del 2017, cioè «alleviare gli oneri finanziari sopportati dallo Stato per la traduzione in aula degli imputati detenuti»: D. Negri, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, cit., 568.
[92] Ne dà conto R. Susskind, *op. cit.*, 58.
A riguardo, più in generale, anche J. Donoghue, *The Rise of Digital Justice: Courtroom Technology, Public Participation and Access to Justice*, in *MLR* 80(6)/2017, 1004 ss.
[93] Testualmente, la Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435, predisposta dalla Commissione Lattanzi, cit., 16.
[94] A. Marandola, *L'interrogatorio di garanzia dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova 2006, 256.
[95] O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 205, con i riferimenti bibliografici a nota 85.

misura posto in capo allo stesso soggetto che quella misura l'ha decisa[96]. Vista da quest'ottica, allora, l'eventualità di un giudice diverso che conduce l'atto non si palesa poi così deprecabile, facendo perdere peso a uno degli argomenti a sostegno della introduzione di cui si discorre. Così non è, chiaramente, in relazione all'interrogatorio delegato al pubblico ministero presso il Tribunale del luogo, di cui all'art. 370 co. 3 Cpp, anch'esso surrogabile dalla partecipazione del p.m. titolare dell'indagine (purché via sia il consenso dell'indagato e del difensore) per effetto del nuovo art. 370 co. 1-*bis* Cpp. Essendo questi parte-imparziale – tenuto quindi, almeno nel mondo del *dover essere*, a svolgere indagini anche a favore –, il fatto che sia lo stesso titolare delle indagini a porre le domande potrebbe giovare maggiormente alla posizione dell'indagato, qualora emergessero dalla sua viva voce elementi a discarico, in virtù della percezione diretta delle informazioni, che non verrebbero quindi filtrate attraverso le impressioni del collega del luogo.
Tornando all'interrogatorio di garanzia, restano, comunque, in piedi altre ragioni giustificative, per lo più legate alle tempistiche dell'attività in rilievo. Specie per la custodia cautelare in carcere, la necessità di provvedere entro cinque giorni, pena la caducazione della stessa misura restrittiva, comporta la deroga ai classici metodi di notificazione, a favore di avvisi effettuati con modalità non vincolate e atipiche[97].
Qualcosa di similare viene previsto, per effetto dell'intervento del legislatore delegato, pure per le vicende che coinvolgono autorità di altri Stati. In particolare, in caso di audizione della persona sottoposta a misura coercitiva in vista dell'estradizione per l'estero[98], su richiesta oppure quando una particolare disposizione di legge lo consente, vi è la possibilità di svolgere l'interrogatorio dinanzi al presidente della Corte d'appello a distanza (art. 717 co 2 Cpp); la qual cosa avviene pure per l'interrogatorio condotto dal Procuratore generale *ex* art. 703 Cpp. A tale proposito, tuttavia, pare esserci una incongruenza, dal momento che quest'ultimo, prima di procedere all'interrogatorio, dispone la comparizione davanti a sé dell'interessato, al fine di identificarlo, salvo che vi abbia in precedenza adempiuto ai sensi dell'art. 717 Cpp. Identificazione che, almeno stando alla lettera del co. 2 interpolato, non può essere condotta a distanza, contrariamente all'interrogatorio. In mancanza di richiesta di parte in tal senso, sarebbe bizzarro imporre la presenza fisica del soggetto ai fini dell'identificazione, per poi interrogarlo dalla postazione remota.

5. La novella introduce la possibilità per l'arrestato, il fermato o il difensore di partecipare *remotely*, a richiesta, all'udienza camerale di convalida; udienza in cui, come noto, la presenza dell'interessato (a differenza di quella *del* – meglio: di *un* – difensore, visto che, in caso di non comparizione, il legale viene sostituito da uno prontamente reperibile) non è necessaria[99]. Stante la previsione di cui all'art. 133-*ter* co. 5 Cpp, nella eventualità, è chiaro che l'interessato, se ristretto, sarà collegato dal luogo dove si trova; invece, qualora la custodia sia stata disposta presso l'abitazione, altro luogo di privata

[96] L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al diritto al silenzio*, Torino 2000, 174; G. Varraso, *Interrogatorio* in vinculis *dell'imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, in *RIDPP* 1999, 1403. Riconosce il problema pure A. Marandola, *L'interrogatorio di garanzia dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, cit., 257, ma sembra considerarlo recessivo rispetto all'opportunità che l'atto sia condotto da chi ha disposto la misura, «anche al fine di proporre domande su temi incompleti o insufficienti».
[97] Ancora, A. Marandola, *L'interrogatorio di garanzia dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, cit., 375. Sul punto pure O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 195 s., il quale evidenzia l'esigenza di un rapido svolgimento del primo contatto fra inquisito *in vinculis* e organo giurisdizionale; la stessa efficacia del controllo dipende, infatti, anche dalla sua tempestività.
[98] Prima della riforma S. Quattrocolo, sub *art. 717 Cpp*, in *Cooperazione giudiziaria penale*, a cura di A. Marandola, Milano 2018, 130, indicava le finalità dell'audizione di cui all'art. 703 co. 2 Cpp nella identificazione del soggetto, nel suo interrogatorio, nella raccolta dell'eventuale consenso alla consegna e nella rinuncia al principio di specialità.
[99] La conseguenza di ciò, secondo l'impostazione dominante, è l'esclusione del diritto al rinvio in caso di legittimo impedimento: sul punto, in senso fortemente critico – valorizzando il dato normativo contenuto nell'art. 127 co. 4 Cpp –, A. Pasta, *Necessità e tradizione. L'arresto in flagranza*, Milano 2019, 207 ss. e 239 ss.

dimora ovvero in un luogo di cura e di assistenza, opera la norma generale di cui al precedente co. 4, per cui il collegamento avviene da altro ufficio giudiziario o da un ufficio di polizia giudiziaria individuato dall'autorità giudiziaria, salva diversa autorizzazione (co. 6).
Già durante il periodo emergenziale, lo svolgimento in videoconferenza delle udienze in parola aveva suscitato un deciso sconcerto tra i commentatori, i quali non mancarono di rilevare come le garanzie del *habeas corpus* impongano che il soggetto sottoposto a misura precautelare debba essere condotto, al più presto (e comunque entro i limiti costituzionalmente imposti), davanti a un giudice[100]; senza che sia necessario – prevalendo appunto l'esigenza di prontezza – che quest'ultimo sia il giudice competente per territorio in ordine al procedimento[101]. Nel caso di specie, poi, trattandosi di attività avente essenzialmente una finalità di difesa, di controllo[102] e di garanzia[103], volta cioè a operare un controllo sulla legittimità di quanto effettuato dalla polizia giudiziaria[104], non poteva che lasciare perplessi[105] sapere che l'arrestato o il fermato agli arresti domiciliari vi prendeva parte da una postazione remota collocata presso gli uffici di quest'ultima, specie se le persone che lì operavano avessero effettuato materialmente l'*adprehensio*, e lontano dal difensore[106].
Pare utile rammentare, a questo punto, che l'art. 123 NAttCpp prevede in generale che l'udienza di convalida si svolga nel luogo dove il soggetto è custodito, per cui di norma è il G.i.p. a portarsi fisicamente sul posto, al fine di evitare problematici trasferimenti (salvo che la custodia sia presso il domicilio o altro luogo di privata dimora). In caso di necessità o urgenza, egli può però disporre la comparizione davanti a sé; così come si ha il trasferimento nel luogo in cui si trova il giudice nel caso di presentazione per la convalida e contestuale giudizio direttissimo[107]. Tanto premesso, la richiesta dell'interessato di partecipare all'udienza mediante un collegamento audiovisivo consente un risparmio di tempo al magistrato che non dovrà recarsi sul posto, così favorendo una migliore organizzazione del lavoro.

---

[100] Si veda la direttiva n. 34 della legge delega del 1987, che parla di «obbligo del pubblico ministero di porre a disposizione del giudice, per la decisione sulla convalida, l'arrestato o il fermato»: si veda G. Conso, V. Grevi, G. Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, III, Padova 1990, 278 ss.
In modo particolarmente incisivo, A. Pasta, *op. cit.*, 78, fa notare come il congegno in discorso «garantisc[a] un interesse della persona la cui libertà è stata limitata dall'autorità di pubblica sicurezza: imponendo che i provvedimenti provvisori debbano essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria, la quale li deve convalidare nelle successive quarantottore, intendendosi altrimenti revocati e privi di ogni effetto, non si vuole tutelare il bene dell'efficienza del processo, della sua celerità, o il buon andamento dell'amministrazione. Si vuole esclusivamente configurare il diritto a una rapida decisione dell'autorità giudiziaria sulla legittimità della limitazione della libertà».
[101] Sul punto, K. La Regina, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo. Dal* genus *alla* species, Milano 2011, 251 e 260 ss.; L. Scomparin, *Arresto e fermo*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario, E. Marzaduri, *Libertà e cautele nel processo penale*, Torino 1996, 261 s.
[102] L. Scomparin, *Arresto e fermo*, cit., 263.
[103] G. Varraso, *op. cit.*, 1408, riferendosi nello specifico all'interrogatorio svolto durante l'udienza di convalida. Sulla funzione, esclusivamente volta a garantire la libertà personale dell'arrestato, insiste anche A. Pasta, *op. cit.*, 79 s.
[104] Cfr. A. Pasta, *op. cit.*, 189 ss., il quale ritiene che si tratti, pur sempre di «un giudizio *ex post* che verte (anche) sulla responsabilità penale dell'arrestato» (citazione tratta da p. 193), arrivando a rimarcare che «è la posizione dell'accusato che conta nel processo penale (verrebbe da dire, nel *suo* processo penale), non quella della polizia giudiziaria. È della sua libertà che si discorre, non della condotta degli inquirenti» (p. 196).
[105] Mette in evidenza la criticità derivante dal contatto ravvicinato tra l'arrestato/fermato e coloro che hanno eseguito materialmente la misura B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, cit., 253. Si veda, inoltre, O. Mazza, *Distopia del processo a distanza*, cit., 5-6, il quale pone in luce il rischio ulteriore «che la navetta fra uffici di polizia in occasione dell'esecuzione della misura precautelare, assegnazione ai domiciliari e ritorno nel volgere di poche ore presso gli stessi uffici per l'udienza si trasformi, nella prassi, in un trattenimento prolungato presso la sede della polizia, con buona pace delle ragioni garantistiche che hanno indotto il codice a limitare al massimo la disponibilità temporale del corpo dell'arrestato nelle mani della polizia (art. 386 comma 3 c.p.p.)».
[106] F. Ruggieri, *op. cit.*, 6.
[107] K. La Regina, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo. Dal* genus *alla* species, cit., 284.

Attesi i tempi ristretti, dovendo il G.i.p. fissare udienza entro le quarantott'ore successive al momento in cui l'arrestato o il fermato è stato messo a sua disposizione, non valgono le ordinarie tempistiche previste "da statuto" (art. 133-*ter* co. 1 Cpp) per il caso dell'interessato o del difensore che chieda di parteciparvi a distanza. Il che significa che, ricevuto l'avviso di fissazione con le modalità semplificate previste[108], interessato o difensore dovranno richiedere, e il giudice autorizzare, lo svolgimento virtuale, entro i termini.
Proprio questa ristrettezza temporale, che rende inattuabili significative attività probatorie[109] – e che quindi giustifica l'assunto che vede l'udienza *de qua* connotata da un «ridotto tasso di oralità»[110] –, ci porta ad esprimere un giudizio meno negativo della previsione. Come a dire, se si condivide che «non è l'individuo al servizio della convalida, ma la convalida al servizio dell'individuo»[111], allora la scelta dell'interessato, o del suo difensore, nel senso della partecipazione in video dovrebbe essere sempre accolta (salvo il problema – che si auspica di scarsa verificazione nella prassi – della indisponibilità tecnica), anche se la formulazione della norma pare concedere una discrezionalità al giudice sul punto. Discrezionalità che parrebbe quindi essere stata attribuita dal legislatore proprio per far fronte all'eventualità di guasti dello strumentario… del resto, non paiono probabili altri motivi tali da spingere il G.i.p. a respingere la richiesta, specie se si considerano le peculiarità dell'udienza camerale in discorso, caratterizzata da un contraddittorio che può essere "monco", giacché la presenza del pubblico ministero è prevista quale soltanto facoltativa[112].
Altro discorso, però, riguarda la formazione della volontà da parte dell'arrestato o del fermato: se la stessa sia quantomeno informata, visto l'importanza della posta in gioco; tema sul quale si tornerà trattando del consenso.

6. Analoghe esigenze di tempestività connotano l'impugnazione della misura cautelare coercitiva – esigenze da rispettarsi a pena di caducazione della misura stessa –, tant'è che pure l'art. 309 Cpp è stato oggetto di interpolazione sotto il profilo qui in interesse, nella misura in cui il co. 8-*bis* oggi prevede che, in alternativa al già esistente diritto di comparire personalmente per l'imputato che ne abbia fatto richiesta, vi sia la partecipazione a distanza «quando una particolare disposizione di legge lo prevede». Oppure, il collegamento audiovideo è utilizzabile col consenso dell'imputato. Pare allora opportuno fare un passo indietro, onde ripercorre le ragioni che avevano portato all'introduzione del predetto diritto alla comparizione personale, avvenuta per effetto della l. 16.4.2015 n. 47[113].
Posto che il riesame è rimedio con funzione esclusivamente difensiva[114], prima della citata riforma delle misure *de libertate*, si diceva che l'imputato fosse titolare di un diritto autonomo di presenziare all'udienza camerale di riesame, salvo il caso in cui fosse detenuto fuori circoscrizione, per il quale

[108] K. La Regina, *L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo. Dal* genus *alla* species, cit., 321, la quale sottolinea che l'avviso possa essere dato con qualsiasi mezzo, purché idoneo a rendere edotto il destinatario. Sul punto pure A. Pasta, *op. cit.*, 203 s., e L. Scomparin, *Arresto e fermo*, cit., 255.
In giurisprudenza, la possibilità di dare l'avviso in esame con qualsiasi forma è stata sostenuta, ad esempio, da Cass. 20.2.1990 Di Biase, in *CP* 1990, II, 281, con nota critica di G. Spangher, *In tema di informazioni ed avvisi al difensore della persona arrestata o fermata*.
[109] A. Pasta, *op. cit.*, 177 ss.
[110] M. Daniele, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, cit., 68.
[111] Così, ancora una volta, A. Pasta, *op. cit.*, 211.
[112] Sul punto, G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., 221 ss. K. La Regina, sub *art. 391 Cpp*, in *Codice Giarda-Spangher*, II, Milano 2023, 2340, precisa che il p.m. può collegarsi a distanza dall'ufficio di Procura o dalle aule del Tribunale e che, nella richiesta di convalida, lo stesso dovrà indicare al G.i.p. gli indirizzi di posta elettronica del carcere o dell'ufficio di p.g. dal quale si collegherà l'interessato, oltre a quello del difensore.
[113] Sulle ragioni della introduzione si vedano, tra molti, N.E. La Rocca, *Coercizione cautelare e poteri del collegio nel riesame riformato*, Milano 2017, 117 ss.; E. Marzaduri, *sub* Art. 11 l. 47/2015, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 1.12.2015; G. Spangher, *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l.n. 47 del 2015*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6.7.2015.
[114] G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., 355.

operava il meccanismo «tormentato»[115] dell'audizione esterna. Quest'ultimo prevedeva che il detenuto *extra*-distretto fosse sentito di norma dal Magistrato di sorveglianza del luogo, sia per salvaguardare l'economia processuale, sia per ragioni di sicurezza[116]. L'interessato poteva però fare richiesta di comparire personalmente[117]; così come poteva disporne la presenza il giudice *ex officio*, se opportuno[118]. Per tale ragione, la Corte costituzionale[119], pur riconoscendo l'importanza e della comparizione personale dell'imputato e dello svolgimento del contraddittorio davanti al giudice cui competeva la decisione, aveva negato che la disciplina fosse in contrasto con il diritto di difesa[120]. Le incertezze operative, dovute anche a un'interpretazione giurisprudenziale ondivaga, avevano allora portato il legislatore del 2015 a intervenire, ma, a causa della formulazione letterale infelice[121], i novellati co. 6 e 8-*bis* non indicano chiaramente che il diritto in questione è riferito solo agli imputati detenuti fuori distretto; tuttavia è in quell'ottica che si deve leggere l'innesto normativo[122].
Tanto precisato, veniamo all'attuale modifica dell'art. 309 co. 8-*bis* Cpp: come si è visto, l'imputato – nel senso di cui sopra – ha diritto di comparire personalmente (a patto che abbia fatto richiesta), o di intervenire in videoconferenza «quando una particolare disposizione di legge lo prevede»[123]. Altrimenti, la partecipazione via *web* può essere autorizzata dal Presidente del Tribunale della libertà col consenso dell'imputato.
Lasciando da parte per il momento l'ipotesi del consenso, vi è da interrogarsi sul significato da attribuire qui al «quando una particolare disposizione di legge lo prevede».
Merita, anzitutto ricordare che il decreto legislativo qui in commento non ha, nel tentare una risistemazione della materia, abrogato le precedenti norme delle disposizioni d'attuazione, le quali – seppure in qualche misura "amputate", a tutto vantaggio delle nuove regole codicistiche[124] –, rimangono in vita. Occorre dunque aver riguardo, da una parte, all'art. 45-*bis* NAttCpp – che ancora disciplina la partecipazione a distanza alle udienze in camera di consiglio –, nonché alle situazioni di cui all'art. 146-*bis*, co. 1, 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater* NAttCpp, da esso richiamate, per quanto compatibili con l'udienza di riesame. Allo stesso modo, permane pure l'art. 205-*ter* NAttCpp, che prescrive la

[115] G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., 361. Di «tortuoso cammino» parla D. Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, cit., 193. In argomento, anche P. Spagnolo, *Il tribunale della libertà. Tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Milano 2008, 220 ss.
[116] Forti perplessità sulla legittimità costituzionale della disciplina venivano espresse, sia sotto il profilo dell'art. 24, che dell'art. 3 – essendo la regola in parola basata su un criterio del tutto casuale, ovvero il luogo di detenzione –, da G. Varraso, *op. cit.*, 1413. Dubbi sul fatto che si facciano prevalere interessi pratici sui diritti partecipativi vengono avanzati anche da P. Spagnolo, *op. cit.*, 224 s.
[117] Sulle interpretazioni giurisprudenziali, fortemente penalizzanti, che chiedevano, ad esempio, all'istante di precisare in via anticipata lo «specifico apporto autodifensivo» da introdursi in riesame D. Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, cit., 225. Si vedano, sempre sulla giurisprudenza di legittimità formatasi in materia, anche D. Curtotti Nappi, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., 234 ss., e P. Maggio, *I controlli*, in *Il rinnovamento delle misure cautelari. Analisi della legge n. 47 del 16 aprile 2015*, a cura di T. Bene, Torino 2015, 105 ss.
[118] A tale proposito D. Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, cit., 237-238, indica che qui la presenza figura come diritto e dovere, al fine di consentire il rispetto dei principi generali dell'immediatezza e dell'oralità.
[119] C. cost., 31.1.1991 n. 45, in *GCos* 1991, 304 ss.
[120] Critiche alla pronuncia sono espresse da G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., 366 s.: «l'esame diretto del tribunale del riesame […] non costituisce un diritto soggettivo perfetto dell'interessato, ma degrada a una sorta di interesse affievolito, rimesso alla scelta discrezionale ed insindacabile del giudice».
[121] E. Marzaduri, *sub* Art. 11 l. 47/2015, cit., 6.
[122] E. Marzaduri, *sub* Art. 11 l. 47/2015, cit., 4, nota 10.
[123] Forse non è inopportuno fare presente che, già all'indomani della riforma del 2015, in dottrina si precisava che la comparizione personale era un diritto dell'imputato che l'avesse richiesta, salvo che ci fossero i presupposti dell'art. 45-*bis* NAttCpp: P. Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in www.penalecontemporaneo.it, 3.6.2015, 23, nota 71; E. Marzaduri, *sub* Art. 11 l. 47/2015, cit., 8.
[124] Alludo, evidentemente, ai diversi commi (2, 3, 4, 5 e 6) dell'art. 146-*bis* NAttCpp, i cui contenuti, seppur rimaneggiati, sono stati trasfusi nell'art. 133-*ter* Cpp.

modalità di partecipazione in parola per l'imputato detenuto all'estero che non possa essere trasferito in Italia.
Spiace anzitutto constatare, sul piano della tecnica normativa, che il legislatore ha perso l'occasione per mettere ordine alla disciplina, la quale, a causa del rinvio, rimane di difficile interpretazione quanto a presupposti generali e condizioni di applicabilità[125]. Insomma, il richiamo al «quando una particolare disposizione di legge lo prevede»[126] pare scontare un certo timore di ingenerare vuoti, nell'elencazione delle ipotesi, ma finisce così per costringere l'interprete a effettuare lo sforzo di raccordo, e provoca quindi qualche riserva in punto di intellegibilità.
È scontato che il detenuto in regime di 41-*bis* Op vada sentito a distanza[127]. Quanto ai detenuti fuori circoscrizione per reati di «"prima fascia"»[128], l'esigenza che «[l]e forme partecipative a distanza previste dalla legge [trovino] – per coerenza – […] applicazione in ogni occasione di udienza, quale ne sia l'oggetto»[129], porta a ritenere il caso applicabile anche alle udienze in camera di consiglio: ne discenderebbe che per i gravi delitti richiamati, in luogo del diritto del custodito fuori circoscrizione di presenziare di persona all'udienza *ex* art. 309 Cpp, vi sarebbe automaticamente una partecipazione "da remoto", salvo diverso provvedimento del giudice.
D'altro canto, il riferimento al dibattimento di particolare complessità, di cui all'art. 146-*bis* co. 1-*quater* NAttCpp, potrebbe escludere la partecipazione a distanza all'udienza di riesame per una

[125] In relazione alle versioni primigenie delle disposizioni richiamate, M. Bargis, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41*-bis *ord. penit.*, cit., 170; D. Curtotti Nappi, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., 209; E. Marzaduri, *sub* art. 2 l. 7.1.1998 n. 11, cit., 877; G. Saccone, *La partecipazione a distanza al procedimento camerale*, in AA.VV., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commento alla Legge 7 gennaio 1998, n. 11 (c.d. legge sulla videoconferenza)*, Milano 1998, 125 ss.
[126] La medesima formulazione viene utilizzata nell'art. 422 co. 2 Cpp in relazione all'integrazione probatoria in udienza preliminare, ove si dice che il giudice dispone lo svolgimento a distanza dell'esame «quando una particolare disposizione di legge lo prevede», oppure col consenso delle parti. A riguardo G. Piziali, sub *art. 45*-bis *NAttCpp*, in *Codice Giarda-Spangher*, III, Milano 2023, 3218, ritiene che tra queste disposizioni non sembra potersi ricomprendere l'art. 45-*bis* NAttCpp, giacché la stessa rinvia solo all'art. 146-*bis* NAttCpp, e non all'art. 147-*bis* NAttCpp, con la conseguenza di far rimanere esclusa la possibilità di procedere all'esame a distanza. L'Autore sottolinea poi che tale scelta, con ogni probabilità, dipende dalla considerazione per cui, di norma, in sede camerale non si svolge attività istruttoria; scelta non più in linea con l'attuale fisionomia dell'udienza preliminare.
L'improprietà del riferimento all'*esame*, in luogo di *audizione* o di *interrogatorio*, da parte dell'art. 422 co. 2 Cpp, viene evidenziata da D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 467, eccezion fatta per l'ipotesi di osservanza delle forme dibattimentali di cui all'art. 422 co. 4 Cpp.
[127] L. Scomparin, *Contenuti eterogenei per le novità in tema di partecipazione a distanza dell'imputato al procedimento*, cit., 147, già all'indomani della riforma del 2000 evidenziava che «ogni udienza tenuta in camera di consiglio alla quale l'imputato o il condannato detenuto *ex* art. 41-*bis* ord. penit. avrebbe diritto a partecipare si svolgerà comunque con le forme dell'intervento a distanza».
B. Galgani, *L'art. 41 bis ord. penit.*, in *La legislazione antimafia*, diretto da E. Mezzetti, L. Lupária Donati, Bologna 2020, 1152 s., specifica, da un lato, che la riforma del 2017 non ha modificato la posizione dei sottoposti al carcere duro sotto il profilo qui in rilievo, e, dall'altro lato, che in giurisprudenza (Cass. 12.4.2018 n. 22039, in *CEDCass.*, m. 272749) si è precisato che la partecipazione a distanza è imposta solo quando la misura detentiva speciale sia ancora in essere.
[128] Chiama così i delitti di cui agli artt. 51 co. 3-*bis* e 407 co. 2 lett. *a* Cpp G. Di Chiara, *«Come s'uno schermo». Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie,* upgrade *tecnologici*, cit., 131.
[129] Testualmente, R. Magi, *La partecipazione a distanza alle udienze dibattimentali e camerali (commi 77-80 L. N. 103/2017)*, in *La riforma della giustizia penale. Modifiche a codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L. 103/2017)*, a cura di A. Marandola, T. Bene, Milano 2017, 197.
Di analogo avviso pare essere A. Diddi, *Videoconferenze e partecipazione dell'imputato al dibattimento*, cit., 464: «[l]e modifiche sono avvenute attraverso un rinvio ai commi 1, 1 *bis*, 1 *ter* dell'art. 416 *bis*, per cui anche nei procedimenti camerali […], per gli imputati per taluno dei delitti di cui agli artt., 51, comma 3 *bis*, 407, comma 1, lett. a), c.p.p., la partecipazione all'udienza avverrà *sempre* a distanza, salva sempre la possibilità, di un diverso provvedimento del giudice» (corsivo nostro).

misura cautelare disposta in indagini preliminari[130], quando incompatibile[131], salvo letture – condivisibili – che sostituiscano al «dibattimento di particolare complessità» la dizione «procedimento di particolare complessità»[132].
Ci si chiede poi se, ai sensi del predetto co. 1-*quater*, il Tribunale del riesame possa decidere di surrogare la comparizione fisica con la partecipazione in video anche per gravi ragioni di sicurezza. Verrebbe da dire, a tale proposito, che esigenze di quel tipo, almeno aderendo a una lettura restrittiva, siano già ricomprese nel caso del regime penitenziario speciale sopra citato. Esegesi stretta che pare giustificata, specie alla luce della giurisprudenza (della Corte costituzionale e della Suprema Corte) che aveva richiamato all'importanza della partecipazione di persona dell'imputato alla udienza di riesame, ritenendo che, nell'ambito in questione, l'autodifesa assume ben maggiore pregnanza rispetto alla difesa tecnica[133]. Ciò in virtù del fatto che, stante la natura di mezzo di gravame, la possibilità di prospettare motivi nuovi, in merito agli indizi di colpevolezza, alle esigenze cautelari e all'adeguatezza e proporzionalità della misura stessa, «connota di spiccato rilievo la presenza [dell'imputato] all'udienza camerale»[134]. In altri termini, come nota attenta dottrina, «l'urgenza nasce in special modo dal tentativo di profittare della presenza fisica dell'imputato per ottenerne delucidazioni su aspetti intimamente legati alla sua persona; il giudice consapevole di dover indagare la relazione tra quel soggetto e determinati comportamenti, che si assumono tenuti in passato o si tratta di pronosticare per il futuro, più facilmente ricercherà nella percezione diretta delle qualità umane il riscontro delle attitudini individuali evincibili dagli atti»[135]. Viene quindi da chiedersi se tutto questo sia ottenibile attraverso il *medium* dello schermo. Se pare condivisibile la preferibilità della partecipazione virtuale all'udienza tenuta dal Tribunale del riesame rispetto alla rogatoria interna[136], qui l'alternativa è tra comparire fisicamente davanti al giudice avente la competenza funzionale ovvero collegarsi da altro luogo con esso: ciò posto, pare lecito continuare a nutrire dubbi sulla reale capacità del mezzo in questione di consentire al giudice quella diretta percezione delle qualità dell'imputato, necessaria per valutare le esigenze cautelari e l'adeguatezza/proporzionalità della misura, valutazioni queste che finiscono per connotare il giudizio di aspetti personologici[137].
Conviene adesso spendere qualche parola sulle udienze camerali caratterizzate da un contraddittorio meramente eventuale e facoltativo. Ribadito che là dove "le parti sono sentite se compaiono" non esiste un diritto alla presenza, qualora si tratti di detenuti o internati fuori dalla circoscrizione del giudice, per tradizione che discende dai tempi del codice abrogato[138], gli stessi vengono sentiti dal Magistrato di sorveglianza del luogo. Con l'ausilio della tecnologia, che rende ora possibile rispettare le contrastanti esigenze sottese – di celerità e di audizione a opera del giudice competente, senza oneri di spostamento o impegnativi trasferimenti –, viene modificata la norma archetipo (art. 127 co. 3 Cpp) prevedendo la possibilità di sentire l'interessato che si trovi *extra*-circoscrizione in

[130] Sembra confermare questa lettura la *Relazione al d.d.l. C n. 1845* (a p. 4), richiamata da M. Bargis, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41*-bis *ord. penit.*, cit., 170, ove si legge, tra gli esempi di particolare complessità del dibattimento che potrebbero trovare applicazione anche per la partecipazione a distanza alla camera di consiglio, quelle del riesame e dell'appello «avverso ordinanze in materia di libertà personale emesse in dibattimento».
[131] G. Saccone, *La partecipazione a distanza al procedimento camerale*, cit., 127.
[132] È la tesi sostenuta, ad esempio, da E. Marzaduri, *sub* art. 2 l. 7.1.1998 n. 11, cit., 880.
[133] Cass. S.U. 22.11.1995 n. 40, n.m. sul punto.
[134] Cass. S.U. 22.11.1995 n. 40, cit.
[135] D. Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, cit., 240.
[136] Di quest'ultimo avviso, D. Curtotti Nappi, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., 238. Parimenti, ritiene che il ricorso allo strumento in parola garantisca, rispetto all'audizione per rogatoria, l'immediatezza del contraddittorio, P. Spagnolo, *op. cit.*, 233.
[137] P. Spagnolo, *op. cit.*, 221.
[138] G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., 180, sottolinea che trattasi di scelta reiterata dal codice del 1930 ove il congegno normativo in parola era previsto con riguardo all'incidente d'esecuzione.

collegamento, nei casi previsti dalla legge o col suo consenso. Regola che troverà applicazione, ad esempio, nell'appello cautelare di cui all'art. 310 Cpp, disposizione rimasta impermeabile alle modifiche del riesame di cui si è dato conto. Così facendo, l'audizione anticipata del Magistrato di sorveglianza del luogo diviene ipotesi residuale[139], il che si ripercuote positivamente sul principio di immediatezza.
Quanto al procedimento di esecuzione (art. 666 Cpp, al quale rinvia l'art. 678 Cpp in tema di procedimento di sorveglianza[140]), che rientra tra i riti a contraddittorio necessario[141] (tra p.m. e difensore: l'interessato è sentito personalmente "su richiesta"), una disposizione parzialmente diversa prevede, in generale, l'audizione a distanza dell'interessato che abbia richiesto di essere sentito personalmente, nei casi previsti dalla legge o col suo consenso. Se invece lo stesso è detenuto fuori dalla circoscrizione[142] e non presta il consenso al collegamento, viene sentito in rogatoria interna[143], salvo che il giudice ne disponga la comparizione personale[144].
Posti i gravi inconvenienti pratici che sconsigliarono al codificatore di prevedere un diritto per il condannato alla comparizione personale[145], quest'ultima risulta essere allora una di quelle ipotesi in cui la tecnologia può contribuire alla salvaguardia delle esigenze di sicurezza, senza andare a scapito del diritto di audizione dell'interessato[146].

7. Venendo al *clou* – sotto il profilo sia simbolico, sia sistematico – della nuova disciplina, la riforma Cartabia osa quello che neppure la legislazione dell'emergenza sanitaria era riuscita ad attuare (almeno, non stabilmente[147]): varcare la soglia dell'istruzione dibattimentale, permettendo ora al giudice di disporre che l'esame di testimoni, periti, consulenti tecnici, dei soggetti di cui all'art. 210 Cpp e delle parti private si svolga a distanza (art. 496 co. 2-*bis* Cpp).
A scongiurare l'effetto del "volo troppo vicino al sole", il legislatore subordina quanto precede al consenso delle parti[148], sfruttando così l'argomento facente leva sulla costituzionalizzazione della

[139] F. Porcu, sub *art. 127 Cpp*, in *Codice Giarda-Spangher*, I, Milano 2023, 1747.
[140] Sulla partecipazione dell'interessato al procedimento di sorveglianza si veda M. Ruaro, *La magistratura di sorveglianza*, Milano 2009, 296 ss.
[141] A riguardo, G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., 325 s.
[142] Per i dubbi di legittimità costituzionale della distinzione tra detenuti dentro e fuori dalla circoscrizione del giudice, a mero titolo esemplificativo, F. Caprioli, D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*[2], Torino 2011, 339, anche per i riferimenti bibliografici a nota 137.
[143] G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., 336 s., per le ragioni di critica all'uso della rogatoria interna in esecuzione.
[144] Eccezione, quest'ultima, in relazione alla quale G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., 338, ravvisava una «discrezionalità valutativa ai limiti dell'arbitrio».
[145] «[S]ono state decisive le esigenze organizzative e di sicurezza che sarebbero rimaste gravemente compromesse ove si fosse optato per un indiscriminato diritto dei detenuti alla traduzione. Al riguardo è da tener presente che spesso il giudice dell'esecuzione ha sede in luogo distante da quello dove è ristretto il condannato; e che l'incidente può essere sollevato, anche senza la intermediazione del difensore, in qualunque momento e per le più svariate ragioni. Sussisteva dunque un concreto pericolo di iniziative strumentali, anche le più pretestuose, da parte di pericolosi criminali, finalizzate unicamente ad ottenere il trasferimento (per tentare la fuga, mantenere contatti con altri membri dell'organizzazione criminale, riaffermare la propria presenza nell'ambiente di origine, eventualmente per compiere vendette o eliminare avversari)»: *Relazione al progetto preliminare*, in C. Conso, V. Grevi, G. Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale*. *Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, Padova 1990, 1424 s.
[146] Auspicava che venisse garantito il collegamento anche in presenza di un mero diritto di audizione, dal momento che «lo strumento della videoconferenza non può attribuire un diritto alla partecipazione a distanza qualora non esista un corrispondente diritto alla partecipazione fisica», L. Scomparin, *Contenuti eterogenei per le novità in tema di partecipazione a distanza dell'imputato al procedimento*, cit., 148.
[147] P. Tonini, *Le nuove tecnologie e la riforma Cartabia*, in *DPP* 2022, 294, rammenta il momento iniziale di incertezza che ha preceduto un rapido dietrofront.
Sul punto, anche E. Mancuso, *op. cit.*, 5.
[148] Nel senso che trattasi di requisito che serve a rassicurare i più conservatori, D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 452. Considera l'atteggiamento del legislatore

volontà dell'imputato[149] (art. 111 co. 5 Cost.) attuata dalla riforma del giusto processo. Come a dire, «in un sistema che contempla il patteggiamento e il giudizio abbreviato, permettendo alle parti di contrattare sull'entità della pena e, addirittura, all'imputato di chiedere di essere giudicato sulla base di atti di indagine scritti», la formazione della prova a distanza non sarebbe «nulla di rivoluzionario»[150].

Ma vi è di più: guardando allo specifico campo qui di interesse, già alcune norme in tema di ordine europeo d'indagine (artt. 18 co. 2 e 39 co. 2 d.lgs. 21.6.2017 n. 108[151]) e di rogatorie (artt. 726-*quinquies* e 729-*quater* Cpp) prevedevano il necessario consenso dell'indagato e dell'imputato all'uso della videoconferenza: rispettivamente, qualora si debba dare esecuzione alla richiesta di audizione; procedere alla sua audizione o alla partecipazione all'udienza davanti all'autorità straniera mentre è in Italia (rogatoria passiva) o, se si trova all'estero senza che possa essere trasferito in Italia, davanti all'autorità giudiziaria italiana (rogatoria attiva).

Pare allora che possa spiegarsi in quella chiave – cioè che, in sostanza, non si trattasse di elemento "di rottura" e quindi degno di grande nota – l'incuria con cui il legislatore regolamenta le plurime ipotesi di partecipazione ad atti e a udienze a distanza subordinate alla volontà di una o più parti: ritenendo che quanto ora previsto sia riconducibile a schemi consensuali noti da tempo[152], non si è nemmeno reputato di farne menzione nelle norme che dovrebbero essere il cardine della materia, ovvero i nuovi artt. 133-*bis* e 133-*ter* Cpp[153]. Così facendo, il requisito del consenso viene ripetuto all'interno delle singole disposizioni modificate, ma rimane sguarnito di disciplina generale valevole per la partecipazione a distanza *tout court*.

Nulla viene detto, in primo luogo, sulle modalità con cui il consenso debba essere prestato, se richieda forme solenni, con quali tempistiche, se esso sia o meno revocabile. Inoltre, laddove sia richiesto l'accordo tra le parti, non si specifica tra quali di esse e come. Si rinnovano, in tal modo, molte questioni già sorte in dottrina con riguardo, ad esempio, all'acquisizione concordata degli atti delle indagini nel fascicolo del dibattimento[154].

Quanto al modo di espressione, trattandosi di pattuizione sul *quomodo*[155] che incide solo sul metodo attraverso il quale si forma la conoscenza, e non sull'*an* della formazione stessa, applicando le

improntato alla prudenza pure M. Gialuz, *La digitalizzazione del processo*, in M. Gialuz, J. Della Torre, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino 2022, 299.

[149] Sulla quale, a titolo meramente esemplificativo, G.M. Baccari, C. Conti, *Una nuova espressione del metodo dialettico: l'acquisizione concordata di atti di indagine*, in *DPP* 2003, 885 ss.; H. Belluta, *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, in *RDPr* 2003, 130 ss.; C. Conti, *Giusto processo*, in *ED, Agg. V* 2001, 637 s.; P. Ferrua, *Il "giusto processo"*[3], Bologna 2012, 169 s.; G. Giostra, *Contraddittorio (principio del)*, in *EG, Agg. VIII* 2001, 9 s.; L. Marafioti, *Prova «negoziata» e contraddittorio*, in *CP* 2002, 2933 ss.

[150] M. Daniele, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, cit., 66, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente.

[151] Sui quali si veda, per tutti, M. Trogu, sub *artt. 18 e 39 d.lgs. 21.6.2017 n. 108*, in *Cooperazione giudiziaria penale*, a cura di A. Marandola, Milano 2018, 1058 ss. e 1092 ss.

[152] Si adatta al caso di specie l'affermazione per cui «[l]a novità si colloca così nel solco della recente tendenza legislativa a valorizzare il ruolo delle parti nel processo, condizionando l'operatività di regole processuali, specialmente probatorie, alle valutazioni dei contendenti», utilizzata da P. Bronzo, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, Milano 2017, 87, a proposito dell'acquisizione al fascicolo dibattimentale. Nell'economia del presente lavoro il tema della giustizia consensuale/giustizia negoziata non può nemmeno essere sfiorato. Si rimanda dunque, per tutti, e limitandoci ad alcuni contributi monografici, a E.M. Catalano, *L'accordo sui motivi di appello*, Milano 2001; A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino 2010; R. Del Coco, *Disponibilità della prova penale e accordi tra le parti*, Milano 2004; J. Della Torre, *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*, Milano 2019; M.L. Di Bitonto, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino 2004, 151 ss.; M. Griffo, *Volontà delle parti e processo penale*, Napoli 2008; L. Marafioti, *La giustizia penale negoziata*, Milano 1992; A. Procaccino, *Il negozio probatorio dibattimentale*, Milano 2010, 1 ss.

[153] D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 467.

[154] P. Bronzo, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, cit., 87 ss.

[155] Questa distinzione "scalare" tra fattispecie negoziali si deve ad A. Camon, *Accordi processuali e giustizia penale: la*

categorie passate verrebbe da escludere ogni necessità di dichiarazione personale dell'imputato. Infatti, mentre per la seconda tra le categorie menzionate (alla quale vengono ricondotte le varie ipotesi di "patteggiamento sulla prova": artt. 431 co. 2, 493 co. 3 Cpp *et similia*), si richiede una manifestazione positiva di consenso, lo stesso non avviene necessariamente per la prima[156]. Se appare difficile da negare – non fosse altro per la stessa rubrica riformulata della disposizione («Ordine e *modalità* dell'assunzione delle prove») – che anche il 496 co. 2-*bis* Cpp, al pari del precedente co. 2, attiene al *quomodo* e non all'*an* della formazione della conoscenza, diversamente da quest'ultimo, la disposizione di nuovo conio si pone in attrito con principi di rango tale da non tollerare accettazioni equivoche[157]. Detto altrimenti, le due ipotesi non sono la stessa cosa: è vero che invertire l'ordine di escussione può incidere sulla *performance* e quindi sul risultato probatorio[158], ma non tange l'immediatezza, intesa come rapporto privo di *medium*, appunto, tra il giudice che pronuncerà la sentenza e la fonte di prova[159]. Pare condivisibile allora che, vista l'importanza della posta in gioco, sia necessaria una manifestazione espressa e inequivoca, meglio se resa personalmente dall'imputato[160], e non generica. Tuttavia, appare assai probabile che giurisprudenza e operatori, al fine di sfruttare a pieno le potenzialità deflative del congegno, faranno leva sul fatto che l'apprezzamento sulle modalità, per la sua natura tecnica, debba essere lasciato al dominio del difensore, unico in grado di apprezzare realmente se la partecipazione fisica, *de visu*, possa giovare alla strategia[161]. Tesi, quest'ultima, sostenuta in passato dalla Consulta[162], proprio con riguardo agli accordi acquisitivi di cui all'art. 493 co. 3 Cpp: là si era detto che la scelta in parola non è riservata alla parte, essendo essa "scelta tecnica", per cui non è necessaria alcuna procura speciale. Ebbene, proprio a causa della sua delicatezza, la dottrina[163] aveva palesato grandi perplessità sulla conclusione, specie se riferita a difensori d'ufficio di imputati assenti, spendendo considerazioni che possono essere reiterate anche in relazione alla ipotesi di cui qui si discorre[164]. Per di più, così argomentando, cioè ritenendo che la scelta sulla modalità di assunzione della prova sia scelta tecnica, secondo alcuni non sarebbe nemmeno invocabile il potere *ex* art. 99 co. 2 Cpp dell'imputato di privare di effetto, con una contraria dichiarazione, l'atto compiuto dal proprio rappresentante[165].

---

prova patteggiata, in *RDPr* 2008, 57 ss.

Per la distinzione tra modelli negoziali forti e deboli, si vedano, per tutti, E.M. Catalano, *op. cit.*, 39 ss.; R. Del Coco, *op. cit.*, 9 ss.; J. Della Torre, *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*, cit., 19 ss.

[156] A. Camon, *op. cit.*, 58, richiama l'esempio dell'art. 360 co. 4 Cpp, ove è ammessa una manifestazione implicita: se non si formula riserva di incidente probatorio, l'imputato consente alla forma meno garantita.

[157] Si veda ancora A. Camon, *op. cit.*, 59, sull'entrata in funzione «degli anticorpi costituzionali», man mano che ci si approssima al momento dell'accertamento.

[158] Sulla importanza dell'ordine di escussione per la strategia, si vedano le parole di F. Morelli, *Principio di immediatezza e diritto di difesa*, in *RIDPP* 2021, 482, che parla dell'esame incrociato come di un «condurre il teste attraverso un percorso pensato, fatto di passaggi graduali, di approfondimenti insistiti, scatti in avanti, dettagli, ritorni, trappole, induzioni a contraddirsi».

[159] A riguardo, I. Calamandrei, *Immediatezza (principio di)*, in *DigDPen*, VI, 1992, 149 ss.

[160] D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 471.

[161] Ancora, a tal riguardo, D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 468.

[162] C. cost., 8.6.2001 n. 182, in *www.cortecostituzionale.it*.

[163] Per tutti, P. Bronzo, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, cit., 120 s.

[164] Come fa, del resto, D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 468: «Eppure il problema di fondo rimane, molto serio: difensori impreparati, privi di rapporto fiduciario con l'assistito o poco incentivati economicamente, specie se assistono imputati assenti, sono esposti con facilità alla tentazione di limitarsi al compimento di esami testimoniali a bassa intensità, di burocratica sommarietà, quali derivano dall'impiego della videoconferenza».

[165] Lo fa notare, sempre con riguardo all'accordo acquisitivo di cui all'art. 431 co. 2 Cpp, P. Bronzo, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, cit., 124 s., richiamando G. Frigo, *Difensore*, in *Commentario Amodio-Dominioni*, I, Milano 1989, 600 ss.

Se quanto precede è corretto, non può che destare preoccupazione: in assenza di sinallagma[166] alcuno per l'imputato che presti il consenso alla formazione della prova con modalità "a distanza", vi è il rischio concreto che nella prassi la scelta "tecnica" sia rimessa (almeno per quanto riguarda il nocciolo duro dei processi celebrati ogni giorno nelle nostre aule di giustizia, da difensori d'ufficio, per reati che non suscitano particolare allarme sociale e privi di qualsiasi eco mediatica) all'interesse del professionista, che magari confida nella benevolenza delle autorità giudiziarie, in quel processo o in altre cause da lui trattate; il che andrebbe, ancora una volta, a scapito degli imputati meno abbienti e che più soffrono l'ineffettività della difesa[167].
Sulla carta (e forse con una dose eccessiva di ottimismo), potrebbe arginare il pericolo paventato il fatto che la scelta sulla modalità di assunzione della prova sia rimessa alle parti, visto che il rappresentante dell'accusa *dovrebbe* sempre propendere per la soluzione più congeniale agli interessi di giustizia[168], rifuggendo dal collegamento virtuale quando lo stesso non sia in grado di garantire il risultato euristico[169]; così come, sempre in chiave ottimistica, la circostanza per cui la *conventio* tra le parti non sia vincolante per il giudice terzo.
Quanto agli altri coinvolti nell'accordo, stando al tenore letterale, indicandosi genericamente il consenso delle parti, senza altra specificazione, pare ragionevole concludere che serva l'accordo di tutte le parti costituite nel processo[170]. Se poi la mancanza di accordo di tutti precludesse il collegamento virtuale (a patto che lo stesso non sia imposto da altra disposizione), non sarebbe necessariamente un male[171], dovendo le esigenze di economia processuale recedere dinnanzi ai valori primari del giusto processo.

---

[166] La possibilità di prevedere una qualche forma di premialità era stata ipotizzata da Benedetta Galgani nel già citato convegno di Ferrara, *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*.
[167] Sul fatto che gli accordi in tema di prova siano spesso frutto di scelte derivanti da «lusinghe, adescamenti, minacce», in un contesto che vede posizioni di istituzionale imparità tra le parti, A. Camon, *op. cit.*, 62 s.
B. Galgani, *sub* art. 40 l. 16.12.1999 n. 479, in *LP* 2000, 505, all'indomani dell'introduzione del "patteggiamento sulla prova" si chiedeva se fosse «poi così inverosimile paventare il rischio di avventati "baratti di consenso" tra accusa e difesa che, pur in nome di una formale collaborazione e di un'accelerazione dei tempi del processo, potrebbero aumentare il vantaggio della prima sulla seconda?».
Considerano gli scambi in parola «prassi degenerative […] senz'altro illegittime» G.M. Baccari, C. Conti, *op. cit.*, 883. Cfr. L. Marafioti, *Prova «negoziata» e contraddittorio*, cit., 2938, per il quale le trattative extraprocessuali di cui si tratta, essendo implicitamente presupposte dalle disposizioni sugli accordi acquisitivi, non sarebbero né illegittime, né vietate.
A riguardo, con specifico riferimento all'utilizzo delle circostanze, F. Nicolicchia, *Consenso del difensore all'acquisizione dibattimentale degli atti d'indagine e riconoscimento delle attenuanti generiche. Riflessioni all'incrocio tra diritto e processo penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 26.6.2020.
Richiama l'avvocatura al rispetto della deontologia e a non farsi abbagliare dalle sirene dei trattamenti di favore, con specifico riguardo all'esame a distanza, F. Trapella, *La rivoluzione digitale alla prova della riforma*, in www.archiviopenale.it, 15.12.2020, 20.
[168] M. Daniele, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, cit., 66.
[169] In ottica generale (astraendo quindi dalla alternativa secca partecipazione fisica/virtuale), si rammenta però quanto affermato da Oliviero Mazza, circa l'impossibilità di pre-stabilire se l'escussione può raggiungere un dato risultato: «se il contraddittorio è il metodo migliore di ricerca della verità, nessuno dovrebbe essere in grado di stabilire *ex ante* quale verità scaturirà dal confronto dialettico nel momento genetico della prova. Nessuno potrebbe, quindi, attestare *a priori* la superfluità del contraddittorio […] a meno di non la stessa funzione euristica del contraddittorio». Testualmente, O. Mazza, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Conso, Napoli 2006, 654.
[170] Si vedano P. Bronzo, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, cit., 281, e M.L. Di Bitonto, *op. cit.*, 190, i quali precisano che il legislatore, ogniqualvolta intenda restringere l'accordo ad alcuni soltanto, lo fa espressamente.
[171] Con specifico riguardo al tema qui in rilievo, D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., 467, ravvisa la necessità del consenso di tutte le altre parti, per ragioni di «doverosa simmetria», criticando l'impostazione di quella dottrina che teme una diminuzione della portata applicativa dell'istituto se si pretendesse l'accordo di tutti. Cfr. M. Gialuz, *La digitalizzazione del processo*, cit., 300, che riporta l'esempio del sistema statunitense ove basta il consenso del prevenuto.

Certo non si vuole negare che la previsione possa sortire un qualche effetto favorevole: si pensi all'escussione di appartenenti alla polizia giudiziaria[172], sentiti, a distanza di anni, su attività compiute di cui, del tutto fisiologicamente, non conservano alcun ricordo, dovendo quindi ricorrere all'ausilio di quanto a suo tempo scritto, in aiuto alla memoria[173]. Specie se trasferiti per ragioni di servizio in luogo lontano rispetto alla sede del processo, le "trasferte" per essere sentiti come fonte di prova risultano, da un lato, dispendiose per lo Stato, dall'altro, il più delle volte per nulla in grado di fornire un contributo sul piano conoscitivo. In tal caso, quindi, l'escussione a distanza, con la fonte collocata nell'ufficio di p.g., potrebbe in concreto giovare alla speditezza senza gravi pregiudizi per la difesa, e senza che si giunga a ipotizzare, in alternativa, il ricorso alla lettura del verbale vera e propria al fine di abbattere le spese di trasferta[174]. Questo perché, già prima, quello che si aveva era «garanzia formale»[175], una larva di contraddittorio orale per la formazione della prova, che si riduceva nella lettura delle note di servizio di anni prima, dalla viva voce (quello sì) di chi le ha redatte o sottoscritte[176].

8. Qui giunti, resta da formulare qualche osservazione finale.
A dispetto del potere "taumaturgico" del consenso delle parti, interpreti e operatori sono costretti a valutare con grande cautela l'impiego del mezzo tecnologico. Ciò che si vuol dire è che l'esame della fonte relegata altrove non corrisponde alla *cross examination*, tanto che appare probabile «che l'escussione del dichiarante da postazioni remote non verrà neppure fatta in esame incrociato il più delle volte»[177].
Se (come riteniamo) di surrogato [178] si tratta, invece che spalancare le porte dell'istruzione dibattimentale, forse si potevano percorrere vie diverse. E questo seppure l'apertura possa dipendere

[172] Aveva ipotizzato il caso, tra le soluzioni dell'era pandemica che meritavano di essere "normalizzate", L. Giordano, *op. cit.*, 921.
[173] Sul tema, S. Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, Milano 2000, 239 ss.; R. Casiraghi, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, Milano 2011, 455 ss.
[174] Soluzioni queste entrambe già individuate, qualche anno fa, nelle Proposte di riforma dell'Associazione Nazionale Magistrati in materia di diritto e processo penale (approvate dal Comitato Direttivo centrale nella riunione del 10.11.2018), documento leggibile al link *www.associazionemagistrati.it/allegati/proposte-riforma-penale-approvate-dal-cdc-10nov18.pdf*, 18 ss. Mette in guardia dalla proposta di modifica dell'art. 511 Cpp (la quale era così articolata: «il giudice può disporre che sia data lettura di atti redatti dalla polizia giudiziaria, da organi dell'amministrazione o da ogni altro organo con funzioni di accertamento nella parte relativa alla documentazione dell'attività svolta con esclusione delle parti relative alle valutazioni od alle ipotesi sulla base di essa formulate; le parti, in tale caso, possono chiedere l'esame dell'autore dell'atto di cui sia data lettura al fine di rivolgere domande a chiarimento delle circostanze emergenti dall'atto»), temendone la capacità espansiva, D. Negri, *La deflazione penale "aggressiva": una tecnica incompatibile con i presupposti costituzionali del consenso liberamente prestato ai riti premiali*, in *www.discrimen.it*, 7.11.2019, 5.
[175] Come noto, la distinzione tra garanzia sostanziale e garanzia formale si deve a P. Ferrua, *Garanzie formali e garanzie sostanziali nel processo penale*, in *QuestG* 2001, 1115 ss.
[176] Sempre nelle Proposte di riforma dell'Associazione Nazionale Magistrati in materia di diritto e processo penale, cit., 21, si legge che in «non pochi casi la regola del contraddittorio orale, con esame incrociato di (talune categorie di) testimoni, ha natura apparente, perché si scontra con l'impossibilità, ed insieme inutilità, di un ricordo del testimone di centinaia di dati (nomi, date, numeri di telefono, cifre, etc.) fisiologicamente indicati nel corpo degli atti redatti (e dunque depositati, utilizzati nelle indagini, e noti a tutte le parti al momento del dibattimento). Ciò vale, esemplificativamente, per le 'informative' di polizia giudiziaria, per gli atti di accertamento di violazioni, per le stesse relazioni del curatore fallimentare, tutti atti non a caso sempre utilizzati dai redattori di essi, una volta esaminati come testimoni, a 'supporto' della loro memoria, previa autorizzazione del giudice, ciò che si risolve, nella sostanza, in un simulacro di prova orale».
[177] Opinione sostenuta da C. Cesari, *Il principio del contraddittorio: virtù e limiti*, in *Nei limiti della Costituzione. Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo. Atti del Convegno. Roma 28-29 settembre 2018*, a cura di D. Negri, L. Zilletti, Milano 2019, 170, ricordando quella giurisprudenza che non riconosce alcuna sanzione in caso di violazione degli artt. 498 e 499 Cpp.
Sul differente approccio, da parte del legale, all'escussione del teste, a seconda che vi sia o meno il *medium* dello schermo, F. Morelli, *op. cit.*, 483.
[178] M. Daniele, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, cit., 62.

dal consenso dell'imputato – o, più probabilmente, del di lui difensore – e delle altre parti. Si vuole ribadire, qui, che il consenso è un φάρμακον: atto, nelle intenzioni, a mettere a tacere i motivi di preoccupazione, ma tale, nella realtà, da provocarne altre.

Ad esempio, volendo ipotizzare soluzioni alternative, in un'epoca in cui molto si discute sulla opportunità di mantenere una udienza preliminare che "non filtra"[179], eventualmente prevedendola a richiesta dell'imputato, avrebbe forse avuto senso svincolarla dai requisiti del combinato disposto degli artt. 45-*bis* e 146-*bis* NAttCpp, al fine di consentirne una parziale smaterializzazione. Lo stesso per le udienze filtro/di smistamento[180]; oppure, anche se il legislatore ha ormai imboccato la via ancora più *strong* della cartolarizzazione[181], per le udienze d'appello.

Insomma, sono molte, anche in questo caso, le occasioni perdute.

Non si è tornati sulla intera disciplina delle videoconferenze per mettere mano alle precedenti situazioni, evitando così la stratigrafia tra vecchie disposizioni d'attuazione e nuove norme del codice. Così facendo, ci si trova dinnanzi alle "vecchie" ipotesi – alcune obbligatorie, altre discrezionali[182] – derivanti dall'assetto post riforma Orlando, "quando una particolare disposizione di legge" prescrive l'uso del collegamento digitale, a cui vanno ora aggiunte quelle consensuali, che però non vincolano il giudice. Vero è che, se si fossero abrogate le relative disposizioni d'attuazione *in toto*, si sarebbe dovuti intervenire contestualmente su tutti i rimandi a esse… il che avrebbe inevitabilmente portato altri inconvenienti, oltre al rischio di sviste e dimenticanze.

Il dato che appare meno "perdonabile" consiste però nel non aver invertito la rotta rispetto alla riforma del 2017, in modo da restaurare le corrette gerarchie in caso di interessi di rilievo costituzionale in contrasto tra loro. Eppure l'insostenibilità dell'opzione legislativa allora prescelta, ovvero mettere in bilanciamento interessi i più disparati – quali sicurezza collettiva e ordine pubblico, tutela del diritto alla vita e alla integrità fisica di vittime e di testimoni, prevenzione dei reati ed efficienza processuale –, era stata denunciata dalla dottrina quasi unanime[183].

Bisogna quantomeno ammettere che la manovra di oggi è meno sfacciata di quella di ieri: se allora si era piegato il diritto alla presenza fisica dell'imputato all'esigenza di ridurre gli esborsi finanziari dello Stato necessari per tradurre in aula gli imputati detenuti, forgiando una disciplina «coerente, più che con un processo penale dei diritti, con una concezione manageriale (dal sapore tecnocratico) della giustizia»[184], oggi si sfrutta il *passepartout* del consenso delle parti.

Nel far ciò, nondimeno, il legislatore trascura che nel processo penale vi è una parte istituzionalmente debole, che per sciagura è la stessa parte che più ha da perdere nella contesa: da qui, i frequenti esempi di consenso mercanteggiato, se non proprio più o meno "estorto", che costellano le ipotesi normativamente previste di "patteggiamento sulla prova" e simili[185].

---

[179] La tesi "abolizionista", come noto, è sostenuta da M. Daniele, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, in www.sistemapenale.it, 27.1.2020, 131 ss.
Contra, E. Amodio, *Filtro «intraneo» e filtro «estraneo» nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *CP* 2022, 16, nota 3; M. Bontempelli, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, in *DPP* 2021, 1052 s.
Mette in luce le disfunzioni della fase pure F. Cassibba, *L' "insostenibile leggerezza" dell'udienza preliminare*, in *Crim* 2015, 69 ss.

[180] J. Della Torre, *L'espansione del processo a distanza negli itinerari dell'emergenza pandemica*, cit., 259; S. Lorusso, *Un patto tra magistrati e avvocati*, cit., 27.

[181] A riguardo, per tutti, E.N. La Rocca, A. Mangiaracina, *Le impugnazioni ordinarie: tra "efficienza" e snellimento*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Milano 2023, 889 ss.

[182] Bipartizione effettuata da M. Daniele, *La partecipazione a distanza allargata. Superfetazioni e squilibri del nuovo art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, cit., 2, il quale osserva come le predette categorie siano, a ben vedere, tra loro sovrapponibili.

[183] D. Curtotti, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza*, cit., 250 s.; M. Daniele, *La partecipazione a distanza allargata. Superfetazioni e squilibri del nuovo art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, cit., 7 e 9; D. Negri, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, cit., 585.

[184] Con grande efficacia, S. Lorusso, *Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"*, cit., 223.

[185] Oltre agli autori richiamati *supra*, sul punto si veda anche D. Negri, *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*,

Insomma, invece di ribadire che è, costituzionalmente e convenzionalmente, consentito infliggere menomazioni al binomio immediatezza-oralità quando lo richiedano gravi situazioni legate alla sicurezza collettiva e alla vulnerabilità di particolari soggetti, e non soltanto per esigenze di speditezza – che dipendono (anche) dai difetti endemici di organizzazione dell'apparato –, si è scelto con fare "pilatesco" di utilizzare il consenso dell'imputato o del difensore per lui, finendo per accentuare ancor di più lo squilibrio a favore dell'economia processuale.

in *I princìpi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma 2016, 485 ss.

MODELLO DI GESTIONE DI IMPRESA EX ART. 2086 CC E CODICE DELLA CRISI: CENNI PER UN'AUTONORMAZIONE FINALIZZATA ALLA TUTELA PENALE DELL'IMPRENDITORE1

di Carlo Di Bugno
(*Avvocato del foro di Pisa*)

Il contributo prende spunto dall'accostamento fatto da più parti tra modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. n. 231 /2001 ed un eventuale autoregolamento sul dovere dell'imprenditore collettivo di istituire adeguati assetti organizzativi amministrativi e contabili nell'ottica della rilevazione della crisi di impresa. Muovendo da questa premessa, dopo una ricognizione dei rischi penali conseguenti alla violazione delle regole dettate a proposito della "gestione di impresa", compresa quella che impone di reagire tempestivamente ai segnali di difficoltà economiche, si è proceduto a ipotizzare un protocollo di conformità all'art. 2086 Cc nell'unica dimensione protettiva che sembra poterlo caratterizzare, quella della tutela dell'imprenditore da eventuali rimproveri di bancarotta colposa.
The essay takes its cue from the juxtaposition between "231 MOG" and a possible self-regulation on the duty to establish adequate administrative and accounting organizational structures, with a view to detecting the company crisis. After a survey of the criminal risks resulting from the violation of the rules related to "business management" (including the one that requires a prompt reaction to signs of economic difficulties), it is theorized a protocol of compliance with art. 2086 of the civil code, in the only protective dimension that seems to characterize it: the protection of the entrepreneur from possible reproaches for culpable bankruptcy.

SOMMARIO: 1. Interferenze tra modelli organizzativi *ex* d.lgs. n. 231/2001 e modello di "gestione di impresa"; il dovere sugli assetti adeguati *ex* art. 2086 Cc. – 2. Il dovere di reagire *senza indugio* alle informazioni provenienti dall'assetto adeguato: gli squilibri indiziari. – 3. La mappatura del rischio penale per l'imprenditore. – 4. Il contenuto di un (eventuale) modello *ex* art. 2086 Cc.

1. I vari interventi sulla disposizione dedicata alla definizione di imprenditore che hanno accompagnato la riforma del diritto fallimentare palesano la centralità ricoperta da un modello di "gestione d'impresa" all'interno di un sistema dichiaratamente orientato ad impedire che crisi in fase di incubazione evolvano, perché trascurate, fino al dissesto.
In questa prospettiva, l'art. 2086 Cc riprende il già vigente dovere dell'imprenditore di dotarsi di assetti organizzativi, amministrativi e contabili per specificarne una delle finalità, quella di consentire una «rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita di continuità aziendale».
La lettura dell'intervento legislativo alla stregua di un meccanismo di prevenzione del "rischio di crisi" ha portato ad accostare questa situazione a quella evocata dal d.lgs. n. 231/2001[2], laddove l'organizzazione aziendale mira a neutralizzare il rischio che tramite l'attività di impresa si

[1] Questo contributo riprende i contenuti della relazione svolta in tema di «*Doverosità e finalità di un modello organizzativo ex art. 2086 cc; rapporti con i modelli organizzativi d.lgs. n. 231/2001*», nel corso della giornata di studio promossa dall'ODCEC di Massa-Carrara, avente ad oggetto «*Il codice della crisi, art. 2086 e gli adeguati assetti organizzativi amministrativi e contabili. Profili civilistici, penali e operativi*» (Massa, 24 marzo 2023).
[2] Cfr. L. Rutolo, *L'autovalutazione del rischio da insolvenza e da reato. Benefici premiali per le imprese; normative a confronto,* in *www.giurisprudenzapenale.com*, 7.6.2021, 2; B. Colombo, C. Fidelbo, *Il codice della crisi spinge verso l'adozione di un Modello Organizzativo 231*, in *Norme&Tributi Plus Diritto*, *Il Sole 24* ore, 3 marzo 2022; S. Loconte A. Marrone, *Modelli organizzativi scudo per evitare il fallimento*, in *Italia Oggi*, n. 7, 10.1.2022.

commettano determinati reati[3].
Sulla premessa che un assetto di fatto non è ipotizzabile[4], si è rilevato come il modello organizzativo 231 offra la trama ideale per formalizzare il sistema di disposizioni e procedure predisposte per garantire una gestione dell'azienda in condizioni di equilibrio[5], tant'è che sarebbe sufficiente dettare una serie di regole integrative per completare una *compliance* all'art. 2086 Cc già parzialmente soddisfatta dalla parte dell'autoregolamento che si occupa della prevenzione dei reati presupposto di natura economica[6].
Sebbene il richiamo al d.lgs. n. 231 abbia l'indubbia valenza di sollevare riflessioni sull'utilità di un documento scritto conforme alle modalità di gestione dell'impresa declinate dal novellato art. 2086 Cc, sembra peraltro dubitabile che l'impostazione dei due potenziali modelli possa essere sovrapposta.
Si deve infatti rammentare che l'ultima versione dell'art. 3 Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (d'ora in poi Ccii) ha esplicitamente indicato i criteri utili a testare l'adeguatezza/idoneità degli assetti ad intercettare la crisi, ancorandoli ai risultati che l'organizzazione messa in piedi dall'imprenditore deve produrre; gli assetti sono adeguati se consentono: a) di *rilevare* gli squilibri economici finanziari e patrimoniali, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività svolta dal debitore; b) di *verificare* la non sostenibilità dei debiti e l'assenza della continuità aziendale per i dodici mesi successivi e i segnali di allarme di cui al comma 4; c) di *ricavare* le informazioni necessarie a seguire la lista di controllo particolareggiata ed a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento.
Il combinato disposto dagli artt. 2086 Cc e 3 Ccii configura una situazione rispetto alla quale le regole da formalizzare non sembrano presupporre una previa mappatura del "rischio di crisi", in quanto il dovere sugli assetti non persegue lo scopo di impedire il verificarsi di una crisi[7], ma piuttosto quello di imporre un sistema organizzato che sia in grado di offrire, innanzitutto, i dati necessari per accorgersi tempestivamente dell'insorgenza di difficoltà economiche significative[8].
A fronte di queste considerazioni, l'impresa voluta dalla riforma appare come una piramide trasparente che permette al vertice amministrativo di agire sempre informato[9], con la conseguenza che la prova *ex post* dell'adempimento del dovere sugli assetti imposto dall'art. 2086 Cc sembra investire soprattutto il profilo rappresentativo che deve assistere l'imprenditore nell'esercizio della libera attività aziendale.
La finalità di un'autonormazione in tema di crisi di impresa sembra indirizzarsi, dunque, verso una protezione della persona dell'imprenditore - e non dell'impresa - da eventuali responsabilità civili e

[3] V. Di Quarto, *Il ruolo dei Modelli di organizzazione e gestione nella prevenzione della crisi di impresa, tra prevenzionismo e obbligatorietà*, in *Responsabilità degli enti: problematiche e prospettive di riforma a venti anni dal d. lgs. 231/2001*, in *Giurisprudenza Penale*, 2021 fascicolo 1-*bis*, 15, la quale evidenzia «le forti similitudini esistenti tra gli assetti organizzativi imposti dal nuovo codice della crisi ed i modelli organizzativi, gestione e controllo volti a presidiare il rischio reato».
[4] Così A. Mirone, *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, Fascicolo 1/2020.
[5] In questo senso, v. R. De Luca, *Prevenzione della crisi e* compliance *231: binomio irrinunciabile per la governante d'impresa*, in *Responsabilità degli enti: problematiche e prospettive di riforma*, cit., 18.
[6] E. Perusia, C. Santoriello, *Dal modello organizzativo agli adeguati assetti organizzativi richiesti dal Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Il fallimentarista*, 9 novembre 2020, 5. Accenna a un «modello unico di prevenzione dei reati e della crisi», R. De Luca, *cit*., 23.
[7] Cfr. D. Moncalvo, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – Le procedure di allerta e composizione della crisi ed i possibili effetti in termini di* compliance *231*, in *www.aodv231.it*, 27.5. 2019, 16.
[8] Cfr. N. Abriani, *Modello 231 e adeguatezza degli assetti nella* corporate governance *delle società non quotate*, in *www. rivistacorporatecompliance.it*, 27.3.2023, secondo il quale gli assetti richiamati dall'art. 2086 Cc sono diretti "*non già a prevenire*" bensì a "*gestire efficacemente*" la crisi.
[9] Così, tra gli altri, F. Bellagamba, *La responsabilità penale degli amministratori nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *www.legislazionepenale.eu*, 11.5.2020, 8.

penali, fermi restando i riflessi positivi che, per questa via, si riverberano sul fenomeno "collettivo" rappresentato dall'organizzazione aziendale[10].

2. Una volta chiarito l'obiettivo da perseguire e sempre ipotizzando la fattibilità di un modello *ex* art. 2086 Cc, non può dimenticarsi che il dovere sugli assetti è strettamente connesso ad altro dovere previsto a carico dell'imprenditore, quello di reagire all'eventuale situazione di difficoltà economica *senza indugio*.
L'imposizione di un agire informato previsto quale presupposto di una potenziale condotta omissiva lascia trasparire un'articolata posizione di garanzia rispetto alla quale sembra doveroso rintracciare criteri che aiutino ad identificare quell'allarmante situazione che fa scattare il dovere di reagire.
Su questo versante, indicazioni utili si ricavano da una lettura sistematica degli strumenti previsti dalla riforma per affrontare le crisi, tra i quali la composizione negoziata si caratterizza come quello dedicato a risolvere difficoltà economiche ancora in gestazione e dunque meno gravi; dai presupposti di attivazione della procedura previsti dall'art. 12 Ccii emerge che ad essa può ricorrersi anche a fronte di squilibri che rendano probabile la crisi, una situazione che tradotta alla luce della definizione di crisi di cui all'art. 2 Ccii, significa la *probabilità* della *probabile* insolvenza[11] che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni dei dodici mesi successivi; andrà notato, ai fini che qui interessano, che il legislatore ha riservato ad una situazione così qualificata anche l'ulteriore compito di delineare il fatto che innesca l'obbligo previsto a carico dell'organo di controllo dall'art. 25-*octies* Ccii, laddove la segnalazione interna che comporta una valutazione positiva su una futura azione di responsabilità è prevista (tramite il richiamo all'art. 17 Ccii), per l'appunto, allorché ricorrano le condizioni dettate dal citato art. 12.
I presupposti del dovere di agire evocati dall'art. 25-*octies* e i vantaggi che ne derivano sul piano esecutivo non possono non essere gli stessi che connotano la posizione di garanzia dell'imprenditore, il primo destinatario delle norme preventive in tema di crisi di impresa, con la conseguenza che anche il dovere di reagire previsto dall'art. 2086 Cc sembra attivarsi, come per i sindaci, solo a fronte a squilibri indiziari di crisi[12].
Si tratta di una condizione di operatività che, per come impostata, si atteggia quale risultato di un percorso valutativo che si annuncia complesso e laborioso, nella misura in cui implica di accertare, in primo luogo, se le informazioni che arrivano dagli assetti segnalino uno squilibrio e, successivamente, se tale squilibrio sia significativo rispetto alla prognosi di insolvenza fondata sull'adeguatezza dei flussi di cassa a distanza di un anno.
L'immagine di un percorso che è destinato a svilupparsi nel tempo non sembra insensibile al requisito della tempestività dell'agire richiesta dal legislatore, rilevato che sarebbe irragionevole una verifica della durata dell'inerzia dell'imprenditore effettuata dal momento in cui si accerta una situazione di squilibrio qualificata, tralasciando i ritardi conseguenti alla negligente sottovalutazione di elementi che avrebbero giustificato il dovere di preoccuparsi di una certa difficoltà economica oppure i ritardi

[10] Mette in risalto la possibilità di accostare la categoria dell'autonormazione «*non solo rispetto a fenomeni di tipo collettivo, ma anche riguardo alla posizione dei soggetti operanti* uti singuli» G. De Francesco, *Uno sguardo fugace sulla c.d. autonormazione*, in *www.legislazionepenale.eu*, 17.4.2023, 2.
[11] Per A. Rossi, *Composizione negoziata della crisi d'impresa: presupposti e obiettivi*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 25.10.2021, con questa immagine si dà luogo ad «un'anticipazione della situazione rilevante per consentire-imporre all'imprenditore la fruizione della disciplina in materia di CNC».
[12] Cfr. F. Macario, *La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del codice della crisi e dell'insolvenza e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali*, in *www.dititttodellacrisi.it*, 26 maggio 2022, secondo il quale, con gli squilibri indiziari di crisi evocati dall'art. 12, «il legislatore individua la soglia, più avanzata allo stato, per promuovere un intervento di ristrutturazione, in via preventiva dell'aggravamento delle condizioni di difficoltà, sicché l'area operativa, per gli amministratori – ma s'è detto, anche per l'organo di controllo , come il collegio sindacale – è sempre quella della ricordata "insolvenza prospettica", in termini economico-aziendali, ma nella sua fase iniziale, ossia una condizione di pre-crisi».

accumulati per la lentezza del procedimento con il quale tali dati sono stati vagliati nella prospettiva prognostica sopra evidenziata.

3. Come emerge dalle precedenti considerazioni, il modello di gestione di impresa previsto dall'art. 2086 Cc, letto in una dimensione sistematica, si presenta articolato, così che la scelta delle regole da formalizzare in un protocollo ad esso conforme è strettamente collegata alla individuazione delle conseguenze che la violazione di certi doveri comporta.
Se la questione si affronta sotto il profilo della responsabilità penale, è indispensabile ipotizzare che l'impresa sia finita in liquidazione giudiziale o abbia presentato un concordato preventivo o attivato gli altri strumenti richiamati dall'art. 341 Ccii[13], perché solo in questi casi si attiva un'area di rischio (penale) per condotte poste in essere in un periodo precedente all'instaurarsi di tali procedure; una volta escluso che la pretesa di un modello *ex* 2086 Cc possa essere quella di proteggere da atteggiamenti dolosi dell'imprenditore, le disposizioni sulle quali parametrarsi sembrano essere quelle della bancarotta semplice.
Per quanto attiene la violazione del dovere sugli assetti, alla quale non si accompagni anche una violazione del dovere di intervenire tempestivamente, potrebbe evocarsi l'inosservanza degli obblighi previsti dalla legge punita dall'art. 330 co. 1 lett. *b* Ccii, sempre che il vuoto organizzativo si ponga in rapporto eziologico con il dissesto[14]. Si tratta di un'ipotesi di bancarotta che prescinde dalla presenza di uno stato di difficoltà economica dell'impresa nel momento in cui viene consumata[15] e, pertanto, non esclude il rilievo penale di inadempimenti dell'art. 2086 Cc datati rispetto all'apertura delle procedure dirette a risolvere la crisi o l'insolvenza.
Il discorso appare più complesso se si guarda all'inosservanza del dovere di reagire senza indugio alle indicazioni negative giunte da un assetto che si presume adeguato. Se è vero infatti che l'inerzia si apprezza solo a fronte della valutazione di squilibri che rendono probabile la crisi, ed è dunque dal venire ad esistenza di questa situazione che va calcolato il ritardo, è altrettanto vero, come già osservato, che potrebbero entrare in gioco anche ritardi nei quali l'imprenditore è incappato trascurando informazioni meritevoli di essere affrontate secondo la prospettiva descritta dall'art. 12 cit. o dilungandosi nel percorso valutativo che le riguarda.
Sul piano criminale, nel quale l'insolvenza è equiparata al dissesto[16], l'assenza di reazioni da parte dell'imprenditore registrata anche successivamente al manifestarsi di una situazione di insolvenza sembrerebbe rilevare per la bancarotta semplice di cui all'art. 323 co. 1 lett. *d*[17], nella quale il ritardo nel chiedere la propria liquidazione giudiziale o attivare le altre procedure sopra richiamate è stigmatizzato solo se aggrava un dissesto già in atto nel momento in cui la condotta omissiva è tenuta.
Il ritardo che caratterizza invece l'arco temporale che va dall'incubazione della crisi fino all'insolvenza pare trovare ancora una volta presidio nel citato art. 330 Ccii, sempre che l'incertezza operativa dell'amministratore venga ritenuta causa o concausa del dissesto.

4. Alla luce di questa sintetica ricognizione del versante penalistico potenzialmente interessato dalla violazione dell'art. 2086 Cc, le regole di un eventuale modello di "gestione di impresa" appaiono

[13]Sul punto, v. G. Flora e F. Giunta, *Appunti a quattro mani sulla "vecchia" bancarotta e il "nuovo" Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *RTrimDPenEc* ,19.6.2020, 3.
[14] Cfr. S. Cavallini, *Insolvenza (forme colpose)*, in *ED – I Tematici II*, 2021, 755, il quale evidenzia altresì come, rispetto a tale incriminazione, si prescinda dal grado della colpa.
[15] Cfr. S. Cavallini, *op. cit.*, 754.
[16] Cfr., tra gli altri, C. Pedrazzi, *sub* art. 224, in *Commentario Scialoja Branca, Legge fallimentare. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito (217-227)*, a cura di F. Galgano, Bologna 1995, 335.
[17] Cfr. F. Consulich, *Il diritto penale fallimentare al tempo del codice della crisi*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 20.5.2020, p. 23, il quale riconduce in questa ipotesi di bancarotta colposa «la mancata percezione dei sintomi della crisi e la selezione errata dei rimedi da adottare per farne fronte», laddove tali comportamenti siano tenuti a fronte di una situazione già qualificabile come dissesto.

dunque destinate a disciplinare una serie di flussi informativi che transitano dalla struttura aziendale all'imprenditore capaci di soddisfare la prova dell'agire informato e, al contempo, la prova che il sistema è "allenato" a fornire i dati utili ad una rilevazione tempestiva della crisi e della perdita di continuità aziendale.

L'adempimento del dovere sugli assetti ha evidenti riflessi benefici sulla zona d'ombra che sembra percepibile riguardo al momento dal quale può dirsi raggiunta la rappresentazione che innesta il dovere di attivarsi. A fronte di un legislatore che configura un imprenditore informato costantemente[18], la valutazione sulla tempistica della reazione finisce per essere rimessa totalmente ad un giudizio *ex post* deputato ad identificare quando si sono manifestati gli squilibri indiziari della crisi[19], il che testimonia, in un'ottica protettiva, l'importanza di proporre invece *ex ante* cadenze temporali a partire dalle quali il vertice amministrativo dell'impresa può ritenersi consapevole della situazione economica della società e quindi nella possibilità di intercettare certi indizi[20]. Da questo punto di vista, sembra assumere una certa utilità confezionare un'autoregolamentazione che il giudice non potrebbe trascurare in sede di verifica dell'eventuale ritardo, specie in una dimensione di responsabilità colposa.

L'efficacia dei flussi informativi è ovviamente rimessa alla loro tempistica; a tal riguardo, non sembra bastevole la conoscenza che all'imprenditore deriva dalla predisposizione del bilancio di esercizio annuale, tenuto conto che il dovere di reagire può innestarsi a fronte di situazioni di difficoltà economiche rispetto alle quali anche il trascorre di pochi mesi potrebbe comportare un aggravio per la garanzia dei creditori e un rischio per la continuità aziendale[21]. La validità dell'operazione tesa a prestabilire il momento nel quale si solidifica un profilo rappresentativo rimproverabile transitata da una *compliance* deputata a rendere edotto l'imprenditore secondo una tempistica infra-annuale[22], la cui ragionevolezza dovrà confrontarsi con le dimensioni e le caratteristiche dell'impresa, che l'art. 2086 Cc individua come parametri di adeguatezza degli assetti.

La strada tracciata dai sostenitori dell'estensibilità di un modello 231 ad un protocollo *ex* art. 2086 Cc, nel senso della comune finalità di tutela preventiva riguardo ad una futura responsabilità, impone di non tralasciare l'altra zona d'ombra che traspare dalla posizione di garanzia ricoperta dall'imprenditore, nella quale il pericolo si avverte in ordine ai tempi del procedimento valutativo circa i presupposti del dovere di agire.

Andrà subito osservato che eventuali regole sul punto difficilmente potrebbero assolvere il compito di preconizzare l'intera gamma delle informazioni provenienti dagli assetti adeguati che impongono

---

[18] Come ricorda A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, in *RIDPP*, 2019, 1839, il compito dei vertici societari si traduce, ai sensi dell'art. 2086 cc, nel mantenere «sotto costante controllo l'equilibrio dell'impresa, e quindi le sue prospettive, per coglierne gli squilibri e i rischi di discontinuità».

[19] Sulla possibilità del giudice penale di valutare *ex post* l'agire imprenditoriale, cfr. A. Ingrassia, *Rischio d'impresa e "rischio penale". Il sindacato giudiziali sulle scelte di gestione della crisi*, Torino 2020, 6.

[20] Cfr. A. Baldissera, P. Riva, *Il Danno da fattispecie distrattive riconoscibile in sede penale. La nuova classificazione introdotta dall'art. 25, c.2 ccii. Il danno di speciale tenuità (art. 25*), in *Diagnosi precoce e crisi di impresa. Le parole della crisi. La lettura degli aziendalisti italiani*, SIDREA, marzo 2021, 40, che, con riferimento alla tempestività richiesta dall'art. 25 Ccii oramai abrogato, evidenziano, con considerazioni che mantengono valore ai fini che qui interessano, come non rilevi «il momento in cui l'imprenditore viene a conoscenza delle circostanze dalle quali decorrono i termini per la verifica della tempestività, bensì il momento della effettiva manifestazione delle circostanze medesime»; sulla premessa che il tema non è la conoscenza ma la conoscibilità, essi concludono nel senso che «si rende necessario che l'imprenditore di doti di appositi meccanismi di organizzazione e di rilevazione […] nonché di procedure di monitoraggio […], in grado di dare sollecitamente contezza del momento di verificarsi delle predette circostanze».

[21] Cfr. A. Lolli, M.G. Paolucci, *Gli assetti organizzativi adeguati e la responsabilità dell'organo amministrativo tra collegialità e organi delegati: la nuova impostazione del codice della crisi nella versione riformata dal primo "correttivo"* , in *www.rivistadirittosocietario.com*, 3, le quali sostengono che la verifica sull'adeguatezza degli assetti effettuata secondo le tempistiche ricavabile dalla disciplina del bilancio non è sufficiente a soddisfare l'art. 2086 Cc, laddove la disposizione allude all'obbligo di una rilevazione tempestiva della crisi.

[22] Nello stesso senso, in una logica di estensione del modello 231 al modello *ex* art. 2086 Cc, cfr. R. De Luca, op. cit., 25.

di occuparsi di un problema economico fino al punto di porsi un doveroso interrogativo sulla probabile insolvenza.
I risultati che l'art. 3 Ccii pretende dall'organizzazione aziendale traducono la rappresentazione di fatti che certamente impongono una valutazione prognostica *ex* art. 12 Ccii: i sistemi di allarme raffigurano un inadempimento dei termini di pagamento nei confronti dei creditori pubblici e privati tipico di una crisi che attiene all'equilibrio finanziario; la continuità aziendale, se messa in dubbio per i dodici mesi successivi, prospetta addirittura una causa di scioglimento della società; flussi informativi infra-annuali che testimoniano un conto economico e/o uno stato patrimoniale negativi si pongono come circostanze non legittimamente sottovalutabili da un imprenditore al quale si chiede di affrontare certe questioni prima della loro cristallizzazione.
Peraltro, l'art. 12 cit., nel richiamare, come visto, squilibri che facciano presumere la crisi, sembra imporre un dovere di attivarsi rispetto a difficoltà economiche non così radicali come quelle ricavabili dalla disciplina sugli assetti. La finalità perseguita dalla riforma sembrerebbe infatti frustrata laddove si ritenesse che l'inadempimento dei termini di pagamento dei creditori imponga all'imprenditore di preoccuparsi della situazione solo se risultano superate le soglie previste dal co. 4 dell'art. 3 cit. o dell'art. 25-*novies* Ccii, visto che tale inadempimento, se significativo e prolungato nel tempo, potrebbe testimoniare un malessere meritevole di cura indipendentemente dall'attivarsi del segnale di allarme; le medesime considerazioni possono ripetersi nel caso di un progressivo sbilanciamento tra mezzi di finanziamento propri e quelli di terzi, una circostanza che, anche in presenza di uno stato patrimoniale infra-annuale positivo, potrebbe ritenersi idonea ad innestare, per le dimensione e le caratteristiche dell'azienda, la necessità di una valutazione prognostica nei termini indicati dall'art. 12 cit.
L'art. 2086 Cc sembra dunque prevedere un modello di gestione che pretende dal vertice dell'impresa la capacità di valutare l'azienda nel suo complesso in una prospettiva dinamica, in modo da cogliere, al di là dei resoconti derivanti dall'applicazione di modelli matematici, problemi, presenti e futuri, suscettibili di avere conseguenze sull'equilibrio patrimoniale, finanziario e patrimoniale nonché sulla continuità aziendale.
La varietà e l'imprevedibilità dei fenomeni suscettibili di essere considerati in una prospettiva di pericolo di crisi comporta che un'eventuale regola cautelare sul punto dovrà rinviare alle disposizioni che impongono di agire diligentemente nell'esercizio dell'impresa, tenendo conto, peraltro, che il profilo della competenza imprenditoriale che qui viene in considerazione può essere disinfestato da eventuali residui colposi prevedendo l'intervento di consulente tecnico terzo, e perciò imparziale, rispetto al *management* chiamato a certe valutazioni.
Una volta chiarito in quali termini è identificabile il dato sintomatico che avvia la verifica sulla probabilità di crisi, un eventuale modello *ex* art. 2086 Cc volto ad evitare ritardi sensibili per l'art. 330 Cp dovrebbe occuparsi di dettare una procedura[23] caratterizzata da una tempistica ragionevole, in quanto calibrata sulla diversa forza dimostrativa del fatto di volta in volta considerato; un patrimonio netto negativo, che si risolve, secondo la scienza aziendale, in una "crisi acuta", rappresenta una situazione apprezzabile *ictu oculi* come presupposto dell'agire *senza indugio*, mentre l'accendersi di un segnale di allarme, quale ad esempio il ritardo di un versamento IVA superiore a 20 mila euro (art. 25-*novies* Ccii), impegnerebbe in un *check up* sugli equilibri e sulla loro portata indiziaria destinato a prolungarsi nel tempo in una misura proporzionale alle peculiarità dell'azienda. Oltre che la tempistica, eventuali regole protocollari volte a preservare da rimproveri di trascuratezza dovrebbero poi garantire il principio di trasparenza dell'agire imprenditoriale[24] anche nei confronti

[23] Con riferimento agli indici di crisi previsti dall'art. 13 Ccii ora abrogato, R. Ranalli, *Le tecniche per gestire in anticipo la crisi*, in *QuestG*, n. 2/2019, 260, afferma che «le procedure di verifica di tali indici dovranno essere formalizzate e stabili; a tal fine occorrerà l'adozione di regole puntuali».
[24] Come ricorda M. Donini, *Premesse storiche a una concezione costituzionale dell'offesa nella bancarotta patrimoniale*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, II, Roma 2021, 1156, con l'entrata in vigore del Ccii, «cambia un universo

degli eventuali organi di controllo.
La comunicazione al collegio sindacale o al sindaco unico dell'inizio della procedura corredata dalle motivazioni che hanno spinto l'imprenditore ad attivarla e dall'indicazione dei tempi previsti per accertare la probabilità della crisi sembra imposta come *input* indispensabile ad avviare quella collaborazione tra organi societari che la riforma sottende allorché si affacci una situazione definibile come "pre-crisi".
I poteri di vigilanza, se diligentemente esercitati, avranno infatti consentito ai controllori di avere le medesime informazioni che hanno indotto l'amministratore a farsi formalmente carico del problema e quindi di rendersi conto della presenza di difficoltà economiche da regolare, una consapevolezza che assume un particolare rilievo in vista dell'obbligo di segnalazione interna prevista dall'art. 25-*octies* cit. con la quale si consiglia al *management* di accedere ad una composizione negoziata.
La fase valutativa della crisi sembra coinvolgere, anche se per strade diverse, sia gli organi di controllo che l'imprenditore, i quali appaio destinati a scambiarsi informazioni e valutazioni che consentano, possibilmente di comune accordo, di tutelare al meglio la continuità aziendale e gli interessi dei creditori[25]; ne consegue che un'organizzazione aziendale adeguata potrebbe implicare un'autonormazione anche da parte dei sindaci indirizzata a cristallizzare i rapporti con il controllato nel corso della "pre-crisi", una precauzione che potrebbe scongiurare un loro possibile coinvolgimento nella bancarotta colposa per inadempimento degli obblighi previsti dalla legge contemplata dal più volte citato art. 330 Cp.
Nel caso che l'esito della procedura valutativa sia nel senso della presenza di uno squilibrio qualificato, si apre la strada per accedere alla composizione negoziata della crisi, sempre che l'imprenditore sia di questo avviso.
Un modello *ex* art. 2086 Cc potrebbe allora intervenire per disciplinare la tempistica che richiede l'elaborazione di un piano di recupero degli equilibri idoneo a incarnare la ragionevole perseguibilità del risanamento richiesta dall'art. 12 cit.; il rilievo che la conoscenza di un tale piano sia un requisito posto dall'art. 25 *octies* quale discrimine della scelta dei sindaci di reagire allo squilibrio limitandosi alla segnalazione interna implica che l'amministratore non possa fare a meno di interfacciarsi sul tema con l'organo di controllo, dando vita, anche per questa fase eventuale, ad una serie di rapporti che sembra opportuno formalizzare allo scopo di certificare, a futura memoria, che la struttura societaria, globalmente intesa, ha operato diligentemente sia sul versante dei tempi che su quello delle valutazioni.

rappresentativo e culturale», rispetto quale l'imprenditore ha ora il dovere di rendere la crisi "*palese*".
[25] Cfr. F. Consulich, *op. cit*., 24, per il quale «in presenza di una crisi incipiente, deve essere avviata la procedura di allerta interna alla società e si deve avviare un dialogo serrato tra organi di controllo e amministratori».

I *RAVE PARTY* TRA PROPAGANDA POLITICA E DIRITTO PENALE

di Gianluca Gentile
(*Professore associato di diritto penale, Università degli studi Suor Orsola Benincasa)*

Con il d. l. 31.10.2022 n. 162, convertito con l. 30.12.2022 n. 199, il Governo ha deciso di introdurre un nuovo reato per prevenire e reprimere i *rave party*. Dopo aver esaminato le discipline straniere volte al contrasto di tale fenomeno e il nostro quadro costituzionale di riferimento, con riguardo alla libertà di riunione e ai requisiti di legittimità della decretazione d'urgenza, il contributo analizza i profili strutturali del reato di nuovo conio (in prima battuta, l'art. 434-*bis* Cp; in sede di conversione, l'art. 633-*bis* Cp) per poi formulare alcune considerazioni di taglio politico-criminale in merito all'opportunità dell'intervento legislativo.
With Law Decree no. 162 of 31.10.2022, converted into Law no. 199 of 30.12.2022, the Government decided to introduce a new offence to prevent and repress the phenomenon of rave parties. After examining the foreign regulations aimed at combating rave parties and our constitutional framework, with regard to the freedom of assembly and the legitimacy requirements of the emergency decree, the contribution analyses the structural profiles of the newly-introduced offence (firstly, Article 434-*bis* of the Criminal Code; on conversion, Article 633-*bis* of the Criminal Code) and then formulates some considerations of a political-criminal nature on the appropriateness of the legislative intervention.

SOMMARIO: 1. Una nuova emergenza: i *rave party*. - 2. Uno sguardo al diritto straniero. - 3. La libertà di riunione e i suoi limiti.- 4. Sui casi straordinari di necessità e urgenza. - 5. Il reato di *Invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica (*art. 434-*bis* Cp). - 6. Il reato di *Invasione di terreni o edifici con pericolo per la salute pubblica o l'incolumità pubblica* (art. 633-*bis* Cp). - 7. La disciplina della confisca. - 8. Osservazioni conclusive.

1. Al suo esordio da Ministro della Giustizia, Carlo Nordio aveva fatto sperare in un nuovo approccio alla questione penale: «la prima emergenza oggi è quella economica», e di conseguenza la priorità spetterebbe alla velocizzazione dei processi anche attraverso «una forte depenalizzazione, quindi una riduzione dei reati», senza indulgere al «pregiudizio» secondo cui «la sicurezza o la buona amministrazione» sono «tutelati dalle leggi penali»[1].
A dispetto di queste buone intenzioni, l'attuale Governo ha dato inizio alla propria attività con il d. l. 31.10.2022 n. 162, che tra le altre cose ha introdotto nel sistema un nuovo reato, inizialmente descritto dall'art. 434-*bis* Cp e rubricato *Invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica*. In sede di conversione del d. l. 162/2022 ad opera della l. 30.12.2022 n. 199, la fattispecie è stata riformulata, trovando la sua collocazione definitiva nell'art. 633-*bis* Cp, intitolato *Invasione di terreni o edifici con pericolo per la salute pubblica o l'incolumità pubblica*.
L'*occasio legis* è stata fornita da un *rave party* tenutosi a fine ottobre del 2022 in un capannone agricolo che versava in stato di abbandono, a detta del proprietario perché il Comune di Modena non avrebbe concesso la modifica della destinazione d'uso[2]. Ma già nel ferragosto del 2021 un episodio

[1] Queste affermazioni di Carlo Nordio possono ascoltarsi su *www.rainews.it*, 22.10.2022.
[2] G. Annese, *"Immobile abbandonato da cinque anni, il Comune non ci aiuta"*, in *Il Resto del Carlino*, 1.11.2022. Tuttavia, il Sindaco del Comune di Modena ha respinto tali addebiti e ha imposto al proprietario «ogni adeguato intervento volto ad evitare fenomeni di degrado urbano, occupazioni abusive, abbandono di rifiuti e situazioni di pericolo per l'ordine pubblico e l'integrità fisica della

analogo era assurto agli onori della cronaca e della polemica politica, quando migliaia di persone si erano raccolte in un terreno agricolo privato situato in provincia di Viterbo per partecipare a un *rave party*[3].
L'allora Ministra dell'Interno Luciana Lamorgese aveva così cominciato a ragionare su un'ipotesi di fattispecie incriminatrice che prevedesse «l'obbligo del ripristino dei luoghi» e consentisse «di disporre la confisca obbligatoria dei veicoli e degli strumenti necessari per l'organizzazione dell'intrattenimento»[4]. Era stato anche presentato un disegno di legge – primo firmatario Matteo Salvini, tra i più critici dell'operato della Ministra – in materia di *Modifiche al codice penale a tutela dell'incolumità pubblica, della salute collettiva e del decoro urbano in occasione dello svolgimento di raduni, cosiddetti rave party*[5].
L'intervento governativo si colloca sulla scia del d.d.l. Salvini e ne condivide i presupposti politico-criminali[6]: l'Italia sarebbe diventata la meta privilegiata degli organizzatori di *rave* perché la legislazione degli altri Paesi europei, in particolare il Regno Unito e la Francia, sarebbe molto severa; al contrario il nostro quadro normativo, così come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità, presenterebbe un vuoto di tutela; da qui la necessità di introdurre una nuova figura di reato e di potenziare l'apparato sanzionatorio[7].

2. In effetti, il Regno Unito è stato il primo paese europeo che sul finire degli anni ottanta del secolo scorso ha visto nascere il fenomeno dei *rave party*, manifestazioni musicali note anche come *free party* per sottolineare una caratteristica essenziale, e cioè il loro porsi al di fuori delle logiche del mercato (*free* = gratuito) e dei valori della società capitalistico - thatcheriana (*free* = libero). Da qui la scelta di riunirsi in capannoni dismessi o in zone rurali invece che nei luoghi convenzionali di fruizione della musica quali i club, le discoteche, i concerti organizzati; la musica elettronica martellante, che a differenza del cantante carismatico non pretende di comunicare nessun messaggio precostituito; la dilatazione del tempo che mette in discussione la distinzione tra lavoro e tempo libero, potendo un *rave* durare anche diverse giornate; il ballo e le droghe come strumenti per liberare la propria personalità; insomma, una vera e propria contro-cultura[8].
A tale chiave di lettura se ne affianca però un'altra, che si concentra sui rischi e le conseguenze legate al massiccio utilizzo delle droghe e considera i *rave* come «*hot spot* per il crimine e la vittimizzazione»[9].
Fu in questo contesto che il Governo conservatore di John Major emanò il *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (CJPOA), la cui *section* 63 disciplina i *Poteri di allontanamento delle persone che partecipano a un rave o lo predispongono* (*Powers to remove persons attending or preparing for a rave*).

popolazione» (comunicato stampa pubblicato sul sito *https://www.comune.modena.it*, 3.11.2022).
[3] Si veda l'*Informativa urgente del Ministro dell'Interno Luciana Lamorgese sul "rave party" svoltosi presso il Lago di Mezzano nel Viterbese*, 15.9.2021, in *https://www.interno.gov.it*
[4] C. Mangani, *«Estremisti, insidia seria. Serve una stretta sui rave»*, in *Il Messaggero*, 7 .11.2021.
[5] Senato della Repubblica, Disegno di Legge n. 2444, 10.11.2021.
[6] Così, M. Gambardella, *La "rava vox" del nuovo legislatore: il delitto di invasione di terreni o edifici per la realizzazione di raduni musicali pericolosi (art. 633-bis c.p.)*, in *disCrimen*, 18.1.2023, 3.
[7] Cfr la Relazione al d.d.l. Salvini (Disegno di Legge n. 2444, cit., 2 ss). Nella conferenza stampa di presentazione del d. l. 162/2022 (*https://www.governo.it/it/articolo/consiglio-dei-ministri-n-2/20806*, a partire dal minuto 47), la Presidente Giorgia Meloni ha affermato che l'intervento governativo in tema di *rave* serve a «non essere diversi dalle altre nazioni». Cfr. C. Ruga Riva, *La festa è finita. Prime osservazioni sulla fattispecie che incrimina i "rave party" (e molto altro)* , in *www.sistemapenale.it*, 3.11.2022, § 1.
[8] Sul punto, D. A. Hidalgo, *Rave Culture*, in *Encyclopedia of Social Deviance*, edited by C. J. Forsyth, H. Copes, Thousand Oaks 2014, 588-89. Cfr. anche J. Gilbert, *Soundtrack to an Uncivil Society: Rave Culture, the Criminal Justice Act and the Politics of Modernity*, in *New Formations*, 1997, 14 ss.
[9] T. L. Anderson, P. R. Kavanaugh, *A 'Rave' Review: Conceptual Interests and Analytical Shifts in Research on Rave Culture*, in *Sociology Compass* 2007, 509, e qui un interessante confronto tra chi evidenzia l'aspetto della contro-cultura e chi invece i profili di salute pubblica.

Tale *section* si riferisce ai raduni che non sono autorizzati ai sensi del *Licensing Act 2003*, si svolgono all'aria aperta in presenza di almeno venti partecipanti (siano o meno *trespassers*, ossia entrati abusivamente)[10] e sono caratterizzati dalla diffusione durante la notte di musica amplificata che, a causa del suo volume, della sua durata e dell'orario in cui è suonata, sia tale da causare un grave disagio agli abitanti della località. In Inghilterra e in Galles la *section* si applica altresì ai raduni che presentano le medesime caratteristiche, ma si tengono in un luogo chiuso, a condizione che le venti o più persone siano *trespassers*. La musica può essere suonata con o senza interruzioni e può anche consistere in «suoni caratterizzati interamente o prevalentemente dall'emissione di una successione di battiti ripetitivi».

Ebbene, se un funzionario di polizia di grado almeno pari a quello di sovrintendente ritiene ragionevolmente che: (a) due o più persone stiano facendo i preparativi per organizzare un raduno al quale si applica la *section*; (b) dieci o più persone stiano aspettando l'inizio di tale raduno, oppure (c) dieci o più persone stiano assistendo al suo svolgimento, egli può ordinare a tali persone di abbandonare il luogo e di rimuovere i loro veicoli o beni. È punito con una pena detentiva non superiore a cinquantuno settimane[11], congiunta con una pena pecuniaria[12], il destinatario dell'ingiunzione che (a) non si allontana dal luogo non appena sia ragionevolmente possibile, oppure (b) vi ritorna entro 7 giorni a partire dal giorno dell'ingiunzione.

Il sovrintendente può altresì sequestrare i veicoli e gli apparecchi sonori se la persona ingiunta non li ha rimossi al momento di allontanarsi oppure li ha introdotti nei sette giorni successivi ritornando abusivamente sul luogo del raduno (*section* 64 CJPOA). In caso di condanna, gli apparecchi sonori utilizzati nel raduno possono essere confiscati (*section* 66 CJPOA).

In Francia la tematica è attualmente regolata dal *Code de la sécurité intérieure*[13], ai sensi del quale è necessario presentare una dichiarazione al Prefetto competente quando si intende organizzare un raduno che: 1) dà luogo alla diffusione di musica amplificata; 2) accoglierà prevedibilmente un numero di partecipanti superiore a 500 unità[14]; 3) è pubblicizzato a mezzo stampa, su manifesti, su volantini o con qualsiasi mezzo di comunicazione o telecomunicazione; 4) può comportare rischi per la sicurezza dei partecipanti, a causa della mancanza di strutture o della configurazione dei locali (art. L211-5 e R211.2).

Tale dichiarazione dev'essere presentata almeno un mese prima della data del raduno e deve indicare le generalità dell'organizzatore o degli organizzatori, il giorno, il luogo e la durata del raduno, nonché il numero prevedibile di partecipanti e di persone coinvolte nell'organizzazione. In essa va dichiarato anche che l'organizzatore ha informato il sindaco o i sindaci interessati del raduno. La dichiarazione è accompagnata dall'autorizzazione a occupare il sito, rilasciata dal proprietario o dal titolare del diritto reale di utilizzo (art. R211-3). Inoltre, la dichiarazione deve indicare le misure previste per garantire la sicurezza e la salute dei partecipanti, la salute pubblica, l'igiene e la tranquillità, nonché i provvedimenti volti a prevenire i rischi associati al consumo di alcol, stupefacenti o sostanze psicotrope (art. R211-4).

Il Prefetto può vietare il raduno se questo è suscettibile di turbare gravemente l'ordine pubblico o se le misure adottate dall'organizzatore per garantire il corretto svolgimento del raduno sono insufficienti (art. L211-7). Lo svolgimento di un raduno in assenza della dichiarazione preventiva o

[10] Nella versione applicabile in Scozia, le persone devono essere almeno 100.

[11] La pena, che precedentemente ammontava a tre mesi, è stata aumentata dalla *section* 280(2) e dalla *Schedule 26* del *Criminal Justice Act 2003.*

[12] In Inghilterra e in Galles è altresì punito allo stesso modo chi sa di essere il destinatario di un ingiunzione e nelle successive 24 ore fa i preparativi per organizzare un raduno oppure vi partecipa.

[13] In precedenza, cfr. l'art. 23-1, l. n. 95-73 del 21.1.1995, introdotto dall'art. 53, I. n. 2001-1062 del 15.11.2001 su proposta del deputato Thierry Mariani, membro del partito gaullista *Rassemblement pour la République* (cfr. il *Rapport au Premier ministre* del deputato J-L. Dumont, *Les grands Rassemblements festifs techno*, Maggio 2008, 27 ss.),

[14] Al di sotto dei 500 partecipanti scatta la competenza del sindaco ai sensi dell'art. L. 212-2 del *Code général des collectivités territoriales*, o dal prefetto, quando sono coinvolti più comuni.

in violazione del divieto del Prefetto espone gli organizzatori a una pena pecuniaria[15], e il Tribunale può ordinare la confisca dell'attrezzatura sequestrata (art. R211 – 27)[16]. Tale disciplina non riguarda la semplice partecipazione al raduno[17].

3. Il Governo ha ravvisato gli estremi della necessità e dell'urgenza richiesti dall'art. 77, comma 2, Cost. sottolineando l'assenza di una disciplina specifica sui *rave party*, perché ciò avrebbe reso l'Italia più vulnerabile rispetto agli altri Paesi europei[18]. Anche il d.d.l. Salvini prendeva le mosse da tale valutazione, riferendosi in particolare a una decisione della Cassazione che avrebbe sancito l'impossibilità di sottoporre i *rave party* a un'autorizzazione preventiva[19]. Ma davvero la legislazione italiana presentava una tale lacuna, anche in ragione di un'interpretazione giurisprudenziale troppo restrittiva?
Consideriamo innanzitutto il quadro costituzionale di riferimento. L'art. 17 Cost. garantisce a tutti i cittadini il diritto di riunirsi «pacificamente e senz'armi»[20], e dispone espressamente che per le «riunioni, anche in luogo aperto al pubblico, non va dato preavviso» . Le riunioni in luogo pubblico sono invece sottoposte all'obbligo di preavvisare l'autorità e possono essere preventivamente vietate per ragioni di sicurezza e di incolumità pubblica.
La nozione di riunione è molto ampia, ricomprendendo tutte le ipotesi di compresenza volontaria di più persone in un determinato luogo, purché non occasionale (come la fila a uno sportello): si pensi alle adunanze, alle assemblee, ai cortei, ai comizi, agli spettacoli teatrali, ai concerti, alle cerimonie religiose[21], e a questo punto anche ai *rave*.
L'intento che lega i partecipanti può essere il più vario perché l'art. 17 Cost. non specifica quali siano le finalità perseguibili[22]. Allo stesso tempo «nessuno ha diritto di perseguire in riunione ciò che non potrebbe fare al di fuori di essa»[23], dal momento che la libertà di riunione riguarda il fatto dell'aggregazione in sé, mentre l'attività che viene realizzata in forma collettiva resta disciplinata in funzione delle sue caratteristiche particolari[24]: per fare un esempio, chi manifesta il proprio pensiero in un corteo deve comunque rispettare il limite del buon costume previsto dall'art. 21 Cost., sebbene l'art. 17 Cost. non lo menzioni[25]. Ne deriva che un'attività illecita resta tale anche se è svolta nel corso di una riunione[26].
Tradotto in termini penalistici, l'art. 17 Cost. esprime un divieto di incriminazione che preclude al legislatore ordinario sia di trasformare l'esercizio della libertà di riunione in un reato, sia di

[15] Si tratta di una contravvenzione di quinta classe, ai sensi dell'art. 131-13 *Code pénal.*
[16] Cfr. Cour de Cassation, 17.1. 2017, Pourvoi n° 16-82.949, in *https://www.courdecassation.fr/decision*
[17] Cour de Cassation, 17.3.2020, Pourvoi n° 19-82.117, in *https://www.courdecassation.fr/decision*
[18] Cfr. l'intervento del Ministro dell'Interno Matteo Piantedosi nella conferenza stampa di presentazione del d. l. 162/2022 (*https://www.governo.it/it/articolo/consiglio-dei-ministri-n-2/20806*, a partire dal minuto 31). La Relazione al d.d.l. di conversione del d. l. 162/2022 non offre indicazioni sul punto (cfr. Senato della Repubblica, Disegno di legge n. 274, 31.10.2022, 12).
[19] Cfr. la Relazione al d.d.l. Salvini (Disegno di Legge n. 2444, cit., 3). Anche l'ex Ministra Lamorgese aveva richiamato «la sentenza della Corte di Cassazione del 2017 incentrata sulla non punibilità degli organizzatori degli eventi non indetti nell'ambito di una attività imprenditoriale» (C. Mangani, *«Estremisti, insidia seria. Serve una stretta sui rave»*, cit.).
[20] A dispetto del dato testuale, ritiene che tale diritto si estenda anche agli stranieri, G. Tarli Barbieri, *Art. 17*, in *Commentario alla Costituzione*, I, Milanofiori Assago 2006, 386. Diversamente, A. Gardino Carli, *Riunione (libertà di)*, in *DigDPubbl*, XIII, 1997, 491, la quale richiama invece l'art. 10, comma 2, Cost., e quindi il diritto internazionale (che certamente garantisce il diritto di riunione, ma magari a condizioni diverse dall'art. 17 Cost.).
[21] Per queste esemplificazioni, cfr. F. Gambini, *Art. 17*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, Padova 2008, 135; G. Tarli Barbieri, *Art. 17*, cit., 388; S. Prisco, *Riunione (libertà di)*, in *EG*, XXXI, Roma 1994, 4.
[22] Sottolineano che la libertà di riunione riflette l'intrinseca socialità dell'essere umano, R. Borrello, *Riunione (libertà di)*, in *ED*, XL, Milano, 1989, 1407; S. Prisco, *Riunione (libertà di)*, cit., 10; G. Tarli Barbieri, *Art. 17*, cit., 389.
[23] A. Pace, *Art. 17*, in G. Amato, A. Pace, F. Finocchiaro, *Rapporti civili*, Bologna 1977, 158.
[24] F. Gambini, *Art. 17*, cit., 136; R. Borrello, *Riunione (libertà di)*, cit., 1407.
[25] Sul punto, G. Corso, *L'ordine pubblico,* Bologna 1979, 222-223.
[26] A. Gardino Carli, *Riunione (libertà di)*, cit., 483; R. Borrello, *Riunione (libertà di)*, cit., 1410. Cfr. C. Cost., 24.1.1989 n. 24, § 1 del Considerato in diritto, secondo la quale il diritto garantito dall'art. 17 Cost. sarebbe «effettivamente strumentale rispetto al perseguimento di determinati fini», e di conseguenza resterebbe «condizionato dalla liceità o meno di essi». Da ora in avanti, la giurisprudenza costituzionale si intende citata dal sito *www.cortecostituzionale.it*

subordinare la liceità penale di quest'ultima a presupposti non contemplati dalla Costituzione (ad esempio, richiedendo per le riunioni in luoghi pubblici l'autorizzazione al posto del preavviso)[27].
Su queste premesse, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittime alcune disposizioni del Tulps che imponevano l'obbligo di preavviso per le riunioni in luoghi aperti al pubblico[28]. Invece, nel caso dell'art. 68 Tulps, che sottopone alla licenza del questore i «trattenimenti» e le feste da ballo tenuti in luoghi aperti o esposti al pubblico, la Corte ha tracciato una distinzione: da un lato ci sono i trattenimenti organizzati «per scopo di comune divertimento o passatempo», che sono riunioni esenti da autorizzazioni o preavvisi ai sensi dell'art. 17 Cost.; dall'altro ci sono i trattenimenti indetti «in un pubblico locale da parte del titolare nell'esercizio della sua attività imprenditoriale», che costituiscono un esercizio della libertà di iniziativa economica privata garantita dall'art. 41 Cost. e possono pertanto essere assoggettati a limiti e a controlli funzionali al pubblico interesse (come ad es. la licenza del questore)[29].
Poste queste coordinate, possiamo esaminare l'evocata sentenza della Cassazione[30]. A dire il vero il percorso argomentativo non è chiarissimo, perché la pronuncia parla inizialmente di «una festa da ballo (cd "rave party") in luogo pubblico» per poi confrontarsi con la disciplina costituzionale delle riunioni in luoghi aperti al pubblico[31]. In ogni caso, non pare che il terreno fosse stato occupato abusivamente, come è invece avvenuto nei casi di Modena e di Viterbo[32], tant'è che si contestava all'imputato solamente di aver organizzato spettacoli o trattenimenti pubblici senza la licenza del questore, in violazione dell'illecito amministrativo disciplinato dall'art. 666 Cp e dall'68 Tulps.
Sappiamo però che la licenza del questore va richiesta per organizzare i trattenimenti indetti nell'esercizio di un'attività imprenditoriale, non anche i «puri fatti di riunione, per scopo di comune divertimento o passatempo»[33], i quali rientrano nella sfera di tutela dell'art. 17 Cost. Pertanto, l'imputato è stato assolto perché non era stato nemmeno contestato che l'evento musicale fosse stato posto in essere con finalità lucrativa o nell'esercizio di un'attività imprenditoriale.
Il quadro dei princìpi costituzionali finora tracciato va completato con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 11 Cedu[34]. Anche a livello europeo la nozione di riunione

[27] G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, 1, Milano 2001, 489. Cfr. D. Pulitanò, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli 1985, 142. Per un attento esame della giurisprudenza costituzionale relativa ai rapporti tra la libertà di riunione e la parte speciale, cfr. per tutti S. Moccia, *Diritto penale politico e giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di riunione e di associazione (articoli 17 e 18 Cost.)*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli 2006, 224 ss.
[28] C. cost., 18.3.1957 n. 45, relativamente all'art. 25 Tulps che imponeva l'obbligo di preavviso per le funzioni, cerimonie o pratiche religiose «fuori dei luoghi destinati al culto» (e quindi anche nei luoghi aperti al pubblico); C. cost., 8.4.1958 n. 27, con riferimento all'art. 18 Tulps, che pure prevedeva l'obbligo di preavviso per le riunioni in luoghi aperti al pubblico. La palese antinomia tra quest'ultima disposizione e il dettato costituzionale era stata immediatamente evidenziata dalla dottrina: cfr. P. Nuvolone, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano 1953, 60 ss.; P. Rossi, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo 1954, 81 ss., che avevano parlato di abrogazione parziale dell'art. 18 Tulps a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione. Sulla distinzione tra abrogazione e declaratoria di illegittimità costituzionale, P. Nuvolone, *Norme costituzionali e leggi penali anteriori alla Costituzione* (1956), in P. Nuvolone, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova 1969, 654 ss., a commento della storica decisione della C. Cost., 5.6.1956 n. 1.
[29] C. Cost., 9.4.1970 n. 56, a proposito dei trattenimenti da tenersi in luoghi aperti al pubblico. In precedenza, C. Cost., 15.12.1967 n. 142, si era pronunciata sulle feste da ballo in luoghi esposti al pubblico
[30] Cass., 21.7.2017 n. 36228, non massimata (in mancanza di altre indicazioni, le sentenze della Cassazione si intendono reperite sul sito *italgiure.giustizia.it*).
[31] Forse si è dato implicitamente credito alla ricostruzione della difesa, secondo la quale il *rave party* sarebbe stato una «festa privata» tenuta in un terreno non aperto al pubblico.
[32] Cfr. § 1.
[33] C. cost., 15.12.1967 n. 142, cit.
[34] Per un'analisi più dettagliata si rinvia a A. Guazzarotti, *Art. 11*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo,* a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova 2012, 421 ss.; M. Mariotti, *Art. 11*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis, F. Viganò, Torino 2022, 393 ss.; D. Perna, *Art. 11*, in *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. I diritti - La procedura*, a cura di S. Beltrami, Bologna 2022, 933 ss.

pacifica è molto ampia[35], perché ricomprende non solo le manifestazioni culturali o ricreative[36], ma anche quelle di protesta, persino quando comportano un'occupazione abusiva, ad esempio di una chiesa[37], oppure di un'università[38], o ancora di una zona adibita a mercato[39].
Gli Stati possono sottoporre la libertà di riunione a restrizioni che possono interessare sia gli organizzatori, come nel caso dell'obbligo di preavviso o di autorizzazione, sia i partecipanti, quando pongono in essere qualcosa di «illegale, violento o osceno»[40]. Tali restrizioni soggiacciono al principio di legalità e devono essere necessarie al raggiungimento di uno o più degli obiettivi contemplati dall'art. 11, comma 2, Cedu (sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, difesa dell'ordine, prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, protezione dei diritti e delle libertà altrui)[41].
La violazione dell'obbligo di preavviso o di autorizzazione può essere punita con una sanzione penale[42], a condizione che essa sia prevista dalla legge e proporzionata, ma ciò non è sufficiente per procedere allo scioglimento della riunione perché le autorità devono mostrare «una certa tolleranza» al riguardo[43]. Ne consegue il divieto di sanzionare la mera partecipazione a una riunione non proibita dall'autorità[44].
Tirando le fila di questo discorso, il modello del *Criminal Justice and Public Order Act 1994* o del *Code de la sécurité intérieure* non è integralmente replicabile nel nostro ordinamento in ragione dei limiti dettati dall'art. 17 Cost., che non consente di imporre un obbligo di preavviso a chi organizza riunioni in luoghi privati oppure in luoghi aperti al pubblico, ossia quelli in cui solitamente si tengono i *rave party* (nei già citati casi di cronaca, un capannone o un'area agricola privati)[45].
Se invece si volesse pensare ai controlli consentiti dall'art. 41 Cost., bisognerebbe riferirsi ai *rave party* (che peraltro dovrebbero essere gratuiti per definizione) organizzati nell'ambito di un'attività imprenditoriale, e di conseguenza accertare la sussistenza dei requisiti di professionalità, organizzazione e soprattutto economicità della gestione, da intendersi quanto meno nel senso della copertura delle spese attraverso i ricavi, se non addirittura della prevalenza dei secondi sulle prime[46].

---

[35] Tale scelta è funzionale a evitare un'interpretazione eccessivamente restrittiva della libertà di riunione: cfr. C. eur., 15.11.2018, *Navalnyy c. Russia*, § 98. Le sentenze della C. eur sono reperibili sul sito *https://hudoc.echr.coe.int/*
[36] Cfr. ad es. C. eur., 7.5.2015, *Emin Huseynov c. Azerbaijan*,§ 91.
[37] C. eur., 9.7.2002, *Cisse c. Francia*, § 39, relativa a un gruppo di stranieri senza dimora che intendeva sensibilizzare l'opinione pubblica sulla loro condizione.
[38] C. eur., 11.1.2019, *Tuskia e altri c. Georgia*, § 73, su una protesta organizzata da un gruppo di professori universitari.
[39] C. eur., 25.7.2017, *Annenkov e altri c. Russia*, § 123, che riguarda un gruppo di commercianti contrari alla dismissione del mercato in cui lavoravano.
[40] C. eur., 15.11.2007, *Galstyan c. Armenia*, § 117.
[41] Peraltro devono sussistere ragioni «convincenti e impellenti» per giustificare un'interferenza con il diritto di riunione, considerando la stretta correlazione di quest'ultimo con la democrazia: così, C. eur., 26.7.2007, *Barankevich c. Russia*, § 25.
[42] C. eur., 10.7.2012, *Berladir e altri c. Russia*, § 41. Più radicalmente, C. cost., 3.7.1956 n. 9, secondo la quale non sarebbe «nemmeno pensabile» che l'obbligo di preavviso prescritto dall'art. 17, comma 3, Cost., «possa, se veramente se ne vuole il rispetto, essere sprovvisto di sanzione».
[43] Per un'applicazione di questa formula, cfr. ad es. C. eur., 24.7.2012, *Fáber c. Ungheria*, § 47; C. eur., 15.11.2018, *Navalnyy c. Russia*, § 113-114. Sulle incertezze della giurisprudenza precedente, cfr. A. Guazzarotti, *Art. 11*, cit., 427.
[44] C. eur., 15.2.2008, *Galstyan c. Armenia*, § 115. Anche per la nostra Corte costituzionale il preavviso di cui parla l'art. 17 Cost. non è un requisito di legittimità della riunione (nel caso contrario, si tratterebbe di un'autorizzazione): cfr. C. cost., 3.6.1970 n. 90, e C. cost., 4.6.1979 n. 11, che hanno dichiarato incostituzionale l'art. 18, comma 3, Tulps, dove si incriminava chi prendeva la parola a una riunione organizzata da altri senza avvisare il questore. Su questa giurisprudenza, S. Moccia, *Diritto penale politico*, cit., 226-227.
[45] Premesso che ai fini dell'art. 17 Cost. la natura del luogo non dipende dal regime pubblico o privato della proprietà, il luogo pubblico sarebbe quello destinato all'uso pubblico, mentre in quello aperto al pubblico tale destinazione dipenderebbe dalla volontà dell'avente diritto: così A. Pace, *Art. 17*, cit., 163 ss.; G. Corso, *L'ordine pubblico,* cit., 218-219; A. Gardino Carli, *Riunione (libertà di)*, cit., 483-484; G. Tarli Barbieri, *Art. 17*, cit., 393; per un altro ordine di idee, senza però radicalizzare la distinzione con il criterio enunciato, S. Prisco, *Riunione (libertà di)*, cit., 7. Si tenga presente che un campo privato, sebbene privo di recinzione e contiguo alla strada pubblica è stato qualificato talvolta luogo privato (Cass. 11.2.1982, n. 7957, Rv. 90217, in tema di porto illegale di arma da fuoco), talvolta luogo aperto al pubblico (Cass. 12.6.1984, n. 7227, Rv. 165559, in materia di atti osceni).
[46] Sui caratteri dell'attività imprenditoriale, per tutti A. Cetra, *La fattispecie "impresa",* in *Diritto commerciale*, vol. I, *Diritto dell'impresa,* a cura di M. Cian, Torino 2017, 35 ss. Non considera espressamente tale requisito, M. Ronco, *Rave party e risposta penale*, in *www.centrostudilivatino.it*, § 3, secondo il quale i *rave* costituirebbero «veri e propri "spettacoli e trattenimenti pubblici", che richiedono autorizzazioni e procedure a tutela della pubblica incolumità» (l'A. si riferisce all'art. 4, comma 1, d. P.R. 28.5.2011 n.

L'art. 17 Cost. consente però di incriminare i comportamenti che vanno al di là della mera partecipazione a una riunione. Nella prassi giurisprudenziale si registrano infatti condanne a carico di chi, nel prendere parte a un *rave*, ha commesso reati in materia di sostanze stupefacenti [47], oppure ha violato il domicilio (art. 614 Cp)[48], o ancora ha invaso terreni o edifici altrui (art. 633 Cp): a tal riguardo, la Cassazione ha chiarito che quest'ultimo reato si consuma nel momento dell'accesso abusivo strumentale ad «approntare le strutture (luci e impianto audio) necessarie per il *rave party*»; che «l'organizzazione di una festa della durata di varie ore è sufficiente ad integrare quel minimo di stabilità che connota l'azione invasiva»; infine, che il profitto consiste nell'evitare di dover tenere il *rave* in un luogo a pagamento[49].
Coloro che organizzano o partecipano a un *rave* potrebbero pertanto aver riportato condanne relative a questi o altri reati, o anche semplici denunce. Ciò li esporrebbe al rischio di rientrare tra i destinatari di una misura di prevenzione, in particolare del foglio di via obbligatorio, in quanto soggetti dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo la sicurezza o la tranquillità pubblica (art. 1 lett. *c*, d. lgs. 6.9.2011 n. 159)[50], ovviamente a condizione che sia provata la loro pericolosità per la sicurezza pubblica (art. 2, d. lgs. 159/2011)[51].
La trasgressione ai divieti derivanti dal foglio di via è punita con l'arresto da uno a sei mesi (art. 75 co. 3 d. lgs. 159/2011), in ossequio alla logica surrettiziamente punitiva delle misure di prevenzione (sospetto => prescrizione dell'autorità amministrativa => reato consistente nella violazione della prescrizione)[52]. Se invece il destinatario del foglio di via fosse successivamente condannato per l'invasione di terreni ed edifici altrui, la pena di quest'ultimo delitto sarebbe (discutibilmente) aumentata da un terzo alla metà ai sensi art. 71 d. lgs. 159/2011[53].

4. A questo punto, si è dubitato che la vicenda di Modena – affrontata dalle forze dell'ordine sulla base del quadro normativo appena tracciato[54] – rientri in quei «casi straordinari di necessità e urgenza» menzionati dall'art. 77, comma 2 Cost[55]. La carenza insanabile di tali presupposti emergerebbe anche da un dato formale, e cioè dal contenuto eterogeneo del d. l. 162/2022, che ha introdotto l'art. 434-*bis* Cp assieme a disposizioni in tema di ergastolo ostativo, di rientro in servizio dei medici non vaccinati contro il covid, di rinvio della riforma Cartabia[56].

311, che a sua volta disciplina l'applicazione degli art. 68, 69 e 80 Tulps).
[47] Cfr. ad es. Cass. 27.1.2012 n. 37315; Cass. 21.12.2016 n. 4504; Cass. 27.3.2019 n. 32052; Cass. 4.12.2020 n. 6014; Cass. 12.3.2021 n. 23975. In merito al reato per guida in stato di alterazione da sostanze stupefacenti, Cass. 20.3.2019 n. 14864; Cass. 5.12.2019 n. 49902.
[48] Cass. 14.9.2022 n. 37881, dove peraltro si parla di una «sfrontata invasione di un luogo di privata dimora utilizzato per fini di profitto» (si trattava di una veranda in stato di abbandono).
[49] Cass. 28.6.2016 n. 43120. Cfr. anche Cass. 16.3.2022 n. 14011, nella quale il giudizio di attualità della pericolosità sociale ai fini della misura di prevenzione della sorveglianza speciale è stato formulato anche sulla scorta di una denuncia *ex* art. 633 Cp presentata contro il proposto per aver preso parte a un *rave party.*
[50] L. Sarcoli, *Rave party e foglio di via obbligatorio*, in *RPol* 2018, 829 ss. In giurisprudenza, cfr. T.a.r. Toscana 29.1.2018 n. 133; T.a.r. Marche 27.3.2020 n. 199; T.a.r. Piemonte 16.6.2022 n. 576; T.a.r. Piemonte 9.1.2023 n. 25. Hanno escluso che, in mancanza di altri elementi, la partecipazione a un *rave party* basti a far rientrare il proposto tra i soggetti indicati nell'art. 1 lett. *c* d. lgs. 159/2011, T.a.r. Emilia Romagna (Sezione distaccata di Parma) 26.11.2018 n. 312; T.a.r. Toscana 24.2.2023 n. 207. Le sentenze dei T.a.r. sono reperibili sul sito *giustizia-amministrativa.it.*
[51] Cfr. T.a.r. Lazio 28.12.2020 n. 14051.
[52] Su questo schema, F. Bricola, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in A.A.V.V., *Le misure di prevenzione*, Milano 1975, 41; G. Balbi, *Le misure di prevenzione personali*, in *RIDPP* 2017, 510.
[53] Dubitano della legittimità costituzionale di aumenti di pena derivanti dal mero *status* di persona sottoposta a misura di prevenzione, S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 2000, 80-81; D. Pulitanò, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, in *RIDPP* 2017, 648-649.
[54] Pone l'accento su questo aspetto, desumendone la «non necessità ed urgenza della norma penale introdotta con decreto-legge», D. Pulitanò, Penale Party. *L'avvio della nuova legislatura*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, 1.
[55] Una critica severa in M. Gallo, *Diritto penale: primi passi del governo di destra-centro*, in *RIDPP* 2022, 1414 ss.
[56] M. Ainis, *Decreto anti-rave, il marchio dell'illegittimità*, in *La Repubblica*, 5.11.2022, 37.

Chi condivide la posizione del Governo sottolinea però che i *rave party* si svolgono «in modo clandestino e in spregio totale delle disposizioni relative alla tutela della pubblica incolumità»[57]: detto altrimenti, se è vero che già esiste l'art. 633 Cp[58], «la novità sta nel sanzionare un raduno pericoloso»[59].
È il caso di riepilogare lo stato della giurisprudenza costituzionale sull'illegittimità del decreto-legge adottato in assenza dei presupposti fissati dall'art. 77, comma 2, Cost[60].
Possiamo fissare due punti (al momento) fermi. Il primo è che il difetto delle circostanze straordinarie di necessità e urgenza dev'essere evidente, perché il sindacato della Corte costituzionale non «sostituisce e non si sovrappone a quello iniziale del Governo e a quello successivo del Parlamento in sede di conversione – in cui le valutazioni politiche potrebbero essere prevalenti – ma deve svolgersi su un piano diverso, con la funzione di preservare l'assetto delle fonti normative e, con esso, il rispetto dei valori a tutela dei quali detto compito è predisposto»[61]. Il secondo è che tale difetto è in effetti insanabile, configurando allo stesso tempo sia un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, sia un vizio *in procedendo* della legge di conversione[62].
Detto questo, nella sentenza 23.5.2007 n. 171 l'assenza dei requisiti di straordinaria necessità e urgenza è stato accertata sulla scorta di alcuni «indici intrinseci ed estrinseci alla disposizione impugnata», e cioè l'epigrafe del decreto-legge, il suo preambolo e la relazione di accompagnamento alla legge di conversione. Il giudizio verteva su una disposizione in tema di incandidabilità e di decadenza dalla carica di sindaco inserita in un decreto-legge intitolato «Disposizioni urgenti in materia di enti locali» e introdotto da un preambolo in cui si faceva riferimento all'esigenza di assicurare la funzionalità dei suddetti enti. Da parte sua, la relazione di accompagnamento alla legge di conversione giustificava la modifica delle cause di decadenza sulla scorta di esigenze di armonia sistematica, ma non faceva cenno alla straordinaria necessità e urgenza dell'intervento. Ebbene, la Corte concluse che tale disposizione, riconducibile all'ambito elettorale e non a quello degli enti locali, si connotava «per la sua evidente estraneità rispetto alla materia disciplinata dalle altre disposizioni del decreto-legge» in cui era inserita[63].
Il modello degli indici intrinseci ed estrinseci ritorna nella sentenza n. 30.4.2008 n. 128, relativa a una disposizione che stabiliva l'esproprio di un teatro a favore di un comune[64]. In questa occasione, la Corte evidenziò che l'intestazione e il preambolo del decreto-legge riguardavano la finanza pubblica e il riequilibrio del bilancio statale, mentre l'esproprio del teatro mirava a risolvere un contenzioso che si protraeva da anni, senza che fossero emerse peculiari ragioni di necessità e urgenza che rendessero indifferibile tale intervento.
Una tappa importante di questo percorso giurisprudenziale è rappresentata dalla sentenza 16.2.2012 n. 22[65]. In sede di conversione di un decreto c.d. milleproroghe era stata inserita una disposizione che

[57] M. Ronco, *Rave party e risposta penale*, cit., §4.
[58] Su questa premessa, esclude la sussistenza della straordinaria necessità e urgenza, A. Cavaliere, *L'art. 5 d.l. 31 ottobre 2022, n.162: tolleranza zero contro le "folle pericolose" degli invasori di terreni ed edifici,* in *www.penaledp.it*, 2.11.2022, 3.
[59] T. Scandroglio, *Decreto Rave Party, una ragione c'è*, in *www.brigataperladifesadellovvio.com.*
[60] Per un quadro di sintesi, all'interno di una letteratura vastissima, A. Franco, *La evidente disomogeneità tra decreto-legge e legge di conversione nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale (a margine di Corte cost. n. 32 del 2014)*, in *www.federalismi.it*, 2014, 3 ss.; G. M. Flick, *Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2014, 7 ss. A. Sperti, *La Corte costituzionale e il controllo sui vizi formali del decreto-legge. Riflessioni sulla sent. n. 149 del 2020*, in *www.osservatorioaic.it*, 6/2020, 639 ss.; S. Mallardo, *Il decreto-legge n. 162 del 31 ottobre 2022. La disciplina anti-rave riveduta… E corretta?*, in *www.osservatorioaic.it*, 1/2023, 214 ss.
[61] C. cost.., 23.5.2007 n. 171, § 4 del Considerato in diritto. Il requisito dell'evidenza compare già in C. cost., 27.1.1995 n. 29, § 2 del Considerato in diritto. Più di recente, cfr. C. cost., 4.3.2019 n. 33, § 6.3.1. del Considerato in diritto; C. cost., 18.1.2022 n. 8, § 6.1. del Considerato in diritto.
[62] C. cost., 27.1.1995, n. 29, § 2 del Considerato in diritto. Il principio è ribadito da C. cost., 23.5.2007 n. 171, § 5 del Considerato in diritto, dove si ammettono le oscillazioni della Corte costituzionale sul punto.
[63] C. cost., 23.5.2007 n. 171, § 6 del Considerato in diritto.
[64] C. cost., 30.4.2008 n. 128, § 8.2 del Considerato in diritto.
[65] C. cost., 16.2.2012 n. 22, in base alla quale M. Ainis, *Decreto anti-rave, il marchio dell'illegittimità*, cit., 37, argomenta la tesi dell'illegittimità del d.l. n. 162/2022.

riguardava «i rapporti finanziari tra Stato e Regioni in materia di protezione civile non con riferimento ad uno o più specifici eventi calamitosi, o in relazione a situazioni già esistenti e bisognose di urgente intervento normativo, ma in via generale e ordinamentale per tutti i casi futuri di possibili eventi calamitosi»[66]. Nel rilevare ancora una volta l'estraneità della disposizione impugnata rispetto alle finalità del decreto-legge evincibili dall'epigrafe e dal preambolo, la Corte fa un passo ulteriore, e cioè ricava dall'art. 77, comma 2, Cost. l'esigenza della «intrinseca coerenza delle norme contenute in un decreto-legge, o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico», coerenza che viene meno nel momento in cui si inseriscano in sede di conversione disposizioni dal contenuto eterogeneo[67].

Su queste premesse, la nota sentenza 16.2.2014 n. 32 ha dichiarato illegittima, per difetto di omogeneità tra le disposizioni impugnate e il decreto-legge che le accoglieva, l'incisiva riforma dei reati in tema di sostanze stupefacenti inserita sul finire della XIV legislatura in un maxi-emendamento a un decreto - legge dal contenuto già di per sé eterogeno[68].

Sennonché, la natura e la portata dell'omogeneità sono tutt'altro che chiare[69]. Infatti, tale requisito non sembra riguardare il decreto - legge in sé, che spesso e volentieri ha un contenuto eterogeneo, ma la relazione tra quest'ultimo e le disposizioni inserite in sede di conversione[70]. Ebbene, l'omogeneità dell'emendamento al provvedimento d'urgenza può essere intesa in termini più o meno stringenti[71], tant'è che la Corte ha inserito nel catalogo degli indici intrinseci ed estrinseci anche il contenuto e la *ratio* del decreto-legge[72].

Per fare un paio di esempi in merito alla fluidità del parametro, la Corte ha ritenuto omogeneo al contenuto di un decreto-legge rubricato «Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali» un maxi-emendamento che ha comportato anche la modifica del titolo («Disposizioni per garantire la continuità dei dispositivi di sicurezza e di controllo del territorio. Razionalizzazione delle spese del Servizio sanitario nazionale nonché norme in materia di rifiuti e di emissioni industriali»)[73]; altrettanto legittimo sarebbe l'inserimento della riforma dell'art. 323 Cp in un decreto - legge contenente «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», anche se il preambolo o la relazione di accompagnamento alla legge di conversione non davano conto delle straordinarie ragioni di necessità e urgenza[74].

---

[66] C. cost., 16.2.2012 n. 22, § 3.2. del Considerato in diritto.

[67] C. cost., 16.2.2012 n. 22, § 3.3. del Considerato in diritto. Cfr. anche C. cost., 15.7.2015 n. 154, § 5 del Considerato in diritto, sempre in relazione ai decreti mille-proroghe.

[68] Il decreto-legge in questione riguardava l'assunzione di personale della Polizia di Stato, la funzionalità all'Amministrazione civile dell'interno, i finanziamenti per le olimpiadi invernali, il diritto di voto degli italiani residenti all'estero e il recupero dei tossicodipendenti detenuti. Un'eventuale compatibilità del maxi-emendamento con il contenuto del decreto-legge poteva astrattamente concepirsi con quest'ultima disposizione, che però riguardava «la persona del tossicodipendente», e non i reati da essa commessi (C. cost., 12.2.2014 n. 32, § 4.2 del Considerato in diritto; sulla stessa normativa, con esito analogo, C. cost., 6.6.2016 n. 94, § 4 del Considerato in diritto).

[69] Cfr. D. Nocilla, *L'andirivieni concettuale della Corte,* in *GCos* 2014, 2900; A. Sperti, *La Corte costituzionale e il controllo sui vizi formali del decreto-legge. Riflessioni sulla sent. n. 149 del 2020,* cit., 371 ss. Un'interessante storia concettuale dell'omogeneità, che nasce nel contesto del referendum abrogativo, si trova in P. Carnevale, *Giuridificare un concetto: la strana storia della 'omogeneità normativa'*, in *www.federalismi.it,* 2014, 2 ss.

[70] Cfr. S. M. Cicconetti, *Obbligo di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione?*, in *GI*, 2012, 2492 ss.; A. Franco, *La evidente disomogeneità*, cit., 2 e 10; A. Sperti, *La Corte costituzionale e il controllo sui vizi formali del decreto-legge. Riflessioni sulla sent. n. 149 del 2020,* cit., 373; S. Mallardo, *Il decreto-legge n. 162 del 31 ottobre 2022*, cit., 215 ss. Del resto, C. cost., 12.2.2014 n. 32, § 4.1 del Considerato in diritto, si limita ad affermare che i «provvedimenti governativi *ab origine* a contenuto plurimo […] non sono esenti da problemi rispetto al requisito dell'omogeneità». Invece, un limite ai contenuti del decreto-legge è rappresentato dagli interventi di sistema che richiedono un ampio dibattito parlamentare (nel caso deciso da C. cost., 3.7.2013 n. 220, si trattava della riforma delle province).

[71] Cfr. M. Francaviglia, *L'apparente univocità della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di omogeneità del decreto legge e della legge di conversione*, in *GCos* 2019, 2679 ss.

[72] C. cost., 18.1.2018 n. 5, § 6.1. del Considerato in diritto.

[73] C. cost., 12.7.2017 n. 169, § 6.1 del Considerato in diritto, e qui il rilievo che nella materia degli enti territoriali «rientrano in astratto anche le questioni afferenti alle spese del servizio sanitario nazionale».

[74] C. cost., 18.1.2022 n. 8. Su questa decisione, criticamente A. Sperti, *La Corte costituzionale ritorna sul controllo sui vizi formali del decreto-legge. Riflessioni a margine della sent. n. 8 del 2022*, in *Nomos*, 1/2022, 9 ss.

Se questo è lo stato dell'arte, sembra molto improbabile una declaratoria di illegittimità costituzionale *ex* art. 77 Cost. dell'art. 434-*bis* Cp e dell'emendamento che lo ha modificato. Il legame tra la disposizione che ha introdotto l'art. 434-*bis* c.p. e il d. l. è attestato dal preambolo e dall'intitolazione del provvedimento, che fanno riferimento all'esigenza di prevenire e contrastare i raduni illegali; le straordinarie ragioni di necessità e urgenza sono state enunciate in conferenza stampa [75], e consisterebbero nella maggiore vulnerabilità del nostro Paese rispetto a quelli limitrofi; l'emendamento che ha introdotto l'art. 633-*bis* Cp è indubbiamente omogeneo alla disposizione del d. l. 162/2022 che ha introdotto l'art. 434-*bis* Cp.
Resta il fatto che, a prescindere dal rispetto dell'art. 77, co. 2 Cost. e più in generale dalla natura della riserva di legge in materia penale [76], la radicale riscrittura dell'art. 434-*bis* Cp ad opera della maggioranza conferma che la decretazione d'urgenza si presta a un utilizzo emotivo e poco meditato dello strumento penale[77], in contrasto con quella che è la sostanza politica dell'art. 25 co. 2 Cost., e cioè subordinare l'approvazione di provvedimenti che comprimono i diritti fondamentali dell'individuo a un dibattito pubblico (e non solo parlamentare) approfondito[78].

5. L'art. 434-*bis* Cp., rubricato *Invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica*, si apriva con una norma definitoria: «L'invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica consiste nell'invasione arbitraria di terreni o edifici altrui, pubblici o privati, commessa da un numero di persone superiore a cinquanta, allo scopo di organizzare un raduno, quando dallo stesso può derivare un pericolo per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica». Ai sensi del comma 2, si puniva con la pena della reclusione da tre a sei anni e con la multa da euro 1.000 a euro 10.000 chiunque avesse organizzato o promosso «l'invasione di cui al primo comma», mentre la pena era diminuita (senza stabilire di quanto) per «il solo fatto di partecipare all'invasione» (comma 3). In chiusura, si prevedeva «la confisca ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale, delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato di cui al primo comma nonché di quelle utilizzate nei medesimi casi per realizzare le finalità dell'occupazione» (comma 4).
Balza subito agli occhi che l'art. 434-*bis* Cp non riguardasse solamente gli eventi musicali, a differenza della normativa francese e di quella inglese, ma ricomprendesse ogni raduno (preceduto da un'invasione arbitraria commessa da almeno 51 persone) che potesse essere pericoloso per l'ordine pubblico, l'incolumità pubblica o la salute pubblica.
L'esplicita indicazione dei beni giuridici offesi forniva una parziale giustificazione alla collocazione sistematica del reato all'interno del titolo VI del codice penale, nel quale le categorie dell'incolumità pubblica e della salute pubblica non identificano distinti oggetti di tutela, perché si tratta in entrambi i casi della vita e del benessere psico-fisico di un numero indeterminato di persone[79], ma rinviano a

[75] In merito alla riforma dell'art. 323 Cp introdotta con decreto-legge, C. cost., 18.1.2022 n. 8, § 6.2 del Considerato in diritto, ha ritenuto sufficiente il «convincimento espresso dal Presidente del Consiglio dei ministri nel presentare il decreto», ossia che la ripresa del Paese potesse essere facilitata da una più puntuale delimitazione dell'abuso d'ufficio.
[76] La questione relativa al carattere formale o materiale della riserva di legge è stata risolta nel secondo senso da C. Cost., 29.7.1996 n. 330, § 3.1. del Considerato in diritto: «non si può affermare, in linea di principio, che i decreti-legge non possano toccare fattispecie e sanzioni penali. Se così fosse, verrebbe introdotto un limite al contenuto dei decreti-legge non previsto dall'art. 77 della Costituzione e che non può essere desunto dal principio di riserva di legge in materia penale (art. 25 della Costituzione)». Per i necessari riferimenti relativi al dibattito dottrinale, che vede un indirizzo minoritario ma autorevole schierarsi contro l'utilizzo dei decreti - legge in ambito penale, cfr. da ultimo S. Mallardo, *Il decreto-legge n. 162 del 31 ottobre 2022*, cit., 212 ss.
[77] Cfr. E. Contieri, F. Forte, *La nuova fattispecie delittuosa di invasione di terreni o edifici per raduni "pericolosi": un'analisi critica*, in *www.questionegiustizia.it*, 9 novembre 2022, § 2.
[78] Così, M. Donini, *Nuovi reati dettati dai media: è questo il primato della politica?*, in *Il Riformista*, 5.11.2022, 5, il quale ricorda che il testo dell'art. 434-*bis* c.p. è approdato in Consiglio dei Ministri senza che i suoi componenti ne fossero stato messi previamente a conoscenza.
[79] Si discute se la salute vada intesa come assenza di malattie nosograficamente classificabili oppure più ampiamente come benessere psico-fisico: a favore della seconda opzione, D. Petrini, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, Milano 1990, 17 ss.; S.

diverse modalità di aggressione. Detto altrimenti, la salute pubblica si distinguerebbe dalla più generale incolumità pubblica per il veicolo dell'offesa, rappresentato da alimenti, medicinali, ecc[80].
Più sfuggente la categoria dell'ordine pubblico. La tradizionale alternativa è tra una nozione ideale, che identifica l'ordine pubblico nell'insieme dei princìpi e delle istituzioni alla base dell'ordinamento giuridico, e una materiale, che pone invece l'accento sulla pacifica convivenza e sulla pace sociale[81].
Si è osservato giustamente che la prima accezione avrebbe consentito di incriminare anche una manifestazione di protesta organizzata senza preavviso per le strade di una città[82]. Ma non è detto che la seconda nozione avrebbe ristretto di molto la portata dell'art. 434-*bis* Cp, perché nella sistematica codicistica l'ordine pubblico materiale viene inteso in termini di mera tranquillità pubblica, mentre la tutela dell'incolumità delle cose rientrerebbe nella sicurezza pubblica (cfr. ad es. gli art. 328 e 650 Cp)[83]. Insomma, gli estensori dell'art. 434-*bis* Cp avevano dimenticato che espressioni come «ordine pubblico», «nella latitudine sconfinata delle loro possibili accezioni, non hanno offerto nessuna chiarezza e si sono rivelate, in molte occasioni, dense di pericoli per le garanzie civili e politiche del cittadino»[84].
Un altro insegnamento disatteso dal Governo è che una «buona tecnica legislativa consente all'interprete di individuare il bene protetto mediante una tassativa e illuminante descrizione del 'fatto', e non viceversa»[85]. Al contrario l'art. 434-*bis* Cp indicava le oggettività giuridiche di riferimento, peraltro ad ampio spettro, ma non descriveva chiaramente le modalità di aggressione[86].
Era inoltre motivo di fondate critiche l'aver incentrato il giudizio di pericolosità sull'oggetto del dolo specifico, e cioè su un raduno la cui effettiva verificazione non era richiesta ai fini della consumazione del reato[87]. La descrizione della pericolosità del raduno in termini di possibilità («può derivare») faceva poi pensare a «qualcosa di più di un pericolo presunto, ma di assai meno di un pericolo concreto»[88]. Sebbene introdotta da una congiunzione condizionale («quando dallo stesso può derivare»), la clausola del pericolo non rientrava tra le condizioni obiettive di punibilità, che di solito indicano eventi successivi a qualcosa che è già avvenuto. Trattandosi invece di un elemento del dolo

---

Riondato, *Titolo VI. Dei delitti contro l'incolumità pubblica. Nota introduttiva,* in *Commentario breve al codice penale*[6], a cura di G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, Milano 2017, 1368-1369, e qui altri riferimenti.

[80] Sulla differenza tra incolumità pubblica e salute pubblica sottesa all'impianto codicistico A. Gargani, *Il danno qualificato dal pericolo*, Torino 2004, 109 in nota; L. Cornacchia, *Delitti contro l'incolumità pubblica,* in Aa. Vv. *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna 2016, 378 ss.; S. Riondato, *Titolo VI*, cit., 1368. Ne propone il superamento *de lege ferenda*, M. Donini, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica,* in *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, a cura di M. Donini, D. Castronuovo, Padova 2007, 207 ss.

[81] Per tutti A. Sessa, *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in *Delitti contro l'ordine pubblico,* a cura di S. Moccia, Napoli 2007, 9 ss.

[82] Il punto è efficacemente sottolineato nel *Comunicato del Consiglio direttivo dell'Associazione italiana dei Professori di diritto penale*, 4 novembre 2022, in *www.aipdp.it.*, 4.11.2022, 3.

[83] Cfr. S. Seminara, *Art. 328 Cp* e L. D. Cerqua, M. Helfer, *Art. 650 Cp*, entrambi in *Commentario breve al codice penale*[6], cit., rispettivamente 1094 e 2355 ss.

[84] Così, M. Romano, *"Repressione della condotta antisindacale". Profili penali,* Milano 1974, 188, riferendosi all'art. 650 Cp. Nello stesso senso, G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., 113 e 139. Rispetto all'art. 434-*bis* Cp, E. Contieri, F. Forte, *La nuova fattispecie delittuosa*, cit., § 4.

[85] M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, 125, e più ampiamente M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, 267 ss. Non a caso, sono rari i casi in cui la fattispecie incriminatrice individua il fatto incriminato segnalandone direttamente il contenuto di disvalore (ad es., nell'art. 595 c.p., offendere l'altrui reputazione): sul punto, G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., 535 ss.; F. Palazzo, R. Bartoli, *Corso di diritto penale. Parte generale*[9], Torino 2023, 75 ss.

[86] Cfr. il *Comunicato del Consiglio direttivo dell'Associazione italiana dei Professori di diritto penale*, cit., 2 ss. Di «offensività tanto onnivora, quanto evanescente» parla F. Forzati, *Gli equilibrismi del nuovo 434 bis c.p. fra reato che non c'è, reato che già c'è e pena che c'è sempre. Prove tecniche di reato senza offesa e di pena in assenza di reato*, in *www.archiviopenale.it*, 3/2022, 3.

[87] A. Cavaliere, *L'art. 5 d.l. 31 ottobre 2022, n.162*, cit., 4; L. Siracusa, *La spada penale trafigge i rave party. Osservazioni attorno al nuovo reato di "Invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi (art. 434 bis c.p.)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 6.12.2022, § 2; F. Forzati, *Gli equilibrismi del nuovo 434 bis c.p.*, cit., 21 ss.

[88] M. Donini, *Nuovi reati dettati dai media*, cit., 5. Cfr. A. Cavaliere, *L'art. 5 d.l. 31 ottobre 2022, n.162*, cit., 4; L. Siracusa, *La spada penale trafigge i rave party*, cit., § 2. Hanno richiamato lo schema del pericolo concreto, D. Pulitanò, *Penale party*, cit., 2; C. Ruga Riva, *La festa è finita*, cit., § 5; M. Gambardella, *La 'rava vox'*, cit., 9-10.

specifico, gli autori del reato avrebbero dovuto raffigurarsi che dal raduno perseguito potesse derivare un pericolo per taluno dei beni collettivi menzionati nella norma[89].
Con una formulazione davvero pessima (che trova un suo antecedente nell'art. 609-*octies* Cp, non certo un altro «capolavoro di tecnica legislativa»[90]), l'art. 434-*bis* Cp anteponeva la norma definitoria all'incriminazione di chi avesse organizzato o promosso «l'invasione di cui al primo comma», senza chiarire se quest'ultima dovesse verificarsi o meno. Ciò consentiva di ipotizzare che il momento consumativo del reato coincidesse con la realizzazione delle condotte di organizzazione e di promozione[91].
Questa lettura avrebbe però implicato una deroga al divieto di incriminare atti preparatori ricavabile dall'art. 115 Cp ancora più radicale rispetto ai già discutibili modelli di anticipazione della tutela penale presenti nel sistema[92]. Infatti, chi avesse invaso un terreno altrui per organizzare un raduno pericoloso sarebbe stato punito ai sensi del comma 3 dell'art. 434-*bis* Cp, che prevedeva per il «solo fatto di partecipare all'invasione» una diminuzione di pena rispetto a quella comminata agli organizzatori e ai promotori. In altri termini l'evento temuto, ossia l'invasione commessa allo scopo di realizzare un raduno pericoloso per i beni giuridici indicati, sarebbe stato sanzionato meno gravemente rispetto alla sua organizzazione o promozione. L'opzione interpretativa in esame si scontrava anche con un ostacolo di ordine testuale, perché l'art. 434-*bis* co. 2 Cp incriminava chi avesse organizzato o promosso «l'invasione di cui al comma 1», il quale a sua volta richiedeva che quest'ultima fosse «*commessa* da più di cinquanta persone», e pertanto alludeva a un fatto già avvenuto.
La dottrina si è pertanto orientata in un'altra direzione e ha ravvisato un rapporto di specialità tra l'art. 434-*bis* Cp e l'art. 633 Cp, che nell'incriminare chiunque invade arbitrariamente terreni o edifici altrui, pubblici o privati, al fine di occuparli o di trarne altrimenti profitto, prevede pene più severe per l'ipotesi in cui il fatto sia commesso da più di cinque persone e per le figure del promotore e dell'organizzatore. Più precisamente, l'art. 434-*bis* Cp avrebbe condiviso con l'art. 633 Cp la condotta di invasione arbitraria di terreni o edifici altrui, differenziandosene per gli elementi specializzanti del numero degli invasori superiore a cinquanta e dello scopo di organizzare il raduno pericoloso, da intendersi come una modalità del dolo specifico di occupazione[93].
In questo modo si superavano i problemi di compatibilità con l'art. 17 Cost., perché ad essere punito non era il fatto di riunirsi, ma quello dell'invasione arbitraria. Ciò portava però a un esito «involontariamente umoristico»[94], perché la soglia del «numero degli invasori superiore a cinquanta» si riferiva all'invasione e non al successivo raduno[95], e quindi restavano al di fuori della sfera applicativa della fattispecie le invasioni commesse da cinquanta persone al fine di organizzare un raduno aperto a migliaia di partecipanti.
Un autentico rompicapo interpretativo era rappresentato dalla natura giuridica dell'ipotesi descritta dal comma 3, che accordava al «solo fatto di partecipare all'invasione» una diminuzione di pena non altrimenti specificata.

[89] D. Pulitanò, *Penale party*, cit., 2; C. Ruga Riva, *La festa è finita*, cit., § 5; M. Gambardella, *La 'rava vox'*, cit., 10.
[90] F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*[8], vol. I, *I delitti contro la persona*, Milano 2022, 483.
[91] Lo ha osservato criticamente A. Cavaliere, *L'art. 5 d.l. 31 ottobre 2022, n.162*, cit., 3.
[92] Ad es. gli art. 302 e 304 Cp, ai sensi del quale la pena da applicare è sempre inferiore alla metà della pena stabilita per il delitto al quale si riferiscono l'istigazione o l'accordo rimasti sterili.
[93] C. Ruga Riva, *La festa è finita*, cit., § 3; M. Gambardella, *La 'rava vox'*, cit., 5-6. Legge invece il rapporto tra l'art. 434-*bis* Cp e l'art. 633 Cp in termini di specialità reciproca, L. Siracusa, *La spada penale trafigge i rave party*, cit., § 2, secondo la quale solamente in alcuni casi il dolo specifico di organizzare un raduno implicherebbe anche il correlativo scopo di occupare. Ad avviso di F. Forzati, *Gli equilibrismi del nuovo 434 bis*, cit., 3 e 10, l'art. 434-*bis* Cp avrebbe accorpato l'art. 633 Cp all'art. 655 Cp che incrimina la radunata sediziosa, senza però dar vita a un reato complesso *ex* art. 84 Cp.
[94] A. Cavaliere, *L'art. 5 d.l. 31 ottobre 2022, n.162*, cit., 6. Cfr. L. Siracusa, *La spada penale trafigge i rave party*, cit., § 3; M. Gallo, *Diritto penale: primi passi del governo di destra-centro*, cit., 1413.
[95] M. Gambardella, *La 'rava vox'*, cit., 8.

Per un verso, si è osservato che tra le condotte di organizzazione e promozione e quella di partecipazione mancherebbe quel rapporto di specialità che è considerato la pre-condizione necessaria ma non sufficiente per inquadrare una fattispecie tra le circostanze del reato[96], e quindi il comma 3 dell'art. 434-*bis* Cp avrebbe parlato di diminuzione «in modo improprio»: si sarebbe pertanto trattato di un autonomo titolo di reato sanzionato con il minimo edittale di due anni e con il massimo di «sei anni meno qualcosa»[97].
Per un altro, proprio la tecnica di determinazione della sanzione deponeva nel senso della natura circostanziale della condotta partecipativa[98], perché solamente il ricorso all'art. 65 Cp (ai sensi del quale quando ricorre una circostanza attenuante, e la legge non ha disposto diversamente, la pena è diminuita in misura non eccedente un terzo) avrebbe evitato la violazione del principio di legalità delle pene[99].
Tale incertezza si rifletteva sulla possibilità di disporre nei confronti dei partecipanti le intercettazioni, le misure cautelari e l'arresto obbligatorio in flagranza, perché il calcolo del *quantum* di pena richiesto per la loro applicabilità non è influenzato dalle circostanze a effetto comune (art. 266 Cpp; art. 278 Cpp; art. 380 Cpp)[100].
A parte alcune autorevoli eccezioni[101], il giudizio complessivo sull'art. 434-*bis* Cp è stato nettamente critico: «un caso assoluto di analfabetismo legislativo»[102]; un intervento che esibiva «il volto del vecchio diritto penale di polizia, utilizzabile con una discrezionalità confinante con l'arbitrio»[103], anche perché le misure di prevenzione applicabili dall'Autorità giudiziaria erano estese ai soggetti indiziati del delitto di cui all'art. 434-*bis* Cp[104]; un esempio di norma - manifesto[105], per giunta scritta con lo stile «delle gride spagnole»[106].

6. Al di là delle valutazioni di opportunità politica, l'art. 434-*bis* Cp era talmente sciatto sul piano redazionale che la stessa maggioranza governativa ha ritenuto di doverlo sostituire con l'art. 633-*bis* Cp, rubricato *Invasione di terreni o edifici con pericolo per la salute pubblica o l'incolumità pubblica.* La diversa collocazione sistematica della fattispecie tra i delitti contro il patrimonio fa venir meno la possibilità di disporre l'arresto obbligatorio in flagranza ai sensi dell'art. 380 co. 2 lett. *c*, Cpp, relativo ai delitti contro l'incolumità pubblica previsti nel titolo VI del libro II del codice penale per i quali è stabilita la pena della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni[107]. Il legislatore ha altresì

[96] Trattandosi della *communis opinio*, basti il rinvio a T. Padovani, *Diritto penale*[12], Milano 2019, 303. Cfr. però i rilievi di A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova 2000, 574-575 nota 198, il quale osserva che il criterio distintivo fondato sulla specialità sarebbe privo di fondamento normativo.
[97] D. Pulitanò, *Penale party*, cit., 2. Tuttavia, il limite dei due anni sembra calcolato applicando al minimo edittale di tre anni previsto per gli organizzatori e i promotori la diminuzione di un terzo.
[98] A. Cavaliere, *L'art. 5 d.l. 31 ottobre 2022, n.162*, cit., 7; L. Siracusa, *La spada penale trafigge i rave party*, cit., § 3.
[99] Su tale criterio di individuazione delle circostanze, cfr. tra gli altri R. Guerini, *Le circostanze del reato*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino 2001, 280; F. Basile, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in *RIDPP* 2011, 26, i quali però lo ritengono soccombente rispetto alla precondizione della specialità.
[100] A. Cavaliere, *L'art. 5 d.l. 31 ottobre 2022, n.162*, cit., 7; C. Ruga Riva, *La festa è finita*, cit., § 7; F. Forzati, *Gli equilibrismi del nuovo 434 bis*, cit., 28.
[101] M. Ronco, *Rave party e risposta penale*, cit.
[102] Così T. Padovani, Intervista a E. Antonucci, *La norma anti-rave? Un caso di analfabetismo legislativo. Parla Tullio Padovani*, in *Il Foglio*, 1.11.2022.
[103] G. Fiandaca, *La giustizia meloniana è un manifesto del pensiero illiberale*, in *Il Foglio*, 3.11.2022. Cfr. D. Pulitanò, *Penale Party*, cit., 3; F. Forzati, *Gli equilibrismi del nuovo 434 bis*, cit., 9 ss., 14 ss.
[104] In questo modo sarebbero diventate applicabili anche le misure di prevenzione relative alla c.d. pericolosità qualificata, e non solo il foglio di via obbligatorio e l'avviso orale, come accade *de lege lata* (cfr. § 3).
[105] Cfr. tra gli altri E. Contieri, F. Forte, *La nuova fattispecie delittuosa*, cit., § 1; C. Ruga Riva, *Indietro (quasi) tutta. Sulla nuova fattispecie di invasione di terreni o edifici altrui pericolosa per la salute o incolumità pubblica*, in *www.sistemapenale.it*, 10.1.2023, § 1; A. Cavaliere, *L'art. 5 d.l. 31 ottobre 2022, n.162*, cit., 3.
[106] M. Gallo, *Diritto penale: primi passi del governo di destra-centro*, cit., 1413.
[107] In generale, i limiti edittali richiesti dall'art. 380 co. 1 Cpp ai fini dell'arresto obbligatorio (pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni e nel massimo a venti anni) sono più elevati di quelli dell'art. 633-*bis* Cp (reclusione da tre a

rinunciato a inserire gli indiziati del nuovo reato tra i destinatari delle misure di prevenzione volte a contrastare la pericolosità qualificata (art. 4 d. lgs. 159/2011).
L'art. 633-*bis* Cp incrimina chiunque organizza o promuove l'invasione arbitraria di terreni o edifici altrui, pubblici o privati, al fine di realizzare un raduno musicale o avente altro scopo di intrattenimento, «quando dall'invasione deriva un concreto pericolo per la salute pubblica o per l'incolumità pubblica a causa dell'inosservanza delle norme in materia di sostanze stupefacenti ovvero in materia di sicurezza o di igiene degli spettacoli e delle manifestazioni pubbliche di intrattenimento, anche in ragione del numero dei partecipanti ovvero dello stato dei luoghi».
I soggetti attivi sono pertanto gli organizzatori e i promotori, essendo venuto meno il riferimento alla partecipazione. Chi prende parte a un *rave party* invadendo arbitrariamente un edificio o terreno altrui potrebbe però rispondere ai sensi dell'art. 633 co. 1, Cp, oppure ai sensi del co. 2 se il fatto è commesso da più di cinque persone [108]. In merito a quest'ultima fattispecie, un tradizionale orientamento dottrinale recentemente ripreso dalla Cassazione ritiene che le sei o più persone debbano agire riunite, ossia essere simultaneamente presenti sul luogo del delitto e commettere assieme l'invasione[109].
Si è però posto il quesito se il partecipante possa essere qualificato come promotore, e così soggiacere al più severo trattamento sanzionatorio comminato dall'art. 633-*bis* Cp, nel momento in cui abbia pubblicizzato l'evento che implica l'invasione arbitraria e sollecitato l'adesione di terzi, ad esempio tramite messaggi *whatsapp* indirizzati ai suoi contatti. A tal riguardo, si è auspicata una interpretazione restrittiva, circoscrivendo la figura del promotore a chi si rivolge a un numero indeterminato di persone[110].
In alternativa, sulla scorta dell'elaborazione relativa all'art. 112 co. 1 n. 2 Cp, i ruoli del promotore o dell'organizzatore potrebbero riservarsi a coloro che assumono una posizione di preminenza nella preparazione e nell'esecuzione del reato [111], nel primo caso perché si è avuta l'idea iniziale dell'impresa criminosa, nel secondo perché tale idea è stata sviluppata apprestando gli strumenti per la sua realizzazione[112]. La fattispecie in esame non dovrebbe pertanto applicarsi ai raduni organizzati «ricorrendo alla tecnica del 'passa parola'», perché in tal caso i promotori e organizzatori sarebbero «collettivamente tutti gli aspiranti invasori, senza che nessuno di essi lo sia personalmente»[113].
Affinché assumano rilevanza penale, le condotte di organizzazione e di promozione devono essere seguite dall'effettiva realizzazione dell'invasione. La formulazione della clausola del pericolo concreto («dall'invasione deriva») fa infatti capire chiaramente che l'invasione deve effettivamente essere avvenuta affinché possa riscontrarsi la probabilità dei danni temuti[114].
La formula condizionale («quando dall'invasione deriva») potrebbe far pensare a una condizione obiettiva di punibilità. Tuttavia, la distinzione tra elementi costitutivi del reato e condizioni obiettive non dipende esclusivamente dal lessico legislativo[115], né può contare su una definizione di carattere

sei anni e multa da 1.000 a 10.000 euro).
[108] Sul punto, cfr. le osservazioni di T. Padovani, *Parce sepulto. L'art. 633-bis cp nato morto e in attesa di pietosa sepoltura*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 22.2.2023, 3 ss., in merito alle problematiche connesse al dolo specifico dell'art. 633 Cp.
[109] Cass. 28.6.2016 n. 4320. Cfr. V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, IX, Torino 1952, 464; con riferimento alla formulazione vigente, F. Mantovani, *Diritto penale, Parte speciale*, II, *Delitti contro il patrimonio*[8], Milano 2021, p. 180.
[110] C. Ruga Riva, *Indietro (quasi) tutta*, cit., § 2; S. Fiore, *Rave party. Lo stigma penale sulla controcultura giovanile*, in *DPP* 2023, 238; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*[8], II-2, *I delitti contro il patrimonio*, Bologna 2023, 304.
[111] Tra gli altri, A. R. Latagliata, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli 1964, 249; G. Sammarco, *Le condotte di partecipazione al reato*, Napoli 1979, 187; T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 356. Nel senso che l'art. 112 n. 2 Cp addossi al concorrente una sorta di «*colpevolezza per l'organizzazione*», F. Argirò, *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli 2014, 327.
[112] M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*[4], II, *Art. 85-149*, Milano 2012, 228.
[113] Così, T. Padovani, *Parce sepulto*, cit., 1-2.
[114] Ancora T. Padovani, *Parce sepulto*, cit., 2-3.
[115] Sulla relatività del criterio formale ai fini dell'identificazione delle condizioni obiettive di punibilità, cfr. tra gli altri L. Cornacchia, *La punibilità* sub condicione, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 12.12.17, 26; V. Masarone, *Contributo ad uno studio sulle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli 2019, 44 ss.

generale o ancor meglio su un'indicazione esplicita del legislatore[116], ma si fonda su criteri piuttosto elastici.
Se poi si accoglie la tradizionale distinzione – recepita anche dalla Corte costituzionale[117], ma sempre più avversata in dottrina[118] – tra condizioni estrinseche e condizioni intrinseche[119], la qualificazione della clausola del pericolo ammetterà un triplice esito: a) elemento costitutivo del reato, che in quanto tale dovrà rientrare nell'oggetto del dolo; b) condizione intrinseca, che concorre a contrassegnare il disvalore della fattispecie ed è quindi addebitabile a titolo di colpa ai sensi dell'art. 27 co. 1 Cost.[120]; c) condizione estrinseca, estranea alla materia del divieto e applicabile oggettivamente ai sensi dell'art. 44 Cp.
Ebbene, quest'ultima opzione sembra da escludersi perché il differenziale di disvalore tra l'art. 633-*bis* Cp e l'art. 633 Cp risiede esclusivamente nel pericolo derivante dall'invasione, e non certo nella finalità di per sé neutra di realizzare un raduno musicale o avente altro scopo di intrattenimento[121].
La clausola del pericolo potrebbe a questo punto inquadrarsi tra le condizioni obiettive intrinseche da imputarsi a titolo di colpa, perché andrebbe ad aggiungersi all'offesa patrimoniale insita nella condotta di invasione arbitraria, e quindi a qualificare il peculiare disvalore dell'art. 633-*bis* Cp. Ma gli stessi fautori delle condizioni intrinseche escludono da tale categoria «quegli elementi che accentrano in sé tutta la carica di disvalore giuridico-penale di una determinata fattispecie, prescindendo dai quali, cioè, la fattispecie non avrebbe alcun contenuto offensivo ovvero perderebbe la sua significazione autonoma e verrebbe a coincidere con una diversa fattispecie»[122].
Seguendo questa indicazione, il pericolo di incendio, di inondazione, di frana, di naufragio, ecc., che qualifica i reati contro la pubblica incolumità incentrati su una condotta di danneggiamento (art. 424, art. 427, art. 429, Art. 431 Cp) è stato collocato tra gli elementi costitutivi della fattispecie, e non tra le condizioni obiettive di punibilità, perché in mancanza di esso verrebbe meno la differenza di disvalore rispetto al danneggiamento *tout court* (art. 635 Cp; art. 4 co. 1 lett *c* d. lgs. 15.1.2016 n. 7)[123]. Allo stesso modo, il più accentuato profilo di offensività dell'invasione promossa ai sensi dell'art. 633-*bis* Cp rispetto all'analoga condotta descritta dall'art. 633 co. 4 Cp dipende esclusivamente dal pericolo concreto per la salute pubblica o per l'incolumità pubblica, al quale

[116] Come auspicano giustamente M. Donini, *Le condizioni obiettive di punibilità,* in *SI* 1997, 595; L. Cornacchia, *La punibilità* sub condicione, cit., 21.
[117] Si allude al notissimo *obiter dictum* contenuto in C. Cost. 13.12.1988 n. 1085, in *RIDPP* 1990, 297, con nota di P. Veneziani, *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, dove si afferma che le condizioni estrinseche di punibilità si sottraggono alla regola della rimproverabilità *ex* art. 27 co. 1 Cost. perché «elementi estranei alla materia del divieto». Su questo passaggio, e sulla diversa impostazione che emerge da C. Cost. 16.5.1989 n. 247, in *RIDPP* 1989, 1194 ss., con nota di F. Palazzo, *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito della frode fiscale)* si rinvia a F. Angioni, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza,* in *RIDPP* 1989, 1500 ss.; V. Masarone, *Contributo,* cit., 79 ss.
[118] Negano la legittimità delle condizioni intrinseche, G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso,* cit., 654-655; V. N. D'Ascola, *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità,* Napoli 2004, 223 ss.; L. Eusebi, *Art. 44,* in *Commentario breve al codice penale*[6], cit., 196; D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato*[3], Torino 2019, 98 ss.; F. Palazzo, R. Bartoli, *Corso di diritto penale*[9], cit., 596. Perplessità in G. Insolera, L. Stortoni, *La punibilità,* in *Introduzione al diritto penale,* II, cit., 426; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*[3], I, *Art. 1-84,* Milano 2004, 478-479.
[119] La categoria delle condizioni intrinseche, nel significato oggi accolto, è stata introdotta da P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali,* Milano 1955, 15-16 e perfezionata da F. Bricola, *Punibilità (condizioni obiettive di),* in *NssDI,* XIV, Torino 1967, 594 ss. (su questa impostazione, F. Ramacci, *Le condizioni obiettive di punibilità,* Napoli 1971, 159 ss.).
[120] F. Angioni, *Condizioni di punibilità,* cit., 1510 ss.; P. Veneziani, *Spunti per una teoria del reato condizionato,* Padova 1992, 71 ss., entrambi con sviluppi sulla fisionomia dell'imputazione colposa; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*[8], Bologna 2019, 819 ss.; C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*[6], Milano 2020, 432 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*[9], Milano 2020, 433 ss.
[121] Efficaci considerazioni in T. Padovani, *Parce sepulto,* cit., 4-5.
[122] F. Bricola, *Punibilità (condizioni obiettive di),* cit., 594. Cfr. M. Romano, *Commentario,* cit., 478.
[123] L'esempio è in M. Romano, *Commentario,* cit., 478-479 e in F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*[11], Milano 2020, 862, il quale ammette comunque l'esistenza di condizioni che «*arrichiscono la sfera dell'offesa* del reato». Optano invece per la qualifica condizionale, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*[6], I, Bologna 2021, 547 ss.

andrebbe pertanto riconosciuto il ruolo di elemento costitutivo del reato rientrante nell'oggetto del dolo[124].
Tale conclusione è compatibile con il dato testuale, perché la prognosi di pericolo concreto va operata alla luce di indici (le violazioni, il numero dei partecipanti, lo stato dei luoghi) che caratterizzano l'invasione, e quindi dovrebbero collocarsi sul medesimo piano di quest'ultima, quello degli elementi costitutivi da imputare a titolo di dolo[125].
Mentre il richiamo alla disciplina delle sostanze stupefacenti è sufficientemente chiaro, riguardando il d.P.R. 9.10.1990 n. 309, desta maggiori riserve rispetto al principio di determinatezza il riferimento alle norme «in materia di sicurezza o di igiene degli spettacoli e delle manifestazioni pubbliche di intrattenimento», che potrebbe riguardare non solamente le disposizioni del codice penale e del Tulps[126], ma anche decreti ministeriali[127] e magari anche circolari[128]. Va in ogni caso ribadito che la singola o plurima violazione delle normative enunciate non basta a integrare la fattispecie, dovendosi accertare che ciò abbia comportato un pericolo concreto per la salute pubblica e l'incolumità pubblica.
Sul piano empirico, il momento in cui le violazioni e i pericoli indicati dalla fattispecie potrebbero agevolmente riscontrarsi sarebbe quello del raduno. Ma il legislatore ha deciso diversamente[129], perché l'art. 633-*bis* Cp incrimina l'organizzazione o la promozione di un'invasione che, oltre a essere arbitraria[130]: a) è accompagnata dalla violazione della normativa in materia di sostanze stupefacenti e di sicurezza o di igiene degli spettacoli e delle manifestazioni pubbliche di intrattenimento[131]; b) di conseguenza, comporta un pericolo concreto per la salute pubblica e l'incolumità pubblica in considerazione dello stato dei luoghi e del numero dei partecipanti.
Pertanto, la condotta di invasione dovrà necessariamente consistere in qualche cosa di più di un ingresso arbitrario in un luogo altrui[132], e cioè essere giunta a uno stadio (plausibilmente prossimo all'inizio del raduno) tale che i rischi sottesi alle violazioni si sono attualizzati in ragione del numero delle persone e dello stato dei luoghi, sfociando in un pericolo concreto per la salute e l'incolumità pubbliche. Anche se non è più richiesto che gli invasori siano più di cinquanta, il nesso tra il pericolo e il numero delle persone fa sì che quest'ultimo dovrà comunque essere significativo[133].
L'elemento soggettivo è rappresentato dal dolo, che dovrà abbracciare l'altruità dell'edificio o terreno invaso, l'arbitrarietà dell'invasione (se tale requisito costituisce una clausola di illiceità speciale) e il

[124] Cfr. S. Fiore, *Rave party*, cit., 241.
[125] Così, T. Padovani, *Parce sepulto*, cit., 6. Nel senso che il disvalore dell'art. 633-*bis* Cp «è incentrato sull'invasione qualificata da alcuni indici», C. Ruga Riva, *Indietro (quasi) tutta*, cit., § 2. Parla di «una clausola di illiceità speciale che opera come contrassegno dell'offesa tipica», L. Siracusa, *La spada penale trafigge i rave party*, cit., § 5.
[126] Cfr. gli art. 666 e 681 Cp, da leggersi in combinato disposto con gli art. 68, 69 e 80 Tulps.
[127] Potrebbe riguardare l'organizzazione di un *rave party* la prescrizione dettata dal Titolo IX dell'allegato al d.m. 19.8.1996, che in relazione ai luoghi e spazi all'aperto, utilizzati occasionalmente e privi di specifiche attrezzature per lo stazionamento del pubblico, impone l'obbligo di produrre «alle autorità competenti al rilascio della licenza di esercizio, la idoneità statica delle strutture allestite e la dichiarazione d'esecuzione a regola d'arte degli impianti elettrici installati, a firma di tecnici abilitati, nonché l'approntamento e l'idoneità dei mezzi antincendio».
[128] Cfr. la circolare del Gabinetto del Ministero dell'Interno n. 11001/1/110/(10) del 18 luglio 2018, firmata dall'allora capo di Gabinetto Matteo Piantedosi. Nel documento «sono riportate le indicazioni da seguire per la caratterizzazione e il dimensionamento delle misure di sicurezza finalizzate al contenimento del rischio in manifestazioni pubbliche che si tengono in luoghi all'aperto in cui si profilino peculiari condizioni di criticità connesse alla tipologia dell'evento, alla conformazione del luogo, al numero e alle caratteristiche dei partecipanti, non assoggettate ai procedimenti» di cui all'art. 80 Tulps.
[129] Con ogni probabilità perché l'incriminazione del raduno pericoloso in sé, a prescindere dall'invasione, si sarebbe posta in rotta di collisione con l'art. 17 Cost.: così M. Gambardella, *La 'rava vox'*, cit., 22-23; S. Fiore, *Rave party*, cit., 236 e 239.
[130] Si riproporrà la questione, già discussa in relazione all'art. 633 Cp (tra gli altri, G. Dodaro, *Tutela del patrimonio immobiliare*, in *Diritto penale. Parte speciale*, II, *Tutela penale del patrimonio*, Torino 2013, 201 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale*, *Parte speciale*[8], II, cit.,, 178; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*[8], II-2, cit., 300-301), se il requisito dell'arbitrarietà configuri un'ipotesi di antigiuridicità speciale.
[131] Con i problemi che ne derivano in merito a un eventuale concorso di reati: cfr. C. Ruga Riva, *Indietro (quasi) tutta*, cit., § 2; S. Fiore, *Rave party*, cit., 240 s.
[132] S. Fiore, *Rave party*, cit., 239 s.
[133] Riprendendo uno spunto interpretativo inerente all'art. 633 Cp, la condotta di invasione non dovrebbe integrarsi quando il numero delle persone è sproporzionato per difetto rispetto al luogo invaso (A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, III, *Delitti contro il patrimonio*, Milano 2003, 251).

pericolo concreto per i beni indicati (se si tratta di un elemento costitutivo del reato). A ciò deve aggiungersi il dolo specifico di realizzare un raduno musicale o avente altro scopo di intrattenimento. Trattandosi di una finalità che di per sé è approvata dall'ordinamento, in particolare dall'art. 17 Cost., essa non influisce sul coefficiente di disvalore della fattispecie [134], ma serve solamente a circoscriverne la portata.
Rispetto all'omnicomprensivo art. 434-*bis* Cp, l'art. 633-*bis* Cp ha infatti cercato di far coincidere la categoria dei raduni che intende contrastare con il fenomeno dei *rave*, senza però riuscirci perfettamente[135]: per evitare di infliggere la reclusione da tre a sei anni e la multa da 1.000 a 10.000 euro a chi ha riunito un gruppo di amici per suonare le chitarre e fumare spinelli nei locali di un bar dismesso in riva al mare, bisognerà adottare un'interpretazione restrittiva che faccia leva sulla sproporzione tra il coefficiente di offensività della vicenda concreta e il tenore draconiano delle sanzioni comminate dall'art. 633-*bis* Cp[136].
Le pene sono infatti rimaste quelle dell'art. 434-*bis* Cp, con quel che ne consegue sul piano delle intercettazioni e delle misure cautelari. Tutto ciò potrebbe integrare un'interferenza rispetto alla libertà di riunione protetta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (che ricomprende anche occupazioni abusive politicamente connotate), e in tal caso dovrebbe esaminarsi in concreto la necessità di salvaguardare uno o più degli interessi menzionati dall'art. 11 co. 2 Cedu.

7. Secondo l'art. 633-*bis* co. 2 Cp, è «sempre ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato di cui al primo comma, nonché di quelle utilizzate per realizzare le finalità dell'occupazione o di quelle che ne sono il prodotto o il profitto».
I destinatari di tale misura sono gli organizzatori e i promotori dell'invasione, mentre i partecipanti responsabili ai sensi dell'art. 633 Cp potranno essere assoggettati alla confisca prevista dall'art. 240 Cp. Mancando una disciplina specifica in merito, deve intendersi applicabile all'art. 633-*bis* co. 2 Cp la clausola di salvaguardia a favore dei beni appartenenti al terzo estraneo al reato (art. 240 co. 3 Cp)[137].
Una prima peculiarità dell'art. 633-*bis* co. 2 Cp rispetto al paradigma generale dell'art. 240 Cp attiene all'oggetto della confisca, che si estende anche alle cose «utilizzate per realizzare le finalità dell'occupazione». Visto che il reato si incentra sull'invasione e non sul raduno, si sarebbe potuto discutere sulla possibilità di far rientrare tra le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato (di invasione, appunto) le attrezzature musicali necessarie per allestire il *rave*, nonché i mezzi di trasporto utilizzati per trasportarle[138].
La seconda differenza è data dall'avverbio «sempre», laddove l'art. 240 co. 1 Cp dispone che, nel «caso di condanna», il giudice «può» ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate

[134] Distinguono i reati a dolo specifico a seconda che l'obiettivo perseguito sia o meno offensivo di beni giuridici protetti dall'ordinamento, G. Marinucci, E. Dolcini, G. L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[11], Milano 2022, 572 ss., i quali escludono nel primo caso la configurabilità del tentativo (ad es., non risponderebbe di tentato sequestro a scopo di estorsione chi privi della libertà un pover'uomo credendolo un ricco possidente, in quanto il dolo specifico che connota l'art. 630 Cp rimanderebbe a un'offesa al patrimonio altrui). Sulle premesse dogmatiche di questa impostazione (in precedenza criticata dagli stessi G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso*, cit., 580-581), cfr. M. Pelissero, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli 2000, 404 ss.
[135] Così, C. Ruga Riva, *Indietro (quasi) tutta*, cit., § 2, con interessanti spunti relativi alla vaga nozione di intrattenimento e agli eventi misti, che uniscono la musica ad altre attività; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*[8], II-2, 304-305. Cfr. invece la *Schedule* 1 del *Licensing Act 2003*, che definisce la nozione di *regulated entertainment*: « (a) la rappresentazione di un'opera teatrale; (b) la proiezione di un film; (c) un evento sportivo al coperto; (d) un'esibizione di pugilato o *wrestling*; (e)un'esecuzione di musica dal vivo; (f) qualsiasi esecuzione di musica registrata; (g) un'esibizione di danza; (h) un intrattenimento di descrizione simile a quello che rientra nei paragrafi (e), (f) o (g)».
[136] L'esempio è in S. Fiore, *Rave party*, cit., 238 s.
[137] Il principio secondo il quale una confisca speciale «si innesta, pur sempre, sulla regolamentazione di diritto comune, che resta, perciò, applicabile nei punti non derogati» si trova affermato in Cass. S.U. 28.4.1999 n. 9, in *CP* 1999, 2828. Più di recente, ha sottolineato il «valore di norma generale, che assume nell'ordinamento l'art. 240, c.p.», Cass. 15.10.2020 n. 52.
[138] Riferendosi all'identica formula contenuta nell'art. 434-*bis* Cp, C. Ruga Riva, *La festa è finita*, cit., § 8, ritiene invece che le cose utilizzate per le finalità dell'occupazione rientrino tra quelle che servirono o furono destinate a commettere il reato.

a commettere il reato e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto. L'espressione avverbiale segnala sicuramente il carattere obbligatorio della confisca speciale in esame, non anche il potere del giudice di disporre la misura con un provvedimento di archiviazione, oppure con una sentenza di non luogo a procedere, di assoluzione o ancora di proscioglimento[139].
In linea di principio la confisca/misura di sicurezza senza condanna è compatibile con l'impianto codicistico, perché il combinato disposto degli articoli 210 e 236 Cp fa venir meno la regola secondo cui l'estinzione del reato impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza e ne fa cessare l'esecuzione, e l'art. 240 co. 2 n. 2 Cp impone la confisca delle c.d. cose intrinsecamente pericolose «anche se non è stata pronunciata condanna». Esistono poi figure che, a differenza dell'art. 240 co. 1 Cp e di quasi tutte le confische speciali, non fanno riferimento al requisito della condanna, quali ad esempio la confisca urbanistica (disposta con «la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva»: art. 44 co. 2, d.P.R. 6.6.2001 n. 380)[140], oppure quella doganale (ordinata nei «casi di contrabbando» ai sensi art. 301, d.P.R. 23.1.1973 n. 43)[141].
Tuttavia, l'art. 633-*bis* co. 2 Cp non esclude espressamente la necessità di una previa condanna come invece è previsto dall'art. 240 co. 2 n. 2 Cp, non rinvia a quest'ultima disposizione come in qualche modo faceva l'art. 434-*bis* co. 4 Cp[142], e neppure utilizza le formule ambigue che ritroviamo nella confisca urbanistica e in quella doganale. Mancando una deroga testuale esplicita, dovrebbe pertanto trovare spazio la disciplina generale ricavabile dall'art. 240 co. 1 Cp in materia di presupposti processuali della confisca[143]: tutto ciò senza considerare il problema dello statuto garantistico delle confische caratterizzate da una dimensione punitivo/afflittiva, più precisamente se in questi casi il requisito della condanna definitiva sia imposto dai princìpi costituzionali e convenzionali[144].
La confisca in esame dovrebbe invece essere incompatibile con il patteggiamento perché gli effetti della sentenza che applica la pena su richiesta delle parti sono tassativamente descritti dall'art. 445 Cpp, e tra questi figura la «confisca nei casi previsti dall'articolo 240 del codice penale»[145]. Tutte le confische disciplinate da disposizioni legislative diverse dall'art. 240 Cp richiedono pertanto di essere introdotte da un'esplicita formula che, in deroga all'art. 445 Cpp, indichi tra i presupposti processuali anche l'applicazione della pena «ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale» (cfr. ad es. l'art. 240-*bis* Cp, l'art. 270-*septies* Cp, l'art. 322-*ter* Cp, l'art. 423-*quater* Cp, ecc.).

8. Che l'art. 633-*bis* Cp rappresenti un progresso rispetto al reato che lo ha preceduto è indubbio, ma era davvero difficile fare di peggio. I profili più criticabili sono stati eliminati, dall'intervento sulle

[139] Sul significato da attribuire all'avverbio «sempre», per tutti T. Trinchera, *Confiscare senza punire*. *Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino 2020, 45, e qui altri riferimenti.
[140] La complessa vicenda giurisprudenziale della confisca urbanistica è attentamente rivisitata da A. Esposito, *La confisca urbanistica. Una storia a più voci*, Torino 2020, 22 ss., 196 ss., 215 ss.
[141] Cfr. G. Gentile, *Contrabbando*, in *Codice delle confische e dei sequestri*, a cura di R. Tartaglia, Roma 2012, 441 ss.
[142] Secondo il quale era sempre ordinata «la confisca ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale».
[143] In tal senso, riferendosi alla confisca urbanistica e a quella doganale, M. Panzarasa, *Confisca senza condanna? Uno studio* de lege lata *e* de iure condendo *sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *RIDPP* 2010, 1687. La confisca facoltativa *ex* art. 240 co. 1 Cp è testualmente subordinata a una sentenza di condanna (e l'eventuale proscioglimento per estinzione del reato pronunciato in secondo grado travolge anche la confisca, non trovando applicazione l'art. 578-*bis* Cpp: Cass. 15.10.2020 n. 52). Si noti che anche la sentenza Lucci (Cass. S.U. 26.7.2015 n. 31617, in *CP* 2016 1376 ss.), pur avendo ammesso la possibilità di disporre in secondo grado la confisca del prezzo del reato *ex* art. 240 co. 2 n. 1 Cp nonostante il sopraggiungere dell'estinzione del reato, richiede comunque che in precedenza sia stata emessa una condanna.
[144] Cfr. T. Trinchera, *Confiscare senza punire*, cit., 421 ss., il quale ritiene che le confische aventi natura penale presuppongano «una dichiarazione di colpevolezza dell'imputato consacrata in una sentenza di condanna», a differenza delle misure ablative che riguardano la ricchezza illecita (alle quali l'A. riconduce la confisca del prodotto o del profitto del reato). Richiede un «pronunciamento definitivo del giudice nel senso della "responsabilità penale per confisca" in capo al soggetto cui la confisca è diretta, che si estragga da una decisione definitiva/sentenza di condanna o di proscioglimento nei casi espressamente ammessi dalla legge», D. Falcinelli, *La confisca nel quadro costituzionale*, in *Sequestro e confisca*, a cura di M. Montagna, Torino 2017, 111, sul presupposto che la confisca sia sempre una sanzione penale.
[145] Cfr. G. Gentile, *Fisionomia e natura giuridica delle ipotesi speciali di confisca*, in *Sequestro e confisca*, cit., 402. I rapporti tra confisca e patteggiamento sono ampiamente trattati da D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca. Ablazione patrimoniale,criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna 2007, 234 ss.

misure di prevenzione alla clausola del pericolo per l'ordine pubblico, senza dimenticare la bizzarra disciplina della partecipazione e gli evidenti errori redazionali[146]. Tuttavia, il risultato finale risulta comunque modesto perché la strategia politico-criminale è rimasta la stessa[147].

Il proposito governativo era quello di «rafforzare il sistema di prevenzione e di contrasto del fenomeno dei grandi raduni musicali»[148]. Ma l'art. 633-*bis* Cp ha ben poco di preventivo, perché la maggioranza parlamentare sembra aver puntato tutto sull'effetto deterrente che una figura di reato *ad hoc* dovrebbe auspicabilmente esercitare nei confronti di chi non si è fatto dissuadere dall'inasprimento dell'art. 633 Cp operato nel 2018 (art. 30, d.l. 4.10.2018 n. 113, convertito con l. 1.12.2018 n. 132, c.d. decreto Salvini)[149].

A differenza della legislazione francese e inglese, che commina pene decisamente più blande e mira a impedire che il raduno musicale abbia inizio, il severissimo art. 633-*bis* Cp trova applicazione nel momento in cui l'invasione è già avvenuta, le normative che conosciamo sono state violate e da tutto ciò è derivato un pericolo concreto per la salute e l'incolumità pubbliche.

Per anticipare la soglia della punibilità si dovrebbe far leva sull'art. 56 Cp, anche se non è detto che ci sia molto spazio per la sua applicazione: se si riconduce la clausola del pericolo al novero delle condizioni obiettive di punibilità, sorge il problema della configurabilità del tentativo nei delitti in cui l'evento condizionale non si è realizzato[150]; se invece si opta per la tesi dell'elemento costitutivo, ci si dovrebbe interrogare sulla compatibilità del tentativo con il modello del pericolo concreto[151].

La prevenzione resterebbe a questo punto affidata allo strumento delle misure cautelari, non tanto quelle personali (subordinate alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, alle esigenze cautelari e al principio del carattere residuale della custodia cautelare: art. 273 ss. Cpp), quanto il sequestro preventivo, che potrà essere impeditivo (art. 321 co. 1 Cpp) oppure strumentale alla confisca prevista dall'art. 633-*bis* co. 2 Cp (art. 321 co. 2 Cpp).

Ai fini del sequestro preventivo va però accertata la sussumibilità del fatto concreto nello schema della fattispecie incriminatrice presupposta[152], e quindi resta il problema dei confini tra l'art. 633-*bis* Cp e l'art. 633 Cp.

Per fare un esempio, il sequestro strumentale alla confisca obbligatoria potrebbe disporsi se, ammettendone l'applicabilità ai delitti tentati[153], si ravvisassero gli estremi dell'art. 633-*bis* Cp in forma tentata sia quando è stata organizzata o promossa un'invasione che poi non si è concretizzata, sia quando l'invasione è avvenuta ma il pericolo non è ancora sorto[154]. Se però escludiamo la

---

[146] Nel disciplinare la confisca, l'art. 434-*bis* co. 4 Cp, richiamava « il reato di cui al primo comma», laddove quest'ultimo poneva una norma definitoria (peraltro scritta molto male, visto che ripeteva il contenuto della rubrica per poi aggiungere qualche dettaglio).

[147] Così, S. Fiore, *Rave party,* cit., 233 s. Un giudizio più indulgente è espresso da C. Ruga Riva, *Indietro (quasi) tutta,* cit., § 3; C. Cupelli, *Il decreto rave? Not so bad*, in *www.discrimen.it*, 17.12.2022; M. Gallo, *Diritto penale: primi passi del governo di destra-centro*, cit., 1413 s. in nota.

[148] Senato della Repubblica, Disegno di legge n. 274, cit., 12.

[149] Sulle condizioni di efficacia delle strategie generalpreventive basti il rinvio a W. Hassemer, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano, F. Stella, Bologna 1980, 134 ss., e al più recente contributo di V. de Francesco, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, a cura di A. Castaldo, V. de Francesco, M. del Tufo, S. Manacorda, L. Monaco, Napoli 2013, 17 ss.

[150] T. Padovani, *Parce sepulto*, cit., 3.

[151] La esclude A. Gargani, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., 196-197, e qui altri riferimenti. Cfr. però F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[16], Milano 2003, 513; A. Gamberini, *Il tentativo*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. II, cit., 322, che ammette il tentativo dei reati di pericolo con evento naturalistico.

[152] A ciò la giurisprudenza riduce il *fumus boni iuris*, mentre ai fini del *periculum in mora* occorre dar conto, nel sequestro impeditivo, del pericolo che la libera disponibilità delle cose possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato o agevolarne la commissione di nuovi; in quello strumentale, «delle ragioni che rendono necessaria l'anticipazione dell'effetto ablativo della confisca prima della definizione del giudizio», a meno che non si versi nell'ipotesi dell'art. 240 co. 2 n. 2 Cp (così, Cass. S.U., 24.6.2021, n. 36959, in *CP* 2022, p. 532 ss., con nota di R. Belfiore, *Le Sezioni unite sul* periculum in mora *nel sequestro preventivo strumentale alla confisca*).

[153] Sulla possibilità di disporre la confisca delle cose servite o destinate a commettere un delitto tentato, L. Fornari, *Art.240*, in *Commentario breve al codice penale*[5], a cura di A. Crespi, G. Forti, G. Zuccalà, Padova 2008, 625; R. Tartaglia, *La confisca penale*, in *Codice delle confische e dei sequestri*, cit., 48. Per un'ipotesi specifica, Cass. S.U. 19.4.2018 n. 40985.

[154] Inquadra entrambi i casi nello schema dell'art. 633-*bis* Cp tentato, C. Ruga Riva, *Indietro (quasi) tutta*, cit., § 2, sull'assunto che la finalità di realizzare il raduno sia un'ipotesi speciale degli scopi indicati dall'art. 633 Cp.

compatibilità tra l'art. 56 Cp e l'art. 633-*bis* Cp, nei casi menzionati potrebbe tutt'al più integrarsi l'art. 633 Cp (rispettivamente tentato o consumato)[155], con il correlato sequestro preventivo strumentale alla confisca facoltativa *ex* art. 240 co. 1 Cp che non potrebbe più riguardare le cose «utilizzate per realizzare le finalità dell'occupazione» di cui parla l'art. 633-*bis* co. 2 Cp[156].
Pur di portare avanti la sua implacabile crociata contro i *rave*, la maggioranza non ha neppure preso in considerazione opzioni normative più dialogiche che non implicavano di rinunciare all'incriminazione del fatto, ma proponevano di accordare uno sconto di pena e l'esclusione della confisca a chi avesse efficacemente provveduto alla messa in sicurezza e, ove necessario, alle attività di ripristino dello stato dei luoghi[157]. Ma quando l'obiettivo della legislazione penale diventa quello «di offrire soltanto le risposte emozionali che un pre-definito target elettorale gradisce ascoltare», si può ottenere una norma-spot che forse consentirà a qualche partito di crescere nei sondaggi della settimana successiva, non certo una soluzione efficace ed equilibrata al problema che si voleva risolvere[158].

[155] Esprime perplessità in merito alla sussistenza degli estremi dell'art. 633 Cp, S. Fiore, *Rave party*, cit., 242.
[156] Per quanto attiene al sequestro impeditivo, le cose «utilizzate per realizzare le finalità dell'occupazione» cui allude il nuovo art. 633-*bis* co. 2 Cp sarebbero pertinenti al reato nel momento in cui la loro libera disponibilità possa aggravarne o protrarne le conseguenze o agevolarne la commissione di nuovi (sull'oggetto del sequestro impeditivo, che è più ampio di quello strumentale, per tutti, R. Belfiore, *Il sequestro preventivo. Tra esigenze preventive e strumentalità alla confisca*, Milano 2019, 21 ss.).
[157] Cfr. gli emendamenti 5.20o/14 e 5,200/15, Lopreiato e altri, in Senato della Repubblica, 2ª Commissione permanente - Resoconto sommario n. 6 del 6.12.2022. Si trattava di soluzioni ispirate agli art. 452- *decies* e 452-*undecies* Cp. Il modello francese era invece ripreso dall'emendamento 5.6, Scalfarotto: interpolando l'art. 68 Tulps, si richiedeva una comunicazione all'Autorità di pubblica sicurezza per le «manifestazioni musicali organizzate in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico avente una diversa destinazione d'uso, con un numero di partecipanti superiore a 50 e che prevedano una permanenza nei luoghi, anche non continuativa, superiore alle ventiquattro ore»; in caso di violazione, sarebbe stato applicabile l'illecito amministrativo previsto dall'art. 666 Cp, con l'aggiunta della confisca amministrativa degli «apparecchi e dei congegni musicali ai sensi dell'articolo 20, comma 3, della legge 24 novembre 1981, n. 689»; più discutibile la previsione di una circostanza aggravante a effetto comune per i reati di cui agli articoli 588, 609-*bis*, 609-*octies*, 613, 628, 633, 635, 659 Cp, nonché nell'articolo 73 d.P.R. 309/1990 «commessi nel corso di una manifestazione musicale organizzata in violazione dell'articolo 68, secondo comma, del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773» (Senato della Repubblica, 2ª Commissione permanente - Resoconto sommario n. 5 del 29.11.2022).
[158] Sulle norme penali-spot, e sul diritto penale che rincorre la cronaca del giorno per fungere da «messaggio promozionale dei detentori del potere», G. Balbi, *Tendenze involutive del diritto penale in una società mediatica: a proposito di alcuni recenti progetti legislativi*, a cura di P. Tanda, *Giustizia penale: quali riforme?*, Napoli 2004, 47 ss. Cfr. anche A. Manna, *La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Criminalia* 2013, 407. Più in generale, sui rapporti tra diritto penale simbolico e mass-media, S. Bonini, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli 2018, 142 ss.

UN NUOVO RIMEDIO "BIFASICO" PER L'ESECUZIONE DELLE DECISIONI DELLA CORTE DI STRASBURGO

di Barbara Lavarini
(*Professore ordinario di diritto processuale penale, Università di Torino*)

Il contributo analizza la nuova impugnazione straordinaria finalmente introdotta dalla "riforma Cartabia" per dare esecuzione alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, in adempimento degli obblighi di cui all'art. 46 CEDU. Nel lavoro si mette in luce, in particolare, la struttura bifasica del nuovo rimedio, che intende coniugare l'opportunità di un controllo "accentrato" sui presupposti per la caducazione del giudicato interno – affidandolo alla Corte di cassazione –, con quella di offrire soluzioni flessibili rispetto alla varietà delle violazioni convenzionali e delle relative esigenze riparatorie.
The paper analyzes the new extraordinary appeal finally introduced by the "Cartabia reform" to ensure enforcement of the European Court of Human Rights judgements, in order to fulfill the obligations pursuant to art. 46 of the ECHR. In particular, the paper highlights the two-phase structure of the remedy, which aims to combine the opportunity of a centralized check on the conditions for the annulment of the res iudicata - entrusting it to the Supreme Court - and to offer flexible solutions looking at the variety of conventional violations and related indemnitary needs.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Condizioni di ammissibilità: *a)* legittimazione "sostanziale" e presupposti "europei" per l'esperibilità del rimedio. – 3. *b)* Legittimazione "formale", forma, termini e modalità di presentazione. – 4. Le modalità del procedimento davanti alla Corte di cassazione e i provvedimenti interinali. – 5. Il vaglio sul merito della richiesta e la fase "rescindente": *a)* il parametro – 6. *b)* La decisione "meramente rescindente" della Corte di cassazione. – 7. La fase "rescissoria": *a)* i provvedimenti direttamente adottabili dalla Corte di cassazione. – 8. *b)* Il giudizio di "rinvio" davanti al giudice di merito.

1. In attuazione della direttiva di cui all'art. 1, co. 13, lett. *o)* l. delega 27.9.2021, n. 134[1], il d.lgs. 10.10.2022, n. 150 ha introdotto la nuova impugnazione straordinaria *ex* art. 628-*bis* Cpp, funzionale all'adeguamento *post-iudicatum*, in adempimento dell'obbligo esecutivo *ex* art. 46 Cedu, alle decisioni della Corte di Strasburgo accertative di una violazione convenzionale "penale"[2]. La novella mette così finalmente ordine nella "giungla" di rimedi, integralmente o parzialmente pretori[3], che la

[1] La direttiva è stata adottata su sollecitazione della Commissione Lattanzi, non rinvenendosene traccia nell'originario d.d.l A.C. 2435: cfr. l'art. 7, lett. *h-nonies* dell'articolato presentato dalla Commissione, in *questa rivista*.
[2] Un rimedio straordinario, specificamente deputato a dare esecuzione alla decisioni della Corte di Strasburgo, è stato introdotto dal d.lgs. 10.10.2022, n. 149 anche in ambito civile, per il tramite del nuovo art. 391-*quater* Cpc, rubricato «*Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*»: lo strumento ha peraltro portata decisamente ridotta, siccome azionabile soltanto avverso le decisioni il cui *«contenuto»* sia stato dichiarato contrario alla Convenzione, e nei limiti in cui la violazione riscontrata abbia *«pregiudicato un diritto di stato della persona»* e il pregiudizio non sia compensabile con l'equa indennità eventualmente accordata dal giudice europeo. Per un approfondimento, E. D'Alessandro, *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *GI* 2023, 479 ss.
[3] Nemmeno la c.d. "revisione europea", introdotta da C. cost., 7.4.2011, n. 113 con un generoso intervento «additivo d'istituto» (così M. Gialuz, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *CP* 2011, 3308 ss.), sfuggiva radicalmente alla logica pretoria, se si considera che l'innesto del rimedio "europeo" sulla revisione tradizionale, funzionale a tutt'altri obiettivi, costringeva il giudice ordinario ad un lavoro di adattamento ad alto tasso di discrezionalità: fra gli altri, A. Bigiarini, *La crisi del giudicato penale nell'esecuzione delle sentenze della Corte*

prolungata inerzia del legislatore aveva costretto ad escogitare onde assicurare alla vittima della violazione un'appropriata *restitutio in integrum*[4]. A tale intento di riordino risponde altresì la previsione che l'apposito rimedio "europeo" vada utilizzato anche quando la violazione accertata a Strasburgo riguardi il diritto dell'imputato di partecipare al processo (art. 628-*bis* co. 8 Cpp), ad evitare una confusione di ambiti con gli strumenti "interni" della rescissione del giudicato e della restituzione nel termine per impugnare *ex* art. 175 co. 2.1 Cpp[5], l'accesso ai quali – alla stregua di ultima via di ricorso nazionale [6] – dovrà piuttosto ritenersi "preventivo" della violazione convenzionale[7].

Guardando al nuovo istituto in questa prospettiva "razionalizzatrice", se ne può certamente cogliere l'allineamento agli obiettivi di efficienza caratterizzanti l'intera riforma: non vi è dubbio, infatti, che la pluralità dei pregressi strumenti pretori, e gli evanescenti confini dei relativi ambiti di applicazione, ne favorissero antieconomiche sovrapposizioni, e ciò anche in una medesima vicenda di "adeguamento convenzionale", con ingente spreco di tempi e risorse[8]. Rispetto a questa specifica novità normativa, tuttavia, la matrice prevalente è quella garantistica, che induce ad accomunarla, ad esempio, all'introduzione – ancora una volta in adeguamento agli obblighi convenzionali – di uno strumento di impugnazione, *lato sensu* intesa, rispetto ai provvedimenti di perquisizione non seguiti da sequestro (art. 252-*bis* Cpp)[9].

La volontà del recente legislatore di staccarsi da soluzioni per necessità improvvisate, frutto di innaturali "trapianti" giurisprudenziali su istituti interni nati per altro scopo – di dubbia compatibilità,

---

europea dei diritti dell'uomo, Milano 2020, 101. Di matrice integralmente giurisprudenziale risultavano poi gli ulteriori rimedi – incidente di esecuzione e ricorso straordinario per cassazione – elaborati prima e dopo la sentenza costituzionale sopra richiamata.

[4] Come è noto, l'esigenza, per gli Stati membri, di dotarsi di strumenti idonei a modificare, rimuovere, o far cessare gli effetti del giudicato in adeguamento agli obblighi *ex* art. 46 Cedu era stata rimarcata già dalla Raccomandazione n. R (2000) 2 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (reperibile nella traduzione italiana in *DPP* 2000, 391), dove si rilevava come, seppure spetti ai singoli Stati "condannati", secondo le peculiarità dei relativi ordinamenti, «decidere quali misure siano più appropriate per assicurare una *restitutio in integrum*», in ipotesi eccezionali – *in primis* quando la vittima della violazione convenzionale continui a subirne, per via del giudicato interno, effetti gravemente pregiudizievoli, il «mezzo più efficace, se non addirittura l'unico», funzionale allo scopo, consiste «nel riesame del caso» o nella «riapertura del procedimento» (a seconda che la violazione riscontrata abbia natura sostanziale, incidendo sul contenuto della decisione interna, o processuale, inficiando il procedimento da cui quella decisione è scaturita). Successivamente, la linea tracciata dalla Raccomandazione è stata ribadita, assumendo un più autorevole crisma giurisdizionale, da una copiosa giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Per un approfondimento, e per gli opportuni richiami bibliografici e giurisprudenziali, B. Lavarini, *Il sistema dei rimedi* post-iudicatum *in adeguamento alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Torino 2019, 8 ss.

[5] I rimedi *post-iudicatum* in favore dell'assente sono stati infatti duplicati, sulla base della distinzione – comune ai rimedi in corso di processo – fra il caso, "coperto" dalla rescissione, in cui si sia proceduto *in absentia* illegittimamente (non ricorrendo le fattispecie *ex* art. 420-*bis* Cpp), e quello, da risolvere con la restituzione nel termine per impugnare, in cui la dichiarazione di assenza fosse legittima, ma l'imputato dimostri di non avere avuto effettiva conoscenza del processo e di non aver potuto, incolpevolmente, esercitare prima i propri diritti.

[6] Cfr. A. Mangiaracina, *Le impugnazioni straordinarie. Qualche ritocco all'esistente e un nuovo rimedio: basterà?*, in D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano 2023, 932; A. Pulvirenti, *Il rimedio per l'esecuzione delle pronunce della Corte Edu*, in A. Scalfati, A. Bernasconi, A. De Caro, M. Menna, C. Pansini, A. Pulvirenti, N. Triggiani, C. Valentini, D. Vigoni, *Manuale di procedura penale*[4], Torino 2023, 981 s.

[7] Sottolineano tale funzione "preventiva" R. Casiraghi, *Uno specifico rimedio per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in *DPP* 2023, 195; S. Lonati, *Processo penale e rimedi alle violazioni delle garanzie europee*, Padova 2022, 300, nota 55.

[8] Emblematica, sotto questo profilo, la vicenda scaturita da C. eur. IV, 14.4.2015, *Contrada c. Italia*: per un approfondimento, B. Lavarini, *Il sistema*, cit., 131 ss.

[9] Per l'inclusione dell'art. 628-*bis*, come dell'art. 252-*bis*, nel novero degli interventi «garantistici» approntati dalla riforma, cfr. E. Lupo, *Il processo penale alla luce della "riforma Cartabia"*, in *CP* 2022, 4169 s.

peraltro, col principio di legalità processuale[10] –, trova plastico riscontro nella scelta sistematica di dedicare ai nuovi «*Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*» un apposito titolo (III-*bis*) del libro IX del codice, a segnarne il distacco, in particolare, dalla "revisione europea" introdotta dalla sentenza costituzionale n. 113/2011[11]. Il plurale 'rimedi' richiede, tuttavia, una preliminare spiegazione: l'impugnazione straordinaria approntata dall'art. 628-*bis* Cpp – denominata, non proprio sinteticamente, «*richiesta per l'eliminazione delle conseguenze pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei Protocolli addizionali*» – è infatti un rimedio unico, affidato, su puntuale indicazione della legge delega n. 134/2021, alla Corte di cassazione. Il legislatore delegato lo ha peraltro costruito secondo una struttura bifasica: *a)* una prima fase, qualificabile come rescindente, è concentrata davanti al giudice di legittimità ed è volta ad accertare l'ammissibilità della richiesta *ex* art. 628-*bis* e – come vedremo – l'«*incidenza effettiva*» della violazione convenzionale sulla decisione interna; *b)* una seconda fase, qualificabile come rescissoria, è invece deputata all'adozione di diverse tipologie di provvedimenti funzionali ad eliminare gli effetti pregiudizievoli della decisione "convenzionalmente viziata", ed è rimessa, a seconda dei casi, alla stessa Cassazione, al giudice di merito di cognizione o al giudice dell'esecuzione: è con riguardo a questo secondo segmento, quindi, che si giustifica il riferimento ai 'rimedi' nella rubrìca del titolo III-*bis*[12].

Può rilevarsi fin d'ora che questa struttura risponde appieno agli auspici espressi, in passato, da un'ampia parte della dottrina, la quale osservava come, da un lato, accentrare nella Cassazione il controllo sull'*an* dell'intervento *post-iudicatum* potesse favorire l'elaborazione in chiave nomofilattica dei relativi presupposti[13], dall'altro, dovesse però tenersi conto della ricchezza di strumenti, revocatori e modificativi del giudicato, già previsti dal codice di rito, onde offrire una risposta, al tempo stesso, coerente con l'esistente, e sufficientemente duttile rispetto alla varietà delle violazioni convenzionali e delle relative esigenze riparatorie[14].

2. A norma dell'art. 628-*bis* co. 1 Cpp, la nuova impugnazione straordinaria è esperibile solo dal condannato o dal sottoposto a misura di sicurezza che abbia proposto ricorso alla Corte di Strasburgo, a condizione che il giudice europeo, in alternativa: *a)* abbia accolto il ricorso, accertando la violazione con decisione definitiva; *b)* abbia disposto la cancellazione dal ruolo del ricorso a norma dell'art. 37 Cedu, a seguito del riconoscimento unilaterale della violazione da parte dello Stato[15]. Il rimedio, come emerge chiaramente tanto dalla rubrìca quanto dal testo della sopracitata disposizione, è volto a

[10] Sul quale, per tutti, v. D. Negri, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le corti*, in *AP* 2017, 2, 451 ss.

[11] Cfr. R. Casiraghi, *Uno specifico rimedio*, cit., 195; M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, in *SP* (2.11.2022), 84; G. Esposito, *Verso un celere riconoscimento del* dictum *della Corte EDU*, in *AP* 2022, 3, 25; S. Lonati, *Processo penale e rimedi*, cit., 298.

[12] In termini analoghi G. De Amicis, *Prime riflessioni sulla nuova "revisione europea"*, in *www.giustiziainsieme.it* (20.2.2023), secondo cui quello *ex* art. 628-*bis* Cpp è «un rimedio impugnatorio di natura polivalente e a carattere unitario, poiché, da un lato, consente di individuare una pluralità di soluzioni da adattare con criteri flessibili alle peculiarità del caso di specie, dall'altro affida sempre e unicamente alla Corte di cassazione un vaglio preliminare sul vizio accertato nelle decisioni della Corte di Strasburgo». Di rimedio polivalente di natura straordinaria parla altresì M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 85.

[13] Fra gli altri, M.G. Aimonetto, *Condanna europea e soluzioni interne al sistema processuale penale: alcune riflessioni e spunti* de iure condendo, in *RIDPP* 2009, 1512; M. Gialuz, *Una sentenza "additiva di istituto"*, cit., 3320; R.E. Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, ora in Id., *Processo penale e paradigmi europei*[2], Torino 2022, 37; B. Lavarini, *Il sistema*, cit., 172; E. Lorenzetto, *Violazioni convenzionali e tutela* post-iudicatum *dei diritti umani*, in *questa rivista* (25.11.2016), 23.

[14] B. Lavarini, *Il sistema*, cit., 171 s.

[15] Secondo la procedura *ex* art. 62A Reg. C. Edu.

sollecitare l'adozione dei provvedimenti necessari per eliminare gli «*effetti pregiudizievoli*» derivanti dalla violazione accertata (o riconosciuta).
Sul fronte della legittimazione "sostanziale" ad esperire l'impugnazione, al di là dell'opportuna equiparazione al condannato del prosciolto sottoposto a misura di sicurezza – col che il nuovo strumento supera gli inconvenienti sottesi alla "revisione europea", la quale, siccome innestata sulla revisione tradizionale, rischiava di essere esperibile dal solo condannato, a meno di complesse acrobazie interpretative[16] –, va evidenziata la scelta del legislatore, già risalente alla delega, di limitare l'accesso al rimedio al solo ricorrente a Strasburgo, con esclusione dei c.d. "fratelli minori" nell'eventualità in cui la Corte europea abbia ravvisato un problema strutturale, suscettibile di dare luogo a violazioni potenzialmente seriali. Tale soluzione è pienamente coerente con la decisione – palese, stante la rubrìca del nuovo titolo III-*bis* del libro IX[17] – di ancorare il nuovo rimedio agli obblighi *esecutivi ex* art. 46 CEDU[18], e non, secondo un diverso modello pure adottato in altri Paesi[19], all'inconciliabilità del giudicato interno con la giurisprudenza convenzionale, ciò che avrebbe aperto ampi spazi a chi versi in situazione identica, o finanche analoga, al ricorrente a Strasburgo[20].
A fronte di questa opzione, secondo noi condivisibile, qualche riflessione è però opportuna in ordine al se i "fratelli minori" conservino – nel pieno rispetto del dato testuale – qualche residuo margine di manovra. La risposta potrebbe forse essere positiva a fronte di una sentenza europea "formalmente pilota", recante nel dispositivo la prescrizione dell'esigenza di adottare rimedi *ultra-partes*, e la contestuale sospensione dell'esame dei ricorsi già promossi da soggetti in condizione analoga al ricorrente vittorioso[21]. Quantomeno costoro potrebbero infatti essere a loro volta qualificati, agli effetti dell'art. 628-*bis* Cpp, come persone che *«hanno proposto ricorso per l'accertamento di una violazione»* convenzionale, e d'altronde, come si è in altra sede osservato, rispetto ad una sentenza "formalmente pilota" ben potrebbe riconoscersi ad un intervento *ultra-partes* sul giudicato natura strettamente "esecutiva"[22]. Fuori da tali situazioni, ove pure la Corte europea ravvisi violazioni strutturali che richiedono misure generali, le eventuali disparità di trattamento, fra ricorrenti e non ricorrenti a Strasburgo, non potranno che risolversi, oggi come in passato, alla sola luce dei canoni costituzionali interni, in adeguato bilanciamento, peraltro, col principio di certezza delle situazioni giuridiche, che, per lo stesso giudice di Strasburgo, – *«is necessarily inherent in the law of the Convention…*[and] *may dispense States from questioning legal acts or situations that antedate judgements of the Court declaring domestic legislation incompatibile with the Convention»*[23].
Per le vittime di violazioni, riconosciute come strutturali, di natura sostanziale (si pensi alla lesione dei principi di irretroattività *in peius* o di retroattività *in mitius ex* art. 7 Cedu), dovrebbe restare

[16] Per un approfondimento B. Lavarini, *Il sistema*, cit., 45 ss.
[17] «*Rimedi per l'*esecuzione *delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo»*.
[18] I quali sono ancorati al *dictum* della Corte nella specifica controversia sottopostale, il che significa, sotto il profilo soggettivo, che un obbligo di *restitutio in integrum*, da eventualmente assolvere tramite un intervento sul giudicato interno, potrà riguardare il solo ricorrente a Strasburgo: *amplius*, B. Lavarini, *Il sistema*, cit., 29 ss.
[19] Quali ad esempio la Norvegia: per un approfondimento cfr. V. Sciarabba, *Il giudicato e la CEDU*, Padova 2012, 198.
[20] In una prospettiva ancora più ampia, una parte della dottrina suggeriva l'introduzione di una revisione «a tutela dei diritti fondamentali», non necessariamente ancorata alla matrice convenzionale dei medesimi, ma indipendente «dalla sede in cui…trovano massima valorizzazione», e conseguentemente radicata sugli artt. 2 e 3, oltreché 117, Cost.: cfr. R. Casiraghi, *La revisione*, Milano 2020, 75 ss.
[21] Cfr. art. 61, § 1, Reg. C. edu.
[22] B. Lavarini, *Il sistema*, cit., 29 ss.
[23] C. eur. IV, 30.11.2010, *H. Urban e R. Urban c. Polonia*, § 65. Più di recente, cfr. anche C. eur., Gr. C., 1.12.2020, *Gudmundur Andri Astradsson c. Islanda*, § 314, che, dopo aver ravvisato nella legislazione islandese un grave difetto foriero di seriali violazioni del principio di imparzialità del giudice, e avere sottolineato come spetti allo Stato, in adempimento degli obblighi *ex* art. 46 Cedu, porre in atto le misure idonee a prevenire violazioni similari, ha detto a chiare lettere che l'aver accertato una violazione nel caso di specie *«may not as such be taken to impose on the respondent State an obligation under the convention to reopen all similar cases that have since become res iudicata in accordance with Icelandic law»*.

praticabile la via dell'incidente esecutivo, funzionale a promuovere una questione di costituzionalità della norma – incriminatrice o sanzionatoria – convenzionalmente incompatibile, il cui eventuale accoglimento consenta al giudice dell'esecuzione di intervenire sul giudicato a norma dell'art. 30, co. 4, l. 11.3.1953, n. 87[24]. Sebbene, infatti, sede elettiva per siffatte questioni di costituzionalità potrà certamente essere la fase rescindente della procedura *ex* art. 628-*bis* Cpp[25], non ci pare che possa attribuirsi alla Cassazione, in quella sede, una competenza "esclusiva" in proposito[26], ciò che, da un lato, lascerebbe "scoperte" le situazioni in cui l'impugnazione straordinaria non sia stata esperita (o sia stata esperita inammissibilmente) da chi vi è legittimato, dall'altro, sarebbe di dubbia compatibilità col principio di indipendenza interna del giudice.

Va da sé, invece, che – almeno allo stato – nessun intervento *post-iudicatum* potrà essere promosso dai "fratelli minori" i quali, senza avere adito il giudice europeo, si ritengano vittime di una violazione strutturale di natura processuale[27]: non diversamente dal passato, un eventuale incidente di costituzionalità in favore di costoro non è prospettabile, dato che la dichiarazione di illegittimità di norme processuali, giusta l'attuale versione dell'art. 30, co. 4, l. n. 87/1953, non sarebbe in grado di "valicare" il giudicato. Altro è, naturalmente, chiedersi se, sotto questo profilo, il principio di parità di trattamento fra situazioni analoghe non debba indurre all'introduzione di un apposito rimedio – non necessariamente attraverso l'estensione della predetta disposizione –, destinato ad operare a fronte della declaratoria di incostituzionalità – per ragioni, peraltro, non soltanto di incompatibilità "europea" –, quantomeno delle norme processuali, come quelle probatorie, che potrebbero significativamente condizionare il merito della decisione[28].

Ancora sul piano della fruibilità soggettiva del nuovo rimedio, non stupisce – e va anzi condivisa – l'esclusione dai legittimati della vittima del reato[29], con riguardo ad esempio alle sentenze di proscioglimento per prescrizione (o per altro genere di provvedimento clemenziale), da cui la Corte di Strasburgo tragga la violazione degli obblighi positivi, in capo allo Stato, di attivarsi a tutela dei diritti fondamentali *ex* artt. 2, 3 o 8 Cedu. Della questione ci si era già occupati nel vigore della "revisione europea", sottolineando come, al di là degli ostacoli testuali all'esperibilità del rimedio avverso le sentenze di proscioglimento, riconoscere alla vittima del reato la legittimazione in proposito avrebbe dato luogo a un'intollerabile incongruenza sistematica, a fronte della generalizzata esclusione, al di fuori di situazioni assolutamente peculiari, di impugnazioni straordinarie *in malam partem*[30]. Del resto, il problema è già stato portato all'attenzione degli organi europei: nell'ambito della procedura esecutiva della sentenza *Alikaj c. Italia*, che condannava il nostro paese per violazione dell'art. 2 Cedu – in ragione del proscioglimento per prescrizione dal reato di omicidio colposo di un

[24] V. anche R. Casiraghi, *Uno specifico rimedio*, cit., 196; S. Lonati, *Processo penale e rimedi*, cit., 303. Come è noto, la soluzione richiamata nel testo è stata "inaugurata" da C. cost., 18.7.2013, n. 210, nell'intento di estendere ai "fratelli minori" la portata di C. eur., Gr. C., 17.9.2009, *Scoppola c. Italia*.

[25] Cfr. in tal senso la *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435* della Commissione Lattanzi, in questa rivista, 40, ove si afferma che «la Cassazione potrebbe inoltre sollevare immediatamente questione di legittimità costituzionale della norma interna interessata dalla decisione di Strasburgo nel caso in cui quest'ultima individui un problema di portata generale dell'ordinamento nazionale: in tal modo, si potrebbe risolvere a monte la delicata questione dei cd. fratelli minori, i quali, non legittimati a proporre il nuovo rimedio, si potrebbero poi rivolgere al giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 673 c.p.p».

[26] Sembra invece ipotizzarlo, nel commentare la direttiva *ex* art. 1, co. 13, lett. *o*) l. n. 134/2021, R.M. Geraci, *Un'attesa lunga vent'anni: il ricorso straordinario per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in *PPG* 2022, 193, secondo cui i "fratelli minori", una volta intervenuta su sollecitazione della Cassazione la declaratoria di incostituzionalità della norma interessata, «potrebbero rivolgersi in via successiva al giudice dell'esecuzione».

[27] Cfr., ancora, la dottrina citata *sub* nota 24.

[28] Cfr., anteriormente alla riforma, B. Lavarini, *Il sistema*, cit., 163.

[29] Non mancano, peraltro, voci dissenzienti, secondo cui la scelta del legislatore potrebbe determinare un vuoto di tutela: cfr. G. De Amicis, *Prime riflessioni*, cit.; A. Pulvirenti, *Il rimedio per l'esecuzione*, cit., 978.

[30] Cfr. B. Lavarini, *Il sistema*, cit., 50 ss. V. anche, con qualche diversa sfumatura, R. Casiraghi, *La revisione*, cit., 289 s. Con riguardo al nuovo rimedio, A. Mangiaracina, *Le impugnazioni straordinarie*, cit., 948.

agente di polizia, responsabile della morte di un ragazzo durante un inseguimento –[31], il Governo italiano, nell'informare il Comitato dei ministri delle misure adottate, negava espressamente, e in radice, la possibilità di riaprire il processo, non solo perché non consentito dalla (allora) revisione europea, ma anche perché l'opposta violazione avrebbe leso il principio, anche convenzionale, del *ne bis in idem*. Nessuna obiezione veniva formulata in proposito dal Comitato dei ministri, che concludeva positivamente la procedura esecutiva[32].

Può a maggior ragione comprendersi che il rimedio *ex* art. 628-*bis* Cpp non venga riconosciuto, ai meri effetti civili, in favore della parte civile (a fronte di un giudicato europeo che, ad esempio, ne abbia accertato la violazione del diritto al *fair trial*): dati gli angusti ambiti di operatività del "corrispondente" rimedio straordinario *ex* art. 391-*quater* Cpc[33], sarebbe infatti irragionevole garantire al danneggiato costituito parte civile uno strumento che non gli sarebbe invece riconosciuto se esercitasse l'*actio* risarcitoria nella sede propria (tantopiù alla luce della sottrazione al giudice penale delle impugnazioni della cognizione ai meri effetti civili, giusta i nuovi artt. 573 co. 1-*bis* e 578 co. 1-*bis* Cpp).

Sul fronte dei presupposti "europei" di ammissibilità del nuovo rimedio, l'art. 628-*bis* Cpp individua, in alternativa, un giudicato della Corte di Strasburgo accertativo della violazione convenzionale, o la cancellazione dal ruolo del ricorso, a norma dell'art. 37 Cedu, a fronte del riconoscimento unilaterale da parte dello Stato di tale violazione, secondo la procedura di cui all'art. 62A Reg. C. Eur. Sotto questo secondo profilo la "novella" recepisce, ragionevolmente, un orientamento giurisprudenziale già manifestatosi nel vigore della "revisione europea"[34]. Quanto, invece, alla prima ipotesi, va anzitutto rimarcato come l'art. 628-*bis* Cpp sembri accontentarsi, sul piano dell'ammissibilità del gravame straordinario, di una decisione del giudice convenzionale che accerti la violazione, senza chiedere che la stessa decisione contenga, nel dispositivo o in motivazione, indicazioni espresse sulle specifiche misure individuali da adottare (*sub specie* di revoca/modifica del giudicato, cessazione dei relativi effetti, riapertura del processo): questa scelta, risolutiva di alcune ambiguità ravvisabili, invece, nel vigore della "revisione europea"[35], appare conforme alle indicazioni della stessa giurisprudenza di Strasburgo, secondo cui, giusta il combinato disposto degli artt. 41 e 46 Cedu, la dichiarazione di una violazione convenzionale è di per sé sufficiente a fondare, nell'*an*, un obbligo di *restitutio in integrum* – al cui adempimento il nuovo strumento è certamente funzionale –, a meno che ciò sia materialmente impossibile o comporti un onere sproporzionato per lo Stato medesimo[36]. Ciò non vuol dire che indicazioni esplicite del giudicato europeo siano indifferenti, né che sia "neutra" la sede – dispositivo o motivazione – in cui sono formulate. Come avremo modo di approfondire, infatti, alle stesse dovrà darsi peso nella decisione sull'accoglimento, in fase rescindente, dell'impugnazione straordinaria[37].

3. A pena di inammissibilità l'impugnazione *ex* art. 628-*bis* Cpp, che assume le vesti di ricorso: *a)* ferma la già ricordata legittimazione "sostanziale", va presentata dall'interessato personalmente, o in caso di morte da un congiunto, a mezzo di difensore munito di procura speciale (evidentemente abilitato al patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori, vista la competenza funzionale della Corte

[31] C. eur. II, 29.3.2011, *Alikaj c. Italia*.
[32] Cfr. il *Bilan d'action revisé* inviato dal Governo italiano alla segreteria del Comitato dei ministri il 16.11.2015 (*DH-DD(2015)1225*), e la *Risoluzione finale* del 24.2.2016 del Comitato (*CM/ResDH(2016)13*), in *https://hudoc.exec.coe.int*.
[33] Cfr., *supra*, nota 2.
[34] Cass. V, 4.2.2022 n. 16226, F., in *Leggi d'Italia*; v. anche, indirettamente, Cass. I, 13.7.2018 n. 50919, F., *ivi*. In dottrina, G. De Amicis, *Prime riflessioni*, cit.; M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 84; A. Mangiaracina, *Le impugnazioni straordinarie*, cit., 944 s.
[35] Cfr. B. Lavarini, *Il sistema*, cit., 59 ss.
[36] Cfr., in termini particolarmente chiari, C. eur., Gr. C., 29.5.2019, *Ilgar Mammadov c. Azerbaijan*, § 151.
[37] Cfr., *infra*, § 5.

di cassazione[38]) [39]; *b)* va depositata con le modalità di cui all'art. 582 Cpp nella cancelleria del giudice che ha emesso la sentenza o il decreto penale, entro novanta giorni dalla data in cui è divenuta definitiva la decisione della Corte europea che ha accertato la violazione o in cui è stata emessa la decisione di cancellazione del ricorso dal ruolo *ex* art. 37 Cedu [40]; *c)* deve contenere *«l'indicazione specifica»* delle ragioni che giustificano la richiesta alla Cassazione, a norma dell'art. 628-*bis* co. 1, di *«revocare la sentenza o il decreto penale di condanna»*, di *«disporre la riapertura del procedimento, o, comunque, di adottare i provvedimenti necessari per eliminare gli effetti pregiudizievoli»* derivanti dalla violazione convenzionale (art. 628-*bis* co. 2, 1° periodo, e co. 3). Siccome non richiamata dall'art. 628-*bis* co. 3, non rileva invece sul piano dell'ammissibilità l'ulteriore prescrizione del necessario deposito, con le stesse forme previste per l'atto di impugnazione, della sentenza o del decreto penale di condanna, della decisione della Corte di Strasburgo, e di eventuali altri atti e documenti a fondamento del gravame (art. 628-*bis* co. 2, 2° periodo): sembra quindi trattarsi di un mero onere di allegazione, non preclusivo di eventuali integrazioni successive, anche *ex officio*[41].

Qualche riflessione è opportuna in ordine a come debbano declinarsi, rispetto al rimedio straordinario di cui si discute, i requisiti di ammissibilità connessi alle richieste e ai motivi, anche alla luce del relativo intersecarsi con la disciplina generale delle impugnazioni, certamente riferibile pure allo strumento *ex* art. 628-*bis* Cpp, se compatibile e non derogata. L'onere di "specificità" – che l'art. 628-*bis* riafferma, rispetto alla previsione "quadro" *ex* art. 581 Cpp, quanto alle ragioni fondanti le richieste alla Cassazione, ma che, in forza della stessa previsione "quadro", non può che coinvolgere anche queste ultime – sembra impegnare l'impugnante a rappresentare nel dettaglio le caratteristiche della violazione europea in relazione alla sua "incidenza effettiva" sull'esito processuale – in vista del vaglio rescindente della corte di legittimità, che verterà su tale parametro –, e a soffermarsi altresì sulla concreta idoneità dei provvedimenti sollecitati a rimuovere gli effetti pregiudizievoli della violazione[42].

Resta però da chiarire, anche alla luce del requisito generale di ammissibilità dell'interesse ad impugnare (art. 591 co. 1 lett. *b)* Cpp), se il "pregiudizio" di cui si sollecita l'eliminazione debba intendersi perdurante, e se possa avere natura esclusivamente morale. La questione assume significativo rilievo, ad esempio, a fronte di violazioni convenzionali sostanziali, incidenti sul *quantum* sanzionatorio, incorse in danno di condannati che abbiano integralmente espiato la pena, tantopiù in ragione del fatto che la Raccomandazione n. R (2000) 2 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ancorava proprio all'attualità (oltreché alla gravità) del pregiudizio l'esigenza di intervenire *post-iudicatum*. A nostro parere, l'avvenuta espiazione sanzionatoria non può in alcun modo elidere l'interesse ad esperire il rimedio straordinario, *in primis* perché la pena illegittimamente

[38] Cfr. A. Cabiale, *sub art. 628-bis*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*[6], tomo III, Milano 2023, 2128. In termini dubitativi, invece, A. Mangiaracina, *Le impugnazioni straordinarie*, cit., 951.

[39] Il fatto che l'impugnazione non sia esperibile, in favore del condannato o del prosciolto con applicazione di misura di sicurezza, anche dal pubblico ministero, si giustifica, come già sostenuto in dottrina con riguardo alla "revisione europea" (R.M. Geraci, *L'impugnativa straordinaria per la violazione della Cedu accertata a Strasburgo: le ipotesi, le procedure, gli effetti*, in P. Corvi (a cura di), *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, Torino 2016, 78 s.; B. Lavarini, *Il sistema*, cit., 54 s.), alla luce della medesima giurisprudenza convenzionale in tema di *reopening clause*, inequivoca nell'affermare che una siffatta modalità di rimessione in pristino debba essere adottata esclusivamente a richiesta della vittima della violazione: cfr. R. Casiraghi, *Uno specifico rimedio*, cit., 196.

[40] A norma dell'art. 91 d.lgs. n. 150/2022, se la sentenza di Strasburgo accertativa della violazione è divenuta definitiva prima dell'entrata in vigore della "novella", o se, prima della stessa data, è stata disposta la cancellazione del ricorso dal ruolo a norma dell'art. 37 Cedu, il termine di novanta giorni *ex* art. 628-*bis* Cpp decorre *«dal giorno successivo alla data di entrata in vigore»* del decreto legislativo.

[41] V. anche, con varietà di accenti, S. Lonati, *Processo penale e rimedi*, cit., 312; A. Mangiaracina, *Le impugnazioni straordinarie*, cit., 953 s.; A. Pulvirenti, *Il rimedio per l'esecuzione*, cit., 982 s.

[42] In questi termini anche R. Casiraghi, *Uno specifico rimedio*, cit., 197; G. De Amicis, *Gli approfondimenti*, cit. Cfr. inoltre la *Relazione n. 2/2023* dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, in *CP* 2023, suppl. al n. 1, 191.

espiata a causa della violazione convenzionale potrebbe essere "recuperabile" sul piano della fungibilità *ex* art. 657 Cpp[43], o dare luogo a riparazione per ingiusta detenzione[44], in secondo luogo perché – contrariamente a quanto la giurisprudenza talora afferma con riguardo alle impugnazioni ordinarie –, anche un interesse soltanto morale può sorreggere lo specifico rimedio *ex* art. 628-*bis* Cpp, come si può indirettamente ricavare dal fatto che lo stesso, in caso di morte del ricorrente vittorioso a Strasburgo, sia esperibile dai relativi congiunti[45].

4. A norma dell'art. 628-*bis* co. 4 Cpp, la Cassazione decide sull'impugnazione straordinaria nelle forme del rito camerale di cui al novellato art. 611 Cpp. La genericità del richiamo ne lascia intendere la riferibilità tanto alla regola – secondo cui l'udienza camerale si svolge senza la partecipazione delle parti, alle quali è garantito un contraddittorio meramente cartolare –, quanto alla relativa derogabilità a richiesta di parte o *ex officio*, con conseguente celebrazione dell'udienza in forma "partecipata", camerale o pubblica: per verificare le condizioni, che a norma dell'art. 611 co. 1-*bis* Cpp legittimano la richiesta o la fissazione d'ufficio dell'udienza "partecipata", dovrà guardarsi al provvedimento oggetto del rimedio straordinario[46].
La Cassazione, ove ne ricorrano i presupposti, «*dispone la sospensione dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza ai sensi dell'articolo 635*». La previsione espressa della possibilità di adottare provvedimenti interinali, sulla falsariga del meccanismo operante nel giudizio di revisione, è senz'altro opportuna a fronte del "distacco" del rimedio europeo dalla più tradizionale impugnazione straordinaria. Va peraltro segnalato che, alla luce della diversa formulazione dell'art. 628-*bis* co. 4 – ove si prevede *«la sospensione dell'esecuzione…ai sensi dell'articolo 635»* –, e dell'art. 629-*bis* co. 4 in tema di rescissione del giudicato – secondo cui, più genericamente, *«si applicano gli articoli 635 [e 640]»* –, il richiamo all'art. 635 parrebbe limitato, quanto al rimedio "europeo", ai provvedimenti sospensivi, con esclusione, quindi, della possibilità per la Cassazione di *«applica [re], se del caso, una delle misure coercitive previste dagli articoli 281,282,283 e 284»*[47]. L'attribuzione al giudice di legittimità della competenza ad applicare una misura cautelare rappresenterebbe del resto un'anomalia (*arg. ex* art. 91 NAtt), fermo restando che, quando la Cassazione disponga la riapertura del processo, eventuali provvedimenti coercitivi ben potranno essere adottati nella fase rescissoria.

5. Se non deve dichiarare l'inammissibilità dell'impugnazione straordinaria – per difetto dei presupposti *ex* art. 628-*bis* co. 1 o dei requisiti formali *ex* art. 628-*bis* co. 2, 1° periodo –, la Cassazione è innanzitutto tenuta a vagliare, in chiave rescindente, se la violazione accertata dalla Corte europea, *«per natura e gravità, ha avuto una incidenza effettiva sulla sentenza o sul decreto penale di condanna»* emessi nei confronti dell'impugnante, solo in questo caso accogliendone la richiesta. Attraverso il criterio dell'*«incidenza effettiva»* il legislatore, come precisato nella Relazione al d.lgs.

[43] Non pare discutibile che il riferimento di tale disposizione alla "revoca" della condanna, nato pensando alla revisione tradizionale e all'*abolitio criminis ex* art. 673 Cpp, possa ora includere la nuova impugnazione straordinaria.
[44] Cfr., per il riconoscimento (parziale) della riparazione per ingiusta detenzione a Bruno Contrada, all'esito della complessa vicenda "esecutiva" di C. eur. IV, 14.4.2015, *Contrada c. Italia*, C. app. Palermo, ord. 15.12.2022, in *SP* (1.3.2023).
[45] Cfr., con qualche diversa sfumatura, G. De Amicis, *Prime riflessioni*, cit.; S. Lonati, *Processo penale e rimedi*, cit., 321. La prevalente dottrina era peraltro già arrivata ad analoghe conclusioni nel vigore della "revisione europea": fra gli altri R. Casiraghi, *La revisione*, cit., 291; B. Lavarini, *Il sistema*, cit., 66 s.
[46] V. anche G. De Amicis, *Prime riflessioni*, cit. *Contra*, A. Mangiaracina, *Le impugnazioni straordinarie*, cit., 954, la quale esclude la possibilità dell'udienza "partecipata".
[47] V. anche G. De Amicis, *Prime riflessioni*, cit.; A. Cabiale, *Sub art. 628-bis*, cit., 2128. Riconoscono invece alla Cassazione il potere cautelare S. Lonati, *Processo penale e rimedi*, cit., 318; A. Mangiaracina, *Le impugnazioni straordinarie*, cit., 954, nonché la *Relazione n. 2/2023*, cit., 191.

n. 150/2022[48], ha inteso bilanciare gli obblighi di adeguamento europeo con la tutela del giudicato nazionale, lasciando alla corte di legittimità un «ragionevole margine di apprezzamento» sull'effettiva esigenza di *restitutio in integrum* del ricorrente vittorioso a Strasburgo[49].
Premesso che questa scelta di bilanciamento appare pienamente condivisibile, e prima di approfondirne i parametri, è opportuno chiedersi se, al di là dell'apparente portata generale della previsione di cui si discute, vi siano situazioni in cui la Cassazione non disponga, in realtà, di alcun margine di apprezzamento.
In questa prospettiva vengono in rilievo, anzitutto, i casi in cui sia la stessa sentenza europea a prescrivere una determinata misura "restitutoria" (*sub specie*, ad esempio, di *re-trial clause* o di rideterminazione sanzionatoria). Come si era già osservato prima della riforma[50], dalla giurisprudenza convenzionale sembra emergere una distinzione fra i casi in cui specifiche misure siano prescritte nel dispositivo, o in motivazione in termini perentori – tramite il ricorso a locuzioni quali *«l'unica soluzione adeguata»* –, e i casi in cui le stesse misure siano indicate come «*in linea di principio adeguate*» o non siano in radice indicate[51]. Fermo restando il margine di apprezzamento nella seconda eventualità, nella prima rigettare il ricorso *ex* art. 628-*bis* Cpp – quantomeno sul piano rescindente, al di là del risultato, più o meno favorevole all'impugnante, che potrà scaturire della fase rescissoria –, potrebbe esporre l'Italia alla procedura di infrazione *ex* art. 46, § 4, Cedu, ad evitare la quale non sembrano porsi alternative all'intervento di *restitutio in integrum* specificamente indicato dalla Corte europea[52].
A prescindere da indicazioni espresse nel giudicato europeo, va poi chiarito se possa essere la natura della violazione – in cui l'art. 628-*bis* Cpp individua un indicatore dell'incidenza effettiva di questa sul provvedimento irrevocabile –, a precludere *di per sé* ogni margine di discrezionalità rispetto all'esigenza di intervenire sul giudicato (ed eventualmente rispetto alle modalità di intervento). La risposta non può che essere positiva nel caso in cui sia lo stesso *contenuto decisorio* del provvedimento interno a concretare la violazione convenzionale, ciò che accade quando questa sia riferibile a garanzie di natura sostanziale: si pensi al riscontro dell'illegalità della pena inflitta, o addirittura della condanna, per violazione dell'art. 7 Cedu, oppure al caso in cui il fatto per cui vi è

[48] *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, in *GU*, 19.10.2022, n. 245, suppl. ord. n. 5, 342.
[49] Va precisato che un vaglio sull'incidenza effettiva non risultava espressamente previsto dalla direttiva *ex* art. 1, co. 13, lett. *o)* della l. delega n. 134/2021: sebbene una parte della dottrina abbia letto in ciò la scelta di «escludere l'attribuzione di un potere di sindacato sull'*an* dell'incidenza della violazione sull'esito del processo in capo alla Corte di legittimità» (R.M. Geraci, *Un'attesa lunga vent'anni*, cit., 195 s.), non ci pare che la soluzione adottata dal legislatore delegato possa essere "tacciata" di eccesso di delega, dati gli ampi margini di discrezionalità lasciati dalla citata direttiva nel prescrivere l'introduzione di un mezzo di impugnazione straordinario deputato a dare esecuzione alle sentenza definitive della Corte di Strasburgo, coi soli "vincoli" dell'attribuzione della competenza funzionale alla Cassazione, della legittimazione "esclusiva" del ricorrente alla Corte europea, e del coordinamento con la rescissione del giudicato e l'incidente di esecuzione *ex* art. 670 Cpp. Per ulteriori approfondimenti v. S. Lonati, *Processo penale e rimedi*, cit., 294 ss., 319 ss.
[50] B. Lavarini, *Il sistema*, cit., 23 ss.
[51] Cfr., in particolare, C. eur., Gr. C., 11.7.2017, *Moreira Ferreira c. Portogallo*, § 92 ss.; più di recente, C. eur., Gr. C., 11.7.2022, *Kavala c. Turchia*, §§ 146-148.
[52] Ne è prova la procedura di infrazione aperta nei confronti della Turchia e decisa da C. eur., Gr. C., 11.7.2022, *Kavala c. Turchia*, cit., in ragione del fatto che lo Stato membro non aveva dato corso alla rimessione in libertà del ricorrente a Strasburgo, pur specificamente prescritta nel dispositivo – oltreché in motivazione – da C. eur. II, 10.12.2029, *Kavala c. Turchia*. Deve darsi atto che, per la Corte di Strasburgo, margini di apprezzamento degli Stati membri in ordine all'adozione di specifiche misure di *restitutio in integrum* sono esclusi altresì nel caso in cui queste, pur non indicate nella sentenza europea, siano prescritte dal Comitato dei ministri incaricato di vigilare sull'esecuzione: cfr. C. eur., Gr. C., 29.5.2019, *Ilgar Mammadov c. Azerbaijan*, cha ha per tale motivo accolto una procedura di infrazione *ex* art. 46, § 4, Cedu. Premesso che questa impostazione è oltremodo discutibile – non potendosi ammettere l'interferenza sul potere giudiziario di organismi politici –, ben difficilmente la Cassazione, che sia investita del nuovo rimedio "europeo", dovrà confrontarsi con le specifiche indicazioni del Comitato dei ministri, considerato che il ricorso *ex* art. 628-*bis* Cpp va proposto entro soli novanta giorni dalla definitività delle sentenza della Corte di Strasburgo, mentre l'attivazione dell'organo esecutivo del Consiglio d'Europa ha tempi assai più lunghi.

stata condanna sia stato commesso, a detta della Corte di Strasburgo, nell'esercizio di un diritto convenzionalmente garantito[53].
L'incidenza effettiva della violazione "europea" sul giudicato interno va quindi elettivamente valutata allorché quest'ultima riguardi garanzie processuali – a partire da quelle *ex* art. 6 Cedu –, in vista dell'adozione, ad opera della Corte di cassazione, di un provvedimento di riapertura del procedimento. La stessa Corte di Strasburgo, del resto, ha da tempo messo in guardia da facili automatismi fra il riscontro di una tale tipologia di violazione e l'obbligo di rimediarvi riaprendo il processo, riconoscendo la legittimità di limiti o condizioni apposti dagli Stati all'esperibilità dei rimedi *post-iudicatum*, quand'anche – come accennato sopra – reputati in linea di principio appropriati[54].
Ciò premesso, nel tentativo di meglio definire i contorni dell'incidenza effettiva della violazione processuale sul risultato decisorio, può tornare utile l'elaborazione registratasi, in dottrina e giurisprudenza, nel vigore della "revisione europea".
Guardando alla "natura" e "gravità" del vizio, margini di incidenza sull'esito del processo sembrano doversi escludere, ad esempio, quando la Corte di Strasburgo abbia ravvisato la lesione del diritto alla ragionevole durata del procedimento[55] o alla pubblicità delle udienze[56].
In termini antitetici, l'incidenza effettiva appare invece *in re ipsa* a fronte di violazioni relative ai principi di indipendenza o imparzialità del giudice – siccome attinenti all'in sé della funzione giurisdizionale –[57], o al diritto dell'imputato di partecipare al processo[58]. Sotto questo secondo profilo, peraltro, vengono altresì in gioco le esigenze di coordinamento coi rimedi riconosciuti all'irrevocabilmente giudicato *in absentia* dagli artt. 629-*bis* e 175 co. 2.1 Cpp: benché, infatti, l'art. 628-*bis* co. 8 Cpp chiarisca a monte che dovrà esperirsi il rimedio "europeo", non quelli "interni", quand'anche la violazione accertata a Strasburgo attenga al diritto dell'imputato di partecipare al processo, va da sé che del primo rimedio non potrà darsi una lettura "riduttiva" rispetto agli altri, per un'ovvia esigenza di (quantomeno) equivalenza. Considerato, allora, che l'incidenza effettiva sul risultato decisorio è del tutto estranea al novero dei presupposti tanto della rescissione del giudicato (art. 629-*bis*), quanto della specifica fattispecie di restituzione in termini in favore dell'assente (art. 175 co. 2.1.), non si vede come tale parametro potrebbe invece essere invocato per "bloccare" l'accoglimento del ricorso *ex* art. 628-*bis* Cpp (al di là, naturalmente, del risultato di merito che la riapertura del processo – inevitabile nel caso di specie – potrà comportare per l'imputato) [59].
Quanto, invece, alla violazione di ulteriori garanzie difensive o probatorie – secondo una nota e ancora utile classificazione[60] –, il vaglio di incidenza effettiva sul risultato decisorio dovrà secondo noi condursi in una duplice direzione. In primo luogo, sebbene la rilevanza causale del vizio sia già stata accertata dalla Corte di Strasburgo – ciò che conduce parte della dottrina a dubitare che se ne

[53] Cfr., con qualche diversa sfumatura, S. Lonati, *Processo penale e rimedi*, cit., 325.
[54] C. eur., Gr. C., 11.7.2017, *Moreira Ferreira c. Portogallo*, cit., § 52; C. eur., Gr. C., 9.11.2018, *Beuze c. Belgio*, §§ 199-200.
[55] Così S. Lonati, *Processo penale e rimedi*, cit., 325. C. cost. n. 113/2011 escludeva espressamente l'esperibilità della revisione europea a ristoro di tale garanzia, rilevando come la riapertura del processo non solo non rimedierebbe, ma aggraverebbe, la lesione.
[56] Così, nel vigore della revisione europea, A. Logli, *La riapertura del processo a seguito della sentenza CEDU. Questioni interpretative sul nuovo caso di 'revisione europea'*, in *CP* 2012, 941 s. In giurisprudenza sembra però quantomeno "possibilista", rispetto all'incidenza della mancata pubblicità dell'udienza sul risultato decisorio, Cass. V, 4.2.2022 n. 16226, F., cit.
[57] Sebbene vada evidenziato, sotto questo profilo, come talune sentenze della Corte di Strasburgo abbiano escluso espressamente che, nel caso concreto, la riscontrata violazione del precetto convenzionale di indipendenza del giudice rendesse necessario riaprire il processo, valorizzando un prevalente interesse alla certezza e stabilità delle situazioni giuridiche: C. eur. IV, 30.11.2010, *H. Urban e R. Urban c. Polonia*, cit., § 56 ss.
[58] V. anche G. De Amicis, *Prime riflessioni*, cit.; M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 85.
[59] Sottolinea il rischio di un «disallineamento» fra i diversi rimedi straordinari A. Cabiale, *sub art. 628-bis*, cit., 2130.
[60] Cfr. R.E. Kostoris, *La revisione del giudicato iniquo*, cit., 57.

possa ridiscutere[61] –, deve considerarsi che gli strumenti, a disposizione del giudice europeo e di quello nazionale, potrebbero non coincidere, soprattutto in materia probatoria: mentre, infatti, il giudice convenzionale decide alla luce della sola sentenza, quello interno può disporre anche degli atti processuali [62], di cui l'art. 628-*bis* prevede espressamente l'allegazione alla richiesta dell'interessato (e che non vi è motivo, peraltro, per escludere che possano essere acquisiti *ex officio*). D'altra parte, la stessa giurisprudenza convenzionale ha riconosciuto al giudice nazionale finanche la possibilità di autonomamente interpretare, in ordine all'idoneità della violazione a indurre dubbi sulla legittimità della condanna, il *dictum* di Strasburgo, «purché non lo distorca o travisi apertamente»[63]. In secondo luogo, ma in termini strettamente collegati, la valutazione demandata alla Cassazione non potrà prescindere da una componente prognostica: il giudice "rescindente" dovrà cioè chiedersi se, attraverso la riapertura del processo, il ricorrente vittorioso a Strasburgo possa conseguire un «miglior esito decisorio». Sono ancora gli organi europei ad ammettere che una motivata prognosi di improbabilità di un più favorevole risultato possa fondare il diniego del *re-trial*: può richiamarsi, in termini particolarmente indicativi, la Risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa a chiusura della procedura esecutiva della sentenza *Ocalan c. Turchia* (ove si erano ravvisate plurime e gravi violazioni dell'art. 6 Cedu)[64], che ha avallato la decisione del giudice nazionale di non dare corso alla riapertura, reputandone sufficiente la motivazione, fondata appunto sull'improbabilità di una decisione differente[65].

6. Qualora il vaglio sull'«incidenza effettiva» abbia esito positivo, la Cassazione *«accoglie la richiesta»* (*rectius*, l'impugnazione straordinaria), che – diversamente – rigetta nel merito. Dopodiché si aprono due strade: *a)* se *«non sono necessari ulteriori accertamenti di fatto»* o comunque *«risulta superfluo il rinvio»*, la corte assume direttamente i provvedimenti occorrenti a rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione convenzionale, disponendo, se occorre, la revoca della sentenza o del decreto penale: in questa eventualità, di cui ci occuperemo in seguito[66], la decisione rescindente non è formalmente autonoma, ma viene assorbita in quella rescissoria; *b)* altrimenti, secondo i casi (e con provvedimento di cui non viene precisata la forma, ma che sembra plausibile qualificare come ordinanza[67]): *b')* trasmette gli atti al giudice dell'esecuzione, oppure *b'')* dispone la riapertura del processo nel grado e nella fase in cui si procedeva al momento in cui si è verificata la violazione, in tal caso stabilendo se e in che parti gli atti compiuti in precedenza conservino efficacia[68].

---

[61] G. Esposito, *Verso un celere riconoscimento*, cit., 27; in termini più sfumati, G. De Amicis, *Prime riflessioni*, cit.

[62] Così, con riguardo al pregresso panorama dei rimedi europei, M. Gialuz, *Una sentenza "additiva di istituto"*, cit., 3316. In ordine al nuovo strumento *ex* art. 628-*bis* Cpp, S. Lonati, *Processo penale e rimedi*, cit., 327.

[63] C. eur., Gr. C., 11.7.2017, *Moreira Ferreira c. Portogallo*, cit., § 96.

[64] C. eur., Gr. C., 12.5.2005, *Ocalan c. Turchia*.

[65] Cfr. *CM/ResDH (2007) 1* del 14.2.2007, in *https://hudoc.exec.coe.int*.

[66] Cfr., *infra*, § 7.

[67] In questi termini S. Lonati, *Processo penale e rimedi*, cit., 333, per il quale inducono a tale conclusione il carattere interlocutorio della decisione e la natura camerale del procedimento.

[68] Non è chiaro se, in quest'ultima eventualità, la Cassazione debba in ogni caso revocare la decisione pregressa, o se la revoca vada invece disposta dal giudice di merito, alla luce degli eventuali esiti, positivi per l'impugnante, della fase rescissoria (sulla falsariga di quanto l'art. 637 co. 2 Cpp prevede in materia di revisione). Potrebbe deporre nel secondo senso il fatto che l'art. 628-*bis* co. 5 Cpp preveda espressamente la revoca, ad opera della suprema Corte, del precedente giudicato, solo alla stregua di decisione, al contempo, rescindente e rescissoria (v., *infra*, § 7). In dottrina si è però osservato che «appare arduo disporre la riapertura del procedimento senza aver previamente revocato la sentenza di condanna passata in giudicato» (testualmente, R. Casiraghi, *Uno specifico rimedio*, cit., 198; v. anche S. Lonati, *Processo penale e rimedi*, cit., 332 s.), e, d'altra parte, un argomento a favore della revocabilità immediata, a prescindere dall'esito del successivo giudizio di merito, potrebbe ricavarsi per via sistematica dall'art. 629-*bis* Cpp, che, in materia di rescissione del giudicato, demanda alla corte d'appello di *«revocare»* il provvedimento illegittimamente adottato *in absentia* contestualmente alla trasmissione degli atti al giudice della fase o grado in cui la nullità, conseguente al processo in

È innanzitutto opportuno riflettere sul *discrimen* fra le due opzioni meramente rescindenti, vale a dire la trasmissione degli atti al giudice dell'esecuzione e la riapertura del processo. A nostro parere rileva non solo e non tanto la natura sostanziale o processuale della violazione, quanto il fatto che quest'ultima metta o meno in discussione la tenuta del giudicato in punto responsabilità: ove l'*an* della condanna (o del proscioglimento con applicazione di una misura di sicurezza) non sia nemmeno potenzialmente scalfito dall'accertamento della violazione convenzionale, non avrebbero infatti senso la riacquisizione della qualità di imputato, e la ripresa della decorrenza dei termini di prescrizione/improcedibilità, che, giusta gli artt. 60 co. 3 e 628-*bis* co. 6 e 7 Cpp, conseguono invece alla riapertura del processo.
La trasmissione degli atti al giudice esecutivo andrà allora disposta quando, in adeguamento ad un giudicato europeo che accerti la diretta incompatibilità convenzionale del *quantum* o della *species* della pena[69], o che riscontri una violazione incidente sul *titolo* della condanna inidonea ad inficiarne l'*an*[70], occorra una mera rideterminazione sanzionatoria (alla quale, secondo i parametri che chiariremo meglio in seguito, non possa provvedere direttamente la Cassazione). Ad escludere l'esigenza, in tale eventualità, di una ripresa del processo davanti al giudice di cognizione, può d'altra parte richiamarsi l'ormai consolidato orientamento che riconosce al giudice dell'esecuzione, a rimedio dell'illegalità della pena, ampi margini di discrezionalità, sia pure nel rispetto dei parametri di determinazione sanzionatoria emergenti dal giudicato, ove non coinvolti dalla violazione riscontrata[71].
Al contrario, la riapertura del processo andrà disposta, oltreché nel caso di riscontro a Strasburgo di una violazione processuale, a fronte di quelle violazioni sostanziali che possano mettere in crisi l'*an* della responsabilità penale (sempreché, anche in questo caso, non possa provvedere direttamente la Corte di cassazione): si pensi all'eventualità in cui la condotta per cui vi è stata condanna sia stata reputata dalla Corte europea «coperta» dall'esercizio di un diritto riconosciuto dagli artt. 9, 10, 11 Cedu, ciò che, sul piano interno, potrebbe condurre ad un'assoluzione perché il fatto non costituisce reato.
Restano situazioni dubbie. A fronte, ad esempio, di un'ipotetica decisione della Corte di Strasburgo che ravvisasse nell'*an* della condanna la violazione del principio della *lex mitior ex* art. 7 Cedu, un rinvio per la revoca della sentenza o del decreto penale al giudice dell'esecuzione potrebbe trovare

assenza fuori dei casi previsti dalla legge, si è verificata. Sebbene si concordi sull'inconciliabilità della riapertura del processo di cognizione con la "sopravvivenza" della precedente sentenza, pare discutibile qualificare la caducazione di quest'ultima alla stregua di 'revoca', ciò che – anche alla luce degli argomenti sistematici ricavabili dagli artt. 637 co. 2 e 673 Cpp – sembra evocare l'immediata sostituzione del provvedimento revocato con uno diverso. Sarebbe più convincente, a nostro parere, ricondurre il provvedimento rescindente della Cassazione al modello della decisione di annullamento con rinvio, come del resto, sul piano generale, si è da più parti sottolineato: cfr. G. De Amicis, *Prime riflessioni*, cit; v. anche la *Relazione n. 2/2023*, cit., 191.

[69] Si pensi alle situazioni in cui la Corte di Strasburgo ravvisi una violazione dell'art. 10 Cedu in ragione dell'applicazione di una pena detentiva per diffamazione a mezzo stampa.

[70] Si pensi alla ritenuta violazione del precetto di irretroattività *in peius*, *ex* art. 7 Cedu, di una più grave fattispecie criminosa, sempreché la riespansione della meno grave fattispecie preesistente non alteri, ad esempio, i termini di prescrizione. Per un approfondimento, nel vigore del pregresso sistema pretorio dei rimedi di "adeguamento europeo", B. Lavarini, *Il sistema*, cit., 116 ss.

[71] Cfr., in particolare, Cass. S.U., 29.5.2014 n. 42858, Gatto, in *CP* 2015, 41; Cass. S.U., 26.2.2015 n. 37107, Marcon, *ivi* 2015, 4337 (quanto ai poteri di rideterminazione della pena riconosciuti al giudice dell'esecuzione a fronte della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma sanzionatoria), nonché, di recente, Cass. S.U., 13.10.2022 n. 38809, in *www.cortedicassazione.it*, che, ribaltando il contrario indirizzo espresso da Cass. S.U., 26.6.2015 n. 47766, Butera, in *CP* 2016, 492, ha riconosciuto al giudice dell'esecuzione il compito di rimediare all'erronea applicazione della pena detentiva per un reato di competenza del giudice di pace, nonostante ciò implichi valutazioni che investono addirittura l'individuazione della tipologia sanzionatoria nell'ambito del catalogo legale di cui agli artt. 52 ss. d.lgs. 28.8.2000, n. 274.

fondamento nell'art. 673 Cpp, come si era già osservato in passato, nel vigore dei rimedi "pretori"[72]. Un argomento contrario a questa soluzione – con conseguente necessità della riapertura del processo allorché la Cassazione non possa provvedere direttamente – sembra però rinvenirsi nella direttiva *ex* art. 13, lett. *o*), l. n. 134/2021, ove, nell'investire il legislatore delegato dell'introduzione del nuovo rimedio straordinario, lo si sollecitava a coordinarlo *«con l'incidente di esecuzione di cui all'art. 670»* Cpp, senza alcuna menzione di quello *ex* art. 673 Cpp.

Dal fatto che la corte di legittimità, quando dispone la riapertura del processo, debba dichiarare se ed in che parte gli atti pregressi conservino efficacia (art. 628-*bis* co. 8 Cpp), si evince come competa alla stessa corte, non al giudice di merito, effettuare la "traduzione" della violazione convenzionale in un corrispondente vizio interno, in piena sintonia, peraltro, con la *ratio* sottesa all'attribuzione del rimedio straordinario al giudice nomofilattico. Con particolare riguardo alle violazioni processuali, è sotto questo profilo ancora attuale la già ricordata distinzione, suggerita dalla dottrina nel vigore della "revisione europea", tra violazioni di natura probatoria – a partire da quelle che traggono origine da una lesione del contraddittorio – e di natura difensiva[73]. Rispetto alle prime va considerato che, di regola[74], la Corte di Strasburgo non esclude in radice le prove, acquisite in violazione dell'art. 6, § 3, lett. *d)* Cedu, da quelle fruibili per la decisione, limitandosi per lo più ad impedire che ne rappresentino il fondamento «esclusivo o determinante»[75], o a pretendere, in quest'ultima situazione, che siano riconosciute all'imputato garanzie «compensative» del *deficit* difensivo[76]. Ne segue che la Cassazione, nel disporre la riapertura del processo, dovrà prescrivere al giudice di merito, se possibile, di rinnovare l'assunzione probatoria in termini convenzionalmente compatibili; diversamente – si pensi all'eventualità in cui la violazione consegua all'uso di dichiarazioni oggettivamente irripetibili –, di rivalutare il compendio probatorio, *comprensivo* dell'elemento "contestato" dalla Corte di Strasburgo, nel rispetto della *sole or decisive rule*, o attraverso la valorizzazione – ove sussistano – di garanzie difensive compensative. Se peraltro il diritto interno – male interpretato nel giudizio "fonte" della violazione convenzionale o *medio tempore* modificato in termini più garantistici – consenta di ricondurre la violazione ad una più rigida regola di esclusione probatoria, sarà quest'ultima, giusta l'art. 53 Cedu, a prevalere: la corte di legittimità dovrà quindi dichiarare l'inutilizzabilità della prova in questione, rimettendo al giudice di merito di decidere al netto di quest'ultima[77].

Rispetto invece alle violazioni "difensive"[78], *nulla quaestio* quando il vizio trovi riscontro in un'inosservanza di legge interna, e questa sia sanzionata da una nullità speciale – quand'anche non rilevata nel precedente processo –, o sia riconducibile a una nullità generale tramite l'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 178 Cpp: la Cassazione, nel disporre la riapertura del processo, dovrà dichiarare la nullità dell'atto interessato ed accertarne i riflessi sugli altri atti della sequenza

[72] Cfr. B. Lavarini, *Il sistema*, cit., 127 s.

[73] Per tutti R.E. Kostoris, *La revisione del giudicato iniquo*, cit., 57 ss.

[74] Per alcune eccezioni, e per le relative conseguenze sulla "traduzione" del vizio convenzionale nelle categorie interne, con particolare riguardo all'inutilizzabilità, cfr. B. Lavarini, *Il sistema*, cit., 73 ss.

[75] Fra le altre, C. eur. III, 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia*; C. eur. I, 19 ottobre 2006, *Majadallah c. Italia*.

[76] Così, in seguito ad un parziale *overruling* della sino ad allora "granitica" *sole or decisive rule*, C. eur., Gr. C., 15.12.2011, *Al Khawaya e Tahery c. Regno unito*, secondo cui l'art. 6 Cedu non impedisce radicalmente che la condanna si fondi in modo determinante su una prova acquisita senza contraddittorio, quando siano state riconosciute alla difesa garanzie procedurali "compensative" (*counterbalancing factors*); in seguito, per un'ulteriore "messa a punto", C. eur., Gr. C., 15.12.2015, *Schatschaschwili c. Germania*. Per una completa e approfondita analisi dell'evoluzione della giurisprudenza convenzionale in materia A. Cabiale, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Milano 2019, 112 ss.

[77] Così, nel vigore della "revisione europea", B. Lavarini, *Il sistema*, cit., 72, a cui si rinvia anche per gli ulteriori e molteplici riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

[78] Per tali intendendosi, in senso lato, le violazioni dell'art. 6 Cedu che non abbiano direttamente a che fare con la prova: si pensi ad un processo celebrato davanti a un giudice non indipendente o imparziale, oppure alla violazione dei diritti di informativa o di altre garanzie partecipative dell'imputato

procedimentale – secondo i principi in tema di invalidità derivata –, demandando al giudice di merito la relativa ripetizione allorché possibile. Qualora invece l'atto processuale interno, in cui la Corte di Strasburgo abbia ravvisato una violazione convenzionale, sia stato inequivocabilmente compiuto conformemente alla legge[79], la Cassazione, dato il principio di tassatività delle invalidità e la conseguente impossibilità d'interpretazione conforme, dovrà – pregiudizialmente rispetto al rinvio al giudice di merito – sollevare un incidente di costituzionalità, fondato sul contrasto fra la norma interna e gli artt. 6 Cedu e 117 Cost.[80]
L'art. 628-*bis* Cpp prevede che, qualora la Cassazione disponga la riapertura del processo, questo sia "rinviato" *«nel grado e nella fase in cui si procedeva al momento in cui si è verificata la violazione»*. La previsione è stata accolta favorevolmente in dottrina, osservandosi come, quando la violazione della garanzia convenzionale si sia verificata in primo grado, la regressione del processo a quello stadio sia idonea a preservare il diritto dell'imputato al doppio grado di giurisdizione di merito, che la "revisione europea", attribuita alla competenza funzionale del giudice d'appello, non riusciva invece a garantire[81]. A nostro parere, l'apparente categoricità della norma di cui si discute va temperata alla luce della tipologia di violazione convenzionale accertata, e della relativa "traduzione" nelle categorie interne: ad esempio, a fronte del riscontro di una violazione dell'art. 6 § 3, lett. *d)*, Cedu perché la condanna è fondata in modo esclusivo o determinante, o comunque senza garanzie compensative, su dichiarazioni non assunte in contraddittorio, il processo pare doversi rinviare al giudice d'appello – per la rinnovazione dell'acquisizione in termini convenzionalmente compatibili, o, se ciò non sia possibile, per una nuova valutazione probatoria nel rispetto dei criteri convenzionali –, quand'anche la violazione si sia originata in primo grado (si pensi ad una lettura *ex* art. 512 Cpp). Depone in questo senso quella medesima esigenza di economia processuale che, a certe condizioni, permette alla stessa Corte di cassazione di assumere la decisione rescissoria.

7. Come sopra accennato, la Cassazione può adottare direttamente i provvedimenti "rimediali" del pregiudizio indotto dalla violazione "europea" – ivi compresa, se occorra, la revoca della sentenza o del decreto penale –, se non sono necessari ulteriori accertamenti di fatto, o, comunque, risulta superfluo il rinvio. La disposizione – che lascia ampi margini di manovra rispetto alle variegate tipologie decisorie che l'esecuzione del giudicato europeo potrebbe richiedere – è palesemente evocativa dell'art. 620 lett. *l*) Cpp nella versione "riformulata" dalla l. 23.6.2017, n. 103, dalla quale si distacca, tuttavia, per la mancata espressa menzione del potere di rideterminare la pena *«sulla base delle statuizioni del giudice di merito»* quand'anche – secondo la più accreditata lettura[82] – ciò implichi valutazioni discrezionali. Questo potrebbe significare che, al di là del caso in cui occorra un'operazione meramente aritmetica, la rideterminazione sanzionatoria vada necessariamente demandata al giudice dell'esecuzione (dovendosi escludere, alla luce di quanto abbiamo già detto, la riapertura del processo di cognizione). Si tratterebbe, però, di un'interpretazione decisamente antieconomica, ragion per cui appare preferibile che a ricalibrare la pena provveda direttamente la Cassazione – risultando *«comunque superfluo il rinvio»* – quando non occorrano nuovi accertamenti

[79] Per un calzante esempio R.E. Kostoris, *La revisione del giudicato iniquo*, cit., 61, il quale ipotizza che «venga concesso il termine prescritto dalla legge, ma questo si riveli, nel caso concreto, del tutto inadeguato a una difesa effettiva», conducendo la Corte europea a ravvisare la violazione dell'art. 6, § 1, lett. *b)* Cedu: in tale eventualità, la pur ampia fattispecie di nullità generale *ex* art. 178 lett. *c)* Cpp non potrebbe certo invocarsi, non essendo ravvisabile alcuna *«inosservanza delle disposizioni stabilite dalla legge per gli atti del procedimento»*.
[80] Fra gli altri, nel vigore della "revisione europea", R.E. Kostoris, *La revisione del giudicato iniquo*, cit., 62; G. Ubertis, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *GC* 2011, 1547.
[81] R. Casiraghi, *Uno specifico rimedio*, cit., 198; A. Mangiaracina, *Le impugnazioni straordinarie*, cit., 956.
[82] Cass. S.U., 30.11.2017 n. 3464, Matrone, in *CP* 2018, 1880.

di fatto, quali in particolare un'integrazione istruttoria, a cui potrà invece provvedere il giudice esecutivo, *ex* art. 666 co. 5 Cpp[83].
Quanto invece alla revoca, da parte della corte di legittimità, della sentenza o del decreto di condanna, sembra doversi fare riferimento innanzitutto ai casi in cui la rimozione del pregiudizio, indotto dalla violazione convenzionale, implichi una decisione proscioglitiva per la cui pronuncia non occorrano nuovi accertamenti di fatto: si pensi ad una violazione del principio di irretroattività *in peius* incidente sull'*an* della condanna, a cui debba seguire l'assoluzione perché il fatto non è previsto come reato. Potrebbero venire in gioco, peraltro, anche violazioni processuali di tipo probatorio, ove la prova convenzionalmente viziata sia determinante per la condanna e ne sia impossibile la riacquisizione in termini compatibili con la normativa internazionale, ciò che renderebbe superflua la riapertura del processo, data l'ineluttabilità dell'esito assolutorio. Infine, la fattispecie potrebbe forse attagliarsi all'esecuzione di un giudicato europeo accertativo della violazione del *ne bis in idem*, consentendo alla Cassazione vuoi di revocare la condanna impugnata in via straordinaria dando esecuzione ad un pregresso giudicato di proscioglimento, vuoi, quando entrambe le decisioni siano di condanna, di revocare quella meno favorevole (*arg. ex* artt. 620 lett. *h*), 621 e 669 Cpp).

8. A seconda di come la Cassazione abbia "tradotto" il vizio convenzionale nelle categorie interne, e valutato se e in che termini gli atti precedenti conservino efficacia, la riapertura del processo davanti al giudice di merito – come già si sosteneva vigente la "revisione europea" – potrà concretarsi nella sua integrale celebrazione *ex novo*, nella rinnovazione di una fase o grado[84], o nella mera ripetizione di alcune attività[85].
Premesso che con la riapertura del processo il condannato[86] torna imputato (art. 60 co. 3 Cpp), ove questa sia disposta davanti al giudice di primo grado riprendono a decorrere i termini prescrizionali, a partire dalla pronuncia rescindente (art. 628-*bis* c. 6); se invece la riapertura è disposta davanti al giudice d'appello[87], si applica la disciplina dell'"improcedibilità cronologica" *ex* art. 344-*bis* Cpp, con *dies a quo* individuato nel novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine di cui all'articolo 128 Cpp (art. 628-*bis* co. 7).
Fermo restando che il giudizio di "rinvio" potrà concludersi tanto con un proscioglimento – anche per prescrizione o improcedibilità dell'azione penale *ex* art. 344-*bis* –, quanto con una nuova condanna[88], resta da chiarire se l'imputato sia tutelato dal divieto di *reformatio in peius*. Benché l'art. 628-*bis* Cpp non contenga previsioni esplicite, non vi sono ragioni per discostarsi, quanto alla risposta positiva al quesito, dalle conclusioni a cui si era già pervenuti nel vigore della "revisione europea" (rispetto alla quale l'applicabilità del divieto contava, peraltro, sull'autorevole avallo della sentenza costituzionale n. 113/2011)[89]: consentire che il nuovo giudizio abbia un esito deteriore per l'imputato si porrebbe infatti in contrasto logico vuoi con la declinazione *in bonam partem* del rimedio di cui si discute e, più in generale, delle impugnazioni straordinarie[90], vuoi con la proposta lettura del canone

[83] Secondo G. De Amicis, *Prime riflessioni*, cit., la corte di legittimità può rideterminare la pena «sulla base delle statuizioni del giudice di merito, ai sensi dell'art. 620, comma 1, lett. *l*)».
[84] Si pensi alla violazione del diritto dell'imputato a partecipare al processo, o alla relativa celebrazione davanti ad un giudice indipendente o imparziale, a seconda del segmento processuale in cui il vizio si è radicato.
[85] Si pensi ad una violazione convenzionale che abbia inficiato l'acquisizione o valutazione di una o più prove.
[86] O il prosciolto con applicazione di una misura di sicurezza.
[87] Appare del tutto improprio il riferimento dell'art. 628-*bis* co 7 Cpp alla (sola) *«corte d'appello»*, considerato che, se a norma dell'art. 628-*bis* c. 5 il processo va riaperto nel grado e nella fase in cui si procedeva al momento della violazione convenzionale, il giudice funzionalmente competente ben potrebbe essere, quanto al secondo grado, la corte d'assise d'appello o il tribunale in composizione monocratica.
[88] Per tutti R. Casiraghi, *Uno specifico rimedio*, cit., 199.
[89] Cfr. B. Lavarini, *Il sistema*, cit., 77 e 80.
[90] V. anche, con qualche diversa sfumatura, S. Lonati, *Processo penale e rimedi*, 338 ss.

dell'"incidenza effettiva" *ex* art. 628-*bis* co. 1 Cpp, comprensivo – a nostro parere – di una prognosi di miglior risultato processuale[91].

[91] Esprime invece dubbi sull'operatività del divieto R. Casiraghi, *Uno specifico rimedio*, cit., 199, la quale – richiamando le conclusioni espresse da Cass., S.U., 11.4.2006, n. 17050, Maddaloni, in *Ced*, n. 233729 a sostegno dell'inoperatività del divieto a fronte di una sentenza di annullamento *ex* art. 604 co. 4 Cpp –, rileva che «il difetto di equità, accertato in sede europea, pregiudica l'intero procedimento incluso il suo epilogo», conseguendone che non possa «ritenersi acquisita o conseguita dall'imputato alcuna posizione favorevole per effetto di una pronuncia emessa a conclusione di una sequenza procedimentale viziata nel suo svolgimento essenziale e *ab origine*». Cfr. anche G. De Amicis, *Prime riflessioni*, cit.

OPACITÀ NORMATIVA E LICENZA INTERPRETATIVA GIURISPRUDENZIALE SUI CONCETTI DI FAMILIARE E CONVIVENTE: LO SCONFINAMENTO DEL DELITTO DI MALTRATTAMENTI CONTRO FAMILIARI O CONVIVENTI NEL CAMPO APPLICATIVO DEGLI ATTI PERSECUTORI AGGRAVATI

di Antonella Madeo
(Professoressa associata di diritto penale, Università degli Studi di Genova)

Il contributo pone a confronto le riforme legislative, che hanno interessato i delitti di maltrattamenti contro familiari e conviventi e di atti persecutori, con l'interpretazione giurisprudenziale di questi. Si evidenzia la tendenza dei giudici a intendere i concetti di famiglia e di convivenza, presenti nell'art. 572 Cp, in misura eccessivamente dilatata, con ricorso a criteri valutativi eterogenei, a volte tra loro contraddittori; nonché si sottolinea come la mancanza di chiarezza legislativa in ordine al concetto di familiare, acuita dall'accostamento nel 2012 del comunque convivente, abbia indotto la giurisprudenza a prediligere l'applicazione dei maltrattamenti a discapito degli atti persecutori. Una tendenza che diventa di dubbia legittimità, sotto il profilo del rispetto del principio di legalità, quando determina un vero e proprio sconfinamento nell'ambito applicativo dell'art. 612-*bis* co. 2 Cp, tenuto conto che questo individua in modo chiaro e inequivocabile i soggetti attivi e le persone offese dal reato e stabilisce un trattamento sanzionatorio più grave nel massimo edittale rispetto a quello dei maltrattamenti. Questo consolidato orientamento è stato, peraltro, contrastato di recente da alcune pronunce, che applicano i due delitti nel rispetto delle previsioni legislative di ciascuno: la formazione di un indirizzo più garantista potrebbe, quindi, preludere a un intervento risolutivo delle sezioni unite.
The paper compares legislative reforms, which have affected the crimes of ill-treatment against family members and cohabitants and stalking, with the case-law. It highlights the tendency of judges to intend the concepts of family and cohabitation, present in art. 572 Cp, to an excessively dilated extent, with recourse to heterogeneous evaluation criteria, sometimes contradictory to each other; as well as it underlines how the lack of legislative clarity regarding the concept of family member, exacerbated by the combination in 2012 of the cohabitant, has led judges to prefer the application of ill-treatment instead of stalking. A trend that becomes of dubious legitimacy, in terms of respect for the principle of legality, when it becomes a trespassing the edge of art. 612-bis co. 2 Cp, taking into account that this identifies in a clear and unequivocal way offenders and people offended by the crime and establishes a more serious punishment in the statutory maximum than that of ill-treatment. This consolidate trend, moreover, is contrasted by some recent judgements, which apply the two crimes in compliance with the legislative provisions of each: the formation of the new guaranteed trend could, therefore, prelude a decisive intervention by the united sections.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La famiglia nella formulazione dell'art. 572 Cp. – 3. Il concetto di famiglia nell'interpretazione tradizionale della giurisprudenza. – 4. La posizione della dottrina. – 5. L'introduzione degli atti persecutori. – 6. Il rapporto tra il nuovo delitto di atti persecutori e quello di maltrattamenti. – 7. L'oscillante rapporto tra i delitti di maltrattamenti e di atti persecutori aggravati determinato dalle riforme legislative del 2012, 2013 e 2019. – 8. La nuova interpretazione restrittiva dell'art. 572 Cp. – 9. Osservazioni conclusive.

1. Con il presente contributo si intendono svolgere alcune riflessioni sul delitto di maltrattamenti contro familiari, in merito all'interpretazione data dalla giurisprudenza ai concetti di famiglia e

convivenza nella fattispecie di cui all'art. 572 Cp.
In particolare, in ordine alla portata della nozione di famiglia si intende evidenziare l'oscillazione tra criteri di valutazione abbastanza aderenti al dettato legislativo e altri, maggiormente impiegati, che ne prescindono, rendendo il concetto eccessivamente dilatato. Verrà effettuata anche un'analisi delle riforme legislative intervenute sia sui maltrattamenti sia su un delitto introdotto nel 2009, gli atti persecutori, il cui ambito applicativo è con essi confinante, per valutare se sia normativamente giustificata o di dubbia legittimità la tendenza della giurisprudenza a prediligere l'applicabilità dei maltrattamenti in luogo degli atti persecutori, soprattutto di quelli aggravati dall'essere commessi dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa, ai sensi dell'art. 612-*bis* co. 2 Cp.

2. La fattispecie incriminatrice prevista dall'art. 572 Cp, pur collocata nei delitti contro la famiglia, ha un ambito applicativo ben più ampio, essendo volta a tutelare non solo i componenti della famiglia[1], ma anche altri soggetti in condizione di soggezione, debolezza o inferiorità, nell'ambito di rapporti espressamente individuati dal legislatore, contraddistinti dall'essere fondati sull'autorità o sull'affidamento, che, al pari della relazione familiare, costituiscono il presupposto del fatto di reato[2]. Detti rapporti, pur nella loro eterogeneità, rappresentano, nella considerazione del legislatore, contesti sociali analoghi a quello familiare[3], tanto da potersi definire "para-familiari": in tal senso si spiegherebbe, quindi, il loro accostamento alla famiglia e la previsione all'interno della medesima norma incriminatrice, nonché lo stesso trattamento sanzionatorio per i maltrattamenti ivi realizzati. Essendo fondati sull'autorità o sulla fiducia e destinati a una certa durata nel tempo, essi possono favorire manifestazione di prepotenza di una parte (il soggetto attivo) e, dal lato opposto, rendere più penosa la sofferenza dell'altra parte (il soggetto passivo), nonché più difficile a costui sottrarsi alle vessazioni[4]. L'autorità e la fiducia sono, quindi, le matrici comuni di quella situazione che l'art. 572 Cp intende prevenire e reprimere: l'esposizione della parte debole della relazione alle vessazioni della parte più forte.
Con l'elencazione tassativa dei rapporti extrafamiliari sono anche determinati i soggetti offesi dal reato: dopo la "persona della famiglia", l'art. 572 Cp indicava in origine il minore di quattordici anni[5], poi eliminato dalla riforma del 2012, e tutt'oggi prevede le persone sottoposte all'autorità del maltrattante o a questo affidate per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte. Al contrario, non sono individuati in modo specifico i componenti familiari offesi dai maltrattamenti, né correlativamente i soggetti attivi, diversamente da altre disposizioni, come l'art. 570 Cp, che fa riferimento ai coniugi. Verosimilmente, più che una lacuna, è stata una scelta di politica criminale la qualificazione del soggetto offeso in termini generici di familiare del maltrattante, dettata dal fatto che tale rapporto, per sua natura tendenzialmente prolungato nel tempo, vede mutare a poco a poco nel suo ambito ruoli e posizioni[6]. Esemplare in tal

[1] Da tempo dottrina e giurisprudenza sono orientate a considerare non tanto la famiglia in sé (concetto che non ha un significato giuridico unico, ma variabile a seconda delle singole disposizioni in cui è collocato), quanto piuttosto i singoli componenti della stessa. Tra i primi fautori di tale interpretazione in dottrina G.D. Pisapia, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, 71 ss. In giurisprudenza esemplare Cass. 27.5.2003 n. 37019, in *GP* 2004, 1137.
[2] La dottrina da sempre critica, infatti, la collocazione dei maltrattamenti contro familiari (così come dell'abuso dei mezzi di correzione o disciplina) nel Titolo XI tra i delitti contro la famiglia, anziché nel Titolo XII tra i delitti contro la persona. Oltre a G.D. Pisapia (v. *supra* nt. 1), in tempi più recenti cfr. S. Larizza, *Contenuti e limiti della tutela penale della famiglia*, in *Minorigiustizia* 2009, 45.
[3] In senso conforme A. Colli, *La rilevanza penalistica della convivenza* more uxorio *nel confronto tra gli articoli 572 e 570 c.p.*, in *LP* 1997, 667.
[4] F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, in *ED*, XXV, 1975, 232; nello stesso senso G. Azzali, *La concubina quale soggetto passivo del reato di maltrattamenti*, in *RIDP* 1950, 528.
[5] La rubrica originaria dell'art. 572 Cp, infatti, era «Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli».
[6] Così F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, cit., 234.

senso è il rapporto tra genitori e figli: questi ultimi, mentre da piccoli sono i soggetti deboli affidati ai genitori, da adulti diventano i soggetti forti e responsabili nei confronti dei genitori anziani, divenuti fragili; il figlio, che prima potrebbe essere maltrattato dal genitore, poi potrebbe diventare maltrattante nei confronti di quello.

3. Il generico riferimento da parte dell'art. 572 Cp alla famiglia, senza una qualificazione che ne definisca la portata (come legittima oppure anche di fatto), contrariamente all'individuazione invece ben determinata dei rapporti extrafamiliari costituenti alternativi presupposti del fatto, ha portato la giurisprudenza ad intenderla, da sempre, in termini ampi includenti anche la famiglia di fatto.
L'interpretazione trovava ragione nel fatto che il delitto in esame è rimasto invariato per un lungo periodo (dal 1930 al 2012), nonostante il concetto di famiglia abbia avuto nel frattempo una trasformazione notevole nel tessuto sociale e culturale. Stante l'inerzia del legislatore, la giurisprudenza ha avvertito l'esigenza di ricorrere a un'esegesi evolutiva dell'art. 572 Cp, in adeguamento a tale mutamento[7], soprattutto al fine di evitare vuoti di tutela rispetto a comportamenti subdoli, non violenti, in sé privi di rilevanza penale ma, nella loro reiterazione, vessatori e afflittivi nei confronti della persona legata da relazione di mero fatto all'agente. L'applicazione restrittiva del delitto di maltrattamenti ai soli componenti della famiglia giuridicamente definiti tali (parenti, affini, coniugi) avrebbe, pertanto, determinato una lacuna rispetto alle sopra citate situazioni.
Si consideri che, fino alla prima metà del Novecento, c'era uno scollamento tra società e ordinamento: nella prima esistevano vari tipi di formazioni familiari; nel secondo, invece, era presa in considerazione solo quella della famiglia legittima originata dal matrimonio.
I primi segnali di adeguamento giuridico si sono avuti con le storiche sentenze con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimi i delitti di adulterio e di concubinato[8], ma soprattutto con due leggi: la l. 1.12.1970 n. 898 di introduzione del divorzio, che ha fatto venir meno l'indissolubilità del vincolo matrimoniale, consentendo la regolarizzazione di convivenze e relazioni extraconiugali sorte in precedenza; la l. 19.5.1975 n. 151, attuativa della riforma del diritto di famiglia, che ha parificato la condizione dei figli naturali e dei figli legittimi[9].
Altro segnale importante è giunto, a partire dagli anni Ottanta, dalla Corte costituzionale[10], che ha riconosciuto la rilevanza giuridica della famiglia di fatto, peraltro riconducendola alle formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo, *ex* art. 2 Cost., e non all'art. 29 Cost., escludendo in modo categorico la parificazione alla famiglia legittima, in quanto, diversamente da questa, quella di fatto non determina l'insorgenza di obblighi giuridici, ma solo l'assunzione volontaria di obblighi solidaristici. La Consulta, adita più volte in ordine alla presunta illegittimità – per violazione degli artt. 3 e 31 Cost. – dell'esclusione dei familiari di fatto dall'ambito applicativo di alcune disposizioni penali di favore, come gli art. 384 e 649 Cp, e in ordine al delitto di favoreggiamento[11], non è stata, invece, mai chiamata a pronunciarsi sull'art. 572 Cp. Tuttavia, in occasione della questione sollevata

[7] Significativa in tal senso è la sentenza di Cass. 10.10.2001 n. 36576, in *FamD* 2002, 135, in cui si legge «Questa interpretazione dell'art. 572 c.p. è la più coerente con i principi ispiratori del nostro ordinamento, nonché con la realtà sociale moderna. Del resto, l'introduzione del divorzio e il suo largo utilizzo hanno dimostrato che il matrimonio non è più un legame indissolubile ed hanno eliminato, dunque, il presupposto più plausibile per una tutela diversificata dei due rapporti». Per approfondimenti sull'interpretazione adeguatrice ed evolutiva del delitto di maltrattamenti da parte della giurisprudenza, si rinvia a G. Contento, *Riforma dei delitti contro la famiglia e disciplina penalistica dei rapporti familiari*, in *DFamPer* 1979, 167 ss.
[8] C. cost., 19.12.1968 n. 126, in *AP* 1969, 3; C. cost., 3.12.1969 n. 147, in *RP* 1969, 1010.
[9] Cfr. E. Bersani, *Maltrattamenti in famiglia e convivenza "*more uxorio*"*, in *FamD* 2002, 137.
[10] C. cost., 18.11.1986 n. 237, in *GI* 1987, I, 1960.
[11] C. cost., 18.1.1996 n. 8, in *LP* 1996, 581. Per un commento alla sentenza e per un'ampia disamina della giurisprudenza costituzionale antecedente in ordine all'estensione alla famiglia di fatto delle disposizioni, penali e non, previste per la famiglia legittima, si rinvia a A. Gargani, *La Corte Costituzionale conferma: la famiglia legittima non è il* genus proximum *della convivenza* more uxorio, in *LP* 1996, 881 ss.

in relazione alla causa di non punibilità di cui all'art. 649 Cp, si è espressa per inciso sul delitto di maltrattamenti in famiglia (quale possibile *tertium comparationis*), avallando l'interpretazione giurisprudenziale estensiva del concetto di familiare, volta a ricomprendervi anche rapporti affettivi in assenza di coabitazione, in quanto dettata dall'«esigenza di tutelare un soggetto passivo in posizione di intrinseca, peculiare debolezza»[12].
Infine, è stata riconosciuta rilevanza giuridica al convivente di fatto, attraverso la parificazione di questo ai prossimi congiunti, per la prima volta nel Reg. penit. di cui al d.P.R. 29.4.1976 n. 431, in materia di colloqui dei detenuti, e successivamente nell'art. 199 co. 3 Cpp del 1988 in ordine alla facoltà di astensione dal testimoniare[13].
Si è così verificata una graduale accettazione giuridica di modelli sociali di famiglia diversi da quello della famiglia legittima fondata sul matrimonio, di nuclei di fatto differenziati in base sia al loro fondamento[14], sia alle dinamiche trasformative degli stessi[15], come ha correttamente evidenziato autorevole dottrina[16], cui erano – e sono ancora – riconducibili, ad esempio, le convivenze tra persone che non vogliono o non possono[17] contrarre matrimonio, le relazioni extraconiugali, le relazioni affettive contraddistinte da frequentazione assidua pur senza coabitazione, la relazione tra adulto e minore nell'affido temporaneo. Famiglie di fatto con una struttura minimale, costituita solo da una coppia, o più complessa, formata anche dai figli naturali della stessa e/o dai figli di uno o di ciascuno dei due (c.d. famiglia allargata).
La giurisprudenza aveva ancor prima – già dalla metà del Novecento – dato un proprio notevole contributo all'adeguamento dell'ordinamento all'evoluzione sociale delle formazioni familiari, intendendo la «persona della famiglia» nel delitto di maltrattamenti anche come quella legata al soggetto attivo da una relazione affettiva, con convivenza (c.d. *more uxorio*)[18] o senza convivenza purché stabile[19]. Il rapporto con tali caratteristiche, infatti, determinava una condivisione di vita, di abitudini, di interessi, da cui derivavano, da un lato, vincoli e aspettative di solidarietà, assistenza e protezione, e dall'altro, in caso di degenerazione del rapporto, la difficoltà, per la parte più debole, di sottrarsi alle condotte prevaricatrici e vessatorie della parte più forte.
In mancanza di un legame giuridico o naturale (coniugio, parentela, affinità), il rapporto era considerato di fatto familiare quando aveva il carattere della tendenziale stabilità. E questa era valutata in base all'indice oggettivo della durata prolungata nel tempo[20] oppure dell'assidua frequentazione, anche se di breve durata[21]; in alcuni casi, invece, in virtù dell'indice soggettivo della volontà delle parti di vivere insieme, di avere figli insieme e beni comuni, a prescindere dall'esito

[12] C. cost., 20.12.1988 n. 1122, in *CEDCass* 1988, m. 14153.
[13] Per approfondimenti sull'art. 199 co. 3 Cpp si rinvia a A. Gargani, *Riflessi sostanziali della estensione al convivente* more uxorio *della facoltà di astenersi dal testimoniare*, in *LP* 1991, 191 ss.
[14] Famiglie che si formano, in alternativa al matrimonio, in virtù di una convivenza *more uxorio*, di una relazione affettiva con saltuaria coabitazione, o di una relazione sentimentale del tutto priva di convivenza-coabitazione.
[15] Ad esempio famiglie unite, disgregate, in via di disgregazione.
[16] R. Bartoli, *La famiglia nel diritto penale: evoluzione sociale, riforme legislative, costituzionalismo*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 23.3.2021, 2 s.; Id., *La famiglia, le famiglie*, in *Reati contro la famiglia*, a cura di M. Bertolino, Torino 2022, 1 ss.
[17] È il caso in cui almeno una delle due è separata (di fatto o legalmente), oppure il caso di coppia omosessuale (prima che la legge Cirinnà del 2016 introducesse le unioni civili).
[18] In tal senso Cass. 1.3.1966, in *CEDCass*, m. 101563; Cass. 18.12.1970, *ivi*, m. 116810; Cass. 7.12.1979, in *CP* 1981, 1228; Cass. 13.11.1985, in *RP* 1986, 693; Cass. 15.5.1989 n. 7073, *ivi* 1991, 166; Cass. 18.10.2000 n. 12545, in *CEDCass*, m. 218173; Cass. 10.10.2001 n. 36576, cit.; Cass. 8.11.2005 n. 44262, in *CEDCass*, m. 232904; Cass. 29.1.2008 n. 20647, *ivi*, m. 239726.
[19] Cfr. Cass. 18.6.1963, in *CPMass.* 1963, m. 1601; Cass. 3.7.1997 n. 8953, in *CP* 1998, 2614.
[20] Così Cass. 9.12.1992, in *CEDCass*, m. 193274; Cass. 30.1.2003 n. 8848, *ivi*, m. 223826; Cass. 24.1.2007 n. 21329, *ivi*, m. 236757; Cass. 29.1.2008 n. 20647, cit.: in tutti la stabilità era desunta dalla durata della relazione per un apprezzabile periodo di tempo.
[21] Così Cass. 18.12.1970, in *GP* 1971, III, 835; Cass. 17.3.2010 n. 24688, in *CEDCass*, m. 248312.

concreto di tale decisione[22]. Persino il legame extraconiugale – con la concubina[23] o amante[24] – era considerato familiare, se contraddistinto da stabilità.
La stabilità, pur non essendo valutata in modo omogeneo, era considerata un carattere indispensabile, in quanto ricavabile in modo implicito dalla previsione legislativa della reiterazione della condotta, cioè dalla natura abituale del delitto di maltrattamenti. Al contrario, la convivenza, pur essendo una condizione particolarmente idonea a determinare la reiterazione di condotte vessatorie, non era ritenuta imprescindibile, in quanto avrebbe impedito l'applicazione dell'art. 572 Cp nell'ambito di rapporti che, pur in mancanza di condivisione di spazi e beni, fossero contraddistinti da *affectio familiaris*, ossia dalla volontà comune di un rapporto basato sulla solidarietà e sul sostegno reciproco. Si pensi, ad esempio, a due persone legate sentimentalmente, ma ciascuna vivente in una propria abitazione: nel caso in cui la relazione fosse degenerata in reiterati comportamenti vessatori di uno nei confronti dell'altra, non sarebbe stato ragionevole escludere il delitto di maltrattamenti.
I sopra esposti principi interpretativi mal si conciliavano, peraltro, con l'applicazione, consolidata in giurisprudenza, dell'art. 572 Cp alle vessazioni reiterate verso il coniuge separato[25] – di fatto o legalmente – e verso l'ex convivente[26], in quanto in dette situazioni non era più ravvisabile una relazione, tanto meno stabile. La giurisprudenza giustificava l'estensione del delitto a tali ipotesi, in ragione della non necessità del requisito della convivenza e del fatto che il vincolo solidaristico e assistenziale, derivante dalla relazione, doveva ritenersi integro anche dopo la separazione o dopo la cessazione della convivenza di fatto. Gli obblighi di reciproco rispetto, assistenza morale e materiale e solidarietà dovevano ritenersi persistenti, in caso di separazione, in virtù del rapporto di coniugio e, in caso di cessazione della convivenza di fatto, solo se i due ex *partners* avevano figli naturali in comune[27]. Il coniugio e/o la filiazione, cioè, mantenevano in vita l'obbligo di reciproco rispetto, solidarietà e assistenza, determinando la sopravvivenza del rapporto familiare, pur essendo venuto meno il legame affettivo.

4. L'interpretazione giurisprudenziale di famiglia anche di fatto nei maltrattamenti aveva l'avallo di

[22] Cfr. Cass. 10.10.2001 n. 36576, cit.; Cass. 8.11.2005 n. 44262, cit.
[23] Cfr. Cass. 16.6.1959, in *AP* 1960, 283; Cass. 26.6.1961, *ivi* 1963, 84; Cass. 1.3.1963, in *CPMass* 1966, 1219. Qualche sentenza, in realtà, riconduceva i maltrattamenti nei confronti della concubina all'ipotesi della sottoposizione all'altrui autorità (Cass. 11.4.1950, in *AP* 1950, II, 492). Per una critica a tale estensione v. G.D. Pisapia, *Spunti esegetici e dommatici sull'art. 572 c.p. (nota a Cass. 16.6.1959)*, in *RIDPP* 1960, 577 ss; F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, cit., 240 ss. Favorevole all'applicabilità del delitto di maltrattamenti alla concubina, non in qualità di familiare, bensì di persona soggetta all'autorità dell'amante, F. Mantovani, *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, II, Milano 1965, 272.
[24] Cass. 10.2.2011 n. 7929, in *www.penalecontemporaneo.it* 22.7.2011, con nota di G. Mallamaci, *Anche la relazione adulterina può rientrare nel concetto di famiglia oggetto di tutela del reato di maltrattamenti*.
[25] Così Cass. 29.4.1980, in *CP* 1982, 90; Cass. 7.10.1996 n. 10023, in *CEDCass*, m. 206399; Cass. 22.9.2003 n. 49109, in *CP* 2005, 62; Cass. 27.6.2008 n. 26571, in *CEDCass*, m. 241253. In una sentenza, in particolare, la Cassazione aveva argomentato l'estensione affermando che, poiché la convivenza non rappresentava un presupposto della fattispecie criminosa in questione, lo stato di separazione legale non escludeva il reato di maltrattamenti, quando l'attività persecutoria incidesse sui doveri di reciproco rispetto, di assistenza morale e materiale, nonché di collaborazione che continuavano a sussistere anche dopo il provvedimento giudiziario e che ponevano la persona offesa in posizione psicologica subordinata (Cass. 26.1.1998 n. 282, in *CEDCass*, m. 210838). In dottrina l'interpretazione era stata criticata da più parti: cfr. P. Cenci, *Il coniuge separato, il divorziato e l'ex convivente possono ritenersi persone di famiglia ai sensi dell'art. 572 c.p.*, in *DFamPer*, 1997, 650.
[26] Così Cass. 15.5.1989 n. 7073, cit.; Cass. 12.10.1989, in *CEDCass*, m. 183283; Cass. 1.2.1999 n. 3570, *ivi*, m. 213515.
[27] In tempi recenti si è escluso il rapporto familiare in un caso in cui il figlio, comune al soggetto attivo e passivo del maltrattamento, era stato il frutto di una relazione meramente occasionale (isolato rapporto sessuale): la decisione era stata fondata, coerentemente con i principi giurisprudenziali elaborati, sul fatto che in tale ipotesi mancava il presupposto della comunanza di abitudini di vita, di affetti o di interessi, da cui avrebbe dovuto avere origine il vincolo di reciproca solidarietà, assistenza e protezione (Cass. 25.6.2019 n. 37628, in *CEDCass*, m. 276697-01).

una parte della dottrina[28]. Alcuni, peraltro, la limitavano alla relazione contraddistinta da convivenza o coabitazione[29]. Secondo un'originale interpretazione, il familiare, in mancanza di convivenza, doveva considerarsi solo colui che avesse libero accesso alla casa, in quanto questa è il luogo dove il maltrattato dovrebbe ricevere protezione e non violenza[30]. Altra autorevole dottrina, pur escludendo che la relazione affettiva di fatto desse origine alla famiglia, riconduceva all'ipotesi della soggezione ad altri – pure punita dall'art. 572 Cp – i maltrattamenti nei confronti di fidanzati, conviventi, amanti (e anche domestici), in quanto situazioni intermedie tra la famiglia e l'affidamento ad altri, definibili para-familiari[31].

Altra parte della dottrina avversava l'interpretazione estensiva, ritenendo conforme alla lettera dell'art. 572 Cp il concetto di famiglia legittima: solo da questa, in quanto fondata su un vincolo formale e giuridicamente rilevante – il matrimonio –, derivavano obblighi giuridici assistenziali e solidaristici[32]. Nella dottrina più recente si è anche evidenziato, a volte con toni giustificativi[33], più spesso solo in senso critico[34], che l'interpretazione giurisprudenziale in realtà era analogica: l'estensione a relazioni affettive di fatto, con o senza convivenza, doveva considerarsi, infatti, fondata non tanto sul tenore letterale della norma incriminatrice, quanto sulla similitudine tra le relazioni

[28] Cfr. G. Azzali, *La concubina quale soggetto passivo del reato di maltrattamenti*, cit., 527; F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia 1979, 252, che peraltro in precedenza aveva considerato il delitto di maltrattamenti circoscritto alla famiglia legittima (v. *infra* nt. 32); M. De Nigris Siniscalchi, *Nota a Cass. 29.4.1980*, in *CP* 1982, 92; M.A. Ruffo, *I soggetti del reato di maltrattamenti in famiglia*, in *GP* 1996, 605 s.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*[4], Bologna 2006, II, I, 341; L. Monticelli, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *I reati contro la famiglia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, M. Papa, Torino 2006, 391.

[29] In particolare, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*[4], I, Milano 1960, 359; A.M. Colacci, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, Napoli 1963, 55 ss.; F. Paterniti, *La famiglia nel diritto penale*, Milano 1970, 9 ss.; P. Cenci, *Il coniuge separato, il divorziato e l'ex convivente possono ritenersi persone di famiglia ai sensi dell'art. 572 c.p.*, cit., 654 ss.; V. Pezzella, *Convivente* more uxorio *e coniuge: per il codice penale non è la stessa cosa*, in *GM* 2009, 3111.

[30] Così S. Ferrari, *A proposito della «convivenza» quale presupposto dei maltrattamenti in famiglia*, in *GI* 2009, 709.

[31] F. Mantovani, *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, cit., 271 s.

[32] Così F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, cit., 240 ss. L'autore, in particolare, spiegava che la giurisprudenza aveva recepito l'interpretazione estensiva consolidatasi sotto la vigenza del codice Zanardelli, dove però essa aveva una ragione giustificatrice, che mancava nell'art. 572 Cp: il codice del 1889 non contemplava, oltre al familiare, i soggetti affidati o sottoposti all'autorità del soggetto attivo; pertanto, l'interpretazione estensiva di familiare era volta a evitare vuoti di tutela nei confronti di soggetti che subissero vessazioni e soprusi da parte di colui al quale fossero affidati o cui fossero sottoposti; l'inclusione dei rapporti di affidamento e di soggezione nell'art. 572 Cp avrebbe, quindi, fatto venir meno l'esigenza di un'interpretazione lata di famiglia. Nello stesso senso T. Delogu, *Diritto penale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, VII, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, Padova 1995, 38, secondo il quale dalla convivenza di fatto derivavano solo obbligazioni naturali. Con riferimento al rapporto con la concubina, nel medesimo senso, ma sulla base del diverso argomento che la sua assimilazione al familiare sarebbe stata spregevole e paradossale, in quanto avrebbe comportato che moglie e concubina fossero componenti della stessa famiglia, G.D. Pisapia, *Spunti esegetici e dommatici sull'art. 572 c.p.*, 577, cit. V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, VII, Torino 1984, 928, affermava che la famiglia, indicata all'art. 572 Cp, doveva considerarsi quella in senso giuridico, comprensiva soltanto dei coniugi, dei parenti, degli affini, dell'adottante e dell'adottato.

[33] Così M. Bertolino, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *RIDPP* 2008, 584 s., per la quale lo sgretolamento dell'idea tradizionale della famiglia ha portato la Cassazione a riconoscere che l'interpretazione ampliativa di famiglia di fatto è la più coerente con i principi ispiratori del nostro ordinamento.

[34] Cfr., in una seconda fase del suo pensiero F. Mantovani, *Il concetto di famiglia nella giurisprudenza penale*, in *Iustitia* 2010, 9; P. Pittaro, *Il (controverso) rilievo giuridico della famiglia di fatto nel diritto penale*, in *FamD* 2010, 933 e 942; M. Del Tufo, *I delitti contro la famiglia*, in *Diritto penale. Parte Speciale*, a cura di D. Pulitanò, I, Torino 2011, 457 ss.; S. Preziosi, *Delitti contro la famiglia*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, a cura di S. Preziosi, Napoli 2011, 19 ss.; S. Riondato, *Introduzione a "famiglia" nel diritto penale italiano*, in *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di S. Riondato, IV, Milano 2011, 60 ss.; M. Riverditi, *La doppia dimensione della famiglia (quella "legittima" e quella "di fatto") nella prospettiva del diritto penale vigente. Riflessioni*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino 2011, 560 ss.; A. Spena, *Reati contro la famiglia*, Milano 2012; R. Zannotti, *I reati contro la famiglia*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Torino 2013, 179 ss.

affettive di fatto e quella nascente dal matrimonio e sulla *eadem ratio* di incriminazione, consistente nella tutela della parte debole di un rapporto intimo. Un'analogia *in malam partem* illegittima in quanto contrastante con il principio costituzionale di tassatività.
In particolare, si obiettava[35] che l'applicazione giurisprudenziale dell'art. 572 Cp postulava una aprioristica nozione penalistica di famiglia, fondata su elementi di fatto (rapporti perduranti di reciproca assistenza e solidarietà), anziché su dati e indici previsti da disposizioni di legge poste a tutela dell'istituto familiare; e che il legislatore, quando aveva voluto riconoscere qualche rilevanza giuridica a rapporti familiari di fatto, era intervenuto con espresse disposizioni *ad hoc*, come gli artt. 199 e 681 Cpp[36]. Si era anche negata l'esigenza di rimediare a vuoti di tutela nei confronti dei componenti delle famiglie di fatto, essendo i comportamenti vessatori riconducibili ad altre norme incriminatrici, come percosse, lesioni, minaccia, violenza privata, ingiuria[37].
A nostro sommesso giudizio, l'interpretazione giurisprudenziale era condivisibile nella misura in cui la famiglia era intesa anche come formazione di fatto fondata su una relazione affettiva attuale, duratura o almeno assidua, non ravvisandosi in tal caso una forzatura della lettera dell'art. 572 Cp (analogia), dal momento che il legislatore ha usato il termine famiglia *tout court*, senza qualificarla come legittima, e tenuto conto che la Costituzione, pur prendendo in considerazione all'art. 29 quella fondata sul matrimonio, non esclude l'esistenza di altre forme di famiglia[38].
Non altrettanto compatibile con la lettera dell'art. 572 Cp appariva, invece, l'estensione dei maltrattamenti all'ex coniuge e all'ex convivente, in quanto la fine di un legame affettivo, ancor più evidente in caso di cessazione della convivenza, fa venir meno la condivisione di vita e di abitudini e la continuità di frequentazione, in cui si sostanzia la stabilità, carattere qualificante il rapporto familiare. Si consideri, inoltre, che i coniugi separati o gli ex conviventi di fatto, quando hanno figli in comune, pur avendo la necessità di relazionarsi per esigenze degli stessi, lo fanno con modalità – come comunicazioni a distanza senza contatto diretti oppure con contatti saltuari – che non danno origine a una continuità/stabilità di rapporto, né creano una condizione di affidamento/dipendenza di una parte nei confronti dell'altra.
Ulteriormente si può osservare che, se veramente la cogenitorialità fosse stata la *ratio* della sopravvivenza del rapporto familiare, in ragione del perdurare degli obblighi assistenziali verso i figli minori, il delitto avrebbe dovuto essere applicato anche ai maltrattamenti posti in essere dopo lo scioglimento del matrimonio, in caso di condivisione di figli, dal momento che il divorzio determina la cessazione degli obblighi solidaristici e assistenziali tra i due ex coniugi, ma non nei confronti dei figli minori o non autosufficienti. La giurisprudenza, invece, era unanime nell'individuare nello scioglimento del matrimonio il limite invalicabile alla configurabilità del delitto di maltrattamenti.
Per tutte le suesposte ragioni appariva incoerente, oltre che priva di fondamento legislativo, l'applicazione dell'art. 572 Cp tanto alle relazioni in atto, matrimoniali o di fatto, quanto a quelle cessate, purché prima del divorzio (in caso di matrimonio) o a condizione di condivisione di figli naturali (in caso di relazione di fatto).

5. A spingere la giurisprudenza all'estensione dell'art. 572 Cp ai maltrattamenti attuati dall'ex

[35] Così F. Mantovani, *Il concetto di famiglia nella giurisprudenza penale*, cit., 7 s.
[36] Gli artt. 199 e 681 Cpp prevedono rispettivamente la facoltà per il convivente di astensione dal testimoniare e di chiedere la grazia per il proprio *partner*.
[37] F. Mantovani, *Il concetto di famiglia nella giurisprudenza penale*, cit., 10.
[38] In senso conforme P. Cenci, *Il coniuge separato, il divorziato e l'ex convivente possono ritenersi persone di famiglia ai sensi dell'art. 572 c.p.*, cit, 653. Autorevole dottrina, anzi, ha evidenziato che la famiglia cui fa riferimento la Costituzione agli artt. 29 e 30 è un modello completamente antitetico a quello che ispira l'art. 572 (e 571) Cp, contraddistinto dall'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, mentre nelle norme incriminatrici del codice Rocco la famiglia è concepita in senso piramidale, verticistica, in quanto l'uomo guida e domina i membri della famiglia (S. Larizza, *Contenuti e limiti della tutela penale della famiglia*, cit., 44 s.).

coniuge/ex convivente – nonostante la contraddittorietà tra la situazione della cessazione della relazione e il carattere di stabilità che contraddistingue il rapporto familiare – era l'esigenza di evitare vuoti di tutela o comunque di dare una tutela più efficace ad ex familiari deboli contro condotte maltrattanti che, per non essere violente, non potevano farsi rientranti nei classici delitti contro la persona (percosse, lesioni, violenza privata, minaccia, violenza sessuale).
Un'esigenza di rafforzamento della tutela tanto più impellente, se si considera, da un lato, che le statistiche di inizio nuovo millennio evidenziavano un'elevata percentuale (circa il 50%) di condotte moleste da parte di ex coniugi, ex fidanzati o ex compagni[39]; e, dall'altro, che l'unica fattispecie applicabile, in assenza di violenza, era la contravvenzione di molestia o disturbo, prevista all'art. 660 Cp. Questa aveva notevoli limiti di applicabilità, derivanti dalla sua struttura oggettiva a forma vincolata, richiedendo l'art. 660 Cp che la molestia o il disturbo avvenga in un luogo pubblico o aperto al pubblico, oppure con il mezzo del telefono, o per petulanza[40] o per altro biasimevole motivo: un *modus operandi* specifico, volto a limitare la rilevanza penale ai fatti idonei a provocare una reazione nel destinatario con pericolo per l'ordine pubblico. Ciò in quanto con questa contravvenzione il legislatore ha inteso tutelare la tranquillità pubblica e l'ordine pubblico, mentre la tranquillità del molestato riceve una protezione solo riflessa[41].
Il reato di cui all'art. 660 Cp, inoltre, presentava un notevole *deficit* di efficacia ed effettività per l'esiguità della pena prevista[42] e per la possibilità di questa di beneficiare dell'oblazione.
Per tali ragioni e per sopperire all'inerzia del legislatore, la giurisprudenza applicava, pur con una forzatura della lettera della legge e dei principi ermeneutici dalla stessa elaborati, il delitto di maltrattamenti anche ai comportamenti vessatori dell'ex coniuge/ex convivente, quando non vi fossero gli estremi di delitti violenti.
L'attività sostanzialmente nomofilattica della giurisprudenza, attuata con il ricorso all'analogia *in malam partem*, avrebbe potuto cessare con l'introduzione di una norma incriminatrice *ad hoc* per molestie gravi e reiterate nei confronti di persone legate da un rapporto personale, inquadrabili in quel più ampio fenomeno antisociale detto *stalking*. Quest'ultimo, indicato con un termine inglese (fare la posta) mutuato dal lessico venatorio, si riferisce in generale a un comportamento ripetuto di disturbo assillante e ossessivo diretto a instaurare una sorta di sorveglianza, controllo o ingerenza nella vita di una persona[43], contraddistinto dalla mancanza di violenza sulla persona o sulle cose. Proprio l'assenza di violenza ha consentito per lungo tempo agli *stalkers* di agire con una certa libertà, in quanto la loro condotta, almeno in apparenza, sembrava sostanzialmente inoffensiva e quindi non sussumibile all'interno di alcuna fattispecie criminosa[44].
Pur potendosi manifestare in varie forme[45] e in molteplici contesti, lo *stalking* ha quale ambito più

[39] Per una panoramica sul fenomeno dello *stalking* e sulle statistiche, anche in Europa e negli Stati Uniti, prima dell'introduzione del delitto di atti persecutori, si rinvia a L. De Fazio, *The Legal Situation on Stalking among the European Member States*, in *European Journal of Criminal Policy and Research* 2009, 229; G. Losappio, *Vincoli di realtà e vizi del tipo nel nuovo delitto di "Atti persecutori".* "Stalking the Stalking", in *DPP* 2009, 878; F. Macrì, *Modifiche alla disciplina delle circostanze aggravanti dell'omicidio e nuovo delitto di "Atti persecutori"*, in *DPP* 2009, 821.
[40] La petulanza è intesa dalla giurisprudenza come modo di agire pressante e indiscreto, tale da interferire nella sfera privata di altri attraverso una condotta fastidiosamente insistente e invadente. Cfr. in tal senso Cass. 24.11.2011 n. 6908, in *CEDCass*, m. 252063; Cass. 7.11.2013 n. 3758, *ivi*, m. 258260; Cass. 6.12.2017 n. 6064, *ivi*, m. 272397.
[41] In tal senso cfr. Cass. 29.9.1994 n. 11208, in *CEDCass*, m. 199624; Cass. 13.2.1998 n. 7044, in *CP* 1999, 1804; Cass. 17.6.2010 n. 24510, *GD* 2010, 30, 92; Cass. 24.5.2022 n. 34821, in *D&G* 21.9.2022.
[42] Arresto fino a sei mesi o ammenda fino a € 516,00.
[43] Così F. Macrì, *Modifiche alla disciplina delle circostanze aggravanti dell'omicidio e nuovo delitto di "Atti persecutori"*, cit., 819.
[44] A. Valsecchi, *Il delitto di "atti persecutori" (c.d.* stalking*)*, in *RIDPP* 2009, 1381.
[45] In dottrina si sono individuate alcune forme ricorrenti. In particolare, alcuni le definiscono in base al tipo di comportamento ripetuto come *stalking* vigilante, *stalking* comunicativo, *cyber-stalking*, *stalking* diffamatorio, *stalking* reale e *stalking* violento o minaccioso (F. Macrì, *Modifiche alla disciplina delle circostanze aggravanti dell'omicidio e*

frequente proprio quello dell'ex fidanzato o dell'ex coniuge, che, lasciato dalla *partner*, non riesce a elaborare il lutto della perdita e cerca, con condotte ossessive, di riconquistarla[46]. Infatti, tra i criteri di valutazione delle categorie di *stalking* i criminologi prendono in considerazione anche il tipo di relazione esistente tra persecutore e vittima[47].

Alla luce della diffusione del suddetto fenomeno, nonché dell'inefficacia della contravvenzione di molestia o disturbo a reprimerlo e, conseguentemente, della tendenza della giurisprudenza a ricondurlo ai maltrattamenti, peraltro con illegittima estensione analogica del concetto di familiare all'ex coniuge e all'ex convivente, il nostro legislatore, solo in tempi recenti, nel 2009[48], ha introdotto una norma incriminatrice specifica per lo *stalking*, rubricata «Atti persecutori», all'art. 612-*bis* Cp. Si tratta di una fattispecie di molestia grave, punita in funzione di prevenire quella *escalation* criminosa – purtroppo usuale – che, iniziando con condotte di disturbo ripetute e ossessive, passa poi attraverso comportamenti violenti (percosse, lesioni personali, minacce, violenze sessuali, danneggiamenti), per scaturire infine a volte nella causazione della morte della vittima.

Punendo condotte reiterate violente o moleste nei confronti di chiunque[49] – quindi tanto di un estraneo, quanto di una persona con la quale l'agente abbia un rapporto personale –, tali da determinare nell'offeso un grave stato di ansia o paura, oppure un fondato timore per l'incolumità personale propria o di un prossimo congiunto o di persona affettivamente legata allo stesso, o la necessità di cambiare le proprie abitudini di vita, il nuovo delitto risultava idoneo – diversamente dall'art. 660 Cp – a reprimere anche le degenerazioni comportamentali scatenate dalla fine di una relazione sentimentale. Per la sua natura delittuosa, inoltre, era (ed è) sottratto al beneficio dell'oblazione.

Ciò che attribuiva a questo reato una maggiore deterrenza rispetto alla contravvenzione di cui all'art. 660 Cp era, ancor più della natura delittuosa e dell'entità della pena, l'applicabilità ad esso di una serie di disposizioni preventive a tutela della vittima[50], introdotte dalla medesima legge del 2009, volte a impedire la reiterazione e l'acuizione dei comportamenti offensivi: in particolare, la misura cautelare personale del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-*ter* Cpp) nei confronti dell'imputato di atti persecutori; il prolungamento fino a un anno dell'ordine di protezione, che il giudice civile può emettere nei confronti del coniuge o convivente che abbia subito comportamenti pregiudizievoli, compresi gli atti persecutori (art. 342-*ter* Cc)[51]; l'applicabilità all'imputato di atti persecutori della custodia cautelare in carcere, data la previsione del massimo edittale di quattro anni.

Il legislatore, inoltre, tenendo conto dei dati statistici relativi all'elevata percentuale di vessazioni da parte di ex *partners*, ha previsto all'art. 612-*bis* co. 2 la circostanza aggravante dell'essere «il fatto commesso dal coniuge legalmente separato o divorziato o da persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona offesa». Peraltro, già nei primi commenti al nuovo delitto, era stata evidenziata

---

nuovo delitto di "Atti persecutori", cit., 819). In senso analogo A. Valsecchi, *Il delitto di "atti persecutori" (c.d.* stalking*)*, cit., 1379.

[46] A. Cadoppi, *Atti persecutori: una normativa necessaria*, in *GD* 2009, 19, 49.

[47] P.E. Mullen, M. Pathé, R. Purcell, *Stalkers and their victims*[2], Cambridge 2008.

[48] Con il d.l. 23.2.2009 n. 11 conv. in l. 23.4.2009 n. 38.

[49] È collocato, infatti, nel Titolo XII del Libro II del codice penale tra i delitti contro la libertà morale della persona. È stato correttamente sottolineato che il suo "affiancamento" al delitto di minaccia (art. 612 Cp) tra i delitti contro la libertà morale della persona appare del tutto congruo, atteso che la gran parte – e comunque il nucleo fondamentale – delle condotte incriminate tende a incidere sulla tranquillità psichica, sulla libera autodeterminazione (ad es. imponendone un cambiamento delle abitudini di vita), e – in definitiva – sulla libertà morale della persona (F. Macrì, *Modifiche alla disciplina delle circostanze aggravanti dell'omicidio e nuovo delitto di "Atti persecutori"*, cit. 824).

[50] La tutela preventiva è stata realizzata non solo in forma penale, ma anche amministrativa. Ci riferiamo all'introduzione di una alternativa alla querela per atti persecutori (che determina l'avvio dell'attività giudiziaria penale), consistente nella richiesta al questore dell'ammonimento dell'autore di tali comportamenti (art. 8 d.l. 11/2009 conv. in l. 38/2009).

[51] L'ordine di protezione originariamente era previsto fino a un massimo di sei mesi.

in senso critico l'irragionevolezza della previsione dell'aggravante nei confronti del coniuge legalmente separato e non del coniuge separato di fatto, e al contempo nei confronti della persona legata alla vittima da una qualsivoglia relazione sentimentale ormai finita[52]. Oltre all'ingiustificabile disparità di trattamento, tale statuizione appariva distonica rispetto alla realtà, dal momento che frequentemente i comportamenti persecutori sono tenuti proprio nei confronti del coniuge che si è allontanato di fatto senza una richiesta formale di separazione.

6. L'introduzione del delitto di atti persecutori ha posto un problema di individuazione del confine applicativo tra il medesimo, soprattutto nell'ipotesi aggravata della commissione a danno del coniuge separato legalmente o di persona precedentemente legata da relazione sentimentale (c.d. *stalking* intra-familiare), e quello di maltrattamenti.
Un confronto tra le due fattispecie, considerate nella formulazione vigente nel 2009[53], evidenzia, da un punto di vista della struttura oggettiva, innanzitutto la comunanza della natura abituale, richiedendo entrambi espressamente la reiterazione del comportamento. Anche, però, due differenze: i maltrattamenti sono un reato di pura condotta e gli atti persecutori di evento; i primi non definiscono la condotta, mentre i secondi la individuano in molestie o violenze. Peraltro, a ben vedere questi non sono elementi realmente differenziali. Per quanto concerne la condotta, il maltrattamento, in assenza di definizione legislativa, è stato ravvisato dalla giurisprudenza sia in atti violenti, già di per sé penalmente rilevanti (maltrattamento fisico), sia in atti in sé penalmente irrilevanti, la cui reiterazione determini nel destinatario una condizione di mortificazione e di afflizione morale (maltrattamento psicologico). Lo stesso vale per la condotta degli atti persecutori, in quanto essa, per espressa indicazione legislativa, può consistere in comportamenti violenti, già penalmente rilevanti, ma anche in molestie, ossia in comportamenti fastidiosi, invadenti, che possono essere penalmente irrilevanti se considerati singolarmente[54]. Quindi maltrattamenti e atti persecutori non presentano una reale eterogeneità sul piano della condotta.
Per quanto concerne l'evento, è vero che gli atti persecutori richiedono che dalla realizzazione di comportamenti molesti o violenti scaturisca, alternativamente, un grave stato di ansia o paura, o il timore per l'incolumità propria o altrui o un cambio di abitudini, mentre i maltrattamenti sono punibili a prescindere dalle conseguenze sul destinatario. Peraltro, tale differenza, a ben vedere, è più formale che sostanziale, in quanto i maltrattamenti verso un soggetto in condizione di inferiorità o di vulnerabilità rispetto all'agente ingenerano inevitabilmente nel destinatario, per la loro reiterazione, almeno uno stato di grave ansia, perturbamento, paura. Quindi neanche l'evento tipizzato nell'art. 612-*bis* Cp può realmente considerarsi un *quid pluris* del delitto di atti persecutori rispetto a quello di maltrattamenti, tale da renderlo speciale.
È sul piano della procedibilità e del sistema sanzionatorio la vera e fondamentale differenza, in quanto i maltrattamenti sono procedibili d'ufficio – mentre gli atti persecutori a querela[55] – e nel 2009 avevano una cornice edittale superiore a quella dell'art. 612-*bis* co. 1 Cp[56], così da risultare prevalenti

[52] In tal senso G. Losappio, *Vincoli di realtà e vizi del tipo nel nuovo delitto di "Atti persecutori"*. "Stalking the Stalking", cit., 872; F. Macrì, *Modifiche alla disciplina delle circostanze aggravanti dell'omicidio e nuovo delitto di "Atti persecutori"*, cit., 826.
[53] Per approfondimenti sui rapporti tra il delitto di maltrattamenti e quello di atti persecutori si rinvia a F. Resta, Stalking *in famiglia? Sovrapposizioni e differenze tra atti persecutori e maltrattamenti in famiglia*, in *GM* 2012, 1920; A. Merli, *Differenze e linee di continuità tra il reato di* stalking *e quello di maltrattamenti in famiglia dopo la modifica del secondo comma dell'art. 612*-bis *c.p. ad opera della legge c.d. sul femminicidio*, in *DPenCont* 4/2016, 96 ss.
[54] Si tratta del concetto di molestia, che la giurisprudenza ha elaborato in relazione alla contravvenzione di cui all'art. 660 Cp (v. *supra* nt. 41) ed esteso al delitto di cui all'art. 612-*bis* Cp.
[55] Gli atti persecutori sono procedibili a querela sia nell'ipotesi base che in quella aggravata, *ex* art. 612-*bis* co. 4 Cp.
[56] Reclusione da uno a cinque anni per i maltrattamenti; reclusione da sei mesi a quattro anni per gli atti persecutori. Peraltro, sarebbe stata più consona ai principi di ragionevolezza e di proporzione la previsione di un trattamento sanzionatorio più severo per gli atti persecutori violenti rispetto a quello per gli atti persecutori molesti.

e assorbenti, in virtù della clausola di sussidiarietà stabilita per il nuovo delitto. Peraltro, gli atti persecutori aggravati, *ex* art. 612-*bis* co. 2 Cp, erano punibili, pur nel solo massimo edittale, in misura superiore rispetto ai maltrattamenti[57].
Sulla base di queste premesse, la giurisprudenza correttamente escludeva l'applicabilità degli atti persecutori di cui al co. 1 dell'art. 612-*bis* Cp, quando fossero ravvisabili anche gli estremi del delitto di maltrattamenti[58], in ragione della maggiore gravità di questi e della clausola di sussidiarietà. In alcune pronunce si argomentava la prevalenza dei maltrattamenti anche con la maggiore rilevanza del bene giuridico protetto dall'art. 572 Cp, ravvisato, oltre che nell'incolumità fisica e psichica del soggetto, anche nella famiglia, in particolare nell'assistenza familiare. Quest'ultimo argomento strideva con l'interpretazione dottrinale maggioritaria qui condivisa, secondo la quale la famiglia non deve considerarsi il bene giuridico protetto, bensì la *ratio* di tutela della categoria dei delitti previsti nel Titolo XI[59], mentre l'oggetto specifico tutelato è da individuarsi nella personalità del soggetto, nell'individuo in tutta la sua dimensione[60], offeso all'interno di un rapporto familiare o para-familiare.
Gli atti persecutori aggravati, in base al dettato legislativo, avrebbero dovuto prevalere sui maltrattamenti in caso di vessazioni verso il coniuge separato legalmente o divorziato e verso la persona precedentemente legata da relazione sentimentale, non essendo in tali casi più ravvisabile un rapporto familiare. La giurisprudenza, invece, ne circoscriveva arbitrariamente l'applicazione a quelle attuate dopo il divorzio o dopo la cessazione della relazione affettiva[61], riconducendo nell'alveo dei maltrattamenti le vessazioni nei confronti del coniuge separato – sia legalmente sia di fatto – e dell'ex *partner*, quest'ultimo purché ancora legato da comunanza di filiazione, affermandone erroneamente la maggiore gravità, senza tener conto che, in realtà, gli atti persecutori aggravati, *ex* art. 612-*bis* co. 2 Cp, erano sanzionati con un massimo edittale superiore.
L'applicazione dei maltrattamenti era fondata anche sul richiamo al principio, che la stessa giurisprudenza aveva elaborato prima dell'introduzione dell'art. 612-*bis* Cp in funzione di evitare vuoti di tutela, in base al quale il coniuge separato e, in caso di cogenitorialità naturale, l'ex convivente o comunque l'ex *partner* dovevano considerarsi ancora vincolati da obblighi di reciproco rispetto, assistenza e solidarietà, che mantenevano in vita il rapporto familiare di cui all'art. 572 Cp.
In tal modo, però, l'applicazione dell'art. 572 Cp andava al di là dei limiti legislativi rappresentati dagli atti persecutori aggravati, ponendosi *contra legem*.

7. Il legislatore, a breve distanza dall'introduzione del delitto di atti persecutori, è intervenuto, con la l. 1.10.2012 n. 172 di ratifica della Convenzione di Lanzarote, a riformare, per la prima volta, l'art. 572 Cp, sia in ordine al trattamento sanzionatorio, sia in ordine ai soggetti offesi dal reato.
Sotto il primo profilo, la cornice edittale è stata innalzata, nel minimo edittale, da uno a due anni di reclusione e, nel massimo edittale, da cinque a sei anni di reclusione. Questo ha determinato un parziale mutamento nel rapporto con gli atti persecutori, in quanto i maltrattamenti, oltre che nei confronti dell'ipotesi base dell'art. 612-*bis* co. 1 Cp, sono diventati reato più grave anche rispetto agli atti persecutori aggravati[62], con assorbimento degli stessi in virtù della clausola di riserva.

[57] L'aumento fino a un terzo calcolato sul massimo edittale di quattro anni della fattispecie base di atti persecutori comportava un massimo edittale per gli atti persecutori aggravati pari a cinque anni e quattro mesi, mentre quello dei maltrattamenti era di cinque anni.
[58] Ad esempio, in caso di vessazioni verso un familiare diverso da quelli indicati nell'aggravante dell'art. 612-*bis* co. 2 Cp, come il coniuge separato solo di fatto o la persona ancora legata da relazione affettiva.
[59] F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, cit., 230.
[60] F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, cit., 236. Altri individuano il bene giuridico dei maltrattamenti nell'integrità fisica e morale del soggetto maltrattato (G.D. Pisapia, *Delitti contro la famiglia*, cit., 747 s.; S. Riondato, *Introduzione a "famiglia" nel diritto penale italiano*, cit., 16).
[61] Cfr. Cass. 24.11.2011 n. 24575, in *CEDCass*, m. 252906; Cass. 13.11.2012 n. 7369, *ivi*, m. 254026; Cass. 12.6.2013 n. 50333, *ivi*, m. 258644.
[62] Gli atti persecutori aggravati erano rimasti, infatti, punibili nel massimo edittale fino cinque anni e quattro mesi.

Sotto il secondo profilo, è stato eliminato il minore di quattordici anni quale persona offesa ed è stata aggiunta, a fianco della «persona della famiglia», quella «comunque convivente». Per coerente allineamento al precetto, anche la rubrica dell'art. 572 Cp è stata modificata da «Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli» a «Maltrattamenti contro familiari o conviventi».
Non tanto appare degna di rilievo la scomparsa della figura del minore, essendo questa da imputarsi alla superfluità della sua previsione e non certo all'intenzione del legislatore di ridurre la tutela del minore[63]; quanto piuttosto l'introduzione della persona comunque convivente.
Questa ha subito suscitato l'interrogativo se sia stata volta a restringere il concetto di familiare di fatto, ossia a escludere dalla sua portata semantica le persone legate da relazione fondata sulla frequentazione, anche assidua e con eventuale sporadica coabitazione, ma senza una costante convivenza (a prescindere dalla durata), così da porre un freno all'interpretazione giurisprudenziale eccessivamente lata; oppure, al contrario, ad ampliare la portata dell'art. 572 Cp, estendendola a rapporti di convivenza non riconducibili alla famiglia – neppure a quella di fatto nel senso più ampio di relazione stabile –, né agli altri rapporti previsti dal precetto (sottoposizione ad autorità o affidamento). Si pensi, ad esempio, alla convivenza in gruppi di mutuo aiuto/assistenza (c.d. *co-housing*), alla convivenza tra studenti universitari, a quella di giovani stranieri in famiglie italiane per un certo periodo di tempo a fini di scambio linguistico, culturale o di studio.
La risposta data da gran parte della dottrina, e qui condivisa, è stata nel secondo senso: nulla sarebbe sostanzialmente cambiato in ordine al significato di familiare, che sarebbe rimasto comprensivo della famiglia di fatto, con o senza convivenza, purché stabile, secondo la consolidata interpretazione giurisprudenziale evolutiva[64]. Ciò in ragione di un argomento basato sulla lettera della disposizione riformata: la disgiuntiva «o» tra la persona familiare e la persona comunque convivente[65]. Con questa congiunzione si è inteso riferire la convivenza a rapporti extra e para-familiari, con effetto estensivo del delitto, e non alla famiglia, con effetto restrittivo sul reato[66]. Né la disgiuntiva può ritenersi una svista, in quanto è inserita anche nella nuova rubrica.
È stato detto che il legislatore del 2012 ha perso l'occasione di fare chiarezza sul concetto di familiare[67]. Verosimilmente si è trattato di una scelta, più che di un'omissione, dettata dalla considerazione che una previsione per elencazione, come quella dell'art. 307 Cp per i prossimi congiunti, non avrebbe consentito di coprire tutte le possibili tipologie di formazioni familiari, tenuto conto del continuo evolversi della società e del costume. Al contrario, lasciare inalterato il generico riferimento al familiare, quale concetto aperto, avrebbe reso il delitto di maltrattamenti sempre

[63] Il minore non può che subire maltrattamenti all'interno della famiglia o di uno dei contesti individuati dall'art. 572 Cp come sottoposizione ad autorità o affidamento (all'insegnante, all'istruttore sportivo, all'educatore/organizzatore di attività ricreative, al medico, ecc.).
[64] In tal senso G. Pavich, *Luci e ombre nel "nuovo volto" del delitto di maltrattamenti. Riflessioni critiche sulle novità apportate dalla legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote*, in *www.penalecontemporaneo.it* 9.11.2012, 5 s.; A. Vallini, *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella "famiglia"*, in *DPP* 2013, 152; C. Cassani, *La nuova disciplina dei maltrattamenti contro familiari e conviventi. Spunti di riflessione*, in *AP* 3/2013, 4.
[65] Secondo altra opinione, l'equiparazione della persona comunque convivente alla persona della famiglia avrebbe, invece, ristretto l'ambito applicativo del delitto, in quanto avrebbe inteso specificare meglio il concetto di famiglia, indicandone esplicitamente l'estensione massima ed escludendo in tal modo i rapporti interpersonali non contraddistinti dal requisito della convivenza, in base al principio *ubi lex voluit lex dixit*. In tal senso L. Tarasco, *Maltrattamenti in famiglia o verso conviventi: prospettive di "ulteriore" riforma*, in *DPP* 2015, 86; A. Roiati, *Sul ruolo da attribuire al requisito della convivenza nella fattispecie dei maltrattamenti in famiglia*, in *DPP* 2015, 1395.
[66] Autorevole dottrina ha individuato anche un secondo argomento, quello della "non superfluità" delle parole del legislatore: se la norma avesse inteso attribuire rilievo ai rapporti familiari unicamente quando tra conviventi, sarebbe stato sufficiente nominare soltanto la convivenza – concetto cui è già riconducibile l'ipotesi, speciale, di convivenza "tra familiari" – invece che richiamare anche la nozione di "familiarità" (A. Vallini, *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella "famiglia"*, cit., 152).
[67] L. Tarasco, *Maltrattamenti in famiglia o verso conviventi: prospettive di "ulteriore" riforma*, cit., 86.

adattabile ai tempi e applicabile a tutela dei componenti di qualsiasi nucleo non qualificato contraddistinto da *affectio familiaris*.
La riforma della soggettività passiva non ha avuto ricadute in sede applicativa, in quanto la giurisprudenza ha continuato a ricondurre all'art. 572 Cp i maltrattamenti commessi non solo all'interno del matrimonio e della convivenza *more uxorio*, ma anche di una relazione affettiva stabile, pur in assenza di convivenza[68].
L'innalzamento del massimo edittale, determinando la maggiore gravità dei maltrattamenti anche rispetto agli atti persecutori aggravati ha, in un certo senso, legittimato l'interpretazione giurisprudenziale volta a ricondurre nell'alveo del delitto di maltrattamenti anche le vessazioni nei confronti del coniuge separato legalmente e dell'ex *partner* legato da cogenitorialità, e correlativamente a circoscrivere l'ambito applicativo degli atti persecutori aggravati alle vessazioni commesse dopo lo scioglimento del matrimonio o dopo la definitiva cessazione della convivenza.
Il rapporto tra i due delitti, peraltro, è nuovamente mutato con il d.l. 14.8.2013 n. 93 conv. in l. 15.10.2013 n. 119, che, recependo le critiche della dottrina, ha esteso la portata degli atti persecutori aggravati, *ex* art. 612-*bis* co. 2 Cp, al coniuge non separato, al coniuge separato di fatto e al *partner* ancora legato da relazione affettiva alla persona offesa; e ha anche elevato il limite edittale massimo dell'ipotesi base del co. 1 da quattro a cinque anni[69], con conseguente aumento del massimo edittale degli atti persecutori aggravati da cinque anni e quattro mesi a sei anni e otto mesi.
L'ampliamento della soggettività attiva di tale delitto ha determinato una sostanziale sovrapposizione totale tra maltrattamenti e *stalking* verso il coniuge e verso il *partner* di fatto (almeno quello convivente), in quanto il legislatore non ha previsto alcun ulteriore requisito volto a distinguere le due ipotesi.
Il compito del giudice di stabilire se e quando applicare l'art. 572 Cp o l'art. 612-*bis* co. 2 Cp è diventato ancora più difficile in relazione alle nuove ipotesi, ma anche più a rischio di scelte arbitrarie in mancanza di indicazioni legislative. Considerare più grave e prevalente il delitto di maltrattamenti solo in ragione della procedibilità d'ufficio avrebbe svuotato di significato la riforma del 2013, costituendo una *interpretatio abrogans* degli atti persecutori aggravati verso il coniuge, verso il coniuge separato e verso il *partner* convivente, salvando solo la nuova ipotesi di *stalking* nei confronti della persona legata da attuale relazione affettiva, dato che questa è stata indicata dal legislatore senza alcuna qualificazione limitante (tipo stabile, seria o duratura). In pratica gli atti persecutori aggravati sarebbero stati applicabili alle ipotesi previste prima della riforma del 2013, ossia alle vessazioni verso l'ex coniuge, l'ex convivente e l'ex *partner* sentimentale, e alla nuova ipotesi del *partner* sentimentale.
L'alternativa più accettabile risultava, quindi, il ricorso al criterio del trattamento sanzionatorio più grave, per risolvere il concorso apparente di norme, che, con la riforma del 2013, tornava a essere quello dell'art. 612-*bis* co. 2 Cp.
A ben vedere, la complessiva riforma degli atti persecutori aggravati nel 2013 – sia sotto il profilo del soggetto attivo e passivo, sia sotto il profilo del trattamento sanzionatorio – evidenziava che il legislatore aveva inteso lo *stalking* di coppia come ipotesi di maltrattamento più grave rispetto a quello previsto dall'art. 572 Cp.
La giurisprudenza, tuttavia, ignorando la *voluntas legis*, ha continuato a distinguere l'ambito applicativo dei due delitti in base al criterio cronologico, ravvisando i maltrattamenti in caso di vessazioni attuate prima dello scioglimento del matrimonio o della cessazione definitiva della

[68] Così Cass. 18.3.2014 n. 31121, in *CEDCass*, m. 261472; Cass. 8.7.2014 n. 33882, *ivi*, m. 262078; Cass. 5.7.2016 n. 39331, *ivi*, m. 267915; Cass. 25.6.2019 n. 37628, *ivi*, m. 276697: in tutte viene espresso il principio in base al quale l'art. 572 Cp è applicabile non solo ai nuclei familiari fondati sul matrimonio, ma a qualunque relazione sentimentale che, per la consuetudine dei rapporti creati, implichi l'insorgenza di vincoli affettivi e aspettative di assistenza assimilabili a quelli tipici della famiglia o della convivenza abituale.
[69] Il limite edittale minimo di sei mesi di reclusione non è stato, invece, modificato.

convivenza e gli atti persecutori aggravati per quelle realizzate dopo il divorzio o dopo la cessazione della convivenza[70]. E, coerentemente a tale impostazione esegetica, ha ravvisato il concorso materiale tra i due reati in caso di vessazioni iniziate e reiterate in costanza di relazione – coniugale o di fatto – e poi proseguite dopo il divorzio o dopo la cessazione della convivenza[71].
L'interpretazione giurisprudenziale è rimasta inalterata anche dopo che la legge 19.7.2019 n. 69 ha ulteriormente innalzato il trattamento sanzionatorio di entrambi i delitti. L'inasprimento non ha, peraltro, mutato il rapporto tra le due fattispecie: i maltrattamenti contro familiari o conviventi sono rimasti più gravi rispetto agli atti persecutori base ma meno gravi rispetto agli atti persecutori aggravati (in relazione al solo massimo edittale)[72].

8. La frizione tra legislatore e giurisprudenza ha avuto un allentamento a seguito di un caso in cui il giudice di merito ha sollevato davanti alla Corte costituzionale [73] questione di legittimità costituzionale in ordine all'art. 521 Cpp (Correlazione tra l'imputazione contestata e la sentenza) in relazione al delitto di maltrattamenti[74].
La rimessione della questione di costituzionalità è stata originata da un giudizio immediato nei confronti di un soggetto imputato di atti persecutori aggravati, *ex* art. 612-*bis* Cp, per avere, con reiterate condotte di minacce e molestie, cagionato alla compagna un perdurante e grave stato di ansia e paura e ingenerato un timore per la propria incolumità, al punto da costringerla anche ad alterare le proprie abitudini di vita. Secondo il giudice, il fatto provato in dibattimento, pur essendo il medesimo contestato dalla pubblica accusa, avrebbe dovuto ricondursi nell'alveo «della diversa e ben più grave ipotesi incriminatrice» dei maltrattamenti contro familiari, anziché di quella di atti persecutori aggravati, essendo stato commesso durante una relazione sentimentale con la persona offesa che, pur di breve durata (tre mesi) e senza convivenza, sarebbe stata «seria, consolidata e fondata sulla condivisione dei rispettivi affetti». La realizzazione nel contesto di una stabile relazione affettiva avrebbe reso le vessazioni ascrivibili alla *ratio* dei maltrattamenti contro familiari molto più che al «terreno dello *stalking* che lascia ipotizzare la presenza di una vittima che fugge e di un carnefice che insegue»; né tale conclusione sarebbe stata ostacolata dalla previsione, da parte del legislatore, della specifica aggravante per il delitto di atti persecutori, consistente nell'essere stato il fatto commesso da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa, in quanto l'art. 572 Cp si presterebbe a un'interpretazione estensiva del concetto di convivenza, idonea a ricomprendere anche le condotte maltrattanti compiute in un contesto affettivo protetto, contraddistinto dal «dato sostanziale della condivisione di progetti di vita», pur in assenza del «dato formale della condivisione

[70] Cfr., *ex plurimis*, Cass. 4.5.2016 n. 41665, *ivi*, m. 268464; Cass. 19.12.2017 n. 3087, *ivi*, m. 272134; Cass. 23.1.2019 n. 10222, *ivi*, m. 275617-01; Cass. 3.11.2020 n. 37077, *ivi*, m. 280431-01; Cass. 8.6.2022 n. 32575, in *OneLegale* 2022; Cass. 13.10.2022 n. 43429, *ivi* 2022. Per un'analisi della giurisprudenza in ordine ai rapporti tra art. 572 Cp e atti persecutori aggravati come ampliati dalla riforma del 2013, si rinvia a M.C. Barbati, *Maltrattamenti in famiglia e nuovi contesti familiari*, in *DPP* 2018, 1203 ss.; A. Merli, *Differenze e linee di continuità tra il reato di* stalking *e quello di maltrattamenti in famiglia dopo la modifica del secondo comma dell'art. 612*-bis *c.p. ad opera della legge c.d. sul femminicidio*, cit., 99 ss.
[71] In tal senso Cass. 19.5.2016 n. 30704, in *CEDCass*, m. 267942; Cass. 16.2.2022 n. 10626, *ivi*, m. 283003-01.
[72] Con la l. 69/2019 la cornice edittale dei maltrattamenti è diventata da tre a sette anni; quella degli atti persecutori base di cui all'art. 612-*bis* co. 1 Cp da uno a sei anni e mezzo; quella degli atti persecutori aggravati, *ex* art. 612-*bis* co. 2 Cp, da un anno e quattro mesi a otto anni e otto mesi.
[73] C. cost., 14.5.2021 n. 98, in *www.cortecostituzionale.it*. Per un commento alla pronuncia all'interno di un'ampia disamina della giurisprudenza sui maltrattamenti e sul loro rapporto con gli atti persecutori, si rinvia a D. Potetti, *Corte costituzionale e corte di cassazione alle prese con un regolamento di confini: maltrattamenti e atti persecutori*, in *CP* 2022, 3703 ss.
[74] La riqualificazione, ai sensi dell'art. 521 Cpp, del fatto – contestato dal p.m. a titolo di atti persecutori aggravati – come maltrattamenti contro familiari avrebbe avuto la conseguenza che la richiesta dell'imputato di essere giudicato con rito abbreviato avrebbe dovuto essere rigettata, in quanto tardiva: da qui il dubbio di legittimità dell'art. 521 Cpp in relazione al principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 Cost, e al diritto di difesa, riconosciuto dall'art. 24 Cost.

continuativa di spazi fisici».
Il giudice *a quo* è incorso in un errore ricorrente in giurisprudenza, relativamente al rapporto sanzionatorio tra maltrattamenti e atti persecutori aggravati, ritenendo i primi più gravi dei secondi[75]; ma soprattutto ha forzato la lettera della legge, nel riferire al concetto di convivenza l'interpretazione estensiva che la giurisprudenza ha elaborato in relazione a quello di familiare. Appaiono riconducibili alla nozione estesa di famiglia, senza ricorrere all'analogia, i nuclei di fatto fondati su una relazione affettiva stabile, seria, duratura, anche in mancanza di convivenza; non appare, invece, possibile ricomprendere in quella di convivenza, se non mediante estensione analogica, relazioni di breve durata e senza coabitazione, in quanto la mancanza di condivisione continuativa del tempo, degli spazi e dei beni impedisce la creazione di abitudini comuni di vita tipiche della convivenza. La Corte costituzionale, infatti, ha ravvisato nell'inquadramento di un rapporto con tali caratteristiche nella convivenza il rischio di un'estensione analogica *in malam partem*, in violazione del divieto imposto in materia penale dal principio costituzionale di legalità[76]: rischio, cioè, di andare al di là dei possibili significati letterali dei termini legislativi[77]. E ha concluso con una dichiarazione di inammissibilità per lacuna motivazione sulla rilevanza della questione sollevata, richiedendo al giudice di valutare se il rapporto affettivo, dipanatosi nell'arco di poco tempo e caratterizzato da permanenze non continuative di un *partner* nell'abitazione dell'altro, possa considerarsi «convivenza» secondo l'ordinario significato di detto concetto.
A ben vedere anche la Corte costituzionale è incorsa nell'errore del giudice rimettente in relazione al rapporto sanzionatorio tra i due reati, nell'affermare che la qualificazione in termini di maltrattamenti, anziché di atti persecutori aggravati, basata su un'interpretazione analogica del concetto di convivenza, avrebbe comportato la violazione del divieto di analogia *in malam partem*. In realtà, essendo l'ipotesi dell'art. 612-*bis* co. 2 Cp più gravemente punita nel massimo edittale rispetto a quella dell'art. 572 Cp, l'estensione analogica del concetto di convivenza nei maltrattamenti sarebbe risultata *in bonam partem*.
La pronuncia n. 98/2021, in ogni caso, deve considerarsi di grande rilievo per avere denunciato una pericolosa tendenza della giurisprudenza ad applicare le disposizioni penali in base a interpretazioni fondate su proprie valutazioni di politica criminale, spettanti solo al legislatore, anziché sul tenore letterale delle stesse. Da qui il monito della Consulta al giudice a rispettare il principio costituzionale di legalità, mediante attribuzione ai termini legislativi di familiare e di convivenza, presenti nell'art. 572 Cp, di significati propri degli stessi, che non vadano al di là della loro portata semantica, con un illegittimo sconfinamento nel campo applicativo dell'art. 612-*bis* co. 2 Cp.
Monito che ha colpito nel segno, provocando nella giurisprudenza di legittimità la formazione di un nuovo orientamento, conforme alle suddette direttive della Corte costituzionale, contrapposto a quello tradizionale. Lo scenario attuale, quindi, è contraddistinto da un contrasto giurisprudenziale.
Secondo l'indirizzo maggioritario, allineato a quello formatosi nella vigenza dell'art. 572 Cp ante riforma 2012 e mantenuto dopo, il delitto di maltrattamenti è applicabile, in caso di vessazioni consumate all'interno di relazioni affettive non qualificate, nei confronti del *partner*, attuale o

[75] La vicenda sulla quale verteva l'accertamento era accaduta nel 2019, quando gli atti persecutori aggravati erano già punibili con un massimo edittale superiore ai maltrattamenti.
[76] Si legge in un passaggio fondamentale della pronuncia della Corte costituzionale che «nel procedere alla qualificazione giuridica dei fatti accertati in giudizio, il rimettente omette di confrontarsi con il canone ermeneutico rappresentato, in materia di diritto penale, dal divieto di analogia a sfavore del reo: canone affermato a livello di fonti primarie dall'art. 14 delle Preleggi nonché – implicitamente – dall'art. 1 Cp, e fondato a livello costituzionale sul principio di legalità di cui all'art. 25 co. 2 Cost (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). Il divieto di analogia non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo».
[77] Si legge nella sentenza che «Il divieto di analogia non consente, infatti, di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali e costituisce un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo».

passato, convivente o non, purché il rapporto sia o sia stato stabile, secondo una valutazione del caso concreto, indipendente dalla continuità nel tempo e dalla convivenza: ciò in virtù di un'interpretazione estensiva del concetto di familiare, a discapito degli atti persecutori, circoscritti alle vessazioni successive alla definitiva cessazione del rapporto interpersonale, rappresentata, in caso di coniugio, dal divorzio[78].
Secondo il nuovo orientamento, che potremmo definire garantista, affermatosi in alcune recenti sentenze[79], il delitto di maltrattamenti è applicabile alle vessazioni attuate nell'ambito di relazioni interpersonali non qualificate solo quando il rapporto affettivo sia contraddistinto da reale e duratura condivisione e comunanza materiale e spirituale di vita, in virtù di un'interpretazione restrittiva dei concetti di famiglia e di convivenza, imposta dal rispetto del principio costituzionale di legalità nel corollario del divieto di interpretazione analogica delle norme incriminatrici. Interpretazione che consente di riconoscere agli atti persecutori aggravati l'ambito di applicazione, espressamente delineato dall'art. 612-*bis* co. 2 Cp, alle vessazioni compiute nelle relazioni affettive di fatto attuali o passate, nei rapporti coniugali attuali o interrotti (separazione di fatto o legale) o estinti (scioglimento del matrimonio).
Pur essendo ancora esigue le sentenze che aderiscono all'interpretazione restrittiva del delitto di maltrattamenti contro familiari, con reviviscenza del più ampio ambito degli atti persecutori tracciato dal legislatore, è verosimile o almeno auspicabile un prossimo intervento delle Sezioni unite, volto a fare chiarezza e ad assicurare un'applicazione dell'art. 572 Cp conforme al principio costituzionale di legalità.

9. La panoramica sugli interventi riformatori del legislatore e sugli arresti giurisprudenziali in ordine all'interpretazione del delitto di maltrattamenti contro familiari e del rapporto tra questo e gli atti persecutori consente di trarre alcune osservazioni conclusive.
Innanzitutto la riforma dell'art. 572 Cp nel 2012, con l'introduzione del convivente, non ha realmente recepito l'interpretazione giurisprudenziale estesa di famiglia[80], al fine di ricomprendervi vari tipi di nuclei familiari non qualificati, né ha creato chiarezza, ma, anzi, ha accentuato l'incertezza dell'ambito applicativo del delitto. Ciò perché, in mancanza di indici legislativi, la giurisprudenza ha continuato a ricorrere, come prima della riforma, a criteri interpretativi disomogenei, quando non addirittura contraddittori, in ordine al rapporto di famiglia o di convivenza, ritenendo a volte necessario un legame duraturo nel tempo, altre volte sufficiente l'assidua frequentazione in una relazione breve, saltuaria o intermittente; a volte prevalente la volontà di un progetto di vita comune sul suo concreto sviluppo nel tempo; qualche volta necessaria ma più spesso irrilevante l'attualità del rapporto, purché, in caso di relazione di fatto, ci fosse condivisione di figli.
L'incerto significato dei concetti di familiare e di convivente ha avuto ricadute inevitabili sull'applicazione del delitto di atti persecutori, soprattutto di quelli aggravati, ancor più dopo il loro ampliamento nel 2013. La giurisprudenza ha sostanzialmente determinato uno sconfinamento dei maltrattamenti nell'orbita degli atti persecutori in ordine alle vessazioni nei confronti del coniuge, anche separato, e della persona legata da relazione affettiva stabile attuale o, in caso di comunanza di figli, anche cessata. Tali soggetti, invero, sono già espressamente tutti contemplati, senza possibilità

[78] Cfr. Tra le tante, Cass. 6.9.2021 n. 39532, in *CEDCass*, m. 282254-01; Cass. 17.11.2021 n. 45095, *ivi*, m. 282398-01; Cass. 8.6.2022 n. 32575, cit.; Cass. 27.9.2022 n. 45520, in *OneLegale* 2022; Cass. 4.10.2022 n. 44263, *ivi* 2022; Cass. 13.10.2022 n. 43429, *ivi* 2022.
[79] Cfr. Cass. 16.2.2022 n. 9663, in *CEDCass*, m. 283120-01; Cass. 16.3.2022 n. 15883, in *FamD* 2023, 66; Cass. 28.9.2022 n. 38336, in *DPP* 2022, 1358. In tutte viene espressamente richiamata, in senso adesivo, l'interpretazione data dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 98/2021.
[80] Si specifica nella Relazione illustrativa del ddl A.S. n. 1969-B (nota n. 9) che il legislatore ha inteso codificare un principio già ripetutamente e costantemente affermato dalla giurisprudenza, e si riporta, a titolo esemplificativo, un passo della sentenza di Cass. 29.1.2008 n. 20647.

di equivoci e incertezze, dall'art. 612-*bis* co. 2 Cp, che prevede anche un massimo edittale superiore a quello dei maltrattamenti. Appare, pertanto, arbitraria e inammissibile l'attrazione, da parte della giurisprudenza, delle suddette ipotesi nell'alveo dell'art. 572 Cp, mediante l'individuazione di un *discrimen* cronologico tra maltrattamenti e atti persecutori aggravati (vessazioni prima e dopo la cessazione definitiva del rapporto), del tutto assente nelle due disposizioni incriminatrici, né ricavabile implicitamente da esse.
La licenza della giurisprudenza di applicare l'art. 572 Cp al di là degli espressi e chiari limiti normativi riconducibili all'art. 612-*bis* co. 2 Cp è stata correttamente criticata dalla Corte costituzionale nel 2021 con un monito al rispetto del principio costituzionale di legalità sotto il profilo del divieto di analogia, anche se, come si è evidenziato, l'interpretazione giurisprudenziale a favore dell'applicazione dei maltrattamenti, in luogo degli atti persecutori aggravati, al coniuge separato, e all'ex convivente o ex *partner* in caso di cogenitorialità, non può considerarsi analogica *in malam partem*, bensì *in bonam partem*. Peraltro, appare comunque un'interpretazione in violazione del principio di legalità, data l'espressa previsione di tali ipotesi da parte degli atti persecutori aggravati.
Proprio la chiara e inequivocabile formulazione dell'art. 612-*bis* co. 2 Cp, da un lato, e la formazione di un nuovo indirizzo giurisprudenziale, pur ancora minoritario, volto a restringere l'interpretazione dei concetti di famiglia e convivenza nell'art. 572 Cp, dall'altro, come suggerito dalla Corte costituzionale, rendono auspicabile e opportuno un prossimo intervento delle Sezioni unite sul rapporto tra i due delitti.
Infine, la non altrettanto chiarezza dell'art. 572 Cp in ordine all'accostamento del convivente al familiare rende auspicabile, altresì, un intervento del legislatore sulla fattispecie di maltrattamenti, suggerito anche recentemente dalla dottrina[81], in modo da arginare la discrezionalità troppo libera dei giudici in relazione all'interpretazione di tali elementi e consentire una maggiore uniformità decisionale.

[81] In particolare, l'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale (AIPDP) ha proposto lo spostamento dell'art. 572 Cp nel Titolo XII tra i delitti contro la persona e il suo scorporamento in due fattispecie autonome, una di maltrattamenti contro familiari e violenza domestica, una di maltrattamenti contro le persone in affidamento; nonché l'introduzione di alcune disposizioni definitorie, tra le quali una sulla nozione di famiglia e di formazione sociale esistenziale (AIPDP, *Progetto di riforma del codice penale parte speciale, Riforma del codice penale in materia di famiglia e formazioni sociali esistenziali*, in *www.aipdp.it*). Per approfondimenti sulla proposta *de iure condendo* si rinvia ad A. Roiati, *La fattispecie dei maltrattamenti contro familiari e conviventi tra interventi di riforma, incertezze interpretative e prospettive di riforma*, in *www.sistemapenale.it* 30.3.2023.

PROCESSO PENALE *DE SOCIETATE* E GIUSTIZIA RIPARATIVA: UN DIALOGO POSSIBILE?

di Alessandro Malacarne
(*Dottorando di ricerca in diritto processuale penale, Università degli Studi di Genova*)

Lo scritto è volto ad approfondire il rapporto tra il sistema processuale di responsabilità *ex crimine* delle società e i percorsi offerti dalla «giustizia senza spada». Gli spunti, sotto tale profilo, provengono dallo studio del dibattito sorto in tema di messa alla prova "societaria" e ammissibilità della costituzione di parte civile nel "processo 231". Da un esame dinamico e sistematico delle tematiche *de qua*, infatti, si evince come l'attuale disciplina prevista dal d.lgs. 231/2001 risulti carente sotto il profilo della tutela delle *victims of corporations* e, al contempo, appaia indirizzata verso una valorizzazione, in una logica premiale, delle condotte *post delictum* realizzate dalla *societas*. Volendo percorrere questo tracciato, tuttavia, non poche sono le difficoltà cui l'interprete è chiamato a confrontarsi, specialmente con riguardo alla necessità di assicurare il rispetto delle garanzie processuali dell'ente incolpato.
The paper aims to explore the relationship between the criminal liability of corporations and restorative justice in the light of Italian literature debate on "corporate probation" and the constitution of civil party in the "231" system. In this sense, the regulation of Legislative Decree 231/2001 is inadequate in terms of protecting the victims of corporations. At the same time, it focuses on the *post delictum* conduct carried out by the *societas*. However, in this perspective, there are numerous difficulties for the interpreter, especially regarding the need to ensure respect for the procedural guarantees of the *societas*.

SOMMARIO: 1. Introduzione. Messa alla prova "societaria" e costituzione di parte civile nel "processo 231": così lontani, così vicini. – 2. Un dibattito senza fine: l'ammissibilità del *probation* per l'ente incolpato. – 3. … e un contrasto insanabile (ormai ventennale): la parte civile nel processo contro le società. – 4. L'ente incolpato e la vittima danneggiata: la *restorative justice* come metodo di risoluzione della controversia *contra societatem*? – 4.1. Gli spunti provenienti dall'analisi comparata. – 5. Sintesi… senza conclusioni.

1. Sono trascorsi poco più di venti anni da quando il legislatore italiano, con il d.lgs. 8.6.2001 n. 231, introduceva nel nostro ordinamento il nuovo microsistema di responsabilità da reato degli enti collettivi. Definito dai primi commentatori come una «rivoluzione copernicana»[1] nel panorama penalistico, in quanto capace di scardinare l'antico brocardo *societas delinquere et puniri non potest*[2], il paradigma *de quo* mostra, sul versante processuale, incontestabili segni di cedimento a fronte di un'applicazione concreta che si è rivelata, non di rado, inefficiente, inefficace e arbitraria[3].

[1] Così, tra i molti, A. Manna, *La cd. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *RTrimDPenEc* 2002, 502. Cfr. anche F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna 2018, 118, i quali si riferiscono all'introduzione di un sistema penale di responsabilità del soggetto metaindividuale come «la più significativa trasformazione subita dal diritto penale nell'ultimo cinquantennio».
[2] Sul versante processuale, è d'obbligo il rinvio a F. Cordero, *Procedura penale*[6], Milano 2001, 232 s.: «sarebbe un finto processo se il pubblico ministero perseguisse fantasmi intellettuali […], diavoli ovvero santi […], cose inanimate […], bestie […], persone giuridiche, enti collettivi […], cadaveri. Bisogna che l'imputazione evochi una persona fisica […], esista o no in carne ed ossa […]. Stiamo parlando dei presupposti (a parte rei) mancando i quali, il processo sarebbe pura apparenza».
[3] Si vedano, in proposito, le statistiche riportate da M. Ceresa Gastaldo, *Legalità d'impresa e processo penale. I paradossi*

Diverse – e note – le ragioni di tale disfunzione.
L'assenza di un controllo di tipo giurisdizionale sulla scelta del pubblico ministero di astenersi dalla contestazione dell'illecito ha dato vita, secondo l'opinione maggioritaria, a un modello processuale nel quale l'organo d'accusa assume le vesti di *dominus* indiscusso della fase investigativa[4], titolare di un "potere d'imputazione" discrezionale, in palese violazione del canone previsto all'art. 112 Cost. che, pilastro del rito criminale "ordinario", dovrebbe trovare applicazione anche nel processo contro le società.
Il momento investigativo, inoltre, diviene la sede privilegiata per un ricorso, non sempre lineare, a misure cautelari particolarmente afflittive[5], assumendo (qui più che altrove) i contorni di una "fase che conta e pesa"[6].
Nella medesima prospettiva, peraltro, non possono essere sottaciute le evidenti criticità correlate alla formulazione letterale dell'art. 6 d.lgs. 231/2001. Sotto il versante dell'*onus probandi*[7], infatti, si è fin da subito messa in luce la frizione con il canone previsto all'art. 27 co. 2 Cost.[8], in quanto

di una giustizia implacabile in un caso su dieci, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7.6.2019, nonché quelle – provvisorie, ma particolarmente interessanti – elaborate dal Centro nazionale di prevenzione e di difesa sociale pubblicate in *www.ilsole24ore.com*, 1.7.2021, dalle quali emerge, tra le altre, che nel periodo 2016-2019 sono stati annotati nell'apposito registro *ex* art. 55 d.lgs. 231/2001 circa 2500 notizie di illeciti amministrativi.

[4] In merito alla ritenuta, eccessiva discrezionalità attribuita al pubblico ministero nell'ambito del "processo 231", v., in un'ampia bibliografia, F. Ruggieri, *Reati nell'attività imprenditoriale e logica negoziale. Procedimenti per reati d'impresa a carico di persone ed enti tra sinergie e conflitti*, in *RIDPP* 2017, 941 ss.; S. Lonati, L.S. Borlini, *Corporate Compliance and Privatization of Law Enforcement. A study of the Italian Legislation in the light of the US experience*, in *Negotiated Settlements in Bribery Cases. A Principled Approach*, a cura di T. Søreide, A. Makinwa, Londra 2020, 280 ss.; O. Mazza, *Discrezionalità dell'azione e crisi della legalità nel processo a carico degli enti*, in *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni, anche in una comparazione con i sistemi sudamericani*, a cura di A. Fiorella, A. Gaito e A.S. Valenzano, Roma 2018, 427; R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Torino 2018, 85. In una differente prospettiva, v., invece, M.L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Napoli 2012, 104, secondo la quale l'omesso controllo di tipo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero non farebbe comunque venir meno l'obbligatorietà dell'azione di contestazione dell'illecito e, per tale ragione, la disciplina prevista dal decreto *de quo* sarebbe «idonea a scongiurare il rischio di una gestione arbitraria del potere di archiviazione da parte del pubblico ministero». Alle medesime conclusioni giungeva, già, E. Amodio, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *CP* 2005, 334.

[5] In argomento, v., per tutti, S. Renzetti, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, Torino 2017, *passim*.

[6] Parafrasando la celebre espressione di M. Nobili, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1998, 35. Sul punto, v. quanto osservato da P. Balducci, *L'ente imputato. Profili di efficienza e di garanzia nel processo* De Societate, Torino 2013, 22: «la circostanza che il giudice cautelare sia chiamato ad effettuare, nella valutazione della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della cautela interdittiva (art. 45), l'analisi sullo stato di organizzazione dell'ente e la possibilità ad esso concessa di attuare, già in tale contesto, le condotte riparatorie di cui all'art. 17, renderebbe la fase delle indagini preliminari momento assorbente la gran parte del contenzioso riguardante l'illecito amministrativo da reato».

[7] Sul tema dell'inversione dell'onere della prova nel procedimento a carico degli enti, v., *ex plurimis*, P. Ferrua, *Diritti umani e tutele degli enti nel processo*, in *DPP* 2016, 706; C. Fiorio, *Presunzione di non colpevolezza e onere della prova*, in *La prova nel processo agli enti*, a cura di C. Fiorio, Torino 2016, 145 ss.; S. Lorusso, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del d.lg. 8 giugno 2001, n. 231*, in *CP* 2002, 2528; P. Moscarini, *I principi generali del procedimento* de societate, in *DPP* 2011, 1274.

[8] Riconoscono espressamente la garanzia *de qua* anche alla persona giuridica, E. Amodio, *Prevenzione del rischio penale d'impresa*, cit., 333; H. Belluta, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Torino 2018, 51 ss.; M.L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., 73; P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino 2009, 258 ss.; G. Varraso, *Le fonti della procedura penale degli enti*, in *Responsabilità da reato degli enti*, a cura di G. Lattanzi, P. Severino, II, Torino 2020, 24. In senso problematico, tuttavia, deve darsi conto di come la direttiva 2016/343/UE in tema di presunzione di non colpevolezza limiti il proprio ambito di applicazione soggettiva alle sole persone fisiche, escludendo espressamente gli enti collettivi in quanto «allo stato attuale di sviluppo del diritto e della giurisprudenza in ambito nazionale e di Unione, appare prematuro legiferare a livello di Unione sulla presunzione di innocenza con riferimento alle persone giuridiche» (così si legge nel considerando n. 14). Questa scelta del legislatore europeo è stata recentemente avallata anche dal Governo italiano che, con il decreto legislativo di

graverebbe sull'ente collettivo la dimostrazione dei «fatti impeditivi»[9] previsti al primo comma della disposizione *de qua*, imponendo a quest'ultimo una vera e propria «prova negativa dell'accusa»[10].
Sembra emergere, così, un modello processuale nel quale i diritti fondamentali dell'ente incolpato risultano messi a dura prova, anche e soprattutto in ragione di prassi devianti che, in assenza di una regolamentazione chiara e puntuale, rendono l'applicazione concreta della disciplina in esame del tutto svincolata da quel principio che dovrebbe costituirne la guida: la legalità processuale.
A fronte di un sistema autonomo, complesso e, sotto diversi profili, incompiuto, la dottrina ha messo in evidenza, nel corso del tempo, la necessità di un suo rinvigorimento e di un parziale *restyling*, sia sotto il profilo sostanziale, quanto processuale[11].
Recentemente, il crescente interesse per la materia – di cui sono prova i numerosi convegni organizzati per celebrare i vent'anni dall'entrata in vigore della normativa *de qua*[12] – sembrerebbe costituire un indice della volontà – emersa chiaramente anche dalle dichiarazioni d'intento dell'*ex* Ministra della Giustizia[13] – di attuare una riforma sistematica e organica volta a implementare un sistema nel quale, com'è stato osservato, «la costruzione della dommatica […] è […] ancora all'età dell'infanzia»[14].
Ciò premesso, è interessante notare, nella prospettiva appena evidenziata, come il dibattito dottrinale e giurisprudenziale che si è sviluppato sul versante processuale della disciplina in parola abbia avuto ad oggetto, tra le molte, due questioni che, se esaminate congiuntamente, potrebbero offrire interessanti spunti di riflessione.
Ci si riferisce, più nel dettaglio, all'estensione della messa alla prova "codicistica"[15] agli enti collettivi e all'ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo *de societate*[16].
Ad una prima lettura, una trattazione congiunta e sinergica delle tematiche poc'anzi richiamate potrebbe apparire poco coerente, posto che le questioni giuridiche sottese non sembrerebbero essere in alcun modo riconducibili ad un fenomeno unitario. In realtà, ad un esame più approfondito, esse – come si cercherà di dimostrare – risultano intimamente legate ad un ulteriore, complesso settore del diritto e della procedura penale: la cd. *restorative justice*[17].

---

recepimento della direttiva (d.lgs. 8.11.2021 n. 188) si è limitato a trasporre quanto espressamente previsto in sede comunitaria. Su questo specifico punto, v., in senso critico, G. Caneschi, *Processo penale mediatico e presunzione di innocenza: verso un'estensione della garanzia?*, in *www.archiviopenale.it*, 29.10.2021, 12, nt. 31; nonché, volendo, A. Malacarne, *La presunzione di non colpevolezza nell'ambito del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188: breve sguardo d'insieme*, in *www.sistemapenale.it*, 17.1.2022, par. 2.

[9] Così, F. Cordero, *Procedura penale*[9], Milano 2012, 1328.

[10] M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società*, Torino 2019, 215.

[11] Cfr., tra i numerosi commenti alle diverse iniziative di riforma susseguitesi nel tempo, F. Centonze, S. Manarcorda (a cura di), *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa*, Bologna 2023; F. Centonze, M. Mantovani (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna 2016; G. Fiandaca, A. Alessandri, *Responsabilità degli enti, serve un «tagliando»*, in *www.ilsole24ore.com*, 6.6.2016; A. Fiorella, R. Borgogno, A.S. Valenzano (a cura di), *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, Napoli 2015; A.M. Stile, V. Mongillo, G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli 2013.

[12] Si vedano, in questo senso, le locandine relative alle diverse iniziative reperibili al sito *www.giurisprudenzapenale.com*.

[13] Cfr. le dichiarazioni rese dall'*ex* Ministra della Giustizia nel corso del Convegno "*La responsabilità degli enti tra presente e futuro. Un bilancio della riforma a vent'anni dal d.lgs. n. 231 del 2001*" organizzato presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma il 20.10.2021 e reperibili all'indirizzo *https://www.youtube.com/watch?v=ctpLc4FHEdA*.

[14] V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino 2018, 427.

[15] Per una panoramica sull'istituto introdotto con la l. 28.4.2014 n. 67, v., tra i numerosi contributi monografici, L. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Milano 2020; M. Miraglia, *La messa alla prova dell'imputato adulto. Analisi e prospettive di un modello processuale diverso*, Torino 2020.

[16] Cfr., *infra*, par. 3.

[17] La letteratura sul tema è divenuta ormai incontrollabile. In aggiunta agli scritti richiamati nelle note successive, ci limitiamo a rinviare, sul versante italiano, ad alcune opere monografiche e collettanee: M. Bouchard, *Vittime al bivio. Tra*

Prima di dare conto di quelle che riteniamo essere le ragioni di tale interconnessione, risulta indispensabile ripercorrere, sebbene per sommi capi, le differenti interpretazioni che sono state offerte in relazione alle suddette tematiche, al fine di valutarne le ricadute sul piano sistematico. Proprio gli approdi di tale ultima analisi, infatti, consentiranno di porre in evidenza il vincolo (*rectius*, le possibili interazioni virtuose) che lega gli istituti in oggetto con i meccanismi processuali propri della giustizia penale riparativa.

Gli spunti per un approfondimento in tal senso, d'altro canto, sono offerti anche dalla considerazione secondo la quale «il potenziale della giustizia riparativa nei casi di *corporate crime* e *corporate violence* è ancora largamente inesplorato»[18]. Se ciò è senz'altro vero con riferimento al diritto penale sostanziale, la considerazione non può non valere, *a fortiori*, in relazione al versante processuale.

La precarietà delle riflessioni svolte fino ad oggi in questo settore, tuttavia, non stupisce affatto laddove si ponga mente alle parole con le quali autorevole dottrina ha sottolineato come gli studiosi della procedura penale fatichino «a conciliare la "nuova" posizione della vittima con i diritti al giusto processo dell'imputato, specie una volta che la strada della "riconciliazione" sia stata inutilmente percorsa e quindi debba essere ripreso, nella sua ampia articolazione, il rito penale»[19].

Sennonché, al netto di tali indubbie difficoltà, vi è un elemento che pare accomunare il procedimento penale classico e il nuovo modello riparativo-conciliativo[20]: essenzialità del "metodo" e irrilevanza

---

risentimenti e bisogno di riparazione, Genova 2021; M. Cartabia, A. Ceretti, *Un'altra storia inizia qui. La giustizia come ricomposizione*, Milano 2020; D. Certosino, *Mediazione e giustizia penale*, Bari 2015; L. Eusebi (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano 2015; A. Lorenzetti, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali. Alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, Milano 2018; G. Grandi, S. Grigoletto (a cura di), *Restorative Approach and Social Innovation: From Theoretical Grounds to Sustainable Practices*, Padova 2019; G. Mannozzi, *La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano 2003; G. Mannozzi, G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna 2015; Id., *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino 2017; E. Mattevi, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli 2017.

[18] Così, testualmente, C. Mazzuccato, *Giustizia riparativa*, in *Implementazione della Direttiva 2012/29/UE per le vittime di* corporate crime *e* corporate violence. *Linee guida nazionali per i servizi sociali, le organizzazioni che offrono assistenza alle vittime e i centri di giustizia riparativa*, a cura di C. Mazzuccato, Milano 2017, 127. L'A., com'è noto, si è occupata dell'argomento in ulteriori saggi, tra i quali si segnalano, nella Sua vasta produzione scientifica sul tema, S. Giavazzi, C. Mazzucato, A. Visconti, *Needs of Victims of Corporate Violence: Empirical Findings. National Report: Italy*, Milano 2017; Id., *Victims of Corporate Violence in the European Union: Challenges for Criminal Justice and Potentials for European Policy*, in AA.VV., *Victims and corporations*, Milano 2018, 22 ss.

Sul punto, inoltre, è opportuno precisare che l'espressione *corporate violence* allude «ai reati commessi da società commerciali nel corso della loro attività legittima e implicanti offese alla vita, all'integrità fisica o alla salute delle persone» (così, A. Visconti, *Le vittime di* corporate violence *e i loro bisogni*, in *Implementazione della Direttiva 2012/29/UE per le vittime di* corporate crime *e* corporate violence, cit., 17). Secondo A. Nieto Martín, *Justicia esmpresarial restaurativa y victimas coorporativas*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 17.3.2021, 5, nt. 15, si tratterebbe, più in particolare, «*de una violencia indirecta, que no requiere de contacto físico, ni siquiera una relación interpersonal. Es el resultado de una variedad de políticas, acuerdos, decisiones, órdenes de una organización. Igualmente es una violencia a distancia tanto temporal, como espacial. Estas decisiones se toman en lugares lejanos a donde se produce el daño, y en un momento que puede ser también muy anterior. No es además normalmente una violencia voluntaria*».

[19] F. Ruggieri, *Giudizio penale e* «restorative justice»: *antinomia o sinergie?*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, cit., 85. In termini problematici, v., altresì, M. Colamussi, A. Mestitz, *Giustizia riparativa (Restorative Justice)*, in *DigDPen*, Agg., 2010, 433. La complessità dell'approccio al tema, inoltre, risulta evidente qualora si consideri che «le strutture processuali restano ancora essenzialmente concepite e storicamente tributarie di un modello garantistico pensato nell'ottica di una responsabilità e di una pena basate sulla teoria retributiva» (così, sebbene in altro contesto, L. Marafioti, *Funzioni della pena e processo penale*, in *Il reato lungo gli impervi percorsi del processo*, a cura di G. De Francesco, E. Marzaduri, Torino 2016, 201).

[20] Nel prosieguo del testo, le espressioni "giustizia riparativa" e "giustizia conciliativa" (o "ri-conciliativa") verranno utilizzate essenzialmente come sinonimi per evidenti ragioni stilistiche. Tuttavia, occorre essere ben consapevoli della distinzione (non priva di rilievi problematici) che intercorre tra le due categorie. In proposito, F. Parisi, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione. Considerazioni a partire dai risultati intermedi di un progetto di ricerca europeo sulla protezione della vittima*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24.12.2014, 3 s., riconduce il concetto di

del fine.
In questo senso, l'idea che il processo penale debba essere investito di un «compito di ricerca della verità "ad ogni costo"» [21] e, cioè, a prescindere dalle modalità di accertamento (*rectius*, il contraddittorio nella formazione della prova), è il frutto di un grossolano errore concettuale: nel rito accusatorio «la caccia [non] vale più della preda»[22]. Parimenti, il paradigma riparativo conferisce rilievo al percorso intrapreso dai soggetti coinvolti; un cammino fatto di dialogo, ascolto e riconoscimento dei bisogni altrui, risultando del tutto recessivo l'esito eventualmente raggiunto[23].
In entrambi i casi, dunque, ciò che conta davvero non è il fine (il contenuto della pronuncia definitiva, per un verso, e l'esito riparatorio, per altro verso), bensì il mezzo (contraddittorio, da un lato, e processo riparativo, dall'altro)[24].
Ad ogni modo, qualora si intendano calare queste considerazioni nell'ambito di un possibile rapporto tra *restorative justice* e "processo 231", una considerazione preliminare, per quanto scontata possa apparire, risulta tuttavia indispensabile.
Si allude, più specificamente, alla necessità che la giustizia conciliativa venga esaminata nell'ottica di un necessario adattamento alle logiche "organizzative" della persona giuridica. Occorre riferirsi, cioè, ad una *restorative justice* che sia "forgiata" sull'ente e non sulla persona fisica[25]. La *societas*, in quanto struttura normativo-aziendale, non è certamente in grado di "ascoltare" e comprendere le sofferenze patite dalla vittima, di dialogare con quest'ultima e di cogliere a pieno il significato della condotta tenuta; ma ciò, a ben considerare, non significa affatto precludere un'eventuale sua attrazione nell'alveo della conciliazione penale[26]. Tutto sta nel ricercare metodologie alternative che

---

"riparazione" al cd. approccio olistico o puro, diretto a mettere in risalto, nel contesto della *restorative justice*, il momento *stricto sensu* procedimentale rappresentato dall'incontro tra le parti; al contrario, l'impiego del termine "conciliazione" si inserisce nell'ambito del cd. approccio massimalista che ha per oggetto la valorizzazione della "condotta riparatoria".
[21] M. Chiavario, *Il processo penale dopo la nuova decretazione "d'emergenza": ancora una volta alla ricerca di una bussola*, in *LP* 1993, 343.
[22] Mutuando la celebre espressione di F. Cordero, *Ideologie del processo penale*, Milano 1966, 220. Negli stessi termini, G. Ubertis, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano 1979, 128, per il quale «importa, in un certo qual modo, più il metodo del risultato».
[23] G. Mannozzi, *La giustizia senza spada*, cit., 61.
[24] Questi, tuttavia, debbono essere tenuti concettualmente distinti, perlomeno nei loro profili essenziali. Mentre nel contraddittorio per la prova «la contrapposizione tra le parti è l'anima» della dinamica processuale, nella «giustizia mite […] le parti si confrontano senza contrapporsi: la comunicazione tra di loro non è contraddittorio, è dialogo» (così, C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino 2005, 100). Cfr., altrettanto efficacemente, G. Mannozzi, *From the "sword" to dialogue: towards a "dialectic" basis for penale mediation*, in *Restorative justice. Theoretical foundatons*, a cura di E.G.M. Weiterkamp, H.-J. Kerner, Cullompton 2002, 232, la quale si riferisce alla mediazione come «*a dialectical process of knowledge activation (where the term "dialectical" means that knowledge occurs dynamically, within the communicative space between subkìjects)*». Per una differente ricostruzione del rapport tra "conraddittorio penale" e processo riparativo, v., invece, K. Daly, *The punishment debate in restorative justice*, in *The Handbook of Punishment and Society*, a cura di J. Simon, Londra 2012, 3, secondo cui «*often it is said that restorative justice differs from conventional criminal justice in being consensually based, not adversarial. This sounds pleasing, but it is misleading. Conventional criminal justice is adversarial (whether the procedure is formally described as 'accusatorial' or 'inquisitorial') because the accused is put in the position of having to defend against an accusation by the state*».
[25] In generale, circa la necessità di adottare un approccio diversificato nell'esame delle questioni giuridiche concernenti l'ente imputato rispetto alla persona fisica indagata, v. R. Bartoli, *La "galassia afflittiva": sistematica, fondamento, legittimità. Primo studio per un affresco*, in *www.sistemapenale.it*, 2.3.2021, 4; M.L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., 33; L. Marafioti, *Ambiguità concettuali e divenire applicativo nel processo agli enti*, in *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di L. Luparia, L. Marafioti e G. Paolozzi, Torino 2018, 299.
[26] In questo senso si esprimono M. Umbreit, J.J. Geske, T. Lewis, *Restorative Justice Impact on Multinational Corporations?: A Response to Andrew Brady Spalding's Article*, in *Ohio St. L. J.* 2015, 47, i quali ritengono priva di fondamento la tesi secondo la quale la «*restorative justice is about people, communities, and relationships, not* […] *corporations*».

consentano comunque all'ente e alla vittima di intraprendere, congiuntamente, un percorso diretto a ricomporre quella fattura, personale e sociale, venutasi a creare a seguito della condotta illecita.

2. Com'è noto, il sistema di responsabilità amministrativa[27] delle persone giuridiche implementato dal legislatore nazionale è caratterizzato dalla presenza di numerose "finestre" processuali che, dando valore a comportamenti susseguenti la commissione dell'illecito, consentono al soggetto attivo di tornare sulla "via della legalità".
Da questo punto di vista, la tematica che ruota attorno al rapporto tra il processo contro le società e i meccanismi diretti a valorizzare condotte *post delictum* costituisce, senza ombra di dubbio, uno degli elementi di maggior spessore dell'apparato normativo introdotto con il d.lgs. 231/2001[28]. A conferma di questo dato, sia sufficiente richiamare, a mero titolo esemplificativo, gli artt. 17 e 65 del decreto: il primo, in particolare, prevede che non si debba dar luogo all'applicazione delle sanzioni interdittive – ovverosia quelle massimamente afflittive per l'impresa – laddove l'ente, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, abbia adottato – e attuato efficacemente – modelli organizzativi idonei a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi.
La conseguenza di una scelta di politica processuale modellata in questi termini è di immediata evidenza: il rito criminale, da luogo di accertamento dell'illecito[29], diviene la sede privilegiata nella quale trovano spazio istanze di rieducazione[30] e di riorganizzazione in senso virtuoso dell'ente, nell'ottica di una vera e propria "bonifica" della struttura aziendale[31].
Ebbene, nella prospettiva appena evidenziata, la questione giuridica che negli ultimi anni pare aver costituito la più evidente manifestazione di quanto poc'anzi osservato è quella concernente l'applicabilità (*rectius*, l'estensibilità) della "messa alla prova per gli adulti" all'ente collettivo; questione, peraltro, che, specialmente nell'ultimo periodo, pare avere assunto una notevole rilevanza tanto dogmatica quanto pratico-applicativa.
Le divergenti interpretazioni avanzate in dottrina e giurisprudenza sono ormai ben note.
In linea di estrema sintesi – non essendo necessario entrare nel dettaglio ai fini della presente

[27] Sulla questione concernente la natura penale, amministrativa o quale *tertium genus* della responsabilità dell'ente – definita «il principale "nodo gordiano"» del diritto penale dei soggetti collettivi (così, A. Manna, A. De Lia, *Dieci nodi gordiani di diritto penale dell'economia*, Milano 2021, 36) –, v., in un'ampia bibliografia e senza la ben che minima pretesa di completezza, G. Amarelli, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *RIDPP* 2006, 151 ss.; E. Amodio, *Prevenzione del rischio penale d'impresa*, cit., 2300 ss.; C. De Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano 2002, 326 ss.; G. De Vero, *Struttura e natura giuridica dell'illecito dell'ente collettivo dipendente da reato*, in *RIDPP* 2001, 1154 ss.; G. Marinucci, «Societas puniri potest»: *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *RIDPP* 2001, 1193 ss.; T. Padovani, *Il nome dei principi e il principio dei nomi*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia «punitiva»*, a cura di G.A. De Francesco, Torino 2004, 13 ss.
[28] Cfr. la *Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231/2001*, par. 6. In argomento, v. R.A. Ruggiero, *Le condotte di collaborazione previste nel d.lgs. n. 231 del 2001*, in *CP* 2014, 397 ss.
[29] Secondo H. Belluta, *Presunzione di innocenza e collaborazione nel processo agli enti*, in *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, cit., 56, occorre prendere «realisticamente atto che l'accertamento delle responsabilità da reato degli enti non ha le stesse finalità del processo penale ordinario»; pertanto, «dato che ha un senso solo relativo punire gli enti, si tenta, più realisticamente, di "riconciliare" l'ente rispetto ai dettami della legalità dell'agire imprenditoriale».
[30] È divenuta celebre, a tal proposito, l'espressione coniata da B.L. Garrett, *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporation*, Cambridge 2014, 55, secondo il quale i soggetti collettivi, al pari dei minori, avrebbero bisogno di essere «guidati e supervisionati» nell'ottica di una futura riabilitazione (trad. nostra).
[31] Sulla "snaturalizzazione" della funzione del processo penale nell'ambito del d.lgs. 231/2001, v., *ex multis*, H. Belluta, *L'ente incolpato*, cit., 30; G. Garuti, *Il processo agli enti: alcune riflessioni di sistema*, in *Riv231* 2021, 180. Sul punto, v., altresì, M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società*, cit., 44, il quale, dopo aver criticato la funzione "preventiva" attribuita al processo penale a carico degli enti, dubita del fatto che il rito criminale possa essere la sede più adeguata per l'accertamento della responsabilità da reato della persona giuridica (cfr., altresì, Id., *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una innaturale ibridazione*, in *CP* 2009, 2232 ss.).

trattazione – possono enuclearsi due differenti impostazioni.
Una parte minoritaria della dottrina sostiene che – a normativa invariata – l'istituto previsto agli artt. 168-*bis* ss. Cp e 464-*bis* ss. Cpp dovrebbe essere esteso, *sic et simpliciter*, all'ente collettivo. L'assunto si fonda, essenzialmente, sull'esegesi degli artt. 34 e 35 del decreto – il cui rinvio alle norme del codice di procedura penale consentirebbe l'immediata operatività delle disposizioni *ivi* contenute anche nell'ambito del "processo 231" –, nonché sulla valorizzazione della natura processuale dell'istituto *de quo*[32].
La conclusione, tuttavia, è avversata dall'impostazione maggioritaria che, pur riconoscendo le innegabili contiguità tra il paradigma "diverso" e il modello rituale predisposto dal d.lgs. 231/2001, si limita ad auspicare un intervento legislativo che, a seguito di una complessa operazione di "ingegneria giuridica", renda possibile l'applicazione dell'istituto in esame anche alle *universitas*[33].
A fronte di tale quadro, la giurisprudenza di merito – chiamata più volte a pronunciarsi sul punto – ha assunto posizioni altalenanti.
Tra le pronunce più note, si possono annoverare quelle rese dai tribunali di Milano, Bologna, Modena e Spoleto[34] che, in tale contesto, si sono collocate nel solco dell'esegesi offerta dalla dottrina in atto dominante. È interessante notare, tuttavia, come nonostante i giudicanti siano pervenuti alle medesime conclusioni, essi hanno richiamato argomentazioni differenti e, talvolta, in aperto contrasto le une con le altre, a conferma – se mai ce ne fosse stata la necessità – dell'estrema difficoltà di inquadrare la tematica in esame all'interno di coordinate ben definite. In questo senso, ad esempio, mentre il giudice lombardo ha volutamente esasperato il profilo sostanziale dell'istituto – riconducendo la pena prevista (*rectius*, il lavoro di pubblica utilità) nell'ambito delle sanzioni penali[35]

---

[32] Hanno sostenuto per primi questa linea interpretativa, M. Riccardi, M. Chilosi, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la* diversion *dell'ente?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11.10.2017, 47 ss. Nella medesima prospettiva, seppur con differenti accenti argomentativi, v. F. Centorame, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi. Il diritto al* probation *dell'imputato-persona giuridica*, in *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, cit., 203; P. Troncone, *La messa alla prova dell'ente collettivo e delle società. Gli effetti non previsti di un diritto sanzionatorio criptico*, in *RTrimDPenEc* 2021, 836 ss. Peculiare, invece, la posizione assunta da A. Scalfati, *Punire o reintegrare? Prospettive minime sul regime sanzionatorio contro gli enti*, in *PPG* 2019, 10, il quale, dopo aver affermato che «con uno sforzo interpretativo accidentato sul piano dei rapporti tra disciplina penale e quella del d.lgs. n. 231 del 2001 – ma assai utile sul versante della complessiva stabilità economica e del recupero sociale dell'ente – si potrebbe trasferire nella materia giudiziaria in esame, adattandola, la procedura di messa alla prova», ritiene comunque che l'opzione prospettata dovrebbe essere considerata alla stregua di una «soluzione-ponte nell'ottica di stimolare un intervento legislativo sul tema».
[33] In questa direzione, v., *in primis*, G. Fidelbo, R.A. Ruggiero, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Riv231* 2016, 3 ss. e, successivamente, *ex multis*, R. Bartoli, *Un'introduzione alla responsabilità punitiva degli enti*, in *www.sistemapenale.it*, 25.11.2021, 19; L. Eusebi, *La sospensione del procedimento con messa alla prova tra rieducazione e principi processuali*, in *DPP* 2019, 1693 ss.; N. Selvaggi, «Negotiated settlements» *e responsabilità da reato dell'ente. L'esperienza americana e le prospettive di evoluzione del sistema in Italia*, in *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, cit., 228; C. Piergallini, *La "maggiore età" della responsabilità dell'ente: nodi ermeneutici e pulsioni di riforma*, in *www.archiviopenale.it*, 24.3.2021, 11; R.A. Ruggiero, *Il futuro della responsabilità degli enti e la valorizzazione del modello* post factum *mediante un nuovo rito speciale*, in *CP* 2019, 3386 ss.; E. Scaroina, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità*, in *www.sistemapenale.it*, 3.6.2020, 27; G. Varraso, *Autonomia del sistema sanzionatorio a carico dell'ente nel d.lgs. 231/2001 e non punibilità dell'imputato del reato presupposto*, in *Riv231* 2020, 22. Favorevole all'estensione dell'istituto *de quo* si è mostrata anche la classe forense (cfr., in particolare, UCPI, *I lavori della Commissione d. lgs. 231/2001. Messa alla prova*, in *www.camerepenali.it*, 8.6.2018).
[34] Cfr. T. Milano, 27.3.2017, in *www.giurisprudenzapenale.it*, 27.8.2017; T. Bologna, 10.12.2020, in *www.giurisprudenzapenale.it*, 14.12.2020; T. Modena, 15.12.2020, in *www.giurisprudenzapenale.it*, 4.2.2021; T. Spoleto, 21.4.2021, in *www.giurisprudenzapenale.it*, 30.7.2021.
[35] Trattasi, com'è noto, di un'impostazione espressamente sconfessata dalla recente giurisprudenza costituzionale. Con la pronuncia 91/2018, il giudice delle leggi ha avuto modo di chiarire che il trattamento programmato in sede di messa alla prova non costituisce una sanzione penale *stricto sensu* intesa: quest'ultimo, lungi dall'essere «eseguibile coattivamente»,

– e negato l'applicazione analogica della normativa prevista agli artt. 168-*bis* ss. Cp, il tribunale bolognese – sconfessando, in parte, quest'ultima impostazione – ha invece mostrato di valorizzare l'incompatibilità tra i due modelli, facendo leva sull'assenza di una «*eadem ratio*»[36] tra gli istituti in parola.

Allo stato minoritaria risulta, viceversa, l'esegesi avallata da un diverso ufficio giudicante del tribunale di Modena[37] che, con una motivazione alquanto stringata e priva di ogni riferimento all'ente quale soggetto incolpato dell'illecito[38], ha accolto l'istanza di *probation* presentata dai difensori della *universitas*. Nel solco di quest'ultima pronuncia, invero, deve segnalarsi anche il più recente arresto del tribunale di Bari che, accedendo alla tesi dell'immediata estensibilità, ha parimenti adottato una pronuncia di sospensione del procedimento per consentire all'ente incolpato di eseguire le prescrizioni contenute nel programma trattamentale[39].

È in questo contesto che si colloca il recentissimo intervento delle Sezioni unite[40] che, chiamate a dirimere un contrasto interpretativo in merito alla legittimazione del procuratore generale di impugnare con ricorso per cassazione l'ordinanza che ammette l'imputato alla messa alla prova, hanno colto l'occasione per esprimersi anche sul tema in parola, stabilendo che l'istituto in questione non possa trovare applicazione con riferimento agli enti di cui al d.lgs. 231/2001.

L'argomentazione adottata dal Supremo consesso si fonda, in estrema sintesi, sull'impossibilità di conciliare il tipo di responsabilità dell'ente[41] (*tertium genus*) con «la indubbia natura "sanzionatoria" della messa alla prova». In questa prospettiva, l'estensione dell'istituto *de quo* alla *societas* troverebbe un limite insuperabile nel principio di riserva di legge (art. 25 co. 2 Cost.) che vieta di introdurre un meccanismo sanzionatorio – nella specie, la messa alla prova – a una categoria di soggetti – gli enti – «non espressamente contemplati dalla legge quali destinatari di essa»[42].

Al netto della condivisibilità del *dictum* pretorio, appare chiaro come le divergenti impostazioni (dottrinali e giurisprudenziali) delle quali si è dato conto, pur giungendo a esiti argomentativi opposti, muovano dalla medesima prospettiva. Ci si riferisce, più in particolare, all'esigenza, unanimemente avvertita in letteratura, di superare quell'orientamento pretorio che fino ad oggi si è mostrato poco incline a riconoscere l'efficacia esimente dei modelli *ante delictum* adottati dalla *societas*. Le statistiche sul punto, com'è noto, sono impietose. I MOG (modelli di organizzazione e gestione) sono giudizialmente valutati, nella maggior parte dei casi, in termini pressoché negativi[43]: l'esclusione

---

dà «luogo a un'attività rimessa alla spontanea osservanza» da parte dell'imputato (C. cost., 27.4.2018 n. 91, in *www.cortecostituzionale.it*). In proposito, tuttavia, deve altresì osservarsi come in una successiva pronuncia la stessa Corte costituzionale, nel solco di un più o meno consapevole *revirement* interpretativo, sembra aver ricondotto l'istituto *de quo* nell'alveo del «sistema sanzionatorio penale» (C. cost., 7.12.2018 n. 231, in *www.cortecostituzionale.it*). Sul punto, v., *amplius*, M. Miraglia, *op. cit.*, 272.

[36] T. Bologna, 10.12.2020, cit., 2.

[37] T. Modena, 11.12.2019, in *www.giurisprudenzapenale.it*, 9.11.2020, con nota adesiva di G. Garuti, C. Trabace, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale di Modena ha ammesso la persona giuridica al* probation. Critica, invece, la posizione manifestata da A. Marandola, *Responsabilità* ex *231/2001: l'ente può accedere alla messa alla prova?*, in *www.ilquotidianogiuridico.it*, 9.11.2020.

[38] Sottolineano tale aspetto, C. Piergallini, *La "maggiore età" della responsabilità dell'ente*, cit., 10; L. Bartoli, *Verso una non punibilità d'organizzazione? Note a margine di un caso modenese*, in *CP* 2021, 2546.

[39] T. Bari, 22.6.2022, in *www.giurisprudenzapenale.it*, 22.6.2022.

[40] Cass. S.U. 27.10.2022 n. 14840, in *Dejure*.

[41] Cfr., *supra*, nt. 27.

[42] Cass. S.U. 27.10.2022 n. 14840, cit., par. 9.

[43] Si consideri, in realtà, che la maggior parte delle pronunce di condanna emesse dai tribunali di merito sono giustificate non tanto dall'inidoneità *ex se* del modello, bensì dalla sua mancata attuazione. Sul tema, peraltro, è recentemente intervenuta una pronuncia della Cassazione destinata a porsi quale «pietra miliare nel cammino ermeneutico della sistematica imputativa *ex crimine* degli enti»; trattasi di Cass. 11.11.2021 n. 23401, in *Dejure*. Per un'analisi dei profili più rilevanti della sentenza, v. E. Fusco, C.E. Paliero, *L'"*happy end*" di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo*, in *www.sistemapenale.it*, 27.9.2022 (da cui è tratta la citazione, 1); C. Piergallini, *Una sentenza "modello" della cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"*, in *www.sistemapenale.it*, 27.6.2022.

della responsabilità della persona giuridica (*rectius*, l'idoneità del modello), sotto tale profilo, è solo un miraggio[44].

A conferma di quanto detto, soccorre il contenuto di quel saggio che – primo sul panorama nazionale – ha elaborato una proposta organica concernente l'estensibilità della messa alla prova al procedimento *de societate*[45]. Presupposto esplicito dell'analisi condotta in quella sede era proprio una valutazione – che deve ritenersi ancora oggi attuale[46] – in termini di inadeguatezza patologica e sistemica dei modelli di organizzazione e gestione *ex ante*, in quanto «valutati nel procedimento penale [sempre e comunque come] inidonei a neutralizzare il rischio di commissione degli illeciti poi concretamente verificatisi, con conseguente sostanziale inoperatività della causa di esclusione della punibilità»[47].

Se un tanto è vero, non si può fare a meno di notare come tutti gli studi diretti a valutare la possibile introduzione (per via interpretativa ovvero legislativa) di una messa alla prova "societaria" sembrano collocarsi nella precipua ottica di ricercare percorsi alternativi di risoluzione della controversia penale, attraverso la valorizzazione di condotte successive alla commissione dell'illecito che consentano all'ente di intravedere una fuoriuscita anticipata dal procedimento[48].

In questa logica, l'obiettivo che viene perseguito, com'è stato osservato, «non è soltanto quello di favorire la deflazione giudiziaria e consentire il recupero dei profitti illeciti, ma anche e soprattutto quello di conciliare la funzione special e generalpreventiva della sanzione con l'esigenza di non disperdere […] il valore, anche sociale, dell'impresa»[49]. E, in effetti, non si può negare come proprio il valore economico che ogni attività imprenditoriale è in grado di esprimere nel panorama sociale costituisca una delle principali ragioni che hanno indotto il legislatore delegato del 2001 a delineare un rito criminale *ad hoc*, contraddistinto dalla presenza di numerose occasioni di ravvedimento *post factum*, nella consapevolezza che l'irrogazione della sanzione penale è in grado di determinare, non solo la "morte" della società[50], ma, altresì, il tracollo di un intero sistema produttivo.

3. Il secondo profilo sul quale dottrina e giurisprudenza sono state chiamate a confrontarsi – invero, fin dall'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001 – concerne la delicata questione della costituzione di parte civile nel processo *de societate*.

Occorre fin da subito sottolineare come si tratti di una tematica che, ciclicamente, torna a riaffiorare

---

[44] Cfr., da ultimo, A. Esposito, *L'impetuosa avanzata della* compliance. *La 231/01 ha compiuto 20 anni*, in *www.archiviopenale.it*, 1.7.2021, 10 s., che si riferisce all'adozione di «un programma di conformità» come un mero «adempimento burocratico, inutile dal punto di vista dell'efficace prevenzione dei rischi di reato». Nello stesso senso, G. Garuti, *Oneri organizzativi e inefficacia della esimente: l'impresa impossibile*, in *Riv231* 2021, 13.

[45] G. Fidelbo, R.A. Ruggiero, *op. cit.*, 1 ss.

[46] Come affermato da R.A. Ruggiero, *Il futuro della responsabilità degli enti*, cit., 3390.

[47] G. Fidelbo, R.A. Ruggiero, *op. cit.*, 12.

[48] T.E. Epidendio, *Collaborazione dell'ente e alternative al processo*, in *Riv231* 2018, 149 s. Sotto tale profilo, v., inoltre, G. Garuti, *La responsabilità degli enti e le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto processuale penale*, in *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni, anche in una comparazione con i sistemi sudamericani*, cit., 430, il quale sottolinea come «se la logica del sistema di cui al d.lgs. n. 231/2001 è una logica di prevenzione che si estrinseca attraverso un meccanismo premiale che si ripete più volte nel corso del procedimento […] occorre però tentare di individuare dei meccanismi che portino comunque l'ente a rimanere indenne da sanzioni, qualora si impegni in un determinato percorso riabilitativo. Diversamente – ovvero, in presenza di sanzioni ancorché attenuate – […] l'ente si determinerà sempre […] a dotarsi di un modello di organizzazione e gestione *ex* post, nella sola eventualità in cui si venisse a trovare coinvolto in un procedimento».

[49] E. Scaroina, *op. cit.*, 29.

[50] Si deve a E. Mezzetti, *L'enticidio: una categoria penalistica da ricostruire ed una conseguenza per l'azienda da evitare*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 23.1.2018, 133 ss., la paternità del termine «enticidio» per descrivere «la cessazione definitiva dell'attività dell'impresa, in sostanza la "morte" della persona giuridica, per cause interne scatenate dalla *mala gestio* del vertice, ovvero determinata da cause esterne che risalgono ad una politica sanzionatoria sproporzionata che, per pure esigenze deterrenti o general-preventive, produca lo stesso (involontario) effetto sulla discontinuità aziendale».

nel dibattito processualpenalistico. Muovendo dalla nota ordinanza del tribunale di Milano[51] nel 2004, fino ad arrivare agli arresti della giurisprudenza di legittimità[52], costituzionale[53], nonché europea[54], la *querelle* – che «sembrava ormai in via di soluzione dopo [le predette,] diverse e articolate decisioni»[55] – continua tutt'ora a smuovere l'interesse dei giudici di merito e di una parte della dottrina. A tal proposito, recenti pronunce dei tribunali pugliesi[56], nell'accogliere le numerose istanze di costituzione di parte civile avanzate da alcune vittime di "reati d'impresa", hanno fatto riemergere le annose problematiche che ruotano attorno alla questione in parola.

Al pari di quanto osservato in tema di messa alla prova, anche il dibattito *de quo* ha consegnato, essenzialmente, due linee di pensiero contrapposte.

Non potendo ripercorrere le numerose argomentazioni (varie e divergenti anche all'interno del medesimo filone interpretativo) portate a sostegno delle singole teorie[57], è sufficiente ricordare come l'impostazione in atto dominante[58] è volta a negare l'ammissibilità di un'azione civile diretta nei confronti della persona giuridica. In tal senso sembrerebbero deporre tanto argomenti di carattere sistematico, quanto letterale: la duplicazione del danno risarcibile[59], l'assenza di un qualunque

[51] T. Milano, 9.3.2004, in *RIDPP* 2004, 1333 ss.

[52] Cass. 5.10.2010 n. 2251, in *CP* 2011, 2539 ss. A commento della pronuncia, v., tra i molti, F. Mucciarelli, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n.231/2001*, in *DPP* 2011, 431 ss.; G. Varraso, *L'"ostinato silenzio" del d.lgs. n. 231 del 2001 sulla costituzione di parte civile nei confronti dell'ente ha un suo "perché"*, in *CP* 2011, 2545 ss.

[53] C. cost., 18.7.2014 n. 218, in *GCost.* 2014, 3486 ss., con nota adesiva di M. Ceresa Gastaldo, *La pretesa emarginazione del danneggiato nel processo penale alle società*.

[54] Cfr. C.G.UE, 12.7.2012, Giovanardi, C-19/11. Sulla pronuncia, v. S. Beltrami, *L'inammissibilità della costituzione di parte civile in danno dell'ente al vaglio della corte di Giustizia UE*, in *Riv231* 2013, 213 ss.; F. Giunchedi, Work in progress *nel processo agli enti: la costituzione di parte civile al vaglio della Corte di Giustizia*, in *AP* 2011, 687 ss.; A. Valsecchi, F. Viganò, *Secondo la Corte di Giustizia UE, l'inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente imputato ex d.lgs. 231/01 non è in contrasto col diritto dell'unione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6.9.2012.

[55] Così, C. Santoriello, *Costituzione di parte civile nel processo nei confronti degli enti collettivi: la giurisprudenza fra immotivati* revirement *e discutibili motivazioni*, in *Riv231* 2017, 41.

[56] Si vedano, nello specifico, T. Lecce, 29.1.2021, in *www.giurisprudenzapenale.it*, 1.2.2021; T. Trani, 7.5.2019, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23.5.2019. Con quest'ultima pronuncia, in particolare, è stata revocata la precedente ordinanza resa, nel medesimo procedimento, dal G.i.p. di Trani (cfr. G.i.p. Trani, 11.9.2018, in *www.giurisprudenzapenale.it*, 14.7.2019). In precedenza, nello stesso senso, Ass. Taranto, 4.10.2016, in *www.giurisprudenzapenale.it*, 25.4.2017. Per ulteriori richiami a precedenti giurisprudenziali di merito che hanno ammesso la costituzione di parte civile, si rinvia a E. Fusco, A.A. Nazzani, *Ancora un contrasto giurisprudenziale sulla legittimazione a costituirsi parte civile nel processo 231*, in *Riv231* 2021, 256, nt. 2. In senso contrario, v., di recente, T. Milano, 2.2.2021, in *www.sistemapenale.it*, 18.2.2021.

[57] Per un'approfondita *summa* delle varie argomentazioni addotte, v. A. Bassi, F. D'Arcangelo, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative*, Milano 2020, 561-582.

[58] In questo senso, v. H. Belluta, sub *art. 34*, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di A. Presutti, A. Bernasconi e C. Fiorio, Padova 2008, 351 ss.; M. Ceresa Gastaldo, *La pretesa emarginazione del danneggiato nel processo penale alle società*, cit., 3486, il quale afferma lapidariamente come «tutto, insomma, si può dire fuor che il sistema di responsabilità degli enti, che esibisce in modo così plateale la sua marcata finalizzazione specialpreventiva, trascuri le ragioni della vittima del crimine d'impresa»; P. Corso, *Reati 231 e responsabilità civile: i disorientamenti giurisprudenziali penalizzano le imprese*, in *www.ilquotidianogiuridico.it*, 27.2.2021; G. Garuti, *Il processo "penale" agli enti*, cit., 1110, il quale esclude l'ammissibilità della costituzione di parte civile in ragione del fatto che il «microsistema [processuale 231] tarato su un "ibrido"» non appare «idoneo ad attribuire la qualifica formale di "reato" all'illecito da esso dipendente», cosicché l'art. 185 Cp non potrebbe trovare applicazione nella materia *de qua*; A. Giarda, *Azione civile di risarcimento e responsabilità "punitiva" degli "enti"*, in *CMer* 2005, 579 ss.; T. Padovani, *Diritto penale*[12], Milano 2019, 462 s.; G. Ranaldi, *Parte civile e processo* de societate: *profili di un'esclusione ragionevole*, in *AP* 2013, 1 ss.; A. Scalfati, *Difficile ammettere la pretesa risarcitoria senza un coordinamento tra giurisdizioni*, in *GDir* 2008, 80 ss.; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano 2012, 177 ss. In giurisprudenza, v., di recente, T. Torino, 10.5.2023, in *www.giurisprudenzapenale.it*, 16.5.2023.

[59] Ad avviso di M. Ceresa Gastaldo, *La responsabilità degli enti: profili di diritto processuale*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano 2008, 327, anche a voler ammettere che «dall'illecito amministrativo

riferimento normativo *ad hoc* (*ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*) e l'esegesi di singole disposizioni contenute nel decreto (quale, ad esempio, l'art. 54 ove richiama esclusivamente il contenuto dell'art. 316 co. 4 Cpp, ma non anche il primo capoverso della medesima disposizione, relativo al sequestro conservativo a tutela delle obbligazioni civili), giocherebbero a favore dell'esclusione della parte civile dal "processo 231"[60].

Su un piano del tutto antitetico, viceversa, si colloca l'interpretazione attualmente recessiva[61]. Muovendo da una lettura coordinata degli artt. 2043 Cc, 74 Cpp e 185 Cp, i fautori di tale esegesi individuano in capo alla *societas* una forma di responsabilità civile diretta e autonoma rispetto a quella *ex crimine* che legittimerebbe, ai sensi degli artt. 34 e 35 del decreto, l'applicazione delle norme in tema di azione civile contenute nel codice di procedura penale.

Orbene, preso atto di tale (insanabile?) contrasto, occorre domandarsi, indipendentemente dalla tesi che si intenda preferire, quali elementi possano essere ricavati dall'incessante dibattito sviluppatosi sul tema in oggetto.

Certamente, non pare revocabile in dubbio come tanto la tesi "ammissiva", quanto quella contraria all'inclusione della parte civile nell'ambito del «processo penale amministrativo»[62] siano sostenute da valide argomentazioni, vuoi di carattere letterale, vuoi sistematico. Ciò su cui preme focalizzare l'attenzione, tuttavia, è un dato di carattere più generale che, nell'analisi condotta in questa sede, assume una valenza alquanto significativa.

Non si può fare a meno di constatare come il continuo avvicendarsi di interpretazioni divergenti, con cadenze più o meno regolari, sia un chiaro indice della presenza di un fattore di elevata criticità. Ci si riferisce, più nello specifico, a un dato che, a nostro avviso, emerge con estrema limpidezza: la vittima dei reati d'impresa, decorsi vent'anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, non pare ancora aver trovato il suo "spazio vitale"[63] nella dinamica del processo penale contro le società.

---

dell'ente derivi un danno diverso ed ulteriore a quello provocato dall'illecito penale presupposto» occorrerebbe comunque dare una risposta negativa al quesito «se, in mancanza di una espressa indicazione normativa volta ad ampliare il catalogo delle azioni private, quella in discorso possa comunque essere trapiantata nel processo penale».

[60] Per riferimenti dettagliati alle disposizioni che assumerebbero una valenza sintomatica a favore dell'esclusione della parte civile dal procedimento a carico degli enti, v. la ricostruzione schematica offerta da G. Garbagnati, *L'azione civile nel giudizio penale* de societate, in *Diritto penale delle società. Profili processuali*, a cura di G. Canzio, L.D. Cerqua e L. Luparia, II, Padova 2014, 1189 s.

[61] Per questa opinione, v., *ex plurimis*, P. Balducci, *La costituzione di parte civile nei confronti dell'ente "imputato": una questione ancora aperta*, in *CP* 2010, 781; D. Bianchi, *Ancora sulla problematica (in)ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo penale* de societate, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22.10.2013; M.L. Di Bitonto, *A favore della costituzione di parte civile nel Sistema 231*, in *www.open.luiss.it*, 6.4.2021; Id., *Disciplina dei soggetti e degli atti: peculiarità*, in *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 56-65; C.F. Grosso, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 davanti al giudice penale*, in *RIDPP* 2004, 1335 ss.; F. Pignataro, A. Gentile, *Diritti fondamentali dei soggetti antagonisti dell'ente collettivo*, in *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, cit., 240; M. Riverditi, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Napoli 2009, 384; M. Zanchetti, *La tutela degli interessi fondamentali milita a favore della costituzione di parte*, in *GDir* 2008, 86 ss. Sul punto, cfr. anche G. Losappio, *Profili sostanziali della costituzione di parte civile nel processo a carico degli enti*, in *Riv231* 2012, 119 s., il quale, dopo aver affermato che «l'esclusione della (costituzione di) parte civile dal processo *ex* art. 231/2001 appare in contrasto con l'ampiezza degli effetti che la stessa disciplina ricollega al risarcimento del danno», nonché risulta «opportuna dal punto di vista politico-criminale e forse necessaria dal punto di vista della legittimità europea», ritiene, tuttavia, che «l'assenza di un'espressa previsione e l'incertezza sulla natura della responsabilità vincolano l'interprete», in quanto «manca un principio in base al quale possa ritenersi attribuita sempre e comunque al giudice penale la cognizione delle conseguenze anche di natura civilistica che derivano dal reato».

[62] L'efficace espressione è riferibile a F. Cordero, *Procedura penale*[9], cit., 1328.

[63] In questo senso, v. S. Lonati, L.S. Borlini, *op. cit.*, 288, i quali sottolineano come «*compared to the corresponding codified rules, no role is assigned under the Decree to the injured party of the crime or to all those who, albeit not the injured party, have otherwise been harmed by the offence charged to the legal entity*»; F. Pignataro, A. Gentile, *op. cit.*, 230. Sottolinea, altresì, come l'assenza di un ruolo attivo della vittima sia particolarmente evidente nel cd. patteggiamento

Uno *status quo* che appare ingiustificato e discriminatorio nei confronti delle vittime delle *corporations*, direbbero i sostenitori della tesi "positiva"; una scelta consapevole del legislatore e in linea con i cardini del modello di responsabilità da reato enucleato dal decreto, replicherebbero i sostenitori della tesi avversa. Quale che sia la via della ragione, la persona offesa vede compressi i propri diritti di difesa garantiti all'art. 24 co. 1 Cost.: la possibilità di agire in sede civile ovvero di citare l'ente ai sensi degli artt. 83 ss. Cpp nell'ambito del processo contro l'apicale o il sottoposto, non sembrano essere strumenti sempre in grado di tutelare a pieno le istanze avanzate da tali soggetti[64]. Basti pensare, a tale ultimo proposito, all'ipotesi in cui il giudizio contro la persona fisica non possa aver luogo poiché è ignoto l'autore del reato presupposto[65].
Quanto osservato fino ad ora, è opportuno precisarlo, non significa affatto ritenere che la persona offesa vanti un diritto di "accesso incondizionato" nel processo penale contro gli enti. Anzi, come condivisibilmente affermato nel richiamato provvedimento del G.i.p. di Trani, «nessuna disposizione impone l'affermazione secondo cui la pretesa risarcitoria del danneggiato non dovrebbe essere fatta valere non nella sede "naturale" del processo civile ma esclusivamente nel processo penale»[66]. D'altro canto, il rito criminale (e, alla luce della sua ontologica struttura, quello diretto a valutare la sussistenza dell'illecito amministrativo *ex crimine*) è volto esclusivamente ad accertare la responsabilità penale dell'imputato, non potendosi farsi carico delle molteplici e variegate esigenze di tutela avanzate dalle vittime.
Ma, se un tanto è vero, non appare più possibile ignorare un dato di realtà: il processo penale *contra societatem* (lo si ribadisce, al netto delle differenti impostazioni sopra richiamate in tema di costituzione di parte civile) non è strutturalmente capace di garantire a pieno i diritti delle vittime dei *corporate crimes*, le cui pretese, invece, meriterebbero una tutela concreta, effettiva e ragionevole[67].
In tale contesto, inoltre, pare solo il caso di notare come l'assenza di uno "statuto" organico della vittima dei reati d'impresa si collochi in controtendenza rispetto alla valorizzazione del ruolo che va via via assumendo la vittima nell'*iter* procedimentale ordinario[68].

---

dell'ente, M. Caputo, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *RIDPP* 2017, 171.

[64] D. Bianchi, *op. cit.*, 3 s. *Contra*, invece, M. Ceresa Gastaldo, *La pretesa emarginazione del danneggiato*, cit., 3491.

[65] In questo senso, v. C. Santoriello, *La costituzione di parte civile nel processo contro gli enti collettivi: la decisione della Cassazione e della Corte di giustizia segnano un punto di approdo solo parziale?*, in *Riv231* 2013, 27, per il quale in siffatta circostanza «l'opzione normativa di precludere la possibilità di avanzare istanza di risarcimento del danno nell'ambito del procedimento penale nei confronti degli enti [è] fortemente elusiva dell'obbligo sovranazionale di protezione della vittima».

[66] T. Trani, 7.5.2019, cit., 2. È noto come la stessa Corte costituzione abbia da tempo affermato che il «diritto del danneggiato dal reato di esperire l'azione civile in sede penale non è oggetto di garanzia costituzionale», cosicché l'art. 24 Cost. potrebbe dirsi violato solo qualora «l'esercizio dell'azione civile […] nel processo penale si profilasse come l'unico strumento di tutela giudiziaria a disposizione del soggetto al quale il reato ha arrecato un danno» (così, rispettivamente, C. cost., 2.6.1977 n. 106, in *www.cortecostituzionale.it* e C. cost., 12.10.1990 n. 443, in *GCost* 1990, 2633).

[67] In questo senso, seppur con esclusivo riferimento alla pretesa risarcitoria della persona offesa, v. G. Ranaldi, *op. cit.*, 17 s.: «il punto, a tacer d'altro, non sta nella dichiarata volontà di ritenere recessive le eventuali istanze risarcitorie e restitutorie dei soggetti eventualmente danneggiati dal reato per cui si procede, rispetto ai "bisogni" di accertamento e verifica che più interessano l'onorabilità e lo *status libertatis* dell'imputato, bensì nel demandare al giudice penale lo scrutino del solo fatto di reato e di tutte le questioni che debba "risolvere" a tale fine precipuo; al contempo, però, secondo un'ottica di congruo bilanciamento, dovranno essere ideati e concepiti, in via legislativa, modelli procedurali differenziati che possano fronteggiare, secondo un'ottica d'efficienza, le pretese di coloro che ritengano di poter azionare, per finalità risarcitorie, ipotesi di responsabilità civile da reato».

[68] Il rinnovato interesse per il ruolo della vittima si accompagna ad una letteratura divenuta ormai incontrollabile. Oltre a quanto richiamato nelle altre note presenti nel testo, ci limitiamo a rinviare ad alcune opere monografiche e collettanee: S. Allegrezza, H. Belluta, M. Gialuz, L. Luparia, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino 2012; L. Luparia (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Padova 2015; M. Bargis, H. Belluta, *Vittime di reato e sistema*

È noto, infatti, come per effetto della direttiva 2012/29/UE[69] la persona offesa abbia assunto una posizione sempre più rilevante nel panorama italiano e internazionale. Negli ultimi decenni, il fenomeno della cd. marginalizzazione della vittima[70] sembra aver lasciato il passo a una rinnovata attenzione nei confronti di un soggetto che, pur dovendosi tutt'oggi qualificare come parte eventuale, ha contribuito a mutare la visione triadica del processo penale (giudice, pubblico ministero, imputato). Si vuol dire, cioè, che le penetranti facoltà e i consistenti poteri a essa attribuiti hanno contribuito a mettere in discussione quel binomio Stato accusatore-individuo accusato[71] che ha caratterizzato da sempre ogni processo penale democratico.
In questa prospettiva, peraltro, la recente novella del sistema penale (cd. riforma Cartabia)[72], com'è noto, ha inciso direttamente sul tema della *reparative justice*[73].
La l. 134/2021 aveva delegato il Governo a adottare una «disciplina organica» della materia *de qua agitur* che regolamentasse le principali tipologie di programmi, i criteri di accesso, nonché le garanzie processuali di contesto. In queste coordinate teoriche, e per quel che interessa in questa sede, il legislatore del 2022, in ossequio a quanto previsto dall'art. 1 co. 18 lett. *b* della delega, ha introdotto una nozione unitaria di «vittima del reato», definendo questa come la «persona fisica che ha subito direttamente da reato qualunque danno, patrimoniale o non patrimoniale»[74]. Si è trattato, sebbene nel circoscritto ambito della giustizia riparativa, di un segnale, atteso da tempo, che si muove – come affermato nella stessa *Relazione* della cd. Commissione Lattanzi – nell'ottica di dare piena attuazione a quelle parti della direttiva 2012/29/UE che non erano ancora state implementate a livello nazionale[75].
Tutto ciò, se, da un lato, non fa altro che porre in risalto l'eccessiva distanza che tutt'oggi intercorre tra la vittima "comune" e la vittima "d'impresa", dall'altro, potrebbe forse offrire nuova linfa vitale per la ricerca di soluzioni volte a rafforzare il ruolo di quest'ultima nel settore della responsabilità da reato degli enti?

---

penale. La ricerca di nuovi equilibri, Torino 2017; H. Belluta, *Il processo penale ai tempi della vittima*, Torino 2019; V. Bonini, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Padova 2018; M.F. Cortesi, E. La Rosa, L. Parlato, N. Selvaggi (a cura di), *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, Milano 2015; M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli 2015.

[69] Sulla quale, v., per tutti, E.M. Catalano, *La tutela della vittima nella Direttiva 2012/29 UE e nella giurisprudenza delle corti europee*, in *RIDPP* 2014, 1789 ss.; J. Della Torre, *Il paradosso della Direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *RIDPP* 2016, 1835 ss.

[70] M. Venturoli, *La "centralizzazione della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, in *www.archiviopenale.it*, 6.5.2021, 1.

[71] L. Tavassi, Timeo danaos: *la tutela della vittima e le trasformazioni del processo penale*, in *www.archiviopenale.it*, 26.11.2017, 5.

[72] L. 27.9.2021 n. 134 e d.lgs. 10.10.2022 n. 150. Per un esame generale delle linee essenziali della novella, cfr., *ex plurimis*, G. Canzio, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, in *www.sistemapenale.it*, 25.8.2021; G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, in *www.sistemapenale.it*, 15.10.2021; M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *www.sistemapenale.it*, 2.11.2022; E.N. La Rocca, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 34/2021*, in *www.archiviopenale.it*, 1.12.2021.

[73] Cfr., tra i numerosi commenti, V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 15.6.2021; Id., *Evoluzioni della giustizia riparativa nel sistema penale*, in *PPG* 2022, 111 ss.; M. Gialuz, J. Della Torre, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino 2022, 377-382; M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., par. 4; G. Mannozzi, *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in *www.archiviopenale.it*, 31.5.2022.

[74] Art. 42 co. 1 lett. *b* d.lgs. 150/2022.

[75] Cfr. la *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435*, elaborata dalla Commissione di studio Lattanzi e reperibile in *www.sistemapenale.it*, 25.5.2021, 70-75.

4. Alla luce di quanto osservato nei paragrafi precedenti, emerge come, per un verso, i recenti orientamenti dottrinali in materia di "processo 231" si muovano nel solco di una valorizzazione delle condotte *post delictum* (*i*) e, per altro verso, le vittime dei reati d'impresa si trovino spesso prive di una tutela effettiva con riguardo alle proprie pretese di natura risarcitoria, riparatoria e ripristinatoria (*ii*).
È proprio muovendo da questo assunto che si riesce a cogliere quella che potrebbe essere definita una "sinergia virtuosa" tra la disciplina processuale prevista dal d.lgs. 231/2001 e quel fenomeno (giuridico e sociale) ormai noto come *restorative justice*. Entrambe le esigenze sopra ricordate (*i* e *ii*), infatti, possono essere rapportate a quelli che sono comunemente riconosciuti come i due pilastri della giustizia ri-conciliativa.
Ci si riferisce, anzitutto, alla centralità (extraprocessuale) del ruolo assunto dalla vittima che, com'è noto, costituisce l'angolo di visuale privilegiato dell'intero meccanismo riparativo. Non solo. Com'è stato osservato «*while this is primarily for the victim's benefit, it is important for the offender as well*», poiché la giustizia riparativa «*encourages offenders to take responsibility for their crime by making amends to victims. This helps repair trust between the parties and reintegrate the offender*»[76].
In tal senso, il paradigma riparativo, pur essendo primariamente orientato alla valorizzazione del ruolo della persona offesa, pone particolare attenzione alle condotte *victim oriented* susseguenti alla commissione dell'illecito: la comprensione delle sofferenze altrui e delle ragioni alla base della condotta criminosa, infatti, costituiscono l'obiettivo principale dei percorsi riparatori. Tale considerazione, se calata nell'ambito della presente analisi, porta ad affermare che una "giustizia societaria riparativa" dovrebbe avere quale scopo ultimo quello di comprendere i motivi della mancata organizzazione aziendale, le ragioni alla base dell'assenza di un modello di minimizzazione dei rischi ovvero di una sua omessa attuazione in concreto.
Prendendo le mosse da tale inquadramento generale, si deve rilevare, in realtà, come i più attenti commentatori abbiano già messo indirettamente in evidenza il legame che intercorre tra la giustizia riparativa e il "sistema 231"[77]. In questo senso, i meccanismi di *relational justice* si qualificano alla

[76] D. Luedtke, *Progression in the Age of Recession: Restorative Justice and White-Collar Crime in Post-Recession America*, in *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.* 2014, 332. Cfr., altresì, G. Mannozzi, *La giustizia senza spada*, cit., 108, che sottolinea come «sebbene la giustizia riparativa rappresenti un approccio al reato che supera la visione orientata sul solo "autore" quale destinatario dell'intervento punitivo, essa non marginalizza assolutamente il reo […]. Al contrario, l'autore del reato continua ad essere un co-protagonista nella gestione della soluzione del conflitto».
[77] Cfr., da differenti angoli di prospettiva e con diverse accentuazioni, M. Caputo, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, 425, nt. 362; M. Donini, Compliance, *negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la* restorative justice, in *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G.L. Gatta, II, Milano 2018, 569 s., il quale, in una prospettiva problematica, si domanda come possano operare i meccanismi di *restorative justice* qualora «il vero destinatario dei precetti sottostanti alle incriminazioni [sia] un ente, e non la persona fisica che occasionalmente commette i reati» rilevando, altresì, come nella maggior parte dei reati ambientali e giuslavoristici «mentre la commissione di [tali] reati spetta alle persone fisiche, per lo più titolari di rapporti giuridici qualificati (reati propri), i veri destinatari delle regole di sicurezza che devono essere attuate affinché gli illeciti penali non vengano commessi, sono le imprese»; G. Mannozzi, *La giustizia senza spada*, cit., 219-222; Id., *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, in *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, a cura di G. Mannozzi, Milano 2004, 30-34; A.M. Maugeri, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti* ex *d.lgs. 231/2001*, Torino 2022, 89-94; C. Mazzuccato, *Appunti per una teoria "dignitosa" del diritto penale a partire dalla* restorative justice, in AA.VV., *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, Lecce 2010, 159 s., la quale, con riferimento alla giustizia riparativa, dopo aver affermato la necessità, «sul piano strettamente penalistico» di «riconfigurare la nozione di punibilità, o meglio di arricchire di nuovi contenuti politico-criminali e dogmatici la categoria della non punibilità», precisa come tali modelli siano «già marginalmente utilizzati dal legislatore […] per certi versi, [proprio nella] disciplina della responsabilità amministrativa da reato degli enti di cui al D.lgs. 231/2001»; V. Patanè, *Percorsi di giustizia riparativa nel sistema penale italiano*, in *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, cit., 571; G. Varraso, *Un utile "approfondimento" della Suprema corte in tema di misure cautelari interdittive e condotte riparatorie nel d. lg. n. 231 del 2001*, in *CP* 2016, 3400 s.

stregua di un vero e proprio nuovo paradigma del sistema penale capace di permeare, plasmandola, l'idea stessa di pena, così come concepita dalla dogmatica tradizionale.
La sanzione criminale, nella logica classica, svolge una funzione che, a seconda dei momenti, viene definita general-preventiva o special-preventiva; in ogni caso, essa è la conseguenza del fatto commesso e, perciò, è pressoché orientata al passato. E, in effetti, l'impostazione tradizionale è portata a concepire la pena come mero «raddoppio del male»[78]: al male commesso dal reo si somma quello della sanzione irrogata. In tal modo, però, l'ordinamento, nell'intento di mitigare il bisogno di vendetta della vittima, si sostituisce a quest'ultima «garantendole giustizia, ma non riparazione»[79].
La giustizia penale riparativa, invece, muove da una logica ben diversa.
Autorevolmente definita come un nuovo movimento culturale, giuridico, criminologico e filosofico nell'ambito del quale la vittima, il reo e l'intera comunità dialogano tra loro nella ricerca di una soluzione che promuova la riparazione, la riconciliazione e il senso di sicurezza collettivo[80], la *relational justice* valorizza una partecipazione attiva e consapevole di coloro che sono interessati dalla violazione della norma incriminatrice: l'autore del reato e la vittima[81]. Nella "giustizia mite", dunque, il reato non si identifica più nella mera inosservanza della legge penale, bensì, primariamente, nell'offesa cagionata a un soggetto "in carne e ossa".
Collocandosi in quest'ultima prospettiva, è agevole constatare come il "sistema 231" sia quello che, più di ogni altro, interpreta questa nuova dimensione funzionale della sanzione, non limitandosi a pretendere la semplice osservanza del precetto, ma incentivando il soggetto attivo alla realizzazione di condotte *post delictum*[82]. Ci troviamo difronte, com'è stato efficacemente osservato, a una nuova formulazione della norma penale che viene a essere integrata dai predetti modelli di *compliance*, dando vita a una «privatizzazione allargata dei precetti penali»[83]. Ma, proprio questi ultimi – come si è osservato – costituiscono il fulcro vitale della "dogmatica riparativa", poiché consentono di soffermare l'attenzione del giurista sulla «condotta offensiva da evitare, piuttosto che [sulla] pena di cui, nel quadro riparativo, si può – al limite anche del tutto – fare a meno»[84].
Ciò detto, è opportuno compiere un'ulteriore notazione.
Muovendo dalla prospettiva da ultimo evidenziata, si potrebbe essere portati a ritenere che lo strumento della sospensione del processo con messa alla prova costituisca un valido rimedio, nell'alveo della "giustizia di prossimità", per attuare in maniera composita e ragionevole l'esigenza, da un lato, di far emergere una maggiore consapevolezza del ruolo ricoperto dalle vittime dei reati societari e, dall'altro, di implementare ipotesi di ravvedimento *post factum*.
Sennonché, un esame più approfondito consente di affermare che l'istituto in parola risulta inadeguato a perseguire congiuntamente (e, contestualmente) le predette esigenze, perlomeno nell'ambito di una

[78] M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *RIDPP* 2013, 1162.
[79] Così, M. Donini, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *DPenCont* 2015, 237.
[80] H. Zehr, *Changing Lenses. A New Focus on Crime and Justice*, Scottsdale 1990, 181.
[81] M. Gialuz, *Mediazione e conciliazione*, in F. Peroni, M. Gialuz, *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, Torino 2004, 108.
[82] Sull'intervenuto mutamento di paradigma della sanzione penale nell'ambito del "sistema 231" rispetto al modello punitivo tradizionale, v. G. Flora, *Le sanzioni punitive per le persone giuridiche: un esempio di metamorfosi della sanzione penale?*, in *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, a cura di G. Cerquetti, C. Florio, Padova 2004, 13 ss.; C.E. Paliero, *Il sistema sanzionatorio dell'illecito dell'ente: sistematica e* rationale, in *RIDPP* 2021, 1199 ss.; e, con specifico riferimento alle finalità perseguite della sanzione *contra societatem* (da cogliersi in una differente prospettiva rispetto a quanto tradizionalmente accade con riguardo al diritto penale "umano"), v. V. Mongillo, M. Bellacosa, *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità da reato degli enti*, a cura di G. Lattanzi, P. Severino, I, Torino 2020, 289-297.
[83] Testualmente, M. Donini, Compliance, *negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, cit., 582. In termini non dissimili, v. F. Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e* agency problems. *I limiti del d.lgs.vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *RIDPP* 2017, 948.
[84] C. Mazzuccato, *Appunti per una teoria "dignitosa" del diritto penale*, cit., 132.

visione autenticamente riparativa della giustizia penale[85].
In una direzione critica, innanzitutto, sembrano collocarsi quelle tesi volte a negare a monte l'utilità e la ragionevolezza di un intervento (novellistico ovvero esegetico) diretto a elaborare una possibile compenetrazione fra messa alla prova e "processo 231"[86].
Duplici sono gli argomenti comunemente richiamati a sostegno di questa interpretazione.
In primis, l'estensione dello strumento in esame alla *societas* avrebbe quale conseguenza quella di disincentivare l'adozione di modelli *ex ante* [87], contribuendo così all'emersione di profili discriminatori tra enti che si sono dotati di un modello *ante factum* e quelli che, viceversa, ne erano sprovvisti *ab origine*: entrambi – si sostiene – andrebbero esenti da responsabilità[88].
In secundis, una tale scelta di politica criminale si estrinsecherebbe, in buona sostanza, in una mera duplicazione delle previsioni già contenute agli artt. 12 e 17 del decreto, risultando «difficile ipotizzare una siffatta prestazione a carico dell'ente di contenuto diverso dalle condotte riparatorie e risarcitorie»[89] già indicate dalla normativa vigente. Quest'ultima argomentazione, peraltro, è stata indirettamente richiamata anche nel citato provvedimento del tribunale di Spoleto che, in tale contesto, ha individuato nell'estensione della messa alla prova alle persone giuridiche un *vulnus* all'intero impianto normativo predisposto dai *conditores* del 2001. Proprio la stretta contiguità tra le prescrizioni stabilite all'art. 17 e il contenuto della "prova" – si è affermato – consentirebbero all'ente «di ottenere, alle stesse condizioni dettate dall[a] disposizion[e] normativ[a] appena menionat[a] e senza alcun onere aggiuntivo, il beneficio della estinzione del reato»[90].

---

[85] Senza voler considerare, a tacer d'altro, come un'eventuale estensione dell'istituto *de quo* nell'ambito della responsabilità degli enti sarebbe inesorabilmente destinata a riproporre l'annosa questione, sorta con riferimento alle persone fisiche, relativa alla compatibilità di tale istituto con la presunzione di non colpevolezza.
[86] In questo senso, v., ad es., O. Di Giovine, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in *Responsabilità da reato degli enti*, cit., 230, secondo la quale l'introduzione di una messa alla prova "societaria" muoverebbe dall'errato assunto in base al quale «poiché un reato è stato commesso, ciò significa che il modello era inidoneo e/o non efficacemente attuato», rischiando così «di rinforzare – anziché contrastare – tale fallacia, laddove, invece, è proprio su questo aspetto che sarebbe opportuno incidere maggiormente».
[87] Per questa opinione, F. Consulich, *Punibilità di organizzazione. Possibilità e limiti dell'astensione dalla punizione per l'ente colpevole*, in *Riv231* 2020, 264. *Contra*, invece, R. Bartoli, *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco*, in *www.sistemapenale.it*, 29.3.2021, 11: «è come se rispetto all'ente la punibilità si scindesse in due binari paralleli con l'incongruenza finale che nonostante la riparazione e la riorganizzazione anticipate si estingue solo una parte della punibilità, quella relativa alle sanzioni interdittive, permanendo la parte di punibilità coperta dalla pena pecuniaria».
[88] In questi termini, v. L. Bartoli, *Verso una non punibilità d'organizzazione?*, cit., 2553. In argomento, v., altresì, G. Varraso, *Autonomia del sistema sanzionatorio a carico dell'ente nel d.lgs. 231/2001*, cit., 24, per il quale i «modelli compensativi dell'offesa sarebbero di fatto vanificati, se si consentisse all'ente di beneficiare direttamente delle stesse cause di non punibilità della persona fisica». Al contrario, ritiene che non risulti opportuno «incentrare tutta l'attenzione sull'esistenza di modelli organizzativi per la prevenzione dei reati», in quanto «questi modelli [sono] finalizzati più ad attenuare la responsabilità penale o amministrativa dell'ente che ad ottenere un reale mutamento della condotta corporativa che garantisca il futuro rispetto della legge», P. Faraldo Cabana, *Sull'idoneità della sanzione pecuniaria per le persone giuridiche. Una riflessione dal diritto spagnolo con spunti di diritto italiano*, in *DPenCont* 2014, 130.
[89] Fed. Mazzacuva, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Torino 2020, 296.
[90] Testualmente, T. Spoleto, 21.4.2021, cit., 4. Nel corso della motivazione, peraltro, si soggiunge come l'introduzione dell'istituto della messa alla prova nel contesto della "231" finirebbe per «tradire la filosofia che ha ispirato la disciplina italiana della responsabilità da reato degli enti, posto che il legislatore del 2001 ha evidentemente voluto prendere le distanze dal modello diffuso nei sistemi d'oltreoceano [*deferred prosecution agreement* e *non prosecution agreement*], consapevolmente prevedendo nel caso di condotte riparative e/o ripristinatorie successive al compimento dell'illecito una attenuazione del trattamento sanzionatorio, ma non un'esclusione di responsabilità». *Contra*, invece, T. Bari, 22.6.2022, cit., 8, ove si sostiene che l'ambito di applicazione della messa alla prova per gli enti non verrebbe affatto a coincidere con la disciplina indicata all'art. 17 d.lgs. 231/2001, poiché la prima «ha un oggetto ben più ampio, contemplando pure l'affidamento al servizio sociale per lo svolgimento di un programma che può comprendere attività di volontariato di rilievo sociale».

Queste considerazioni, tuttavia, sono state avversate da altra dottrina che, altrettanto autorevolmente, ha messo in evidenza come l'asserito disincentivo all'adozione del modello potrebbe essere agevolmente superato consentendo l'accesso al rito speciale solo a quei soggetti collettivi che, prima del verificarsi del fatto di reato, si erano dotati di un modello (non di mera facciata) che si è tuttavia rivelato non idoneo[91]. Peraltro, la ritenuta assenza di nuovi e ulteriori contenuti nel programma di trattamento rispetto a quanto previsto dalle vigenti disposizioni del decreto costituirebbe – si sostiene – proprio l'elemento di forza della proposta, che avrebbe «il pregio di non stravolgere l'impianto del d.lgs. 231/2001 dal momento che un meccanismo simile a quello ora descritto si rinviene […] nell'art. 49 che disciplina la sospensione delle misure cautelari. Si tratterebbe, dunque, di rielaborare in chiave differente uno strumento già disponibile e già sperimentato positivamente»[92].
Ora, anche volendo aderire a quest'ultima impostazione, non può che condividersi quanto osservato da chi ha ben messo in luce come «parlando […] di un modello *ex ante* non fittizio», la valutazione di idoneità postuma dovrà essere comunque operata da un giudice, riportando alla luce, non solo «le problematiche già evidenziate nell'applicazione degli artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001»[93], ma anche la complessa questione relativa a un'eventuale anticipazione del giudizio, posto che il giudicante sarebbe chiamato a pronunciarsi sull'idoneità del modello adottato al tempo della condotta tenuta dall'ente. In altre parole, quand'è che un modello di organizzazione e gestione, adottato tempestivamente, pur non essendo "idoneo", può essere definito non meramente formale?
Al netto di tali considerazioni e a prescindere dal contrasto interpretativo attualmente in essere, riteniamo che la questione concernente il rapporto tra messa alla prova, *restorative justice* e "processo 231" debba essere impostata diversamente.
Non si può fare a meno di rilevare come la disciplina prevista agli artt. 464-*bis* ss. Cpp, al di là dell'indubbia innovazione apportata nel sistema processuale ordinario, non possa essere ricondotta a pieno titolo nell'ambito della giustizia riparativa *stricto sensu* intesa[94], rappresentando «piuttosto un'alternativa alla pena tradizionale offerta istituzionalmente»[95]. La messa alla prova, infatti, costituisce uno straordinario strumento di "diversione" processuale, ovverosia una deviazione dall'*iter* ordinario del procedimento, nell'ottica di garantire più efficacemente la prevenzione del reato, la rieducazione del soggetto attivo[96], nonché finalità spiccatamente deflattive del contenzioso penale.

---

[91] G. Fidelbo, R.A. Ruggiero, *op. cit.*, 12. Nello stesso senso, v. C. Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *DPP* 2019, 530 ss.
[92] R.A. Ruggiero, *Il futuro della responsabilità degli enti*, cit., 3391. Cfr., altresì, P. Severino, *La responsabilità dell'ente* ex *d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, cit., 1126. In questo senso, peraltro, si è recentemente mossa anche la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, notoriamente l'Ufficio inquirente maggiormente impegnato in questo settore, che, nel *Bilancio di Responsabilità Sociale 2019-2020*, 76, all'indirizzo *www.procura.milano.giustizia.it*, riporta quanto segue: «a vent'anni dall'entrata in vigore del D.lgs. 231/2001 è maturo il tempo per raccogliere il suggerimento della dottrina e degli operatori del settore, che insistono per la previsione di una vera e propria causa di non punibilità in favore dell'ente, che, in aggiunta all'adempimento degli oneri individuati dall'art. 17 d.lgs. 231/2001, si sia preventivamente attivato ed abbia concretamente collaborato con l'Autorità giudiziaria, fornendo informazioni e segnalazioni tempestive e utili ai fini dell'accertamento dei fatti».
[93] Così, M. Miraglia, *op. cit.*, 326.
[94] In questo senso è orientata la dottrina dominante. V., *ex multis*, L. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 346; A. Ciavola, *La Corte costituzionale pone fine ad ogni ambiguità: la messa alla prova costituisce parte integrante del sistema sanzionatorio penale*, in *GCost.* 2019, 420; C. Mazzuccato, *Ostacoli e "pietre di inciampo" nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, cit., 125 s.; M. Miraglia, *op. cit.*, 161, che sottolinea come «la messa alla prova non rappresenti una rinuncia, se pur condizionata, dell'ordinamento alla propria potestà punitiva, ma la manifestazione della stessa in forme diverse da quella tradizionale».
[95] E. Mattevi, *op. cit.*, 411.
[96] V. Grevi, *Rapporto introduttivo su* «diversion» *e* «mediation» *nel sistema penale italiano*, in *RPenCrim* 1983, 73.

Ma, se questo è l'angolo di visuale (*recte*, la collocazione sistematica), appaiono condivisibili le parole di chi ha autorevolmente ritenuto che «la giustizia riparativa supera in effetti la prospettiva della mera *diversion*, la quale offre infatti, di per sé, un'antropologia povera del conflitto, avendo come *focus* la gestione extraprocessuale dell'illecito in favore dell'autore del reato»[97]. D'altro canto, il ruolo assolutamente marginale riconosciuto alla persona offesa, l'obbligatorietà del programma di trattamento e il *modus* di formazione dello stesso sono solo alcuni degli indici che rendono la messa alla prova un qualcosa di "diverso e altro" rispetto alla logica conciliativa. Il meccanismo di *diversion* in oggetto, come efficacemente sostenuto, è sì un'alternativa, ma «non alla pena, bensì al processo»[98].
L'estraneità ai meccanismi riparativi, sotto tale profilo, appare ancora più evidente se si pone attenzione alla circostanza che le prestazioni previste all'art. 464-*bis* co. 4 Cpp risultano, nella prassi giudiziaria, spesso inconferenti rispetto al tipo di reato contestato, e individuate in assenza di un dialogo con la persona offesa (e, al contrario, imposte giudizialmente), in evidente contrasto con l'idea di una *restorative justice* "individualizzante", nella quale le attività riparative dovrebbero essere parametrate alle esigenze della vittima di "quel" reato[99].
Quanto detto, pertanto, ci consegna un istituto – la sospensione del procedimento con messa alla prova – che, a tutto concedere, non può essere ricondotto a pieno nell'ambito della giustizia conciliativa.
È cercando di muoversi nel solco dei percorsi offerti dalla *restorative justice*, invece, che si scorge da subito all'orizzonte tutta la potenzialità che, in un settore come quello della responsabilità degli enti, potrebbe sortire l'applicazione di strumenti autenticamente riconciliativi. In tale prospettiva, in particolare, l'innovativa visione del rapporto Stato-imputato-vittima, proposta dalla giustizia riparativa, sembra rivelarsi doppiamente proficua nell'ambito della procedura penale societaria.
Innanzitutto, essa rappresenta un valido strumento per garantire, in concreto, le istanze avanzate dal «naturale antagonista»[100] dell'imputato[101], in quanto questi viene a collocarsi al centro del nucleo sostanziale (e procedimentale) dell'offesa realizzata dall'autore del reato. Tutto ciò, peraltro, con l'ulteriore vantaggio di superare l'annoso dibattito (difficilmente risolvibile, a nostro avviso, anche in via legislativa, se non stravolgendo, almeno in parte, il sistema processuale) in merito al ruolo ricoperto dal danneggiato nell'ambito del "processo 231".
Invero, si potrebbe ritenere che – anche alla luce del rinnovato interesse per il ruolo della vittima nel processo penale ordinario – le pretese vantate da quest'ultima possano essere tutelate più efficacemente attribuendole poteri e funzioni di natura squisitamente penale; auspicare, in altre parole, la creazione di una vittima d'impresa che agisca nel "rito 231" al solo fine di perseguire la condanna penale dell'ente incolpato.

---

[97] G. Mannozzi, *La* diversion: *gli istituti funzionali all'estensione del reato tra processo e mediazione*, in *Alternative al processo penale? Tra deflazione, depenalizzazione, diversione e prevenzione*, a cura di F. Consulich, M. Miraglia e A. Peccioli, Torino 2020, 41. Con specifico riferimento all'istituto della messa alla prova, v., ancora, Id., *Crimine dei colletti bianchi: profili definitori e strategie di contrasto attraverso i metodi della giustizia riparativa*, in *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward, Essays in Honour of Nestor Courakis*, a cura di C.D. Spinellis, N. Theodorakis, E. Billis e G. Papadimitrakopoulos, Atene 2017, 1381 s., la quale sottolinea come «il modello di sospensione del processo con messa alla prova, laddove risulti sganciato da componenti volte a valorizzare un'assunzione di responsabilità attraverso percorsi mediatori e riparativi, non veicola alcun contributo di giustizia riparativa e di ricostruzione del legame sociale».
[98] B. Bertolini, *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *DPenCont* 2015, 48.
[99] F. Parisi, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16.11.2012, 6, per il quale «dovrebbero escludersi dal campo di applicazione della giustizia riparativa tutte quelle attività realizzabili dall'autore in favore della collettività che risultino scarsamente collegate con la vittima».
[100] La felice espressione è riferibile a P.P. Paulesu, *Persona offesa dal reato*, in *EG*, Annali II (t. I) 2008, 593.
[101] Pur senza un espresso riferimento alla *restorative justice*, ritiene che «nell'ambito della dinamica interna all'intervento punitivo nei confronti dell'ente un ruolo di primo piano debba essere necessariamente riconosciuto alle vittime dell'illecito […] al di là delle questioni di carattere formal-processuale», M. Riverditi, *op. cit.*, 349.

La questione, com'è intuibile, chiama in causa il tema, più generale, complesso e dibattuto relativo al ruolo che si intenda riconoscere alla persona offesa nel procedimento penale[102]. Non potendo entrare nel merito di siffatta, delicata questione preme evidenziare come una simile prospettiva debba essere esaminata, ancora una volta, avendo quale riferimento la circostanza che la vittima d'impresa manifesta bisogni e attenzioni specifiche, calibrate sull'illecito *ex crimine* posto in essere dall'entità societaria.

Prendendo le mosse dall'idea di un rito criminale che non è strutturalmente capace, per sua stessa natura, di tutelare al meglio le istanze risarcitorie[103] e di una persona offesa/danneggiato che, nella prassi, tende a costituirsi parte civile non tanto per ottenere un ristoro economico, quanto per co-esercitare una potestà punitiva, ci si è chiesti, in una prospettiva generale, se non sia più opportuno «avviare una seria riflessione sulla possibilità di assegnare, dopo l'esercizio dell'azione penale, maggiori spazi di autonomia alla vittima, intesa come latore di un interesse squisitamente penale». Una vittima, detto altrimenti, che agisca in giudizio per ottenere la condanna penale dell'imputato, superando così definitivamente la «grande ipocrisia della parte civile»[104].

Al netto di quelle che possono essere le censure mosse a una siffatta impostazione nell'ambito del procedimento penale "ordinario" (quale, per tutte, il rischio di uno stravolgimento degli equilibri tra accusa e difesa e una conseguente alterazione della funzione tipica del rito[105]), occorre rilevare come tali considerazioni risultino probabilmente inconferenti nell'ambito del processo alle società.

Si allude alla circostanza per cui le richieste avanzate dalle vittime di *corporate violence*, a ben riflettere, non sono legate tanto a una "volontà punitiva" nei confronti dell'ente collettivo (quest'ultima, invece, è pressoché rivolta agli «eminenti» [106] che hanno commesso il reato nell'interesse o a vantaggio della *societas*), bensì risultano paradossalmente indirizzate verso un'auspicata riorganizzazione del soggetto metaindividuale. Una «legittima richiesta di sicurezza»[107] che è quantomai evidente in quelle situazioni in cui sono gli stessi lavoratori a essere stati danneggiati dall'inadeguatezza dei modelli di minimizzazione del rischio ovvero nelle ipotesi di *environmental crime*[108] e, più in generale, in tutti i casi nei quali l'irrogazione della sanzione penale (*rectius*, la pena interdittiva) avrebbe riflessi devastanti nel panorama economico-sociale di una determinata

---

[102] Per una trattazione organica, v., con riferimento al vecchio codice del '30, A. Giarda, *La persona offesa da reato nel processo penale*, Milano 1971 e, con riguardo all'attuale disciplina, C. Pansini, *Contributo dell'offeso e snodi procedimentali*, Padova 2004; L. Parlato, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Palermo 2012.

[103] In questo senso, v. C. Santoriello, A. Gaito, *Ma davvero il processo penale è luogo adatto al soddisfacimento delle istanze civilistiche?*, in *AP* 2012, 403.

[104] Così, per le due ultime citazioni, P.P. Paulesu, *Vittima del reato e processo penale*, in *RDPr* 2018, 390, il quale precisa come, percorrendo questa via, la vittima «liberata finalmente dalle istanze risarcitorie, da soddisfare rigorosamente in sede civile, […] agirebbe apertamente nella fase processuale come parte interessata solo alla prosecuzione penale del reo». Nella medesima prospettiva, H. Belluta, *Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano?*, in *RBrasDirProcPen* 2019, 86. *Contra*, invece, E. Lorenzetto, *Vittime di reato e giusto processo*, in G. Ferri, E. Lorenzetto, *Il giusto processo a vent'anni dalla legge costituzionale n. 2 del 1999*, Napoli 2020, 179 s.

[105] In questi termini, E. Amodio, *Parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio, O. Dominioni, I, Milano 1989, 437; T. Padovani, *Prefazione*, in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, a cura di E. Venafro, C. Piemontese, Torino 2004, 8. In una prospettiva antitetica, v., invece, G. Tranchina, *La vittima del reato nel processo penale*, in *CP* 2010, 4060.

[106] Così, F. Cordero, *Procedura penale*[9], cit., 1328, riferendosi agli "apicali" della *societas*.

[107] C. Mazzuccato, *Appunti per una teoria "dignitosa" del diritto penale*, cit., 138.

[108] I reati ambientali, com'è noto, costituiscono un angolo di visuale privilegiato per saggiare le potenzialità della *restorative justice* nel contesto delle *corporations*. Cfr., in un'ampia bibliografia, M. Hamilton, *Environmental Crime and Restorative Justice. Justice as Meaningful Involvement*, Cham 2021, *passim*; S. Porfido, *The Use of Restorative Justice for Environmental Crimes in the European Union's Legal Framework*, in *Queen Mary Univ. London School L.* 2021, 106 ss.; B. Preston, *The use of Restorative Justice for Enviromental Crime*, in *Crim. L. J.* 2011, 136 ss.; nonché, il recente Commento dell'*European Forum for Restorative Justice* alla *Direttiva 2008/99/UE of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on Improving Environmental Protection through Criminal Law*, reperibile all'indirizzo *www.euforumrj.org*.

collettività[109]. Gli studi più autorevoli in questo settore, d'altronde, dimostrano chiaramente come tra i principali bisogni delle vittime dei reati d'impresa vi siano il riconoscimento delle sofferenze patite, della loro umanità e dignità[110], nonché la necessità di ottenere una protezione, intesa, in siffatto contesto, come tutela della stessa struttura aziendale, perlomeno laddove vi sia uno stretto legame (lavorativo, sociale o culturale) con l'ente incolpato.

In ragione di tali considerazioni, riteniamo che anche laddove si considerasse auspicabile una valorizzazione della vittima sul fronte *stricto sensu* punitivo, tale impostazione risulterebbe inadeguata se trasfusa nell'ambito del d.lgs. 231/2001, posto che, come detto, la vittima di *corporate violence* si presenta come un soggetto *sui generis*, eccentrico[111] e, perciò, meritevole di una disciplina peculiare e differenziata in ragione delle proprie caratteristiche e dei propri bisogni specifici. Una forma di tutela che, in proposito, potrebbe forse essere offerta dai meccanismi di *restorative justice*?

Il secondo aspetto che rende l'applicazione della giustizia riparativa particolarmente proficua nel settore in esame attiene alla dimensione "altra e diversa" in cui viene a collocarsi quest'ultima rispetto al procedimento penale.

La *restorative justice*, come detto, tende a esasperare consapevolmente (e positivamente) le condotte *post delictum* del soggetto attivo. Sul versante procedimentale, in effetti, è ormai noto come i meccanismi di ri-conciliazione penale si muovano su una strada parallela rispetto all'*iter* processuale, potendo essere liberi da ogni "costrizione" delle forme[112].

Quest'ultima affermazione, tuttavia, merita qualche considerazione ulteriore.

È ben vero, come accennato, che uno degli elementi caratterizzanti la giustizia conciliativa viene sovente identificato proprio nell'assenza di vincoli formali, in quanto solo così tale modello potrebbe adeguarsi al meglio alle multiformi esigenze che emergono nel caso concreto, valorizzando in tal modo il dialogo tra le parti coinvolte. Ciò nonostante, sembra comunque ragionevole sostenere che la giustizia riparativa possa mantenere le sue caratteristiche essenziali, pur essendo incardinata all'interno di un *iter* che sia predeterminato normativamente nelle sue linee essenziali. D'altronde, ciò che davvero costituisce il pilastro della *restorative justice* è, più di ogni altra cosa, «l'essere focalizzata sul conflitto e sulla riparazione dell'offesa»[113].

Nell'ambito della "231" tale considerazione assume una rilevanza non trascurabile.

Eccessivo sarebbe il rischio che, in assenza di forme prestabilite e in presenza di un'azione penale sostanzialmente discrezionale, la vittima del reato gestisca in maniera arbitraria le modalità esecutive della conciliazione, con la possibilità – neppure troppo remota – di assistere a veri e propri ricatti di natura indebita[114]. Distorsioni, queste ultime, che caratterizzano – tra le molte – gli strumenti di

---

[109] Sulla distinzione, nell'ambito dei *corporate crimes*, tra «*victims internal to the company*» ed «*external victims*», v. I. Aertsen, *Restorative justice for victims of corporate violence*, in *Victims and corporations*, cit., 246.

[110] Si vedano, in questo senso, gli studi condotti da S. Giavazzi, C. Mazzuccato, A. Visconti, *I bisogni delle vittime di* corporate violence: *risultati della ricerca empirica in Italia*, Milano 2017, 30 ss. e K. Lauwaert, *Individual Assessment of Corporate Violence Victims' Needs. A Practical Guide*, Leuven 2017.

[111] Alcune tra le più evidenti peculiarità che contraddistinguono la vittima di *corporate violence* sono state messe in evidenza da A. Visconti, *Le vittime di* corporate violence *e i loro bisogni*, cit., 25.

[112] Secondo F. Parisi, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, cit., 22, pur non essendo «immaginabile, né desiderabile, una rigida predeterminazione delle attività del mediatore/facilitatore», ciò non esclude «margini esplorativi per individuare buone prassi che garantiscano maggiori garanzie», al fine di «evitare che nell'indeterminatezza delle disciplina e delle procedure si finisca per creare ferite maggiori di quelle che ci si proponeva di guarire».

[113] G. Mannozzi, *La* diversion: *gli istituti funzionali all'estensione del reato*, cit., 52. Nello stesso senso, ma valorizzando «il ripristino, alla luce dei "diritti umani" di entrambe le parti, di quella "interazione comunicativa" che dovrebbe invero caratterizzare […] l'intero tessuto dei rapporti all'interno di un contesto sociale», G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 1.6.2021, 14.

[114] Sui possibili rischi ricollegabili ai diversi ruoli che la persona offesa può assumere nell'ambito dei modelli di *restorative justice*, v., per tutti, V. Bonini, *Considerazioni sparse sul ruolo della persona offesa nella* restorative justice: *profili critici e potenzialità espansive*, in *Il reato lungo gli impervi percorsi del processo*, cit., 149 ss.

matrice statunitense noti come *pre-trial diversion*: *non prosecution agreements* e *deferred prosecution agreements*[115].

Il massiccio ricorso a tali modelli, infatti, ha ben evidenziato come la deformalizzazione degli strumenti consensuali, da un lato, consenta una certa malleabilità degli stessi, rendendoli così adattabili al caso concreto, ma, dall'altro, produca un'eccessiva attribuzione di potere in capo al *prosecutor*[116], al quale finisce per essere attribuito un vero e proprio potere d'«invasione nella programmazione delle strategie aziendali»[117]. Negli accordi pre-procedimentali americani, infatti, l'ente non ha possibilità di scelta, in quanto l'alternativa comportamentale si rivela un mero simulacro che, a sua volta, nasconde una posizione di assoluta primazia dell'organo d'accusa: non si tratta di giustizia riparativa, bensì di una forma perversa di giustizia negoziale[118].

Preso atto di tali criticità, ulteriori e significativi sono i possibili benefici legati a una visione sinergica tra *restorative justice* e "universo 231".

Innanzitutto, la predisposizione di programmi di giustizia riparativa plasmati sulle caratteristiche del soggetto collettivo potrebbe rivelarsi maggiormente proficua rispetto a quanto astrattamente ipotizzabile con riguardo alle persone fisiche[119].

Si vuol dire, cioè, che «mentre la personalità dell'uomo […] pur essendo naturalistica non è conoscibile, al contrario l'organizzazione dell'ente, in quanto socio-relazionale, può essere nella sostanza conosciuta»[120]. Di conseguenza, pare grandemente scemare quel rischio – messo in luce da quell'autorevole dottrina[121] che, in una certa misura, sembra avversare l'idea di un'apertura incondizionata alla *restorative justice* per le persone fisiche – tale per cui l'opzione a favore della giustizia conciliativa potrebbe essere solo il «frutto di un calcolo meramente opportunistico»[122] dell'imputato, essendo al contrario assente ogni forma di effettiva resipiscenza e di riconoscimento del dolore cagionato (elementi sui quali il diritto penale non può, e non deve, esprimere alcun giudizio).

---

[115] Scettici rispetto ad una possibile implementazione di tali strumenti nell'ordinamento italiano, ancorché da angoli prospettici differenti, M. Colacurci, *Imputazione e riparazione nella compliance penalistica. Profili evolutivi della responsabilità da reato degli enti*, Roma 2020, 242 e 251; O. Di Giovine, *op. cit.*, 227-230; O. Mazza, *Tradimenti di un codice. La procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino 2020, 139 s.; A. Mangiaracina, *Persone giuridiche e alternative al processo: i* deferred prosecution agreements *nel Regno Unito e in Francia*, in *CP* 2018, 2195; V. Mongillo, *op. cit.*, 286. Si mostra favorevole, invece, L. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 85 s.

[116] Cfr. J. Arlen, *L'applicazione della legge penale-societaria negli Stati Uniti: l'uso delle transazioni per trasformare imprese potenzialmente criminali in tutori dell'ordine*, in *DPenCont* 2018, 1 ss.; N. Werle, *Prosecuting Corporate Crime when Firms Are Too Big to Jail: Investigation, Deterrence, and Judicial Review*, in *The Yale L. J.* 2019, 1366 ss.

[117] R.A. Ruggiero, Non prosecution agreements *e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12.10.2015, 11. Per inciso, si noti come queste forme di indebita interferenza – secondo accreditate ricostruzioni – potrebbero verificarsi anche nel caso in cui si decida di rendere operativa la messa alla prova nell'ambito del d.lgs. 231/2001, dando così vita ad ipotesi di «riparazioni [*post delictum*] eterodirette e controllate "dall'alto"» (così, M. Donini, Compliance, *negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, cit., 605).

[118] *Contra*, Fed. Mazzacuva, *op. cit.*, 160, secondo cui «il modello di riferimento [degli istituti *de quo*], quindi, non è tanto quello della *negotiated justice*, quanto piuttosto quello della *restorative justice*».

[119] Fed. Mazzacuva, *op. cit.*, 160, nt. 5 e il relativo rinvio a B.L. Garrett, *op. cit.*

[120] R. Bartoli, *Alla ricerca di una coerenza perduta … o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul "sistema 231"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10.3.2016, 3. Negli stessi termini, v., già, C. De Maglie, *op. cit.*, 291, per la quale «nei confronti di un'impresa il diritto penale può dar sfogo a tutte le pretese di rimodellamento e di riformulazione completa della struttura; può ricostruire una "persona nuova", modificandole carattere e reimpostando la condotta di vita».

[121] G. Fiandaca, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *www.sistemapenale.it*, 28.11.2020, 8. Ad analoghe conclusioni giunge, altresì, D. Pulitanò, *Il penale tra teoria e politica*, in *www.sistemapenale.it*, 9 novembre 2020, 3 e 8.

[122] Così, testualmente, G. Fiandaca, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, cit., 8. Posizione, peraltro, già espressa dallo stesso A. in Id., *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale tra punizione e riconciliazione*, in *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, a cura di F. Palazzo, R. Bartoli, Firenze 2011, 115.

Nel caso degli enti collettivi, invece, la presenza di una struttura ontologicamente costruita in termini di *universitas* consentirebbe di far emergere l'eventuale ravvedimento o, meglio, la presa in carico delle sofferenze della vittima, da un dato oggettivo-normativo (la riorganizzazione aziendale, la modifica del modello, il ristoro economico etc.) che, come tale, può essere accertato più agevolmente.
Queste ultime considerazioni, peraltro, chiamano direttamente in causa la tematica che ruota attorno alla funzione rieducativa della pena che, nel contesto in esame, potrebbe sortire da collante tra la *restorative justice* e la finalità propria del "processo 231"[123].
Tra le molte espressioni utilizzate dalla Corte delle leggi per specificare il contenuto dell'art. 27 co. 3 Cost. ve n'è una che pare essere stata pensata proprio con specifico riferimento al soggetto collettivo: «reinserimento nel contesto economico e sociale»[124]. Si tratta, all'evidenza, dello stesso obiettivo dichiaratamente perseguito dal "legislatore 231" che, come detto più volte, intende ricondurre la *societas* – nel solco di una prospettiva premiale – in un mercato concorrenziale caratterizzato, prima di tutto, dal rispetto della legalità.
In questo senso, dunque, la funzione rieducativa della pena, diversamente modellata nell'ambito delle persone giuridiche, si esprime, in estrema sintesi, nella riorganizzazione aziendale del soggetto collettivo. Com'è stato efficacemente osservato, infatti, se il rimprovero che può muoversi all'ente è quello di non essere riuscito a dotarsi *ante delictum* di una pianificazione aziendale idonea a prevenire il rischio del verificarsi di reati, la funzione indicata all'art. 27 co. 3 Cost. non può che essere diretta alla riorganizzazione della struttura della *societas*[125], ovverosia verso un ricollocamento della stessa in quel "contesto economico-sociale" in cui operava prima della commissione dell'illecito.
Sennonché, mentre nell'attuale normativa l'attività di riorganizzazione aziendale è il frutto di un'imposizione esterna ed eterodiretta, la prospettiva volontaristica e comunitaristica che costituisce l'essenza della *restorative justice* potrebbe forse aprire le porte a forme di riorganizzazione autenticamente consensuali e, cioè, realizzate spontaneamente a seguito di un incontro con la vittima e con esperti formati *ad hoc*.
Ma vi è di più.
La questione da ultimo affrontata sembra collocarsi a pieno titolo in quella più ampia prospettiva – coltivata, anche recentemente, da autorevole dottrina penalistica[126] – che fa leva sulla "necessità" della sanzione penale quale possibile chiave di lettura della *restorative justice*.
Mutuando tale concezione e ponendosi in una logica spiccatamente «cautelativa»[127] del diritto penale degli enti, occorre chiedersi se questi ultimi, dopo aver proceduto a una ristrutturazione aziendale e aver realizzato quelle condotte "positivamente reattive" rispetto al danno cagionato alla vittima, siano

[123] In questa prospettiva si collocano le riflessioni di F. Bricola, *Il costo del principio* «societas delinquere non potest» *nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *RIDPP* 1970, 961; C. De Maglie, *op. cit.*, 377 ss.; P. Severino, *op. cit.*, 1110; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, 46, che evidenzia financo come «l'ente [sia] ritenuto più rieducabile della persona fisica» e come «la prevenzione speciale svolge […] un ruolo più spiccato che per gli autori persone fisiche». *Contra*, invece, A. Alessandri, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano 1984, 58 s.; G. De Vero, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova 2002, 46 ss.
[124] C. cost., 5.5.1983 n. 126, in *www.cortecostituzionale.it*.
[125] L'argomentazione è ripresa da H. Belluta, *L'ente incolpato*, cit., 29 e 111. In termini sostanzialmente non dissimili, v., già, M. Riverditi, *op. cit.*, 353.
[126] G. De Francesco, *op. cit.*, 25.
[127] Trattasi di quel modello dogmatico che concepisce la colpa da organizzazione non «in termini di mancato impedimento del reato, ma più semplicemente come "minimizzazione del rischio"», con la conseguenza «che a ben vedere non può esistere, anche perché si tratta di un reato e non di un evento, una stretta connessione "causale" e puntuale tra il difetto organizzativo cautelativo e la realizzazione del reato»; di talché, risulta «difficile rendere responsabile l'ente per il reato e per il passato, perché in definitiva l'ente non ha realmente concorso alla produzione del reato, mentre può essere fatto responsabile per il futuro, e cioè se omette di riorganizzarsi» (così, R. Bartoli, *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale*, cit., 13 s.).

ancora meritevoli di una sanzione penale: non è forse vero che una «condotta "sopravvenuta"», come quella scaturente da un approccio autenticamente ri-conciliativo, renderebbe inutile l'applicazione della pena «dal momento che la controazione volontariamente esplicata dimostra che l'andamento dei fatti è tale da non poter "turbare di un atomo" la sicurezza dei consociati»[128]?
Nell'ambito delle interazioni tra la giustizia riparativa e la responsabilità delle persone giuridiche, tali riflessioni si fanno particolarmente pregnanti qualora si considerino i possibili effetti negativi derivanti dall'irrogazione della sanzione a carico dell'ente pure a fronte di condotte *lato sensu* riparatorie. In siffatta evenienza, risuonano ancor più come un monito le parole con le quali illustre dottrina – sebbene in altro contesto – ebbe a rilevare come qualora «l'applicare l'ordinario rigore della pena […], quantunque consentaneo a giustizia, produrrebbe alla società un danno maggiore di quello che non le derivi dal lasciare impunito o dal punir meno quel reo»[129], il diritto penale dovrebbe rinunciare alla sua anima sanzionatoria.
È proprio lo stretto legame che intercorre tra la società civile e l'ente collettivo, tra istanze di tutela dell'economia e rispetto della legalità che, come già ricordato, costituisce un punto di riferimento tutt'altro che irrilevante nella ricerca di possibili forme di "*restorative justice* societaria". In questa prospettiva, del resto, è stato efficacemente osservato che «*the punishment or imprisonment towards corporation is not only about law, but also social problem in the society. The punishment that emphasizes on retributive approach will cause more negative effects, especially for innocent people who rely on corporation*»[130].

4.1. Una volta evidenziate quelle che possono essere ritenute alcune tra le molteplici e proficue intersezioni del "processo 231" con il paradigma ri-conciliativo, è opportuno volgere lo sguardo – seppur brevemente – oltre i confini nazionali, in quanto è proprio dall'analisi comparata che sembra potersi trarre la migliore conferma dell'idea di una "*restorative justice* aziendale".
La dottrina spagnola, ad esempio, si è interrogata sulla possibilità – in assenza di una previsione legislativa *ad hoc* – di poter coinvolgere le *personas juridicas*, nella veste di soggetti attivi dell'illecito[131], nell'ambito delle procedure offerte dalla *justicia reparadora* (e, nel dettaglio, in quelle di mediazione penale).
La risposta offerta dai commentatori, traendo spunto anche da ulteriori esperienze straniere[132], è stata pressoché positiva[133].

---

[128] Così, G. De Francesco, *op. cit*., 25 s. che, a sua volta, riprende l'espressione da F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Bologna 1993, 253. Negli stessi termini, v. M. Donini, *Non punibilità e idea negoziale*, in *IP* 2001, 1051.
[129] F. Carrara, *op. cit*., 703.
[130] Così, P. Pujiyono, *Corporation Criminal Responsibility Model Based on Restorative Justice Approach in Indonesia*, in *Diponegoro L. R.* 2016, 132.
[131] Pochi dubbi sorgono, invece, con riguardo alla possibilità per l'ente di prendere parte alle procedure di mediazione in veste di vittima. In senso adesivo, v., per tutti, S. Barona Vilar, *Mediación penal. Fundamentos, fines y régimen jurídico*, Valencia 2011, 312; Id., *Mirada restaurativa de la justicia penal en España, una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y de la "securitización"*, in *Justicia restaurativa: una justicia para las victimas*, diretto da H. Soleto Muñoz, A. Carrascosa Migue, Valencia 2019, 93.
[132] Il richiamo operato è alla disciplina tedesca e, più in particolare, alla *Täter-Opfer-Ausgleich* (TOA).
[133] In questo senso, v. S. Barona Vilar, *Mediación y acuerdos reparatorios en la metamorfósica justicia penal del siglo XXI*, in *Boletín mex. derecho compar.* 2019, 710, nt. 32; Id., *La persona jurídica como responsable penal, parte pasiva en el proceso penal y parte en la mediación penal en España*, in *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, a cura di M. Ontiveros Alonso, Valencia 2014, 53 ss. e, spec., 101 ss.; M.A. Casabó Ortí, L. Casabó Ortí, *Mediación penal y la persona jurídica*, in *www.diariolaley.es*, 3.10.2017, par. 6, punto 2, per i quali l'affermarsi del brocardo *societas delinquere potest* «*conlleva que si declaramos idónea la mediación penal entre adultos también ha de ser viable con la persona jurídica como sujeto activo del delito*»; J.A. Díaz López, *Propuestas para la práctica de la mediación penal. Delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in *Revista anal. derecho* 2011, 31, il quale, con specifico riguardo

A sostegno di tale assunto, tra le altre, è stato osservato, da un lato, come la giustizia conciliativa possa effettivamente contribuire ad implementare «*en el seno corporativo la cultura ética en los negocios*»[134] e, dall'altro, che «*la capacidad para ser parte en el procedimiento de mediación es la misma que en el proceso penal*»[135]. Di talché, una volta riconosciuta all'ente, per via legislativa, la capacità processuale nell'ambito del rito *de societate*, nessun ostacolo vi sarebbe a una legittima partecipazione di quest'ultimo ai percorsi di *soft justice*. In tale evenienza, dunque, «*son las personas fisica quel les representan las que llevaran a cabo las tecnicas de dialogo, de comunicacion, y las que podran face-to-face con las victimas llegar a un acuerdo*»[136].

Ma è gettando lo sguardo oltre i confini europei che possono trarsi ulteriori e significativi spunti in tale direzione.

Questo tipo di comparazione, infatti, sembra offrire conferme circa la bontà di un approccio autenticamente riparativo alla tematica della responsabilità degli enti, introducendo riflessioni di più ampia portata alle quali è possibile fare solo un breve cenno.

Dopo aver sperimentato l'applicazione della *restorative justice* nell'ambito della cd. criminalità minore, gli studiosi si sono interrogati circa l'opportunità o meno di estendere tale paradigma anche con riguardo ai *white collar crimes*[137]. Il dibattito che ne è scaturito ha fatto emergere posizioni divergenti che, facendo leva sulle peculiarità del "tipo" di agente coinvolto nella vicenda criminosa e sull'incapacità della sanzione tradizionale di produrre un reale effetto deterrente, non sono riuscite a trovare (perlomeno sino ad oggi) una vera e propria "quadratura del cerchio", probabilmente anche in ragione dell'assenza di dati empirici che militino a sostegno dell'una o dell'altra tesi[138].

Più di recente, però, ci si è iniziati a chiedere se il paradigma ri-conciliativo potesse essere speso con profitto nell'ambito dei *corporate crimes*[139].

---

all'ordinamento francese, osserva come «*en ordenamientos donde también rige el paradigma de societas delinquere potest y se encuentra específicamente regulada la mediación penal* […] *se ha admitido la posibilidad de que se produzcan mediaciones penales en las que intervenga una persona jurídica como supuesto autor*»; Id., *Dilemas sobre la apreciación de la idoneidad de la mediación: responsabilidad penal de las personas jurídicas*, in *Cuadernos pen. José María Lidón*, 2013, 140 s., laddove precisa che, anche se «*pudiera extrañar que una persona jurídica participe en una mediación penal, aunque no parece que existan argumentos definitivos que aconsejen su exclusión de este ámbito. Si el objetivo de la mediación es resolver un conflicto existente entre dos partes (en otras palabras, alcanzar un acuerdo satisfactorio) y mejorar las relaciones entre ellas (por ejemplo, entre un trabajador y su empresa), no parece que exista inconveniente en admitir la participación de personas jurídicas en mediaciones*»; J.M. Torras Coll, J. Gimeno Bevía, M. Fortuny Cendra, *Instrumentos alternativos al proceso penal de la persona jurídica: desde las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y la mediación penal hacia los DPA norteamericanos*, in *www.diariolaley.es*, 25.6.2019, 13 e 19: «*somos de la opinión que la mediación penal debe cobrar protagonismo en el abordaje del compliance,* […]. *La mediación penal, a la par que el Compliance, constituyen un cambio de paradigma*».

[134] Testualmente, J.M. Torras Coll, J. Gimeno Bevía, M. Fortuny Cendra, *op. cit*., 13.

[135] V. Gimeno Sendra, M. Dìaz Martìnez, *Manual de mediaciòn penal*, Madrid 2018, 75.

[136] S. Barona Vilar, *Mediación penal. Fundamentos, fines y régimen jurídico*, cit., 317. Diffidente rispetto alla possibilità di ricorrere alla mediazione con riferimento alle persone giuridiche, in quanto quest'ultima «reclama una persona fisica identificabile [e, al contrario,] la persona giuridica […] non è capace di ascolto attivo, non può provare empatia né vergogna, non sente la necessità di riconciliarsi con la vittima, non cerca il perdono né ha bisogno di riguadagnare autostima e senso di sicurezza», G. Mannozzi, C*rimine dei colletti bianchi: profili definitori e strategie di contrasto attraverso i metodi della giustizia riparativa*, cit., 1379 s.

[137] Sul significato di tale nozione, imprescindibile, E.H. Sutherland, *White Collar Crime*, Londra 1983.

[138] Cfr., per una panoramica generale sull'argomento, N.L. Piquero, S.K. Rice, A.R. Piquero, *Power, Profit, and Pluralism: New Avenues for Research on Restorative Justice and White-Collar Crime*, in *Restorative justice. From theory to practice*, a cura di M. Deflem, Bingley 2008, 209; Z.D. Gabbay, *Exploring the Limits of the Restorative Justice Paradigm: Restorative Justice and White-collar Crime*, in *Cardozo J. conflict resol.* 2007, 421 ss.*;* D. Luedtke, *op. cit*., 311 ss.; J. Rex, *Restorative Justice, White-Collar Crime, and the 2008 Financial Crisis*, in *Appalachian J. L.* 5.6.2020, 101 ss.

[139] Cfr. J. Braithwaite, *Restorative Justice for Banks Through Negative Licensing*, in *The British J. Crim.* 2009, 439 ss.; Id., *Justice and Corporate Regulation*, in *Restorative justice in Context. International Practice and Directions*, a cura di E.G.M. Weitekamp, H.J. Kerner, Londra 2003, 161 ss.; M. Löschnig-Gspandl, *Corporations, Crime and Restorative*

A tal proposito, autorevoli studiosi hanno sottolineato come l'applicazione di tale approccio nel contesto della responsabilità degli enti si riveli maggiormente proficua rispetto a quanto possa (eventualmente) ipotizzarsi con riguardo alla criminalità economica delle persone fisiche[140]. Il ricorso a un metodo che si fonda su una logica meramente retributiva, a ben vedere, non appare affatto vantaggioso se riferito al crimine societario[141]; al contrario, risulta esservi una vera e propria «*natural affinity*»[142] tra il paradigma conciliativo e le esigenze espresse dalla *corporate crime liability*[143]. Tanto sul versante dell'impresa, quanto su quello delle vittime, l'applicazione di istituti di giustizia riparativa potrebbe assumere una certa consistenza nei rapporti tra l'ente e i consumatori, garantendo così il mantenimento di un adeguato livello di "fiducia sociale", nonché costituendo il presupposto per l'avvio di un dialogo attivo tra *offender*, vittima e comunità[144]. Tutto ciò, peraltro, senza voler

Justice, in *Restorative justice in Context. International Practice and Directions*, cit., 145 ss. Nella dottrina spagnola, M J. Guardiola Lago, *Es posible la justicia restaurativa en la delincuiencia de cuello blanco?*, in *Estudios pen. crim.* 2020, 568-571; A. Nieto Martín, *Justicia esmpresarial restaurativa y victimas coorporativas*, cit., 1; Id., *Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿Cómo configurar un sistema de sanciones para personas jurídicas pensando en sus víctimas?*, in *La víctima del delito y las últimas reformas penales*, a cura di M. Hoyos Sanchos, Navarra 2017, 315 ss.; Id., *Autorregulacion, compliance y justicia restaurativa*, in *Autorregulation y sanciones*, a cura di L. Arroyo Jimenez, A. Nieto Martín, Cizur Menor 2015, 122, il quale sottolinea come la *justicia reparadora* possa costituire «*un marco teórico, metodológico y axiológico más depurado que ayudaría a corregir los defectos de la compliance*».

[140] J. Braithwaite, *Restorative Justice and De-Professionalization*, in *The Good Soc.* 2004, 29, per il quale «*while restorative justice often works very well with corporate crime, for example, often it does not work well with business executives who are moved by the bottom line of their firm's performance*»; Id., *Restorative justice and responsive regulation: the question of evidence*, in *RegNet Res. Paper* 2016, 1 ss. Non stupisce affatto, sotto tale profilo, che tali considerazioni siano state avanzate proprio da quell'autorevole dottrina australiana poc'anzi richiamata. È ben noto, infatti, come l'A. abbia proposto, nell'ambito del sistema di responsabilità degli enti, un modello di *reactive corporate fault* basato proprio sulla valorizzazione di condotte *post delictum* quale elemento centrale del giudizio di colpevolezza della *societas* (cfr., per più approfondite considerazioni, B. Fisse – J. Braithwaite, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge 1993, *passim*).

[141] Sottolinea, richiamando quanto già osservato da J. Braithwaite, *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Oxford 2002, 16, «*the general ineffectiveness (and cost) of mainstream criminal justice when faced with "crimes of the powerful"*», K.B. Chiste, *Retribution, Restoration, and White-Collar Crime*, in *Law J.* 2008, 114.

[142] Così, K.B. Chiste, *op. cit.*, 112, per la quale «*corporate crime and restorative justice strike me as having a natural affinity. First of all, corporations-with their "bottom line" motivation and operating under the "24-7" spotlight that mainstream media, "I-reporters," and the Interet now provide' 45- have every reason to maintain trust and right relation with their specific consumer bases and with the societies that contain and enrich them*». Richiamando quanto sostenuto da quest'ultimo A., mette in luce, sul versante delle vittime dei reati d'impresa, come «*the idea that corporate crime (more than white-collar crime in general) and restorative justice have a "natural affinity" has to do with the fact that corporations have every reason to maintain trust and right relation with their specific consumer bases and with the societies can contain and enrich them*», I. Aertsen, *op. cit.*, 248. Nello stesso senso, Y. Devi-McGleish, D.J. Cox, *We humbly beg parson… The Use of Restorative Justice in Fraud Offences*, in *Internet J. Rest. Justice* 2018, 6, per i quali la giustizia riparativa, «*if utilized efficiently […] could provide im-proved outcomes for victims, behavioural change for corporate and business cultures, and empowerment for those involved in the process. […]. In addition to this, encouraging corporations and businesses to consider their offending behaviour and the harm it has caused may inspire some behavioural change and provide more responsible and ethical work place practices and behaviour resulting in community-wide benefits*». In termini non dissimili, con specifico riguardo alla mediazione penale nell'ordinamento spagnolo, V. Magro Servet, *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (compliance)*, Madrid 2017, 242.

[143] A.B. Spalding, *Restorative Justice for Multinational Corporations*, in *Ohio St. L. J.* 2015, 357, che, nella sua proposta diretta a estendere i meccanismi di *restorative justice* alle società multinazionali, afferma: «*the ever-increasing power of multinational corporations thus calls for a new theory of punishment, one that uses criminal enforcement to address the systemic causes of crime. That theory, quite ironically, is restorative justice*».

[144] In questo senso, v., ancora, A.B. Spalding, *op. cit.*, 406, che evidenzia come l'approccio riparativo farebbe sì che l'ente «*does not merely pay a fine; it is forced to confront the victims of its crime. Through the consultations with community leaders, the [corporation is confronted by, and listens to, the victims (and their representatives)*». Ma, in termini problematici, v., invece, R. Bromwich, *Restorative Justice Processes and Complex Cases Involving Corporate Liability for Environmental Harms in Canada: Pitfalls, Problems, Promise and Potential*, in *Internet J. Rest. Justice* 2018, 12, per

considerare, in aggiunta, i riflessi economico-sociali che ruotano attorno al tema della responsabilità degli enti che, com'è evidente, costituiscono un'interessante (e necessaria) prospettiva di analisi del fenomeno *de quo agitur*: se i *corporate crimes* ledono anzitutto il rapporto di fiducia tra l'ente e la società, la giustizia riparativa potrebbe forse ricostituire quel legame spezzato?
A fronte di tale quadro, v'è da osservare come anche le principali fonti sovranazionali di *soft law* in argomento – se lette alla luce di un'interpretazione evolutiva e, al contempo, sistematica – sembrano offrire interessanti spunti di riflessione sul versante della legittimazione attiva degli enti nel contesto della giustizia riparativa.
Innanzitutto, si consideri che la Raccomandazione 2018/8 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla giustizia riparativa in materia penale – al pari della Risoluzione ECOSOC 2002/12 concernente i «*basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*» – ricorre all'espressione generica «parti» per indicare gli attori dell'*iter* conciliativo[145]: un'espressione dal carattere indeterminato che, alla luce delle considerazioni svolte fino ad ora, potrebbe essere interpretata estensivamente, accogliendo nelle maglie della conciliazione penale anche un'entità diversa dalla persona fisica.
Lo stesso provvedimento comunitario, peraltro, individua quali soggetti della procedura conciliativa, oltre alla persona che ha subito un «pregiudizio» a seguito di un reato, anche colui che è «*responsible for that harm*»[146]; un'espressione, quest'ultima, che può ragionevolmente ricomprendere anche la *societas*, soggetto collettivo notoriamente chiamato a rispondere per un illecito dipendente da reato.
Ma vi è di più.
Nello stesso atto si definisce la giustizia conciliativa come «*the form of a dialogue (whether direct or indirect) between the victim and the offender*» che, in quanto tale, potrebbe altresì includere «*other persons directly or indirectly affected by a crime*»[147]. Ebbene, proprio la possibilità di coinvolgere ulteriori soggetti nell'ambito dei percorsi riparativi – pur con tutte le necessarie precauzioni volte a evitare che sia data legittimazione a individui estranei alla vicenda – ben si sposa con l'idea di una "*restorative justice* aziendale", perlomeno tutte le volte in cui ci si trovi dinnanzi a peculiari tipologie di reati (quali, per tutti, quelli ambientali o a "vittime diffuse") i cui effetti sono destinati a riverberarsi su un'intera collettività.

5. Le considerazioni svolte hanno consentito di mettere in evidenza lo stretto legame che intercorre tra il mondo della "giustizia senza spada" e quello della criminalità d'impresa, con lo scopo di individuare spunti per eventuali riflessioni che, in una prospettiva di più ampio respiro, potrebbero essere indirizzate verso la ricerca di meccanismi diretti a dare valore procedimentale alle istanze avanzate dalle *victims of corporations*; strumenti, in particolare, che si collochino «in un'ottica di fare giustizia che sia orientata prioritariamente alla riparazione delle sofferenze e dei danni causati»[148] alle persone offese.
Quanto osservato in questa sede costituisce solo un possibile angolo di visuale per approfondimenti maggiormente organici e sistematici attorno a un tema che impone un corretto inquadramento del ruolo della vittima dei "reati aziendali", senza dimenticare, però, i diritti che indefettibilmente

la quale le opzioni di *restorative justice* contemplate a favore della persona fisica potrebbero non essere facilmente applicabili nell'ambito delle *corporations*.
[145] Cfr. la *Raccomandazione 2018/8*, punti 16, 23, 30 e la *Risoluzione ECOSOC 2002/12*, par. 1, punto 4: *«"parties" means the victim, the offender and any other individuals or community members affected by a crime who may be involved in a restorative process*».
[146] *Raccomandazione 2018/8*, cit., punto 3.
[147] Per le due ultime citazioni, v., ancora, la *Raccomandazione 2018/8*, cit., punto 4.
[148] M.J. Guardiola Lago, *op. cit*., 559 (trad. nostra), che, a sua volta, riprende tale nozione "ampia" di giustizia riparativa da L. Walgrave, *La justice restaurative et les victimes*, in *Le Journal intern. victim.* 2002, 7 ss.

debbono essere riconosciuti all'ente incolpato anche nell'ambito del diverso paradigma punitivo[149]. Occorre tener presente, infatti, che il rispetto delle garanzie procedurali costituisce, come esplicitamente affermato in talune fonti di *soft law*, la «base giuridica per la giustizia riparativa nell'ambito della procedura penale»[150]. Se tale considerazione deve ritenersi senz'altro condivisibile con riferimento al rito criminale "ordinario", non può che esserlo, *a fortiori*, in un contesto – quello della responsabilità degli enti – che si mostra già di per sé particolarmente precario e cedevole sul versante delle garanzie costituzionali.

Ad ogni modo, ciò che, allo stato attuale, appare davvero indubitabile è lo stretto rapporto che intercorre tra la "giustizia mite" e il procedimento penale[151]. In questo senso, è evidente che, se «le teorie della pena oggi non possono prescindere dal processo […] e lo studio del rito non può più ignorare le relative ricadute sostanziali»[152], ciò, a ben riflettere, non può non valere anche con riferimento al processo *de societate*, specialmente qualora lo si esamini nelle sue forti, complesse e problematiche interrelazioni con il differente paradigma offerto dalla *restorative justice*.

In questa prospettiva, tuttavia, la recente novella del "sistema penale" non pare aver colto a pieno le potenzialità di una simile intersezione[153].

Con specifico riferimento al tema che qui interessa, deve osservarsi come, sul versante della legittimazione passiva, la legge delega[154] abbia limitato l'ambito applicativo della *restorative justice* alla «persona fisica […] che ha subito un danno da un reato», discostandosi così dalle indicazioni provenienti dalla Commissione Lattanzi che, in proposito, aveva messo in luce la ragionevolezza di un «approccio generalista alla giustizia riparativa» che includesse anche il soggetto giuridico offeso dal reato[155]. In sede di attuazione, perciò, il legislatore delegato ha potuto solamente recepire le indicazioni provenienti dal Parlamento, circoscrivendo il concetto di vittima alla sola «persona fisica»[156].

Sul piano della legittimazione attiva, invece, la legge delega appariva del tutto silente.

In realtà, il sovente ricorso all'espressione "autore del reato" per indicare il soggetto ritenuto responsabile dell'illecito sembrava già deporre in senso contrario rispetto a una possibile inclusione dell'ente in tale categoria, posto che quest'ultimo, com'è ben noto, non è chiamato a rispondere direttamente per la commissione di un reato, bensì di un illecito dipendente da reato.

E, in effetti, neppure il legislatore delegato pare aver offerto spunti positivi in tal senso. Ancorché l'art. 42 co. 1 lett. *c* d.lgs. 150/2022 prediliga (condivisibilmente) il ricorso all'espressione «persona indicata come autore dell'offesa» per riferirsi al soggetto responsabile dell'illecito penale, il mancato

---

[149] Sotto tale profilo, merita di essere richiamato il contenuto della *Dichiarazione dei ministri della giustizia degli stati membri del consiglio d'Europa sul ruolo della giustizia riparativa in materia penale* (sottoscritta in occasione della conferenza dei Ministri della Giustizia del Consiglio d'Europa, "*Criminalità e Giustizia penale – il ruolo della giustizia riparativa in Europa*", tenutasi a Venezia il 13 e 14 dicembre 2021), al cui punto n. 4 viene sancita la necessità, nel corso dei percorsi riparativi, di avere «eguale preoccupazione per le esigenze e gli interessi di tutte le parti coinvolte».

[150] Così recita la stessa *Raccomandazione 2018/8*, cit., titolo IV.

[151] S. Quattrocolo, *Strumenti processuali concreti e apparenti per la riduzione del conflitto generato dal reato*, in AA.VV., *Pena, riparazione e riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007, 83, nt. 1.

[152] F. Ruggieri, *Processo e sistema sanzionatorio: alla ricerca di una "nuova" relazione*, in *DPenCont* 2017, 97.

[153] In tal senso, v. anche L. Ricci, A. Savarino, *Limiti e potenzialità della* restorative justice *nel sistema "231". Spunti per una riflessione sulla scia della riforma Cartabia*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 29.3.2022, 9.

[154] Art. 1 co. 18 lett. *b* l. 134/2021.

[155] Si noti, tuttavia, come la Commissione abbia espressamente limitato tale possibilità ai soli «programmi di giustizia riparativa diversi dalla mediazione reo-vittima» (Commissione Lattanzi, *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, cit., 71).

[156] Art. 42 co. 1 lett. *b* d.lgs. 150/2022. La possibilità per enti e associazioni di prendere parte, in veste di "comunità", ai percorsi di *relational justice*, è stata comunque garantita da un'espressa previsione contenuta nell'art. 45 co. 1 lett. *c* del già menzionato decreto. Il consenso, in questi casi, dovrà essere espresso dal «legale rappresentante *pro tempore* o da un suo delegato» (art. 48 co. 5).

ed esplicito richiamo alla persona giuridica (*rectius*, all'incolpato) nel novero dei soggetti indicati dalla stessa disposizione sembrerebbe evidenziare, *a contrario*, la chiara volontà legislativa di escludere l'*universitas* dall'ambito di applicazione della disciplina.
Non resta che sperare, dunque, nel già auspicato (e, in parte, programmato) intervento di carattere settoriale che, nelle intenzioni dall'*ex* Ministra della Giustizia, avrebbe dovuto assumere quale obiettivo «quello di rinnovare, per mantenere vivo, il sistema penale» delle persone giuridiche[157].

[157] Queste le parole pronunciate dalla Prof.ssa Marta Cartabia nell'annunciare la creazione di una Commissione *ad hoc* per la revisione della disciplina contenuta nel d.lgs. 231/2001, all'indirizzo *www.gnews.it*, 20.10.2021. L'auspicio era già stato manifestato da autorevole dottrina in sede di commento alla legge delega, cfr. M. Gialuz, J. Della Torre, *op. cit.*, 378: «andrà fatta una valutazione specifica con riguardo agli enti, magari nella sede dell'annunciato "tagliando" della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 231/2001, a vent'anni dalla sua entrata in vigore».

IL D.LGS N. 83/2022 E IL NUOVO DIRITTO DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA: RIFLESSIONI PENALISTICHE

di Angelo Mangione
(*Professore associato di Diritto penale, Lumsa sede di Palermo*)

Il nuovo diritto concorsuale rappresenta l'ultimo tassello di una più ampia prospettiva di modernizzazione dell'ordinamento commerciale italiano. Dopo aver esposto i tratti salienti della disciplina vigente, alla luce delle modifiche anche sostanziali apportate dal d.lgs. 83/2022 al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, l'Autore ne esamina i riflessi sul complemento penalistico che, per una deliberata scelta del legislatore, è rimasto quello della legge fallimentare del '42. Nonostante l'intenzione del legislatore sia stata quella di assicurare la "continuità normativa" sul versante sanzionatorio, il mutamento radicale del diritto concorsuale proietta non pochi effetti – talvolta restrittivi, tal altra espansivi – sul perimetro della responsabilità penale: sia sul versante dell'ambito di operatività di talune fattispecie incriminatrici sia, se non soprattutto, su quello della posizione di garanzia degli organi sociali. La marcata intonazione del Codice sui nuovi assetti organizzativi dell'impresa e sulle procedure tese a intercettare i prodromi della crisi e dunque dell'insolvenza, nell'aver delineato un 'ideal-tipo' di debitore virtuoso, rischia al contempo di arricchire il contenuto delle posizioni di garanzia e di ampliare l'area – sempre meno residuale – della responsabilità colposa. Con l'effetto di tradire lo spirito della riforma concorsuale: eventualità, questa, che nell'attesa di nuova disciplina penale – affidata al lavoro della "Commissione Bricchetti" – può forse essere scongiurata da una giurisprudenza penale che sappia accogliere la "nuova cultura" di cui il Codice della crisi d'impresa vuole essere matura espressione.
The new Insolvency Law represents the last step in a broader perspective of modernization of the Italian business and company law system. After having exposed the salient features of the current regulation, in light of the substantial changes made by Legislative Decree no. 83/2022 to the Code of Business Crisis and Insolvency, the Author examines the reflections on the criminal complement that, for a deliberate choice of the legislator, remained that same of the Bankruptcy law of '42. Although the intention of the legislator was to ensure "regulatory continuity" on the sanctioning side, the radical change in insolvency law projects many effects – sometimes restrictive, sometimes expansive – on the perimeter of criminal liability: both in terms of the application area of certain criminal offences and, if not above all, on that of the guarantee position of the corporate bodies. The marked intonation of the Code on the new organizational structures of the company and on the procedures aimed at intercepting the harbingers of the crisis and therefore of insolvency, in having outlined an 'ideal-type' of virtuous debtor, risks at the same time enriching the content of the guarantee positions and expanding the area of culpable liability. With the overall effect of betraying the spirit of the new insolvency law: an eventuality that while waiting for new criminal discipline – entrusted to the work of the "Bricchetti Commission" – can perhaps be avoided by jurisprudence that knows how to welcome the "new culture" of which the Code of Business crisis aims to be a mature expression.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 1.1. (Segue): la «continuità normativa» nella topografica del Codice. – 2. I reati commessi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale (Capo I). – 2.1. L'art. 322 co. 4 del Codice («Bancarotta fraudolenta») e il nuovo regime delle pene accessorie. – 2.2. L'art. 324 del Codice («Esenzioni dai reati di bancarotta») e la soppressione dell'art. 221 r.d. 267/1942. – 3. I reati commessi da persona diversa dall'imprenditore in liquidazione giudiziale (Capo II). – 3.1. L'art. 329 del Codice («Fatti di bancarotta fraudolenta»): il «dissesto» e una irragionevolezza latente in tema di concordato preventivo. – 3.2. L'art. 334 del Codice («Interesse privato del curatore negli atti della

liquidazione giudiziale») e il richiamo ad una norma penale abrogata (l'art. 315 Cp). – 4. Le disposizioni applicabili nel caso di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani attestati e liquidazione coatta amministrativa (Capo III). – 4.1. L'art. 341 del Codice («Concordato preventivo e accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria»). – 4.2. L'art. 342 del Codice («Falso in attestazioni e relazioni») e la responsabilità del professionista per l'esposizione di informazioni false o l'omissione di informazioni rilevanti nei piani e negli accordi in sede di concordato preventivo. – 4.3. L'art. 343 del Codice («Liquidazione coatta amministrativa»): la successiva riproposizione del terzo comma dell'art. 237 r.d. 267/1942. – 5. I reati commessi nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (Capo IV). – 5.1. L'art. 344 del Codice («Sanzioni per il debitore e per i componenti dell'organismo di composizione della crisi»). – 5.1.1. (Segue): le fattispecie di cui al primo comma. – 5.1.2. (Segue): le fattispecie di cui ai commi 2, 3, e 4. – 6. I riflessi penali dei principi di «adeguatezza organizzativa» ed *early warning* – 6.1. (Segue): le ricadute sulla posizione di garanzia degli amministratori. – 6.2. (Segue): le ricadute sulla posizione di garanzia dei sindaci. – 6.3. (Segue): verso una posizione di garanzia dei revisori legali? – 6.4. (Segue): le ricadute sul perimetro della bancarotta semplice. – 6.5. (Segue): le ricadute sulla bancarotta nei «gruppi» e l'incidenza dei «vantaggi compensativi». – 7. La riforma dei reati fallimentari proposta dalla "Commissione Bricchetti" e una conclusione provvisoria.

1. Il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa costituisce, senza enfasi, una vera riforma di sistema: siderale è la distanza anche culturale dall'impianto del r.d. 16.3.1942 n. 267, la cui arcaica opzione di fondo non era più al passo con i tempi e soprattutto con la nuova trama di interessi ed esigenze connesse alla gestione della crisi d'impresa. Come acutamente osservato dal Presidente della Commissione ministeriale – Renato Rodorf – il nuovo Codice vuole esprimere e favorire «la necessità di acquisire una nuova cultura del fare impresa e gestire la crisi: un cambio di punto di vista, un mutamento di prospettiva riguardo ai fenomeni della crisi e dell'insolvenza delle imprese, passando dal tradizionale approccio radicato nell'originaria impostazione della legge fallimentare del 1942 – un approccio prevalentemente liquidatorio, che vedeva appunto nella liquidazione dell'impresa insolvente l'obiettivo principale da perseguire in un quadro assai penalizzante per il fallito – ad una visione che, pur non potendo evidentemente escludere l'eventualità di un esito liquidatorio dell'impresa, quando la crisi sia comunque sfociata in irreversibile insolvenza, pone piuttosto l'accento su una fase precedente, la fase della crisi, per cercare di favorirne il superamento in un'auspicabile prospettiva di continuità aziendale. Dall'impostazione che concepiva le procedure concorsuali come prevalentemente destinate ad eliminare dal mercato le imprese mostratesi inefficienti, in una chiave *lato sensu* sanzionatoria per l'imprenditore incapace di fronteggiare i propri debiti, ci si è da tempo allontanati, prima ancora che in Italia in tante altre parti del mondo occidentale – e sicuramente nell'ambito europeo – in favore di una cultura della prevenzione dell'insolvenza, e quindi della ristrutturazione dell'impresa in crisi per salvaguardarne i valori»[1].
Certo, si è trattato di un processo lento e ad ampio raggio che, a ben vedere, ha coinvolto l'intero ordinamento commerciale del nostro paese. Se per lungo tempo esso si è polarizzato lungo tre settori, distinti e autonomi – il diritto dell'impresa, il diritto delle società e il diritto concorsuale –, ciascuno dei quali ha seguito i propri percorsi evolutivi – si pensi alla riforma del 2003 per il diritto societario, e per quello concorsuale agli innesti man mano operati sulla legge fallimentare –, con il Codice della crisi il cerchio delle riforme «parrebbe finalmente chiudersi attraverso un ponte sistematico che supera cesure e discontinuità»[2]. Come è ormai risaputo, la riforma, a causa di una congerie di fattori,

[1] R. Rodorf, *Intervento*, in *Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, (atti del Convegno, Courmayeur, 20-21.9.2019), a cura di P. Montalenti e M. Notari, Milano 2021, 269 s.
[2] P. Montalenti, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi,*

ha tuttavia vissuto vicende tortuose e tormentate: basti pensare all'entrata in vigore del d.lgs. 12.1.2019 n. 14 differenziata nel tempo – 'a step' oserei dire –, ai ripetuti 'correttivi' che hanno finito col modificare, anche in maniera significativa, l'impianto della nuova disciplina. Persino prevedibile, dunque, che l'ultima versione del Codice della crisi – licenziata col d.lgs. 17.6.2022 n. 83 – sia stata accolta da taluni con disincanto, e persino con qualche perplessità sulla razionalità complessiva e sull'effettiva capacità di conseguire quegli ambiziosi obiettivi che la 'proposta Rodorf' si era data[3].

Osservato attraverso le lenti del penalista, il Codice della crisi e dell'insolvenza d'impresa rappresenta un'occasione mancata, giacché – deliberatamente – si è scelto di non riformare i reati fallimentari. La legge delega 19.10.2017 n. 155 (art. 2 co. 1 lett. *a*) stabilisce infatti che nulla deve mutare sul versante penalistico e opta per la «continuità» con le fattispecie criminose previste dal r.d. 267/1942. La Relazione illustrativa si premura di precisare che in assenza di «ogni indicazione volta alla riformulazione delle disposizioni incriminatrici della legge fallimentare» e a fronte della espressa volontà della legge delega di escludere «la bancarotta dal campo di intervento del decreto attuativo», ci si è limitati all'indispensabile *restyling* necessario per adeguare dal punto di vista lessicale i reati fallimentari ai termini di nuovo conio introdotti sul versante civilistico. Opzione, questa, che rivela la scarsa consapevolezza del legislatore delegante sulla reale entità dei problemi in gioco – peraltro denunciati da tempo dagli addetti ai lavori – e la cui soluzione continua a essere affidata alla sensibilità dell'interprete[4].

Certamente, l'attuale corredo penalistico è a dir poco anacronistico rispetto a una realtà economica e imprenditoriale profondamente mutata negli ultimi ottant'anni: basti pensare all'archetipo dominante – l'imprenditore individuale – su cui sono costruite le principali fattispecie penal-fallimentari. All'usura del tempo si aggiungono le innumerevoli e irrisolte contraddizioni e incertezze, aggravate dal furore sanzionatorio delle cornici edittali che, per un verso, non hanno eguali nel moderno diritto penale economico e che, per altro verso, tradiscono una visione legata a un approccio liquidatorio teso a espellere dal mercato – economico e giuridico – l'imprenditore fallito.

Secondo un *cliché* già confermato con gli interventi settoriali degli anni precedenti[5], il Codice della crisi e dell'insolvenza si avvia a ereditare i vizi e i limiti ormai cronicizzati dell'impianto penal-fallimentare del r.d. 267/1942: col rischio che, nell'attesa di una riforma (peraltro, già annunciata: v. oltre § 7), la forzosa convivenza di due modelli giuridici così distanti – se non antitetici nella loro

procedure di allerta nel quadro generale della riforma, in *Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, cit., 16.

[3] A. Jorio, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino 2019, 413 ss.; A. Sacchi, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, ivi, 578 ss.

[4] Alluvionale la letteratura sui limiti del perdurante assetto del diritto penale fallimentare e sulle esigenze di una sua riforma: sempre attuali le riflessioni di A. Crespi, *I trent'anni della legge fallimentare: prospettive e riforma*, in *RIDPP* 1973, 123 ss., e C. Pedrazzi, *Introduzione*, in C. Pedrazzi, F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Roma-Bologna 1995, 1 ss.; Id., *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, ora in Id., *Diritto penale*, IV, Milano 2003, 1005 ss.; altresì, M. Romano, *Materia economica e intervento penale*, in *JS* 2011, 109 ss.; M. Donini, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, ivi 2011, 35 ss.; G. Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *RIDPP* 2014, 67 ss. Per una panoramica, A. Alessandri, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano 2016; nonché i contributi raccolti in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino 2010; *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, a cura di R. Borsari, Padova 2015. Fra i lavori monografici, da recente, S. Cavallini, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza*, Milano 2019; C. Santoriello, *Il diritto penale fallimentare dopo il codice della crisi*, Torino 2021.

[5] Al riguardo, A. Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa*, in *RIDPP* 2006, spec. 115 ss.; G. Insolera, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi della impresa*, in *GComm* I 2006, 459 ss.; e volendo, v. A. Mangione, *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *RIDPP* 2006, 981 ss.; F. Mucciarelli, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *RTrimDPenEc* 2009, 832 ss.; A. Fiorella, M. Masucci, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino 2014, spec. 233 ss.

cultura di fondo – possa generare ulteriori problemi e questioni[6].

1.1. La disciplina penale concorsuale trasfusa nel Codice è racchiusa in due Titoli. I reati concorsuali (artt. 322-347) sono collocati nel Titolo IX («Disposizioni penali»), suddiviso in cinque Capi: il primo racchiude i reati commessi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale; il secondo contiene i reati commessi da persone diverse dall'imprenditore in liquidazione giudiziale; il terzo Capo è dedicato alle disposizioni applicabili nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione, nei piani attestati di risanamento e nella liquidazione coatta amministrativa; nel Capo IV sono previsti i reati commessi nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento e della crisi d'impresa; l'ultimo Capo presenta disposizioni di carattere processuale.
Il Titolo VIII, invece, contiene regole (artt. 317-321 Codice) volte a disciplinare i rapporti fra la liquidazione giudiziale e le misure cautelari penali di natura reale, ivi comprese le misure di prevenzione patrimoniale: quale principio generale (con talune eccezioni) è disposta la prevalenza delle misure penali e le ragioni dei creditori verranno soddisfatte in base ai criteri stabiliti, sul punto, dal codice antimafia (d.lgs. 6.9.2011 n. 159). L'art. 373 – inserito nel Capo VI («Disposizioni di coordinamento della disciplina penale») del Titolo X – nel riformulare l'art. 104-*bis* disp. att. Cpp, ambisce a dettare le regole in tema di esecuzione del sequestro e disciplina dei doveri e dei poteri di gestione dell'amministratore giudiziario.
Nell'ottica della riforma, i reati fallimentari previsti dal Codice costituiscono – con i dovuti aggiornamenti linguistici: sostituzione del termine «fallimento» e dei suoi derivati con l'espressione «liquidazione giudiziale» (cfr. art. 349) – una mera e 'innocua' trasposizione di quelli previsti dal r.d. 267/1942 e dalla l. 27.1.2012 n. 3.
Il Codice non prevede una abrogazione espressa dei reati fallimentari di cui al r.d. 267/1942 e alla l. 3/2012, ma un esaurimento nel tempo della loro efficacia e applicazione. Infatti, dopo diversi rinvii, il Codice è entrato in vigore il 15.7.2022 (salvo talune disposizioni analiticamente indicate, la cui entrata in vigore è stata anticipata al 15.3.2019) e, per quanto attiene la parte penalistica, le nuove disposizioni si applicheranno ai fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore. Sicché – come chiarisce la Relazione illustrativa – vi sarà un periodo temporale di "coesistenza" fra il complemento penalistico della legge fallimentare e quello del Codice, destinato ad accompagnare l'esaurimento delle vecchie procedure concorsuali. Il principio generale della «continuità normativa», nelle intenzioni del legislatore, ambisce ad assicurare l'identico e uniforme trattamento penale nel tempo. La mancata abrogazione espressa della vecchia disciplina penale mira a escludere che possano darsi luogo fenomeni successori (*abolitio criminis* e applicazione retroattiva della *lex mitior* ai sensi dell'art. 2 Cp)[7]: la sua efficacia, dunque, si esaurirà nel tempo e precisamente alla conclusione delle

[6] Perplessità queste che, all'indomani della riforma, sono state subito evidenziate e colte dagli studiosi della materia: M. Gambardella, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale*, in *www.penalecontemporaneo.it* 27.11.2018; P. Chiaraviglio, *Osservazioni penalistiche 'a prima lettura' sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *DPenCont* 5/2018, 91 ss.; R. Bricchetti, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *DPenCont* 7-8/2019, 75 ss.; B. Romano, *Dal diritto penale fallimentare al diritto penale della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *www.archiviopenale.it* 2019, 1 ss.; A. Rossi, *I profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci e ombre dei dati normativi, in un contesto programmatico. I 'riflessi' su alcune problematiche in campo societario*, in *RIDPP* 2019, 1153 ss.; A. Alessandri, *Novità penalistica nel codice della crisi d'impresa*, ivi 2019, 1815 ss.; G. Flora, F. Giunta, *Appunti a quattro mani sulla "vecchia" bancarotta e il "nuovo" Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *www.discrimen.it* 19.6.2020; E.M. Ambrosetti, *Codice della crisi d'impresa (profili penalistici)*, in *DigDiscPen*, Agg., XI, Torino 2021, 96; F. Mucciarelli, *Crisi d'impresa e insolvenza: verso un nuovo assetto della disciplina penale*, in *DPP* 2022, 1001 ss.
[7] Esprime dubbi sul fatto che tale obiettivo sia stato effettivamente raggiunto A. Rossi, *op. cit.*, 1157. Tuttavia – salvo a voler sostenere di essere al cospetto di un fenomeno di abrogazione implicita – l'originale regime di coesistenza (art. 390) di due discipline penali formalmente vigenti (ma soltanto una delle due applicabile) mi sembra erodere i presupposti dell'art. 2 Cp, giacché non si è in presenza né di *abolitio* né di *modifica legislativa* delle disposizioni penali contenute nel r.d. 267/1942. Discorso ben diverso, ma che incide sul piano della ragionevolezza e del rispetto dei principi della legge-

procedure concorsuali avviate sotto la vecchia disciplina.
Sul versante del diritto penale, sostanziale e processuale, le sole novità sarebbero quindi circoscritte: *a)* alla previsione di nuove fattispecie, rese necessarie dalle procedure di nuovo conio; *b)* alla previsione di regole di coordinamento con le misure cautelari reali e le misure di prevenzione patrimoniale del sequestro e della confisca (artt. 317-321 Codice).
Va subito detto che se dal piano delle intenzioni e declamazioni di principio si passa a quello concreto dell'articolato legislativo e delle sue ricadute effettuali, la 'chiarezza' e 'coerenza' ricercate dai riformatori sembrano, in parte, dissolversi; e del pari, non sembra confermarsi la "neutralità" dell'opzione della «continuità normativa» con le vecchie fattispecie incriminatrici. Perché, al di là delle buone intenzioni del legislatore delegante, non ci si è limitati a mantenere inalterato l'esistente[8].
Nell'opera di 'sostituzione' i contorni della punibilità sono stati modificati, talvolta in senso restrittivo e tal altra in senso estensivo. Inoltre, il mutato quadro normativo e in particolare le novità in materia di assetti organizzativi, procedure e indici di *early warning*, per la tempestiva individuazione dei prodromi della crisi (in vista della sua efficace composizione), promettono di riverberare effetti importanti sull'area della punibilità vuoi sul versante della perimetrazione dell'area di rischio penale, vuoi sul versante del contenuto delle posizioni di garanzia rivestite dagli organi sociali.

2. L'impianto complessivo è sostanzialmente rimasto immutato rispetto al passato: le fattispecie incriminatrici replicano, pressoché fedelmente, i reati previsti dagli artt. 216-222 r.d. 267/1942.
Vi sono tuttavia alcune novità degne di attenzione.

2.1. Il legislatore ha, anzi tutto, preso atto del recente intervento della Corte costituzionale in materia di pene accessorie per il caso di condanna per bancarotta fraudolenta. Come è noto, il giudice delle leggi, con la sentenza n. 222 del 25.9.2018, ha dichiarato la illegittimità costituzionale del quarto comma dell'art. 216 r.d. 267/1942 e in particolare il "regime fisso" che faceva discendere l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa e l'incapacità di assumervi uffici direttivi per la durata di dieci anni. La Corte, superando un recente precedente[9], ha stabilito che il regime di durata fissa delle pene accessorie dei delitti di bancarotta è in contrasto con i principi costituzionali di proporzionalità e necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio.
Lineare il ragionamento dell'alta Corte domestica: la discrezionalità legislativa è sindacabile qualora sfoci in scelte manifestamente irragionevoli; tali sono le comminatorie edittali visibilmente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto-reato; il principio di colpevolezza impone un trattamento effettivamente "individualizzato", e tale esigenza è assicurabile da un regime di commisurazione che (alla stregua dei parametri dettati dagli artt. 133 e 133-*bis* Cp) consenta al giudice di pervenire ad una pena rispondente alle caratteristiche del reato e alla condizione personale del reo; di contro, un regime "fisso" è costituzionalmente legittimo soltanto qualora acceda ad una fattispecie di reato non

delega, è quello dell'asimmetrico perimetro delle condotte punibili: giacché, come si vedrà, le nuove fattispecie incriminatrici previste dal Codice ritagliano aree e dunque 'tipi' differenti rispetto a quelli delle co-vigenti fattispecie di cui al r.d. del '42. Con l'effetto – forse inconsapevole, ma di certo irragionevole – di dar vita a trattamenti sanzionatori differenziati a seconda della procedura concorsuale applicabile. Effetti, fra l'altro, destinati a proiettarsi per un apprezzabile lasso di tempo.

[8] In senso parimenti critico, v. F. Lamanna, *Il codice della crisi e dell'insolvenza dopo il secondo correttivo*, Milano 2022, 754 ss.

[9] Come è noto, con la sentenza n. 134 del 2012, la Corte costituzionale aveva dichiarato inammissibile una analoga questione, sul presupposto che non ravvisandosi una unica soluzione costituzionalmente obbligata, una eventuale pronunzia di accoglimento avrebbe invaso il campo della discrezionalità che, in base al principio di legalità, è esclusivamente rimesso al legislatore: di qui, l'invito al legislatore – per inciso: mai raccolto – a «porre mano ad una riforma del sistema delle pene accessorie, che lo renda pienamente compatibile con i principi della Costituzione, ed in particolare con l'art. 27, terzo comma».

graduabile, ossia la cui struttura rifletta sempre il medesimo livello di gravità[10].
Chiarita la cornice costituzionale di riferimento, i giudici di Palazzo della Consulta hanno avuto gioco facile nel constatare come la struttura dell'art. 216 r.d. 267/1942 preveda sia plurime fattispecie astratte sia ipotesi diverse all'interno delle stesse: tutte quante dotate di differenti livelli di gravità. Sicché, certamente con riferimento alle ipotesi meno gravi, il regime di durata fisso (10 anni) delle pene accessorie interdittive viola i principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost.
Un deciso passo avanti è stato, subito dopo, compiuto dalle Sezioni Unite che, con la sentenza n. 28910 del 28.2.2018 (dep. 3.7.2019), hanno stabilito che le pene accessorie previste dall'art. 216 r.d. 267/1942 nel testo riformulato dalla Corte costituzionale devono essere determinate in concreto dal giudice e la loro durata deve essere commisurata a quella della pena principale[11].
Tali importanti decisioni sono successive alla emanazione della legge delega, la quale pertanto nulla poteva indicare sul punto: nell'incolpevole silenzio della legge delega, merita apprezzamento la scelta del legislatore delegato di uniformarsi al *novum* giurisprudenziale che, pertanto, è oggi trasfuso nel quarto comma dell'art. 322 Codice.

2.2. Il d.l. 18.10.2012 n. 179, convertito con modificazione dalla l. 17.12.2012 n. 221, aveva inserito nel corpo dell'art. 217-*bis* del r.d. 267/1942 – che aveva la funzione di delimitare lo spettro applicativo della bancarotta preferenziale e di talune ipotesi della bancarotta patrimoniale – il riferimento alla l. 3/2012 in tema di pagamenti in caso di sovraindebitamento (ancorché in tali casi trovassero applicazione i reati di cui all'art. 16 della medesima legge, e non già quelli di cui alla legge fallimentare).
Il corrispondente art. 324 del Codice stabilisce che non si applicano le disposizioni di cui agli artt. 323 (bancarotta semplice) e 322 co. 3 (bancarotta fraudolenta preferenziale) ai pagamenti e alle operazioni compiute in esecuzione di: concordato preventivo, accordi di ristrutturazione omologati, accordi in esecuzione di piano attestato, concordato minore omologato, nonché ai pagamenti e ai finanziamenti autorizzati dal giudice ai sensi degli artt. 99, 100 e 101[12].
Nessun riferimento vi è all'art. 221 della legge fallimentare che prevede una circostanza attenuante a effetto speciale per i delitti di cui agli artt. 216, 217, 218 e 220 in caso di «fallimento sommario». Ma l'intervenuta abrogazione del procedimento sommario (disposta con l'art. 1 co. 6 lett. *a* della l. 80/2005) aveva determinato, di fatto, la sostanziale inapplicabilità dell'art. 221[13].
Puntuale, dunque, l'intervento del legislatore delegato sia nell'opera di cesello delle 'sostituzioni' effettuate nel testo dell'art. 324 del Codice sia nell'abbandono dell'art. 221 r.d. 267/1942[14]. La scelta della «continuità normativa», ovviamente, lascia immutata la duplice questione degli spazi rimessi al

[10] Una sintetica ma puntuale analisi della sentenza è in A. Galluccio, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *www.penalecontemporaneo.it.* 10.12.2018.
[11] Sul punto e sui contrasti giurisprudenziali risolti dalle Sezioni Unite, S. Finocchiaro, *Le Sezioni unite sulla determinazione delle pene accessorie a seguito dell'intervento della Corte costituzionale in materia di bancarotta fraudolenta*, in *www.penalecontemporaneo.it*. 15.7.2019.
[12] Inalterata è rimasta la contraddizione insita nel fatto che, nonostante il richiamo operato ai reati di bancarotta preferenziale e semplice, non tutte le condotte ivi previste sembrano suscettibili di ricadere nella "esenzione": sia (bancarotta preferenziale) le ipotesi di simulazione di titoli di prelazione, sia (bancarotta semplice) le ipotesi documentali, le spese voluttuarie e l'inadempimento delle obbligazioni assunte in precedente concordato (cfr. A. Rossi, *op. cit.*, 1175). Per una diversa lettura che, muovendo dalla natura di causa di giustificazione e propendendo per una interpretazione teleologica e sistematica, giunge ad una interpretazione estensiva (con l'unico limite della frode o della manipolazione dei dati inseriti nel piano): S. Cavallini, *op. cit.*, 229 ss., 241 ss.
[13] Parimenti, senza cioè prevedere alcuna abrogazione espressa ma solo implicita, non è stato riproposto l'art. 235 r.d. 267/1942: in quanto non essendo più prevista la trasmissione dell'elenco dei protesti cambiari al presidente del Tribunale né la trasmissione dell'elenco delle dichiarazioni di rifiuto, l'art. 235 r.d. 267/1942 che puniva le condotte di omessa trasmissione era di fatto inapplicabile.
[14] Altresì, v. R. Bricchetti, *op. cit.*, 78 s.

sindacato del giudice penale e della natura giuridica della esenzione dai reati di bancarotta indicati dall'art. 324[15].

3. Nel Capo II, gli attuali articoli 329-340 sostituiscono i reati di cui, rispettivamente, agli artt. 223-235 r.d. 267/1942.

3.1. Una breve riflessione merita il nuovo art. 329 del Codice, il quale ripropone, unificandole, le ipotesi di bancarotta societaria di cui all'art. 223 r.d. 267/1942. Così facendo, però, il legislatore della riforma ha perso una buona occasione per chiarire una delicata questione interpretativa foriera di risvolti applicativi potenzialmente gravi.
L'ipotesi di cui al comma 2 lett. *b* dell'art. 329 Codice è centrata sul «dissesto», là dove il corrispondente art. 223 r.d. 267/1942 è calibrato sul «fallimento»: il legislatore delegato non ha qui impiegato l'espressione «liquidazione giudiziale» (ossia quella sostitutiva del termine «fallimento») bensì quella, evidentemente ritenuta equivalente, di «dissesto»: che tra l'altro continua, quale elemento normativo di fattispecie, a comparire nel nuovo testo degli artt. 323, 325, 329, 330 e 338 del Codice.
Nonostante la riforma abbia fatto largo ricorso, sul piano della tecnica legislativa, alle norme definitorie, nulla si dice sul contenuto dell'elemento «dissesto». Invero, l'art. 2 del Codice definisce la «*crisi*» – vero perno della riforma: giacché su di essa si innesta il sistema di monitoraggio e allerta, e su di essa fanno leva gli strumenti di tempestivo intervento – come «stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi»; la «*insolvenza*», di contro, viene colta nello «stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni»[16].
Presumibilmente, il legislatore della riforma ha preso atto dell'orientamento giurisprudenziale consolidato che, con approccio sostanzialistico e generalizzante, ha sino a oggi interpretato il termine «fallimento» quale sinonimo di dissesto o di stato di crisi[17]; e pertanto l'inserimento del termine «dissesto» in luogo dell'espressione «liquidazione giudiziale» potrebbe apparire nulla di più di una innocua 'licenza'.
A ben vedere, com'è noto agli studiosi della materia penal-fallimentare, le cose non sono così semplici e poco o nulla vi è di innocuo[18]. Perché in tal modo, la riforma ha lasciato irrisolte

[15] Diffusamente, sugli spazi rimessi al sindacato del giudice penale, A. Ingrassia, *Rischio di impresa e 'rischio' penale. Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, Torino 2020; e più in particolare, G. Cocco, *Esenzione dai reati di bancarotta nel "nuovo" art. 217* bis *della legge fallimentare*, in *LP* 2011, 5 ss. Ancora attuale è la controversa questione della natura giuridica della "esenzione". Muovendo dal principio generale di non contraddizione dell'ordinamento giuridico, vi è chi sostiene trattarsi di una causa di esclusione del tipo (in tal senso, F. Mucciarelli, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *DPenCont* 2010, 1475 s.; G. Cocco, *Esenzione dai reati*, cit., 7; F. D'Alessandro, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, in *Le Società* 2011, 203; A. Alessandri, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., 66 s.); altri, sul presupposto che alla categoria dell'antigiuridicità spetti il compito di risolvere le contraddizioni, sostiene che la disposizione in esame rappresenti una causa di giustificazione che, come tale, sarebbe anche suscettibile di applicazione analogica (così S. Cavallini, *op. cit.*, 228 ss.). Vi è chi, infine, nega la possibilità di una estensione degli effetti della disposizione oltre il suo tassativo perimetro: si tratterebbe di una causa di non punibilità in senso stretto, tesa a tradurre nei soli casi dalla stessa previsti una valutazione in termini di opportunità della rinunzia alla sanzione di un fatto illecito (E. Basile, *Art. 217 bis l. fall. e gruppi di società*, in *Banca, borsa e tit. credito*, II, 2013, 214 s.).
[16] Sul contenuto di tali concetti normativi, S. Ambrosini, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, cit., 47 ss.; M.C. Cardarelli, *Insolvenza e stato di crisi tra scienza giuridica e aziendalistica*, ivi, 157 ss.
[17] Cfr. Cass. 30.3.2016 n. 12793.
[18] Sul punto, ancorché con riferimento all'art. 236 co. 2, in relazione agli artt. 160-163 r.d. 267/1942, post-riforma di cui al d.l. 273/2005, sia permesso rinviare a quanto già osservavo in A. Mangione, *op. cit.*, 915 ss.; e con maggior respiro, C.

l'irrazionalità e l'irragionevolezza della equiparazione della crisi all'insolvenza – presupposto comune delle fattispecie di bancarotta – in ordine al concordato preventivo: giacché, in tal caso, il delitto verrebbe commesso anche da un soggetto che potrebbe non essere insolvente ma semplicemente trovarsi in condizioni di mera crisi o persino 'pre-crisi'[19]. Una irragionevolezza, già latente nel sistema penal-fallimentare di cui al r.d. del '42, ma che oggi appare accentuata perché in aperto contrasto con la filosofia e l'impianto del Codice della crisi d'impresa.

3.2. Una ulteriore irragionevolezza risiede nel differenziato intervento del legislatore delegato a fronte di situazioni a ben vedere omogenee.
È stato osservato come il legislatore della riforma nel prevedere il testo dell'art. 334 (chiamato a sostituire l'art. 228 r.d. 267/1942) abbia mantenuto il richiamo a una disposizione incriminatrice non più vigente perché abrogata (ossia l'art. 315 Cp). Nel silenzio della legge delega, avrebbe cioè potuto esercitare il medesimo potere d'iniziativa manifestato in ordine alle pene accessorie della bancarotta (art. 322 co. 4 del Codice), là dove – lo si ripete, correttamente – ha preso atto dell'intervento della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite consacrandone le decisioni in apposita norma giuridica[20].
Infatti, l'art. 334 del Codice, nel richiamare il medesimo elenco di reati presente nell'art. 228 r.d. 267/1942, cita anche l'art. 315 Cp: norma da tempo abrogata, la cui condotta è confluita nel primo comma dell'art. 314 Cp. Sicché se l'intenzione era di convalidare il richiamo alla condotta in questione (la malversazione, oggi attratta dal peculato), si sarebbe dovuto inserire nel testo dell'art. 334 del Codice il rinvio all'art. 314 Cp e non già a una norma abrogata ossia l'art. 315 Cp. E nessun eccesso di delega si sarebbe potuto ravvisare, posto che in tal caso il legislatore delegato avrebbe correttamente, e opportunamente, proceduto ad un adattamento fra norme vigenti e norme abrogate.
L'effetto (forse inconsapevole) è quello di consolidare una lacuna, non potendo tale 'svista' essere corretta dall'interprete stante il divieto opposto dal principio di legalità: poiché l'art. 314 Cp non è compreso nell'elenco tassativo di reati previsto dall'art. 334 del Codice; e di contro, la norma da quest'ultimo richiamata, ossia l'art. 315 Cp, non è più vigente perché abrogata.

4. Il Capo III contiene le disposizioni applicabili nel caso di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani attestati e liquidazione coatta amministrativa. I nuovi artt. 341, 342 e 343 del Codice sostituiscono le corrispondenti ipotesi di cui agli artt. 236, 236-*bis* e 237 della legge fallimentare.
Com'è noto, il sistema concorsuale delineato dal r.d. 267/1942 era stato profondamente modificato e 'modernizzato' dagli interventi operati dal legislatore con l'introduzione di nuove forme di soluzione concordata della crisi d'impresa[21]: il piano attestato di risanamento (art. 67 co. 3 lett. *d*), il nuovo concordato preventivo (artt. 160 ss.) e gli accordi di ristrutturazione omologati (art. 182-*bis*). Strumenti, questi, che si muovevano in una nuova prospettiva ossia la continuità dell'attività d'impresa e il superamento della crisi (in luogo della sua liquidazione ed espulsione dal mercato, cui era improntato l'impianto originario della legge fallimentare del '42). Baricentro di tale prospettiva diveniva la «crisi» la cui gestione e soluzione (con i nuovi strumenti) mirava a evitare che essa potesse tracimare nell'insolvenza dell'impresa. Coerentemente, le nuove procedure concorsuali, nell'ottica

Pedrazzi, *Reati fallimentari*, in C. Pedrazzi, A. Alessandri, L. Foffani, S. Seminara, G. Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna 2003, 171 ss.
[19] Nella medesima direzione critica, A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi*, cit., 1829 ss.; R. Bricchetti, *op. cit.*, 80; F. Lamanna, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, f. 4, Officina del diritto, Milano 2019, 91 s.
[20] Così, R. Bricchetti, *op. cit.*, 81.
[21] La stagione delle riforme delle procedure concorsuali diverse dal fallimento, come già ricordato, è stata inaugurata dalla l. 14.5.2005 n. 80 (di conversione del d.l. 14.3.2005 n. 35), dai decreti legislativi 9.1.2006 n. 5 e 12.9.2007 n. 169, ed è proseguita con le leggi 3/2012 e 134/2012.

di una più marcata privatizzazione, hanno visto la comparsa di nuove figure, fra cui il professionista attestatore chiamato a certificare e validare la veridicità delle informazioni aziendali e la bontà del progetto di risanamento e pagamento dei debiti.
La scelta, anche allora sposata dal legislatore della 'mini-riforma', di non adeguare il comparto penalistico della legge fallimentare si rivelò subito foriera di non poche contraddizioni, aprendo fra l'altro anche pericolosi vuoti di tutela[22]. Di qui, la necessità di ulteriori interventi correttivi: dapprima con il d.l. 31.5.2010 n. 78 (convertito con l. 30.7.2010 n. 122) si è introdotto l'art. 217-*bis* (giacché i pagamenti e gli atti dispositivi adottati in esecuzione dei nuovi strumenti concorsuali, in caso di successivo insuccesso nella soluzione della crisi, sarebbero divenuti punibili a titolo di bancarotta fraudolenta preferenziale e patrimoniale); successivamente, si è introdotto l'art. 236-*bis* onde colmare il vuoto di tutela che si determinava in caso di falso ideologico nelle relazioni o attestazioni redatte dal professionista incaricato (d.l. 22.6.2012 n. 83, convertito con l. 7.8.2012 n. 134). Da ultimo, a latere della legge fallimentare, con la l. 3/2012 è stata disciplinata una nuova procedura per la soluzione delle crisi da sovraindebitamento: memore dell'esperienza, questa volta il legislatore ha subito previsto una disposizione penale *ad hoc* all'art. 16 della medesima legge.
Di qui, il giudizio, unanime nella letteratura penalistica, dell'ulteriore approfondimento del solco, culturale e politico criminale, che separava lo zoccolo duro dei reati fallimentari della legge del '42 dalle nuove procedure concorsuali: relitti storici che, come già criticamente osservato, la legge delega del 2017 ha ritenuto di perpetuare.

4.1. I primi due commi dell'art. 236 r.d. 267/1942 sono rimasti del tutto invariati, e con geometrica corrispondenza, continuano a vivere nell'art. 341 del Codice. Quest'ultimo invero punisce (con la reclusione da uno a cinque anni) l'imprenditore che, al solo scopo di ottenere l'apertura della procedura concordataria o l'omologa di un accordo di ristrutturazione ovvero il consenso alla sottoscrizione di una convenzione di moratoria, si attribuisce attività inesistenti; oppure, allo scopo di influire sulla formazione delle maggioranze di voto, simuli crediti anche in parte inesistenti (primo comma). Il secondo comma ha una funzione estensiva della punibilità e, attraverso la tecnica del rinvio, consente l'applicabilità, alla procedura di concordato preventivo, di talune e tradizionali incriminazioni previste in caso di fallimento.
La formulazione del terzo comma dell'art. 341 del Codice merita qualche approfondimento, perché l'opera di "sostituzione" non appare così lineare e fedele rispetto all'omologo reato di cui all'art. 236 co. 3 della legge fallimentare.
Nota la ragione della genesi del terzo comma dell'art. 236 r.d. 267/1942: col d.l. 27.6.2015 n. 83 (convertito con l. 6.8.2015 n. 132) si era voluto eliminare il rischio penale gravante sull'intervento delle banche e degli intermediari finanziari nelle nuove procedure (accordi di ristrutturazione e convenzioni di moratoria).
Orbene, è di palmare evidenza che la nuova disposizione di cui al comma 3 dell'art. 341 del Codice non ripete il richiamo agli «accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari» ma in sua vece appare l'espressione «accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa»; inoltre è aggiunto il riferimento all'omologa degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 63 co. 2-*bis* del Codice.
La coesistenza temporale delle due disposizioni incriminatrici determina, sia pur in parte qua, l'esistenza di diverse aree di incriminazione: risultato, questo, non proprio in linea con la «continuità

[22] Per una panoramica, v. A. Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa*, cit.; G. Insolera, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali delle crisi d'impresa*, in *GComm* 2006, 461 ss.; A. Mangione, *op. cit.*; R. Borsari, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate d'impresa. Una primissima lettura*, in *DPenCont* 2013, 91 ss.; D. Piva, *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, ivi 2014, 369 ss.

normativa» evocata dalla legge delega e dal legislatore delegato.

Invero, il comma secondo, numeri 1, 2 e 4, e il comma terzo dell'art. 236 r.d. 267/1942 determinano, in caso di concordato preventivo: *a)* l'applicabilità, in capo ad amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società, delle fattispecie di cui all'art. 223 (fatti di bancarotta fraudolenta), all'art. 224 (fatti di bancarotta semplice); *b)* l'applicabilità nei confronti dell'institore, della fattispecie di cui all'art. 227 (e dunque: bancarotta fraudolenta, bancarotta semplice, ricorso abusivo al credito, denunzia di creditori inesistenti); *c)* l'applicabilità nei confronti dei creditori, delle fattispecie di cui agli artt. 232 (domande di ammissione di crediti simulati, distrazioni non in concorso col fallito) e 233 (mercato di voto). Il terzo comma dell'art. 236 r.d. 267/1942 estende le medesime disposizioni in caso di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzione di moratoria di cui all'art. 182-*septies* r.d. 267/1942[23] (restando estraneo a tale perimetro l'ipotesi dell'accordo di ristrutturazione 'ordinaria' di cui all'art. 182-*bis* r.d. 267/1942)[24].

In parte diverso è il contenuto del corrispondente terzo comma dell'art. 343 del Codice, giacché esso richiama: *a)* gli accordi di ristrutturazione a efficacia estesa generalizzata (art. 61, commi 1, 2, 3 e 4, Codice)[25]; *b)* gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa speciale (art. 61 co. 5 Codice)[26]; *c)* le convenzioni di moratoria; *d)* gli accordi di ristrutturazione che, ai sensi del richiamato art. 63 co. 2-*bis*, possono essere omologati anche qualora l'amministrazione finanziaria non aderisca, purché l'adesione sia determinante al raggiungimento delle percentuali di cui agli artt. 57 co. 1 e 60 co. 1, e sempre che la proposta di soddisfacimento si presenti – anche sulla base della relazione di un professionista indipendente – più conveniente rispetto al presumibile realizzo in caso di liquidazione giudiziale.

Orbene, il contenuto dei due testi normativi non sembra perfettamente omogeneo e sovrapponibile: diversamente da quanto accade sul fronte dell'art. 236 r.d. 267/1942, l'art. 343 del Codice attrae nell'orbita della punibilità gli accordi di ristrutturazione a efficacia estesa generalizzata e gli accordi di ristrutturazione con il Fisco[27].

4.2. La disposizione contenuta nell'art. 342 del Codice – rubricato «Falso in attestazioni e relazioni» – sostituisce l'art. 236-*bis* r.d. 267/1942: ora come allora, si verte in tema di responsabilità del professionista indipendente chiamato a intervenire nei piani e negli accordi in sede di concordato preventivo.

Come si accennava in precedenza, l'art. 236-*bis* è stato inserito dal d.l. 22.6.2012 n. 83 (convertito, con modificazioni, con la l. 7.8.2020 n. 134) e mira a presidiare la veridicità dei dati salienti contenuti nelle attestazioni e relazioni del professionista indipendente incaricato dal debitore, onde assicurare che il consenso dei creditori si formi su una informazione trasparente e fedele[28]. La sanzione è la reclusione da due a cinque anni e la multa da 50.000 a 100.000 euro.

---

[23] Tali accordi possono essere conclusi solo con banche e intermediari finanziari, a determinate condizioni (debiti non inferiori al 50% dell'indebitamento complessivo), e vincolano, in deroga alle regole in tema di efficacia dei contratti, anche i creditori che non hanno partecipato all'accordo (ossia le altre banche e intermediari finanziari).

[24] Questo genere di accordi può essere concluso con qualsivoglia categoria di creditore, e obbliga il debitore all'integrale pagamento dei creditori che non vi aderiscono.

[25] Anche questi accordi possono essere conclusi con qualsivoglia tipologia di creditori e vincolano anche i non aderenti, ma richiedono una maggioranza qualificata, non devono essere di tipo liquidatorio e, fra gli altri vincoli, devono prevedere il soddisfacimento dei creditori in misura prevalente o quantomeno significativa con il ricavato prodotto dalla continuità aziendale, etc.

[26] Gli accordi in parola possono essere conclusi con banche e intermediari finanziari, qualora il debito non sia inferiore al 50% dell'indebitamento complessivo, e possono avere natura anche liquidatoria.

[27] Per questi e altri rilievi critici, R. Bricchetti, *op. cit.*, 82 s.

[28] Per tutti, F. D'Alessandro, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni (art. 236 bis l. fall.) tra incerte formulazioni legislative e difficili soluzioni esegetiche*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza*, cit., 537 ss.

Il reato è di pericolo in quanto l'eventualità del danno ai creditori integra una circostanza aggravante a effetto speciale (terzo comma: la pena è aumentata sino alla metà). È richiesto il dolo generico: e dunque la consapevolezza e volontà, in capo al professionista, di esporre informazioni non corrispondenti al vero, o di omettere di riferire informazioni vere e rilevanti. Il fine di profitto delinea un'ulteriore circostanza del reato: al dolo specifico viene dunque assegnato il ruolo di gravare sull'entità della pena (secondo comma: aumento sino ad un terzo). Sin qui, le due disposizioni penali baciano rime corrispondenti[29].

Per quanto concerne i "veicoli" del falso, nessun dubbio sul fatto che entrambe le ipotesi comprendano: *a)* le attestazioni dei piani attestati di risanamento (art. 56 co. 4 del Codice) e del piano sotteso agli accordi di ristrutturazione dei debiti sulla veridicità dei dati e sulla fattibilità economica e giuridica (art. 57 co. 4 del Codice: in tal ultima ipotesi, l'attestazione comprende anche l'idoneità del piano o dell'accordo ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel termine previsto dalla legge); *b)* la attestazione sulla veridicità dei dati aziendali e sulla idoneità della convenzione di moratoria a disciplinare gli effetti della crisi, nonché sulla esistenza di concrete possibilità di soddisfacimento dei creditori non aderenti cui pure si estendono gli effetti della convenzione (art. 62 co. 2 lett. *d* del Codice); *c)* la relazione attestante che, in caso di domanda di concordato con continuità dell'esercizio d'impresa, la prosecuzione dell'attività costituisce la soluzione migliore nell'interesse dei creditori (art. 87 co. 3 del Codice); *d)* la attestazione sulla essenzialità di determinate prestazioni per la prosecuzione dell'attività d'impresa, la quale costituisce il presupposto affinché il debitore richieda al tribunale l'autorizzazione, in sede di concordato, al pagamento dei debiti pregressi per tali prestazioni (art. 100 co. 1 del Codice).

Qualche perplessità, invece, in ordine alle «attestazioni» e «relazioni» di cui all'art. 186-*bis* co. 3 e co. 5 r.d. 267/1942: là dove la nuova disposizione codicistica non richiama la attestazione relativa alla conformità al piano e alla ragionevole capacità di adempimento del debitore a fronte della eventuale continuazione di contratti pubblici. L'incertezza sul reale perimetro della nuova fattispecie incriminatrice potrebbe, forse, superarsi sostenendo che tali adempimenti sono ricompresi nell'attestazione generale che il professionista è chiamato ad effettuare per il piano concordatario[30].

Vediamo adesso dove le due fattispecie incriminatrici sembrano ritagliare fette differenziate di illiceità.

Una prima divergenza si coglie nel richiamo all'art. 88, commi 1 e 2, operato dall'art. 342 del Codice: ossia all'attestazione del professionista, in sede di concordato preventivo, sui crediti fiscali e previdenziali che deve supportare la proposta transattiva con il Fisco. Nulla di simile prevede l'art. 236-*bis* r.d. 267/1942: sicché pare evidente che l'art. 342 del Codice incrimini oggi una condotta estranea al perimetro della vecchia legge fallimentare.

Parimenti avviene col richiamo all'art. 90 co. 5 e all'art. 58 effettuato dal reato di cui all'art. 342 del Codice. Da un lato, l'art. 236-*bis* r.d. 267/1942 non richiama l'art. 163 della medesima legge fallimentare: sicché la condotta del professionista che, in caso di proposte concordatarie concorrenti, attesti che quella formulata dal debitore è migliorativa (assicurando il pagamento di almeno il 30% dell'ammontare dei crediti chirografari, o almeno il 20% nel caso il debitore abbia tempestivamente avviato il procedimento di allerta o abbia utilmente esperito la procedura di composizione assistita *ex* art. 24 del Codice), è adesso incriminata dal solo art. 342. Dall'altro lato, l'art. 58 del Codice ha introdotto per la prima volta la necessità che il professionista, in caso di rinegoziazione degli accordi o di modifiche ai piani, rediga una nuova attestazione: essa, infatti, non era prevista dalla legge fallimentare del '42, e per tale semplice ragione non poteva di certo essere punita dall'art. 236 r.d. 267/1942.

[29] C. Pagliughi, *Falso in attestazioni e relazioni: aspetti controversi e prospettive di applicazione dell'art. 342 CCI*, in *www.ilfallimentarista.it* 17.12.2019.

[30] R. Bricchetti, *op. cit.*, 85.

Infine, l'art. 236-*bis* r.d. 267/1942 non sanzionava l'attestazione del professionista di cui all'attuale art. 100 co. 2 del Codice: si tratta qui dell'autorizzazione giudiziale, in sede di concordato, al pagamento di rate di mutuo asseverato da garanzia su beni aziendali; la norma pretende che il professionista indipendente attesti che, per un verso, il pagamento delle rate di mutuo non lede gli altri creditori e, per altro verso, che il credito garantito può essere soddisfatto con la vendita del bene a valore di mercato. Questa relazione è oggi attratta nell'ambito della tutela penale offerta dall'art. 342 del Codice.

Anche in queste ipotesi, dunque, si assiste a una espansione dell'area di rilevanza penale rispetto alla disciplina sanzionatoria contenuta nel r.d. 267/1942.

Se adesso spostiamo l'attenzione dai veicoli alle "caratteristiche" dell'informazione decettiva, il nuovo art. 342 del Codice riproduce, sul piano del disvalore, l'asimmetria fra condotta commissiva e condotta omissiva: solcando l'itinerario inaugurato dall'art. 236-*bis* r.d. 267/1942, la prima è punita *tout court*, là dove la seconda è punita solo se l'informazione omessa è «rilevante» [31]. Un'asimmetria, questa, difficilmente comprensibile giacché non è affatto scontato che l'esposizione di un dato falso possegga sempre una maggior carica decettiva rispetto alla mancata comunicazione di dati veri[32]. Appare dunque preferibile sostenere che la "rilevanza" abbracci entrambe le condotte di mendacio, sia quelle attive che quelle omissive.

Presumibilmente, il richiamo alla "rilevanza" mira a escludere il rischio di punire condotte che ben potrebbero essere sintomatiche di mera negligenza o superficialità del professionista[33]: ciò sul presupposto che difficilmente un dato, se è rilevante, può sfuggire o essere sottovalutato dall'attestatore[34]. Ciò nondimeno, la norma non si sottrae al carico di incertezza che è insito al tema delle valutazioni[35]. Da un lato, anche i dati e le realtà economiche sono sempre intrisi di componenti valutative. Dall'altro lato, il concetto stesso di "rilevanza" – nonostante la sua funzione delimitativa e restrittiva della punibilità – si apre a margini di ambiguità e discrezionalità nella sua concreta determinazione[36]. Solo in parte la discrezionalità insita nell'apprezzamento della "rilevanza" può essere ridimensionata collegandola teleologicamente alla *ratio* di tutela del reato: se questa deve cogliersi nell'esigenza che la decisione dei creditori si fondi su un consenso informato, il canone della "rilevanza" potrebbe allora circoscrivere la tipicità alle sole informazioni che, qualora esposte, avrebbero mutato la scelta dei creditori[37]. Ciò ridimensiona ma non sterilizza il ricorso a un giudizio ipotetico, con tutte le incognite che si nascondono sempre dietro ogni giudizio predittivo: dalla determinazione del modello di riferimento (l'agente modello o, in chiave individualizzante, il creditore in carne e ossa?) alla verificabilità processuale dell'esito prescelto dal giudice[38].

---

[31] E. Mezzetti, *Falso in attestazioni o relazioni*, in *www.archiviopenale.it* 2015, 1 ss.

[32] Cfr. A. Rossi, *op. cit.*, 1177, che giudica questa scelta logicamente incomprensibile.

[33] Preoccupazione più che legittima se sol si riflette sulla peculiarità della figura del professionista: un soggetto privato cui si rivolge il debitore al quale rende una prestazione dietro un compenso. Duplice il rischio: accondiscendenza verso i *desiderata* e gli obiettivi di salvataggio del debitore, e fiducia sulle informazioni e sui dati trasmessi dal debitore e dai suoi consulenti. Prospettiva resa ancor più spinosa dalla complessità dell'attività cui il professionista è chiamato, e dai tempi sovente ristretti entro cui completare la relazione e le attestazioni. E solo in parte tali rischi possono essere elisi dall'applicazione dell'art. 48 Cp (in base alla quale del reato commesso per errore risponde colui che ha indotto in errore l'agente), giacché il professionista è, in quanto tale, munito di un sapere esperto che dovrebbe schermarlo da simili eventualità. Di qui, la possibilità del concorso del debitore nel fatto del professionista *ex* art. 110 Cp.

[34] Emblematica, anche delle problematiche esposte nella nota precedente, è T. Torino 16.7.2014, in *Deiure*.

[35] A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa*, cit., 1855 ss.

[36] N. Gianesini, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino 2016, 172 ss.

[37] All'evidenza, si tratta del noto criterio adottato sia dalla SEC sia dalla direttiva 2013/34/UE (recepita, in tema di redazione del bilancio di esercizio e del bilancio consolidato, dal d.lgs. 139/2015) e che informa gli IAS: a tenore del quale la «rilevanza dell'informazione» è tale se la sua errata od omessa rappresentazione può influenzare le decisioni economiche dei destinatari; a tal specifico riguardo, A. Alessandri, *Art. 2621 c.c.: false comunicazioni sociali*, in *Reati in materia economica*, a cura di A. Alessandri, Torino 2017, 24 ss., 29.

[38] Sempre attuale l'icastico giudizio di A. Crespi, *La sapienza greca e le "argomentazioni scadenti"*, ora in Id., *Studi di*

Merita un sicuro plauso la scelta del Codice di estromettere il "*giudizio di fattibilità*" dallo spettro applicativo del reato, giacché concorre a stemperare le preoccupazioni poc'anzi esposte: il falso – commissivo e/o omissivo – deve necessariamente ricadere sui «dati» e dunque su realtà economiche. Come già detto, è ben vero che tutti i valori aziendali ed economici, persino quelli materiali e meramente contabili, risentono di valutazioni e stime. Ma è ancor più vero che la valutazione sulla «fattibilità» di un piano o di un accordo assumeva di fatto le forme di una predizione sul successo dell'iniziativa, sfociando in una sorta di 'divinazione' (come tale insuscettibile di apprezzamento in termini di falsità), con l'effetto di sovrapporre rischio d'impresa e rischio penale. E in alcun modo il problema poteva essere sterilizzato, pretendendo di limitare la punibilità alle sole prognosi basate su criteri errati o non accettati dalle scienze aziendalistiche, ovvero – rievocando la nota tematica penalistica delle valutazioni di bilancio – su criteri solo dichiarati ma in realtà non applicati dal professionista[39].
La novità introdotta sul punto dal terzo comma dell'art. 342 del Codice contribuisce di molto a chiarire i contorni della penalità e a stemperare in buona parte l'alone di incertezza applicativa della fattispecie incriminatrice. Non si può però sottacere come la nuova strutturazione della norma la allontani sensibilmente dal corrispondente terzo comma dell'art. 236-*bis* r.d. 267/1942. Sicché l'effetto sembra ambivalente: ulteriori spazi di incriminazione, là dove sono oggi attratte ulteriori ipotesi di attestazione del professionista; un ritrarsi della punibilità, là dove sono oggi estromessi dal mirino della nuova fattispecie i giudizi prognostico-predittivi sulla fattibilità e sostenibilità dell'iniziativa concordata del debitore.

4.3. La fattispecie di cui all'art. 343 del Codice – rubricato «Liquidazione coatta amministrativa» – si colloca sulla falsa riga dell'art. 237 r.d. 267/1942: i primi due commi si sovrappongono perfettamente. Il primo comma dell'art. 343 reca la nota equiparazione, agli effetti penali, dell'accertamento giudiziale dell'insolvenza ai sensi degli artt. 297 e 298 alla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale. Il secondo comma estende al commissario liquidatore, nominato nella procedura di liquidazione coatta amministrativa, le disposizioni incriminatrici previste per il curatore dagli artt. 334 (interesse privato del curatore negli atti della liquidazione giudiziale), 335 (accettazione di retribuzione non dovuta) e 336 (omessa consegna o deposito di cose della liquidazione giudiziale).
Colmando una svista, il d.lgs. 26.10.2020 n. 147 ha introdotto al terzo comma dell'art. 343 una disposizione che consente l'estensione dei reati di cui agli artt. 334, 335 e 336 al commissario speciale di cui alla direttiva 2014/59/UE (in tema di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento) nonché ai suoi coadiutori. Con tale intervento correttivo si è posto rimedio a una lacuna che si era venuta a creare e, in buona sostanza, è stata ripristinata la continuità normativa rispetto al terzo comma dell'art. 237 r.d. 267/1942, così attribuendo significato al fatto che la direttiva n. 59/2014 risultava già citata dall'art. 297 del Codice.

5. La l. 3/2012 aveva previsto una nuova procedura, la cd. «composizione della crisi da sovra-indebitamento», applicabile soltanto ai debitori non soggetti al fallimento. Essa costituiva uno strumento nell'interesse di entrambe le parti: sia dei creditori (a fronte di un debitore non fallibile) e sia del debitore posto che gli forniva uno strumento agevole e snello per superare la crisi. Quest'ultima era colta nella «situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie

diritto penale societario, Milano 2018, 811.
[39] Approfondimenti in F. Mucciarelli, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "falso in attestazioni e relazioni"*, in *www.ilfallimentarista.it* 2012; R. Bricchetti, L. Pistorelli, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano 2017, 391.

obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente» (art. 6 co. 2 lett. *a*, l. 3/2012).
Il Codice della crisi d'impresa ha mantenuto l'istituto – sia pur provvedendo a esplicitare l'identità di contenuto fra crisi e insolvenza (art. 2 lett. *c*) – e ha confermato come esso riguardi tipologie di debitori non assoggettabili alla liquidazione giudiziale (il consumatore, il professionista, l'imprenditore minore, l'imprenditore agricolo, la *start up* innovativa, e qualsivoglia debitore non soggetto alla liquidazione giudiziale e a quella coatta amministrativa). In tale prospettiva, vengono delineate le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento nella "ristrutturazione dei debiti", nel "concordato minore" e nella "liquidazione controllata del sovraindebitato".
Un ruolo centrale è affidato all'organismo di composizione della crisi (OCC) che in ausilio al debitore: predispone un piano di ristrutturazione dei debiti ove sono indicate modalità e tempi per il superamento della crisi; redige una relazione che deve illustrare le cause dell'indebitamento, la diligenza del debitore nell'assunzione delle obbligazioni, le ragioni della incapacità di adempimento del debitore. Inoltre, l'OCC valuta la completezza e veridicità delle informazioni e della documentazione allegata nonché i costi della procedura. Una volta apprezzata la ammissibilità giuridica e la fattibilità economica del piano, il giudice ne dispone l'omologa con sentenza: l'organismo di composizione della crisi assumerà compiti di vigilanza e controllo sull'esatto adempimento del piano da parte del debitore.

5.1. La veridicità delle informazioni veicolate dal debitore costituisce il perno essenziale sia per l'accesso a tali strumenti compositivi della crisi da sovraindebitamento, sia per il buon esito della composizione stessa. Di qui, l'esigenza di apprestare un presidio penale contro le condotte di falso del debitore e/o dei componenti dell'organismo.

5.1.1. L'art. 344 del Codice – che sostituisce l'art. 16 della l. 3/2012 – al primo comma punisce il falso del debitore comminando la reclusione da sei mesi a due anni e la multa da 1000 a 50.000 euro.
La nuova norma ricalca la struttura casistica della precedente fattispecie. Se l'art. 16 co. 1 l. 3/2012 richiamava l'accordo di ristrutturazione dei debiti e il piano del consumatore (co. 1 lett. *a*), e la liquidazione del patrimonio (co. 1 lett. *b*), l'art. 344 del Codice si riferisce all'accordo di ristrutturazione dei debiti e al concordato minore (co. 1 lett. *a*), nonché alla liquidazione controllata (co. 1 lett. *b*). È evidente, dal raffronto testuale, come il concordato minore non sia richiamato dall'art. 16 l. 3/2012: il che è ovvio, in quanto si tratta di una nuova procedura che, con profonde innovazioni, ha sostituito il vecchio accordo di composizione della crisi. Vi è dunque una nuova ipotesi di reato, relativa per l'appunto al concordato minore.
Le modalità di realizzazione del fatto appaiono immutate.
Il primo comma lett. *a)* incrimina l'aumento o la diminuzione del passivo, la sottrazione o dissimulazione di una parte rilevante dell'attivo, ovvero la simulazione di attività inesistenti. Lo spettro di operatività della norma è alquanto ampio e le condotte possono incidere sull'attivo o sul passivo, nonché su qualunque tipologia di bene o rapporto giuridico economicamente rilevante. La fattispecie tradisce l'origine dal nucleo primigenio e tradizionale del diritto penale fallimentare, essendo palese l'evocazione di talune forme della bancarotta fraudolenta (preferenziale, per distrazione e dissimulazione). La clausola di sussidiarietà («salvo che il fatto costituisca più grave reato») può lasciare spazio applicativo alla truffa (presumibilmente aggravata): per la cui consumazione però è necessaria la verificazione del danno patrimoniale in capo al creditore, quale effetto causale degli artifici o raggiri posti in essere dal debitore (in mancanza del danno, si dovrà appurare la sussistenza degli estremi del tentativo di cui all'art. 56 Cp).
La lett. *b* del primo comma punisce la produzione di documentazione contraffatta o alterata, ovvero la sottrazione, l'occultamento e la distruzione anche in parte della documentazione relativa alla propria posizione debitoria nonché di quella contabile. Qui è pertanto evocato il modello tradizionale

della bancarotta fraudolenta documentale. Il rispetto del principio di legalità impedisce di attrarvi anche le ipotesi di falsità ideologica[40], in quanto i termini utilizzati dalla legge sono esclusivi delle sole falsità materiali.
In entrambe le fattispecie (lett. a, *b*) il fatto è sorretto dal dolo specifico: irrilevante il mancato conseguimento dell'obiettivo preso di mira, quel che conta è che la condotta sia finalizzata a ottenere l'accesso alle procedure di componimento.
Non è stata confermata l'ipotesi di cui alla lett. *c* dell'art. 16 co. 1 l. 3/2012: l'art. 344 del Codice non punisce l'omessa indicazione di beni nell'inventario. La scelta, a ben vedere, è coerente con l'art. 269 del Codice che attribuisce al liquidatore (e non al debitore: il soggetto attivo del reato di cui al primo comma dell'art. 344) l'obbligo di produrre l'inventario nella procedura di liquidazione controllata.
L'art. 344 co. 1 lett. *c*, del Codice punisce i pagamenti effettuati dal debitore, in corso di procedura, in violazione del piano di ristrutturazione dei debiti o del concordato minore omologati. La simmetrica coincidenza con il reato di cui all'art. 16 co. 1 lett. *d* l. 3/2012 non ne occulta la comune origine dalla bancarotta preferenziale. V'è da chiedersi se qualsivoglia pagamento effettuato in violazione del piano o del concordato minore configuri il reato. Il dato letterale sembra superabile attraverso una interpretazione che mantenga saldo l'ancoraggio al principio costituzionale di offensività: se infatti la norma mira a tutelare gli interessi patrimoniali dei creditori, non tutti i pagamenti saranno puniti ma soltanto quelli che ledono o espongono a pericolo gli interessi dei creditori (e in particolare: l'interesse al puntuale adempimento dell'accordo da parte del debitore).
Se dopo il deposito del piano di ristrutturazione o della proposta di concordato minore, e per tutta la durata della procedura, il debitore aggrava la propria posizione debitoria commette il fatto di cui alla lett. *d* dell'art. 344 co. 1 del Codice.
Al pari della fattispecie di cui alla lett. *e* dell'art. 16 co. 1 l. 3/2012, il reato ruota attorno all'orbita dell'*aggravamento* e rivela una matrice comune con la bancarotta patrimoniale semplice. L'illecito è a forma libera e postula la produzione dell'evento: l'accertamento del nesso di causalità sarà condotto fra l'estremo iniziale del dissesto (crisi o insolvenza, essendo adesso confluiti nell'omnicomprensivo concetto di sovraindebitamento) e quello susseguente del concreto peggioramento. Le condotte di aggravamento acquisiscono rilievo penale in un ben determinato intervallo temporale: la durata della procedura e dunque dal suo avvio sino alla conclusione.
Potrebbe suscitare qualche perplessità la scelta di far coincidere l'inizio di tale durata, ai fini della punibilità del fatto, dal deposito del piano o della proposta di concordato minore e dunque in una fase antecedente all'omologa, ossia al provvedimento giudiziale dal quale sorgono gli obblighi di esecuzione e adempimento del debitore. Presumibilmente, però, a fondamento dell'opzione sposata dal Codice (e già prima dalla corrispondente fattispecie di cui all'art. 16 co. 1 lett. *e* l. 3/2012) riposano altre e condivisibili ragioni: da un lato, in una prospettiva più generale e deontologica, la previsione dei doveri di buona fede e correttezza del debitore nell'esecuzione degli accordi; dall'altro lato, la preoccupazione di aprire un pericoloso *vulnus*, posto che già nella proposta di concordato minore nonché nel piano di ristrutturazione vi è l'illustrazione dell'indebitamento e delle sue cause; tant'è che anche su tali elementi il giudice dovrà esercitare il sindacato di ammissibilità che, come è noto, il Codice estende alla fattibilità economica del piano. Considerazioni, queste, che inducono a salvaguardare l'intangibilità e persistenza della situazione debitoria esposta all'avvio della procedura: anche perché una sua variazione richiederà una modulazione dell'accordo, così come il rischio di peggioramento connesso alle iniziative esecutive coltivabili da altri creditori può essere, dal giudice, neutralizzato con misure protettive dell'accordo.
Il fatto è doloso e dunque richiede la consapevolezza e volontà di peggiorare la propria posizione debitoria: sono quindi escluse le ipotesi dovute a negligenza e imprudenza. Con la sola avvertenza che anche la diligenza del debitore costituisce elemento di valutazione da parte del giudice in punto

[40] Una posizione dubitativa, sul punto, è assunta da R. Bricchetti, *op. cit.*, 91.

di omologa.
L'art. 344, co. 1 lett. *e* del Codice punisce il debitore che, intenzionalmente, non rispetta i contenuti del piano di ristrutturazione dei debiti o del concordato minore. Anche tale fattispecie 'ricalca' l'ipotesi di cui all'art. 16 co. 1, lett. *f* della l. 3/2012.
Due sole osservazioni. L'inadempimento può costituire un formidabile volano alla dilatazione della sfera di punibilità delle condotte del debitore: non per nulla, la norma assume un ruolo residuale rispetto alle precedenti, e più pregnanti, ipotesi criminose. Sul piano del principio di legalità, può poi sembrare azzardato far discendere l'effettivo contenuto precettivo della sanzione penale dai contenuti (modalità e termini) di un accordo negoziale privatistico.
Lungo il primo versante, la preoccupazione sembra trovare il suo disinnesco nella particolare peculiarità del dolo intenzionale che la norma richiede. Lungo il secondo versante, le perplessità scemano grandemente se si considera il rilievo comunque pubblicistico dell'accordo e della procedura quale emerge, di riflesso, sia dai penetranti poteri di apprezzamento e delibazione rimessi al sindacato giudiziale, sia dalle funzioni (ausiliarie a quelle giudiziali) riconosciute all'organismo di composizione della crisi. Infine, la novella, per quest'aspetto si inscrive in quel più generale processo di eterointegrazione (del precetto penale) rimesso al fenomeno giuridico dell'autonormazione[41].

5.1.2. L'art. 344 co. 2 del Codice prevede una pluralità di fattispecie incriminatrici, accomunate dalla medesima cornice edittale sancita al primo comma.
In particolare, è punito il debitore incapiente che, con la domanda di esdebitazione (art. 283): produce documentazione contraffatta o alterata; sottrae, occulta o distrugge, anche in parte, la documentazione relativa alla propria condizione debitoria; altera la propria documentazione contabile; dopo il decreto di esdebitazione, omette – se dovuta – la dichiarazione annuale sulle sopravvenienze rilevanti, ovvero vi attesta falsamente fatti rilevanti.
Si tratta di un'inedita fattispecie criminosa ritagliata *ad hoc* nei confronti di un istituto altrettanto nuovo: *l'esdebitazione del debitore incapiente*.
Com'è noto, la più generale e straordinaria misura dell'esdebitazione – ossia la dichiarazione di inesigibilità dei crediti (applicabile adesso anche agli enti, persino se privi di scopo di lucro) – mira, previa valutazione soggettiva di meritevolezza[42], a evitare l'emarginazione del debitore insolvente e, a determinate condizioni, a favorirne il reinserimento nel circuito economico e produttivo.
Recependo sollecitazioni giurisprudenziali e dottrinali, l'art. 283 del Codice ha oggi previsto, in via straordinaria ed eccezionale, la possibilità per il debitore meritevole ma incapiente – che non sia cioè in condizione di offrire o assicurare ai propri creditori alcuna utilità, neppure indiretta e futura – di richiedere per una sola volta nella vita l'esdebitazione. L'eccezionalità del beneficio è contemperata dall'obbligo di pagamento del debito se, eventualmente, nei successivi quattro anni dal decreto giudiziale, il beneficiato percepisca o si procuri rilevanti utilità (diverse dai finanziamenti) idonee al

[41] A tal riguardo, C. Piergallini, Ius sibi imponere: *controllo penale mediante autonormazione?*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli 2016, 117 ss.; D. Bianchi, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino 2021, spec. 78 ss. e 83 ss.; altresì, nella prospettiva della '*compliance*': A. Esposito, *Assetti societari e rischio penale. Frammenti per la costruzione di un modello integrato di organizzazione e gestione*, Torino 2022.
[42] In particolare, per essere meritevole di esdebitazione, il debitore non deve avere riportato condanne definitive per: bancarotta fraudolenta, altri reati contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, o per delitti comunque connessi all'esercizio d'impresa (salvo l'intervenuta riabilitazione); qualora sia in corso un procedimento penale per taluno di tali reati, o un procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione, ai fini dell'esdebitazione si dovrà attendere l'esito di tali procedimenti. Inoltre, è necessario che il debitore: non abbia distratto l'attivo, esposto passività inesistenti, cagionato o aggravato il dissesto, non abbia reso particolarmente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del volume d'affari; non abbia fatto abusivo ricorso al credito; non abbia ostacolato o rallentato lo svolgimento delle procedure, e abbia trasmesso tutte le informazioni e i dati necessari ad assicurare il buon andamento della procedura; non abbia beneficiato di altra esdebitazione negli ultimi cinque anni, e comunque non abbia goduto di due benefici di esdebitazione.

soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore al dieci per cento.
I timori di un abusivo e fraudolento ricorso a tale misura straordinaria – che, come visto, comporta il sacrificio degli interessi dei creditori, salvo il caso e nei limiti delle sopravvenienze – sono dunque alla base della creazione del reato di cui al secondo comma dell'art. 344 del Codice.
Il terzo comma dell'art. 344 del Codice punisce le infedeltà dei componenti dell'organismo di composizione della crisi. La disposizione sostituisce la fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 16 l. 3/2012, la quale, a sua volta, evoca la struttura del tipo di cui all'art. 236-*bis* della legge fallimentare.
La nuova disposizione, ovviamente, prende in esame istituti di nuovo conio e, per quest'aspetto, prevede per la prima volta ipotesi di reità.
In particolare, l'art. 344 co. 3 del Codice punisce il componente dell'organismo di composizione della crisi che nella relazione a corredo della domanda di ristrutturazione dei debiti (art. 68), nella relazione da allegare alla domanda di concordato minore (art. 76) e in sede di liquidazione controllata (art. 269) nonché in quella da allegare alla domanda di esdebitazione (art. 283), rende false attestazioni sulla veridicità dei dati contenuti nelle proposte e domande sopra indicate.
Correggendo un refuso presente nel testo originario, il d.lgs. 26.10.2020 n. 147 ha chiarito che la disposizione si applica all'attestazione rilasciata, ai sensi dell'art. 268, dall'organismo di composizione. Sempre il 'primo correttivo' al Codice ha altresì disposto un coordinamento della fattispecie con le ipotesi di cui ai nuovi artt. 268 e 269. Invero, la prima disposizione richiamata dal fatto tipico attribuisce all'organismo di composizione il potere di neutralizzare l'accesso alla procedura di liquidazione controllata, certificando subito l'assenza di attivo recuperabile. L'art. 269 invece attribuisce al medesimo organismo il potere di certificazione e attestazione della completezza e attendibilità della documentazione allegata al ricorso dal debitore. Di immediata pregnanza, dunque, la rilevanza e delicatezza dei poteri in questione: e pertanto la necessità di ricorrere alla sanzione penale contro le possibili infedeltà dichiarative.
In coerenza con la scelta operata in seno all'art. 342 del Codice, anche in questa fattispecie non compare, fra i possibili oggetti del falso, il giudizio di fattibilità. Per quest'aspetto, quindi, l'area di punibilità risulta più ristretta rispetto alla sfera di illiceità ritagliata dall'art. 16 co. 2 l. 3/2012. Inoltre, non è stata prevista alcuna clausola di sussidiarietà: e ciò potrà porre problemi sul terreno del concorso di reati.
Si tratta di reato "proprio" che cioè può essere commesso solo dai membri dell'organismo di composizione della crisi: l'eventuale contributo del debitore, pertanto, dovrà essere apprezzato in base alle regole generali che il codice penale detta in materia di concorso di persone nel reato.
Da rilevare, infine, il lieve ispessimento della cornice edittale rispetto alle precedenti fattispecie delittuose, che sembra trovare la propria ragion d'essere nella particolare delicatezza delle attività e delle funzioni di tale organismo: la reclusione da uno a tre anni e la multa da 1000 a 50.000 euro. Una misura, questa, comunque inferiore alla risposta sanzionatoria prevista per le falsità ideologiche dei pubblici agenti: quasi a voler rimarcare, nonostante le evidenti ibridazioni, la prevalente dimensione "privatistica" dell'ufficio.
Il quarto comma dell'art. 344 del Codice prevede un'ipotesi incriminatrice per l'omissione o il rifiuto senza giustificato motivo di un atto dell'ufficio dell'organismo di composizione della crisi che cagioni un danno ai creditori.
Sulla falsa riga dell'art. 328 Cp, la disposizione implica l'esistenza di un previo obbligo giuridico al compimento dell'atto e di un termine per il relativo adempimento; il ritardo, poi, deve essere privo di giustificazione. L'omissione e il rifiuto devono aver cagionato un danno ai creditori: ciò conferma la dimensione privatistica degli interessi in campo, essendo il reato dominato dal disvalore d'evento e cioè dalla lesione materiale degli interessi dei creditori connessi alle procedure in questione.
Il reato è doloso e dunque è richiesta, in capo al reo, la consapevolezza e volontà dell'omissione o del rifiuto (e, limitatamente a quest'ultima modalità, la consapevolezza dell'insussistenza di un valido

motivo nella ritardata adozione dell'atto), nonché del danno ai creditori.
La cornice edittale è quella di cui al secondo comma dell'art. 344 del Codice. Non è chiaro se il rinvio al secondo comma, ai fini della individuazione della comminatoria edittale, sia voluto e consapevole o, al contrario, sia frutto di un errore di coordinamento compiuto dagli estensori dell'articolato[43]. Di certo, suscita qualche perplessità: anzitutto perché si tratta di un *reato proprio*, la cui caratteristica risiede nel maggior pericolo per il bene protetto rimesso alla relazione qualificata col reo, con evidenti riflessi sull'entità della pena; in secondo luogo, perché il fatto è punito più lievemente rispetto al reato proprio previsto dal terzo comma per le false attestazioni improduttive di danno; tutto ciò, *a fortiori* in una sistematica che assegna al danno patrimoniale il ruolo di circostanza aggravante a effetto speciale (con l'aumento della pena sino alla metà: ad esempio, v. art. 342 co. 3 del Codice).

6. Il Codice della crisi e dell'insolvenza esprime una nuova filosofia del diritto concorsuale: da una concezione statica, parossisticamente incentrata sulla tutela della *par condicio* e sulla soddisfazione dei creditori, si passa a un approccio dinamico ove la conservazione dell'impresa costituisce un valore centrale nell'assetto delle tutele da contemperare con gli interessi dei creditori, che, pertanto, possono subire determinate compressioni in vista di soluzioni alternative alla liquidazione e dunque alla estromissione dell'impresa dal mercato. Un ruolo invero determinante – come rimarcato dal considerando 2 della Direttiva *Insolvency* (n. 1023/2019) – è rimesso alla logica del *'far presto e bene'* che si traduce nella predisposizione di una rete di strumenti, procedure, soggetti, e obblighi tesi anzi tutto a intercettare i prodromi della crisi onde prevenire l'insolvenza, e comunque a offrire al debitore dei percorsi finalizzati a risolvere l'insolvenza che non sia irreversibile.
Il Codice stabilisce, fra i doveri dell'imprenditore, l'obbligo (di intensità modulare e corrispondente alla tipologia d'impresa, se individuale o collettiva, e alla complessità del tipo di società) di adottare misure idonee a rilevare tempestivamente la crisi onde assumere, senza indugi, le iniziative necessarie a farvi fronte. L'impresa collettiva deve plasmare la propria organizzazione secondo moduli e con procedure interne adeguate alla tempestiva rilevazione della crisi e all'adozione delle iniziative necessarie[44].
In perfetta simmetria, gli stessi principi sono stati trasfusi in talune disposizioni del codice civile così innovando e plasmando il diritto dell'impresa e delle società commerciali. L'intervento denota geometrica precisione: l'art. 2086 Cc (ora rubricato «Gestione dell'impresa») è stato modificato con l'inserimento del secondo comma, ove è stabilito che «L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».
Siffatto principio era già emerso nella letteratura aziendalistica quale addentellato del più generale principio di corretta amministrazione dell'impresa, e i cultori del diritto societario avevano osservato come esso fosse divenuto uno degli obblighi gravanti sugli amministratori della società per azioni[45].

[43] Puntuale l'osservazione di F. Lamanna, *Il Codice della crisi d'impresa*, cit., 759, il quale ravvisa un vizio di legittimità costituzionale del quarto comma per irragionevolezza del differenziato trattamento rispetto alla corrispondente fattispecie incriminatrice di cui all'art. 16 co. 3 l. 3/2012.
[44] R. Ranalli, *Adeguatezza degli assetti organizzativi. 'Indicatori' e prevenzione della crisi tra tecnica e diritto*, in *Crisi d'impresa, prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, cit., 55 ss.; M. Irrera, *Adeguatezza degli assetti organizzativi tra correttezza e* business judgment rule, ivi, 81 ss.
[45] Fra i tanti, cfr. P. Montalenti, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *GComm* I, 2018, 62 ss.; F. Gennari, *Modelli organizzativi dell'impresa e responsabilità degli amministratori di s.p.a. nella riforma della legge fallimentare*, ivi, I, 2018, 293 ss.; A. Di Bernardo, *Modifiche al codice civile (artt. 375-384)*, in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di M. Giorgietti, Pisa 2019, 341 ss.; G. Fauceglia, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 227 ss.; F. Lamanna, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa*, f. 1, 84 ss.

Adesso è stato elevato a rango generale, come tale valido indipendentemente dal tipo sociale adottato. Pertanto, il principio che la gestione dell'impresa deve svolgersi nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 2086 co. 2 Cc è stato analiticamente trasfuso: nel primo comma dell'art. 2257 Cc, nel primo comma dell'art. 2380-*bis* Cc, nel primo comma dell'art. 2409-*novies* Cc, nel primo comma dell'art. 2457 Cc. Di rimando, l'art. 2381 Cc specifica che gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo e contabile sia adeguato alla natura e dimensioni dell'impresa (co. 5), e che il consiglio d'amministrazione, sulla base delle informazioni ricevute, valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società. Sul versante degli organi di controllo, il collegio sindacale (art. 2403 co. 1 Cc), il consiglio di sorveglianza (art. 2409-*terdecies* co. 1 lett. *c* Cc), il comitato per il controllo sulla gestione (art. 2409-*octiesdecies* co. 5 lett. *b* Cc) vigilano sull'adeguatezza dell'assetto, oltre che sul rispetto, da parte degli organi gestori, della legge e dello statuto[46].
Se tale principio generale di «adeguatezza organizzativa» era già desumibile per gli amministratori della società per azioni, il nucleo più innovativo della riforma risiede: da un lato e in via generale, nella previsione della funzionalizzazione degli obblighi alla tempestiva rilevazione della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale; dall'altro lato e con riferimento alle società a responsabilità limitata, nell'aver concentrato la gestione esclusivamente in capo agli amministratori (cfr. l'art. 377 del Codice)[47].
Il quadro che emerge dalla riforma è così sintetizzabile: l'impresa deve (ri)calibrare il proprio assetto organizzativo, dotandosi degli appositi strumenti a contenuto differenziato, crescente in base alla complessità della stessa; tale assetto deve essere adeguato anche sul versante contabile per intercettare prontamente i segnali di pre-crisi. Complementare funzione di tale assetto è l'adempimento dell'obbligo di attivazione tempestiva per l'adozione di uno degli strumenti previsti dalla legge, al fine di superare la crisi e recuperare la continuità aziendale.
Questa complessa rete di obblighi giuridici è spalmata su vari soggetti: anzi tutto sull'organo gestorio; di rimando sugli organi di controllo, all'interno dei doveri e poteri di vigilanza e controllo sull'operato dei primi.
Ve n'è quanto basta per intuire che la riforma ha messo altra carne sul fuoco della graticola della posizione di garanzia di amministratori e organi di controllo: giacché, com'è noto, il contenuto e il perimetro degli obblighi impeditivi *ex* art. 40 cpv. Cp si desumono in realtà dai ruoli e dunque dai poteri e doveri che la legge extra-penale ritaglia in capo a determinati soggetti[48].

6.1. È pacifico in letteratura e giurisprudenza che la posizione di garanzia assunta dall'organo gestorio ha ad oggetto anche l'obbligo di preservazione dell'integrità del patrimonio sociale a tutela di

[46] Per una panoramica, cfr. M. Arato, *La* governance *delle società private dopo il d.lgs. n. 14/2019*, in *Le nuove regole societarie dopo il codice della crisi e dell'insolvenza*, a cura di M. Arato, G. D'Attorre e M. Fabiani, Torino 2021, 1 ss.; Id., *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi: ruoli e prerogative di amministratori, sindaci e revisori*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di M. Sandulli*, cit., 76 ss.; P. Montalenti, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla "Proposta Rodorf" al Codice della crisi*, ivi, 483 ss.; A. Nigro, *Il "diritto societario della crisi": nuovi orizzonti?*, ivi, 492 ss.; V. Calandra Buonaura, *Amministratori e gestione dell'impresa nel codice della crisi*, in *Crisi d'impresa, prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, cit., 35 ss.
[47] Per tutti, G. Fauceglia, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 235 ss.; F. Lamanna, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa*, f. 1, 84 ss.
[48] Nonostante l'usura del tempo, ancora fondamentali gli studi monografici di F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova 1973; G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano 1979; G. Grasso, *Il reato omissivo improprio*, Milano 1983; N. Pisani, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano 2003; F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano 2009; più da recente, L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo*, Torino 2021.

shareholders e *stakeholders* (cfr. artt. 2392, 2394 co. 1 Cc).
Uno dei tratti maggiormente salienti della riforma societaria del 2003 risiede nella sostituzione del dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione, con il più circoscritto dovere di agire informati (art. 2381 Cc): novità salutata con favore, soprattutto perché tesa ad alleggerire oneri e responsabilità degli amministratori non esecutivi[49]. Il legislatore, in sostanza, sembra aver preso atto della irrealtà di un modello di vigilanza a tutto campo (prescritto dal testo originario dell'art. 2392 co. 2 Cc) che, non solo era ed è sideralmente distante dalla prassi endosocietaria, ma di fatto si rivela persino inesigibile. Un modello, cioè, che nella interpretazione fornita dalla giurisprudenza penale – ma anche da quella civile – aveva condotto a risultati insoddisfacenti, soprattutto perché di fatto sconfessava le conquiste di civiltà e garanzia rimesse al principio di colpevolezza. E la migliore riprova si è sempre avuta nella trasfigurazione dell'imputazione dolosa: con l'effetto di addebitare a titolo di dolo – sovente sfruttando la plasticità del dolo eventuale – fatti tutt'al più di natura colposa. Perché la violazione dell'obbligo di attivazione veniva interamente esaurita sul piano della valutazione retrospettiva di anomalie o criticità gestionali che, in quanto tali, non potevano sfuggire alla percezione dell'agente modello di fatto ritagliato sui doveri di vigilanza e controllo riposti in capo a ciascun amministratore. A poco erano valse le autorevoli e diffuse critiche tese a rimarcare i gravi errori prospettici insiti nelle semplicistiche equazioni, con cui il diritto giurisprudenziale puntellava le proprie decisioni: là dove, per l'appunto, un argomentare spesso involuto identificava la mera criticità nel reato, e ancor più a fondo degradava la effettiva conoscenza in semplice conoscibilità. Come se l'esistenza di anomalie e irregolarità nella gestione dovesse, sol per ciò, assumere agli occhi dell'amministratore inerte il (ben diverso) significato dell'altrui reato da impedire. E come se, ai fini dell'accertamento del dolo, fosse sufficiente allegare gli indicatori critici dai quali desumere una generica percepibilità di un ancor più generico rischio illecito, e di qui concludere per la pretesa rappresentazione del fatto tipico: al dato oggettivo dell'inerzia – di agevole constatazione – il compito di esprimere il significato di una scelta deliberata[50].
Una dotta sentenza della Suprema Corte del 2007 (caso BiBop Carire), muovendo dalla riforma operata dal d.lgs. 17.1.2003 n. 6, aveva provato seriamente a raddrizzare il 'legno storto' enunciando dei principi – una sorta di programma metodologico – spendibili sia sul piano del diritto penale sostanziale sia su quello dell'accertamento probatorio[51]. Non senza resistenze, si era pertanto avviata una feconda stagione all'insegna della "teoria dei segnali di allarme", così imponendo che l'imputazione muovesse anzitutto dalla percezione effettiva di *segnali perspicui* – la cui pregnanza fosse tale da rappresentare nello spettro mentale dell'agente il volto dell'altrui illecito penale –, e che l'inerzia e dunque l'omessa attivazione impeditiva fosse il frutto di una consapevole e dunque voluta scelta[52].
Per la verità non è mancato chi, con autorevole disincanto, ha manifestato tutto il proprio scetticismo

[49] Cfr. P. Abbadessa, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G. Portale, II, Torino 2007, 505 ss.; altresì, F. Bonelli, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano 2004; V. Di Cataldo, *Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni, dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino della minoranza*, in *GComm* I, 2004, 647 s.; G. Meruzzi, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, Padova 2012. Fra i penalisti, F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 339 ss.
[50] Per tutti, A. Crespi, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi sociali*, ora in Id., *Studi di diritto penale societario*, cit., 31 ss.; C. Pedrazzi, *Tramonto del dolo?*, in *RIDPP* 2000, 1277 ss.
[51] Cass. 19.6.2007 n. 23838, est. Sandrelli, in *Le Società* 2008, 899 ss., con nota di D. Pulitanò, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*; e in *CP* 2008, 103 ss., con nota di F. Centonze, *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*.
[52] Una puntuale analisi, anche dei percorsi giurisprudenziali, è in M. Caputo, *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *RSoc*. 2015, 905 ss.

sulla reale portata della riforma del 2003, ribadendo la necessità che la bussola dell'interprete debba sempre trovare il corretto orientamento nelle disposizioni penali e nel rispetto dei principi costituzionali[53]. Nonostante l'apprezzabile sforzo teso a prendere sul serio il dolo, non tutti i rovi appaiono potati: perché a tutt'oggi difetta ai giudici il coraggio di confrontarsi con la questione – invero dirimente – degli effettivi poteri impeditivi che la legge rimette ai garanti[54].

Orbene, se si pone lo sguardo alle novità introdotte dalla riforma e alla riscrittura di talune disposizioni del codice civile, appare evidente come esse, sul versante del diritto penale, si traducano in un grappolo di nuovi obblighi che ben si prestano ad ampliare il perimetro della posizione di garanzia degli amministratori[55].

Il Codice della crisi è intervenuto, con rigore geometrico, lungo due piani.

Da un lato, ha delineato un sistema procedurale e operativo teso a cogliere, con prontezza, i primi sintomi della crisi: un complesso sistema di filtri con corrispondenti *warning*, onde offrire all'imprenditore dei possibili itinerari – da solcare anche con l'ausilio di nuovi attori – per allacciare un dialogo con i creditori nella prospettiva di giungere ad una composizione preventiva della crisi, attraverso una gestione indolore della stessa che sappia evitare epiloghi liquidatori, e così favorire il rilancio dell'impresa.

Dall'altro lato, ha simmetricamente proiettato tali procedure sul versante organizzativo: nel tentativo di modellare la fisionomia dell'impresa in termini coerenti. Di qui, la riscrittura delle norme del codice civile. E pertanto, la nuova disciplina legale concentra la gestione in capo all'organo amministrativo (a prescindere dal tipo sociale); inserisce fra gli obblighi di gestione quelli relativi all'adeguatezza dell'organizzazione d'impresa, alla tempestività della individuazione e segnalazione degli indizi della crisi e infine alla tempestività delle iniziative (talune prefissate in precisi moduli legali, altre di marca più stragiudiziale) tese sia al superamento della crisi che alla preservazione della continuità aziendale[56].

Tutto ciò mi sembra che si traduca in due potenti ricadute sul fronte del diritto penal-fallimentare.

Per un verso, emerge una sorta di "agente modello" giacché si è al cospetto di un reticolo di disposizioni che si muovono in una prospettiva prevenzionistica dell'insolvenza e dei suoi epiloghi liquidatori. Basti pensare al rilievo attribuito, oltre alla implementazione delle piattaforme informatiche, al sistema di segnalazione sia da parte degli organi interni (di gestione e controllo) della società sia da parte dei creditori privati, pubblici e istituzionali. Ma soprattutto appare significativa la trama – disegnata dal nuovo art. 3 co. 4 del Codice – dei nuovi indici di allarme: i quali, a ben vedere, si allargano sino a intercettare i sintomi della pre-crisi.

Ed ecco allora che «il dovere di diligenza che concorre a definire il modello di un buon amministratore»[57] al vaglio del giudice penale si candida a costituire la cifra chiamata a individuare e selezionare le azioni impeditive: il cui scopo unificante, nella meccanica dell'art. 40 cpv. Cp, è l'agire polarizzato verso una determinata direzione.

Per altro e concomitante verso, esce irrobustita la piattaforma di doveri che innerva il ruolo di garante: oggi, più di ieri, tenuto non solo a plasmare il volto organizzativo dell'impresa ma a garantire, vigilando, che i nuovi moduli procedurali siano ben oliati onde assicurare lo scorrere dei flussi informativi nella prospettiva disegnata dal codice della crisi e dell'insolvenza.

---

[53] Così A. Crespi, *Note minime sulla posizione di garanzia dell'amministratore delegante nella riforma introdotta dal d.lgs. n. 6/2003*, ora in Id., *Studi di diritto penale societario*, cit., 112 s.

[54] G. Flora, *Verso una "nuova stagione" del diritto penale fallimentare?*, in *RTrimDPenEc* 2012, 903.

[55] Per tutti, C. Santoriello, *Il diritto penale fallimentare dopo il codice della crisi*, Torino 2021, 373 ss.; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino 2020, 64 ss.

[56] Per una lettura d'insieme, V. Di Cataldo, S. Rossi, *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di M. Sandulli*, cit., 303 ss., spec. 311 ss.

[57] D. Pulitanò, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, cit., 903.

Lungo queste due coordinate, la "teoria dei segnali di allarme" – se presa sul serio – potrebbe rappresentare la corretta bussola per evitare pericolose derive sul piano dell'imputazione soggettiva[58].
Mi limito a osservare come, ancor più che nel passato, il sistema di segnali trovi una più corposa base normativa e dunque un aggancio meno malfermo in sede di applicazione della norma penal-fallimentare.
Un'ultima chiosa sul versante degli amministratori non esecutivi.
A una prima lettura, la collaterale figura degli obblighi di garanzia che si era costruita in chiave delimitativa del perimetro dell'agire informato[59], rischia di subire un sensibile smottamento in senso espansivo. L'obbligo di agire informati sembra non esaurirsi nella mera valutazione dei soli report degli esecutivi sui singoli affari all'ordine del giorno o su materie comunque specifiche, ma appare flettersi a dismisura sull'intera organizzazione dell'impresa: quantomeno nella direzione della verifica sulla idoneità degli assetti e delle procedure per la tempestiva individuazione dei prodromi della crisi. Con una cadenza, peraltro, che potrebbe prescindere da quella delle sedute consiliari o da quella semestrale, nonché dal potere d'informativa rimesso all'iniziativa di ciascun consigliere: non foss'altro perché la pretesa normativa è verso un "monitoraggio costante" dell'adeguatezza organizzativa, del funzionamento dei sistemi di allerta, della tempestività delle segnalazioni e dell'adozione delle misure utili.

6.2. Con riferimento agli *organi di controllo*, la prima versione del Codice aveva introdotto delle novità che, in sede penale, sembravano indirizzarsi in chiave fortemente delimitativa della posizione di garanzia dei sindaci[60]. La originaria versione dell'art. 14, infatti, cesellava un obbligo di controllo di *secondo grado*, ossia teso a verificare la costante valutazione, da parte dell'organo amministrativo, dell'adeguatezza dell'organizzazione, della permanenza dell'equilibrio economico-finanziario, del prevedibile andamento della gestione, nonché dell'obbligo generale di segnalazione tempestiva della sussistenza di fondati indizi della crisi. La norma non richiedeva al collegio sindacale un controllo e una vigilanza diretta, giacché – come evidenziato sopra – si esplicava su temi connessi alla gestione d'impresa e dunque alla esclusiva competenza dell'organo amministrativo[61]. E non solo: il terzo comma dell'art. 14 stabiliva che il rispetto degli obblighi di segnalazione da parte dei sindaci, esonerava questi ultimi dalla responsabilità civile solidale per le conseguenze pregiudizievoli arrecate dalle omissioni o dalle azioni degli amministratori[62].
Sul versante penale, queste disposizioni consentivano di poter affermare che l'osservanza degli obblighi di segnalazione da parte dei sindaci avrebbe impedito di ravvisare la sussistenza del requisito posto dall'art. 40 cpv. Cp ossia l'inadempimento dell'obbligo giuridico di attivarsi nella direzione

[58] Sulla 'tassonomia' dei segnali, cfr. A. Crespi, *La giustizia penale nei confronti degli organi collegiali*, cit., 39 ss., 42 ss.; C. Pedrazzi, *Tramonto del dolo?*, cit., 1276; F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 215 ss.; M. Caputo, *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa*, cit., 907 ss., 930 ss.
[59] A. Crespi, *Note minime sulla posizione di garanzia dell'amministratore delegante nella riforma introdotta dal d.lgs. n. 6/2003*, cit., 107 ss.; F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 125 ss.
[60] Come è noto, se la giurisprudenza non manifesta dubbi nell'affermarne l'esistenza, una posizione ben più articolata è espressa in dottrina. Per quanto attiene gli obblighi impeditivi esigibili da sindaci e revisori, in generale, v. F. Centonze, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *RSoc*. 2012, 317 ss.; N. Pisani, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società di capitali*, cit., 36 ss.; con particolare riferimento alla 'prima versione' del Codice della crisi, L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, cit., 137 ss.; G. Stea, *Bancarotta. Contributo all'analisi del reato tra teoria e prassi*, Milano 2022, 215 ss.
[61] Con chiarezza, F. Lamanna, *Il Codice della crisi d'impresa*, cit., f. 1, 117.
[62] P. Valensise, *Il ruolo dell'organo di controllo nella procedura di cd. "allerta" tra legge delega e "Codice della crisi": nuove soluzioni o nuovi problemi?*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di M. Sandulli*, cit., 676 ss.; P. Benazzo, *Sistemi di controllo nelle società di capitali, tra diritto comune e settori spe*ciali, in *Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, cit., 97 ss.

richiesta dalla legge[63].
Il quadro è adesso mutato dopo i correttivi apportati al Codice della crisi dal d.lgs. 83/2022.
Il novellato art. 25-*octies*, anzi tutto – al primo comma – prevede in capo ai sindaci l'obbligo di segnalare all'organo gestorio la sussistenza dei presupposti della crisi: segnalazione scritta e motivata, e ovviamente da assumersi tempestivamente. L'obbligo di vigilanza viene dunque riportato in via diretta nelle attribuzioni del collegio sindacale e investe, rafforzando l'obbligo rimesso all'organo di gestione, anche l'adeguatezza degli assetti dell'impresa. Pertanto, risulta esteso e in forma non più mediata il presidio anche sulle situazioni deficitarie: e sinergicamente esso si rivela strumentale alla attuazione, da parte dell'imprenditore, dell'obbligo sancito dal secondo comma dell'art. 2086 Cc in vista dell'adozione delle iniziative e degli strumenti utili al superamento della crisi. La segnalazione deve essere "motivata": ciò anche al fine di apprezzare la idoneità delle iniziative assunte, quale risposta alla sollecitazione, da parte degli amministratori.
Il secondo comma dell'art. 25-*octies*, lungi dall'assicurare qualsivoglia esonero da responsabilità, stabilisce che la tempestività e la vigilanza del collegio sindacale costituiscono elementi di valutazione ai fini della responsabilità *ex* art. 2407 Cc.
Il Codice detta tuttavia ulteriori disposizioni che concorrono a delineare la piattaforma di doveri e poteri di controllo e vigilanza rimessi all'organo sindacale.
Anzi tutto, non può non evidenziarsi come la gran parte del contenuto dell'art. 3 del Codice – non solo là dove specifica le misure e gli assetti di cui ai commi 1 e 2 – delinei una trama di temi e materie che sono *naturaliter* sottoposte al controllo del collegio sindacale.
E invero, se l'«inadeguatezza dei flussi di cassa» – e dunque la crisi di liquidità – costituisce il principale indice della «crisi», il comma 4 dell'art. 3 del Codice individua e dettaglia i «segnali» di allarme: debiti retributivi scaduti da almeno trenta giorni e pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo delle retribuzioni; debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di importo superiore a quello dei debiti non scaduti; esposizioni verso banche e intermediari finanziari scaduti da oltre sessanta giorni, o che abbiano superato da oltre sessanta giorni il limite dell'affidamento (e sempre che, nel complesso, siano almeno pari al 5% del totale dell'esposizione); esposizioni debitorie verso i creditori pubblici di cui all'art. 25-*novies* co. 1 del Codice (INPS, INAIL, Agenzia delle Entrate, Agente della riscossione: a condizione che ricorrano ulteriori requisiti analiticamente previsti in relazione a ciascun debito).
Inoltre, l'art. 25-*decies*, stabilisce che le banche e gli intermediari finanziari di cui all'art. 106 del testo unico bancario, nel momento in cui procedono a variazioni, revisioni e revoche degli affidamenti, ne danno notizia (non solo al cliente ma anche) ai sindaci. Sicché l'organo di controllo interno è adesso individuato come destinatario diretto di un flusso di informazioni qualificate che si traducono in segnali significativi dello stato di crisi o, peggio, dell'insolvenza dell'impresa collettiva.
Altrettanto è a dirsi in ordine alle segnalazioni da parte dei creditori pubblici e istituzionali: anche in tal caso, l'art. 30-*sexies* individua nei sindaci i destinatari della comunicazione.
Appare dunque chiaro come, una volta ricevute tali notizie, l'organo di controllo debba subito attivarsi al fine di consentire l'adozione delle iniziative più opportune per fronteggiare la situazione di difficoltà, o di superare la crisi vera e propria in cui versa l'impresa.
A tutto ciò si aggiunga, infine, che l'art. 37 co. 2 attribuisce al collegio sindacale il potere di proporre l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale dell'impresa.
Mi sembra evidente, in conclusione, che ve ne è quanto basta per poter ravvisare un irrobustimento della posizione di garanzia attribuita ai sindaci in sede penale. Giacché, come è noto, la fonte di tale

[63] Con riferimento alla precedente disciplina, antecedente cioè alle modifiche apportate dal d.lgs. 83/2022: A. Nisco, *Note sulla responsabilità penale di sindaci e revisori alla luce dell'obbligo di segnalazione previsto dal codice della crisi d'impresa*, in *RtrimDPenEc* 2021, 572 ss.; per una diversa ricostruzione, che ravvisava nell'art. 14 co. 3 del Codice una causa di giustificazione (*ex* art. 51 Cp), v. P. Chiaraviglio, *Osservazioni penalistiche 'a prima lettura'*, cit., 100.

responsabilità è, dalla giurisprudenza, ravvisata nel mancato esercizio dei doveri di controllo e vigilanza o nell'inerzia nell'avvio delle iniziative che la legge consente loro: ovviamente, sul presupposto della sussistenza dell'elemento psicologico e previa la verifica dell'incidenza causale dell'attività omessa sulla commissione del reato da parte degli amministratori[64]. E pertanto i dadi della responsabilità penale, per la posizione di garanzia assunta, si giocheranno sul tema – ampiamento noto agli addetti ai lavori – rappresentato dal momento di emersione di quella percezione sufficiente e consapevole per far scattare l'obbligo di attivazione[65]. Tema centrale nella prospettiva penalistica e al contempo problematico poiché sovente non è agevole distinguere quando una mancata percezione è realmente consapevole, né tantomeno vi è – nel diritto dei giudici – sufficiente consapevolezza dei potenti '*bias* cognitivi' che concorrono a distorcere la percezione della realtà[66]. Una problematica, questa, che ha i suoi risvolti sia in caso di imputazione dolosa sia in caso di imputazione a titolo di colpa[67]: dovendosi, in quest'ultimo caso, appurare se impiegando l'avveduta perizia dell'agente modello l'indizio della crisi avrebbe potuto e dunque dovuto essere colto dal controllore in carne ed ossa, e da qui segnalato.

6.3. Il Codice della crisi, soprattutto nella versione del 2019, sembrava alimentare il dubbio sulla possibile emersione di una nuova posizione di garanzia: quella del *revisore legale*[68].
Com'è noto, il d.lgs. 27.1.2010 n. 39 ha disciplinato l'attività di tale organo esterno e, nell'abrogare gli artt. 2409-*bis, ter, quater, quinquies e sexies* del codice civile, ha operato una netta demarcazione rispetto all'attività del collegio sindacale[69]: solo quest'ultimo mantiene un potere-dovere che si estrinseca anche in forme di sindacato di legalità sugli atti dell'organo amministrativo. La revisione legale, in base al d.lgs. 39/2010, ha per oggetto: *(a)* la verifica della regolare contabilità sociale e della corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili della società; *(b)* la verifica della corrispondenza del bilancio di esercizio alle risultanze delle scritture contabili[70]; infine, *(c)* esprime un giudizio sul bilancio, asseverandone la corrispondenza delle risultanze ai dati e alle informazioni trasfuse nelle scritture contabili, evidenziando, se del caso, eventuali significativi errori contabili.
Il sistema dei principi della revisione legale dei conti ne articola l'attività in tre fasi – la "*pianificazione*", la "*verifica periodica*" e il "*giudizio sul bilancio*" – avendo però cura di circoscrivere il controllo e le relative procedure nell'orizzonte della *accountable opinion* finale sul

[64] Cass. 11.5.2018 n. 44107, con nota di G. Rapella, *In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale: la Cassazione precisa i confini del concorso omissivo dei sindaci nelle condotte distrattive degli amministratori*, in *www.penalecontemporaneo.it* 11.1.2019.
[65] Cass. 12.9.2020 n. 28848, annotata da G. Rapella, *Concorso omissivo dei sindaci nella bancarotta (semplice) degli amministratori: la Cassazione torna a precisare gli accertamenti necessari per l'affermazione della responsabilità penale*, in *www.sistemapenale.it* 2/2021, 165 ss.
[66] Al riguardo, si rinvia alle eleganti riflessioni di G. Forti, *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa": una ricognizione interdisciplinare*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di M. Donini e R. Orlandi, Bologna 2013, 119 s. Con specifico riferimento ai *bias* cognitivi, v. F. Centonze, *Per un diritto penale in movimento. Il problema dell'accertamento del "coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto"*, in *RIDPP* 2018, spec. 1644 ss.; P. Astorina Marino, *L'accertamento del dolo. Determinatezza, normatività e individualizzazione*, Torino 2018, 229 ss.
[67] Si vedano le splendide pagine di A. Crespi, *La giustizia penale nei confronti degli organi collegiali*, in Id., *Studi di diritto penale societario*, cit., 31 ss.
[68] C. Santoriello, *Il diritto penale fallimentare dopo il codice della crisi*, cit., 510 ss.; A. Nisco, *Note sulla responsabilità penale di sindaci e revisori*, cit., 584 ss.
[69] P. Riva, M. Difino, *Controllo societario e revisione nel Codice della crisi d'impresa*, in *www.ilfallimentarista.it* 3.7.2019.
[70] Quindi, il revisore è tenuto: ad acquisire e valutare, anche a campione, gli elementi a supporto dei saldi e dei dati contabili; a procedere all'esame dell'esistenza, completezza, regolarità e del tempestivo aggiornamento delle scritture e dei libri sociali; alla verifica infine che i dati contabili siano correttamente rilevati nelle scritture e nel bilancio della società.

bilancio, ossia sul documento sociale contabile, patrimoniale e finanziario più significativo e rilevante della società e della gestione aziendale. I parametri esterni che governano l'attività del revisore sono individuati nella "ragionevole certezza" della propria *opinion* (positiva o negativa che sia) e nell'esclusione di "errori significativi" nel documento bilancistico asseverato[71]: e d'altra parte, gli amministratori ben possono – ovviamente assumendosene le responsabilità – richiedere l'approvazione (e l'assemblea sociale ben può deliberare in tal senso) di un bilancio d'esercizio nonostante il parere negativo dell'organo di revisione.
In buona sostanza, il revisore non possiede alcun potere impeditivo (neppure in senso lato), la sua attività si svolge sempre *ex post*, e la sua funzione non consente alcun sindacato sulla legalità degli atti dell'organo amministrativo. Tant'è che l'art. 14 d.lgs. 39/2010 ha deliberatamente estromesso il richiamo (dapprima previsto nella disciplina codicistica abrogata) alla verifica di conformità del bilancio – d'esercizio e consolidato – alle norme di legge che li disciplinano. Né d'altra parte può affermarsi che gli obblighi di segnalazione di cui all'art. 25-*octies* del Codice si estendano in capo al revisore legale: a tacer d'altro, questi non è un «organo» societario e certamente non è quello deputato al «controllo societario».
In questo quadro normativo, non vi sono solidi spazi per ipotizzarne una responsabilità penale per omesso impedimento *ex* art. 40 cpv. Cp[72]: né tantomeno è dato desumere, dal Codice della crisi e dell'insolvenza, indicazioni normative di segno e contenuto opposti. Infatti, anche a voler attrarre, fra i compiti del revisore legale, la valutazione sull'adeguatezza contabile dell'organizzazione dell'impresa, è di palmare evidenza – e il raffronto con i poteri-doveri del collegio sindacale, ne costituisce la cartina di tornasole – come esso non venga in alcun modo coinvolto fra gli attori cui, in misura pur differenziata, è rimesso un ruolo 'pro-attivo' nelle dinamiche modellate in funzione sia di rilevazione e gestione della crisi, sia di adozione delle misure e degli strumenti per il suo superamento.

6.4. Le considerazioni sin qui svolte rendono di immediata percezione l'ampliamento dell'area di rischio penale per il debitore: anche perché l'individuazione dell'emersione dello stato di «crisi» implica una valutazione (reddituale, economica e finanziaria) alquanto complessa – in termini di probabilità di insolvenza – che, per quanto tipizzata entro moduli e procedure, non è mai facilmente distinguibile *ex ante* dall'«insolvenza» vera e propria: giacché solo *ex post* è sempre immediata la constatazione della irrisolvibilità della crisi (e dunque dell'esistenza di una «insolvenza» già conclamata).
In particolare si allude a quelle situazioni – tutt'altro che infrequenti nella prassi – in cui l'imprenditore, pur consapevole dei prodromi dell'insolvenza, si attarda nel tentativo estremo e talvolta disperato di trovare soluzioni che permettano il superamento delle difficoltà economiche e finanziarie: con l'effetto – quasi sempre non voluto, eppure prevedibile – di non riuscire a evitare la deflagrazione dell'insolvenza e di aver per tal modo appesantito il passivo e approfondito la lesione dei diritti dei creditori. Uno degli obiettivi dichiarati della riforma è esattamente quello di porre fine a tali epiloghi 'fallimentari' e, al contrario, di canalizzare i tentativi – umanamente comprensibili, ma spesso irrazionali – di sopravvivenza dell'impresa attraverso moduli e procedure assistite che possano sortire il positivo effetto del risanamento. Chiara, ad esempio, è la direzione tracciata dall'art. 21:

[71] Per tutti, E. Mattei, *L'obbligo di informativa tra collegio sindacale e revisione legale dei conti*, in *Le Società* 2011, 1329 ss.
[72] Con autorevolezza, A. Crespi, *La pretesa "posizione di garanzia" del revisore contabile*, in Id., *Studi di diritto penale societario*, cit., 389 ss., 400; S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, II, *I reati societari*, Torino 2021, 188 ss.; in senso difforme, M. Romano, *Sulla recente normativa penale (e sviluppi nelle proposte dello Schema Mirone) in tema di società di revisione contabile*, in *GComm* I, 2000, 863 ss.; F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 314 ss. In giurisprudenza, da recente e con esemplare chiarezza, si v. T. Palermo 14.11.2022 n. 7039 (dep. 12.1.2023; Pres. ed est. F. La Cascia), che – rimarcando l'assenza di poteri impeditivi *ex ante* – ha escluso la sussistenza di una posizione di garanzia in capo al revisore legale di una società per azioni '*in house*'.

l'imprenditore in stato di crisi deve gestire l'impresa in termini tali da evitare pregiudizi alla sostenibilità economico-finanziaria, in quanto la gestione deve ormai intendersi nel prevalente interesse dei creditori[73].
L'aver normato i possibili itinerari per la tempestiva soluzione della crisi, finisce col far risaltare (in negativo) e amplificare le conseguenze degli effetti di una scelta differente, non in linea con le aspettative e le pretese della nuova disciplina (doveri di buona fede del debitore, modelli di organizzazione, e soprattutto l'obbligo di attivarsi senza indugi): ecco allora che l'inadeguatezza dell'organizzazione d'impresa, l'intempestività dell'attivazione delle misure di risanamento e componimento della crisi, così come l'inerzia o l'insufficienza delle risposte alle segnalazioni interne ed esterne, finiscono con l'anticipare il perimetro delle condotte ascrivibili, a titolo di bancarotta semplice (art. 323 del Codice; art. 217 r.d. 267/1942), per il ritardato avvio delle procedure. Persino scontato che la fisiognomica del 'debitore virtuoso' delineata dal Codice traduca in negativo un volto opposto. Anche qui, occorrerà molta cautela da parte del giudice penale: con l'auspicio che anch'esso – al pari dei cultori e degli operatori del nuovo diritto concorsuale – sappia appropriarsi della nuova cultura di cui il Codice della crisi d'impresa vuole essere espressione.
Ovviamente, il ritardo, l'intempestività, l'inadeguatezza di per sé soli non configurano alcuna responsabilità penale: la sanzione penale, invero, pretende che tutto ciò abbia influito sull'aggravamento del dissesto, ovvero che possa ravvisarsi una correlazione, anche eziologica e temporale, con operazioni gravemente imprudenti[74]. Ma non vi è dubbio come il disallineamento del debitore dall'ideal-tipo prefigurato e incentivato dal legislatore rischi di scolpire – anche a fini probatori – i tratti tipizzanti della condotta antidoverosa, esprimendo così le basi della responsabilità penale per colpa.

6.5. La legge delega 155/2017 ha voluto che la riforma disciplinasse il fenomeno della crisi e dell'insolvenza anche con riferimento ai gruppi d'imprese. Se il codice civile e talune leggi speciali prevedevano disposizioni volte a regolamentare il fenomeno dei gruppi, la legge fallimentare semplicemente ignorava il tema dell'insolvenza nei gruppi, lasciando alla dottrina e al diritto dei giudici il compito di risolvere numerosi problemi.
Si è così, anzi tutto, introdotta una definizione legale di «gruppo» (art. 2 lett. *h* del Codice) – sulla falsa riga dei principi comunque desumibili dal codice civile in punto di direzione e coordinamento e rapporto, anche contrattuale, di controllo (artt. 2359, 2497-*sexies*, 2497, 2545-*septies* Cc) – e una disciplina *ad hoc* agli artt. 284-292 del Codice[75].
In questo contesto spiccano gli artt. 284 e 290 del Codice. Quest'ultima disposizione, nel disciplinare le azioni promuovibili dal curatore per la dichiarazione di inefficacia di atti e contratti che abbiano «avuto l'effetto di spostare risorse a favore di un'altra impresa del gruppo con pregiudizio dei creditori», fa salvo il contenuto del primo comma dell'art. 2497 Cc. In parole semplici, nella valutazione del carattere pregiudizievole di una operazione infragruppo, ai fini della azione del curatore, entrano a pieno titolo gli eventuali «vantaggi compensativi».
Trova così definitivo consolidamento normativo un indirizzo interpretativo, ormai affermatosi in ambito societario e, negli ultimi anni, anche penale.
E invero, su quest'ultimo versante, è noto come la teoria dei vantaggi compensativi sia stata codificata nel terzo comma dell'art. 2634 Cc ossia nel delitto di infedeltà patrimoniale[76].

[73] Con chiarezza, v. Relazione (n. 87) del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione, 15.9.2022, Roma, 15 s.
[74] N. Pisani, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna 2018, 95 s.; G. Stea, *op. cit.*, 299 ss.
[75] M. Miola, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di M. Sandulli*, cit., 440 ss.
[76] P. Montalenti, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *GComm* 1995, 731 ss.; e fra i penalisti, tutt'ora fondamentali gli studi di M. Romano, *Profili penalistici del conflitto di interessi*

Dopo iniziali resistenze, il principio ricavabile dagli artt. 2634 co. 3 e 2497 co. 1 del codice civile, è stato riconosciuto, per mano pretorile, anche in tema di bancarotta fraudolenta a fronte di operazioni distrattive commesse in danno di una società (poi insolvente) e a vantaggio di altra (di solito estranea alla *failure zone*) del medesimo gruppo[77]. Se nella prospettiva dell'infedeltà patrimoniale l'esistenza di vantaggi compensativi elide il profitto, in quella fallimentare esclude l'offensività del fatto commesso in pregiudizio della consociata in crisi. Sicché nelle operazioni infragruppo l'accertamento della natura distrattiva non può prescindere dalla valutazione – da compiersi *ex ante* – sull'incidenza dei benefici indiretti e sulla compensazione, per tal via, dei sacrifici sostenuti dalla fallita. L'apprezzamento, nell'ottica della bancarotta, per un verso si apre ad una prospettiva che contemperi i benefici, per altro verso, si traduce e flette in una valutazione prognostica postuma in concreto: i vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo possono anche essere solo «fondatamente prevedibili»[78].

7. Le riforme di sistema producono sempre 'effetti collaterali' sul complemento penalistico. Talvolta si tratta di effetti espansivi, tal altra la penalità viene sospinta a ritrarsi, tal altra ancora, gli effetti sono imprevedibili. Quel che è certo è che soluzioni innovative possono essere frustrate e finanche inceppate da un gendarme penalistico condannato all'immobilità. Queste interferenze – non sempre subito evidenti – nascono perché se il diritto penale è chiamato a presidiare le «regole del gioco», queste ultime vengono messe a punto altrove e riflettono equilibri economici, politici e sociali: la sanzione penale, con «i suoi quarti di odiosità», è dunque chiamata a ingaggiare orbite che non possono – e non devono – smarcarsi dalla forza attrattiva esercitata da gravi così imponenti[79]. Molto dipenderà, come sempre, dalla sensibilità della giurisprudenza[80].
Con decreto ministeriale del 13.10.2021 è stata istituita una Commissione di riforma dei reati fallimentari, autorevolmente presieduta da Renato Bricchetti, la quale – poco prima della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del d.lgs. 83/2022 – ha licenziato un articolato accompagnato da una relazione illustrativa. Non è questa la sede per un'analisi delle nuove fattispecie di reato che emergono dalla revisione elaborata dalla Commissione Bricchetti[81]. È tuttavia possibile svolgere una

dell'amministratore di società per azioni, Milano 1967, e L. Foffani, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano 1997; sull'art. 2634 Cc: V. Militello, *L'infedeltà patrimoniale*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova 2002, 486 ss.; M. Masucci, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Napoli 2006; C. Benussi, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano 2009.

[77] Anche per i necessari richiami giurisprudenziali, R. Bricchetti, *Codice della crisi d'impresa*, cit., 99 ss.; C. Benussi, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., 378 ss.; S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, II, *I reati societari*, cit., 109 ss., spec. 121 s.

[78] A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi d'impresa,* cit., 1852.

[79] M. Romano, *Materia economica e intervento penale (in ricordo di Armando Bartulli)*, in *RSoc* 2010, 552 s.

[80] Si veda, a riprova di quel che si vien dicendo, il decreto emesso da T. Benevento, sez. fall., 23.7.2019; pur nella vigenza e applicazione della legge fallimentare, i giudici implementano nella motivazione i principi e le novità del Codice della crisi (ancorché formalmente non applicabile alla procedura in questione) per pervenire a una soluzione conforme allo spirito della novella (nel caso di specie, i giudici hanno stabilito che in caso di coesistenza del sequestro preventivo – finalizzato alla confisca dell'azienda ai sensi dell'art. 12-*bis* d.lgs. 74/2000 – e del concordato preventivo con continuità aziendale, l'amministratore giudiziario nominato dal giudice penale assume, analogamente al Commissario giudiziario, il ruolo di parte necessaria della procedura gestoria della crisi e diviene titolare dei doveri di controllo finalizzati alla conservazione e all'integrità del patrimonio aziendale nell'interesse dell'intero ceto creditorio).

[81] L'articolato licenziato dalla "Commissione Bricchetti", *ratione temporis*, non ha potuto tenere conto delle modificazioni introdotte dal d.lgs. 83/2022: esso, pertanto, dovrà essere revisionato in più punti. Per una panoramica, F. Mucciarelli, *Proposte di revisione ai reati fallimentari: la relazione della commissione Bricchetti*, in *www.sistemapenale.it* 7.7.2022; F. Giunta, *Linee e prospettive di riforma del "vecchio" diritto penale fallimentare*, in *www.discrimen.it* 12.1.2023; M. Schiavo, *Le proposte della Commissione Bricchetti in materia di bancarotta fraudolenta societaria*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 20.3.2023; in termini maggiormente critici, C. Santoriello, *Qualche breve riflessione sulla proposta di riforma del diritto penale fallimentare*, in *www.sistemapenale.it* 27.7.2022.

breve riflessione, a chiusura di questo lavoro.
Letta in 'contro luce', la proposta della Commissione Bricchetti ha il sicuro pregio di "riallineare" il gendarme penalistico alla nuova visione legislativa della crisi e dell'insolvenza, orientando la tipicità penale secondo modellistiche coerenti con i principi di fondo del nuovo Codice. Ciò è particolarmente evidente, ad esempio, nella nuova bancarotta semplice: la cui tipicità colposa riceve succo e sostanza dalla violazione della rete di obblighi di organizzazione, monitoraggio, segnalazione e tempestivo accesso alle procedure di composizione della crisi. Altrettanto è a dirsi per la bancarotta fraudolenta patrimoniale là dove, con riferimento alle procedure diverse dalla liquidazione giudiziale, il disvalore penale viene saldamente ancorato all'accertamento dell'insolvenza: è quest'ultima, e la sua irreversibilità, a determinare l'espulsione dell'impresa dal mercato e a porre al centro della tutela dei creditori il patrimonio quale momento di soddisfazione dei loro interessi. Certo, non mancano le perplessità: su tutte, il rigore delle cornici edittali che continua a essere elevato, anche se – occorre riconoscerlo – appare stemperato dalla previsione di robuste attenuazioni di pena in caso di risarcimento del danno (dopo la sentenza di liquidazione), o addirittura eliso se la riparazione integrale avviene prima della pronunzia della sentenza di liquidazione giudiziale.
Un dato sembra però risaltare con chiarezza. Il complemento penalistico si colora delle medesime venature della nuova disciplina concorsuale, ristabilendo così la giusta dimensione e conformazione di un diritto penale la cui 'autonomia' non può di certo tradursi in incoerenza – sistematica e applicativa – rispetto agli interessi economici e giuridici sullo sfondo. Ovviamente, molto dipende dalla 'capacità di prestazione' che le nuove modellistiche del diritto della crisi e dell'insolvenza sapranno dimostrare alla prova dei fatti. E ben sapendo che la risposta alle attese di una riforma non dipende soltanto dalla qualità e bontà del materiale normativo ma anche dalla rinnovata "cultura" di coloro che, sul campo, saranno chiamati a sperimentarla.

"RIFORMA CARTABIA": PER CHI È IL PROCESSO *IN ABSENTIA*?

di Giulia Mantovani
(*Professoressa associata di Diritto processuale penale presso l'Università di Torino*)

Il contributo si propone di ricostruire la ridefinizione dei «casi in cui l'imputato si deve ritenere presente o assente nel processo» operata dal d.lgs. n. 150 del 2022 in attuazione delle direttive contenute nella delega di cui alla legge n. 134 del 2021. L'analisi muove dall'ampliamento del catalogo delle finzioni che alimentano la classe degli imputati non presenti, ma considerati tali, per poi focalizzarsi sulle diverse fattispecie di assenza codificate nel nuovo art. 420-*bis* del codice di rito, nell'intento di mettere in luce come ciascuna di esse abbia un proprio fondamento, che si riflette nella composizione del corredo di rimedi preventivi e successivi fornito all'imputato.
The article is aimed at describing the circumstances where the judge has to consider the person charged with a criminal offence as present or absent at the hearing on the basis of "Cartabia Reform". Firstly, the focus will be on the extended catalogue of persons charged with a criminal offence viewed as present by law even if they do not appear in court. Then, the focus will be on trials in the absence of the accused person: as we shall see, the different requirements prescribed by law have a significant role in shaping the preventive and compensatory remedies in favour of the accused person.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La classe allargata degli imputati "quasi presenti". – 3. La pluralità delle fattispecie di assenza. – 4. Notifica "qualificata" e conoscenza esigibile: la prima ipotesi di processo all'assente non espressamente rinunciante. – 5. L'assente a processo a seguito di provata rinuncia tacita. – 6. Il processo *in absentia* nei casi di volontaria sottrazione alla conoscenza della sua pendenza. – 7. Un "caso critico": il caso Regeni.

1. La ridefinizione della disciplina in materia di assenza ad opera della "riforma Cartabia" rappresenta la tappa più recente di un lungo e tormentato cammino, che – com'è noto – ha registrato l'*input* decisivo della Corte europea dei diritti dell'uomo. Attraverso quest'ultimo passaggio riformatore, in certa misura "anticipato" dai più significativi approdi giurisprudenziali, il d.lgs. 10.10.2022 n. 150 ha costruito un assetto volto a realizzare compiutamente un sistema imperniato in via principale sulla prevenzione del processo all'assente inconsapevole, salvo l'intervento meramente sussidiario di rimedi successivi di natura restitutoria[1]. Nell'adoperarsi per raggiungere l'obiettivo, il legislatore sembrerebbe aver condotto il processo *in absentia* in un porto sicuro. Tuttavia, nelle pieghe del nuovo sistema, paiono annidarsi alcune insidie, che potrebbero negare alla riforma l'ultima parola in materia. L'analisi della rinnovata disciplina sarà condotta dall'angolo visuale del rapporto fra processo in assenza e conoscenza effettiva della *vocatio in iudicium*[2]. L'attenzione si focalizzerà sulla

[1] Con riguardo all'assetto precedente, sul ruolo assegnato alle due forme di tutela (*ex ante* ed *ex post*), cfr. C. Conti, *Processo* in absentia *a un anno dalla riforma*: praesumptum de praesumpto *e spunti ricostruttivi*, in *DPP* 2015, 467 ss.
[2] Com'è stato constatato, «nessuna novità è introdotta dal d.lgs. n. 150/2022 sulla verifica da compiersi dal giudice circa il legittimo impedimento dell'imputato a comparire ai sensi dell'art. 420-*ter* c.p.p., che impedisce la dichiarazione di assenza (v. art. 420 comma 2-*bis* c.p.p.)»: G. Varraso, *Il "nuovo" processo in assenza dell'imputato*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso e G. Varraso, Milano 2023, 578. Piuttosto, il legislatore delegato ha uniformato la disciplina dell'impedimento attinente alla prima udienza o alle successive: «partendo, infatti, dal presupposto che l'impedimento viene in rilievo solo successivamente alla verifica della regolarità della notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare (o del decreto di citazione a giudizio), in entrambi i casi è stato, pertanto, previsto che qualora il giudice riconosca la sussistenza di un legittimo impedimento, rinvia, anche d'ufficio, ad una nuova udienza e dispone la notificazione all'imputato della sola ordinanza che fissa detta udienza (senza alcuna rinnovazione della notificazione anche dell'avviso o del decreto di citazione a giudizio). La medesima disciplina

ridefinizione dei «casi in cui l'imputato si deve ritenere presente o assente nel processo»[3], alla quale il d.lgs. 150/2022 ha proceduto intervenendo sugli artt. 420 e 420-*bis* Cpp secondo i principi ed i criteri direttivi specificamente formulati sul punto dal delegante.

2. Innanzitutto, si nota la ricollocazione delle finzioni in forza delle quali l'imputato è considerato presente sebbene fisicamente non lo sia: esse non sono più nell'art. 420-*bis* del codice di rito, ma si trovano nell'art. 420. Le finzioni sono state non soltanto riposizionate, ma anche ampliate attraverso un'addizione: «È altresì considerato presente l'imputato che richiede per iscritto, nel rispetto delle forme di legge, di essere ammesso ad un procedimento speciale o che è rappresentato in udienza da un procuratore speciale nominato per la richiesta di un procedimento speciale» (art. 420 co. 2-*ter*, ultimo periodo, Cpp).
Tale nuova fattispecie introduce un elemento eterogeneo nella classe degli imputati considerati presenti in forza di una finzione: infatti, come si è notato[4], fra costoro è ora incluso anche un imputato «*ab origine* assente», cioè una figura ben diversa dalle due tradizionali alle quali essa va ad aggiungersi, entrambe riferite all'imputato "già presente" (e soltanto successivamente allontanatosi dall'aula d'udienza oppure non comparso alle udienze successive). Dunque, se le notificazioni sono regolari e non ricorre alcuna delle condizioni per il rinvio ad una nuova udienza a norma dell'art. 420-*ter* Cpp[5], l'imputato, pur non comparso, è «considerato presente» se ha richiesto per iscritto di essere ammesso ad un procedimento speciale o se è rappresentato in udienza da un procuratore speciale nominato a tal fine. A seguito della riforma, l'operare della finzione esclude l'emissione stessa dell'ordinanza che dichiara l'assenza[6].
Vediamo dunque che, per essersi reso promotore di una semplificazione processuale, l'imputato mai comparso in udienza è assimilato all'«assente "successivo"»[7] (in quanto tale consapevole) ed è sottratto alla disciplina applicabile agli altri imputati che, come lui, sono assenti *ab origine*, ma non si sono resi autori di quel genere d'iniziativa. Possiamo domandarci che cosa si celi dietro tale finzione. Verosimilmente si tratta di un'idea non nuova e già così sintetizzata: «l'impulso volontario alla diversione processuale esoner[*a*] gli organi della giurisdizione dall'attivare taluni meccanismi di tutela del diritto alla presenza del soggetto promotore»[8].
Peraltro, il legislatore non ha neppure introdotto espressamente requisiti temporali volti ad assicurare che la portata operativa della finzione resti circoscritta ai casi di stretta «contiguità» fra l'atto posto in essere dall'imputato e l'udienza[9]. Se ci si attenesse alla lettera della legge, si potrebbe, forse, addirittura finire «con l'accettare l'eventualità estrema di condanne emesse a carico di soggetti venuti a contatto con il procedimento penale soltanto ai suoi albori e in quell'occasione risoltisi a conferire

---

trova applicazione […] anche in caso di legittimo impedimento del difensore» (D. Tripiccione, *Processo in assenza*, in *La riforma del sistema penale. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 [c.d. Riforma Cartabia], in attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134*, a cura di A. Bassi e C. Parodi, Milano 2022, 152).
[3] Art. 1 co. 7 lett. *a* l. 27.9.2021 n. 134.
[4] L. Kalb, *La nuova disciplina del processo in assenza dell'imputato: la ricerca di una soluzione equilibrata per il superamento di problemi ancora irrisolti*, in *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, Pisa 2022, 344; v., altresì, D. Tripiccione, *op. cit.*, 152 s.
[5] V. già A. Mangiaracina, *Il "tramonto" della contumacia e l'affermazione di un'assenza "multiforme"*, in *LP* 2014, 575.
[6] Mentre in precedenza l'ordinanza che dispone di procedere in assenza era emessa anche nel caso dell'imputato «considerato presente»: in tal senso S. Quattrocolo, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato*, in *DPenCont* 2014, 99. Secondo D. Tripiccione, *op. cit.*, 153, entro la prospettiva attuale, «la scelta del rito speciale costituisce non solo una forma di esercizio del diritto di difesa […], ma anche espressione della partecipazione al processo dell'imputato».
[7] L'espressione è ripresa da A. Mangiaracina, *Il "tramonto" della contumacia*, cit., 575.
[8] D. Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino 2014, 257.
[9] Con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 420-*bis* co. 2 Cpp, cfr. A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto per l'imputato assente*, in *www.sistemapenale.it* 1.12.2022, 7; G. Varraso, *op. cit.*, 580.

procura speciale al patrono»[10], sempre che non si circoscriva, a monte, la praticabilità della procura speciale rilasciata in via preventiva ai sensi dell'art. 37 NAttCpp.
In conclusione, la sostenibilità della neointrodotta finzione può risultare problematica. Lungi dal giustificarsi in quanto fonte di accrescimento dei diritti e delle garanzie[11], al contrario essa li comprime[12], senza peraltro neppure consentire all'imputato, solo successivamente comparso, di far valere *ex post* l'effettiva ignoranza circa la pendenza del processo al fine di accedere alle *chances* restitutorie collocate a valle della revoca dell'ordinanza dichiarativa dell'assenza, che qui non c'è nemmeno (fermo restando il rimedio generico di cui al primo comma dell'art. 175 Cpp, per le ipotesi di caso fortuito o forza maggiore).
Tale assetto potrebbe determinare l'esposizione all'eventualità di censure da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo[13] (e conseguente possibilità di accesso al rimedio di cui all'art. 628-*bis* Cpp). Quest'ultima prospettiva potrebbe non risultare remota, a meno che – come si accennava – in sede interpretativa venga circoscritta la rilevanza, ai fini dell'applicabilità della finzione, della richiesta scritta di ammissione ad un procedimento speciale e, soprattutto, del rilascio di apposita procura. Tale risultato potrebbe essere perseguito mediante la ripetizione del metodo già applicato dalle Sezioni Unite in rapporto agli «indici di conoscenza» del processo di cui al previgente art. 420-*bis* co. 2 Cpp[14]: l'atto, cioè, dovrebbe rilevare ai fini della finzione soltanto se perfezionato secondo modalità effettivamente funzionali a far ritenere l'imputato informato della pendenza del processo[15]; dunque, nel caso di procura speciale, la stessa dovrebbe essere stata comunque conferita dopo la *vocatio in iudicium*[16].
In ogni caso, sarebbe stato meglio lasciare che la richiesta scritta di ammissione ad un procedimento speciale o il conferimento a tal fine di procura speciale rifluissero fra le circostanze liberamente valutabili dal giudice ai fini della prova dell'effettiva conoscenza della pendenza del processo e della scelta volontaria e consapevole di non comparirvi, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto[17].
Invece, in forza dell'opzione tradottasi nel nuovo comma 2-*ter* dell'art. 420 Cpp, la celebrazione del processo all'assente può rimanere occultata dietro una finzione di presenza, che ha l'effetto di porre (definitivamente) a carico dell'imputato il rischio della mancata effettiva conoscenza della *vocatio in iudicium*.

3. Nell'art. 420-*bis* Cpp trovano collocazione i casi di processo all'imputato assente qualificato e

[10] V. già D. Negri, *op. cit.*, 255.
[11] Cfr. P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*[2], Torino 2017, 59.
[12] Cfr. R. Del Coco, *Giudizio abbreviato e contumacia*, in *GI* 2010, 206 s.
[13] Sui rimedi *ex post* come utile «riparo da eventuali condanne europee», cfr. C. Conti, *op. cit.*, 466 s.
[14] Cass. S.U. 28.11.2019 n. 23948, in *PPG* 2021, 355 ss. (con nota di A. Mangiaracina, *Imputato "assente" e indici di conoscenza del processo: una lettura virtuosa della Suprema Corte*, *ivi*, 371 ss.).
[15] Cfr., *mutatis mutandis*, l'inquadramento della figura dell'imputato "quasi presente" già articolato da C. cost., 22.6.1971 n. 136 vigente il "vecchio" codice di rito, che «considera[*va*] in vari articoli la posizione dell'imputato che, per quanto non presente di fatto all'intero dibattimento o a parte di esso, debba tuttavia considerarsi presente a tutti gli effetti»: esaminati i vari casi, la Corte rilevava che «in tutti ricorre[*va*], come dato costante, un elemento, che è quello della sicura conoscenza, da parte dell'imputato, dell'esistenza del giudizio e della data, almeno iniziale, del dibattimento».
[16] Questa interpretazione potrebbe trarre conforto dall'attuale art. 581 co. 1-*quater* Cpp: «Nel caso di imputato rispetto al quale si è proceduto in assenza, con l'atto d'impugnazione del difensore è depositato, a pena d'inammissibilità, specifico mandato ad impugnare, *rilasciato dopo la pronuncia della sentenza* e contenente la dichiarazione o l'elezione di domicilio dell'imputato, ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio» (corsivo nostro).
In dottrina, cfr. G. Varraso, *op. cit.*, 577 s., per il quale «la norma di nuovo conio è da riferire alle situazioni in cui la procura speciale sia depositata, ovvero il procuratore speciale partecipi ad una udienza che segua all'esercizio dell'azione penale»; altrimenti detto, «l'assimilazione alla presenza fissata dall'art. 420 comma 2-*ter* c.p.p. si fonda solo sulla sequenza "tipica" di deposito della procura speciale per chiedere un procedimento speciale o della presenza di un procuratore speciale all'interno dell'udienza che apre il processo, di cui l'imputato deve conoscere data e luogo».
[17] Sull'inquadramento e sulla collocazione della nuova previsione, cfr. L. Kalb, *op. cit.*, 344.

dichiarato come tale[18].
Si possono individuare più fattispecie di assenza, che presentano tratti di disomogeneità sia nella fase che precede la decisione di procedere *in absentia* sia in quella successiva. Dall'angolo visuale della conformità alle norme minime comuni stabilite dalla direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, si tratta, nella sostanza, di verificare se le scelte del legislatore interno siano idonee a porre le condizioni affinché l'esercizio della giurisdizione avvenga nel rispetto del «compendio di garanzie partecipative» che è stato approntato in materia a Strasburgo ed al quale l'atto eurounitario si è allineato, com'è confermato dall'interpretazione offertane dalla Corte di giustizia[19].
Tra le fattispecie di processo all'assente che trovano riscontro nei singoli ordinamenti statali, le fonti internazionali e sovranazionali (attraverso la pertinente elaborazione giurisprudenziale) distinguono i processi nei confronti dell'imputato che «*has waived his right to appear and to defend himself*» o che «*intended to escape trial (…)*»[20] da quelli che, al contrario, non presuppongono una provata scelta "astensionista" da parte dell'accusato (alla quale è riconducibile anche l'opzione elusiva)[21]. Se, a livello nazionale, è sì previsto che si proceda *in absentia*, ma soltanto nella prima ipotesi, *nulla quaestio*. Invece, là dove l'ordinamento non intenda accantonare la pretesa punitiva quando l'impegno esigibile dagli organi statuali per prevenire l'assenza "involontaria" sia stato adempiuto[22] (sebbene senza dare frutto), si rende necessario assicurare alla persona comunque processata la fruizione di misure ripristinatorie adeguate.
Se guardiamo all'assetto interno attuale, esso rivela che l'ultimo riformatore ha inteso non lasciare spazio al processo all'assente "involontario", optando per un meccanismo orientato a garantirne l'inibizione[23]. Nel quadro di un sistema incentrato sulla possibilità di procedere *in absentia* soltanto a fronte della provata scelta "astensionista" dell'imputato, s'inserisce coerentemente una «doppia corsia di rimedi»[24] contro l'eventuale fallimento della "prevenzione"[25]. Quest'ultimo sollecita soluzioni *ex post*, da un lato, per i «casi in cui si è erroneamente proceduto in assenza, pur quando mancavano i presupposti normativi per farlo», e, dall'altro lato, per «le ipotesi nelle quali, invece, in ragione dei dati a disposizione del giudice, la declaratoria di assenza ha pienamente rispettato i parametri di legge ed era quindi del tutto corretta, ma l'imputato offre successivamente una valida dimostrazione che in realtà egli non aveva una conoscenza effettiva oppure non aveva potuto intervenire tempestivamente senza sua colpa»[26].
Le "pretese" avanzate dalle fonti internazionali e sovranazionali sembrano soddisfatte[27]. Tuttavia, se

[18] A. Mangiaracina, *Il "tramonto" della contumacia*, cit., 575, distingue fra «assente *tout court* o "quasi presente"». N. Rombi, *Il nuovo processo in assenza*, in *DPP* 2023, 126, puntualizza che la verifica giudiziale circa l'esistenza dei presupposti per procedere in assenza ai sensi dell'art. 420-*bis* Cpp «postula che si sia accertata l'insussistenza di situazioni in cui, nonostante la mancata comparizione all'udienza, l'imputato debba ritenersi presente». G. Varraso, *op. cit.*, 576, precisa che, «*in primis*, il giudice deve verificare che l'imputato non sia presente».
[19] V. S. Quattrocolo, *Assenza, latitanza, rimedi restitutori: una posizione non scontata della Corte di giustizia*, in *CP* 2022, 3264 s. Il riferimento è, nello specifico, a C.G.UE, 19.5.2022, C-569/20.
[20] C. eur. GC, 1.3.2006, *Sejdovic c. Italia*, § 82.
[21] V. F. Caprioli, *"Giusto processo" e rito degli irreperibili*, in *LP* 2004, 590.
[22] Quanto all'impegno gravante sugli Stati «*in order to ensure that the rights guaranteed by Article 6 (…) are enjoyed in an effective manner*» (C. eur., 12.2.1985, *Colozza c. Italia*, § 28), v. D. Negri, *op. cit.*, 135 ss.
[23] Per l'alternativa fra un'opzione «di tipo preventivo/inibitorio» ed una «di tipo successivo/riparatorio», v. F. Caprioli, *op. cit.*, 588.
[24] A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., 9.
[25] Cfr. C. Conti, *op. cit.*, 467, nota 28.
[26] *Relazione illustrativa al decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, 114.
[27] In precedenza, v. già Cass. S.U. 28.11.2019 n. 23948, cit.

la scelta di evitare il processo all'assente "involontario" non risultasse in realtà compiutamente realizzata, la conclusione potrebbe essere diversa. Si vedrà, nel prosieguo, se questo sia il caso pur dopo la "riforma Cartabia".
Innanzitutto, va detto che, al di fuori della rinuncia espressa a comparire al processo o a far valere un legittimo impedimento a comparirvi (art. 420-*bis* co. 1 lett. *b* Cpp), sono previsti tre ulteriori casi nei quali il giudice procede nei confronti dell'assente[28], il quale è rappresentato dal difensore, salvo che la legge disponga altrimenti[29]. Cambia la «base giustificatrice»[30] del processo *in absentia*, non senza che ciò incida sull'effettiva aderenza della singola fattispecie al modello del «processo in assenza "volontaria" dell'imputato»[31], come si vedrà fra poco.
Nella prima ipotesi, si procede nei confronti dell'assente in quanto la conoscenza della pendenza del processo è considerata dal legislatore comunque esigibile in virtù dell'intervenuta notificazione della *vocatio in iudicium* secondo modalità "qualificate"[32] (art. 420-*bis* co. 1 lett. *a* Cpp).
Nel secondo caso, si procede *in absentia* in quanto la conoscenza della pendenza del processo e la scelta volontaria e consapevole di non comparirvi sono state accertate dal giudice, a fronte di una notifica regolare ma non eseguita secondo le suddette modalità "qualificate" (art. 420-*bis* co. 2 Cpp).
Infine, si procede in assenza anche a prescindere dalla prova della conoscenza della pendenza del processo in ragione di un'accertata condotta "abusiva" dell'imputato (art. 420-*bis* co. 3 Cpp).

4. La prima delle tre fattispecie evocate è quella prevista dall'art. 420-*bis* co. 1 lett. *a* Cpp: il giudice procede in assenza «quando l'imputato è stato citato a comparire a mezzo di notificazione dell'atto in mani proprie o di persona da lui espressamente delegata al ritiro dell'atto».
In tal caso, la notificazione della *vocatio in iudicium* secondo le modalità appositamente selezionate esonera il giudice da ogni ulteriore verifica intesa ad assicurare che l'imputato abbia avuto effettiva conoscenza della pendenza del processo e che la sua assenza all'udienza sia il frutto di una rinuncia volontaria e consapevole, sebbene tacita. Il processo in assenza è comunque autorizzato, né l'imputato, correttamente dichiarato assente in conformità ai parametri di legge e poi comparso prima della decisione, sarà ammesso a provare di non aver avuto effettiva conoscenza della pendenza del processo per essere restituito nel termine al fine di esercitare le facoltà dalle quali è decaduto, come si ricava dall'art. 420-*bis* co. 6 lett. *b* Cpp[33]. L'eventuale comparsa successiva è cioè destinata ad essere intesa e trattata al pari del ripensamento da parte del già espressamente rinunciante, *i.e.* come il frutto di un mero cambiamento della strategia difensiva, che non richiede di abbinare il rimedio restitutorio alla revoca dell'ordinanza dichiarativa dell'originaria assenza[34], salvo il caso dell'imputato il quale «fornisc[*a*] la prova che, per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento, si è trovato nell'assoluta impossibilità di comparire in tempo utile per esercitare le facoltà dalle quali è decaduto e che non ha potuto trasmettere tempestivamente la prova

[28] Sulla sequenza degli accertamenti che conduce alla dichiarazione di assenza, ricavabile dall'art. 420 co. 2-*bis* Cpp, v. R. Crepaldi, *L'udienza preliminare*, in AA.VV., *Le indagini preliminari, l'udienza preliminare e la nuova udienza predibattimentale*, Torino 2023, 230; D. Tripiccione, *op. cit.*, 151 s.; G. Varraso, *op. cit.*, 573 ss.
[29] Sulla rappresentanza del difensore, v. G. Varraso, *op. cit.*, 584 s.
[30] Cfr. già G. Ubertis, *"Truffa delle etichette" nel processo penale: la "contumacia" è diventata "assenza"*, in *CP* 2015, 936.
[31] V. Cass. S.U. 28.11.2019 n. 23948, cit.
[32] In ordine alla precedente disciplina, v. già S. Quattrocolo, *Il contumace cede la scena processuale all'assente,* cit., 98.
[33] V., altresì, gli artt. 489 co. 2-*bis* lett. *b*, 604 co. 5-*ter* lett. *b*, nonché 175 co. 2.1 Cpp. Come si legge nella Relazione illustrativa, cit., 114, «nei *soli* casi di assenza previsti dall'art. 420 bis, commi 2 e 3 (ossia quando l'assenza è stata correttamente ritenuta provata dal giudice) l'imputato è rimesso nei termini se prova di non aver avuto effettiva conoscenza della pendenza del processo e di non aver potuto intervenire senza sua colpa in tempo utile per esercitare le facoltà dalle quali è decaduto» (corsivo nostro).
[34] V. L. Kalb, *op. cit.*, 358. In rapporto alla disciplina previgente, v. S. Quattrocolo, *Il contumace cede la scena processuale all'assente*, cit., 99.

dell'impedimento senza sua colpa».
Ogni ipotesi di processo *in absentia* fondata su un giudizio di esigibilità dell'effettiva conoscenza della *vocatio in iudicium* (quale crediamo essere, nella sostanza, quella di cui all'art. 420-*bis* co. 1 lett. *a* Cpp) è di per sé suscettibile di entrare in tensione con il parametro della provata rinuncia al diritto alla presenza.
Nel nostro caso, l'interrogativo è se davvero la notifica dell'atto di *vocatio in iudicium* nelle forme selezionate dal legislatore autorizzi a far scivolare nell'irrilevanza il passaggio dalla conoscibilità, assicurata dalla notificazione, alla conoscenza effettiva, ciò che equivale a celebrare il processo in assenza con accettazione del rischio che non possa esercitare l'autodifesa l'imputato inconsapevole.
I dubbi sorgono per colui che è stato citato a comparire a mezzo di notificazione dell'atto in mani non proprie, ma di persona espressamente delegata al suo ritiro. Pare inevitabile, infatti, domandarsi se quest'ultima modalità della notificazione all'imputato possa autorizzare il legislatore a gravarlo di un onere di diligenza[35] che pone definitivamente a suo carico il rischio di un processo celebrato in assenza nonostante uno stato effettivo d'inconsapevolezza.
Innanzitutto, occorre definire quale sia il caso preso in considerazione dalla norma. Potremmo immaginare che si tratti dell'ipotesi in cui ci sia stata elezione di domicilio ai sensi dell'art. 161 co. 1 Cpp e l'atto sia stato consegnato nelle mani del domiciliatario, non anche di altro soggetto pur legittimato a riceverlo a norma dell'art. 157 Cpp (al quale rinvia l'art. 163 Cpp). Quest'ultima modalità di notificazione, infatti, è certamente riconducibile fra quelle che non sollevano il giudice da una verifica che accerti se è stata procurata la conoscenza effettiva della *vocatio in iudicium* nel caso specifico[36]. Ciò detto, l'identificazione del delegato nel domiciliatario (di cui all'art. 161 co. 1 Cpp) potrebbe comunque estendere significativamente l'area dei processi celebrati in assenza ai sensi dell'art. 420-*bis* co. 1 lett. *a* Cpp ed esporre la nuova disciplina a critiche ben note.
Tuttavia, la lettera della legge consente un'interpretazione più rigorosa, che non si accontenta della notifica a mani del domiciliatario se costui non sia, altresì, espressamente delegato al ritiro della specifica *vocatio in iudicium*[37]: tale lettura potrebbe limitare a casi davvero residuali il processo in assenza fondato su questo presupposto e contenere le perplessità sul piano delle garanzie.
In ogni caso, sarebbe stato meglio evitare l'equiparazione della notifica nelle mani del delegato a quella nelle mani dell'imputato e non sottrarre la prima alle «modalità della notificazione» che il comma 2 dell'art. 420-*bis* Cpp consegna alla libera valutazione del giudice. Se si fosse adottata quest'ultima soluzione, in caso di notifica al terzo espressamente delegato, sarebbe stato comunque agevole per il giudice suffragare la conoscenza dell'atto introduttivo per poter procedere in assenza, ma sarebbe stata opportunamente garantita la possibilità di reintegrazione nelle facoltà difensive a favore dell'imputato che, comparso, avesse reso note circostanze idonee a dimostrare, invece, la mancata effettiva conoscenza della pendenza del processo.

5. Al di fuori delle modalità di notifica dell'atto introduttivo selezionate dall'art. 420-*bis* co. 2 lett. *a*

[35] Cfr. C. Conti, *op. cit.*, 472 ss.
[36] Cfr. R. Crepaldi, *op. cit.*, 231. Prima della recente riforma, per una considerazione invece tendenzialmente unitaria (ai presenti fini) delle notificazioni eseguite a mani del domiciliatario oppure di altra persona individuata ai sensi dell'art. 157 Cpp, v. Cass. 18.6.2020 n. 21997, in *Leggi d'Italia Professionale* – Banca dati Wolters Kluwer: «Va precisato […] che la presunzione relativa di conoscenza, che le stesse Sezioni Unite fanno derivare dalle situazioni tipizzate dall'art. 420-bis, c.p.p., con specifico riguardo all'ipotesi della dichiarazione-elezione di domicilio, opera soltanto nel caso in cui la notificazione della vocatio in iudicium sia avvenuta presso il domicilio indicato, ancorché non a mani del destinatario bensì di altro soggetto legittimato a ricevere l'atto (familiare convivente, portiere dello stabile, collaboratore domestico, dipendente e così via): soltanto in questo caso, infatti, in ragione della stretta relazione intercorrente tra l'imputato e colui che, per esso, ha ricevuto l'atto, è ragionevole presumere che il primo ne sia venuto a conoscenza, sì da ritenere giustificato l'onere, a suo carico, di dimostrare il contrario».
[37] In tal senso v. M.E. Mele, *Il processo in assenza*, in Corte Suprema di Cassazione – Ufficio del Massimario – Servizio Penale, *Relazione su novità normativa. La "riforma Cartabia"*, 5.1.2023, 96.

Cpp, di regola, è la *provata* rinuncia tacita ad autorizzare il processo all'assente. Si tratta della fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 420-*bis* Cpp: mancando una rinuncia espressa, il giudice procede in assenza sulla base (non più di una valutazione di esigibilità cristallizzata dal legislatore ma) di un accertamento in concreto dell'«effettiva conoscenza della pendenza del processo» (cioè di un provvedimento formale di *vocatio in iudicium*) e della «scelta volontaria e consapevole» di non presenziarvi.

La prova della tacita rinuncia all'esercizio del diritto alla presenza è rimessa al ragionamento indiziario[38]. Il legislatore ha fornito esempi di classi di fatti («modalità della notificazione»[39]; «atti compiuti dall'imputato prima dell'udienza») o di fatti («nomina di un difensore di fiducia») che hanno «rilevanza induttiva» ai fini della prova della rinuncia tacita all'esercizio del diritto di autodifesa; valutarne l'«efficacia persuasiva» nel contesto del singolo caso di specie spetta al giudice[40], che è altresì libero di valorizzare «ogni altra circostanza rilevante»[41]. Al di là di singoli rilievi specifici, in linea generale ci si è condivisibilmente interrogati sull'opportunità dell'esemplificazione legislativa[42].

La fattispecie di cui all'art. 420-*bis* co. 2 Cpp è costruita in modo tale da individuare, come oggetto di prova, i presupposti del processo in assenza[43]: ne deriva che, nelle situazioni di incertezza sull'«effettiva conoscenza della pendenza del processo» e/o sulla «scelta volontaria e consapevole» di non presenziarvi, la scelta deve ricadere sulla sentenza di non doversi procedere *ex* art. 420-*quater* Cpp (previo rinvio dell'udienza e tentativo di notifica «all'imputato personalmente ad opera della polizia giudiziaria» ai sensi dell'art. 420-*bis* co. 5 Cpp).

Vale la pena di sottolineare, altresì, che il secondo comma dell'art. 420-*bis* Cpp non equipara alla conoscenza della pendenza del processo l'ignoranza determinata da colpa, la quale dunque preclude il processo *in absentia* al pari dell'ignoranza incolpevole[44]. La natura non colposa della mancata conoscenza non appartiene neppure all'oggetto della prova alla quale è subordinato, nell'ipotesi di imputato successivamente comparso prima della decisione, il recupero *ex post* delle facoltà difensive perdute[45] consentito nonostante la conformità della declaratoria di assenza ai parametri di legge: in tal caso, l'assenza di colpa deve connotare esclusivamente il mancato intervento «in tempo utile per esercitare le facoltà dalle quali [*l'imputato*] è decaduto» (art. 420-*bis* co. 6 lett. *b* Cpp), nell'ottica di «impedire un utilizzo strumentale del rimedio»[46].

Ai sensi del primo capoverso dell'art. 420-*bis* Cpp, il giudice terrà conto di una modalità di notifica della *vocatio in iudicium* all'imputato (regolare ma) diversa da quelle "qualificate" di cui alla lettera *a* del comma di apertura «quale "fatto" da valutare nel caso concreto […] per provare che» l'assente «abbia effettivamente avuto conoscenza» dell'atto; così, «per fare un esempio, si potrà tener conto, insieme ad altre circostanze, della reale e stabile convivenza con il soggetto che ha ricevuto l'atto

[38] Cfr. già C. Conti, *op. cit.*, 471; ora v. G. Varraso, *op. cit.*, 579 s.

[39] V. già Cass. S.U. 28.11.2019 n. 23948, cit.: «[…] nel sistema delle notifiche si distingue chiaramente tra una notifica "possibile", ovvero quella effettuata in modo da rendere effettivamente conoscibile l'atto alla parte (quale la notifica a mezzo di persona convivente) e la notifica che tale caratteristica non ha perché, anche se formalmente corretta, non porta l'atto ad effettiva conoscenza limitandosi ad una *fictio*».

[40] In termini generali, v. P. Ferrua, *op. cit.*, 71 ss.

[41] V. A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., 8. Sul ruolo del giudice nazionale in materia si sofferma C.G.UE 19.5.2022, cit., § 41 ss.

[42] A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., 7.

[43] In termini generali, v. P. Ferrua, *op. cit.*, 107 ss.; con specifico riferimento al tema in oggetto, v. A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., 8; G. Varraso, *op. cit.*, 580 s.

[44] Prima della riforma, in tema v. C. Conti, *op. cit.*, 473 ss.

[45] V. A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., 10.

[46] Cfr. A. Nocera, *I rimedi restitutori*, in Corte Suprema di Cassazione – Ufficio del Massimario – Servizio Penale, *Relazione su novità normativa*, cit., 182, con specifico riferimento all'art. 175 co. 2.1 Cpp; v. altresì, in particolare, gli artt. 489 co. 2-*bis* lett. *b*, 604 co. 5-*ter* lett. *b* Cpp.

presso il domicilio […]»[47], ossia, in termini generali, della sussistenza di «un effettivo collegamento tra la persona ed il luogo eletto»[48].
Il processo *in absentia* è consentito se le circostanze del caso dimostrano l'effettiva conoscenza della pendenza del processo, mentre non è sufficiente l'effettiva conoscibilità. Al fine specifico della celebrazione del processo nonostante l'assenza dell'imputato, non rileva che quest'ultimo avrebbe potuto evitare di rimanere all'oscuro dell'atto introduttivo usando l'ordinaria diligenza. Nell'assetto attuale, infatti, soltanto dalla delega espressa al ritiro dell'atto l'art. 420-*bis* Cpp fa derivare «un evidente onere [*in capo all'imputato*] di "tenersi informato"»[49] presso il delegato, se egli intende evitare che il processo si celebri a sua insaputa. Fuori da questo caso (e da quello della notificazione personale), per poter procedere *in absentia* il giudice deve accertare la conoscenza effettiva, non anche la conoscenza effettivamente esigibile, della *vocatio in iudicium*. A sua volta, l'imputato comparso prima della decisione recupererà le facoltà difensive perdute se fornirà la prova di non aver avuto effettiva conoscenza della pendenza del processo, per esempio in ragione dell'interruzione dei rapporti con il domiciliatario *ex* art. 161 co. 1 Cpp, che ha regolarmente ricevuto l'atto (a meno che si ritenga tale situazione riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 420-*bis* co. 1 lett. *a* Cpp, la quale, a fronte di un'assenza a suo tempo ben dichiarata, esclude il rimedio restitutorio). Non è invece necessario che le circostanze concrete rese note dall'imputato comparso dimostrino che lo stato di inconsapevolezza non era evitabile[50], ossia, nell'esempio citato, che la comunicazione di un nuovo domicilio effettivo non è stata possibile per caso fortuito o forza maggiore (mentre è richiesto che, cessato lo stato di ignoranza, non fosse esigibile un intervento in tempo utile per l'esercizio delle suddette facoltà)[51].
Nell'assetto attuale, soltanto se la mancata conoscenza effettiva degli atti introduttivi risulta voluta, la sua attribuibilità all'imputato esce dall'irrilevanza ai fini del processo in assenza. Esclusivamente l'ignoranza procurata *volontariamente* non sottrae l'assente all'esercizio della giurisdizione (si pensi all'ipotesi in cui il giudice accerti che, interrotti i contatti con il domiciliatario, l'imputato ha evitato di individuare e di comunicare un nuovo domicilio effettivo prevedendo e volendo il mancato conseguimento della conoscenza della *vocatio in iudicium* come conseguenza della propria omissione). Si tornerà nel prosieguo su quest'ultimo presupposto del processo *in absentia*.
Ora interessa soltanto sottolineare come (almeno tendenzialmente) la disciplina attuale eviti di trarre la possibilità di procedere nonostante l'assenza dell'imputato da proposizioni prescrittive, attinenti alla misura della collaborazione esigibile dalla parte privata, essendo, quest'ultima, un'impostazione che consente il processo *in absentia* al di là dei casi di rinuncia all'esercizio del diritto alla presenza[52].
In ultimo, ai fini dell'operatività del rimedio restitutorio, la regola di giudizio rimane quella «di generale applicazione»[53]: i presupposti della restituzione nel termine devono essere provati "al di là di ogni ragionevole dubbio", cosicché, nelle situazioni di incertezza sull'ignoranza del processo e/o sull'impossibilità incolpevole di un intervento tempestivo, la scelta deve ricadere sull'esclusione del rimedio. Ciò significa che, sul piano della tutela successiva, il rischio per la mancata prova si sposta

[47] V., *mutatis mutandis*, Cass. S.U. 28.2.2019 n. 28912, in *CP* 2019, 4249 ss., con nota di S. Ciampi, *Condizioni legittimanti la celebrazione del processo* in absentia: *i dubbi sul ruolo da ascriversi all'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, *ivi*, 4261 ss.
[48] V. Cass. S.U. 28.11.2019 n. 23948, cit.
[49] V., *mutatis mutandis*, Cass. S.U. 28.2.2019 n. 28912, cit.
[50] Cfr. A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., 10.
[51] In riferimento all'assetto delineato dal legislatore nel 2014, v. C. Conti, *op. cit.*, 473: «La prova contraria, a ben vedere, consiste nel dimostrare l'impossibilità di adempiere al dovere di informarsi. Le "regole cautelari" si misurano sul dovere informativo. È incolpevole solo chi dimostra, in positivo, di aver adempiuto interamente al predetto obbligo. L'imputato che non si è messo in condizioni di essere raggiunto dalle notificazioni difficilmente sarà in grado di provare la mancata conoscenza incolpevole. Si è palesemente dinanzi ad una *probatio diabolica*».
[52] Cfr. C. Conti, *op. cit.*, 472 ss.
[53] In termini generali, v. P. Ferrua, *op. cit.*, 83.

sull'imputato, non essendo il legislatore intervenuto a suo vantaggio, né modificando lo *standard* probatorio, né configurando l'effettiva conoscenza della pendenza del processo come fatto impeditivo della *restitutio in integrum*.

6. Infine, c'è la fattispecie di assenza di cui al terzo comma dell'art. 420-*bis* Cpp: «Il giudice procede in assenza anche fuori dai casi di cui ai commi 1 e 2, quando l'imputato è stato dichiarato latitante o si è in altro modo volontariamente sottratto alla conoscenza della pendenza del processo».
Alla base di tale ipotesi è ravvisabile una valutazione legislativa di non ostatività dell'ignoranza volontaria alla celebrazione del processo *in absentia*, posto che la condotta dell'imputato, il quale abbia deliberatamente impedito che la regolarità della notificazione si accompagnasse all'effettiva conoscenza personale dell'atto introduttivo, «deve considerarsi implicita ma inequivocabile rinuncia alla partecipazione al proprio processo»[54].
In primo luogo, la norma prende in considerazione la declaratoria di latitanza, che consente di procedere in assenza «anche nell'ipotesi in cui non sia accertata in capo all'imputato la conoscenza del processo»[55]. Il legislatore ha ritenuto di poter prescindere da quest'ultimo presupposto dopo aver precisato il contenuto motivazionale del decreto che dichiara la latitanza in seguito «alla mancata esecuzione di un'ordinanza applicativa di misure cautelari» e dopo aver modificato il regime della notificazione al latitante della *vocatio in iudicium*[56]. Dal primo punto di vista, è stato espressamente puntualizzato che nel decreto devono essere «indicati gli elementi che provano l'effettiva conoscenza della misura e la volontà di sottrarvisi» (art. 296 co. 2 Cpp), mentre, dal secondo angolo visuale, ora «la notifica [*degli atti introduttivi*] al difensore non è più effetto della sola dichiarazione di latitanza […], ma del combinato disposto della dichiarazione di latitanza e di notifiche infruttuose»[57] (art. 165 co. 1-*bis* Cpp).
Nel dare corpo alla «disciplina derogatoria per il processo nei confronti dell'imputato latitante» prefigurata dalla delega[58], il d.lgs. 150/2022 ha previsto che quest'ultimo, legittimamente processato in assenza anche senza la prova della conoscenza della *vocatio in iudicium*, possa far valere *ex post* l'effettiva ignoranza della pendenza del processo sul piano restitutorio. In tal caso, la tutela successiva di natura ripristinatoria sembrerebbe operare in via principale, diversamente da quanto accade per la fattispecie di assenza codificata nel secondo comma, rispetto alla quale il rimedio restitutorio risulta predisposto per intervenire in subordine al fallimento di quello preventivo (cioè là dove l'accertamento *ex ante* in ordine all'«effettiva conoscenza della pendenza del processo» ed alla «scelta volontaria e consapevole» di non presenziarvi non sia riuscito ad evitare che si procedesse in assenza nei confronti dell'inconsapevole[59]).
Si è già ricordato che, alla luce del compendio garantistico sviluppato dalla giurisprudenza di Strasburgo e recepito dalla direttiva eurounitaria del 2016, la celebrazione del processo all'assente in mancanza di una provata scelta non partecipativa implica il diritto del medesimo di ottenere un'adeguata reintegrazione nei suoi diritti processuali, salvo il caso in cui sia accertato che «*he intended to escape trial*»[60]. Una "messa a punto" in merito è venuta dalla Corte di Giustizia[61],

[54] S. Quattrocolo, *Assenza, latitanza, rimedi restitutori*, cit., 3261.
[55] G. Colaiacovo, *Le modifiche in materia di latitanza*, in *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, cit., 369.
[56] V. G. Colaiacovo, *Le modifiche in materia di latitanza*, cit., 367 s.; R. Crepaldi, *op. cit.*, 231 s.; N. Rombi, *Il nuovo processo in assenza*, cit., 127; D. Tripiccione, *op. cit.*, 155 s.; G. Varraso, *op. cit.*, 583 s.
[57] *Relazione illustrativa*, cit., 126.
[58] Art. 1 co. 7 lett. *f* l. 27.9.2021 n. 134: «prevedere una disciplina derogatoria per il processo nei confronti dell'imputato latitante, consentendo di procedere in sua assenza anche quando non si abbia certezza dell'effettiva conoscenza della citazione a giudizio e della rinuncia dell'imputato al suo diritto a comparire al dibattimento, stante la possibilità di un rimedio successivo ai sensi della lettera g); […]».
[59] Cfr. C. Conti, *op. cit.*, 467, nota 28.
[60] C. eur. GC, 1.3.2006, *Sejdovic c. Italia*, § 82.
[61] C.G.UE, 19.5.2022, cit.

attraverso una pronuncia ancor più rilevante in considerazione dell'efficacia diretta dell'art. 8 § 4 e dell'art. 9 dir. 2016/343/UE[62]: la reintegrazione può essere negata all'imputato processato in assenza soltanto «qualora da indizi precisi e oggettivi risulti che quest'ultimo ha ricevuto informazioni sufficienti per essere a conoscenza del fatto che si sarebbe svolto un processo nei suoi confronti e, con atti deliberati e al fine di sottrarsi all'azione della giustizia, ha impedito alle autorità di informarlo ufficialmente di tale processo».

La latitanza, tuttavia, non implica, in sé, l'avveramento di tale condizione. Infatti, la volontaria sottrazione alla misura cautelare può consumarsi in uno stadio del procedimento non abbastanza avanzato affinché si possa ritenere che l'interessato sia in possesso delle suddette "informazioni sufficienti", *i.e.* di «*une connaissance des poursuites et du procès suffisante pour lui permettre de décider de renoncer à son droit de comparaître ou de se dérober à la justice*»[63]. Se questo è il caso, ove non intenda rinunciare al perseguimento della pretesa punitiva, il legislatore deve assicurare al (già) latitante un'adeguata reintegrazione[64]. Com'è noto, affinché tale diritto sia effettivo, «*a person charged with a criminal offence must not be left with the burden of proving that he was not seeking to evade justice or that his absence was due to force majeure*»[65].

Se scrutato da quest'ultimo angolo visuale, l'attuale assetto potrebbe non risultare esente da criticità[66], qualora si consideri l'abbinamento del processo in assenza comunque consentito nei confronti dei latitanti[67] (non escluso il caso del ricorso in concreto alla notificazione mediante consegna di copia al difensore, anche d'ufficio) a rimedi (per i «casi in cui la declaratoria di assenza era corretta») «di tipo restitutorio ma sottoposti a condizioni» (*i.e.* all'«avvenuto assolvimento degli oneri probatori» gravanti sull'imputato)[68].

La lettera dell'art. 420-*bis* co. 3 Cpp consente, tuttavia, un'interpretazione conforme della norma interna, se si tiene in conto che l'imputato è oggetto di considerazione «quando […] è stato dichiarato latitante o si è *in altro modo* volontariamente sottratto alla conoscenza della pendenza del processo». Infatti, se ne può ricavare che la latitanza permette di procedere *in absentia* soltanto se l'imputato si è posto in codesta condizione essendo già in possesso di informazioni sufficienti per essere consapevole che, in tal modo, si sarebbe sottratto alla conoscenza della pendenza del processo[69]. Entro questa prospettiva, il giudice procede esclusivamente se ha accertato ("al di là di ogni ragionevole dubbio") che l'accusato «*intended to escape trial*»[70], donde l'insussistenza del diritto ad ottenere la reintegrazione e, dunque, la "sostenibilità" di un accesso "condizionato" alla *restitutio in integrum* per i casi di fallita prevenzione del processo *in absentia* nei confronti del latitante inconsapevole (o comunque non "sufficientemente" consapevole)[71].

---

[62] V. S. Quattrocolo, *Assenza, latitanza, rimedi restitutori*, cit., 3264.
[63] C. eur., 28.9.2006, *Hu c. Italia*, § 53.
[64] V. S. Quattrocolo, *Assenza, latitanza, rimedi restitutori*, cit., 3263.
[65] C. eur. GC, 1.3.2006, *Sejdovic c. Italia*, § 88.
[66] Per un elemento particolare di criticità, questa volta sotto il profilo dell'adeguatezza della portata della reintegrazione nei diritti processuali del (già) latitante, v. A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., 10: «Nell'ambito dei meccanismi restitutori in appello, si innesta poi un elemento di tensione. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel caso di imputato latitante sarà disposta ai sensi dei più stringenti parametri di cui all'art. 190 *bis* c.p.p., nonostante per accedervi sia necessario l'avvenuto assolvimento degli oneri probatori, e ciò diversamente dagli altri casi di assenza (art. 603, comma 3 *ter*, c.p.p.)»; G. Varraso, *op. cit.*, 598, ravvisa sul punto «una discutibile limitazione al diritto alla prova che non trova riscontro nella legge-delega nell'art. 1 comma 7, lett. *f*».
[67] V. *Relazione illustrativa*, cit., 126.
[68] V. A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., 10.
[69] Cfr. G. Varraso, *op. cit.*, 584.
[70] C. eur. GC, 1.3.2006, *Sejdovic c. Italia*, § 82.
[71] Sulla questione, prima della recente riforma, v. G. Colaiacovo, *Processo* in absentia *e imputato latitante*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 14.3.2016, 1 ss.; E. Dei-Cas, *L'assenza dell'imputato. Modelli partecipativi e garanzie difensive*, Torino 2021, 202 ss.; S. Marcolini, *I presupposti del giudizio in assenza*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vigoni, Torino 2014, 160. Ora, per le indicazioni ricavabili da C.G.UE, 19.5.2022, cit., v. S. Quattrocolo,

Posto che, ai sensi del terzo comma dell'art. 420-*bis* Cpp, la volontaria sottrazione alla conoscenza della pendenza del processo (che, da un lato, non è imputabile a *tutti* i latitanti, ma, dall'altro lato, non è riferibile *esclusivamente* ai latitanti) consente comunque di procedere *in absentia*, si può concludere che, in mancanza sia di rinuncia espressa che di notifica "qualificata", il processo all'assente è subordinato o alla prova ("al di là di ogni ragionevole dubbio") dell'«effettiva conoscenza della pendenza del processo» e della «scelta volontaria e consapevole» di non presenziarvi oppure alla prova ("al di là di ogni ragionevole dubbio") della volontaria («non meramente colposa»[72]) sottrazione a quella conoscenza. Indicazioni circa gli indizi utili ai fini dell'accertamento giudiziale di quest'ultimo presupposto si ricavano dall'interpretazione che la Corte di giustizia ha dato agli articoli 8 e 9 dir. 2016/343/UE nella già evocata sentenza del maggio dello scorso anno[73].
Peraltro, per quanto si è detto sopra[74], le difficoltà sul piano probatorio non dovrebbero indurre a "convertire" surrettiziamente l'accertamento in ordine alla natura volontaria della sottrazione alla conoscenza della pendenza del processo in un giudizio di mera esigibilità della stessa nel caso concreto[75].
Infine, a fronte di un processo *in absentia* che presuppone la provata sottrazione alla conoscenza della sua pendenza, la tutela successiva di natura ripristinatoria si conferma destinata ad operare in via subordinata, ossia a subentrare là dove l'accertamento *ex ante* non sia riuscito a prevenire il processo all'assente involontariamente inconsapevole. Nei casi di cui all'art. 420-*bis* co. 3 Cpp, ai fini dell'accesso al rimedio successivo, colui che compare potrà dunque utilmente provare la carenza del possesso di "informazioni sufficienti" affinché, nella condotta tramite cui egli ha impedito una modalità di notifica idonea a procurare la conoscenza effettiva della *vocatio in iudicium*, sia inequivocabilmente ravvisabile la scelta «*de se dérober à la justice*»[76]. Oppure potranno essere resi noti fatti capaci di dimostrare che la mancata conoscenza dell'atto introduttivo è stata una conseguenza non voluta della condotta dell'imputato[77], per esempio quando la notificazione viene regolarmente eseguita presso il domicilio eletto, ma non più effettivo, in quanto l'imputato ha dimenticato di comunicarne il mutamento.

7. In chiusura s'intende accennare ad un «caso critico»[78], che ha sollecitato la denuncia di una tensione fra la volontà legislativa di circoscrivere la celebrazione del processo all'imputato non presente alle sole ipotesi di assenza volontaria e le esigenze sottese all'esercizio della giurisdizione. Il caso è quello di Giulio Regeni. A breve si dovrebbe sapere se il giudice per l'udienza preliminare

Assenza, latitanza, rimedi restitutori, cit., 3263, la quale distingue fra «il latitante […] che non è stato raggiunto dalla sufficiente conoscenza del processo» ed «il soggetto datosi alla fuga [*che*] risulta già informato della pendenza del processo (o quantomeno dell'azione penale) nei suoi confronti».
[72] A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., 9.
[73] C.G.UE, 19.5.2022, cit., § 48 ss.: «Solo qualora da indizi precisi e oggettivi risulti che l'interessato, pur essendo stato ufficialmente informato di essere accusato di aver commesso un reato e, sapendo quindi che un processo si sarebbe svolto nei suoi confronti, agisca deliberatamente in modo da evitare di ricevere ufficialmente le informazioni relative alla data e al luogo del processo, si può ritenere che tale interessato, fatte salve tuttavia le esigenze particolari delle persone vulnerabili di cui ai considerando 42 e 43 della direttiva 2016/343, sia stato informato del processo e abbia rinunciato volontariamente e in modo inequivocabile ad esercitare il suo diritto di presenziare a quest'ultimo. [...] L'esistenza di tali indizi precisi e oggettivi può, ad esempio, essere constatata qualora detto interessato abbia volontariamente comunicato un indirizzo errato alle autorità nazionali competenti in materia penale o non si trovi più all'indirizzo da esso comunicato. […]» (in dottrina, v. L. Kalb, *op. cit.*, 343; A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., 8 s.; nonché, diffusamente, S. Quattrocolo, *Assenza, latitanza, rimedi restitutori*, cit., 3253 ss.).
[74] V. *supra*, § 5.
[75] Cfr. D. Tripiccione, *op. cit.*, 155.
[76] C. eur., 28.9.2006, *Hu c. Italia*, § 53.
[77] Cfr. S. Quattrocolo, *Assenza, latitanza, rimedi restitutori*, cit., 3264.
[78] V. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino 1992, 182 s.

rimetterà la questione sollevata dal pubblico ministero alla Corte costituzionale[79].
In forza delle disposizioni transitorie in materia di assenza, le censure prospettate dalla parte pubblica si appuntano sull'art. 420-*bis* Cpp così come novellato. Infatti, in ragione dell'ordinanza dell'11 aprile 2022, che dispose la sospensione del processo nei confronti degli imputati assenti, il caso risulta regolato dal primo capoverso dell'art. 89 d.lgs. 150/2022[80]: il giudice deve provvedere ai sensi del "nuovo" art. 420-*quater* Cpp, che, fuori dei casi contemplati dagli artt. 420-*bis* e 420-*ter* Cpp, nei confronti dell'imputato non presente prevede l'emissione di «sentenza inappellabile di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo».
Tuttavia, secondo il pubblico ministero, il processo Regeni rivela che, fra i casi ad oggi previsti dall'art. 420-*bis* Cpp, ne manca uno che, invece, deve necessariamente esserci: l'intervento additivo richiesto alla Corte costituzionale ridurrebbe la portata della causa di improcedibilità che il giudice per l'udienza preliminare è chiamato ad applicare in virtù della disciplina transitoria, donde la rilevanza della questione. Se quest'ultima venisse accolta, infatti, «si aprirebbe la possibilità di procedere penalmente nei confronti degli imputati, salva in ogni caso la possibilità per gli stessi di reclamare successivamente la propria effettiva mancata conoscenza dell'esistenza del processo»[81].
La questione richiede di portare l'attenzione sul modo d'intendere il processo all'assente inconsapevole che l'opzione normativa oggetto delle censure sollevate dalla parte pubblica presuppone. Osservata da tale angolo visuale, la disciplina risultante dalla "riforma Cartabia" appare proporsi come espressione compiuta dell'identificazione, nel processo che avanzi all'insaputa dell'imputato, di una violazione del diritto alla presenza[82], *i.e.* di una patologia, che, in quanto tale, richiede di essere prevenuta e, fallendo la prevenzione, neutralizzata nei suoi effetti[83]. Diversamente, l'addizione propugnata dal pubblico ministero del caso Regeni riporterebbe nell'ambito della fisiologia il processo all'assente inconsapevole in un caso nel quale la sua celebrazione non potrebbe intendersi quale violazione del diritto alla presenza, essendo invece la realizzazione di un doveroso bilanciamento con le esigenze sottese all'esercizio della giurisdizione, anch'esse di rango costituzionale[84].
Precisamente, se intervenisse l'innesto richiesto dalla parte pubblica, «nei casi in cui la formale mancata conoscenza del procedimento (*rectius*: del processo) dipenda dalla mancata assistenza giudiziaria da parte dello Stato di appartenenza o di residenza dell'accusato»[85], il processo *in absentia* nei confronti dell'imputato inconsapevole non dovrebbe essere inibito, ma si configurerebbe come un fatto fisiologico in quanto necessario per impedire l'indebita ingerenza di uno Stato estero nell'esercizio della giurisdizione. Di conseguenza, i meccanismi restitutori opererebbero a titolo di

[79] La memoria presentata dal pubblico ministero il 3 aprile scorso è reperibile in *www.giurisprudenzapenale.com*.
[80] «Quando, prima dell'entrata in vigore del presente decreto, nell'udienza preliminare o nel giudizio di primo grado è stata disposta la sospensione del processo ai sensi dell'articolo 420-*quater*, comma 2, del codice di procedura penale nel testo vigente prima dell'entrata in vigore del presente decreto e l'imputato non è stato ancora rintracciato, in luogo di disporre nuove ricerche ai sensi dell'articolo 420-*quinquies* del codice di procedura penale nel testo vigente prima dell'entrata in vigore del presente decreto, il giudice provvede ai sensi dell'articolo 420-*quater* del codice di procedura penale come modificato dal presente decreto. In questo caso si applicano gli articoli 420-*quinquies* e 420-*sexies* del codice di procedura penale, come modificati dal presente decreto».
[81] Così la citata memoria del 3 aprile scorso, 16.
[82] Cfr. D. Negri, *op. cit.*, 84 s.
[83] Cfr. C. Conti, *op. cit.*, 467, nota 28.
[84] Cfr. D. Negri, *op. cit.*, 84 s.
[85] V. la memoria del 3 aprile scorso, cit., 18: «Si chiede di dichiarare la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, in riferimento agli artt. 3, 10, 11, 24, 111, 117 della Costituzione, dell'art. 420 bis c.p.p. – in relazione all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e alla Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 in materia di effettività del diritto alla celebrazione del processo sia per le vittime di reato sia per l'accusato – nella parte in cui non prevede che si possa procedere "in assenza" dell'accusato nei casi in cui la formale mancata conoscenza del procedimento dipenda dalla mancata assistenza giudiziaria da parte dello Stato di appartenenza o di residenza dell'accusato stesso».

"compensazione"[86] a fronte della scelta di non arrestare l'esercizio della giurisdizione nonostante la mancanza della provata conoscenza della *vocatio in iudicium*.
Invero, l'ulteriore fattispecie di processo *in absentia* che risulterebbe dall'intervento additivo invocato dal pubblico ministero del caso Regeni sarebbe eterogenea rispetto a quelle già codificate, che – come si è visto – intendono tutte riferirsi all'assenza volontaria[87]. Nella sostanza si tratterebbe di prevedere comunque la prosecuzione del processo nel caso di decreto di irreperibilità emesso dal giudice per la notificazione degli atti introduttivi del giudizio all'imputato[88] che risulti risiedere o dimorare all'estero e, a norma dell'art. 169 co. 4 Cpp, sia stato ricercato anche fuori del territorio nazionale, ma infruttuosamente a causa della mancata assistenza giudiziaria da parte dello Stato straniero. Essendo questo il caso, l'intervento additivo sollecitato comporterebbe la celebrazione del processo nei confronti dell'imputato non presente sulla sola base della regolarità della notificazione della *vocatio in iudicium* eseguita mediante consegna di copia al difensore ai sensi dell'art. 159 Cpp, donde una sorta di riedizione del processo in contumacia nei confronti di alcuni irreperibili soltanto, ossia gli irreperibili residenti o dimoranti all'estero.
Tuttavia, l'eterogeneità del presupposto che si vorrebbe aggiungere a quelli che attualmente consentono di procedere *in absentia* richiederebbe l'esercizio della discrezionalità propria del legislatore per adeguare ad esso le *chances* restitutorie. Infatti, la fisionomia degli odierni meccanismi ripristinatori si lega al «presupposto […] che si sia proceduto [*in assenza*] con la certezza sostanziale che l'imputato fosse a conoscenza del processo»[89] (o che a tale conoscenza si sia volontariamente sottratto). Qualora si prescindesse da quest'ultimo dato, alla mancata rinuncia all'esercizio della giurisdizione sembrerebbe doversi abbinare, almeno tendenzialmente, un accesso incondizionato alle misure restitutorie, salva la prova dell'effettiva conoscenza del processo e della volontaria rinuncia a comparirvi[90].
Al di là dell'ostacolo che l'introduzione di «una vera e propria novità di sistema» (fosse anche dal sapore antico) trova nei limiti del sindacato di legittimità costituzionale[91], è opportuno chiedersi se oggi un'opzione come quella propugnata dal pubblico ministero del caso Regeni non sia preclusa al legislatore stesso. Se anche si ritenesse la già sperimentata combinazione di «informazione preventiva e reintegrazione successiva» non esulante, di per sé, dall'arco delle soluzioni costituzionalmente consentite[92], occorrerebbe tuttavia considerare che «ben poteva però il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, disciplinare diversamente la fattispecie del giudizio celebrato non in presenza dell'imputato ed è ciò che ha fatto con la legge n. 67 del 2014, operando una scelta radicalmente diversa: non più un rimedio restitutorio *ex post* a tutela dell'imputato giudicato in contumacia, ma garanzie *ex ante* a tutela dell'imputato giudicato in sua assenza»[93]. La "riforma Cartabia" ha confermato la scelta, con l'intenzione di portarla a compimento. *Rebus sic stantibus*, un ritorno al passato per un segmento soltanto degli imputati potrebbe risultare censurabile in rapporto alla disciplina (più garantista) applicabile agli altri: nello specifico, non sembra che la derivazione

[86] Cfr. A. Mangiaracina, *Imputato "assente" e indici di conoscenza del processo*, cit., 376.
[87] Non fa eccezione l'ipotesi della volontaria sottrazione alla conoscenza della pendenza del processo: infatti, anche «in un simile caso […] nella sostanza l'imputato *ha scelto* di non presentarsi in giudizio e di non esercitare il contraddittorio» (F. Caprioli, *op. cit.*, 590).
[88] La "riforma Cartabia" non ha modificato l'art. 160 co. 2 Cpp, il quale ancora oggi prevede che «il decreto di irreperibilità emesso dal giudice per la notificazione degli atti introduttivi dell'udienza preliminare nonché il decreto di irreperibilità emesso dal giudice o dal pubblico ministero per la notificazione del provvedimento che dispone il giudizio cessano di avere efficacia con la pronuncia della sentenza di primo grado».
[89] Così già Cass. S.U. 28.11.2019 n. 23948, cit.
[90] V. C. eur., 25.11.2008, *Cat Berro c. Italia*.
[91] V., fra le molte, C. cost., 13.12.2021 n. 242.
[92] V. C. cost., 12.12.1998 n. 399; dopo la riforma dell'art. 111 Cost., v. C. cost., 5.4.2007 n. 117 e C. cost., 4.4.2008 n. 89. In dottrina cfr., in argomento, F. Caprioli, *op. cit.*, 589 ss.; C. Conti, *op. cit.*, 465 ss.; D. Negri, *op. cit.*, 182 ss.
[93] C. cost., 24.4.2019 n. 102.

dell'irreperibilità dalla sottrazione dello Stato di appartenenza dell'accusato ai suoi obblighi di assistenza giudiziaria[94] possa fornire una base ragionevole per una differenza di trattamento interna alla classe degli irreperibili.
Nella disciplina risultante dalla "riforma Cartabia" si esprime la volontà di dare corso con coerenza ad una scelta[95]: per quanto rilevante, l'impegno richiesto dalle disposizioni che regolano la notificazione all'imputato per circoscrivere le ipotesi in cui egli resti all'oscuro del processo[96] non rende l'esercizio della giurisdizione immune dal rischio per la mancata conoscenza della *vocatio in iudicium* della quale l'accusato non si sia reso intenzionalmente responsabile. Se questa è la linea direttrice, non sembra che la mancata assistenza giudiziaria da parte dello Stato estero consenta ragionevolmente una deviazione, ossia giustifichi lo spostamento sull'imputato "incolpevole" del rischio per il fallimento degli strumenti predisposti al fine di procurare la conoscenza del processo (compresi quelli della cooperazione internazionale).
Ciò premesso, non si può negare l'insoddisfazione – per non dire la frustrazione – che l'impossibilità di processare gli imputati del caso Regeni genera. È tangibile il senso di ingiustizia, che può indurre ad interrogarsi sull'esistenza di «un corto circuito delle garanzie»[97].
La scelta di sistema alla quale il legislatore è approdato sembra presupporre l'avvenuto riconoscimento dell'appartenenza del diritto alla presenza al «"contenuto minimo"», al «nucleo irrinunciabile» del diritto di difesa[98], donde una disciplina del processo in assenza la quale, invece che inscriversi nella logica del bilanciamento degli interessi contrapposti, si configura piuttosto come mero riflesso del carattere disponibile del suddetto diritto. Come si è visto, l'unico limite alla necessaria subordinazione del processo *in absentia* alla provata conoscenza della sua pendenza da parte dell'imputato è previsto in funzione «"anti-abusiva"»[99] (*i.e.* a difesa dai "finti inconsapevoli"). Occorre pertanto considerare se il caso Regeni vi incorra.
Sul punto è bene premettere che il giudice non potrebbe supportare la soluzione negativa argomentando che manca la prova di «quella più pregnante conoscenza, che rileva ai fini della instaurazione di un corretto rapporto processuale, relativa alla *vocatio in iudicium*», come fece la Corte d'assise di Roma quando dichiarò la nullità della declaratoria di assenza e del conseguente decreto di rinvio a giudizio adottati dal giudice dell'udienza preliminare nella primavera del 2021[100].
Già ricavabile dal testo non ancora riformato dal d.lgs. 150/2022[101], la connotazione della volontaria sottrazione alla conoscenza della pendenza del processo come presupposto autonomo per proseguire in assenza è oggi resa inequivoca dal terzo comma del riformulato art. 420-*bis* Cpp (salvo quanto si è già precisato in ordine al necessario possesso di "informazioni sufficienti" affinché, nella condotta

[94] Si può ricordare l'art. 9 della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Ris. 39/46 del 10.12.1984 e ratificata sia dall'Italia sia dall'Egitto: «1. Gli Stati Parti si prestano la più ampia assistenza giudiziaria in ogni procedimento penale relativo ai reati di cui all'articolo 4, ivi compreso per quanto riguarda la comunicazione di tutti gli elementi di prova di cui dispongono e che sono necessari ai fini del procedimento.
2. Gli Stati Parti adempiono ai loro obblighi in virtù del paragrafo l del presente articolo in conformità ad ogni trattato di cooperazione giudiziaria che possa esistere tra di loro».
[95] Sul tema, prima della "riforma Cartabia", cfr. C. Conti, *op. cit.*, 472 ss.
[96] Sul profilo in oggetto, approfondito dall'angolo visuale della giurisprudenza di Strasburgo, v. D. Negri, *op. cit.*, 135 ss.
[97] G. Colaiacovo, *Il processo in assenza: un corto circuito delle garanzie?*, Intervento al seminario foggiano *Il caso Regeni*, 19.4.2023, inedito.
[98] V. F. Caprioli, *op. cit.*, 592. Recentemente v. C. cost., 7.4.2023 n. 65, sebbene concernente la condizione dell'imputato incapace di partecipare coscientemente al procedimento.
[99] V. S. Marcolini, *op. cit.*, 159.
[100] Ass. Roma 14.10.2021, reperibile in *www.giurisprudenzapenale.com*.
[101] Nel tessuto della motivazione di Cass. S.U. 28.11.2019 n. 23948, cit., «la volontaria sottrazione "alla conoscenza del procedimento o di atti del procedimento"» già veniva identificata «quale unica ipotesi in cui possa procedersi pur se la parte ignori la *vocatio in ius*».

elusiva dell'interessato, sia comunque rinvenibile una scelta "astensionistica")[102].
Dunque, anche se, nel caso Regeni, si ravvisi, in capo agli imputati, «una forma di conoscenza […] non [*di per sé*] sufficiente per la celebrazione del processo»[103], quest'ultimo potrebbe comunque avere corso se fosse provato che gli accusati si sono intenzionalmente sottratti alla compiuta informazione sulla sua pendenza, da intendersi «nei termini non solo di imputazione, ma anche di data e luogo di celebrazione del processo»[104]. Da quest'ultimo angolo visuale, se si esclude che nel caso Regeni possa ritenersi dimostrato che «alcuno degli imputati abbia avuto un ruolo […] nelle eventuali determinazioni assunte dalle massime autorità dello Stato [*egiziano*] nel prestare una collaborazione sleale ovvero nel negare la collaborazione»[105], non resta che verificare se la volontaria sottrazione alla conoscenza possa comprendere anche ipotesi di «manifesta mancata diligenza informativa» da parte dell'imputato, alla quale, com'è noto, le Sezioni Unite della Corte di cassazione si sono riferite (sebbene in un fugace passaggio collocato in chiusura di un'ampia motivazione) per valutarne l'eventuale rilevanza ai fini dell'accertamento del presupposto del processo *in absentia* previsto in funzione "anti-abusiva"[106]. Se la sussistenza della volontaria sottrazione è stata ancorata all'accertamento di «condotte positive», nel contempo «la manifesta mancata diligenza informativa» non è stata esclusa dal novero delle «circostanze valutabili nei casi concreti», sebbene non «di per sé determinanti, su di un piano solo astratto, per potere affermare la ricorrenza» del presupposto in oggetto. Com'è stato notato, in questa occasione «la Corte [*ha*] arresta[*to*] l'*obiter* all'individuazione del punto sensibile della questione che risiede appunto nell'accertamento, in capo all'imputato, di una manifesta mancanza di diligenza informativa»[107], limitandosi a respingerne l'invariabile idoneità a rendere applicabile la previsione "anti-abusiva" (oggi collocata nel terzo comma dell'art. 420-*bis* Cpp). Se così fosse, infatti, cioè se si «esaspera[*sse*] il concetto di "mancata diligenza" sino a trasformarla automaticamente in una conclamata volontà di evitare la conoscenza degli atti, ritenendola sufficiente per fare a meno della prova della consapevolezza della *vocatio in ius* per procedere in assenza, si farebbe una mera operazione di cambio nome e si tornerebbe alle vecchie presunzioni, il che ovviamente è un'operazione non consentita»[108]. Sul punto ci si è soffermati sopra[109].
Nel caso Regeni la Corte di cassazione ha già ritenuto che l'affermata esclusione delle condizioni per procedere in assenza trovi fondamento nel «buon governo degli insegnamenti delle Sezioni Unite»[110]. Ai fini dell'applicazione dell'ipotesi di processo *in absentia* prevista in funzione "anti-abusiva", il pubblico ministero ricorrente aveva valorizzato, da un lato, la «riconosciuta conoscenza, […] da parte degli imputati, dell'esistenza di un procedimento penale a loro carico, avente ad oggetto gravi reati, ai danni del ricercatore Giulio Regeni» e, dall'altro lato, il loro *status* di «soggetti qualificati, dall'essere ufficiali di Polizia Giudiziaria e, quindi, esperti dei meccanismi processuali»[111]. Tuttavia, troppo grande sarebbe stato il "salto" dalla riconosciuta rilevanza, quali condotte "abusive", di comportamenti deliberatamente ostativi al compimento dell'*iter* informativo da parte delle autorità competenti ad un'analoga considerazione, sulla base della mera qualifica soggettiva degli accusati, anche per la mancata attivazione dell'imputato in supplenza di un apparato statale inadempiente.
Allo stato non sembra, dunque, che si possa sfuggire alla conclusione cui è pervenuta la Corte di

[102] V. *supra*, § 6.
[103] Così la memoria presentata dal pubblico ministero il 3 aprile scorso, cit.
[104] A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., 3.
[105] Ass. Roma 14.10.2021, cit.
[106] Cass. S.U. 28.11.2019 n. 23948, cit.
[107] F. Filice, *I "finti inconsapevoli" alla prova del caso Regeni: una questione centrale per il contemperamento delle garanzie dell'imputato e dei diritti delle vittime*, in *questionegiustizia.it* 15.12.2021.
[108] Cass. S.U. 28.11.2019 n. 23948, cit.
[109] V. *supra*, § 5.
[110] Cass. 15.7.2022 n. 5675, reperibile in *www.giurisprudenzapenale.com*.
[111] Il ricorso del 22.4.2022 è reperibile in *www.giurisprudenzapenale.com*.

cassazione[112], dopo aver rammentato che «il perseguimento delle condotte criminose, anche se efferate e ignominiose quali quelle oggetto di imputazione, [*deve*] passare, in uno Stato di diritto, attraverso il rispetto delle regole del giusto processo regolato dalla legge, che si svolga nel pieno ed effettivo contraddittorio tra le parti». Né l'esito della rigorosa applicazione della legge nel caso concreto (*i.e.* l'accantonamento della pretesa punitiva dello Stato) è stato ritenuto rivelatore di un vizio della legge stessa, non essendo stata rimessa alla Corte costituzionale una questione «te[*sa*] a provocare il superamento dell'attuale sistema, frutto di lunga e progressiva elaborazione normativa e di consolidata interpretazione giurisprudenziale, anche in sede europea, maturate proprio al fine di renderlo conforme alle esigenze convenzionali e costituzionali».
Altrove – secondo la Cassazione – vanno individuate le cause dell'ingiustizia e trovate le soluzioni appropriate, ossia sul piano dei rapporti tra le «competenti Autorità di governo, anche alla luce degli obblighi di assistenza e cooperazione per le stesse discendenti dalle Convenzioni internazionali, e, tra queste più specificamente, da quella contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti, conclusa a New York il 10 dicembre 1984, ratificata dall'Italia con legge del 3 novembre 1988, n. 498, e dall'Egitto il 25 gennaio 1986».
A conclusioni analoghe è giunta anche la Commissione parlamentare di inchiesta sulla morte di Giulio Regeni nella relazione approvata alla fine del 2021[113], mentre circa un anno dopo il Parlamento europeo, nella Risoluzione sulla situazione dei diritti umani in Egitto, è tornato ad «esorta[*re*] l'Egitto a cooperare pienamente con le indagini delle autorità italiane sull'omicidio del dottorando italiano Giulio Regeni, torturato a morte da funzionari di sicurezza nel 2016»[114].
Queste ultime parole richiamano la peculiarità del caso Regeni, *i.e.* l'appartenenza degli imputati all'apparato dello Stato straniero non cooperante[115]. Rispetto ad una tale circostanza, che evidentemente può rendere (non tanto o non soltanto l'accusato, ma anche o soprattutto) il Paese di appartenenza incline a bloccare l'altrui esercizio della giurisdizione, può essere opportuno dotare il sistema giuridico nazionale di qualche strumento in più per affrancarsi dal giogo dei rapporti fra Stati e del fascio di interessi che li condizionano. In proposito si riprende qui la sollecitazione proveniente dalla Commissione parlamentare di inchiesta sulla morte di Giulio Regeni ad intervenire sulla disciplina delle notificazioni[116]. Invece di introdurre ipotesi in cui il processo avanzi nei confronti dell'imputato non presente a prescindere dalla prova della conoscenza che egli ne abbia, si tratterebbe di agire sulle modalità della notificazione della *vocatio in iudicium* per aumentare le *chances* di «una notifica "possibile", ovvero […] effettuata in modo da rendere effettivamente conoscibile l'atto alla parte»[117]. Entro questa prospettiva, in mancanza di un contatto con il funzionario statale imputato per l'invito a dichiarare o eleggere domicilio in Italia (oppure, ora, per dichiarare un indirizzo di posta elettronica certificata o altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato), per evitare il ricorso al meccanismo di notificazione previsto in caso di dichiarazione di irreperibilità, la notificazione della *vocatio in iudicium* potrebbe essere eseguita presso lo Stato nel cui apparato l'accusato è incardinato[118], ossia secondo una modalità a più alto rendimento dal punto di vista

[112] Cass. 15.7.2022 n. 5675, cit.
[113] Relazione sull'attività svolta dalla Commissione parlamentare di inchiesta sulla morte di Giulio Regeni, approvata dalla Commissione nella seduta del 1.12.2021, 27 ss.
[114] Risoluzione del Parlamento europeo del 24.11.2022 sulla situazione dei diritti umani in Egitto (2022/2962(RSP)), § 6. Per le risoluzioni precedenti, v. la Relazione sull'attività svolta dalla Commissione parlamentare di inchiesta sulla morte di Giulio Regeni, cit., 350 ss.
[115] Sulle implicazioni di tale aspetto si è soffermato l'intervento conclusivo (inedito) del seminario foggiano *Il caso Regeni*, 19.4.2023, dell'On. E. Palazzotto, Presidente della Commissione parlamentare di inchiesta sulla morte di Giulio Regeni.
[116] Relazione sull'attività svolta dalla Commissione parlamentare di inchiesta sulla morte di Giulio Regeni, cit., 29.
[117] Cass. S.U. 28.11.2019 n. 23948, cit.
[118] La proposta è stata citata nell'intervento conclusivo del seminario foggiano *Il caso Regeni*, 19.4.2023, dell'On. E. Palazzotto, cit.

dell'idoneità a procurare l'effettiva conoscenza dell'atto al suo destinatario e pure della "responsabilizzazione" delle autorità straniere.

L'ESECUZIONE DELLE SANZIONI SOSTITUTIVE E DELLE MISURE ALTERNATIVE NELL'UNIONE EUROPEA ALLA LUCE DEL D.LGS. 38/2016 DI ATTUAZIONE DELLA DECISIONE QUADRO 947/2008. CRITERI ERMENEUTICI, ISTITUTI APPLICABILI E PROSPETTIVE DI RIFORMA

di Adriano Martufi e Gianmarco Bondi*
(Ricercatore di Diritto penale, Università di Pavia e
Dottorando di ricerca in Diritto penale, Università di Ferrara)

Il presente contributo approfondisce le disposizioni della decisione quadro 2008/947/GAI e il successivo recepimento nell'ordinamento italiano per mezzo del d.lgs. 15.2.2016 n. 38. Lo strumento UE e il decreto delegato di recepimento costituiscono un importante passo in avanti sul terreno della cooperazione giudiziaria in materia penale. Trattasi, infatti, dell'unico *corpus* normativo di diritto eurounitario volto a consentire il mutuo riconoscimento di sanzioni sostitutive e misure alternative alla pena carceraria. La relativa novità rappresentata dalla normativa UE, e dalla disciplina italiana di recepimento, sollecita l'interrogativo circa l'esatta individuazione di istituti e "figure" di diritto sanzionatorio suscettibili di ricadere nell'ambito applicativo della decisione quadro. Siffatto interrogativo risulta ancor più pressante all'indomani dell'entrata in vigore della riforma c.d. Cartabia e si accompagna a un sempre maggiore interesse mostrato nella giurisprudenza europea e nazionale per la decisione quadro e le sue potenzialità applicative. Ne consegue la necessità di un ulteriore approfondimento dottrinale. In tale contesto, il contributo riflette anche attorno alla opportunità di interventi di modifica della disciplina esistente sia a livello europeo sia domestico.
This Paper delves into the provisions of Framework Decision 2008/947/JHA and its subsequent transposition into Italian law through Legislative Decree 15.2.2016 no. 38. The EU instrument and the transposing delegated decree constitute an important step forward in the field of judicial cooperation in criminal matters. Indeed, this is the only body of EU law aimed at allowing mutual recognition of alternative sanctions and probation measures. The relative novelty represented by the EU legislation, and by the Italian transposing norms, raises the question as to the exact identification of provisions of sentencing law likely to fall within the scope of application of the Framework Decision. Such a question is even more pressing in the aftermath of the entry into force of the so-called Cartabia reform and is accompanied by an ever-increasing interest shown in European and national case-law on the Framework Decision and its potential application. As a result, there is a need for further academic study. In such context, this Paper also reflects on the appropriateness of changes to the existing legislation both at the European and domestic level.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I criteri ermeneutici per la verifica degli istituti applicabili. – 3. (Segue) La sentenza n. 20771 del 2022 della Corte di cassazione. – 4. (Segue) La sentenza C-2/19 della Corte di Giustizia. – 5. Sospensione condizionale, condanna condizionale e liberazione condizionale. – 6. Sanzioni sostitutive. – 7. (Segue) Affidamento in prova al servizio sociale. – 8. Prospettive di riforma.

1. Il principio del mutuo riconoscimento[1], "pietra angolare" della cooperazione giudiziaria nell'Unione europea[2], costituisce il fondamento per un'esecuzione di sentenze e provvedimenti giurisdizionali suscettibile di travalicare le frontiere interne degli ordinamenti nazionali[3], ponendo le basi per un diritto penale transnazionale e *cross-border*[4]. Siffatto principio, tradottosi nella legislazione UE di diritto derivato, ha conosciuto un'applicazione in fasi che corrispondono – in massima parte – alle evoluzioni del quadro "costituzionale" delineato dai Trattati[5].
Inizialmente, lo strumento adoperato era quello della decisione quadro e l'attenzione del legislatore UE volta, in modo pressoché esclusivo, a esigenze di tipo securitario[6]. Risultavano invece marginali, nel disegno di politica criminale, le considerazioni legate alle finalità della sanzione penale e ai diritti delle persone indagate e condannate. In questo senso, è significativo come il mandato di arresto europeo, vero e proprio strumento "apripista" in *subiecta materia*, abbia di mira esclusivamente la circolazione nell'Unione europea di misure cautelari e pene aventi ad oggetto la privazione della libertà personale. Ciò che maggiormente conta è tuttavia l'intenzione dichiarata di favorire una più stretta cooperazione al fine «di trovare risposte efficaci per combattere la crescente internazionalizzazione della criminalità»[7].
Siffatto paradigma securitario è parzialmente mutato, seppur a quadro costituzionale invariato, per effetto della c.d. «terza ondata» del diritto di terzo pilastro in materia di mutuo riconoscimento[8]. Tale *corpus* normativo include oltre alla DQ 2008/947/GAI, di cui trattasi in questa sede (vedi *infra*)[9], la DQ 2008/909/GAI sul mutuo riconoscimento delle pene e misure privative di libertà e la DQ 2009/829/GAI concernente il mutuo riconoscimento delle misure alternative alla custodia cautelare (altresì noto come *European Supervision Order*).
Gli strumenti appena citati si caratterizzano per una maggior attenzione ai rischi legati a una compressione della libertà personale favorendo l'utilizzo di pene diverse da quella detentiva, onde ridurre il ricorso al carcere quale *ultima ratio* sia a seguito della condanna sia prima della formazione della *res judicata* (specie nel corso delle indagini preliminari). Altrettanto notevole è l'attenzione

---

* Lo scritto è il frutto di riflessioni condivise tra gli Autori: i paragrafi 1, 4 e 8 sono attribuibili ad Adriano Martufi, mentre i paragrafi 2, 3, 5, 6 e 7 a Gianmarco Bondi.

[1] Nell'ambito di una bibliografia ormai sterminata v. C. Janssens, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford 2013.

[2] Tra gli altri v. V. Mitsilegas, *Justice and Trust in the European Legal Order. The Copernicus Lectures*, a cura di C. Grandi, Napoli 2016.

[3] *Inter alia* v. L. Klimek, *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, Berlino 2017.

[4] Pregnante manifestazione di un diritto penale *oltre i confini dello Stato*, di recente tematizzato da A. Nieto Martín, *Global Criminal Law. Postnational Criminal Justice in the Twenty-First Century*, Cham 2022, 69 ss.

[5] Per una ricostruzione storica incentrata sull'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia v. V. Mitsilegas, *EU Criminal Law*[2], Oxford 2022, 196 ss.

[6] Sul nesso tra "pensiero securitario" e genesi del mandato di arresto europeo all'indomani degli attentati terroristi dell'11 settembre 2001 v. *ex multis* R. Orlandi, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 1/2016, 7 ss.

[7] Proposta di Decisione quadro del Consiglio relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri /COM/2001/0522 def. - CNS 2001/0215, in *GUCE* n. 332 E del 27.11.2001, 305 ss.; come si legge, infatti, gli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 hanno sollecitato i vertici delle istituzioni UE ad auspicare «rapidi progressi "verso la creazione di un mandato europeo d'arresto e di estradizione in conformità con le conclusioni di Tampere ed il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie"».

[8] Così V. Mitsilegas, *Third Wave of Third Pillar Law: Which Direction for EU Criminal Justice?*, in *European Law Review* 2009, 523 ss., il quale distingue tra una «prima ondata» (concernente le misure post-Maastricht), da una «seconda ondata» (attinente a quelle successive ad Amsterdam e Tampere) e, quindi, da una «terza ondata» (ricomprendente anche la legislazione qui in interesse).

[9] Cfr. D. Flore, S. Bosly, A. Honhon e J. Maggio (a cura di), *Probation Measures and Alternative Sanctions in the European Union*, Cambridge 2012. Il volume affronta tale decisione quadro fornendo un panorama dei *probation systems* esistenti a livello UE, prendendo in esame gli aspetti legislativi e pratici attinenti alla fase di implementazione e offrendo alcune raccomandazioni in proposito.

riservata alle funzioni della pena in fase esecutiva. In particolare, spicca il riferimento al concetto di "reinserimento sociale", quale orizzonte ultimo della pena durante la sua esecuzione: *tanto* laddove questa debba scontarsi "dietro le sbarre", *quanto* (a più forte ragione) nelle ipotesi di esecuzione penale esterna. Le decisioni quadro richiamate formano un complesso di norme unitario caratterizzato da molteplici connessioni interne (non sempre di agevole interpretazione), le cui disposizioni contemplano numerosi rinvii alla disciplina prevista da altri strumenti di terzo pilastro[10].
Come anticipato, al novero degli strumenti riconducibili alla terza ondata della legislazione di terzo pilastro[11] appartiene la DQ 947/2008 relativa al mutuo riconoscimento delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative alla detenzione[12]. Siffatto strumento UE è stato recepito nell'ordinamento italiano tramite il d.lgs. 15.2.2016 n. 38[13]. Negli anni successivi alla sua attuazione, tale disciplina ha conosciuto nel complesso un utilizzo pratico piuttosto limitato ed è, di conseguenza, stata oggetto di scarso interesse da parte della dottrina[14].
L'intervento del *lawmaker* italiano è parso del resto tardivo, come può dedursi dal lungo tempo intercorso tra la scadenza del termine di recepimento della decisione quadro (fissato al 6.12.2011) e il suo effettivo recepimento nel nostro Paese, avvenuto oltre cinque anni più tardi[15]. Sotto questo profilo, il raffronto con la sollecitudine mostrata dal legislatore italiano rispetto ad altri strumenti di cooperazione giudiziaria appare oltremodo eloquente. Si è avuta, segnatamente, una particolare speditezza nella trasposizione della decisione quadro sul trasferimento dei detenuti avvenuta nel 2010[16] con largo anticipo rispetto al termine di recepimento fissato a livello UE.
Invero, il tema della esecuzione interstatuale di pene diverse da quella detentiva è da tempo oggetto di dibattito dottrinale e, in maniera ancora più significativa, di sperimentazione legislativa. Già nel

[10] Sul punto cfr. S. Montaldo, *Intersections among EU judicial cooperation instruments and the quest for an advanced and consistent European judicial space: The case of the transfer and surrender of convicts in the EU*, in *New Journal of European Criminal Law* 2022, 252 ss.
[11] Cfr. V. Mitsilegas, *Third Wave of Third Pillar Law*, cit., 541.
[12] Cfr. L. Klimek, *op. cit.*, 303 ss.; G. McNally e I. Burke, *Implementation of the Framework Decision on the Transfer of Probation Measures between States in the European Union*, in *www.cep-probation.org*, 2/2012, 70 ss.; e D. O'Donovan, *Transfer of Probation Supervision between Member States: An EU Initiative*, in *Irish Probation Journal* 2009, 77 ss.
[13] Cfr. F.P.C. Iovino, *Gli effetti del reciproco riconoscimento per l'esecuzione delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive*, in *DPP* 2016, 1148 ss. e A. Maffeo, *Recepita la decisione quadro 2008/947/GAI: il principio del reciproco riconoscimento esteso alle decisioni che impongono sanzioni sostitutive alla detenzione o la liberazione condizionale*, in *eurojus.it*, 3.4.2016, 1.
[14] In questo senso v. A. Martufi, *The transfer of sentences under EU law - Current issues in the scholarly debate*, in *New Journal of European Criminal Law* 2022, 249 ss. A riconferma di ciò si veda la *Literature review on the Council Framework Decision 2008/947/JHA of 27 November 2008 and the Council Framework Decision 2009/829/JHA of 23 October 2009*, laddove si evince che è stato reperito un numero esiguo di pubblicazioni accademiche, peraltro conducendo una ricerca congiunta sulla DQ 829/2009 e sulla DQ 947/2008.
[15] Va d'altronde segnalato che alla data del termine fissato dalla decisione quadro, solamente due Stati Membri avevano provveduto a darvi attuazione. Cfr. *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione da parte degli Stati membri delle decisioni quadro 2008/909/GAI, 2008/947/GAI e 2009/829/GAI relative al reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative alla detenzione cautelare*, 5.2.2014, COM(2014) 57 def., 5. Per un commento a questa Relazione v. A. Martufi, *La Commissione europea denuncia il ritardo degli Stati membri nell'attuazione della disciplina comune in tema di detenzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26.2.2014, 1. Tale inerzia è parsa aggravata dalle plausibili ragioni sottese a tale intempestivo adempimento: la possibile attivazione di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea, infatti, sarebbe stata praticabile solo a partire dal 1° dicembre 2014, cioè al termine del periodo transitorio quinquennale successivo alla entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Cfr. art. 10 del protocollo n. 36 al Trattato di Lisbona relativo alla competenza dei giudici di Lussemburgo a pronunziarsi sugli atti di terzo pilastro.
[16] D.lgs. 7.9.2010 n. 161, Disposizioni per conformare il diritto interno alla Decisione quadro 2008/909/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, in *GU Serie Generale* n. 230 del 1.10.2010.

1964, il Consiglio d'Europa aveva adottato, e posto alla firma dei suoi Stati Membri, la Convenzione europea sulla sorveglianza delle persone condannate o liberate sotto condizione. Tale Convenzione, forse oltremodo ambiziosa nei suoi obiettivi ultimi, ha avuto comunque scarsa fortuna: ciò sia per il ridottissimo numero di ratifiche da parte dei Paesi Membri[17] sia, in modo quasi conseguente, per la scarsa applicazione ricevuta nella prassi[18].
La DQ 947/2008 si colloca nel solco della Convenzione del 1964[19] e si incarica di raccoglierne il testimone, sostituendosi a essa nella cooperazione tra Paesi UE. La ragione che ha indotto all'emanazione della novella legislativa è perlomeno duplice: da un lato, l'evidente insuccesso rappresentato dalla già citata Convenzione del Consiglio d'Europa[20]; dall'altro, l'esigenza di fronteggiare il forte incremento di detenuti stranieri nelle carceri degli Stati Membri[21]. In effetti, proprio il bisogno di assicurare maggiore efficacia all'opera di risocializzazione per i ristretti stranieri o non residenti[22] e, unitamente, la speranza di dare vita a un pronto e significativo sfoltimento della popolazione penitenziaria[23] hanno generato il consenso necessario per condurre in porto l'adozione dello strumento in sede UE[24]: non va dimenticato, infatti, come la procedura legislativa applicabile agli atti del c.d. terzo pilastro richiedesse, tra l'altro, l'unanimità degli Stati Membri in seno al Consiglio.

[17] Solo 20 tra i 48 del Consiglio d'Europa, cfr. S. Neveu, *Le transfert de l'exécution des peines privatives et restrictives de liberté en droit européen. A la recherche d'un équilibre entre intérêts individuels et collectifs*, Limal 2016, 17.
[18] Cfr. M. Pisani, *La "Convenzione europea per la sorveglianza delle persone condannate o liberate con la condizionale" e l'ordinamento italiano*, in *IP* 1992, 193 ss.; N. Galantini, *Esecuzione di misure condizionali all'estero: problemi applicativi*, in *IP* 1985, 210 ss.; M.L. Padelletti, *Esecuzione della Convenzione per la sorveglianza delle persone condannate o liberate sotto condizione*, in *RDInt* 1983, 48 ss.; e V. Esposito, *La convenzione europea per la sorveglianza delle persone condannate o liberate con la condizionale*, in *GP* 1977, 381 ss.
[19] Per una lettura congiunta di entrambi gli strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale v. A. Rosanò, Tristes, Solitarias y Finales*: la Convenzione di Strasburgo del 1964 e la decisione quadro 2008/947/GAI sulla sorveglianza all'estero delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive*, in *www.fsjeurostudies.eu* 2019, 139 ss. e S. Neveu, *Probation Measures and Alternative Sanctions in Europe: From the 1964 Convention to the 2008 Framework Decision*, in *New Journal of European Criminal Law* 2013, 134 ss.
[20] Se ne trova conferma nel *Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali* (2001/C 12/02), elaborato sulla scia del Consiglio europeo di Tampere: al punto 23 gli Stati Membri si prefiggono di «cercare di perfezionare l'applicazione della Convenzione europea, del 30 novembre 1964, per la sorveglianza delle persone condannate o liberate con la condizionale», oltre che nell'Analisi di impatto della regolamentazione, che ha preceduto il d.lgs. 38/2016, adottata dall'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia, la quale attesta che la deludente fase di ratifica di detta Convenzione europea, limitata a solo 20 Paesi del Consiglio d'Europa e gravata da numerose riserve apposte da questi ultimi, «aveva comportato di fatto la sua inoperatività fra i paesi firmatari».
[21] Individuano tale ulteriore scopo, pur nel silenzio della decisione quadro, nell'ottica di una sua *domestication* A. Rosanò, Tristes, Solitarias y Finales, cit., 152 e in quella di un *pragmatic approach* C. Morgenstern, *European Initiatives for Harmonisation and Minimum Standards in the Field of Community Sanctions and Measures*, in *European Journal of Probation* 2009, 128 ss.
[22] Sulle possibilità e i limiti di una valorizzazione del reinserimento sociale del condannato nell'ordinamento eurounitario v. S. Montaldo, *Offenders' rehabilitation and the cross-border transfer of prisoners and persons subject to probation measures and alternative sanctions: a stress test for EU judicial cooperation in criminal matters*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 2019, 925 ss., nonché, volendo, A. Martufi, *The paths of offender rehabilitation and the European dimension of punishment: New challenges for an old ideal?* in *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2018, 672 ss.
[23] Sul problema del sovraffollamento carcerario nell'Unione europea, alla luce del principio del mutuo riconoscimento, sia consentito rinviare ad A. Martufi, *Sovraffollamento carcerario e mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie: le alternative al carcere nel diritto dell'Unione europea*, in *DPenCont*, 3/2015, 34 ss.
[24] Sulla farraginosità della procedura prevista cfr., però V. Mitsilegas, *Third Wave of Third Pillar Law*, cit., 545, che si esprime su questo aspetto con condivisibili toni critici: «*The result has been a rather complex and cumbersome framework for co-operation, marked by caveats and exceptions*».

2. La DQ 947/2008 individua, sin dalla sua intitolazione, quale oggetto del riconoscimento mutuo le sentenze di condanna con sospensione condizionale della pena, le sanzioni sostitutive e le decisioni di liberazione condizionale. Per comprendere a quali provvedimenti e istituti del sistema sanzionatorio possa applicarsi la disciplina europea occorre volgere lo sguardo alle norme contenute nel decreto legislativo che ha dato attuazione alla decisione quadro.
L'art. 2 d.lgs. 38/2016 contiene una lista di definizioni rilevanti ai fini del recepimento delle norme UE. A tale scopo, il legislatore si è attenuto in modo piuttosto pedissequo alle definizioni fornite dalla disciplina di diritto eurounitario. Sennonché tale aderenza al dettato normativo ha impedito una diretta "traduzione operativa" nei termini corrispondenti alle forme processuali e agli istituti di tipo sanzionatorio o di esecuzione penale previsti dal diritto interno. Si segnala in particolare l'assenza di un esplicito riferimento alle previsioni del capo VI della l. 26 luglio 1975 n. 354 sull'ordinamento penitenziario, dedicato alle misure alternative alla detenzione[25]. Segnatamente, onde consentire un adeguato impiego dello strumento di cooperazione in esame è opportuno procedere a un'attenta ricostruzione degli istituti di diritto nazionale che possono costituirne l'oggetto. Operazione, quest'ultima, che comportando una ineliminabile componente interpretativa risulta invero piuttosto complessa.
Le difficoltà ricostruttive della disciplina nazionale rilevano sia sul versante della procedura "in uscita", con trasmissione del provvedimento nazionale verso l'estero sia, soprattutto, sotto il profilo della procedura "in entrata", cioè dal punto di vista dell'esecuzione in Italia di un provvedimento emesso all'estero. Nel presente contributo si è scelto dare particolare risalto a tale ultimo profilo, evidenziando le questioni interpretative che più direttamente attengono al riconoscimento, nel nostro Paese, di sanzioni e misure non detentive irrogate dal giudice di altro Stato Membro. Infatti, laddove si riscontri l'assenza di una previsione legislativa perfettamente collimante con quella oggetto del provvedimento straniero, spetta alla Corte di Appello (individuata quale autorità di esecuzione ai fini della procedura *de qua*) il potere di procedere a un adattamento della sanzione irrogata nel Paese richiedente[26]. Al fine di una più attenta esegesi della disciplina di recepimento, e allo scopo di individuare gli istituti che rientrano nel suo "cono d'ombra", pare dunque opportuno identificare taluni criteri orientativi ai quali attenersi.
In termini generali, si rinvengono due requisiti di fondo, i quali devono necessariamente ricorrere in maniera congiunta. Quanto al *primo*, occorre che la misura alla base del provvedimento straniero non contempli una privazione della libertà personale in senso stretto, né sia alla stessa equiparata. A conforto di tale iniziale limitazione possono essere richiamati le finalità[27], i considerando e il testo

[25] Sul punto ha peraltro preso posizione la stessa Corte di cassazione, cfr. Cass. 16.5.2018 n. 15091, la quale ha affermato l'assimilabilità della misura dell'affidamento in prova al servizio sociale alla categoria della "sanzione sostitutiva" *ex* d.lgs. 38/2016.
[26] Nel dare esecuzione al provvedimento straniero, la Corte di Appello sottostà a vincoli di natura e durata, dovendo attenersi al rispetto del divieto di *reformatio in peius* così come esplicitato dall'art. 10 co. 2 d.lgs. 38/2016. Il limite imposto a tale opera di trasposizione della sanzione nell'ordinamento dello Stato di esecuzione è costituito dal divieto acché tale riconoscimento produca una "rottura" dell'ordinamento del Paese medesimo, secondo quanto stabilito in C. cost., 19.3.2001 n. 73. Cfr., sul punto, F.P.C. Iovino, *op. cit.*, 1152 s. Un esempio di siffatta perimetrazione del dovere di riconoscimento ed esecuzione del provvedimento straniero può trovarsi in Cass. 18.11.2022 n. 49733, ove la Suprema Corte ha annullato la sentenza della Corte di Appello di Milano che, nel disporre il riconoscimento di un provvedimento di "sospensione sotto vigilanza" proveniente dalla Romania, riconducendolo all'affidamento in prova al servizio sociale, vi aveva aggiunto il divieto di lasciare il territorio regionale e l'obbligo di permanenza domiciliare notturna, benché tali prescrizioni non fossero incluse nell'istituto di diritto rumeno. In particolare, la Suprema Corte ha così motivato: «Tali prescrizioni perseguono una finalità rieducativa, ma contemporaneamente limitano la libertà personale e rivestono innegabile e concorrente carattere afflittivo. Esse, dunque, dovevano essere modulate nel rispetto – ineludibile – del principio di non aggravamento del trattamento penale definito dall'Autorità giudiziaria estera. Il divieto di aggravamento, per contenuto e durata, è del resto testualmente riferito, dal D.Lgs. n. 38 del 2016, art. 10, comma 2, che attua sul punto la decisione-quadro, agli "obblighi e (alle) prescrizioni originariamente imposti"» (Cass. 18.11.2022 n. 49733, § 4).
[27] Vedi *supra*. Per una disamina critica degli scopi dichiarati e di quelli "occulti" perseguiti dalla decisione quadro v. P.

della DQ 947/2008, i quali paiono tutti convergere nel senso di includere nel meccanismo di mutuo riconoscimento soltanto misure che non contemplino la detenzione carceraria o ciò che a essa possa ritenersi equivalente in base alla giurisprudenza europea[28]. Venendo al *secondo* requisito, invece, parrebbe necessario che l'istituto oggetto della richiesta di riconoscimento sia connotato da un *quid* minimo di contenuto prescrittivo, consistente in obblighi di fare o di non fare sufficientemente determinati. A suffragio di questo secondo requisito militano la finalità, i considerando e le scelte terminologiche della DQ 947/2008, i quali lasciano intendere che, malgrado il loro variabile contenuto afflittivo, debbano pur sempre sussistere obblighi e prescrizioni che l'interessato è tenuto ad adempiere per il buon esito del periodo di supervisione e/o *probation*.
L'esatta interpretazione dei suddetti requisiti sollecita un approfondimento alla luce di alcuni recenti pronunciamenti della giurisprudenza nazionale ed europea, i quali hanno investito l'interpretazione della DQ 947/2008 e la sua disciplina nazionale di recepimento. Tali pronunce hanno preso posizione rispetto a determinate situazioni, per così dire, di "confine": casi nei quali la fattispecie concreta non risultava univocamente riconducibile ai criteri sopraenunciati, con conseguenti dubbi circa l'applicabilità della decisione quadro ai provvedimenti giudiziali in esecuzione nelle vicende *de quibus*. Di queste pronunce si dà conto nei paragrafi che seguono.

3. Il primo dei due criteri ermeneutici poc'anzi citati ha trovato autorevole conferma nella recente giurisprudenza della Corte di cassazione. Emblematica di tale indirizzo è la sentenza n. 20771 del 2022[29].
Nell'occasione, la Suprema Corte era investita di un ricorso interposto da una condannata che domandava, tra l'altro, di poter eseguire la pena in detenzione domiciliare al di fuori dell'Italia. Nello specifico, la ricorrente, all'epoca residente in Spagna, aveva presentato istanza di rinvio dell'esecuzione della pena per grave infermità, ai sensi dell'art. 147 co. 1 n. 2 Cp, ovvero, in subordine, di applicazione della detenzione domiciliare, *ex* art. 47-*ter* co. 1-*ter* Op. Nel rigettare la richiesta, il Tribunale di Sorveglianza aveva argomentato, rispetto alla prima deduzione, che la pericolosità e lo stato di latitanza dell'istante ostavano all'accoglimento della domanda e, quanto alla seconda, che la misura alternativa non poteva essere eseguita all'estero.
La Corte di cassazione, per quanto qui interessa, ha ritenuto di negare l'applicabilità della DQ 947/2008 e del d.lgs. 38/2016 alla detenzione domiciliare nell'Unione europea, rigettando il relativo motivo di doglianza[30]. Segnatamente, la Suprema Corte ha ripercorso i contenuti salienti della legislazione in materia. Come già affermato in precedenza, e contrariamente all'opinione del Procuratore Generale all'udienza, i giudici della Cassazione hanno accertato, preliminarmente e d'ufficio, che la Spagna avesse dato attuazione alla normativa eurounitaria. Riprendendo il considerando n. 8 DQ 947/2008 e l'art. 2 d.lgs. 38/2016, assieme alla giurisprudenza formatasi nelle more, la Corte ha escluso l'ammissibilità della detenzione domiciliare poiché «quest'ultima è, infatti, una misura alternativa alla sola detenzione carceraria, che non fa cessare lo stato detentivo del condannato»[31].
Per confermare questa conclusione, la Corte di cassazione ha fatto riferimento a tre diverse impostazioni esegetiche. Una prima, di carattere *letterale*, secondo la quale, in base a tale regime, la libertà personale non è soltanto ridotta, ma propriamente esclusa; l'esecuzione della misura

Faraldo Cabana, *One step forward, two steps back? Social rehabilitation of foreign offenders under Framework Decisions 2008/909/JHA and 2008/947/JHA*, in *New Journal of European Criminal Law* 2019, 151 ss.
[28] Cfr. C.G.UE 28.7.2016 n. C-294/16, *JZ* con nota di S. Carrer, *La nozione di "custodia" nel diritto dell'Unione Europea, tra restrizione e privazione della libertà: la parola alla Corte di Giustizia*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 10/2016, 1.
[29] Cass. 4.3.2022 n. 20771.
[30] Per un precedente conforme v. Cass. 25.5.2020 n. 16942.
[31] Cass. 4.3.2022 n. 20771, § 2.5.

imponendo, tra l'altro, il divieto assoluto di allontanarsi dal luogo domestico, o altro a esso equiparato, se non per il tempo strettamente necessario e al fine di soddisfare le indispensabili esigenze di vita o di svolgere attività lavorativa.
Una seconda argomentazione, di carattere *sistematico*, evidenzia come la previsione dell'«obbligo di rimanere in un luogo determinato, eventualmente in ore stabilite» non figuri nelle misure di cui all'art. 4 d.lgs. 38/2016 (ove si elencano i possibili contenuti del provvedimento oggetto di riconoscimento), risultando viceversa contemplata dall'art. 4 co. 1 lett. *c* d.lgs. 15.2.2016 n. 36 che ha recepito la DQ 829/2009[32] riguardante le alternative alla custodia cautelare[33].
Una terza argomentazione, di natura *teleologica*, si riferisce invece alla *ratio* della detenzione domiciliare, di cui si constata la natura "eminentemente contenitiva" (*rectius* privativa della libertà personale), che è volta alla prevenzione del rischio di recidiva. Nell'ambito di tale misura alternativa, l'intervento del servizio sociale, inoltre, risulta residuale rispetto ai compiti delle autorità di pubblica sicurezza, le quali svolgono – a giudizio della Suprema Corte – funzioni "repressive" e "di controllo".
In definitiva: «La detenzione domiciliare, quale delineata dal diritto interno, non è così partecipe del denominatore comune delle misure previste dal d.lgs. 38 del 2016, art. 4, caratterizzate dal fatto di svolgersi nella comunità esterna, ove il condannato è collocato con margini più o meno estesi di libertà; di esigere, da parte di lui, comportamenti positivi variamente configurati, comunque volti al suo reinserimento sociale, sotto la promozione, la consulenza e l'assistenza di organi pubblici, eventualmente accompagnati da prescrizioni e limitazioni capaci di contribuire alla sicurezza pubblica; di condizionare la risoluzione dell'espiazione penale in atto alla tenuta e riuscita di tali comportamenti»[34].
Le motivazioni appena riassunte lasciano intendere come una misura che privi il condannato della libertà personale debba risultare di regola esclusa dall'ambito applicativo della decisione quadro. Questo indirizzo interpretativo, tuttavia, parrebbe eccessivamente restrittivo se posto in relazione con quanto statuito dalla sentenza nel caso C-294/16[35], ove la Corte di Giustizia ha per la prima volta delineato una nozione autonoma di "privazione della libertà" alla stregua del diritto UE[36].
In quell'occasione, i giudici di Lussemburgo, investiti di un rinvio pregiudiziale circa l'interpretazione della disciplina del mandato di arresto europeo, hanno stabilito che le prescrizioni facenti corpo con la misura degli arresti domiciliari – misura che nell'ordinamento del giudice rimettente contemplava, tra l'altro, il divieto di allontanamento dal domicilio per nove ore nel corso della notte, con l'applicazione del c.d. braccialetto elettronico, congiuntamente all'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria e alla privazione del diritto a chiedere il rilascio di documenti validi per l'espatrio – «non sono, in linea di principio, tenuto conto del tipo, della durata, degli effetti e delle modalità di esecuzione dell'insieme di tali misure, talmente coercitive da comportare un effetto di privazione della libertà analogo a quello determinato dalla carcerazione e da essere quindi

[32] Il d.lgs. 36/2016 ha attuato la DQ 829/2009 sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare.
[33] Afferma letteralmente la Suprema Corte: «L'esegesi testuale dell'art. 4 d.lgs. n. 38 del 2016, sul punto esattamente conforme alla corrispondente decisione quadro, rivela che tra le misure, che danno contenuto alle sanzioni sostitutive oggetto di possibile mutuo riconoscimento, ai fini dell'esecuzione in altro Stato dell'Unione della pena definitivamente inflitta, non è previsto – diversamente da quanto prevede l'art. 4, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 36 del 2016, attuativo della decisione quadro sul reciproco riconoscimento alle decisioni giudiziarie sulle misure alternative alla detenzione cautelare - l'"obbligo di rimanere in un luogo determinato, eventualmente in ore stabilite"; obbligo che dà assorbente sostanza al regime di detenzione domiciliare, impedendo di assimilarlo alle forme di probation giudiziale o esecutiva, che sono quelle propriamente interessate e riguardate dalla normativa in scrutinio».
[34] Cass. 4.3.2022 n. 20771, § 2.5.
[35] C.G.UE 28.7.2016 n. C-294/16, *JZ* annotata da S. Carrer, *op. cit.*, 1.
[36] Sulla dottrina degli *autonomous concepts* cfr., anche con particolare riferimento a quello qui riportato, L. Mancano, *Judicial Harmonisation through Autonomous Concepts of European Union Law. The Example of the European Arrest Warrant Framework Decision*, in *European Law Review* 2018, 69 ss.

qualificate come "custodia" ai sensi della citata disposizione, circostanza che spetta in ogni caso al giudice del rinvio verificare»[37].
Tornando alla problematica individuazione dei provvedimenti di cui possa darsi esecuzione in Italia, la valutazione del giudicante dovrà quindi ricomprendere un accertamento del grado di "coercitività" della misura o della sanzione alternativa che l'autorità di esecuzione è chiamata, di volta in volta, a considerare. Tale accertamento dovrà essere svolto tenendo a mente che un regime caratterizzato da tratti prevalentemente, ma non esclusivamente, "contenitivi" (come accade per la detenzione domiciliare sostitutiva di cui agli artt. 20-*bis* Cp e 56 l. 24.11.1981 n. 689)[38] non è sufficiente, di per sé solo, a confermare la presenza di una condizione assimilabile allo *status detentionis* con conseguente inapplicabilità della DQ 947/2008 e del d.lgs. 38/2016.

4. Il secondo dei criteri ermeneutici enunciati merita di esser riletto alla luce di un recente pronunciamento della Corte di Giustizia, il primo e di fatto l'unico sin qui a fornire un'interpretazione di talune disposizioni della DQ 947/2008: si allude alla recente sentenza nel caso C-2/19[39].
I giudici di Lussemburgo erano investiti di un rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte suprema estone a seguito della richiesta di riconoscimento in Estonia di una sentenza emessa dal Tribunale di Riga in Lettonia; l'interessato era stato condannato a una pena detentiva di tre anni, con la concessione della sospensione condizionale. All'esito del giudizio, il Ministero della Giustizia estone aveva trasmesso al Tribunale di Harju, in Estonia, la richiesta di riconoscimento. La richiesta era stata accolta con conseguente riconoscimento del provvedimento di condanna a pena sospesa, successivamente confermato nei diversi gradi di giudizio. La Corte Suprema estone dubitava tuttavia dell'ammissibilità, ai fini del riconoscimento *ex* DQ 947/2008, di una sospensione condizionale priva di obblighi e prescrizioni. *Rectius*, nel caso di specie, quest'ultima constava del solo obbligo di astenersi dal commettere un nuovo reato doloso. La misura così configurata era stata ritenuta dalle autorità giudiziarie estoni non riconducibile alle ipotesi sanzionatorie di cui all'art. 4 § 1 DQ 947/2008.
Nell'esaminare il rinvio pregiudiziale, la Corte di Giustizia ha, dapprima, volto lo sguardo alle definizioni di "sentenza" e di "sospensione condizionale" di cui alla DQ 947/2008. In particolare, rispetto al concetto di sospensione condizionale, i giudici di Lussemburgo hanno ravvisato come ai fini della decisione quadro tale istituto si riferisca a «una pena detentiva» o una «misura restrittiva della libertà personale» la cui esecuzione possa essere sospesa condizionalmente, in tutto o in parte, «al momento della condanna attraverso l'imposizione di una o più misure di sospensione condizionale»[40]. Se ne ricava che la nozione di sospensione non si lega alla previsione di specifiche tipologie di obblighi[41]. Nondimeno, il dovere di astenersi dal commettere reati costituisce pur sempre «la condizione cui è subordinata la sospensione dell'esecuzione di una pena detentiva»[42].

[37] C.G.UE 28.7.2016 n. C-294/16, *JZ*. In generale, sulle misure cautelari e il mandato di arresto europeo v. G. Colaiacovo, *Il sistema delle misure cautelari nel mandato d'arresto europeo. La tutela della libertà personale nella procedura di consegna*, Padova 2019.
[38] Prevede infatti il rinnovato art. 56 co. 1 l. 689/1981 che il condannato «può lasciare il domicilio per *almeno* quattro ore al giorno, anche non continuative», al fine di «provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita e di salute, secondo quanto stabilito dal giudice».
[39] C.G.UE 26.3.2020 n. C-2/19, *AP* con nota di A. Rosanò, *La decisione quadro 2008/947/GAI sul reciproco riconoscimento delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive e la sentenza della Corte di giustizia nel caso A.P.*, in *www.aisdue.eu*, 4.2020, 1 ss.; nonché T. Wahl, *CJEU Rules on Recognition of Probation Decisions*, in *eucrim.eu* 2020, 113 s. Si tratta a nostro avviso dell'unica pronuncia che affronta l'interpretazione della DQ 947/2008, posto che la recentissima C.G.UE 6.10.2022 n. C-266/21, *HV* verte soprattutto sull'interpretazione della dir. 2006/126/CE.
[40] C.G.UE 26.3.2020 n. C-2/19, § 34.
[41] *Ivi*, § 37.
[42] *Ibidem*.

Nel delineare il principio di diritto affermato nella propria decisione, la Corte ha tuttavia prestato particolare attenzione all'interpretazione dell'art. 4 § 1 lett. *d* DQ 947/2008, il quale rinvia alle "istruzioni riguardanti il comportamento" previste nell'ambito della sanzione o misura oggetto di riconoscimento mutuo. A tal fine i giudici di Lussemburgo, richiamando la propria consolidata giurisprudenza, hanno elencato i diversi criteri a cui attenersi nell'interpretazione delle norme UE, distinguendo tra argomenti di ordine letterale, sistematico e teleologico.
Quanto al primo argomento (interpretazione "letterale"), la Corte ha sostenuto che l'obbligo di astenersi dal commettere reati costituisce un'"istruzione riguardante il comportamento" – nel senso abituale dato a siffatta espressione nel linguaggio corrente – trattandosi pur sempre di prescrizione "volta a determinare la condotta di una persona"[43].
Venendo al secondo argomento (interpretazione "sistematica"), i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che l'assenza di misure di sorveglianza attiva non risulti estranea al contenuto di altri obblighi e prescrizioni esplicitamente inclusi nella normativa UE: quali il divieto di frequentare determinate località ovvero l'obbligo di evitare contatti con determinate persone o, ancora, con determinati oggetti. Riferendosi, inoltre, al potere riconosciuto allo Stato Membro di esecuzione consistente nella facoltà di adottare misure nel caso di commissione di nuovi reati da parte della persona condannata, la Corte ha sostenuto che sarebbe paradossale escludere siffatto potere proprio nel caso in cui l'unico contenuto della sospensione condizionale consista nell'ingiunzione a non commettere nuovi reati, ammettendolo invece soltanto qualora tale misura contenga obblighi e prescrizioni di cui all'elenco ricompreso all'art. 4 §1 DQ 947/2008.
Giungendo al terzo argomento utilizzato dai giudici di Lussemburgo (interpretazione "teleologica"), la pronuncia ha chiarito come la lettura estensiva proposta (volta a includere nell'ambito di applicazione anche la sospensione condizionale "priva di contenuti") si ponga in linea con le finalità perseguite dalla decisione quadro. Come si evince dall'art. 1 § 1 DQ 947/2008, nonché dai suoi considerando 8 e 24, tale strumento di cooperazione giudiziaria in materia penale si prefigge tre obiettivi complementari: *a*) favorire il reinserimento sociale delle persone condannate; *b*) migliorare la protezione delle vittime e del pubblico in generale, impedendo la recidiva; e *c*) incentivare l'applicazione di opportune misure di sospensione condizionale e sanzioni sostitutive, nel caso di autori di reati che non vivono nello Stato Membro di condanna.
Quanto al primo dei tre obiettivi, la Corte ribadisce il generale criterio di prossimità nella esecuzione della pena, funzionale al reinserimento sociale del condannato: la pronuncia ricorda, in particolare, come dalla decisione quadro si ricavi il principio secondo il quale le autorità del Paese di residenza della persona condannata sarebbero le più idonee ad assolvere ai compiti di sorveglianza della misura non carceraria, potendo meglio valutare (in caso di violazione delle relative prescrizioni) la situazione personale e le "prospettive di riabilitazione" del condannato.
Quanto poi al secondo obiettivo, i giudici di Lussemburgo affermano come, al fine di prevenire il rischio di recidiva, sia doveroso riconoscere all'autorità dello Stato Membro di esecuzione il potere di adottare le misure necessarie a prevenire la commissione di nuovi reati: tali misure, beninteso, possono contemplare anche la revoca della sospensione condizionale e la conseguente esecuzione della pena detentiva, tenuto conto dell'accresciuto grado di pericolosità sociale che l'autorità di esecuzione ritenga di desumere dalla condotta e dalla personalità del condannato in caso di inottemperanza.
In conclusione, alla luce degli argomenti sin qui esposti, la Corte sposa un'interpretazione ampia del concetto di sospensione condizionale. Un'interpretazione, questa, che valorizza l'ultima delle tre finalità dianzi richiamate: quella di incentivare l'applicazione di opportune misure di sospensione condizionale nei confronti di autori non residenti nel Paese di condanna. L'indirizzo fatto proprio dalla pronuncia in parola – peraltro contrario a quanto auspicato nelle conclusioni depositate

[43] C.G.UE 26.3.2020 n. C-2/19, § 44.

dall'Avvocato Generale[44] – permette di ritenere che debba operarsi una lettura estensiva della DQ 947/2008, fedele al principio dell'effetto utile del diritto dell'Unione europea, dilatandone le maglie definitorie sino a ricomprendere sentenze o decisioni di fatto prive di obblighi e prescrizioni.

5. Alla luce della giurisprudenza europea e nazionale, è possibile individuare le disposizioni del Codice penale, della legge sull'ordinamento penitenziario (l. 354/1975) o dalle altre leggi speciali suscettibili di costituire equivalente ai fini del riconoscimento di una sanzione sostitutiva o di una misura alternativa straniera in Italia. Per semplicità di esposizione, si seguirà la ripartizione tra sanzioni e misure di cui all'art. 2 DQ 947/2008 (e ora anche all'art. 2 d.lgs. 38/2016). Pertanto, si prenderanno dapprima in esame le misure *latu sensu* sospensive previste dalla decisione quadro, nell'ordine: la sospensione condizionale, la condanna condizionale e la liberazione condizionale. In seguito, si procederà all'individuazione degli istituti riconducibili alla categoria delle "sanzioni sostitutive" (di recente oggetto di un complessivo ripensamento a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 10.10.2022 n. 150 attuativo della delega conferita con l. 27.9.2021 n. 134). Da ultimo, si volgerà lo sguardo all'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale, il quale rileva ai fini della decisione quadro in virtù del riferimento di quest'ultima a "obblighi e prescrizioni" imposti nei confronti di una persona fisica nell'ambito di una misura sospensivo-probatoria.
Innanzitutto, nel concetto di sospensione condizionale delineato dalla DQ 947/2008 rientra certamente la previsione di cui all'art. 163 e ss. Cp[45]. A seguito della sentenza della Corte di Giustizia nel caso C-2/19 – che, come visto *supra*, ha affermato il principio secondo il quale non è richiesta la presenza di prescrizioni che comportino un *facere* nei confronti del condannato – deve ritenersi suscettibile di riconoscimento mutuo anche la sospensione condizionale "vuota di contenuti" e, in particolare, priva degli obblighi di cui all'art. 165 Cp. La disciplina relativa alla prognosi che il giudice è tenuto a svolgere a norma dell'art. 164 co. 1 Cp (prognosi negativa del rischio di recidiva), assieme alla valutazione ai fini di un'eventuale revoca *ex* art. 168 Cp, ben si attaglia al *dictum* della predetta sentenza dei giudici di Lussemburgo. Nel novero degli istituti applicabili, inoltre, pare possa collocarsi anche l'ipotesi di sospensione della esecuzione della pena detentiva per il condannato tossicodipendente *ex* art. 90 TuStup[46].

[44] Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Michal Bobek presentate il 6 febbraio 2020 nella Causa C-2/19, annotate da J. Graf von Luckner, *A First Cruise in Judicially Uncharted Waters – Mutual Recognition of Probation Measures at the CJEU*, in *europeanlawblog.eu*, 11.3.2020, 1. In breve, l'Avvocato Generale, pur attenendosi ai medesimi criteri ermeneutici adottati dai giudici di Lussemburgo (*i.e.* letterale, sistematico e teleologico), suggerisce una risposta negativa al quesito formulato dal giudice *a quo*, giungendo dunque a conclusioni opposte rispetto alla Corte. Quanto al primo criterio, l'Avvocato Generale ha ritenuto che il dovere di astensione dalla commissione di reati costituisca un obbligo eccessivamente ampio rispetto a quelli disciplinati dalla DQ 947/2008. Venendo al secondo criterio, l'Avvocato Generale ha del resto ritenuto che un'interpretazione a tal punto estesa creerebbe degli obblighi ulteriori in capo allo Stato Membro di esecuzione, non previsti dalla disciplina UE. Giungendo infine al terzo criterio, l'Avvocato Generale ha affermato che gli scopi perseguiti dalla decisione quadro non sarebbero rispettati, quantomeno in *parte qua*. Segnatamente, l'Avvocato Generale ha ritenuto che l'ampia interpretazione proposta non favorirebbe l'obiettivo del reinserimento sociale del condannato poiché, nel caso della sospensione condizionale vuota di contenuti, risulterebbero assenti obblighi attivi di supervisione. Né, ad avviso dell'Avvocato Generale, siffatto indirizzo avrebbe lo scopo di favorire l'utilizzo delle alternative alla detenzione dal momento che, in caso di ricaduta nel reato, la risposta sanzionatoria sarebbe probabilmente di natura detentiva. Il riconoscimento di una sospensione condizionale senza contenuti parrebbe viceversa strumentale rispetto all'obiettivo di protezione delle vittime e della collettività poiché, alla violazione del dovere di astensione dal delinquere, seguirebbe il cumulo sanzionatorio tra il nuovo illecito penale e quello oggetto del riconoscimento.
[45] Attorno alla «polifunzionalità» della sospensione condizionale cfr., per tutti, F. Palazzo, *Trasformazione o declino della sospensione condizionale della pena nel sistema penale italiano?*, in F. Palazzo e R. Bartoli, *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale*, Torino 2007, 5: «Da un lato, la sospensione esibisce una funzione di tipo per così dire "negativo", cioè quale strumento *per evitare* l'esecuzione della pena; dall'altro lato, esso può assumere una più complessa funzione "positiva", quale autonomo *strumento alternativo* alla pena detentiva dotato dunque di un suo meccanismo e di una sua "dignità" di sanzione».
[46] Per un'opinione contraria (per quanto espressa precedentemente rispetto alla sentenza della Corte di Giustizia citata)

Quanto alla condanna condizionale, ricompresa nell'elencazione della DQ 947/2008, è opportuno segnalare che essa appartiene alla tradizione giuridica del continente europeo (infatti, nei sistemi penali di matrice anglosassone è più frequente la sospensione della pronuncia di condanna[47]). Del resto, già il Codice c.d. Zanardelli prevedeva una norma assimilabile alla odierna sospensione condizionale, denominata appunto condanna condizionale[48]. L'istituto è stato successivamente abbandonato con l'adozione del Codice c.d. Rocco. Ciò indurrebbe a considerare priva di utilità pratica per l'ordinamento italiano la relativa disposizione inclusa nella decisione quadro. Sennonché, vi sono almeno due misure che paiono sussumibili nel concetto di "condanna condizionale" racchiuso nella decisione quadro: il rinvio obbligatorio della esecuzione della pena e quello facoltativo, di cui rispettivamente agli artt. 146 e 147 Cp[49]. In effetti, la valorizzazione delle esigenze di natura familiare, sanitaria o comunque umanitaria sottese a tali istituti permette di sospendere provvisoriamente la restrizione carceraria, importando un "differimento condizionato" della reclusione (come previsto dalla stessa rubrica delle relative disposizioni codicistiche). Soprattutto, viene in evidenza l'eventualità della revoca, possibile allorché vengano meno le condizioni richieste e, per il solo rinvio facoltativo, laddove sussista un concreto pericolo che il condannato possa commettere nuovi delitti.
Venendo poi alla liberazione condizionale, dalla lettura della definizione rinvenibile nella DQ 947/2008 si evince che, per il *lawmaker* eurounitario, essa consta di due elementi definitori: in primo luogo, si richiede che il condannato abbia scontato una parte della pena; in secondo luogo, che la rimessione in libertà anticipata avvenga "attraverso" l'imposizione di uno o più obblighi e istruzioni. Orbene, nel testo dell'analoga disposizione del d.lgs. 38/2016 il lemma "attraverso" viene affiancato dalla congiunzione "anche". Pur nell'ovvia differenza che intercorre tra la scelta terminologica europea e quella nazionale, a seguito della summenzionata sentenza della Corte di Giustizia nel caso C-2/19, dovrebbe preferirsi una interpretazione estensiva della disposizione in oggetto. Pertanto, in tale specifico ambito, potrebbe propendersi per l'applicabilità della previsione di cui all'art. 176 Cp[50]. Tale constatazione resterebbe ferma malgrado questa norma – eccezion fatta per l'adempimento delle obbligazioni civili derivanti da reato (la cui imposizione, comunque, non è esplicitamente ricompresa tra gli obblighi e prescrizioni elencati dalla decisione quadro) – non impone un *quid pluris* in termini di iniziativa da parte del condannato, fondandosi sul solo accertamento della condotta tenuta durante il periodo di esecuzione della pena e sul mero decorso del tempo. Come noto, tuttavia, una volta ammessa alla liberazione condizionale, la persona condannata è sottoposta agli obblighi imposti con l'applicazione della libertà vigilata (sempre ordinata a norma dell'art. 230 co. 1 n. 2 Cp) il cui rispetto è affidato ai controlli dell'autorità di pubblica sicurezza. *Mutatis mutandis*, le medesime considerazioni possono estendersi anche alle ulteriori ipotesi assimilabili a quella *ex* art. 176 Cp, come la liberazione condizionale speciale di cui all'art. 8 l. 29.5.1982 n. 304[51] e le analoghe misure previste nella legislazione penale minorile (art. 21 r.d.l. 20.7.1934 n. 1404) e dal Codice penale militare in tempo di pace (art. 71 Cpmp).

---

rispetto alla sospensione condizionale semplice e alla sospensione dell'esecuzione della pena per tossicodipendenti in quanto prive di specifici obblighi e prescrizioni cfr. F.P.C. Iovino, *op. cit.*, 1150.

[47] Cfr. T. Padovani, *L'utopia punitiva: il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano 1981, 167 ss.; nonché, più di recente, E. Dolcini, *Prolegomeni a una proposta di riforma delle misure sospensivo-probatorie. Il contributo della comparazione e di un'esperienza sul campo*, in *Le misure sospensivo-probatorie. Itinerari verso una riforma*, a cura di E. Dolcini e A. Della Bella, Milano 2020, 1 ss.

[48] Introdotta con l. 26.6.1904 n. 267. Cfr. R. Majetti, *La Legge sulla Condanna Condizionale del 26/06/1904 n° 267*, Santa Maria Capua Vetere 1905.

[49] In proposito a tali norme v. S.M. Tigano, sub *art. 146 e art. 147 Cp*, in *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, a cura di F. Fiorentin e F. Siracusano, Milano 2019, 905 ss.

[50] Sui relativi contenuti e presupposti v. A. Marandola, sub *art. 176 Cp*, in *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, a cura di F. Fiorentin e F. Siracusano, Milano 2019, 922 ss.

[51] *Contra* v. F.P.C. Iovino, *op. cit.*, 1150.

6. Il concetto di "sanzione sostitutiva" utilizzato dalla DQ 947/2008 costituisce, come meglio si vedrà *infra*, l'autentico *passepartout* della disciplina UE poiché consente di operare un rinvio a molteplici previsioni normative nazionali ed è sufficientemente ampio da abbracciare le disposizioni del Codice penale e delle leggi speciali in tema di pene principali, sostitutive o accessorie. In ragione della sua centralità nella trama ordita dal legislatore europeo e nazionale, il modello della "sanzione sostitutiva" merita dunque autonoma trattazione in questa sede.

Al fine di stabilire una corrispondenza tra gli istituti di diritto interno e le rilevanti disposizioni della decisione quadro, è opportuno prendere in esame anzitutto la legge c.d. di depenalizzazione, l. 689/1981[52], come interpolata dal d.lgs. 150/2022 attuativo dalla riforma Cartabia, il quale ha modificato il novero delle esistenti "sanzioni sostitutive" – oggi denominate "pene sostitutive"[53] – onde accrescerne il grado di effettività. Ad un primo sguardo, l'unico nuovo istituto rientrante tra quelli riconducibili alla DQ 947/2008 parrebbe essere quello del lavoro di pubblica utilità sostitutivo, oggi inserito dalla riforma Cartabia nel carnet delle *pene sostitutive* di cui al nuovo art. 20-*bis* Cp. Infatti, ove si adottino i due criteri interpretativi base già menzionati, quelli, cioè, dell'assenza di contenuto detentivo della sanzione e della presenza di un'attività richiesta al condannato, tale pena sostitutiva risulta chiaramente scevra di qualsivoglia connotato privativo della libertà personale ed è caratterizzata da istruzioni indirizzate all'interessato, in quanto tali già rientranti nell'art. 4 co. 1 lett. *i* d.lgs. 38/2016. Inoltre, potrebbe includersi anche l'innovativo istituto della detenzione domiciliare sostitutiva (anch'esso introdotto dal d.lgs. 150/2022). Si tratta in tal caso di dare applicazione ai principi desumibili dalla sentenza della Corte di Giustizia nel caso C-294/16, citata *supra*, al fine valutare il grado di afflittività della sanzione ed escluderne eventualmente la natura "detentiva".

Al riguardo, vengono in evidenza alcuni elementi che sembrano deporre proprio in questo senso. Segnatamente, la disciplina del rinnovato art. 56 l. 689/1981 consiste nell'obbligo di permanenza per almeno dodici ore al giorno presso il domicilio, potendo essere accompagnato dall'uso del c.d. braccialetto elettronico, mentre è previsto che il condannato trascorra almeno quattro ore al giorno fuori dal domicilio. L'obiettivo del legislatore sembra dunque quello di favorire, per quanto di ragione, l'esecuzione extramuraria della pena sostitutiva[54] in vista di assicurare esigenze di "lavoro, di studio, di formazione professionale e di salute" (cfr. artt. 55 e 56 l. 689/1981). A tal fine, l'Ufficio di esecuzione penale esterna (UEPE) è tenuto a redigere un programma di trattamento, prendendo in carico il condannato, e a riferire periodicamente attorno allo svolgimento del suddetto programma. Ancora: nell'ambito delle prescrizioni comuni *ex* art. 56-*ter* l. 689/1981, si ravvisano dei precetti che ricalcano in parte quelli previsti dall'art. 4 co. 1 lett. *i* d.lgs. 38/2016[55]. Si tratta, appunto, dell'elaborazione di un programma di trattamento e di altre prescrizioni a contenuto rieducativo che accompagnano l'esecuzione della "nuova" detenzione domiciliare: sono proprio questi aspetti a farne ritenere compatibile il contenuto con le disposizioni e la *ratio* della decisione quadro (vedi *supra* sub § 4).

Inoltre, all'interno del concetto di "sanzioni sostitutive" pare possano ricondursi misure, diverse dalle "pene sostitutive" di cui alla l. 689/1981, che comunque prevedano la prestazione di lavori di pubblica utilità, i quali, come detto, rientrano pacificamente nel novero delle prescrizioni ricomprese nella

[52] In argomento v. F. Bricola, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta «reale» nella politica criminale?*, in *PD* 1982, 359 ss., ora in F. Bricola, *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, Milano 1997, 1439 ss.

[53] Cfr. 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, Padova 2023, 83 ss.

[54] Cfr. A. Gargani, *Le "nuove" pene sostitutive,* in *DPP* 2023, 17 ss. e G. Varraso, *Riforma Cartabia e pene sostitutive: la rottura "definitiva" della sequenza cognizione-esecuzione*, in *www.giustiziainsieme.it*, 7.2.2023, 1.

[55] Per una prima applicazione della detenzione domiciliare sostitutiva v. G.L. Gatta, *Il giudice di cognizione torna ad essere giudice della pena: una prima condanna alla detenzione domiciliare sostitutiva*, in *www.sistemapenale.it*, 23.1.2023, 1.

decisione quadro[56]. A titolo esemplificativo, si possono menzionare: la pena del lavoro di pubblica utilità a disposizione del Giudice di Pace (art. 54 d.lgs. 28.8.2000 n. 274); l'analoga sanzione disciplinata dal Codice della Strada (artt. 186 e 187 CStr); e il lavoro di pubblica utilità per tossicodipendenti *ex* art. 73 co. 5-*bis* TuStup, il quale a sua volta rimanda proprio all'art. 54 d.lgs. 274/2000. Un ostacolo di non poco conto ai fini del riconoscimento all'estero della pena in questione, però, è costituto dal limite edittale indicato dalla DQ 947/2008 e recepito dal d.lgs. 38/2016. Al riguardo il legislatore UE e quello italiano richiedono che la durata della sanzione da espiare in concreto sia quantomeno di sei mesi. Per pene di durata inferiore, il Pubblico Ministero non è tenuto alla trasmissione della richiesta di riconoscimento del provvedimento all'estero né, analogamente, lo è la Corte di Appello rispetto all'esecuzione di un provvedimento ricevuto dall'estero. Malgrado l'assenza di un *obbligo* resta pur sempre la *facoltà* di dare seguito alla richiesta di esecuzione[57].
Non sembra invece riconducibile all'ambito applicativo della decisione quadro e al generale concetto di sanzione sostitutiva la sospensione del processo con messa alla prova per adulti disciplinata all'art. 168-*bis* Cp[58]. Al riguardo è sufficiente richiamare il disposto dell'art. 2 co. 1 n. 1 DQ 947/2008, il quale individua la sospensione condizionale e le sanzioni sostitutive come contenuti soltanto *eventuali* di una sentenza di condanna: quest'ultima, cioè il provvedimento con cui la sanzione o la misura viene in concreto irrogata, consiste in una decisione definitiva la quale "stabilisce che una persona fisica ha commesso un reato". Analogamente, l'art. 2 § 1 nn. 5 e 6 DQ 947/2008 fa riferimento a decisioni di sospensione condizionale o liberazione condizionale imposte tramite (o che conseguono a) una sentenza o altra decisione definitiva. In assenza di un provvedimento che accerti la responsabilità penale, deve dunque escludersi che le prescrizioni applicate mediante la sospensione del processo con messa alla prova possano trovare esecuzione all'estero in forza della DQ 947/2008.

7. L'istituto che ha generato maggiore interesse nella prassi e, per l'effetto, nella giurisprudenza[59] è indubbiamente quello dell'affidamento in prova al servizio sociale di cui all'art. 47 Op[60]. E ciò benché, *prima facie*, quest'ultimo non sembri trovare rispondenza con alcuna delle previsioni delineate dalla decisione quadro e nella disciplina di recepimento di cui al d.lgs. 38/2016.
La Corte di cassazione, a partire dalla sentenza Leonardi[61], ha invece condivisibilmente ritenuto di potere sussumere l'affidamento in prova nel concetto di "sanzione sostitutiva". In quella occasione,

[56] Per una lettura ad ampio raggio delle ipotesi normative che contemplano una qualche forma di lavoro di pubblica utilità v. L. Degl'Innocenti e E. Antonuccio, *Le nuove forme del lavoro di pubblica utilità*, Milano 2016.
[57] *Contra* F.P.C. Iovino, *op. cit.*, 1150, il quale esclude radicalmente l'utilizzo di questi istituti per la presenza di detto termine massimo. A ben vedere, però, l'obiezione non coglie nel segno: non è previsto un divieto di trasmissione espresso e, comunque, la relativa causa di rifiuto del riconoscimento è facoltativa. Pertanto, nella prassi, potranno verificarsi situazioni nelle quali si procederà ugualmente in senso sia attivo sia passivo.
[58] Sul lavoro di pubblica utilità ivi previsto v. M. Miraglia, *La messa alla prova dell'imputato adulto. Analisi e prospettive di un modello processuale diverso*, Torino 2020, 148 ss. Invero, i contenuti sanzionatorio-prestazionali sono più ampi del solo lavoro, potendosi citare altresì quelli richiamati all'art. 168-*bis* co. 2 Cp, quali l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato e il risarcimento del danno dallo stesso cagionato, oltre all'affidamento al servizio sociale per lo svolgimento di un programma comprendente altresì attività di volontariato oppure l'osservanza di prescrizioni.
[59] Per alcune pionieristiche ordinanze di ammissione da parte dei Tribunali di Sorveglianza italiani si veda la giurisprudenza citata da C. Palumbo, *Esecuzione delle misure alternative alla detenzione nei Paesi dell'Unione europea: ora, forse, è possibile*, in *dirittodidifesa.eu*, 4.1.2023, 1 ss. Inoltre, tra le pronunce inedite, si annovera anche T. sorv. Venezia 5.7.2022 n. 2192. Il Tribunale veneziano ha altresì adottato delle linee guida sull'applicazione della DQ 947/2008 e del d.lgs. 38/2016. Cfr. *Direttive del Presidente del Tribunale di Sorveglianza di Venezia*, 15.11.2022, n. 1183 del 2022, disponibili su *www.tribunaledisorveglianza.venezia.it*. Per un commento a queste ultime, sia consentito rinviare a G. Bondi, *L'accesso all'affidamento in prova ai servizi sociali nell'Unione europea alla luce delle recenti Direttive del Presidente del Tribunale di sorveglianza di Venezia*, in *dirittodidifesa.eu*, 13.4.2023, 1 ss.
[60] Cfr. C. Palumbo, *op. cit.*, 1 ss. e F. Fiorentin, *L'esecuzione dell'affidamento in prova al servizio sociale nello spazio giuridico europeo*, in *ilpenalista.it*, 26.1.2022, 1.
[61] Cfr. Cass. 16.5.2018 n. 15091.

la Suprema Corte ha specificato la necessità di verificare, ai fini della concessione di suddetta misura alternativa, che lo Stato Membro di esecuzione abbia dato attuazione alla DQ 947/2008. La Corte ha inoltre precisato che non osta al trasferimento del condannato la mancata richiesta di poter usufruire dell'esecuzione della pena all'estero, anteriormente alla irrogazione della condanna definitiva. La successiva giurisprudenza si è posta nel tracciato di tale precedente, progressivamente delineando le modalità di accesso all'affidamento in prova in ambito europeo. Sotto questo profilo, ha assunto particolare rilievo la sentenza Mancinelli con la quale la Corte ha "abbattuto" il totem costituito dall'impossibilità per l'UEPE di svolgere la propria attività al di fuori dei confini nazionali[62]. Pertanto, ad oggi, non paiono sussistere limiti "territoriali" all'istruttoria affidata agli operatori del servizio sociale in merito alla presenza delle condizioni necessarie ad accedere alla misura alternativa, potendosi ipotizzare che siffatta istruttoria venga condotta da remoto e con modalità telematiche. Sicché, può certamente prefigurarsi un'indagine anche nel caso in cui il condannato sia residente o domiciliato al di fuori dei confini nazionali, magari proprio nel Paese ove questi intenderebbe, successivamente, accedere alla misura alternativa.

L'apertura dimostrata verso una estensione dell'ambito applicativo della decisione quadro è stata mitigata da ulteriori pronunce della Corte di cassazione intervenute a precisare determinati aspetti di dettaglio della disciplina in esame. Benché apparentemente residuali, siffatte precisazioni finiscono per annettere al d.lgs. 38/2016 dei presupposti ulteriori che appaiono invece del tutto assenti nel testo della disciplina di recepimento. Invero, tale esito interpretativo sembra dovuto, per un verso, alla prevedibile opera di valorizzazione delle disposizioni contenute nella legge sull'ordinamento penitenziario relative all'affidamento in prova; per altro verso, alla difficoltà di accettare del tutto la portata della innovazione sistematica insita nella eseguibilità della pena all'estero. Innanzitutto, nella sentenza Arrighi, la Suprema Corte ha preteso, come imposto all'art. 656 e ss. Cpp, l'elezione di domicilio in Italia da parte del richiedente e, soprattutto, vi ha artatamente aggiunto un (invero piuttosto generico) dovere di collaborazione del condannato con l'UEPE[63]. In tempi più recenti, la Corte, ritenendo di dover dare al proprio *dictum* una più articolata trattazione, è tornata a pronunciarsi in merito al requisito del "dovere di collaborazione", fornendone una prima (ancorché non risolutiva) definizione. Si è così da poco affermato che tale requisito consisterebbe in un "onere informativo caratterizzato da particolare diligenza"[64].

Nell'ambito di siffatto dovere di collaborazione non è invece ricompreso l'obbligo per l'interessato di fornire documentazione circa l'esistenza di intese e protocolli tra l'Italia e lo Stato Membro di esecuzione; informazioni da ritenersi, in tutta evidenza, ottenibili d'ufficio attraverso il Ministero della Giustizia, nel suo ruolo di autorità centrale dello Stato Membro di esecuzione, ovvero tramite la Rete giudiziaria europea.

La Corte di cassazione si è poi nuovamente cimentata con il concetto di "onere informativo", di cui ha meglio delineato i contenuti; in particolare, la Suprema Corte ha individuato un limite negativo a tale incombente pronunciandosi in merito a casi nei quali tale requisito non era stato rispettato dal ricorrente. Si è ad esempio stigmatizzata la scelta di sottrarsi agli operatori del servizio sociale dopo una prima comunicazione, senza fornire un domicilio ove il condannato potesse essere reperito[65]. O, ancora, si è evidenziata quale inottemperanza del succitato "onere informativo" la mancata presentazione all'UEPE pur a fronte di una convocazione espressa[66], l'assenza all'udienza e la

[62] Cfr. Cass. 25.5.2020 n. 16942.
[63] Cfr. Cass. 4.3.2022 n. 20771.
[64] Cass. 18.3.2022 n. 14799, § 2, con nota di A. Di Marco, *La Cassazione sull'affidamento in prova sul territorio UE*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 6/2022, 1.
[65] Cfr. Cass. 1.4.2022 n. 18904.
[66] Cfr. Cass. 11.5.2022 n. 32935.

formulazione della richiesta di esecuzione all'estero pochi giorni prima della stessa[67] e, ancora, l'omessa prova della residenza nel Paese di destinazione[68].

8. Nel presente contributo si sono esposte le difficoltà, a livello teorico e pratico, insite nel tentativo di individuare con esattezza gli istituti del sistema sanzionatorio penale riconducibili all'ambito applicativo della DQ 947/2008[69]. Tali difficoltà sono dovute, tra l'altro, all'estrema varietà definitoria e contenutistica che caratterizza le sanzioni e le misure alternative previste nei diversi Paesi dell'Unione europea. L'esistenza di un variegato ventaglio di opzioni sanzionatorie si ricava, a titolo esemplificativo, dal *Report on criminal detention and alternatives: fundamental rights aspects in EU cross-border transfers* redatto dall'Agenzia europea per i diritti fondamentali nel 2016[70]. A tale aspetto può forse attribuirsi il parziale insuccesso nell'applicazione della decisione quadro, quale emerge dalle più recenti rilevazioni statistiche europee e nazionali[71]. Il modesto ricorso allo strumento di mutuo riconoscimento in esame suscita almeno due ordini di considerazioni: da un lato, la disciplina eurounitaria appare ancora scarsamente conosciuta da parte degli operatori del diritto[72], sollecitando così un'opera di sensibilizzazione e formazione suscettibile di rendere più frequente l'utilizzo del meccanismo di mutuo riconoscimento; dall'altro, la frammentazione di tale disciplina in molteplici testi di recepimento rende, quantomeno nel nostro Paese, scarsamente accessibile il *corpus* normativo applicabile al riconoscimento reciproco di sanzioni e misure non detentive. Circostanza, quest'ultima, che complica non poco l'individuazione degli strumenti volta a volta esperibili per dare esecuzione a una misura irrogata all'estero o richiedere l'esecuzione di un provvedimento emesso in Italia da parte di altro Stato Membro.
È, insomma, da auspicare una *reductio ad unum* dei testi attinenti alla cooperazione giudiziaria in materia penale, i quali nel tempo sono andati stratificandosi in numerose leggi e decreti legislativi. Tra le altre, si considerino le norme in tema di: mandato di arresto europeo; esecuzione all'estero delle sentenze di condanna alla pena detentiva; quelle relative alle decisioni che applicano misure cautelari alternative alla custodia cautelare; e, ancora, le disposizioni in tema di mutuo riconoscimento delle sentenze di condanna a pena pecuniaria.
Tale conclusione si giova di due ordini di valutazioni: di tipo empirico e logico. Quanto al primo aspetto, è sufficiente un raffronto con quella che forse è la disciplina di maggiore successo nel settore

[67] Cfr. Cass. 30.6.2022 n. 48570.
[68] Cfr. Cass. 3.11.2022 n. 49292.
[69] Cfr. *supra*, §§ 2 ss.
[70] Cfr. A. Rosanò, Tristes, Solitarias y Finales, cit., 155 s., che così lo sintetizza: «Il tema centrale, comunque, attiene alle differenze ravvisabili tra le legislazioni degli Stati membri in materia di misure alternative alla detenzione. Ad esempio, il divieto di frequentare determinati luoghi non è contemplato dalla normativa danese, greca, ungherese, maltese, olandese, svedese e slovena; i lavori di pubblica utilità non sono previsti in Austria, a Cipro, in Spagna, in Italia e in Svezia; solo dodici Stati membri prevedono trattamenti sanitari; solo undici Stati membri hanno introdotto almeno una misura consistente nella frequentazione di corsi di formazione o di istruzione; solo in nove si individua una misura diretta a risarcire il danno procurato alla vittima quale alternativa alla detenzione».
[71] Cfr. A. Rosanò, Tristes, Solitarias y Finales, cit., 154 ss., il quale ricorda, citando rispettivamente dati della Commissione europea e del Ministero della Giustizia, come, fino al 2014, non risultasse alcuna applicazione della DQ 947/2008 in Italia e, alla data della pubblicazione, vi fosse notizia di un solo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Al contempo l'Autore sottolinea come, nei primi quattro anni di vigenza, le ipotesi di applicazione del d.lgs. 38/2016 non superassero la ventina. Lamenta la scarsa applicazione dello strumento *de quo* e il ritardo nella sua trasposizione anche la relazione del Segretariato Generale del Consiglio dal titolo *Implementation of Council Framework Decision 2008/947/JHA of 27 November 2008 on the application of the principle of mutual recognition to judgments and probation decisions with a view to the supervision of probation measures and alternative sanctions*, del 17.6.2021.
[72] Cfr., quale esempio di iniziativa volta a migliorare la formazione relativa al funzionamento di tale strumento di cooperazione, *E-manual for implementing FD 947/2008 and FD 829/2009* in *www.cep-probation.org*, il quale si sofferma sui contenuti della DQ 947/2008 e della DQ 829/2009, tra l'altro, sotto il profilo delle difficoltà emerse nella prassi giudiziaria dei diversi Stati Membri.

della cooperazione giudiziaria penale, cioè il mandato di arresto europeo (MAE). Un suggestivo studio condotto da Eurispes per conto della Camera Penale di Bologna[73] ha messo in evidenza come più della metà delle cause di rifiuto invocate per negare l'esecuzione di un MAE attenga al requisito del radicamento nel territorio italiano dell'interessato[74]; circostanza a cui fa seguito, previo riconoscimento del provvedimento straniero *ex* art. 4 § 6 DQ 2002/584/GAI, l'esecuzione della pena in Italia[75]. Orbene, il limite minimo di dodici mesi di reclusione imposto dalla l. 69/2005, in uno con i dati poc'anzi richiamati, lascia intendere una propensione a ricorrere al MAE in quanto strumento maggiormente noto e di più agevole utilizzo da parte dell'autorità giudiziaria del nostro Paese.
Sennonché, il riconoscimento di un titolo esecutivo che si avvalga della decisione quadro sul MAE (e non già di un diverso strumento di mutuo riconoscimento) reitera, nel contesto della cooperazione giudiziaria, la centralità della pena detentiva. Se da un lato, infatti, nei casi citati le autorità emittenti sembrano preferire il ricorso al carcere nei confronti di cittadini UE non residenti nello Stato Membro della condanna (escludendo così *ab origine* la possibilità di ricorrere al mutuo riconoscimento delle sanzioni sostitutive), dall'altro il Paese di esecuzione conferma (mediante il riconoscimento del titolo esecutivo) la pena carceraria come opzione di *default*. Ciò avviene anche nei casi in cui il condannato, in virtù del residuo di pena da scontare, potrebbe accedere alle misure alternative alla detenzione. Le evidenze empiriche dianzi richiamate sottolineano infatti come, all'esito del riconoscimento della pena detentiva irrogata all'estero, il condannato residente in Italia risulti sovente ammesso al circuito dell'esecuzione penale esterna.
Venendo al secondo aspetto, non ci si può esimere da una lettura complessiva delle disposizioni che disciplinano il meccanismo di mutuo riconoscimento qui analizzato[76]. L'esame degli strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale, rilevanti ai fini della "libera circolazione" delle pene nell'Unione europea[77], permette infatti di ravvisare assonanze e rinvii incrociati tra le molteplici disposizioni (si pensi, per tutti, alle cause di rifiuto, alle modalità di trasmissione e di riconoscimento del provvedimento straniero, nonché alla supervisione da parte dello Stato Membro di esecuzione delle prescrizioni oggetto del provvedimento emesso all'estero[78]). Emergono, tuttavia, anche

[73] Cfr. *Documento di Sintesi. Mandato di arresto europeo (m.a.e.) ed estradizione. Presentazione della indagine statistica sulla giurisprudenza della Corte d'Appello di Bologna Istituzione della Banca Dati periodo 2006-2019*, disponibile su *www.camerapenale-bologna.org*.
[74] *Ivi*, 4.
[75] Come noto, infatti, è prevista l'applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. 161/2010 anche «all'esecuzione della pena o della misura di sicurezza nei casi di cui gli articoli 18, comma 1, lettera r), e 19, comma 1, lettera c), della legge 22 aprile 2005, n. 69» e dunque del motivo di rifiuto di cui all'art. 4 § 6 DQ 584/2002. Cfr. in assenza di esplicito rinvio, l'art. 18-*bis* co. 2 l. 22.4.2005 n. 69 così come modificata dal d.lgs. 2.2.2021 n. 10. Su tale riforma v. G. Colaiacovo, *Appunti sulle prime applicazioni della nuova disciplina del mandato d'arresto europeo*, in *CP* 2022, 101 ss.; M. Bargis, *Meglio tardi che mai. Il nuovo volto del recepimento della decisione quadro relativa al m.a.e. nel d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10: una prima lettura*, in *www.sistemapenale.it*, 3/2021, 63 ss.; e F. Urbinati, *La riforma del mandato di arresto europeo*, in *www.archiviopenale.it*, 1/2021, 1 ss. Più nello specifico, circa i rapporti con il d.lgs. 161/2010 v. V. Picciotti, *La riforma del mandato di arresto europeo. Note di sintesi a margine del d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 12.2.2021, 23 s.
[76] Lo auspica S. Montaldo, *Intersections among EU judicial cooperation instruments and the quest for an advanced and consistent European judicial space*, cit., 1 ss., il quale individua tre livelli di interazione/intersezione tra gli strumenti di mutuo riconoscimento in quest'area, derivanti rispettivamente: dal disegno normativo delle decisioni quadro, dal processo di recepimento nazionale degli atti dell'UE, delle prassi e dei modelli giudiziari, nonché dalla tutela dei diritti fondamentali.
[77] Si vedano DQ 584/2002 (l. 69/2005), DQ 909/2008 (d.lgs. 161/2010), DQ 829/2009 (d.lgs. 36/2016), DQ 2005/214/GAI (d.lgs. 15.2.2016 n. 37) e, infine, DQ 947/2008 (d.lgs. 38/2016).
[78] Sotto questo profilo, l'art. 14 § 3 DQ 947/2008 contiene una rilevante clausola opzionale che consente allo Stato Membro di esecuzione, previa notifica al Segretariato Generale del Consiglio, di facoltizzare tale verifica rimettendo il compito di assicurare l'osservazione delle prescrizioni imposte alle autorità del Paese di esecuzione. Nella prassi, molti Stati Membri si sono avvalsi di detta facoltà, in tal modo rendendo ulteriormente difficoltosa la possibilità per le autorità di emissione di richiedere il riconoscimento di sanzioni sostitutive o misure sospensive all'estero; cfr., sul punto, il recente

illogicità e incoerenze riscontrabili nel tessuto normativo eurounitario e nella relativa disciplina di attuazione: si consideri, per tutti, il requisito del consenso della persona condannata, non richiesto in alcune significative ipotesi ai fini del trasferimento all'estero di una condanna a pene o misure detentive e, viceversa, sempre necessario nell'ottica del riconoscimento di pene e misure non detentive. Se è vero che siffatte contraddizioni si ravvisano anzitutto nel contesto del diritto derivato UE, al legislatore italiano spetta (nei limiti consentiti dalle decisioni quadro) formulare una disciplina di recepimento il più possibile lineare e fruibile.

Attesa la complessità della normativa in *subiecta materia*, unitamente alle molteplici sovrapposizioni applicative tra gli strumenti di cooperazione giudiziaria UE (nelle diverse fasi delle indagini preliminari, del processo e, quindi, della esecuzione), potrebbe dunque prospettarsi l'adozione di un testo unico, o comunque di una disciplina maggiormente armonica, delle diverse disposizioni di recepimento dei testi sopracitati. L'obiettivo dovrebbe essere quello di delineare un disegno più chiaro e uniforme dei vari strumenti a disposizione degli operatori del diritto, una vera e propria *matrice* che consenta di evitare un utilizzo improprio della decisione quadro sul mandato di arresto europeo e favorisca il ricorso alle pene non detentive anche nell'ambito di vicende a carattere transnazionale; il tutto nella speranza che da ciò derivi una più agevole applicazione di tali strumenti e una migliore tutela dei diritti delle persone condannate[79].

rapporto redatto da J. Burchett, A. Weyenbergh e M. Ramat, *Prison and Detention Conditions in the EU*, Bruxelles 2023, 99 ss. e bibliografia *ivi* citata.

[79] Un modello possibile è quello scelto nei Paesi Bassi, dove è stata adottata la Legge sul mutuo riconoscimento e sulla esecuzione delle sanzioni custodiali e sospese (in olandese sotto l'acronimo di *Wets*), che attua congiuntamente la DQ 947/2008 e la DQ 909/2008. Cfr. O. Nauta, M. van Aalst e P. Özgül, *Evaluatie Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties (Wets)*, Amsterdam 2018.

PRESCRIZIONE DEL REATO E PRESCRIZIONE DEL PROCESSO. UNA DISTINZIONE IMPOSSIBILE?[1]

di Alessandro Melchionda
(*Professore ordinario di diritto penale, Università di Trento*)

Il contributo propone una disamina della nuova disciplina delle cause e degli effetti di improcedibilità dell'azione penale, che è stata di recente introdotta dalla c.d. "riforma Cartabia" (d. lgs. 10.10.2022 n. 150, di attuazione della l. 27.09.2021 n. 134). La riflessione viene sviluppata attraverso una considerazione delle precedenti riforme normative in materia di prescrizione del reato (riforma c.d. "ex-Cirielli"; "riforma Orlando"; "riforma Buonafede") e del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul fondamento costituzionale dei principi in materia di limitazione temporale della punibilità. Sulla base di questi principi e dei precedenti storici della disciplina vigente, si perviene così ad una valutazione positiva dell'attuale modello differenziato di disciplina, che, pur a fronte di un convergente fondamento sostanziale e costituzionale, si propone quale soluzione normativa utile alle esigenze di una più "ragionevole" gestione normativa dei tempi della punibilità e della processabilità.
The contribution proposes an examination of the new discipline of the causes and effects of improper prosecution, which was recently introduced by the so-called "Cartabia reform" (legislative decree no. 150 of 10.10.2022, implementing law no. 134 of 27.09.2021). The reflection is developed through a consideration of the previous regulatory reforms on the prescription of the crime (so-called "ex-Cirielli" reform; "Orlando reform"; "Buonafede reform") and of the doctrinal and jurisprudential debate on the constitutional basis of the principles on the temporal limitation of punishability. On the basis of these principles and of the historical precedents of the current discipline, a positive assessment is thus reached of the current differentiated model of discipline, which, although it has a convergent substantive and constitutional basis, is proposed as a normative solution useful to the needs of a more 'reasonable' normative management of the time of punishability and trialability.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le "tappe" della progressiva correzione legislativa della disciplina sulla prescrizione. – 3. I dati statistici sull'incidenza "processuale" della prescrizione ed i difetti della "riforma Bonafede". – 4. Le novità della "riforma Cartabia". – 5. La genesi delle proposte a favore di una distinzione tra prescrizione "sostanziale" e "processuale". – 6. Le critiche alla "riforma Cartabia". – 7. Il fondamento costituzionale della necessaria predeterminazione dei tempi massimi del processo. – 8. Le basi storiche della rilevanza "sostanziale" della prescrizione "processuale". – 9. Osservazioni conclusive. L'oggettiva necessità di una distinzione tra "prescrizione del reato" e "prescrizione del processo".

1. Il dibattito sulla disciplina della prescrizione del reato continua a rimanere al centro di un confronto che non pare trovare soluzione condivisa.
Le ragioni di questa attenzione e dei connessi contrasti di opinione sono molteplici e noti. Da un lato, si tratta certamente di riflesso direttamente conseguente alle molte riforme, spesso foriere di dure polemiche anche politiche, che si sono susseguite nell'arco degli ultimi quattro lustri. Dall'altro, tuttavia, si tratta anche di effetto derivato della progressiva ed anomala trasfigurazione della originaria disciplina codicistica di questo istituto, forgiato nell'ottica di operare quale misura temporale della punibilità e, di fatto, via via forzato a fungere quale misura temporale del processo.

[1] Testo destinato alla pubblicazione negli atti del Convegno "*Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*", Ferrara, 15/17.12.2022, a cura di D. Castronuovo e D. Negri, Jovene 2023.

La recente emanazione della c.d. "riforma Cartabia" (d. lgs. 10.10.2022 n. 150, di attuazione della l. 27.09.2021 n. 134) ha certamente segnato l'avvento di un ulteriore passaggio di radicale novità, espressamente orientato ad apportare un drastico correttivo ai difetti ed alle ambiguità delle ultime soluzioni normative. Anche in questo caso, però, il quadro delle contrapposte opinioni rimane connotato da profili di contrasto apparentemente insanabili.

2. Sul piano normativo, l'elemento di riconosciuta novità della "riforma Cartabia" è sicuramente rappresentato dall'inedita disciplina delle cause e degli effetti di improcedibilità dell'azione penale, che è stata di recente introdotta mediante l'inserimento nel codice di procedura penale di alcune nuove disposizioni (ed in via principale dell'art. 344-*bis* Cpp).
Come detto, questo dato di indiscussa innovazione rappresenta solo l'epilogo ultimo di una controversa e spesso polemica sequenza di interventi legislativi, che sono stati a loro volta adottati sulla scia della dichiarata volontà politica di modificare le già incisive e contestate correzioni che furono apportate all'originaria disciplina del Codice penale del 1930 dalla nota "riforma ex-Cirielli" del 2005 (l. 5.12.2005 n. 251).
Le tappe di questa sequenza sono note. Con la legge n. 251/2005, adottata durante una fase politica caratterizzata da una maggioranza elettorale di "centro-destra", il Parlamento aveva corretto l'originario assetto codicistico - basato su di una predeterminazione dei termini massimi di prescrizione progressivamente differenziata in base a più classi di reati, a loro volta suddivise per fasce di pena – ed aveva riformulato l'articolo 157 del codice penale con il criterio che equipara il tempo necessario per l'estinzione del reato al massimo della pena edittale stabilita dalla legge per quel medesimo reato, fermo comunque un limite minimo fissato in sei anni per i delitti ed in quattro anni per le contravvenzioni. La riforma del 2005 era stata ulteriormente caratterizzata da una espressa esclusione della rilevanza degli effetti modificativi determinati dalle circostanze del reato, con l'eccezione di quelle ad effetto speciale e di quelle che prevedono una pena di specie diversa da quella ordinaria, nonché dalla correzione delle regole sulla c.d. interruzione della prescrizione, con fissazione di un effetto modificativo massimo pari ad un quarto del termine ordinario, ovvero della metà in caso di recidiva aggravata, o di due terzi in caso di recidiva reiterata.
Durante una successiva fase politica caratterizzata da una maggioranza elettorale di "centro-sinistra", una prima importante modifica è stata introdotta nell'anno 2017 con la c.d. "riforma Orlando" (l. 23.6.2017 n. 103). Con questa legge, pur senza incidere sui criteri di determinazione normativa dei termini massimi di prescrizione, si è comunque dato spazio ad un meccanismo di allungamento dei connessi effetti estintivi della punibilità, attraverso la previsione, nella disciplina dettata dall'art. 159 Cp, di due eventuali e successivi periodi di sospensione del corso della prescrizione, ciascuno per un tempo non superiore a un anno e sei mesi, rispettivamente conseguenti alla condanna in primo e/o in secondo grado[2].
Un'ulteriore diversa disciplina è stata poi introdotta nell'anno 2019, anche in questo caso, a seguito di un successivo cambio del contesto politico nazionale, nell'occasione segnato dall'avvento della c.d. maggioranza "pentastellata". Con la pubblicazione della legge 9.1.2019 n. 3, meglio nota alle cronache quale "legge spazza-corrotti", è sopraggiunta la c.d. "riforma Bonafede", con la quale la disciplina penale della prescrizione è stata fatta oggetto di alcune modifiche di limitato tenore sul piano dei contenuti, ma di portata radicale nella prospettiva degli effetti applicativi[3]. In particolare,

[2] In generale, su questa legge di riforma v. F. Viganò, *La nuova disciplina della prescrizione del reato: la montagna partorì un topolino?*, in *DPP* 2017, 1289 ss.; S. Zirulia, *Riforma orlando: la "nuova" prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in *DPenCont* 2017, 243 ss.; Id., *La riforma della prescrizione del reato ("Legge Orlando")*, in www.penalecontemporaneo.it, 17.12.2018.
[3] Sulle modifiche introdotte da questa riforma v. R. Bartoli, *Il nuovo volto della prescrizione: dalle concezioni garantiste alle concezioni stataliste*, in www.sistemapenale.it, 7.4.2020; A. Cavaliere, *Le norme "spazzaprescrizione" nella l.n. 3/2019*, in www.lalegislazionepenale.eu, 12.2.2020; D. Chinnici, *Prescrizione e ragionevole durata del processo*, in

oltre alla modifica dell'art. 158 Cp, con la quale, ripristinando la regola a suo tempo abbandonata dalla legge "ex-Cirielli" del 2005, si è nuovamente stabilito che, in caso di reato continuato, la prescrizione decorra solo dalla cessazione della continuazione, con riferimento ai criteri di computo del termine finale si è intervenuti sugli art. 159 e 160 Cp stabilendo che, ferme le cause di sospensione previste al primo comma dell'art. 159, «il corso della prescrizione rimane altresì sospeso dalla pronunzia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna». In questo modo, pertanto, pur dando spazio, formalmente, ad un effetto solo sospensivo della prescrizione, di fatto, il meccanismo introdotto dalla riforma ha determinato una sorta di vera e propria inefficacia dell'effetto estintivo del reato a partire dalla conclusione del giudizio di primo grado, ovvero, nell'ipotesi di semplice emissione del decreto di condanna, a partire da un momento addirittura precedente allo stesso inizio del processo.
Evidente è, quindi, la diversa portata di questa seconda modifica: con la "riforma Orlando" del 2017 si era sostanzialmente introdotto un generico prolungamento di tre anni del termine di prescrizione del reato, ma con effetto suscettibile di caducazione *ex post* nel caso in cui la pronuncia di condanna determinante l'effetto sospensivo non fosse risultata confermata nel grado successivo; con la "riforma Bonafede" del 2019, invece, l'effetto della prescrizione veniva radicalmente cancellato a partire dalla sentenza di primo grado, ovvero, come detto, dalla semplice emissione del decreto di condanna.
Si trattava di una scelta che è subito apparsa profondamente illegittima, essendo del tutto evidente che, cancellando ogni effetto alla prescrizione già a partire dalla sentenza di primo grado, i processi non sarebbero stati solo per questo più veloci e la durata complessiva del processo avrebbe rischiato di proiettarsi verso orizzonti temporali infiniti, del tutto incompatibili con quel limite di necessaria ragionevolezza, che, per lo meno a partire dall'anno 1999 e con la riformulazione dell'art. 111, è oggi anche un principio fondamentale della nostra Costituzione[4].
Le forti polemiche che hanno fatto seguito a questi interventi di riforma sono comunque rimaste circoscritte ad un piano meramente teorico. Nessuna di queste due ultime leggi ha, infatti, trovato occasione di immediata applicazione processuale. Nel caso della "riforma Orlando", per effetto della prevista applicabilità delle nuove disposizioni ai soli reati commessi dopo l'entrata in vigore della legge di riforma (*ex* art. 1 co. 15 l. 103/2017); nel caso della "riforma Bonafede", per effetto della prevista posticipazione al 1° gennaio 2020 (*ex* art. 1 co. 2 l. 3/2019) dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni in tema di prescrizione.
Il divieto di una immediata applicazione retroattiva degli effetti *in malam partem* conseguenti all'entrata in vigore di queste due leggi trovava in ogni caso conforto anche alla luce di quanto

---

www.archiviopenale.it, 2020, n. 1; A. De Caro, *La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo: le eccentriche soluzioni legislative e le nuove proiezioni processuali sulla prescrizione dell'azione e l'estinzione del processo*, in www.archiviopenale.it, 2020, n. 1; M.L. Ferrante, *Osservazioni "a prima lettura" su alcuni aspetti di incostituzionalità della L. 9 gennaio 2019, n. 3*, in www.dirittifondamentali.it, 12.2.2019; G.L. Gatta, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di Cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 21.1.2019; Id., *Prescrizione del reato e lentezza del processo: male non cura male*, in www.sistemapenale.it, 9.12.2019; V. Manes, *Sulla riforma della prescrizione*, in *RIDPP* 2019, 557 ss.; G. Losappio, *Il congedo dalla prescrizione nel processo penale. Tempus fu(g)it*, in www.penalecontemporaneo.it, 1.7.2019; O. Mazza, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 21.1.2020; Id., *L'enigma della prescrizione, fra improcedibilità e nuove proposte di riforma*, in www.sistemapenale.it, 16.5.2023; D. Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in www.penalecontemporaneo.it, 26.3.2019; Id., *La giustizia penale e il tempo*, in www.sistemapenale.it, 2.12.2019; Id., *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia*, in www.sistemapenale.it, 26.2.2020; T. Padovani, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in www.archiviopenale.it, 2018, n. 3. Ampi riferimenti sono inoltre sviluppati anche nel contributo monografico di A. Peccioli, *La prescrizione del reato. Un istituto dall'incorreggibile polimorfismo*, Torino 2019, *passim*.

[4] Per queste critiche, tra i tanti v. A. De Caro, *Tempo, punizione e processo: le indubbie connessioni tra la ragion d'essere della prescrizione e la durata ragionevole del processo. la prospettiva dell'improcedibilità dell'azione,* in www.sistemapenale.it, 22.7.2020; O. Mazza, *La riforma dei due orologi*, cit.

riaffermato dalla Corte costituzionale nell'ambito della controversa vicenda "Taricco" [5] ed in conformità con il riconosciuto assoggettamento delle norme sulla prescrizione penale al principio costituzionale di irretroattività stabilito dall'art. 25 co. 2 Cost. Pur sempre solo nel quadro di un dibattito meramente dottrinale, soprattutto nel caso della "riforma Bonafede" non sono, tuttavia, mancate opinioni orientate a considerare applicabile la nuova disciplina anche ai fatti commessi subito dopo l'entrata in vigore della legge n. 3/2019 e, quindi, già prima dell'entrata in vigore delle disposizioni relative alla prescrizione del reato (1° gennaio 2020), trattandosi sicuramente di normativa più sfavorevole, ma già a quel momento prevedibile nella sua astratta applicabilità futura[6].
Le successive modifiche introdotte dalla "riforma Cartabia" hanno impedito un diretto riscontro giurisprudenziale su questa interpretazione. Si tratta, però, di opinione alla quale non mi è parso di poter aderire, in quanto, ancorché effetto astrattamente già prevedibile, l'art. 25 co. 2, della Costituzione vieta comunque qualunque applicazione retroattiva *in malam partem* di riflessi sostanzialmente afferenti alla punibilità del reato rispetto a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della disposizione di legge di volta in volta considerata[7].

3. Come già ricordato, tanto la "riforma Orlando", quanto la "riforma Bonafede", sono state emanate con il dichiarato intento di ridurre il numero dei procedimenti penali definiti con la declaratoria della prescrizione del reato nella fase successiva al giudizio di primo grado. Entrambe queste riforme sono, inoltre, state pensate in prospettiva di correzione di effetti così asseritamente ricollegati alle innovazioni a suo tempo introdotte dalla c.d. legge "ex-Cirielli" del 2005.
Se, però, da un lato è innegabile che questa modifica legislativa del 2005 abbia comportato una tendenziale accelerazione dei termini di prescrizione (dati statistici riferiscono di percentuali pari all'1% in Cassazione; al 19% in primo grado e di circa il 18% in grado di appello), dall'altro è stato altresì confermato da ricerche empiriche, che le cause principali della lentezza dei procedimenti vanno individuate in situazioni di carenze organizzative degli uffici giudiziari, con rallentamenti che lasciano spazio ad un massiccio margine di incidenza della prescrizione (pari a circa il 58%) già nella stessa fase delle indagini preliminari[8]. Il dato è importante, in quanto confuta una diffusa tendenza a ricollegare la maggiore dilatazione degli effetti della prescrizione ai soli atteggiamenti dilatori della difesa.
Se valutata in questa prospettiva, la "riforma Bonafede" del 2019 rischiava, quindi, di favorire, prima ancora che di contenere, la complessiva durata dei processi. È infatti evidente che, una volta venuto meno lo stimolo indirettamente esercitato dalla progressiva decorrenza dei termini di prescrizione, la durata dei processi avrebbe rischiato di prolungarsi *sine die* (non a caso, nei commenti alla riforma del 2019, era stato denunciato una sorta di paradossale effetto di "ergastolo processuale"), con riflessi potenzialmente negativi anche nei confronti delle stesse vittime del reato, che, in caso di costituzione di parte civile, avrebbero visto, così, prolungati i termini di concreto e definitivo riconoscimento di eventuali diritti risarcitori.
Ed è proprio su questi possibili effetti che, da più parti, sono stati sollevati dubbi sulla legittimità

[5] V. C. cost., ord. 24.1.2017 n. 24 (in *RIDPP* 2017, 255 ss., con nota di C. Cupelli, *Il caso* Taricco *e l'ordinanza 24 del 2017: prove di dialogo* a senso unico), ed in seguito C. cost., sent. 10.4.2018 n. 115 (in *CP* 2018, 2776 ss., con nota di M. Gambardella, *Inapplicabile senza eccezioni la "regola Taricco" nel nostro ordinamento: una parola definitiva della Corte costituzionale?*).
[6] Adombra questa possibile interpretazione G.L. Gatta, *Una riforma dirompente*, cit., 3.
[7] Avevo espresso questa critica in un commento per l'Ordine degli Avvocati di Bologna che è stato pubblicato sulla rivista "Bologna Forense": v. *Dalla prescrizione del reato alla imprescrittibilità del processo. Storia di una riforma contestata*, in "Bologna Forense", 2019, https://www.bolognaforense.net/2019/06/dalla-prescrizione-del-reato-alla-imprescrittibilita-del-processo-storia-di-una-riforma-contestata/.
[8] Il dato è stato documentato da più indagini condotte da Eurispes in collaborazione con l'Unione delle Camere Penali Italiane ed i relativi risultati sono pubblicati sul sito https://eurispes.eu/news/eurispes-unione-camere-penali-italiane-secondo-rapporto-sul-processo-penale/

costituzionale della nuova disciplina. Da un lato, proprio con riferimento al fondamento sostanziale della prescrizione che, come confermato dalla stessa Corte costituzionale[9], oltre a dare spazio alla più ridotta percezione di disvalore che il decorrere del tempo determina nella valutazione sociale del reato (c.d. "effetto dell'oblio"), è istituto che, assumendo rilievo sulla punibilità del reo, è soggetto al principio di legalità in materia penale (*ex* art. 25 co. 2 Cost) e si riconosce ancorato allo stesso principio di personalità della responsabilità penale (*ex* art. 27 co. 1 Cost.) per la necessità di evitare che il condannato possa essere persona già profondamente diversa da quella che si macchiò di una responsabilità penale accertata nel processo solo molto tempo dopo. Dall'altro lato, però, diretti aspetti di illegittimità costituzionale sono stati segnalati anche in relazione a principi di rilievo più prettamente processuale, con primaria considerazione della presunzione di innocenza (*ex* art. 27 co. 2 Cost.), del diritto di difesa (*ex* art. 24 co. 1 Cost.) e, soprattutto, del principio di ragionevole durata del processo, oggi previsto sia all'art. 111 co. 2 Cost., sia all'art. 6 Cedu.

4. Come detto, le scelte adottate dalla "riforma Cartabia" hanno formalmente introdotto una soluzione di disciplina legislativa del tutto diversa e priva di precedenti specifici[10].
Nella dichiarata prospettiva di apportare correzioni utili ad un contenimento dei tempi processuali, la "riforma Cartabia" ha, infatti, circoscritto i limiti temporali di applicabilità della disciplina ordinaria della prescrizione del reato, stabilendo con il nuovo art. 161-*bis* del codice penale (così come introdotto dall'art. 2 co. 1 lett. c l. 134/2021), che «il corso della prescrizione del reato cessa definitivamente con la pronunzia della sentenza di primo grado», salvo nell'ipotesi di successivo

[9] La Consulta si è pronunciata molte volte su questioni afferenti alla disciplina della prescrizione: a mero titolo indicativo, v. C. cost. sent. n. 202/1971 (in www.dejure.it); ord. n. 337/1999 (in *GCos* 1999, 1243 ss.); sent. n. 393/2006 (in *CP* 2007, 424 ss., con nota di E. Ambrosetti, *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la "costituzionalizzazione" del principio di retroattività delle norme penali favorevoli al reo*); sent. n. 23/2013 (in *CP* 2013, 1823 ss., con nota di L. Scomparin, *Prescrizione del reato e capacità di partecipare coscientemente al processo: nuovamente* sub iudice *la disciplina degli "eterni giudicabili"*); sent. n. 143/2014 (in *GCos* 2014, 2371 ss., con nota di C. Piergallini, *Il fondamento della prescrizione nel diritto penale (ancora una volta) all'esame della Consulta*); sent. n. 45/2015 (in *GCos* 2015, 380 ss., con nota di D. Micheletti, *Eterni giudicabili: dal monito alla dichiarazione d'illegittimità costituzionale*); ord. n. 24/2017 (in *RIDPP* 2017, 255 ss., con nota di C. Cupelli, *Il caso* Taricco, cit.); sent. n. 265/2017; sent. n. 112/2018 (in *CP* 2018, 2869 ss., con nota di E. Aprile); sent. n. 115/2018 (in *CP* 2018, 2776 ss., con nota di M. Gambardella, *Inapplicabile*, cit.); sent. n. 278/2020 (in *DPP* 2021, 905 ss., con nota di M. Pelissero, *Sospensione della prescrizione ed emergenza sanitaria: flessibilità della prescrizione o della legalità penale?*); sent. n. 110/2019 (in *GCos* 2019, 1362 ss.); sent. n. 140/2021 (in *GCos* 2021, 1482 ss., con nota di M. Donini, *Le antinomie di una doppia difforme: C. cost. nn. 140/2021 e 278/2020*).

[10] Tra i primi commenti illustrativi di questa nuova disciplina v. G. Balbi, *Il decorso del tempo tra prescrizione e improcedibilità*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13.9.2022; G. Canzio, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, in www.sistemapenale.it, 25.8.2021; Id., *Il modello "Cartabia". Organizzazione giudiziaria, prescrizione del reato, improcedibilità*, in www.sistemapenale.it, 14.2.2022; Id., *Prescrizione del reato e improcedibilità dell'azione penale. Una introduzione*, www.sistemapenale.it, 7.3.2023; G.A. De Francesco, *Riforma e tempi della giustizia: considerazioni generali su prescrizione e improcedibilità*, in www.lalegislazionepenale.eu, 15.2.2021; M. Donini, *Efficienza e principi della legge Cartabia. il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *PD* 2021, 591 ss.; G.L. Gatta – G. Giostra, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in www.sistemapenale.it, 11.2.2020; Id., *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, in www.sistemapenale.it, 15.10.2021; D. Martire, *La prescrizione "costituzionale" del reato tra finalità rieducativa della pena e principio di legalità*, in www.archiviopenale.it, 2021, n. 3; O. Mazza, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 21.1.2020; Id., *Midsummer Night's Dream: la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione?)*, in www.archiviopenale.it, 2021, n. 2, 1 ss.; V. Mongillo, *Il doppio volto della prescrizione penale*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Milano, 2023, 303 ss.; A. Nappi, *Appunti sulla disciplina dell'improcedibilità per irragionevole durata dei giudizi di impugnazione*, in *QuestG* 2021, n. 4, 176 ss.; D. Negri, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, in www.sistemapenale.it, 21.2.2022; F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in www.sistemapenale.it, 8.9.2021; D. Pulitanò, *Riforma della prescrizione. Giochi linguistici e sostanza normativa*, in www.sistemapenale.it, 19.07.2021.

annullamento che comporti la regressione del procedimento al primo grado od a una fase anteriore, nel qual caso «la prescrizione riprende il suo corso dalla data della pronunzia definitiva di annullamento».
Parallelamente, ma con soluzione del tutto innovativa, l'ultima riforma ha ancorato il meccanismo di computo dei tempi processuali massimi per i giudizi di impugnazione all'inedito istituto della improcedibilità dell'azione penale: nell'ambito del nuovo art. 344-*bis* Cpp è stato così previsto che costituisce causa di improcedibilità dell'azione penale la mancata definizione del giudizio di appello entro il termine di due anni (art. 344-*bis* co. 1 Cpp), nonché la mancata definizione del giudizio di cassazione entro il termine di un anno (art. 344-*bis* co. 2 Cpp). Nella specie, si tratta di termini che identificano il *dies ad quem* con la data di lettura del dispositivo della sentenza emessa all'esito dei rispettivi gradi di giudizio e che, secondo quanto disposto al terzo comma dell'art. 344-*bis* Cpp, decorrono dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine di deposito della sentenza previsto dall'art. 544 Cpp, come eventualmente prorogato ai sensi dell'art. 154 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale. Gli stessi termini si applicano anche nel giudizio conseguente all'annullamento della sentenza con rinvio al giudice competente per l'appello e, in questo caso, il termine di durata massima del processo decorre dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine di deposito della motivazione previsto dall'articolo 617 (art. 344-*bis* co. 8 Cpp).
La disciplina è ulteriormente caratterizzata da un articolato insieme di possibili proroghe di questi termini (art. 344-*bis* co. 4 Cpp): si prevedono proroghe per un periodo non superiore a un anno nel giudizio di appello e a sei mesi nel giudizio di cassazione, che possono disposte con ordinanza motivata del giudice che procede quando il giudizio di impugnazione è particolarmente complesso, in ragione del numero delle parti o delle imputazioni o del numero o della complessità delle questioni di fatto o di diritto da trattare; ovvero, ed in aggiunta, quando si procede per alcuni specifici delitti di particolare gravità (delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale sanzionati con pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni; delitti di cui agli articoli 270 co. 3, 306 co.2, 416-*bis*, 416-*ter*, 609-*bis* Cp, nelle ipotesi aggravate di cui agli articoli 609-*ter*, 609-*quater* e 609-*octies* Cp, nonché per i delitti aggravati ai sensi dell'articolo 416-*bis*.1 co. 1 Cp e per il delitto di cui all'art. 74 del testo unico in materia di stupefacenti; nondimeno, quando si procede per i delitti aggravati ai sensi dell'articolo 416-*bis*.1 co. 1 Cp, i periodi di proroga non possono superare complessivamente tre anni nel giudizio di appello e un anno e sei mesi nel giudizio di cassazione).
Ferma la possibilità di impugnazione dell'ordinanza che disponga la proroga di questi termini, si prevede poi una sospensione degli stessi (con effetto per tutti gli imputati nei cui confronti si sta procedendo) nei casi di sospensione del corso della prescrizione indicati nell'art. 159 co. 1 Cp e, nel giudizio di appello, anche per il tempo occorrente per la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale (in questo caso con il limite massimo di sessanta giorni tra un'udienza e quella successiva), nonché quando è necessario procedere a nuove ricerche dell'imputato per la notificazione del decreto di citazione per il giudizio di appello o degli avvisi al difensore *ex* art. 613 co. 4 Cpp (art. 344-*bis* co. 6 Cpp).
Si prevede, infine, l'inefficacia di questo regime di improcedibilità quando è l'imputato che, rinunciando ad avvalersi di questa limitazione temporale, chiede la prosecuzione del processo (art. 344-*bis* co. 7 Cpp), nonché, comunque, in tutti i procedimenti per i delitti puniti con l'ergastolo, anche quando la previsione di questa pena massima consegua quale effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti (art. 344-*bis* co. 9 Cpp).
Sul piano dei tempi di entrata in vigore, anche nel caso della "riforma Cartabia" è stata confermata la prevista applicabilità delle nuove disposizioni ai soli reati commessi dopo il 1° gennaio 2020 (art. 2 co. 3 l. 134/2021), per cui, anche con riferimento a quest'ultimo importante insieme di innovazioni, al momento non si è ancora registrata alcuna diretta applicazione giurisprudenziale. La

Corte di Cassazione, anzi, ha già avuto modo di affermare la manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale, che era stata sollevata con riferimento a questa limitazione temporale, in quanto si è ritenuto che questo regime transitorio sia «frutto di una scelta discrezionale del legislatore, giustificata dalla diversità delle situazioni» e risulti «funzionale al coordinamento con la riforma introdotta dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3, in materia di sospensione del termine di prescrizione nei giudizi di impugnazione, anch'essa applicabile ai reati commessi dal 1° gennaio 2020 ed essendo ragionevole la graduale introduzione dell'istituto per consentire un'adeguata organizzazione degli uffici giudiziari»[11].

5. Al di là di singoli aspetti di maggiore o minore condivisione dell'assetto complessivo di questa nuova disciplina, la scelta di differenziare il regime della prescrizione sostanziale da quello necessario per fissare un limite temporale alla durata del processo rappresenta soluzione che mi è sempre parsa meritevole di considerazione.
Di certo, l'inquadramento normativo che l'istituto della prescrizione ha assunto con l'avvento del Codice penale del 1930 ha una valenza di tipo inequivocabilmente sostanziale e viene così ad assolvere una funzione, che (oggi anche in ragione del fondamento costituzionale innanzi già richiamato) lo identifica quale strumento di misura temporale della punibilità[12]. Nello stesso tempo, è però parimenti innegabile, che la previsione di termini massimi per la punibilità di singoli reati ha parallelamente comportato riflessi anche sul piano processuale, principalmente collegati, come già ricordato, agli evidenti effetti di stimolo, di accelerazione, che si sono così venuti a registrare rispetto agli stessi tempi complessivi dei giudizi penali.
A seguito della riforma intervenuta nell'anno 1999, l'esplicito riconoscimento costituzionale (*ex* art. 111 Cost.), sul quale trova oggi fondamento il principio della ragionevole durata del processo, ha proiettato in una dimensione completamente nuova l'insieme delle problematiche sottese alla determinazione ed alla misura dei tempi del processo ed ha conseguentemente portato a valorizzare anche in questa prospettiva gli aspetti indirettamente connessi alla disciplina della prescrizione[13].
Si tratta, tuttavia, di riflessi ed implicazioni, che nella disciplina sostanziale dell'istituto assumono un rilievo prettamente accessorio e secondario e che non sono altrimenti valorizzabili quale valido criterio di misura temporale della ragionevole durata del processo. Bastano pochi, notissimi esempi per dare conferma di quest'ultimo aspetto: il principio di ragionevole durata del processo vale per tutti i reati, anche per i c.d. reati imprescrittibili (puniti con la pena dell'ergastolo) e già questo dovrebbe rendere evidente che la disciplina della prescrizione, proprio perché non applicabile a questi reati, non può operare quale specifico strumento attuativo di tale precetto costituzionale[14]; ma ancora:

[11] In questo senso v. Cass. 19.11.2021 n. 43883, in *CP* 2022, 144 ss.; Cass. 5.11.2021 n. 334, in *CP* 2022, 1029 ss.; Cass. 14.12.2021 n. 1567, in *CEDCass* m. 282408.
[12] Le interrelazioni con i riflessi collegati allo sviluppo del processo sono, comunque, ampiamente valorizzati dal legislatore attraverso la disciplina delle cause di sospensione e di interruzione della prescrizione dettata dagli artt. 159 e 160 Cp.
[13] Tra i primi studi in questo senso v. F. Giunta – D. Micheletti, Tempori cedere. *Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino 2003. Nella letteratura processual-penalistica v. altresì M. Bargis, *La prescrizione del reato e i tempi della giustizia penale*, in *RIDPP* 2005, 140 ss. Più di recente C. Martinelli, *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, Torino 2016. Particolare attenzione alle ricadute di questo nuovo principio costituzionale sulla disciplina della prescrizione ed alle esigenze di apprezzare anche «sul terreno processuale il bisogno di contingentamento dei tempi del processo fino alla "improseguibilità dell'azione"», fu sviluppata nel quadro dei lavori della "Commissione Riccio" per la riforma del Codice di Procedura penale: v. G. Riccio, *Per un nuovo progetto di giustizia penale*, in *DPP* 2007, 1193.
[14] Nella considerazione di altra questione di legittimità costituzionale, anche la Consulta ha indirettamente riconosciuto il diritto dell'imputato ad un termine di chiusura del processo: v. C. cost., sent. 14.1.2015 n. 45, in *GCos* 2015, 380 ss., con nota di D. Micheletti, *Eterni giudicabili*, cit. Su questa pronuncia v. anche I. Guerini, *Imprescrittibilità di fatto e processo eterno: la Corte costituzionale si pronuncia sulla prescrizione del reato commesso dall'eternamente giudicabile*, in www.lalegislazionepenale.eu, 9.12.2015.

sia nell'originaria disciplina del Codice, sia dopo le modifiche della legge "ex-Cirielli", i termini di prescrizione del reato possono raggiungere tempi che consentono formalmente la possibilità di "tenere sotto processo" una persona per oltre vent'anni, ma anche questi sono tempi che appare difficile poter giudicare sempre e comunque "ragionevoli" per il relativo accertamento della responsabilità; ma non solo: anche nel caso di reati per i quali sia previsto un determinato termine di prescrizione, la durata ragionevole del processo è imposta e deve essere apprezzata senza alcuna possibilità di differenziarne la relativa misura temporale a seconda che il processo sia iniziato poco dopo il *tempus commissi delicti*, ovvero con molto ritardo, financo in prossimità del termine massimo di prescrizione.

Anche e soprattutto per queste ragioni, nel quadro del dibattito degli ultimi anni si era così venuta a delineare la possibilità di sciogliere gli indicati nodi di ambiguità ed ambivalenza degli effetti conseguenti alla disciplina della prescrizione, favorendo il ricorso ad una riforma che portasse a distinguere il piano della disciplina prettamente sostanziale, rilevante nel riconoscimento dell'istituto quale causa di estinzione (e quindi di non punibilità) del reato, da quella di rilievo prettamente processuale, realizzabile mediante la previsione di una causa di estinzione - o comunque di definizione anticipata - del processo (ovvero, volendo, come tale identificabile anche quale causa sopravvenuta di improcedibilità).

Il dibattito è però rimasto molto controverso. Alcune proposte di riforma avevano confermato la scelta, già operata dal codice Rocco nel 1930 e poi nel 2005 dalla legge "ex-Cirielli", di strutturare la prescrizione attorno ad un unico compasso temporale, che inizia dalla commissione del fatto di reato e si chiude con la pronuncia della sentenza che definisce il processo con forza di giudicato. In questa direzione andavano, ad esempio, il progetto di riforma del codice penale elaborato dalla "Commissione Nordio" nel 2005, ma anche il c.d. "progetto Mastella" del 2007 (relativo ad uno schema di disegno di legge recante "Disposizioni in materia di accelerazione e razionalizzazione del processo penale, prescrizione dei reati, confisca e criteri di ragguaglio tra pene detentive e pene pecuniarie") che fu poi presentato alla Camera il 16 maggio 2007 quale disegno di legge del Governo Prodi (A.C. 2664).

Altre proposte, viceversa, avevano cercato di differenziare il valore e gli effetti del decorso temporale una volta che abbia a formalizzarsi l'instaurazione del procedimento penale, distinguendo così tra una prescrizione "sostanziale" (o "del reato") e una prescrizione "processuale" (o "dell'azione"). In questa direzione si proiettarono soprattutto un originario disegno di legge proposto nel 1998 con primo firmatario il senatore Elvio Fassone, un successivo disegno di legge presentato nel 2001 dall'onorevole Giovanni Kessler e varie altre proposte successive, tra le quali anche quella presentata nel 2006 dalla "Commissione Pisapia" nell'ambito di un nuovo progetto di riforma del codice penale.

La questione era stata affrontata con particolare attenzione anche nel corso dei lavori della "Commissione Fiorella", appositamente incaricata dal Ministro della Giustizia di studiare una possibile riforma della prescrizione, che nella relazione conclusiva presentata nell'anno 2013 ebbe ad osservare quanto segue: «La Commissione non ha ritenuto di seguire lo schema puro della prescrizione del processo, radicalmente innovativo rispetto alla tradizione giuridica italiana. / Una prescrizione (di natura puramente processuale) orientata esclusivamente alla tutela della ragionevole durata del processo comporterebbe invero un'eccessiva rigidità del sistema. Secondo la costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, seguita dalla giurisprudenza italiana formatasi a proposito della legge Pinto, la ragionevole durata del processo non può essere definita in via generale e astratta in relazione ad un processo ideale, ma deve essere determinata *ex post* in relazione alle concrete peculiarità di ogni singola vicenda processuale, sulla base della complessità del caso e del comportamento delle parti (pubbliche e private). Da ciò consegue l'infruttuosità di uno sforzo teso a determinare, in via preventiva, termini massimi per la durata dell'intero processo penale, o delle sue singole fasi, al decorrere dei quali dovrebbe scattare la prescrizione dell'azione penale. / Termini troppo brevi rischierebbero di non essere adeguati rispetto a vicende processuali

particolarmente complesse, là dove la complessità di una singola vicenda processuale non è necessariamente connessa a determinate tipologie delittuose predeterminabili in astratto dal legislatore, ma è legata a fattori concreti quali il numero degli imputati e delle persone offese e la necessità di particolari attività istruttorie (perizie, rogatorie, etc.). Va evitato il rischio di spreco di attività istruttorie già compiute a causa del prematuro decorrere dei termini prescrizionali, nonché il connesso rischio di condotte dilatorie da parte degli imputati in vista dell'obiettivo della prescrizione processuale. Alla previsione in via generale di termini massimi di fase potrebbe essere teoricamente affiancato un complesso sistema di cause di sospensione della prescrizione e contemplato il potere del giudice procedente di disporre il prolungamento del termine di fase in casi di particolare complessità, analogamente a quanto previsto dall'art. 304 c.p.p. in relazione ai termini di custodia cautelare. Quest'ultima soluzione è stata peraltro ritenuta inopportuna dalla Commissione, in quanto finirebbe con il far dipendere la determinazione del tempo necessario a prescrivere da una valutazione discrezionale del giudice procedente, in controtendenza rispetto all'unico obiettivo del legislatore del 2005 - oggetto di unanime approvazione da parte della dottrina – di ancorare il tempo necessario a prescrivere a fattori oggettivi, non dipendenti da valutazioni discrezionali del giudice procedente. / Termini di fase troppo "prudenti" e, pertanto, troppo lunghi, finirebbero, d'altra parte, con il vanificare lo scopo di accelerazione processuale assegnato alla prescrizione dell'azione. Come la dottrina aveva rilevato a proposito del disegno di legge sulla c.d. prescrizione breve, pure dichiaratamente finalizzata a garantire la ragionevole durata dei procedimenti, la somma di tutti i termini di fase previsti da quella disciplina avrebbe consentito di tenere sotto processo un cittadino per un numero di anni certamente incongruo, cui avrebbe dovuto sommarsi il tempo delle indagini preliminari, non "coperto" dalla prescrizione processuale. / Infine, non va sottaciuto che le ragioni della prescrizione "sostanziale" non vengono del tutto meno una volta che sia avviato il processo. Accanto al diritto soggettivo dell'imputato alla sollecita definizione del processo medesimo, continua in particolare ad avere un senso ben preciso l'idea che, man mano che ci si allontana dalla commissione del reato, sempre meno si giustifica la pena da un punto di vista general- e, soprattutto, specialpreventivo: come ricordato, le persone cambiano nel tempo, e il loro bisogno di risocializzazione possibilmente diminuisce, anche a fronte della sofferenza già provocata dalla mera pendenza del processo»[15].

La proposta finale della "Commissione Fiorella" si indirizzò così a favore di una soluzione ancorata ad una disciplina solo sostanziale della prescrizione, modulata però attraverso la previsione di cause di sospensione e di interruzione aventi effetti utili per «assicurare alla giurisdizione tempi sufficienti, ma assieme non irragionevolmente dilatati, per l'accertamento del fatto e l'ascrizione della responsabilità una volta che il processo sia iniziato». Ed è proprio a questo modello, che si era poi ispirata la "riforma Orlando".

Sollecitata dalla riconosciuta e condivisa necessità di correggere i plurimi profili di illegittimità che potevano essere ravvisati nel diverso assetto normativo successivamente introdotto dalla "riforma Bonafede", la "riforma Cartabia" rappresenta, quindi, la prima vera soluzione favorevole ad una netta differenziazione tra la disciplina della prescrizione del reato e quella della prescrizione del processo, pur così formalmente articolata sulla scia delle indicate disposizione sulle cause di improcedibilità dell'azione penale.

6. Come già segnalato, il tenore dei primi commenti che hanno fatto seguito a questa drastica innovazione ha portato in evidenza il perdurare di una profonda e radicata contrapposizione di opinioni.

[15] Il testo di questa relazione è disponibile sul sito del Ministero della Giustizia: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg1121.wp?facetNode1=010&facetNode3=01056&facetNode2=457&previsiousPage=mg112&contentId=SPS914317.

Lasciando da parte le pur fondate e condivisibili considerazioni critiche che sono state avanzate rispetto alle implicazioni ed ai molti condizionamenti politici che hanno sicuramente influito sul piano più prettamente giuridico della questione, nel merito la soluzione accolta dalla "riforma Cartabia" è stata attaccata soprattutto sul piano del possibile contrasto con taluni principi costituzionali. Da alcune voci autorevoli della dottrina processualpenalistica si è così osservato, che «il precetto più vistosamente contraddetto dalla improcedibilità è l'art. 112 Cost. relativo all'obbligatorietà dell'azione penale, disposizione espressa come regola e, quindi, insuscettibile di bilanciamento con il principio della ragionevole durata del processo»[16]. E questo perché, si è aggiunto, «l'azione è una domanda, e in tanto ha senso definirla obbligatoria in quanto al suo valido esercizio segua l'obbligo del giudice di rispondere accertandone la fondatezza. Sul piano delle situazioni soggettive l'atto normativo del pubblico ministero, in cui si esprime il potere di azione, determina il dovere del giudice di pronunciarsi sul suo oggetto, assolvendo o condannando: la persecuzione dei reati non è materia disponibile. All'obbligo di decidere nel merito non deroga in alcun modo la prescrizione sostanziale: ovvio, infatti, che, se sopraggiunge una causa estintiva del reato, l'azione penale perda fondamento e l'imputato sia prosciolto dall'accusa con una sentenza di merito, essendo per l'appunto estinto il reato. / Quando il processo subisca ingiustificati ritardi, si possono ipotizzare varie misure riparatorie dal risarcimento dei danni agli sconti di pena. Non è, invece, ammissibile che, restando in vita l'ipotesi di reato e validamente esercitata l'azione penale, il processo evapori e svanisca nel nulla con una sentenza di sopravvenuta improcedibilità temporale; con il risultato che prove, eventuali condanne e risarcimento del danno, tutto si dissolve, e dello svaporante processo resta solo il fumo. […] Il decorso del tempo può solo operare come causa estintiva del reato, in assenza della quale l'estinzione del processo si risolve in un tipico esempio di giustizia denegata; "tempestiva" è la modalità, la qualità avverbiale di una giustizia che garantisca in tempi ragionevoli la decisione sul fondamento dell'accusa»[17].

Forti critiche sono state ulteriormente riferite ad alcuni profili più specifici della nuova disciplina: così, in particolare, per quanto attiene al regime delle proroghe, rimesso ad una valutazione discrezionale del giudice che, di fatto, si ritiene equivalga a renderlo arbitro «della decisione se proseguire il processo sino alla decisione di merito o troncarlo con la dichiarazione di improcedibilità; insomma, a consegnare alla giurisdizione scelte di politica criminale esorbitanti dalle sue funzioni»; ed ancora ai riflessi discriminatori che si determinano, sia per effetto della regola che sottrae alla declaratoria di improcedibilità i reati puniti con l'ergastolo, sia a causa dell'ulteriore previsione di regimi temporali differenziati per alcune tipologie di reati: scelte che sono state ritenute «difficilmente compatibili con gli artt. 3, 27 comma 2 e 111 comma 2 Cost.»[18].

Nel merito appare impossibile dissentire rispetto al tenore di queste ultime critiche, atteso che, come è stato fondatamente osservato, «il precetto costituzionale sulla ragionevole durata del processo non consente alcuna discriminazione né per categorie di imputati né per tipologia di reati; senza dimenticare che anche gli imputati dei più gravi delitti potrebbero essere innocenti, ingiustamente accusati»[19].

Pur con tutto il rispetto per l'autorevolezza della presa di posizione sopra indicata, con riferimento alle scelte di fondo adottate dalla "riforma Cartabia", ed in particolare con riguardo alla opzione per una distinzione della disciplina sulla prescrizione del reato rispetto a quella rilevante sui soli tempi del processo, non mi pare, però, che dal principio della obbligatorietà dell'azione penale debbano necessariamente discendere profili di illegittimità costituzionale in relazione ad istituti che possano

[16] P. Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in *CP* 2022, 444.
[17] P. Ferrua, *Improcedibilità*, cit., 445.
[18] P. Ferrua, *Improcedibilità*, cit., 446.
[19] P. Ferrua, *Improcedibilità*, cit., 446.

determinare una interruzione anticipata del processo[20]. Ciò, tanto più, se questa chiusura anticipata rispetto alla sentenza finale possa trovare a sua volta una copertura costituzionale nell'esigenza di assicurare la conformità dell'ordinamento ad altri principi fondamentali.

7. Provo allora a sviluppare qualche considerazione, che auspico possa consentire di rivedere l'intera questione in una prospettiva parzialmente diversa.
Da un punto di vista generale, mi pare che debba e possa farsi una distinzione tra una valutazione di ragionevolezza "concreta ed effettiva" dei tempi processuali ed una valutazione anticipata della ragionevolezza "astratta ed ideale" della possibile durata del processo. Nel primo caso, come in concreto avviene nella prospettiva richiesta per il riconoscimento dell'equa riparazione pecuniaria prevista dalla "legge Pinto", la valutazione non può che essere effettuata solo *ex post*, a processo concluso e con la considerazione di tutto ciò che possa avere più o meno legittimamente inciso sulla complessiva durata del processo. Nel secondo caso, invece, la valutazione sulla ragionevolezza "astratta ed ideale" della durata del processo può essere effettuata anche *ex ante*, tenendo conto di termini massimi e predeterminati di possibile durata dell'iter processuale, e, pur rappresentando espressione di una scelta rimessa alla discrezionalità del legislatore, è comunque censurabile (come ha precisato la Consulta) anche sotto il profilo della legittimità costituzionale «in caso di manifesta irragionevolezza o sproporzione rispetto alla gravità del reato»[21].
Si tratta di due aspetti di diversa considerazione del medesimo problema, che però trovano comunque una diretta rilevanza costituzionale.
Un ordinamento che non sia in grado di indicare a priori i tempi astrattamente e potenzialmente necessari per processare e giudicare penalmente una persona si pone sicuramente in contrasto con quelle medesime ragioni, anche di rilievo costituzionale, che hanno sempre portato a riconoscere il fondamento della stessa disciplina della prescrizione penale. In questo senso, la stessa Corte costituzionale è stata chiarissima nel rimarcare e ribadire la diretta valenza ed importanza anche di questi effetti "processuali" delle regole sulla prescrizione del reato. Cito testualmente dalla sentenza n. 278 del 2020: «Questa proiezione diacronica della punibilità integra la fattispecie penale nel senso che non solo l'autore del fatto deve essere posto in grado di conoscere *ex ante* qual è la condotta penalmente sanzionata (ossia la fattispecie di reato) e quali saranno le conseguenze della sua azione in termini di sanzioni applicabili (ossia la pena), ma deve egli avere anche previa consapevolezza della disciplina concernente la dimensione temporale in cui sarà possibile l'accertamento nel processo, con carattere di definitività, della sua responsabilità penale (ossia la durata del tempo di prescrizione del reato), anche se ciò non comporta la precisa predeterminazione del *dies ad quem* in cui maturerà la prescrizione. / Il principio di legalità richiede che la persona accusata di un reato abbia, al momento della commissione del fatto, contezza della linea di orizzonte temporale – tracciata dalla durata, per così dire "tabellare", prevista in generale dall'art. 157 cod. pen., ma talora fissata con norme speciali in riferimento a particolari reati (ad esempio, in caso di delitti in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto) – entro la quale sussisterà, in ogni caso, la punibilità della condotta contestata. Le norme che definiscono tale dimensione temporale devono essere vigenti al momento in cui la condotta, penalmente rilevante come reato, è posta in essere»[22].

[20] Per argomentazioni critiche su questo aspetto v. O. Mazza, *Midsummer Night's Dream*, cit., 3; D. Negri, *Dell'improcedibilità temporale*, cit., 53.
[21] V. C. cost. sent. n. 143/2014, cit., ed in seguito anche sent. n. 278/2020, cit.
[22] C. cost., sent. 18.11.2020 n. 278, in *DPP* 2021, 905 ss., con nota di M. Pelissero, *Sospensione*, cit.; su questa sentenza v. anche G. Leo, *Prescrizione e improcedibilità: problematiche di diritto intertemporale alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 1.3.2022; P. Insolera, *Sulla perdurante (e sorprendente) incertezza dello statuto costituzionale di garanzia della prescrizione*, in www.archiviopenale.it, 2021, n. 3; D. Martire – T. Pistone, *Tempo della punizione e garanzie costituzionali. La sospensione della prescrizione al vaglio della Consulta*, in www.archiviopenale.it, 2021, n. 1; O. Mazza, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in www.archiviopenale.it, 2020, n. 3;

«Il processo è già una pena», faceva notare Francesco Carnelutti, ma proprio per questo motivo, anche nel rispetto del principio di uguaglianza (*ex* art. 3 Cost.), è corretto e doveroso che l'ordinamento intervenga a stabilire regole che uniformino il connotato "afflittivo" che porta con sé già il solo assoggettamento ad un procedimento penale. Da questo punto di vista, anzi, l'obbligo legislativo – oggi espressamente imposto dall'art. 111 Cost. – di "assicurare" la ragionevole durata del processo deve necessariamente coordinarsi pure con l'esigenza di uniformare questa durata in termini utili ad essere apprezzati anche rispetto al segnalato principio di uguaglianza.
In questa prospettiva, però, la sola disciplina sostanziale della prescrizione del reato non potrebbe mai operare adeguatamente, o comunque potrebbe non essere sufficiente a meglio assicurare anche il rispetto di altri principi; e questo per molte ragioni: perché la durata ragionevole del processo non può essere condizionata dal fatto che il processo inizi rapidamente, nell'immediatezza del *tempus commissi delicti*, ovvero solo in prossimità della scadenza dei termini di prescrizione del reato; od ancora perché la durata ragionevole del processo non dipende necessariamente dalla gravità della pena in forza della quale (sia con la disciplina del Codice Rocco, sia con quella introdotta dalla riforma "ex-Cirielli") viene parimenti misurata la durata della prescrizione del reato. La gravità del reato è, infatti, criterio primario rispetto alla predeterminazione dei tempi di prescrizione del reato, giacché, come è stato di recente sottolineato anche dalla Consulta, «è il legislatore che - secondo scelte di politica criminale legate alla gravità dei reati - valuta l'affievolimento progressivo dell'interesse della collettività alla punizione del comportamento penalmente illecito e determina quando il decorso del tempo, in riferimento ad ogni fattispecie di reato, ne comporti l'estinzione. Ossia stabilisce la «durata, per così dire "tabellare", prevista in generale dall'art. 157 cod. pen.»[23].
Rispetto alla predeterminazione della possibile durata del processo, pur confermando la possibilità di valutare la "ragionevolezza" pure di questa indicazione temporale, sotto il profilo della legittimità costituzionale, «in caso di manifesta irragionevolezza o sproporzione rispetto alla gravità del reato»[24], rimane parimenti ferma anche la necessità di assicurare una disciplina conforme al principio di uguaglianza, senza discriminazioni soggettive solo in ragione della rapidità, o meno, di inizio del processo. Da quest'ultimo punto di vista, in effetti, anche nella soluzione adottata dalla "riforma Orlando" (con la segnalata previsione di tempi di sospensione - e quindi di prolungamento - della prescrizione automaticamente applicati duranti i giudizi di impugnazione), rimaneva concreto il rischio di una discriminazione soggettiva apprezzabile già con riferimento ai tempi delle indagini preliminari e del processo di primo grado.
Anche tenendo conto di queste considerazioni, ed al di là, ripeto, di singoli aspetti di maggiore o minore condivisione dell'assetto complessivo della nuova disciplina che è stata introdotta dalla "riforma Cartabia"[25], la scelta di differenziare il regime della prescrizione sostanziale da quello necessario per fissare un limite temporale alla durata del processo mi pare soluzione che meglio si presti ad assicurare queste esigenze di maggiore uniformità soggettiva.
Nello stesso tempo, la mutata valenza formalmente solo "processuale" delle nuove regole sulle cause di improcedibilità dell'azione penale non deve far dimenticare la portata concretamente "sostanziale" dei principi che governano queste regole. In questa prospettiva, anzi, è la stessa storia dell'istituto della prescrizione, che ci fornisce informazioni utili a meglio apprezzare e valutare la situazione attuale.

8. Come è noto, la disciplina sostanziale della prescrizione del reato è stata fortemente caratterizzata da alcune esplicite decisioni assunte dal legislatore del 1930.

I. Piccolo, *La sospensione emergenziale della prescrizione tra legalità e ragionevolezza*, in www.archiviopenale.it, 2021, n. 1.
[23] C. cost., sent. 6.7.2021 n. 140, cit.
[24] V. C. cost. sent. n. 143/2014, cit., ed in seguito anche sent. n. 278/2020, cit.
[25] Come detto, tutto il sistema delle deroghe e delle proroghe presenta profili di marcata illegittimità.

In precedenza, ed in particolare nel corso del dibattito ottocentesco, il tema aveva formato oggetto di una forte contrapposizione teorica proprio con riferimento alla natura ed agli effetti del decorso del tempo rispetto alle scelte legislative sulla punibilità e/o la processabilità di singoli imputati. Scriveva, così, Francesco Carrara: «La teorica della prescrizione in criminale ha subìto diversa vicenda a norma del diverso obiettivo al quale questo rimedio si voleva applicare; a seconda cioè che applicavasi alla *azione persecutoria* del delitto; oppure alla *pena* inflitta contro il colpevole da una sentenza. Nell'uno e nell'altro tema vi è stata scissura fra i Giuristi, e oscillazione nella scienza; non già quanto alla determinazione di un periodo più o meno prolungato che occorresse a prescrivere (poiché di numeri non si occupa la scienza); ma bensì sul principio cardinale dello ammettere o non ammettere che il tempo abbia la virtù di sottrarre ad ogni molestia il cittadino, che verrebbe denunziato come autore di un delitto. Ma l'esito della lotta nelle due suddette applicazioni è stato sostanzialmente diverso. / La *prescrizione* nel tema della *azione* penale è uscita ormai vincitrice da quella lotta. La proposizione che debba esservi un termine (più o meno lungo secondo la gravità del delitto) al di là del quale divenga eternamente improponibile una accusa criminale, è ormai insegnata in tutte le Scuole e da tutti i moderni Codici sanzionata. Variò è vero il principio assunto come motivo di quella regola. Fu combattuto a buona ragione il motivo poetico della *presunta espiazione*; fu combattuto il motivo empirico del *possesso di impunità*; fu disapplicata la analogia del principio *civile* (che in criminale diventa *incivile*) della pena dei negligenti e del *presunto abbandono*. Ma a sostenere quella regola ed a farla universalmente accettare bastò che rimanesse saldo il *principio politico* dello *oblìo del delitto* nel pubblico, e più specialmente il principio eminentemente *giuridico* dei *pericoli* della *innocenza*; in faccia al quale non si poteva transigere. È infatti evidente che col tardare per parecchi anni a proporre un'accusa contro di me si sono rendute impossibili le difese, anco più luminose e positive, che avrei potuto proporre a dimostrazione della mia innocenza o della mia minore colpevolezza, se fossi stato tempestivamente richiamato a dare conto di me. […] La prescrizione *della azione* penale è dunque una *necessità* per la tutela degli onesti. E finchè è dubbio il delitto, i consociati non sentono ripugnanza o timore dal vedermi condurre senza molestia la vita in mezzo di loro»[26].

In questa dimensione originaria della discussione giuridica sui tempi del processo penale emergeva così con evidenza come la prospettiva processuale, all'epoca apprezzata nell'ottica di trovare un fondamento della stessa limitazione temporale *ex ante* della durata del processo, sfociava nella valorizzazione di quei medesimi argomenti che sono oggi posti a fondamento della prescrizione sostanziale. Nella letteratura di fine ottocento questi aspetti erano inequivoci[27]. Riporto un'ulteriore citazione testuale. Scriveva Adolfo Zerboglio nelle prime pagine di uno studio espressamente incentrato sulla "prescrizione penale": «La prescrizione si può definire quello spazio di tempo, trascorso il quale, non si fa più luogo all'azione penale od all'esecuzione della condanna. / Così definita, la prescrizione è comprensiva delle due specie, in cui si distingue, prescrizione cioè dell'azione penale e prescrizione della pena. Quella risulta da quel lasso di tempo, dietro il quale, l'azione si estingue, e questa, dal lasso di tempo che impedisce l'applicazione della pena inflitta. / Ora, perché ha da esservi un simile beneficio per il delinquente già riconosciuto tale con sentenza, o per l'individuo, al cui carico pesano imputazioni che lo sottoporrebbero normalmente ad un giudizio? / E se pare a primo aspetto che vi possano essere dei buoni motivi per la prescrizione dell'azione penale, si può egli affermare che i medesimi militino a favore della prescrizione della pena? / Per risolvere tali dubbi occorre richiamarsi al fondamento del diritto di punire, osservando come le due prescrizioni siano in grado di accordarsi con medesimo. / Innanzi però di correre in traccia di questo accordo, reputo interessante di riassumere ciò che si sostiene comunemente quale

[26] F. Carrara, *Prescrizione in penale, Causa P.M. – M. Giannecchini, Corte d'Appello di Lucca, 27 agosto 1879*, in *Reminiscenze di Cattedra e Foro*, Firenze 1905, 448 s.

[27] Per utili indicazioni su questi aspetti della genesi storica del dibattito sulla disciplina della prescrizione rinvio altresì a L. Garlati, *La prescrizione dell'azione penale tra diritto e processo*, in *DPXXIsec* 2017, 1 ss.; M. Miletti, *Il tempo dell'oblio. Fondamento e natura della prescrizione nella penalistica tra Otto e Novecento*, in *DPXXIsec* 2017, 29 ss.

ragione valevole di simile istituto. / La maggioranza si richiama all'influenza del tempo sugli uomini e sulle cose. / Quando è passato un lungo periodo di anni, nel pubblico si è attenuato e soventi è svanito il ricordo del crimine compiutosi prima di quel periodo d'anni, e l'impunità più non desta alcun allarme. / Iniziare un processo a tanta distanza, parrebbe esagerato rigorismo e vendetta, oltrecchè spesso, per la probabile deficienza delle prove, smarritesi e invalidatesi, sembrerebbe e sarebbe perfino un'ingiustizia. / "La prescrizione dell'azione pubblica, scrive Haus, al par di quella della pena, è informata al medesimo principio su cui posa il fondamento del diritto di punire esercitato dalla società. Per essere giusta, la pena sociale ha da essere necessaria al mantenimento dell'ordine pubblico, e utile per gli effetti che genera. Siffatte condizioni non si riscontrano punto nelle pene applicate dopo un certo spazio di tempo. A ciò aggiungi che alla Società non importa la repressione di una infrazione della quale ha perduto la memoria„. / Il Durante riassume come segue i criteri più generali sul fondamento della prescrizione: "Il fondamento della prescrizione si può ridurre a questa formola comune, tanto alla prescrizione dell'azione penale, quanto a quella della pena: *dopo un determinato lasso di tempo, che è diverso secondo che si tratta dell'azione penale o della pena, non è più necessario, nè utile, o inquisire un imputato, o applicare ad un reo condannato la pena contro di lui pronunciata*„»[28].

Questi principi trovarono diretto riconoscimento nel Codice penale italiano del 1889 e furono così chiariti dallo stesso ministro Zanardelli: «Rispetto all'azione penale il fondamento della prescrizione sta negli effetti naturali del tempo che impongono un termine alla prescrizione giudiciale. E ciò sia per un principio di libertà e di tutela dell'innocenza che non consente di mantenere indefinitamente un cittadino sotto un'imputazione delittuosa, sia per le buone norme di giustizia, le quali sconsigliano dall'aprire processi e dal celebrare giudizi quando sogliono essere ormai disperse ed esautorate le fonti delle prove, sia infine per l'oblio dei fatti e delle persone, che fa venir meno lo stesso interesse sociale di reprimere. Il tempo cancella da una parte le traccie e le impressioni del delitto, rende incerta dall'altra la convenienza e la verità del giudicio»[29].

Come è noto, tuttavia, con l'avvento del Codice penale del 1930 questa disciplina fu riscritta e rivista in una dimensione esclusivamente sostanziale. Le nuove regole sulla prescrizione del reato, infatti, furono così presentate e motivate dal Ministro Alfredo Rocco: «Il diritto di punire può estinguersi per varie cause, alcune delle quali sono comuni al reato e alla pena (morte del reo, amnistia); altre riguardano esclusivamente il reato (oblazione, prescrizione propriamente detta, sospensione condizionale della pena, perdono giudiziale); altre, infine, si riferiscono alla sola pena, principale o accessoria, e talvolta anche ad effetti penali diversi dalle pene accessorie (indulto e grazia, decorso del tempo, non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, liberazione condizionale, riabilitazione). / Il Progetto regola in questo Titolo le più notevoli cause di estinzione del diritto di punire, e precisamente quelle che agiscono sulla generalità dei reati, riserbando alla parte speciale la disciplina di cause di estinzione particolarissime, stabilite per determinate figure di reati. / La materia regolata in questo Titolo è designata con una denominazione del tutto diversa da quella usata dal Codice Zanardelli, il quale impropriamente parla di estinzione dell'azione penale e della condanna, mentre trattasi in realtà di estinzione del reato e della pena. / Il Codice del 1889 scambia concetti e istituti di diritto processuale, quali sono l'azione penale e la condanna, con un concetto di essenziale pertinenza del diritto penale materiale, quale è il diritto soggettivo di punire. A questo si riferiscono soltanto le cause estintive, e non a quelli: chè l'azione penale - mera attività diretta alla instaurazione del processo per l'attuazione della legge penale - non trova ostacoli o limiti ad essere proposta in alcuna causa che si riferisca alla fondatezza della pretesa punitiva e alla persistenza del diritto di punire; e la condanna, quale dichiarazione di colpevolezza e inflizione della pena, non solo rimane ferma dinanzi al sopravvenire di cause che estinguano il diritto di punire, ma costituisce anzi

[28] A. Zerboglio, *Della prescrizione penale. Studio giuridico*, Torino 1893, 1 ss.
[29] Questo passo della Relazione Zanardelli è citato dallo stesso A. Zerboglio, *Della prescrizione*, cit., 3.

il presupposto per l'operare di queste: le quali agiscono, non già nel senso di togliere valore alla intervenuta sentenza con la quale la pena è inflitta, ma nel senso d'impedire l'esecuzione delle pene, principali o accessorie, o, talvolta, di paralizzarne gli effetti. / Se, adunque, le cause di estinzione non investono nè l'azione penale, nè la condanna, la quale, anche dopo la estinzione della pena inflitta continua a produrre normalmente i suoi effetti non solo civili, ma anche penali; se le dette cause, viceversa, investono il diritto di punire dello Stato, la sua pretesa giuridica all'applicazione della legge penale e della pena; insomma se esse si riferiscono al rapporto giuridico punitivo nascente dal reato, e non già al rapporto giuridico processuale nascente dal promovimento dell'azione penale, la esigenza di una rettificazione della terminologia adottata dal Codice del 1889 appare pienamente manifesta. E, appunto, a designare tale nuova e più precisa posizione dei termini del problema, provvede, come ho detto, nella intestazione del Titolo VI, la nuova locuzione "Della estinzione del reato e della pena". La quale intende significare che, nell'atto in cui si estingue il diritto soggettivo dello Stato all'applicazione della legge penale, inevitabilmente dalla causa estintiva rimane travolto, in confronto del soggetto, a cui questa si riferisce, lo stesso reato, quale entità giuridica, venendo a mancare quel rapporto di diritto, che si costituisce fra il reo e lo Stato, e che forma oggetto della pretesa punitiva»[30].

9. Ho ritenuto utile indugiare sul richiamo testuale di queste citazioni, perché mi pare consentano di meglio apprezzare come tutti gli aspetti sui quali trova oggi espresso fondamento il riconoscimento, anche costituzionale, dell'istituto della prescrizione sostanziale coincidano, in concreto, con quelle medesime argomentazioni che, anche in passato, giustificavano e fondavano la scelta legislativa di limitare in modo rigido e predeterminato la stessa durata temporale del processo. Il fondamento di queste ragioni è, quindi, unitario e non varia a seconda della "veste" formalmente sostanziale o processuale dell'istituto giuridico di volta in volta prescelto dal legislatore per forgiarne la corrispondente disciplina normativa. In questo ambito, pertanto, la "sostanza" deve sempre prevalere sulla "forma"[31].
Da questo punto di vista, allora, mi pare lecito e sostenibile ritenere, che anche le nuove regole introdotte dalla "riforma Cartabia" sulla c.d. improcedibilità dell'azione penale possano e debbano essere interpretate ed applicate in conformità con quei medesimi criteri che, al di là della natura meramente processuale dei relativi effetti, corrispondono e coincidono con quelli altrimenti derivanti dallo stesso fondamento sostanziale della disciplina penale sulla prescrizione del reato. Si tratta, quindi, di regole, che vanno assoggettate e, nel contempo, applicate, sulla scorta di principi comuni ed unitari e che giustificano e legittimano la relativa diversità di disciplina solo in ragione delle segnalate esigenze di meglio adattare le regole sulla prescrizione del reato alla eventualità, peraltro frequente e comune, che i tempi del processo possano scattare in modo differenziato rispetto al momento di concreta consumazione del reato. Conseguentemente, tutto questo potrebbe e, per certi versi, dovrebbe avere implicazioni (anche necessariamente correttive) rispetto a vari aspetti della nuova disciplina (quale, ad esempio, la questione in ordine alla potenziale retroattività applicativa, formalmente ammessa *ex* art. 2 co. 3 l. 134/2021, rispetto a reati commessi dopo il 1° gennaio 2020, ma prima dell'effettiva data di entrata in vigore della "riforma Cartabia", questione che potrebbe però trovare risposta affermativa, in ragione comunque del maggior favore della nuova disciplina, rispetto a quella, più sfavorevole, altrimenti prevista per quel periodo temporale dalla "riforma Bonafede").

[30] *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, pubblicati a cura del Ministero della Giustizia e degli Affari di Culto, vol. V, Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la Relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco, Parte 1ª, Relazione sul Libro I del progetto, Roma 1929, 198.
[31] La primaria rilevanza che, anche con riferimento all'istituto della "improcedibilità", appare corretto riconoscere ai principi sostanziali che fondano la disciplina sulla prescrizione, è stata sottolineata in molteplici contributi da D. Pulitanò, *Il problema prescrizione fra principi costituzionali e politica*, in www.sistemapenale.it, 12.3.2021; Id., *Riforma della prescrizione. giochi linguistici e sostanza normativa*, in www.sistemapenale.it, 19.7.2021.

Anche per queste ragioni, non mi sento di poter condividere l'ipotesi ventilata da alcune voci critiche rispetto alla "riforma Cartabia" di propendere a favore di un generico ritorno ad un'unica ed unitaria disciplina della prescrizione sostanziale.
Come visto, la disciplina sulla prescrizione del reato trova un indiscusso fondamento costituzionale, tanto nel principio di legalità (*ex* art. 25 co. 2 Cost) ed in quello di personalità della responsabilità penale (*ex* art. 27 co. 1 Cost.), quanto nella presunzione di innocenza (*ex* art. 27 co. 2 Cost.) e nell'inviolabilità del diritto di difesa (*ex* art. 24 co. 1 Cost.). La sola disciplina della prescrizione del reato non è però in grado di dare attuazione costituzionale all'obbligo legislativo (*ex* art. 111 co. 1 e 2 Cost.) di "assicurare" la ragionevole durata del "giusto processo" nel rispetto del principio di uguaglianza (*ex* art. 3 Cost.) ed in raccordo con il parallelo dovere (*ex* art. 25 co. 2 Cost.) di porre ogni possibile accusato nella condizione di «avere anche previa consapevolezza della disciplina concernente la dimensione temporale in cui sarà possibile l'accertamento nel processo, con carattere di definitività, della sua responsabilità penale»[32].
Predeterminare con regole sulla improcedibilità dell'azione penale (o altrimenti di vera e propria "prescrizione del processo") la durata massima del processo rappresenta alternativa senz'altro più utile ad assicurare un apprezzamento *ex ante* della misura astrattamente tollerata ed indicata dall'ordinamento per accertare l'eventuale responsabilità penale di una persona e, in prospettiva futura, dovrebbe, anzi, essere meglio riconsiderata anche abbracciando gli stessi tempi delle indagini preliminari[33] e, soprattutto, del giudizio di primo grado. Solo la "ragionevolezza" di questo spazio temporale del processo consente, peraltro, di valutare la stessa legittimità costituzionale di un prolungamento dei termini "naturali" di prescrizione del reato, così come viene oggi previsto con la nuova disciplina dettata dall'art. 161-*bis* del codice penale, ma come sarebbe comunque necessario valutare anche nel caso di un generico ipotetico ritorno al modello della "sospensione" adottato dalla precedente "riforma Orlando"[34].
La scelta di differenziare il regime della prescrizione del reato da quella valida rispetto ai soli tempi del processo consente, quindi, di dare spazio a tali diverse esigenze e rimane pertanto soluzione che, in linea di massima, ritengo vada salutata positivamente. Si tratta, certamente, di disciplina sulla quale si dovrà riflettere ancora con attenzione ed in relazione alla quale saranno senz'altro necessari plurimi interventi correttivi. Così, in particolare, per quanto attiene al regime delle deroghe e delle proroghe, in relazione alle quali, come detto, non posso che condividere le già segnalate critiche di illegittimità costituzionale, trattandosi di scelte legislative «difficilmente compatibili con gli artt. 3, 27 comma 2 e 111 comma 2 Cost.»[35].
Nell'insieme mi pare, tuttavia, che l'attuale modello differenziato offra spazio per una distinzione utile alle esigenze di una più "ragionevole" gestione normativa dei tempi della punibilità e della processabilità e possa così consentire un più maturo ed aggiornato apprezzamento della necessità di tenere definitivamente separata, pur a fronte di un convergente fondamento sostanziale e costituzionale, la disciplina della prescrizione del reato da quella della prescrizione del processo.

[32] C. cost., sent. 18.11.2020 n. 278, cit.
[33] Sulla rilevanza della "ragionevolezza" dei tempi processuali anche per questa fase del procedimento rinvio all'attenta indagine di D. Vicoli, *La "ragionevole durata" delle indagini*, Torino 2012, *passim*.
[34] Se la disciplina della prescrizione del reato si fonda sul principio costituzionale della "personalità" della responsabilità penale, un eventuale prolungamento di questo termine dovrebbe a sua volta trovare un analogo fondamento di razionalità e/o di diretta legittimità costituzionale.
[35] P. Ferrua, *Improcedibilità*, cit., 446.

I RIMEDI *POST IUDICATUM* NEL PROCESSO IN ASSENZA DOPO LA "RIFORMA CARTABIA": NOVITÀ E RESIDUE CRITICITÀ

di Michela Miraglia
(*Professore associato di Diritto processuale penale presso l'Università degli studi di Genova*)

Il contributo analizza i rimedi *post iudicatum* nel processo in assenza, come ridisegnati dal legislatore delegato nel testo del d.lgs. n. 150/2022. Si propone di mettere in luce le novità e le perduranti criticità del nuovo assetto, nonché di comprendere se esso sia o meno compatibile con lo le garanzie in materia fissate dal diritto convenzionale ed eurounitario.
The paper analyzes *post iudicatum* remedies within the trial *in absentia*, as reshaped by Legislative Decree No. 150/2022. It aims to highlight the new features and persisting critical issues of the new system, as well as to understand whether or not it is compatible with the relevant guarantees established by conventional and EU law.

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. La rescissione del giudicato e i rapporti con il nuovo "rimedio europeo". – 3. La restituzione nel termine e il mandato ad impugnare. – 4. Riflessioni di sintesi.

1. In seno alla trasformazione del processo *in absentia*, operata dal d.lgs. 10.10.2022, n. 150, in attuazione delle direttive contenute nella legge delega 27.09.2021, n. 134, debita attenzione merita il tema dei rimedi.
Infatti, anche a "geometria variata"[1], questo è un tassello imprescindibile per la tenuta del sistema e per la sua compatibilità con lo "statuto europeo del processo in assenza"[2].

[1] Sull'intervento "di sistema" (M. Donini, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *PD* 2021, 592), con specifico riguardo alla disciplina delle notificazioni all'imputato, della dichiarazione di latitanza e, in generale, alle novità in materia di processo in assenza, si vedano per tutti, anche in riferimento alla legge delega, D. Cimadomo, *La nuova discplina in materia di* notificazioni, in *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, Pisa 2022, 147 ss.; F.R. Dinacci, *Le prospettive di riforma delle notifiche all'imputato e processo* in absentia*: inconsapevolezze legislative*, in *www.archiviopenale.it* 1/2021, 1 ss.; L. Kalb, *La nuova disciplina del processo in assenza dell'imputato*, in *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, cit., 337 ss.; C. Scaccianoce, *Notificazioni al difensore dirette all'imputato*, in *PPG* 2022, 25 ss.; G. Colaiacovo, *Le modifiche in materia di latitanza*, in *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, cit., 365 ss.; A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto per l'imputato assente*, in *www.sistemapenale.it* 1.12.2022, 1 ss.; Ead., *Giudizio in assenza: maggiori garanzie*, in *PPG* 2022, 124 ss. e F. Centorame, *Verso un nuovo processo penale in assenza: chiaroscuri della legge delega n. 134 del 2021*, in *www.discrimen.it* 2.2.2022, 21. In particolare, sui presupposti della dichiarazione di assenza, G. Mantovani, *"Riforma Cartabia": per chi è il processo* in absentia, in *www.lalegislazionepenale.eu* 30.05.2023, 5 ss.

[2] L'espressione è presa a prestito da S. Quattrocolo, *Partecipazione al processo e contraddittorio*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 19.10.2020, 108, alla quale si rimanda anche per la ricostruzione degli approdi della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi anche C. eur) e, in particolare (112 ss.), per le osservazioni in merito al «test trifasico» per saggiare la compatibilità della disciplina interna con il diritto alla partecipazione al proprio processo, sancito implicitamente dall'art. 6 §§ 1 e 3 CEDU (si veda il *leading case* C. eur., 12.2.1985, Colozza c. Italia, § 27). Il test include un terzo tempo dedicato proprio alla disponibilità di un rimedio che risponda ai parametri individuati dalla Corte di Strasburgo. Per le fonti e i contenuti del menzionato statuto, oltre all'art. 6 CEDU, come interpretato da detta Corte, si considerino la Risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, 21.05.1975, n. 11; l'art. 5 n. 1) della Decisione Quadro 13.06.2002 (2002/584/GAI) e, da ultimo, il testo della Direttiva 2016/343/UE (in particolare gli artt. 8 e 9). Si rammenti, inoltre, il testo dell'art. 14, n. 3 lett. *d* del Patto sui diritti civili e politici, sancisce esplicitamente il

Il presente contributo si propone di esaminare le novità introdotte dalla "Riforma Cartabia" con riguardo ai rimedi restitutori *post iudicatum*: la rescissione del giudicato, per come ridisegnata; la restituzione nel termine, per come "reintrodotta" nell'art. 175 co. 2.1 Cpp; nonché il nuovo strumento coniato per dare esecuzione alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, previsto dall'art. 628-*bis* Cpp, limitatamente ai rapporti che intercorrono con la rescissione.
Scopo ulteriore e ultimo è quello di comprendere se il prodotto finito, consegnatoci dai *conditores*, costituisca una più o meno soddisfacente attuazione delle direttive contenute nella legge delega e se possa essere giudicato, almeno provvisoriamente e prima degli eventuali nuovi interventi pretori, conforme al «modello di "convenzionalità" del giudizio senza imputato»[3].
Per affrontare gli specifici temi elencati in questo sommario ideale, non si può prescindere da alcune premesse generali, riferite al complessivo insieme dei rimedi, compresi quelli "*in itinere*" predisposti dal legislatore per l'udienza preliminare, il dibattimento, il giudizio d'appello e quello di cassazione[4].
Il sistema può dirsi strutturato sulla base di una dicotomia: assenza "mal dichiarata", quando le «le condizioni per procedere […] non erano soddisfatte»; assenza «ben dichiarata»[5], invece, quando il giudice abbia rinvenuto correttamente i presupposti di cui all'art. 420-*bis* Cpp, ma l'imputato dimostri, *ex post*, o l'impossibilità di comparire in tempo utile per caso fortuito o forza maggiore (che non ha potuto tempestivamente rappresentare) o la mancata effettiva conoscenza del processo. Tale ignoranza, tuttavia, può essere fatta valere solo nei casi di cui all'art. 420-*bis* co. 2 e 3 Cpp. Infatti, le disposizioni riscritte o introdotte *ex novo* non consentono mai di dar prova della mancata effettiva conoscenza nelle ipotesi tipizzate dal primo comma del medesimo articolo[6].
Un secondo tratto generale può ravvisarsi nel fatto che l'intero costrutto si articola sulla pretesa collaborazione da parte dell'imputato[7] che, una volta venuto a conoscenza del processo a suo carico, è chiamato ad attivarsi immediatamente. Egli deve utilizzare il rimedio disponibile, senza poter "conservare in mano una carta da giocare" successivamente o, *in extremis*, quando la sentenza sia passata in giudicato. Si vogliono così evitare, in massimo grado, l'abuso degli strumenti predisposti e la regressione del processo[8], con il conseguente travolgimento delle attività compiute e, al limite, del giudicato.
In questo scenario anche il regime della nullità, che consegue all'assenza dichiarata dal giudice in mancanza dei presupposti, è affatto peculiare. Sebbene, in astratto, il regime dovrebbe essere

diritto di partecipazione. A proposito, v. A. Mangiaracina, *Garanzie partecipative e giudizio* in absentia, Torino 2010, 39 ss.; B. Nacar, *Il processo* in absentia *tra fonti internazionali, disciplina codicistica e recenti interventi riformatori*, Milano 2014, 19 ss. Per un'analisi capillare della giurisprudenza di Strasburgo sul tema del processo in assenza, si rimanda ad A. Procaccino, *Informazione e consapevolezza dell'imputato per la presenza al suo processo. Suggestioni europee e problemi nazionali*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 16.12.2020, 1 ss.

[3] S. Quattrocolo, *Assenza e irreperibilità dell'imputato*, in *ED, Annali IX* 2016, 32.

[4] Art. 420-*bis* co. 5-7 Cpp; art. 489 co. 1-2-*bis* Cpp; art. 604 co- 5-*bis*-5-*quater* Cpp; art. 623 co. 1 lett. *B-bis* Cpp. A commento dei rimedi *ante* giudicato, cfr. A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., 9 ss.; N. Rombi, *Il nuovo processo in assenza*, in *DPP* 2023, 129 ss. Per una panoramica della disciplina dei rimedi, *ante* e *post* giudicato, prima della "Riforma Cartabia, nei vari passaggi legislativi, v., in generale, E.A.A. Dei-Cas, *L'assenza dell'imputato. Modelli partecipativi e garanzie difensive*, Torino 2021, 267 ss.; A. Mangiaracina, *Garanzie partecipative e giudizio* in absentia, cit., 229 ss.; N. Rombi, *Il diritto alla presenza processuale. Garanzie, limiti rimedi*, Milano 2020, 175 ss.

[5] *Relazione illustrativa al decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari* (da ora in poi *Relazione illustrativa*), in *www.sistemapenale.it* 20.10.2022, 114. V. anche A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., 9.

[6] *Relazione illustrativa*, cit., 123; M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *www.sistemapenale.it* 2.11.2022, 37.

[7] Secondo l'Ufficio del Massimario l'«esigibile diligenza dell'interessato» funziona da base anche per la dichiarazione di assenza nelle ipotesi di cui al secondo e terzo comma dell'art. 420-*bis* Cpp. V. Ufficio del Massimario, *Relazione su novità normativa. La "Riforma Cartabia"*, 5.1.2023, in *www.sistemapenale.it* 10.10.2023, 181.

[8] Un vero e proprio «*horror regressionis*» per A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., 9

ricondotto a quello delle nullità di tipo intermedio, l'effetto invalidante è mitigato in conseguenza del fatto che la nullità non può essere «rilevata o eccepita se risulta che l'imputato era nelle condizioni di comparire all'udienza preliminare» (art. 489 co. 2 Cpp) o che «era a conoscenza della pendenza del processo ed era nelle condizioni di comparire in giudizio prima della pronuncia della sentenza impugnata» (art. 604 co. 5-*bis* Cpp)[9]. Non solo, ma per quanto attiene al grado d'appello, la nullità in parola dev'essere eccepita, a pena di sanatoria, all'interno dell'atto di impugnazione.
Il sistema appare complesso, soprattutto in alcuni frangenti[10], e le disposizioni che lo regolano, talvolta, un poco farraginose: una *matrioska* di fronte alla quale si deve prestare minuziosa attenzione all'ordine dei pezzi, per non correre il rischio di lasciarne fuori qualcuno.

2. La l. n. 134/2021 aveva invitato il legislatore delegato ad «ampliare la possibilità di rimedi successivi a favore dell'imputato e del condannato giudicato in assenza senza avere avuto effettiva conoscenza della celebrazione del processo, armonizzando la normativa processuale nazionale con quanto previsto dall'articolo 9 della direttiva (UE) 2016/343»[11]; in aggiunta, gli si chiedeva di individuare per la rescissione del giudicato «una coerente ricollocazione sistematica», coordinando detto strumento con il nuovo mezzo di impugnazione straordinario per dare esecuzione alle sentenze della Corte europea[12].
Seguendo l'ordine del Codice di rito, l'analisi dovrebbe prendere avvio dalla restituzione nel termine. Tuttavia, pare più opportuno procedere dal fondo e trattare, *in primis*, le novità (apportate o mancate) riguardanti la rescissione del giudicato. Questo mezzo di impugnazione straordinario «di tipo ibrido»[13] dovrebbe essere, dopo la sua introduzione con la l. 28.04.2014, n. 67 , la «valvola di chiusura» [14] del sistema, concepita dal legislatore per predisporre uno strumento veramente restitutorio (finanche in modo esagerato)[15]. Era stato congegnato per consentire la *restitutio in integrum*, abbandonando l'«idea di fungibilità tra giudizi maturati in gradi differenti»[16], "quando il contumace lasciò il posto all'assente"[17]. Il proposito era quello di assicurare un buon livello di compatibilità con il dettato dell'art. 6 CEDU e con i *dicta* della Corte di Strasburgo[18]. Ottime intenzioni evolutive, anche se realizzate, così come altre parti dell'intervento in materia[19], in modo imperfetto, per contenuti e forme[20], tanto da indurre la dottrina a sollevare numerose critiche[21], anche

[9] Critico sulla formulazione R. Bricchetti, *Prime riflessioni sulla riforma Cartabia: udienza preliminare e processo in assenza*, in *ilPenalista* 24.1.2023, 17. Si tratta dell'«espressione del principio di leale partecipazione al processo e di attivarsi per far valere il suo diritto, evitando l'ingiustificata protrazione del giudizio», secondo Ufficio del Massimario, *Relazione su novità normativa*, cit., 183-184.
[10] Ufficio del Massimario, *Relazione su novità normativa*, cit., 173.
[11] Art. 1 co. 7 lett. *g* l. n. 134/2021.
[12] Art. 1 co. 12, lett. *e* l. n. 134/2021.
[13] M. Bargis, *La rescissione del giudicato* ex *art. 625* ter *c.p.p.: un istituto da rimeditare*, *DPenCont* 2015, 161.
[14] M. Bargis, *La rescissione del giudicato*, cit., 161.
[15] Cfr. *infra*, § 3.
[16] H. Belluta, *Le impugnazioni come rimedi rispristinatori: verso il giusto processo in assenza dell'imputato*, in *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio* in absentia, a cura di M. Daniele, P.P. Paulesu, Torino 2015, 252.
[17] S. Quattrocolo, *Il contumace cede la scena all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, in *Diritto penale contemporaneo (Riv. Trim.)* 2/2014, 101 s.
[18] Apprezza anche il valore intrinseco della scelta, indipendentemente dalle esigenze di adeguamento ai canoni europei, H. Belluta, *Le impugnazioni come rimedi rispristinatori*, cit., 252.
[19] Per quanto attiene alla disciplina dell'assenza dopo la riforma del 2014, *ex plurimis*, v. D. Negri, *Il processo nei confronti dell'imputato "assente" al tortuoso crocevia tra svolgimento e sospensione*, in *Strategie di deflazione penale*, a cura di M. Daniele, P.P. Paulesu, cit., 197 ss. e, in particolare, 210 ss., sugli "indici presuntivi" per la dichiarazione di assenza.
[20] L'intervento legislativo, sia pure nella consapevolezza delle sue criticità, era stato definito quale «prima profonda riforma del procedimento *in absentia*, davvero elaborata nella consapevolezza dei principi convenzionali» da S. Quattrocolo, *Il contumace cede la scena*, cit., 106.
[21] Oltre ai contributi già citati si veda G. Di Paolo, *La rescissione del giudicato* ex *art. 625*-ter *c.p.p.: rimedio effettivo o*

dopo i correttivi della "Riforma Orlando"[22], e la Corte di cassazione a realizzare un importante intervento più che ortopedico[23]. Questo rimedio dovrebbe rappresentare, dunque, il *trait d'union* rispetto al regime che si vuole riformare.

La rescissione del giudicato non viene ristrutturata a fondo, non come sarebbe stato doveroso, auspicabile e possibile nei limiti della delega.

Innanzitutto, è mancata la ricollocazione topografica, chiesta esplicitamente dalla l. n. 134/2021, persistendo ancora oggi la posizione distopica del mezzo di impugnazione[24].

Inoltre, sarebbe stato opportuno dettagliare e precisare alcuni aspetti procedimentali, seguendo i suggerimenti della copiosa letteratura in materia[25].

Analizzando i cambiamenti, il perimetro e, quindi, l'ambito di operatività del rimedio, viene ristretto, sotto il profilo oggettivo, rispetto alla versione previgente.

La rescissione non può essere utilizzata quando si ricada nei casi di cui all'art. 628-*bis* Cpp, come ci informa la clausola di apertura del primo comma dell'art. 629-*bis* Cpp: dev'essere, infatti, coordinata con il nuovo strumento per dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo[26].

Inoltre, è attivabile soltanto quando l'assenza sia stata dichiarata in mancanza dei presupposti, tutti, di cui all'art. 420-*bis* Cpp. Nelle ipotesi dell'assenza ritenuta correttamente, tranne quelle di cui all'art. 420-*bis* co. 1 Cpp, invece, l'unico rimedio successivo è costituito dalla restituzione nel termine *ex* art. 175 co. 2.1 Cpp[27].

---

meccanismo virtuale?, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* 20.11.2015, 1 ss.

[22] L. 23.6.2017, n. 103. Per le criticità residue, dopo la "Riforma Orlando", cfr. R. Casiraghi, *La rescissione del giudicato: molte questioni interpretative sul tappeto*, in *RI* 2018, 229 ss.; P. Spagnolo, *La rinnovata fisionomia della rescissione del giudicato*, in *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, a cura di M. Bargis, H. Belluta, Torino 2018, 141 ss.

[23] In modo specifico, Cass. S.U. 17.7.2014 n. 36848, in *CP* 2015, 561 ss. con nota di P. Silvestri, *Successione di norme processuali penali e nuovo processo in assenza dell'imputato*; in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* 5.12.2014, con nota di J. Della Torre, *Le sezioni unite sulla rescissione del giudicato: nonostante i primi chiarimenti l'istituto rimane problematico*; in *DPP* 2015, 291 ss. con nota di F. Alonzi, *Le Sezioni Unite sulla rescissione del giudicato*. Si vedano, poi, Cass. S.U. 28.11.2019 n. 23949, in *www.sistepenale.it* 2.3.2021 e Cass. 15.9.2020 n.31201, *ibidem*. Per una riflessione sulle due ultime decisioni e sul loro profondo significato per il potenziamento della rescissione del giudicato e, in generale, dell'intero assetto del procedimento in assenza, prima della "Riforma Cartabia", v. S. Quattrocolo, *La Corte di cassazione svela il vero volto della rescissione del giudicato? Due recenti pronunce segnano una svolta interpretativa nel sistema del processo* in absentia *e dei relativi rimedi*, in *www.sistepenale.it* 3/2021, 5 ss.

[24] Sull'opinabile posizionamento della rescissione del giudicato tra le disposizioni dedicate alla revisione, M. Gialuz, A. Cabiale, J. Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *DPC* 3/2017, 190. Analogamente, P. Spagnolo, *La rinnovata fisionomia*, cit., 144, che chiarisce come l'unico punto che lega la rescissione con la revisione è «oltre al giudice competente […] il fatto di essere proponibile avverso una sentenza passata in giudicato valida (perché rispettosa delle regole del procedimento, ma "ingiusta"». In precedenza, sull'attribuzione originaria, nel dettato dell'art. 625-*ter* Cpp, della competenza alla Corte di cassazione, v. M. Bargis, *La rescissione del giudicato*, cit., 162. Per un'analisi dei pregi e dei difetti dell'abrogazione dell'art. 625-*ter* Cpp e l'introduzione dell'art. 629-*bis* Cpp, v. Ead., *Primi rilievi sulle proposte di modifica in materia di impugnazioni nel recente d.d.l. governativo*, in *DPC* 1/2015, 18.

[25] La disciplina della rescissione, inizialmente contenuta nell'art. 625-*ter* Cpp, è stata definita «laconica» da S. Quattrocolo, *Assenza e irreperibilità dell'imputato*, cit., 54. Fra le questioni che avrebbero meritato attenzione e che non sono state toccate dal legislatore, ad esempio, quella relativa al «destino degli atti del giudizio precedente». Così P. Spagnolo, *La rinnovata fisionomia*, cit., 162, alla quale si rimanda anche per le ulteriori questioni irrisolte.

[26] Per il rapporto fra i due strumenti, v. *infra*.

[27] M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 37. Si tratta di un «distinguo non sempre agevole nella esperienza pratica», come sottolinea A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., 9. Tale difficoltà potrebbe riportare in auge la questione della riqualificazione dell'istanza di restituzione nel termine nella richiesta di rescissione del giudicato. A tal proposito, in giurisprudenza, si vedano Cass. 3.12.2021, in *CP* 2022, 3129. *Contra* Cass. 19.11.2020, in *CP* 2021, 2145.

Risulta ampliato, invece, l'ambito per così dire "soggettivo". Se prima della riforma il condannato o colui al quale era stata applicata la misura di sicurezza[28], per utilizzare il mezzo di impugnazione, doveva essere stato giudicato in assenza «per tutta la durata del processo», ora non è più necessario. Si può chiedere e ottenere la rescissione del giudicato, ad esempio, quando comparsi in primo grado, si sia stati dichiarati assenti in appello, come nell'ipotesi di un imputato non appellante.
Ecco perché - ulteriore differenza rispetto al dettato pregresso - quando venga accolta la rescissione e revocata la sentenza, la Corte d'appello trasmette gli atti non più, indefettibilmente, al giudice di primo grado, ma «al giudice della fase o grado in cui si è verificata la nullità», quella che consegue alla dichiarazione di assenza in mancanza dei presupposti previsti dal codice. Questa variazione è apprezzabile perché risolve le criticità segnalate, in due sensi, dalla dottrina: per un verso, pone un argine alla sproporzione del regresso disposto sempre e comunque al giudice di primo grado[29]; in secondo luogo, consente di recuperare, eventualmente, la fase dell'udienza preliminare, che veniva, invece, inesorabilmente perduta secondo la disciplina previgente[30].
Muta, anche in questo caso in modo degno di apprezzamento, il *dies a quo* per il decorso del termine di 30 giorni (rimasto invariato), entro il quale presentare la richiesta, a pena di decadenza. Seguendo la via indicata dalla dottrina, il termine ora decorre dall'avvenuta conoscenza della sentenza, momento meno astratto e tecnicamente più preciso rispetto alla brumosa «conoscenza del procedimento», prevista dal dettato originario dell'art. 625-*ter*, prima, e dell'art. 629-*bis* Cpp, poi[31].
Il cuore della riflessione su pregi e difetti della riforma concerne, però, l'onere probatorio che grava sul richiedente, in quanto è dalla sua intensità che può ricavarsi il grado di accessibilità del rimedio.
Ai sensi del primo comma dell'art. 629-*bis* Cpp, il condannato o il destinatario dell'applicazione della misura di sicurezza può ottenere[32] la rescissione del giudicato qualora provi «che sia stato dichiarato assente in mancanza dei presupposti previsti dall'articolo 420-*bis* Cpp» e che «non abbia potuto

[28] Per le questioni collegate a questa limitazione soggettiva si vedano per tutti, R. Casiraghi, *La rescissione del giudicato*, cit., 215 ss.
[29] H. Belluta, *Le impugnazioni come rimedi ripristinatori*, cit., 272.
[30] S. Quattrocolo, *Il contumace cede la scena*, cit., 101.
[31] Una «sciatta» e «confusa» formula legislativa della quale si suggeriva la traduzione, in concreto, quale «conoscenza del provvedimento, cioè della sentenza irrevocabile». Per le precedenti citazioni, v. M. Bargis, *La rescissione del giudicato*, cit., 164. Per analoga critica, H. Belluta, *Le impugnazioni come rimedi ripristinatori*, cit., 269 s. In relazione al momento di conoscenza della sentenza, si rammentino i diversi approdi della giurisprudenza di legittimità sull'ingresso in carcere. Secondo il primo, la conoscenza del provvedimento può coincidere con la notifica dell'ordine di esecuzione «che riporti gli estremi della sentenza in esecuzione, anche senza la relativa motivazione, considerato che, a norma dell'art. 94, comma 1-*bis*, disp. att. c.p.p., il direttore o l'operatore penitenziario sono tenuti ad accertare che l'interessato abbia avuto effettiva conoscenza del provvedimento che dispone la carcerazione»: Cass. 28.3.2018 n. 46803, in *CEDCass*, m. 274309. *Contra* Cass. 14.7.2016 n. 34985, in *CEDCass*, m. 267763 secondo la quale «[…] la prova della conoscenza del provvedimento non può farsi discendere dalla data di ingresso in carcere del richiedente, in quanto la previsione di cui all'art. 94, comma primo *bis*, disp. att. Cod. proc. pen. […] svolge una funzione di completezza informativa, ma non è idonea ad incidere sulla decorrenza dei termini, cui sia connesso l'esercizio di diritti e facoltà processuali». A proposito degli oneri informativi, il d.lgs. n. 150/2022 ha modificato il testo dell'art. 656 co. 5 Cpp e dell'art. 660 co. 3 Cpp, prevedendo che nell'ordine di esecuzione di una pena detentiva o di una pena pecuniaria venga inserito l'avviso per informare il condannato che, se il processo si è svolto in assenza, «nel termine di trenta giorni dalla conoscenza della sentenza», «può chiedere, in presenza dei relativi presupposti, la restituzione nel termine per proporre impugnazione o la rescissione del giudicato». La dottrina ha subito evidenziato come, per l'esecuzione della pena detentiva, la collocazione della previsione nel quinto comma dell'art. 656 Cpp e non nel terzo, comporti la sua validità solo per l'ordine di esecuzione sospeso, con evidenti profili di irragionevolezza. L. Kalb, *La nuova disciplina del processo in assenza*, cit., 363.
[32] Per le diverse opinioni sulla sostituzione del termine "chiedere" con "ottenere", a seguito del passaggio dal testo dell'art. 625-*ter* a quello dell'art. 629-*bis* Cpp, si vedano M. Bargis, *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del d.d.l. n. 2798 approvato dalla Camera dei* deputati, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* 19.10.2015, 10; M. Gialuz, A. Cabiale, J. Della Torre, *Riforma Orlando*, cit., 190; P. Spagnolo, *La rinnovata fisionomia*, cit., 146 s.

proporre impugnazione della sentenza nei termini senza sua colpa». La disposizione prosegue: «salvo che risulti che abbia avuto conoscenza della pendenza del processo».
L'oggetto apparentemente è mutato rispetto a quello del passato, l'«incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo», fatto psichico negativo che la giurisprudenza di legittimità, con un intervento "potenziante"[33] e forzando "a fin di bene" il dato normativo[34], ha riplasmato nel senso di una «volontaria sottrazione alla conoscenza del processo»[35].
Il tassello esegetico menzionato fa parte del più ampio mosaico delle decisioni della Corte di cassazione, pronunciate per avvicinare l'ancora imperfetta disciplina interna alla fisionomia europea del processo in assenza.
L'onere a carico dell'interessato, dovrebbe, dunque, salvi improbabili *overruling*, sostanziarsi in quel "dovere di allegazione", comunque problematico, invocato dalle Sezioni unite poco dopo l'ingresso della rescissione nel nostro ordinamento, con la possibilità della corte d'appello di disporre eventuali acquisizioni integrative[36].
Ciò non ostante, nel diritto scritto, esso permane ed è comunque gravoso[37], tanto più se si considera che il suo oggetto, sia nella Relazione al decreto legislativo sia nelle prime riflessioni sul tema, viene inteso come "triplice"[38].
In realtà, a nostro parere, il dato testuale dell'art. 629-*bis* co. 1 Cpp sembra delineare un diverso scenario.
Mentre per i primi due requisiti (la mancanza dei presupposti per procedere in assenza e l'impossibilità incolpevole di proporre impugnazione nei termini avverso la sentenza della quale si chiede la revoca), l'onere grava chiaramente sull'istante; per il terzo (l'effettiva conoscenza della pendenza del processo prima della pronuncia della sentenza), attesa la diversa scelta terminologica («salvo risulti che»), l'eventuale accertamento dovrebbe essere demandato all'autorità giudiziaria, così come, con le dovute distinzioni, nella versione dell'art. 175 co. 2 Cpp a seguito della novella del 2005[39], escludendo, per questa parte anche il dovere di allegazione per l'istante.
Tale lettura del dettato normativo appare, d'altra parte, congruente con la disciplina relativa alla "non rilevabilità ed eccepibilità" della nullità in seno al dettato degli artt. 489 co. 2 e 604 co. 5-*bis* Cpp. In entrambi i contesti la locuzione utilizzata («se risulta che»), pressoché identica a quella in esame, fa ricadere sull'autorità la prova dei fatti che determinano la "sanatoria".
Se così fosse, il legislatore avrebbe dimostrato, inoltre, di non aver ignorato, almeno non del tutto, le criticità insite nella disciplina normativa sulla quale è intervenuto e che avevano portato la Corte di cassazione ai menzionati interventi correttivi.
Accogliendo la suggerita interpretazione, l'accesso al rimedio, anche se non incondizionato (permarrebbero, infatti, gli altri oneri, uno dei quali relativo ad una "prova negativa"), risulterebbe sicuramente più agevole, rendendo più probabile ottenere la revoca della sentenza (tanto vale, *a*

[33] S. Quattrocolo, *La Corte di cassazione svela il vero volto della rescissione del giudicato?*, cit., 10, parla di una «lettura "potenziata" del vigente sistema dell'assenza» da parte della giurisprudenza.
[34] Ancora S. Quattrocolo, *La Corte di cassazione svela il vero volto della rescissione del giudicato?*, cit., 19.
[35] Nelle parole della Corte di cassazione, la rescissione andrebbe esclusa solo quando il ricorrente si sia «volontariamente posto nelle condizioni di non ricevere adeguata notizia del processo, dimostrando così di non volervi partecipare»: Cass. 15.9.2020 n. 31201, cit., § 5.3. A commento dell'approdo, S. Quattrocolo, *La Corte di cassazione svela il vero volto della rescissione del giudicato?*, cit., 11-12.
[36] Cass. S.U. 17.7.2014 n. 36848, cit., § 5. Per un'opinione contraria A. Conti, *L'imputato assente alla luce della riforma Cartabia. Note a prima lettura del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, in *www.archiviopenale.it* 1/2023, 60.
[37] Si tratta di un «pesante onere probatorio», secondo N. Rombi, *Il nuovo processo in assenza*, cit., 131; viene qualificato come «decisamente più gravoso», rispetto a quello previgente, da L. Kalb, *La nuova disciplina del processo in* assenza, cit., 362.
[38] Ufficio del Massimario, *Relazione su novità normativa*, cit., 185 s.; L. Kalb, *La nuova disciplina del processo in* assenza, cit., 362.
[39] D.l. 21.2.2005, n. 17, conv. Con modif. dalla l. 20.4.2005, n. 60.

fortiori, se si aderisce alle teorie prospettate dalla dottrina in merito allo standard che dovrebbe essere adottato nel condurre l'analogo accertamento in sede dibattimentale o in secondo grado [40]).
Se così non fosse, invece, si finirebbe per riscrivere il dettato normativo, rovesciandolo, e, di fatto, facendo rivivere la prova di un fatto psichico negativo.
Onde completare l'analisi, va trattato il rapporto tra la rescissione del giudicato ed il "nuovo rimedio europeo".
Per dare esecuzione ad una decisione della Corte europea in cui sia stata accertata la violazione dell'art. 6 della CEDU, o con cui sia stata disposta la cancellazione dal ruolo *ex* art. 37 CEDU, quando essa riguardi il diritto di partecipazione al processo, la "Riforma Cartabia" ha previsto come strumento esclusivo quello disciplinato dall'art. 628-*bis* Cpp, ai sensi del combinato disposto del co. 8 del medesimo articolo e della menzionata clausola di apertura dell'art. 629-*bis* Cpp. Ne consegue che il soggetto ricorrente a Strasburgo – o, in caso di morte, i suoi congiunti, ma non i suoi "fratelli minori" [41] – per ottenere il secondo giudizio in cui venga rivalutato il merito dell'accusa, deve presentare richiesta alla Corte di cassazione, ai sensi dei co. 1 e 2 dell'art. 628-*bis* Cpp, entro novanta giorni dalla data in cui è divenuta definitiva la sentenza della quale si chiede "l'esecuzione".
Senza scendere nel dettaglio della norma[42], in questo contesto va evidenziato un aspetto peculiare attinente al processo in assenza. Secondo il dettato dell'art. 628-*bis* co. 5 Cpp, la Corte di cassazione, dopo aver vagliato l'ammissibilità della richiesta, la accoglie «quando la violazione accertata dalla Corte europea, per natura e gravità, ha avuto un'incidenza effettiva sulla sentenza o sul decreto penale di condanna pronunciati nei confronti del richiedente». Orbene, nel caso della violazione del diritto alla partecipazione, acclarato dalla Corte di Strasburgo o riconosciuto unilateralmente dallo Stato, tale valutazione non dovrebbe rilevare, proprio nell'ottica di conformità con la giurisprudenza della Corte europea. Se una violazione del diritto partecipativo si è verificata, «l'incidenza effettiva sulla sentenza» dovrebbe essere ravvisata *in re ipsa*[43].

---

[40] A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., 9, dove l'A. precisa che «quel "risulta" implicherà l'accertamento di una situazione di evidenza probatoria da parte del giudice: *in dubio* nullità e regressione».
[41] Per l'interpretazione delle Sezioni Unite nella nota vicenda Contrada, con riguardo alla "revisione europea", v. Cass. S.U. 24.10.2019 n. 8544, in *CP* 2020, 2259 con nota di P. Maggio, *La prevedibilità "col vestito di carta": le Sezioni unite escludono la portata generale della sentenza contrada contro l'Italia n. 3*.
[42] Per un'analisi del rimedio di nuovo conio si vedano R. Casiraghi, *Uno specifico rimedio per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in *DPP* 2023, 195 ss.; G. De Amicis, *Giudicato interno e sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo: un nuovo strumento di governo della cedevolezza del giudicato nazionale*, in *www.sistemapenale.it* 3.5.2023; F. Galluzzo, *Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, cit., 657 ss. B. Lavarini, *Un nuovo rimedio "bifasico" per l'esecuzione delle decisioni della Corte di Strasburgo*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 11.5.2023, 1 ss.; S. Lonati, *Processo penale e rimedi alle violazioni delle garanzie europee*, Milano 2023, 231 ss.; Id., *Richiesta per l'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: il nuovo art. 628*-bis *c.p.p.*, in *DPC (Riv. Trim.)* 4/2022, 63 ss. Prima della specificazione da parte del legislatore delegato, con riguardo alle direttive contenute nella l. n. 134/2021, R.M. Geraci, *Un'attesa lunga vent'anni: il ricorso straordinario per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in *PPG*, 2022, 188 ss. Nella vasta letteratura sul tema, antecedentemente alla riforma, *ex multis*, M. Gialuz, *Il riesame del processo a seguito della condanna della Corte di Strasburgo*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, II, a cura di P. Corso, E. Zanetti, Milano 2010, 269 ss; B. Lavarini, *Il sistema dei rimedi* post-iudicatum *in adeguamento alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Torino 2019; Ead., *Violazione delle garanzie "processuali" della CEDU e rimedi* post-iudicatum, in *Rev. Bras. De Direito Processual Penal* 2018, 1003 ss.
[43] A. Cabiale, sub *art. 628*-bis *Cpp*, in *Codice di procedura penale commentato*, t. III, a cura di A. Giarda, G. Spangher, cit., 2130, segnala come il filtro imposto dall'art. 628-*bis* Cpp, comporti «un disallineamento fra i due istituti, foriero di disparità di trattamento», anche se ritiene «difficile sostenere che il ricorrente vittorioso a Strasburgo, a causa dell'inosservanza dei suoi diritti partecipativi, non abbia subito un pregiudizio effettivo». Sulla non sindacabilità da parte del giudice interno della violazione accertata dalla Corte di Strasburgo, v. Cass. 12.7.2006 n. 32678, in D&G 2008, 38 con nota di G. Ubertis, *Contumaci, doppia restituzione in termine. L'istituto della rimessione in termini può travolgere il giudicato penale*, pronunciata nel caso Somogyi, a valle della decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo (C. eur., 18.5.2004, Somogyi c. Italia). Sul punto v. A. Procaccino, *Suggestioni europee*, cit., 17-18.

Per i rapporti "a monte" fra i due strumenti e guardando all'esaurimento dei rimedi interni quale condizione per la ricevibilità ai sensi dell'art. 35 CEDU, ci si può domandare se il ricorso alla Corte europea dei diritti umani presupponga necessariamente l'aver tentato di ottenere la rescissione del giudicato (il quesito va esteso alla restituzione nel termine *ex* art. 175 co. 2.1 Cpp).
La giurisprudenza di Strasburgo sul tema è "flessibile"[44]. Non ritiene, infatti, sufficiente che sia previsto un rimedio interno, ma pretende che lo stesso sia «*effective, adequate and accessible*»[45]. Questo ha condotto, proprio nelle vicende italiane, ad esempio, a valutare come ricevibile il ricorso nel caso Sejdovic, anche se non era stata previamente utilizzata la restituzione nel termine, unico strumento allora disponibile[46] (ai sensi dell'art. 175 co. 2 Cpp *ante* riforma del 2005), perché ritenuto non effettivo. Al contrario, la Corte è pervenuta ad un'opposta conclusione nel caso Cat Berro, guardando al medesimo rimedio, ma rimodellato in termini compatibili con la Convenzione[47].
Ne risulta che il menzionato rapporto è variabile[48]. Se in linea teorica il tentativo di ottenere la rescissione del giudicato dovrebbe essere prodromico alla presentazione del ricorso alla Corte europea, il tema, qualora se ne presentasse l'occasione, andrebbe affrontato, valutando l'effettività del rimedio interno, in riferimento ai menzionati oneri probatori, anche alla luce del diritto giurisprudenziale[49].

3. La reintroduzione della restituzione nel termine per proporre impugnazione a favore dell'imputato giudicato in assenza, *ex* art. 175 co. 2.1 Cpp, completa il quadro dei rimedi restitutori *post* giudicato. Essa dev'essere letta in indissolubile collegamento con il mandato ad impugnare, di cui all'art. 581 co. 1-*quater* Cpp, secondo il cui dettato: «Nel caso di imputato rispetto al quale si è proceduto in assenza, con l'atto di impugnazione del difensore è depositato, a pena di inammissibilità, specifico mandato ad impugnare, rilasciato dopo la pronuncia della sentenza» e «contenente la dichiarazione o l'elezione di domicilio dell'imputato, ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio»[50].
È questo l'adempimento sul quale cade la scelta di fondo del legislatore. La restituzione nel termine rappresenta un "rimedio collaterale", per consentire l'impugnazione quando il difensore non sia riuscito a farsi rilasciare il mandato tempestivamente.
La previsione in questione è assai divisiva, avendo riscosso il generale favore degli ambienti della magistratura e, di contro, suscitando l'avversione di parte dell'avvocatura[51].
Anche la dottrina non è allineata.

---

[44] C. eur. GC, 1.3.2006, Sejodvic c. Italia, § 44.
[45] C. eur. GC, 1.3.2006, Sejodvic c. Italia, § 45, nella quale si afferma: «*The existence of such remedies must be sufficiently certain not only in theory but also in practice*».
[46] C. eur., 10.11.2oo4, Sejdovic c. italia, § 37; C. eur. GC, 1.3.2006, Sejdovic c. Italia, § 103.
[47] C. eur., 25.11.2008, Cat Berro c. Italia, § 14 ss.
[48] L. Kalb, *La nuova disciplina del processo in assenza*, cit., 361, sottolinea «la naturale priorità dell'attivazione del rimedio di cui all'art. 629-*bis* c.p.p. rispetto alla presentazione della richiesta alla cassazione per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione».
[49] Con riguardo all'originaria disciplina introdotta dalla l. n. 67/2014, nota come la «rescissione sia il nuovo rimedio interno cui il condannato che ritenga di aver subito un processo *in absentia* in violazione dell'art. 6 della Cedu dovrà servirsi, prima di rivolgersi alla Corte di Strasburgo», A. Diddi, *Novità in materia di impugnazioni e di* restitutio in integrum, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vigoni, Torino 2014, 224.
[50] Parla di un redivivo mandato ad impugnare A. Marandola, *Il ridimensionamento e la conformità strutturale e procedurale dei mezzi ordinari d'impugnazione al modello accusatorio*, *Riforma Cartabia e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di Ead., Milano 2022, 232.
[51] Lo ricorda J. Della Torre, *La crisi dell'appello penale nel prisma della statistica giudiziaria*, *www.archiviopenale.it* 1/2022, 39 che cita, a sostegno, il documento redatto dalle Camere penali, *DDL di riforma penale: il punto dell'Unione*, in www.camerepenali.it, 17.2.2020 e ANM, *Analisi del disegno di legge A.C. 2435 ed emendamenti presentati dal Governo il 14 luglio 2021*, in *www.associazionemagistrati.it*, 52. Per le critiche mosse dall'avvocatura, si veda anche F. A. Maisano, *Prime note critiche sull'appello inammissibile nella "riforma Cartabia"*, in *www.giurisprudenzapenale.com* 24.10.2022, 6.

Da una parte, c'è chi la apprezza[52] e chi la ritiene un elemento di coerenza del sistema[53] che, come esplicita la Relazione al d.lgs. n. 150/2022, «tende a precludere la proposizione dell'impugnazione per l'assente che non si manifesti». Già la "Commissione Lattanzi" reputava siffatto mandato «uno snodo essenziale, sia in chiave di effettiva garanzia dell'imputato, sia in chiave di razionale e utile impiego delle risorse giudiziarie», volto «ad assicurare la celebrazione delle impugnazioni solo quando si abbia effettiva contezza della conoscenza della sentenza emessa da parte dell'imputato giudicato in assenza e ad evitare – senza alcun pregiudizio del diritto di difesa dell'interessato, tutelato dai rimedi "restitutori" contestualmente assicurati – l'inutile celebrazione di gradi di giudizio destinati ad essere travolti dalla rescissione del giudicato»[54].
Altre voci, numerose, a dire il vero, ne evidenziano le criticità. La richiesta di un mandato *ad hoc* nei casi in questione costituirebbe un «serio ostacolo ai poteri della difesa»[55], un vero «cortocircuito difensivo, inconciliabile con la "natura pubblicistica della funzione difensiva"»[56] tale da limitare il «ruolo di partecipazione, e non di mera assistenza tecnica, assegnato al difensore nel processo penale», con il rischio di danneggiare gli imputati più deboli, «soggetti meno abbienti, che spesso non instaurano rapporti e non hanno contatti con l'avvocato» nominato d'ufficio.[57]
Da questa angolatura prospettica, poco incidono sulla gestione dei suddetti casi "problematici" le disposizioni che impongono all'indagato di dichiarare il recapito anche telefonico o l'indirizzo di posta elettronica nella sua disponibilità, «ove il difensore possa effettuare le comunicazioni» (Artt. 157 co. 8-*ter* e 161 co. 01 Cpp) e l'estensione di quindici giorni degli ordinari termini per impugnare di cui all'art. 585 co. 1 Cpp (art. 585 co. 1-*bis* Cpp)[58].
Qualunque posizione si assuma, *in primis* non si può non condividere l'opinione di chi ha sottolineato come la previsione in esame implichi l'accettazione del rischio della formazione del giudicato per una sentenza "ingiusta", effetto che si può verificare anche quando l'errore nell'applicazione della legge sia palese[59].
Inoltre, pur comprendendo la *ratio* della scelta, si è dinnanzi a uno degli esempi più significativi di come la riforma, in alcune aree di intervento, abbia fatto prevalere le istanze efficientiste, sacrificando, almeno in parte, le garanzie[60].

---

[52] E. Guido, *La rescissione del giudicato: posture e imposture di un rimedio restitutorio*, *in www.legislazionepenale.eu* 12.9.2022, 23.
[53] N. Rombi, *Il nuovo processo in assenza*, cit., 131.
[54] Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello. (D.M. 16 marzo 2021 – Pres. Dott. Giorgio Lattanzi, Vice Pres. Dott. Ernesto Lupo e Prof. Gian Luigi Gatta), *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c. 2435*, 24.5.2021, 15.
[55] J. Della Torre, *La crisi dell'appello*, cit., 39.
[56] F. Centorame, *Verso un nuovo processo penale in assenza*, cit., 21. Con riguardo alle difficoltà nel ricercare l'assistito parla di «un "ritorno al passato", che si lega a vecchi schemi già esistenti nell'ordinamento processuale all'art. 571 c.p.p. espunti, poi, dalla legge Carotti che ha neutralizzato il pregiudizio legato a tale vincolo», A. Marandola, *Il ridimensionamento*, cit., 232 s.
[57] N. La Rocca, *La prima delega del decennio per la riforma del processo penale: una corsa folle contro il tempo, che ora scorre senza contrappesi*, in *www.archiviopenale.it* 1/2020, 18.
[58] F.R. Dinacci, *Le prospettive di riforma*, cit., osserva come l'indicazione del domicilio per le comunicazioni sia solo una previsione formale. Inoltre, critica l'approccio che equipara la difesa di fiducia alla difesa d'ufficio, in contrasto con la giurisprudenza di Strasburgo e con quella interna. Si rammenti che le previsioni degli artt. 581 co. 1-*quater* e 175, co, 2.1 Cpp, si applicano, secondo la disciplina transitoria, alle impugnazioni relative a sentenze pronunciate dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2022 (art. 89 co. 3 d.lgs. n. 150/2022), quindi anche nei confronti del soggetto dichiarato assente ai sensi della previgente disciplina. Le nuove disposizioni in materia di assenza (comprese quelle relative alla rescissione del giudicato) si applicano nei processi in cui l'assenza venga dichiarata dopo l'entrata in vigore della novella (art. 89 co.1 d.lgs. n. 150/2022).
[59] J. Della Torre, *La crisi dell'appello*, cit., 39.
[60] Sul punto, v. *infra*, nt. 68.

I timori espressi sono rafforzati dalle previsioni in materia di restituzione del termine per impugnare la sentenza pronunciata nei confronti dell'imputato assente[61]. Ai sensi dell'art. 175 co. 2.1 Cpp, «l'imputato giudicato in assenza è restituito, a sua richiesta, nel termine per proporre impugnazione, salvo che vi abbia volontariamente rinunciato» se, nei soli casi previsti dall'art. 420-*bis* co. 2 e 3 (e qui risiede il coordinamento con la rescissione del giudicato) fornisca «la prova di non aver avuto effettiva conoscenza della pendenza del processo e di non aver potuto proporre impugnazione nei termini senza sua colpa». L'istanza per questa ipotesi di restituzione «più specifica»[62] deve essere presentata, a pena di decadenza, entro 30 giorni da quello in cui l'interessato ha avuto effettiva conoscenza del provvedimento (Art. 175 co. 2-*bis* Cpp).
Anche in tale contesto, l'onere probatorio dal «sapore nostalgico»[63] , sia pure caratterizzato dalla coerenza con la scelta di sistema, rivive ed è gravoso.
In suddetta ipotesi, peraltro, attesa la lettera della disposizione, non soccorre, nemmeno in via ipotetica, l'interpretazione testuale proposta per l'art. 629-*bis* Cpp[64].
Viste le difficoltà di assolvere *l'onus probandi*, questo rischia di segnare, irrimediabilmente, la sorte dell'imputato assente, vanificando la funzione riequilibrante del rimedio.
Certo, è auspicabile, ancora una volta, l'intervento specifico della giurisprudenza e possono essere invocati gli approdi già raggiunti in relazione all'art. 175 co. 2 Cpp, in merito alla trasformazione dell'onere in dovere di allegazione[65], ma le criticità, almeno nelle scelte testuali dei *conditores*, non vengono elise completamente.
Il pericolo è quello di aver compiuto, in questa occasione, addirittura due "passi indietro" [66].
Innanzitutto, come era già stato colto dopo l'introduzione della rescissione del giudicato rispetto alla scelta della riforma del 2005, perché non è stato previsto l'accesso al rimedio come vero e proprio diritto[67].
Inoltre, perché, in base a come si interpretano le disposizioni di cui all'art. 604 co. 5-*ter* Cpp, per l'assenza "ben dichiarata" o si torna all'idea della "fungibilità" dei gradi di giudizio, superata proprio con l'introduzione della rescissione del giudicato, o si genera un appesantimento nello sviluppo procedimentale che fa rimpiangere l'unicità del rimedio.
Infatti, sono proponibili due esegesi, entrambe affette da un certo grado di irrazionalità.
La prima: una volta restituito nel termine per proporre appello, ex art. 175 co. 2.1 Cpp, l'imputato, giudicato in assenza in primo grado, non può godere dell'annullamento della sentenza e del conseguente regresso di cui all'art. 604 co. 5-*ter* c.p.p., dovendo, quindi, "accontentarsi" di un secondo grado di giudizio con tutti i limiti che questo comporta[68] .

---

[61] Per un commento all'art. 175 co. 2 Cpp, con riguardo alla sua versione originaria, alle pronunce della Corte di Strasburgo e alle modifiche legislative, G. Garuti, sub *Art. 175 Cpp*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*[3], a cura di G. Illuminati-L. Giuliani, Milano 2020, 648 ss.
[62] Così, G. Garuti, sub *Art. 175 Cpp*, cit., 648.
[63] A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., 6.
[64] Cfr. *supra*, § 2.
[65] Cass. S.U. 17..2014 n. 36848, cit. Per l'art. 175 co. 2, da ultimo, Cass. 23.2.2021 n. 6900, in *CEDCass*, m. 280936; Cass. 6.6.2016 n. 23322, in *CEDCass*, m. 267223. Non mostra alcuna perplessità sulla compatibilità del nuovo dettato dell'art. 175 co. 2.1 Cpp con la giurisprudenza di Strasburgo, perché la dichiarazione di assenza è basata su altri presupposti e perché si può invocare pacificamente la richiamata giurisprudenza, R. Giungi, *La riforma Cartabia e i suoi effetti sulla disciplina del processo in assenza*, in *Giur. pen.* 4/2023, 10.
[66] Usa la medesima espressione per descrivere la riforma del 2014, G. Garuti, Ius superveniens *e "nuovo" processo in assenza*, in *GI* 2014, 1509.
[67] Così G. Garuti, *Ius superveniens*, cit., 1509.
[68] Nelle ipotesi in cui si sia proceduto in assenza nei confronti del latitante e di chi si sia volontariamente sottratto alla conoscenza del processo (art. 420-*bis* co. 3 Cpp), la rinnovazione sarà limitata entro i confini, stravaganti, dell'art. 190-*bis* Cpp (art. 603 co. 3-*ter* Cpp). Si tratta di un «elemento di tensione», secondo A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., 10. L'A. propone di eliderlo «in virtù dell'effetto "diretto" che è stato riconosciuto dalla Corte di giustizia alle disposizioni della direttiva 2016/343 e, in particolare, all'art. 9, oggetto di esplicito richiamo nel testo della legge

La seconda: l'art. 604 co. 5-*ter* Cpp si applica anche nel caso dell'appello che scaturisce da una restituzione nel termine per impugnare una sentenza pronunciata in assenza. Dunque, in questa ipotesi, l'imputato recupera le sue facoltà, grazie al regresso del processo (sempre che assolva l'onere probatorio, in parte già superato con la concessione del rimedio). Il giudice d'appello annullerà la sentenza, disponendo la trasmissione degli atti al giudice della fase nella quale può essere esercitata la facoltà perduta, a meno che non si verifichino le ipotesi eccezionali elencate dalla legge (richiesta dell'applicazione della pena, dell'oblazione o esclusivamente della rinnovazione istruttoria), nel qual caso deciderà il giudice d'appello stesso.
Detta opzione appare l'unica accettabile, perché aderente al dato testuale, coerente con le scelte di sistema, almeno da un certo punto di vista, e costituzionalmente compatibile. Altrimenti si determinerebbe un trattamento diversificato irragionevole nei confronti dell'imputato assente e ignaro che sia venuto a conoscenza del processo dopo la scadenza dei termini per impugnare, rispetto a chi sia riuscito a conferire il mandato *ex* art. 581 co. 1-*quater* Cpp.
Suscita, però, alcune perplessità.
È vero: l'assetto scelto dal legislatore impedisce al processo di svilupparsi in verticale, quando l'imputato assente non conferisca il mandato *ad hoc* al proprio difensore dopo la pronuncia della sentenza, risparmiando, quindi, in massima estensione, due gradi di giudizio (più un eventuale giudizio di rinvio), destinati, eventualmente, ad essere travolti dal rimedio *post iudicatum* disponibile.
È anche innegabile, però, che il meccanismo predisposto consti di tre "tempi" (decisione sulla restituzione nel termine, decisione della Corte d'appello e regresso) e sia pure consentendo (quando si riescano ad assolvere gli oneri dimostrativi imposti) una *restitutio in integrum*, presenta possibili frizioni con l'efficienza, intesa in senso ampio, perseguita dalla riforma, e, in modo specifico, con la ragionevole durata[69]. Forse, allora, sarebbe stato preferibile rinunciare al mandato *ad hoc* e continuare ad affidarsi alla rescissione del giudicato, quale unico rimedio successivo (senza distinzioni fra mancanza dei presupposti e "assenza ben dichiarata"), ristrutturato per renderlo definitivamente invulnerabile nell'ordinamento multilivello[70].

4. Per concludere, alcune considerazioni di sintesi sui rimedi *post* giudicato, nel raffronto con le indicazioni contenute nella l. n. 134/2021 e con lo "statuto europeo" del processo in assenza.
Il prodotto finito non sembra aver attuato a pieno le direttive contenute nella legge delega.

---

delega nella costruzione dei rimedi».

[69] Affrontare il tema dell'efficienza, termine che compare già del titolo della l. n. 134/2021, è compito assai arduo e non proprio di questo lavoro. L'efficienza, «parola chiave» della "Riforma Cartabia" (G. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'Legge Cartabia'*, in *www.sistemapenale.it* 15.10.2021), dovrebbe essere intesa in senso ampio, non fatta coincidere solo con la ragionevole durata e con una concezione meramente economico-quantitativa. Va notato, però, come in alcuni frangenti, come quello dei rimedi in materia di assenza, alcuni aspetti della nuova disciplina, come finalizzata dal legislatore delegato, sembrino portare ad uno sbilanciamento a favore delle istanze efficientiste (nel senso meramente "quantitativo"), rispetto ad un "giusto" livello di tutela delle garanzie, suscitando, poi, qualche perplessità sul risultato finale e sul possibile "effetto paradosso". A proposito del rapporto fra garanzie e ragionevole durata sono imprescindibili le parole della Corte costituzionale secondo la quale «[u]n processo non "giusto", perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata» e «[…] il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento» (C. cost., 4 dicembre 2009 n. 317, in *www.cortecostituzionale.it*), così come le osservazioni di Mario Chiavario, che scriveva: «la vera efficienza processuale è tale solo se ingloba anche l'efficienza nel riconoscimento e nello sviluppo delle garanzie processuali» (M. Chiavario, *Garanzie individuali ed efficienze del processo*, in *CP* 1998, 1516). Per una valutazione positiva, con riguardo alla legge delega, v. M. Donini, *Efficienza e principi della legge Cartabia*, cit., 593 che parla di «equilibrio fra garanzie costituzionali, vincoli europei e funzionalità». Per una riflessione critica sulla "Riforma Cartabia", in rapporto all'efficienza, v. O. Mazza, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *www.archiviopenale.it* 2/2022, 2 s.

[70] Segnalava il rischio dell'ulteriore carico sulle corti d'appello, rappresentato dal doppio rimedio, J. Della Torre, *La crisi dell'appello*, cit., 39-40.

Oltre alle segnalate esplicite omissioni (come nell'ipotesi della mancata ricollocazione sistematica della rescissione del giudicato) e agli spazi lasciati vuoti, l'incremento numerico dei rimedi e l'ampliamento degli stessi non sono cifre equivalenti.
Gli strumenti analizzati sono tutti gravati, secondo il diritto scritto, da "oneri probatori".
Con particolare riguardo alla rescissione del giudicato, ci si domanda – soprattutto qualora non si dovesse concordare con l'esegesi sopra proposta in merito all'esclusione parziale dell'onere probatorio, significativa, anche se non completamente risolutiva, per il grado degli equilibri e dei disequilibri del rimedio – se fosse davvero imprescindibile mantenere l'onere [71], comunque perimetrato, invece di consentire il ricorso alla rescissione quale vero e proprio diritto, alla luce della sua ristrutturazione[72].
Una simile scelta non avrebbe inficiato la coerenza del sistema né minato l'efficienza perseguita dalla riforma.
La rescissione, nel nuovo contesto, di fronte ai riscritti presupposti per procedere in assenza e per ricorrere al rimedio, infatti, dovrebbe davvero costituire, anche numericamente, l'*extrema ratio*. Proprio per questo, avrebbe potuto essere costruita con un onere gravante sull'autorità, senza affidarsi a pregresse o future interpretazioni pretorie.
Il mezzo di impugnazione, così come ridisegnato, *de lege data*, è utilizzabile solo nell'ipotesi in cui si sia proceduto in assenza in mancanza dei presupposti di cui all'art. 420-*bis* Cpp, ossia in quei casi in cui il processo avrebbe dovuto "senza dubbio" arrestarsi e, dunque, di fronte ad un errore genetico, una sorta di "peccato originale", raro, se il sistema dovesse funzionare a regola d'arte[73].
I *conditores*, nello spasmodico tentativo di impedire la regressione, fanno intravedere, "in trasparenza", una certa sfiducia nel costrutto che loro stessi hanno concepito.
Per la restituzione nel termine, non si possono che richiamare le perplessità già espresse.
Inoltre, la disciplina in materia di assenza sottende un generale obbligo dell'imputato di tenersi informato in merito al proprio processo e di mantenere i contatti con il proprio difensore[74]. Svela, però, anche una certa diffidenza nell'imputato stesso (e forse anche nei confronti del suo avvocato).
Se è indubbio che nella prassi, in alcuni casi anche numericamente consistenti, vengano posti in essere comportamenti abusivi [75], appare discutibile aver costruito un intero sistema sul timore di atteggiamenti dilatori.
Il legislatore[76] sembra, da una parte, aver compiuto le scelte descritte, tranquillizzato dalle modificate disposizioni in materia di notificazioni [77] e dai "nuovi" presupposti per procedere *in absentia*; dall'altra, essere stato guidato dall'*horror regressionis* e dalle intenzioni efficientiste. Così non pare aver dato il giusto peso al fatto che – salvo svolte coraggiose, come quella di consentire la

[71] Una sorta di «*déjà vu*» per A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., 10.
[72] Sulla criticità della «riproposizione del problematico presupposto racchiuso nell'onere della prova», v. M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente*, cit., 37.
[73] Parla di «applicazione residuale», E. Guido, *La* rescissione, cit., 25. Auspicava l'eliminazione dell'onere probatorio in seno alla rescissione del giudicato, leggendo il testo della l. n. 134/2021, A Mangiaracina, *Giudizio in assenza: maggiori garanzie*, in *PPG* 2022, 132.
[74] Guardando alla riforma del 2014, P. Tonini, C. Conti, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, in *DPP* 2014, 518, ritenevano che «in modo subdolo» si fosse «creato quanto meno una sorta di onere dell'imputato di informarsi attraverso il difensore della celebrazione dell'udienza», criticando la scelta di «non aver accolto il principio lineare di un sistema accusatorio, sia pure temperato, che imponga all'imputato il dovere di presentarsi in udienza o, in alternativa, di giustificare la propria assenza».
[75] Lo notava già M. Chiavario, *Una riforma inevitabile: ma basterà?*, in *LP* 2005, 257, che proponeva «[…]non già di invertire la marcia "garantistica", ma anche in questo settore della normativa, di bilanciare le maggiori necessarie garanzie con qualche contrappeso». Estremamente critico sui doveri collaborativi, F.R. Dinacci, *Le prospettive di riforma*, cit., 12.
[76] Per comprendere meglio la *ratio* di alcuni aspetti delle disposizioni in esame sarebbe opportuno chiedersi quale fisionomia abbia realmente il "legislatore", nel passaggio fra gli articolati proposti dai gruppi di lavoro nominati dal Ministero e la pubblicazione del testo del d.lgs. n. 150/2022 in Gazzetta Ufficiale.
[77] Per una diversa valutazione, si veda F.R. Dinacci, *Le prospettive di riforma*, cit., 17.

celebrazione del processo in assenza solo quando la *vocatio in iudicium* sia notificata a mani proprie dell'imputato – le disposizioni riscritte non elidono completamente gli spazi di valutazione da parte dell'autorità giudiziaria, la possibilità di errori e l'eventualità di un processo celebrato nei confronti di un imputato ignaro. A fronte di questi, l'unico elemento che riporta il sistema in asse e lo rende conforme al "diritto europeo" è rappresentato dai rimedi e, in particolare, da quelli *post iudicatum* che dovrebbero consentire una nuova valutazione nel merito.

Dinnanzi a previsioni normative che permettono l'accesso ad un «*fresh determination of the merits of the charge, in respect of both law and fact*»[78], come richiesto dalla Corte europea, solo assolvendo oneri dimostrativi e mai quale «*unconditional right*» [79] che porti ad un nuovo processo «*automatically*» o «*with sufficient certainty*»[80], i dubbi circa l'effettività del rimedio[81] e l'alea del contrasto con la giurisprudenza di Strasburgo permangono[82].

La valutazione è analoga nel confronto con il dettato dell'art. 9 della direttiva 2016/343/UE del 9 marzo 2016. Anche il «diritto ad un nuovo processo o a un altro mezzo di ricorso giurisdizionale», imposto da quella disposizione, è incondizionato[83]. Il rimedio può essere negato, come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, solo nel caso in cui l'imputato si sia «volontariamente sottratto alla giustizia»[84].

Vanno, dunque, reiterate le osservazioni sopra svolte circa le opzioni alternative possibili e rinnovate le critiche mosse ad un legislatore che, talvolta, tende ad appiattirsi sugli approdi giurisprudenziali pregressi, limitandosi a recepirli acriticamente, talaltra, non li fa propri a pieno, e, come già accaduto nella materia in esame, demanda scelte ulteriori ai futuri interventi pretori [85], per loro stessa natura "variabili"[86].

---

[78] C. eur., 10.11.2oo4, Sejdovic c. italia, § 82; C. eur, 12.6.1985, Colozza c. Italia; C. eur., 16.10.2001, Ehinorne c. Francia, § 33; C. eur., 13.5.2001, Krombach c. Francia, § 85; Corte eur., 10.11.2004, Somogyi c. Italia, § 66

[79] C. eur., 10.11.2oo4, Sejdovic c. italia, § 38.

[80] C. eur., 10.11.2oo4, Sejdovic c. italia, §§ 37 e 40; C. eur. GC, Sejodovic c. Italia, cit., §§ 101 e 104. Il rimedio successivo, secondo la Corte di Strasburgo, deve essere accessibile, efficace, slegato da un onere della prova eccessivamente gravoso e non deve comportare smodati sacrifici per l'interessato. Deve consentire la menzionata *restitutio*, dopo che l'imputato è stato sentito dalla corte competente, evitando, così un «*denial of justice*», qualora il processo in assenza sia stato celebrato nei confronti di un imputato «*where it has not been established that he has waived his right to appear and to defend himself […] or that he intended to escape trial*» (C. eur. GC, 1.3.2006, Sejdovic c. italia, 82; C. eur., 10.11.2oo4, Sejdovic c. italia , § 66; C. eur, 18.5.2004, Somogiy c. Italia; C. eur, 16.10.2001; « unequivocally», come specifica la Corte in C. eur., 12.10.2001, Einhorn c. Francia)

[81] C. eur., 10.11.2oo4, Sejdovic c. italia, § 31.

[82] M. Gialuz, sub *art. 629*-bis *Cpp*, cit., 2146. *Contra*, in riferimento alla rescissione del giudicato, E. Guido, *La rescissione*, cit., 24, scrive: «Tagliando alla radice critiche di non conformità alla normativa europea, la legge non addossa al condannato – il solo legittimato a presentare l'impugnativa – l'onere di provare la sconoscenza del processo. Dovrà assolvere un impegno argomentativo e di allegazione, questo sì, ai fini della presentazione di una richiesta ammissibile». Secondo M. Gialuz, *Ibidem*, nelle ipotesi del latitante e di chi si sia volontariamente sottratto alla conoscenza del processo, poteva essere predisposto un binario dedicato, per quanto attiene ai rimedi.

[83] F. Alonzi, *La Direttiva UE sul diritto dell'imputato di partecipare al giudizio e la disciplina italiana sul processo* in absentia, in *www.lalegislazionepenale.eu* 21.9.2016, 29. Cass. S.U. 28.11.2019 n. 23948, cit., § 6.9, parla di un riconoscimento «incondizionato» del diritto previsto dall'art. 9 della Direttiva.

[84] C.G.UE, 19.5.2022, C-569/20, in *www.sistemapenale.it* 15.6.2022 con nota di E. Grisonich, *La Corte di giustizia sui presupposti del processo* in absentia *e sulla portata dei rimedi restitutori nella direttiva 2016/343/UE*. A commento della sentenza si veda anche S. Quattrocolo, *Assenza, latitanza, rimedi restitutori: una posizione non scontata della Corte di Giustizia*, in *CP* 2022, 3253 ss.

[85] Per quest'ultimo atteggiamento, ancora, S. Quattrocolo, *Assenza e irreperibilità*, cit., 56.

[86] F. Peroni, *Sul controverso confine tra incidente d'esecuzione e rescissione del giudicato*, in *www.archiviopenale.it* 2/2021, 12, a proposito del rapporto fra rescissione del giudicato e incidente di esecuzione, con riguardo alla decisione delle Sezioni Unite (Cass. S.U. 26.11.2020 n. 8016, in *www.sistemapenale.it* 18.5.2021 con nota di S. Quattrocolo, Actio finum regundorum *tra incidente di esecuzione e rescissione del giudicato*), osservava come «[…] senza nulla togliere all'opera di razionalizzazione della Suprema Corte, è un fatto che l'elaborazione giurisprudenziale è fatalmente esposta a tassi di variabilità poco consoni alla certezza che, per parte sua, esige una materia così densa di implicazioni valoriali».

MALATTIE INFETTIVE, SALUTE E SVILUPPO: IMPLICAZIONI ECONOMICHE E RISPOSTE GIURIDICHE. UNO SGUARDO D'INSIEME AI PROFILI DI RILIEVO PENALE

(Atti di convegno, 14 dicembre 2022)

di Domenico Notaro
(*Professore associato di diritto penale, Università di Pisa*)

Nel presentare gli esiti di un progetto di ricerca, lo scritto affronta certi profili di responsabilità penale sollecitati dall'insorgere di processi infettivi. Particolare attenzione è dedicata ai temi sollevati dalla trascorsa esperienza pandemica. Il saggio valuta, anzitutto, le criticità delle soluzioni penali specificamente adottate in via di emergenza per fronteggiare i rischi di diffusione del nuovo virus. D'altra parte, esso mette in evidenza come tendano a espandersi gli obblighi di prevenzione dei rischi da contagio, ma sorgano poi difficoltà ad imputare i reati di evento, a causa della mancanza di adeguati parametri per accertare il nesso causale e per affermare la responsabilità colposa.
By presenting the results of a research project, the paper deals with some profiles of criminal liability prompted by the onset of infectious processes. The essay shows special attention to the issues raised by the past pandemic experience. On one hand, it assesses the criticalities of the penal regulatory solutions especially adopted as an emergency to deal with the risks of spreading the new virus. On the other hand, it underlines how the obligations to prevent contagion risks tend to expand, but difficulties arise in attributing crimes dependent on events, due to the lack of adequate parameters for ascertaining the causal link and for the affirmation of the negligence.

SOMMARIO: 1. Il contesto emergenziale scatenato dalla diffusione della pandemia da Covid-19. – 2. I riflessi sulle prospettive di impiego degli strumenti penali. Le latenti frizioni con alcuni principi costituzionali concernenti la formulazione degli illeciti. – 3. I riflessi sulle categorie applicative dei delitti di evento: l'individuazione dei garanti dell'incolumità altrui. – 4. La possibilità di stabilire il collegamento causale fra condotta ed evento. – 5. La contestazione delle responsabilità colpose.

1. Nell'introdurre il presente convegno – conclusivo della ricerca finanziata dall'Ateneo pisano sul tema al quale è intitolato l'odierno incontro, e coordinata dall'amico e collega Luca Gori, economista del nostro Dipartimento – non posso esimermi dal rievocare brevemente la curiosa circostanza nella quale è stato concepito l'argomento della nostra ricerca. Si era nel tardo autunno del 2019, ben lontani dell'idea anche solo vaga di un coinvolgimento dell'Occidente – e dell'Italia in particolare – in una vicenda pandemica di portata planetaria, dai contorni più romanzeschi che verosimili, quale quella che ci ha investiti a partire dal febbraio del 2020.
Al di là della sgradevole sensazione, che per un po' ci ha accompagnati, di essere stati "menagrami" (presto lenita però – ce lo si riconosca – della consapevolezza della netta "sproporzione di scala" fra le nostre modeste forze e la portata dell'evento verificatosi), la sopradetta considerazione vale a spiegare l'orientamento originariamente impresso alla ricerca e gli sviluppi successivi cui la stessa si è inevitabilmente orientata.
Originariamente ci si riprometteva, infatti, di studiare l'impatto che processi infettivi di portata potenzialmente *epidemica*, propri dei territori sottosviluppati, arrecano come freno all'organizzazione sociale, economica e giuridica dei rispettivi Paesi; e se ne sarebbero dovuti valutare gli effetti al

confronto con il più efficiente funzionamento degli ordinamenti giuridici ed economici degli Stati occidentali ove quei fenomeni non si registrano. Donde, l'importanza della necessità di concepire a livello economico e giuridico soluzioni in grado di favorire la gestione dello stato epidemico, anche in vista del suo possibile superamento nei territori maggiormente esposti. L'avvento del Covid-19 (negli stessi giorni in cui è stata varata la domanda di partecipazione al bando per il finanziamento del progetto di ricerca) ha evidentemente stravolto lo scenario.

Lo ha stravolto, perché – mentre nella prospettiva originaria si sarebbe dovuto tenere conto di processi infettivi che erano per definizione circoscritti, perché connotati da condizioni di sottosviluppo di certe aree geopolitiche, atte a "marchiarne" origine ed eziologia, e di fenomeni le cui dinamiche risultano in qualche modo sperimentate nella loro pericolosità –, con la diffusione del coronavirus da Covid-19 in Europa a partire (probabilmente) proprio dall'Italia, il quadro è stato travolto da un'onda di emergenzialità che ha riguardato moltissimi aspetti, fra i quali, anzitutto quello dell'incapacità globale delle massime Istituzioni politico-sanitarie – nazionali ed internazionali – di gestire un fenomeno relativamente sconosciuto per capacità di propagazione e per l'elezione delle misure di contenimento opponibili.

Per il vero, allargando per un momento lo sguardo a una prospettiva storica di più lungo periodo, l'avvento del Covid-19 non ha scatenato una dinamica infettiva del tutto nuova per lo scenario europeo. Senza riandare con la mente alle pestilenze di manzioniana o di boccaccesca memoria (si dirà: erano altri tempi…), si deve almeno ricordare l'esperienza dell'epidemia di "spagnola", che pure ebbe ad investire l'Europa con tanta irruenza e letalità sul finire della Prima guerra mondiale. Per altro verso, forme di infezione striscianti nella società con modalità di propagazione (tendenzialmente) da individuo a individuo (come l'HIV e i virus dell'epatite) erano e sono attualmente presenti in percentuali più stabili nei Paesi occidentali, senza, però, che le stesse destino condizioni di vera emergenzialità, dal momento che non coinvolgono la totalità della popolazione e legano piuttosto il rischio di contagio ad abitudini di comportamento e a possibilità di relazione interindividuale per vari aspetti delimitate. Queste ultime appaiono perciò meglio gestibili – almeno sotto il profilo regolatorio – dalle Istituzioni deputate.

Da parte sua, l'avvento del Covid-19 ha messo in crisi il convincimento inveterato (forse nella pretesa di assolutizzazione a-storica che pervade le prospettive della nostra epoca) in base al quale escludere di poter essere oggi sottoposti a prove sociali di tale impegno; prove legate, nell'immaginario collettivo, alla condizione di una certa arretratezza delle conoscenze mediche in ordine all'origine e al trattamento dei processi infettivi. Si pensava, insomma, di essere preparati a trattare con relativa ordinarietà eventuali focolai di infezione incipienti. Di più, si confidava nel fatto che gli apparati istituzionali avrebbero potuto gestire oggi più di ieri una situazione non diversa da quelle (come la minaccia della c.d. "aviaria") che si erano affacciate dall'Estremo Oriente nei decenni precedenti, ma sempre trattenendosi sulla "soglia" del "fortino" occidentale.

Invece, la rapida diffusione pandemica del virus ha costretto nello spazio di poche settimane a rivedere certezze quotidiane di noi tutti e – soprattutto – ha costretto a ridefinire garanzie e scale di valori fondamentali delle nostre comunità. Non posso naturalmente allargare il discorso in questa sede. Alcuni dei relatori oggi presenti, semmai, portando gli argomenti di discipline giuridiche ed economiche di respiro internazionale, potranno meglio di me guardare al fenomeno in una prospettiva "globale" non limitata alla visione del nostro Paese.

Certo che, anche soltanto dal punto di vista del penalista (e pur al netto del fatto che, secondo molti studiosi, gli strumenti penali rivestirebbero una ridotta importanza, rispetto ad altri rimedi giuridici e sociali, per la più efficace gestione del fenomeno), la stagione del Covid ha generato scenari di crisi (di alcuni) dei presupposti normativi che contraddistinguono (o dovrebbero contraddistinguere) la disciplina delle norme incriminatrici. Una crisi che si riassume nella messa in discussione dei presidi di garanzia che circondano il sistema penale e nella frustrazione degli istituti che sovraintendono all'applicazione delle sue disposizioni giuridiche.

2. Per quanto concerne il coinvolgimento delle garanzie, sono stati posti in discussione quei principi (di legalità e di offensività) che presidiano formazione e formulazione delle disposizioni penali incriminatrici. Lo si è riconosciuto, in particolare, per le previsioni di reati che – nella forma degli illeciti di mera condotta – si prefiggono di orientare i comportamenti dei consociati verso l'obiettivo di prevenire situazioni di più grave portata per gli interessi individuali e collettivi. A pressione è stato sottoposto, in primo luogo, il principio di legalità nelle duplici componenti della riserva di legge e della necessaria determinatezza-tassatività del precetto di reato; solo indirettamente è stato sollecitato il principio di irretroattività.
Del principio di riserva di legge si è evidenziata la crisi, allorché la necessità di fronteggiare con prontezza ed efficacia la situazione di emergenza ha portato a formulare (prime) prescrizioni di comportamento tramite atti sublegislativi di provenienza governativa, cui sono stati posti a presidio illeciti penali: fattispecie di reato apparentemente bagatellari (almeno se si guarda al dato della loro oblazionabilità), ma in realtà caratterizzate dal fatto di rafforzare precetti in grado di condizionare fortemente le condotte quotidiane di tutti noi e in tal senso suscettibili di intaccare valori avvertiti come socialmente non comprimibili (come le libertà di circolazione, il diritto al lavoro, la libertà di impresa e, financo, la libertà personale). Del resto, si trattava di orientare pervasivamente i comportamenti di ciascun cittadino per sollecitare la comune adozione di abitudini virtuose nei più disparati frangenti, essendo avvertito ogni componente della società come un potenziale vettore del virus pericoloso per la comunità: questo era lo scopo delle misure. Anche il principio di determinatezza-tassatività ne ha risentito, poiché, per le stesse ragioni di spiccata vocazione sociale ora indicate, le prescrizioni denotavano un contenuto aperto e flessibile, funzionale sì a consentire la migliore contestualizzazione delle regole alla situazione di fatto, ma tale altresì da rimetterne l'interpretazione dei contenuti e dei lineamenti (oltre che agli stessi destinatari, anche) alle autorità preposte al controllo.
È utile osservare come questi profili di crisi non connotino fenomeni infettivi che non assumono connotazione epidemica, e a cui pure il progetto di ricerca ha inteso rivolgere attenzione, come quelli da contagio da HIV o da virus dell'epatite B o C: fenomeni che presentano un dato di progressione molto meno spiccato, perché presuppongono occasioni di contatto più selettive e governabili, e non pongono quindi quelle condizioni di spiccata emergenzialità, per l'urgenza a provvedere, che spiega il ricorso a meccanismi istituzionali di normazione (penale) formalmente e sostanzialmente eccentrici.
Il vulnus alla legalità è stato almeno in parte lenito poche settimane dopo i primi interventi normativi: per un verso, attraverso un più accorto utilizzo della decretazione di urgenza (ved. l'art. 4 d.l. n. 25.3.2020 n. 19, conv. con modif. in l. 22.5.2020 n. 35, succeduto a numerosi altri decreti-legge emanati fra il febbraio e il marzo del 2020), allorché si è ridotta l'esposizione del precetto penale alla sua eterointegrazione da parte di atti amministrativi emanati dalle competenti autorità statali o regionali; e poi, soprattutto, grazie a un'opera di depenalizzazione degli illeciti, la quale ha corrispondentemente lenito l'impatto dell'emergenza sulla tenuta del principio nella sua declinazione penalistica. Ma, mentre per alcuni autori, l'assetto ha trovato a quel punto un certo equilibrio (reso più solido anche dalla migliore prontezza ed efficacia dell'illecito amministrativo a rispondere a violazioni minute come quelle presupposte dai relativi precetti), da altri si è comunque sottolineato l'impatto afflittivo ugualmente arrecato dagli illeciti amministrativi, stante il fatto che gli stessi sono stati caricati di un simbolico ruolo deterrente e stigmatizzante sul piano sociale. E così, lungo questa contrapposizione di prospettiva, è andata emergendo, da un lato, la vocazione intrinsecamente "discorsiva" (refrattaria alle soluzioni "drastiche" dei rimedi penali) dei precetti destinati a fronteggiare in prima battuta il fenomeno epidemico: precetti attingenti un impegno spiccatamente "solidaristico" di tutti i consociati chiamati ad osservarle, e come tali sostenibili solo in misura ridotta con prescrizioni rese vincolanti dalla giustapposizione di sanzioni. Dall'altro, si è avvertita la

tendenza di quelle stesse misure (le prescrizioni presidiate da sanzioni) ad attingere beni non indiscriminatamente sopprimibili o limitabili con l'obiettivo di contenere generici rischi per la collettività.
Anche dal punto dell'adeguatezza della risposta giuridica in rapporto ai contenuti offensivi delle misure presidiate (e dunque dei precetti degli illeciti) sono emerse talune criticità. A una iniziale panpenalizzazione delle misure – volta ad attrarre fra i più gravi rimedi persino le condotte e le situazioni presuntivamente ritenute capaci di sollecitare non più che larvatamente il rischio di esporre a pericolo l'incolumità collettiva – ha infatti lasciato il posto la costituzione di un sistema di progressione scalare che, partendo dal più basso livello degli illeciti amministrativi, si è erto sulla previsione dell'unica contravvenzione disposta per la violazione del provvedimento di quarantena individuale, sino a contemplare la possibilità che siano contestati il delitto di epidemia, specialmente colposa (artt. 438 e 452 Cp), o, addirittura i delitti di omicidio o di lesioni personali dei soggetti infettati. Della (non semplice) praticabilità di tali schemi, per rispondere a certi fenomeni infettivi, ha già trattato il prof. De Francesco e sentiremo ancora nelle relazioni che seguono. Alcune considerazioni si rendono nondimeno opportune.
In una prospettiva più generale, se è vero che tale sistema è stato ritenuto da molti confacente ai criteri di *extrema ratio* e di frammentarietà, che sempre dovrebbero ispirare il legislatore penale, nondimeno, la struttura delle fattispecie evocate incrocia ancora, sotto diversi aspetti, il problema dell'asseverazione di mere esigenze precauzionali. Vengono primariamente in considerazione le previsioni di illecito di mera condotta e di inosservanza di precetti amministrativi (oggi in gran parte depenalizzate), che corrispondono senza meno a una logica di incriminazione del pericolo presunto (per alcuni astratto): con esse si sanzionano, invero, le condotte inosservanti di minute regole di comportamento, le quali si profilano in teoria in grado di favorire la proliferazione del virus, non tanto individualmente (nella cui prospettiva il rischio potrebbe anche radicalmente mancare), ma in una dimensione di ipotetica reiterazione seriale. Per quelle, effettivamente, si mette in conto il perseguimento di un intento di precauzione, confacente, del resto, allo stato di carenza di conoscenze eziopatogenetiche correnti sull'andamento del virus nei diversi contesti sociali. Solo al cospetto di una situazione di grave e urgente allarme sociale, che esponga valori e interessi di portata rilevante per gli individui e per la collettività a un rischio in qualche modo sperimentato di compromissione, quando appunto non si disponga delle conoscenze necessarie per distinguere le condotte realmente pericolose, si può spiegare la scelta di intervenire "a tappeto" e in termini astratto-presuntivi sulle abitudini dei cittadini tutti, in un'ottica di reciproca solidarietà. In relazione alle misure adottate in quelle condizioni si porrà senz'altro il problema di valutare – e mettere in discussione – la praticabilità di rimedi penali, ma non direi quello della opportunità di predisporre presidi sanzionatori pur minimamente afflittivi, per rafforzare l'efficacia delle misure nel periodo di incontrollata circolazione del virus. Minori remore pone certamente, da questo punto di vista, la (mantenuta) penalizzazione della contravvenzione per inosservanza del provvedimento di quarantena disposto a carico del soggetto infettato o risultato a contatto con soggetti infettati. Essa, per il fatto di postulare un contesto di rischio accentuato dalla condizione personale del soggetto inosservante, è apparsa soluzione pertinente a un quadro di prevenzione del danno alla salute collettiva, accessibile ai rimedi penali.

3. Elementi di precauzione strisciano in realtà sinuosi anche nei meandri degli istituti che più condizionano i termini di affermazione di una responsabilità penale in relazione al prodursi di fenomeni epidemici.
Veniamo così all'altro ramo del quadro inizialmente proposto, riguardante l'impatto del fenomeno pandemico sull'ordinario funzionamento delle regole di imputazione di fattispecie criminose. Mi riferisco ai criteri ascrittivi della responsabilità penale per delitti di evento (di pericolo o di lesione), cui sono propedeutici istituti fortemente intrisi dalla categoria del rischio: le posizioni di garanzia; il nesso di causalità; la colpa. Anche su quei versanti il fenomeno legato al contagio da Covid-19 (ad

andamento epidemico) presenta peculiarità applicative, rispetto alle dinamiche che riguardano la circolazione dell'HIV e dei virus dell'epatite, già sperimentate nei Paesi Occidentali.
Delle posizioni di garanzia funzionali al contenimento del Covid-19, anzitutto, si tratta di constatare la loro ricorrenza per una miriade di soggetti insospettabilmente chiamati in causa da un fenomeno – quello epidemico-pandemico – che si distingue per *ubiquitarietà* e per *pervasiva diffusione* sociale. Si è giustamente evidenziato che il fenomeno virale in questione non ci mette di fronte a un "nemico" definito, riconoscibile, isolabile e individualmente fronteggiabile. Sviluppando questa osservazione, possiamo aggiungere che il virus non attinge specifiche e selettive fonti di rischio; tutto diviene potenzialmente rischioso quando c'è in gioco la trasmissione del contagio: dalle maniglie delle porte e dai "corrimano" delle scale, alle stoviglie, agli utensili da lavoro, ai libri (pure loro…, ve lo ricordate?) suscettibili di circolare fra le persone. Tiene allora solo fino a un certo punto la tradizionale prospettiva che elegge il titolare della posizione di garanzia, perché in grado più di altri di contenere la condizione di rischio cui si espongono i soggetti vulnerabili. In un certo senso, tutti siamo vulnerabili ma tutti siamo in grado di contenere il rischio. Naturalmente c'è un problema di misura e forse anche di pretendibilità dello sforzo, anche alla luce di bilanciamenti di valore tesi a considerare l'esigenza di salvaguardare minime relazioni sociali fra gli individui. Perciò, certo, non tutti i cittadini potranno essere ugualmente caricati di veri e propri "compiti" di contenimento del rischio, al cui assolvimento saranno invece chiamate talune figure in grado più di altre di dominare le fonti del contagio. Ma l'elenco dei garanti, gravati da siffatti obblighi, e di cui si è parlato in questi mesi, è comunque lungo: si va dalle figure più facilmente coinvolte, come i *medici* (e il personale sanitario in genere), i *datori di lavoro* e i loro collaboratori, sino ai *dirigenti* degli enti di indirizzo e agli esponenti *politici* cui fanno capo attribuzioni funzionali a contenere il Covid e chiamati ad assumere decisioni strategiche per la collettività. Per molti di questi, in realtà, la questione del rischio di incorrere in un'imputazione penale, sta e cade con la difficoltà di stabilire nessi di collegamento individuale fra la loro condotta e gli eventi che tipicamente condizionano la struttura e l'esistenza del reato. Ma le competenze nella "lotta" al virus sono pur sempre evocate per ricondurvi poteri e doveri di intervento preventivo, la cui elusione potrà aprire ora alla contestazione di reati di mera condotta ora a quella di reati di evento (di pericolo o di lesione), eventualmente in forma omissiva, nella misura in cui sia dato riconoscerne gli ulteriori estremi richiesti dalla disposizione incriminatrice.

4. Determinante per l'affermazione del coinvolgimento dei soggetti gravati da divieti ed obblighi si profila, in ogni modo, la questione della possibilità di individuare i collegamenti necessari sul piano materiale (in forza del nesso causale) e soggettivo (secondo l'imputazione colposa) con gli eventi costitutivi del fatto di reato.
Del nesso causale deve essere evidenziata la difficoltà di giungere a un suo riconoscimento in ragione della problematicità – ancora attuale e non limitata alla prima fase pandemica – di ravvisare attendibili leggi scientifiche anche solo di portata statistica. Anche ammettendo di poter intravedere relazioni espressive di una qualche regolarità eziologica evincibile sulla base dell'esperienza misurata, rimane pur sempre il fondamentale problema di avere qui a che fare con un fenomeno intrinsecamente multifattoriale, per il quale appare difficile isolare *singole* dinamiche causali dimostrabili oltre ogni ragionevole dubbio (art. 533 Cpp): troppo numerose e frequenti possono essere le *situazioni produttive di un contatto* dell'individuo con soggetti o con ambienti infetti; complicato appare stimare il *novero* delle *occasioni di esposizione di un individuo* al contatto, prima che siano conclamati i sintomi o gli effetti del contagio, anche perché variabili sono i *periodi di latenza* della malattia; variabili e dipendenti da *molti fattori* (la costituzione fisica, il sesso, l'età, la condizione di salute generale, gli stili di vita seguiti ecc.) sono poi gli esiti di insorgenza e di intensità degli *effetti* (*lesivi* o addirittura *letali* del malato) addebitabili al contagio in sé, sicché problematico risulta stabilire quale evento debba (e possa) essere imputato al soggetto che possa avere favorito il contatto con la fonte di infezione.

Tali e tante difficoltà si oppongono alla possibilità di riconoscere il collegamento causale con l'evento di contagio, prima, e con l'esito lesivo o letale, poi, da avere indotto molti studiosi a domandarsi se non possa recuperarsi al proposito l'elaborazione avanzata alcuni anni or sono per definire il nesso fra la diffusione di polveri di amianto e la contrazione di certe malattie da parte delle persone esposte. Si allude naturalmente all'apporto delle rilevazioni epidemiologiche, il cui contributo vantaggioso si farebbe sentire per la possibilità teorica di rilevare processi eziopatologici misurati su ampie coorti di individui e attestati da scostamenti percentuali massivi (emergenti dal confronto e dallo scarto fra le rilevazioni dei soggetti "esposti" e quelle pertinenti ai soggetti "non esposti"). E però, trattandosi per la norma penale della necessità di riscontrare fenomeni di responsabilità *individuale* per fatti episodici *definiti* nella loro incidenza lesiva e nella loro maturazione eziologica, neanche la scienza epidemiologica appare davvero in grado facilitare l'imputazione dei delitti di evento (almeno quando si tratti di eventi lesivi). Per le infezioni da Covid, oltretutto, alla tradizionale difficoltà di applicare le rilevazioni epidemiologiche all'accertamento di fatti individuali, si aggiunge l'ulteriore problema rappresentato dall'indisponibilità di dati scientifici acquisiti concernenti il tasso di incidenza della malattia sulla coorte dei soggetti "non esposti" (cioè di coloro che si ammalano a prescindere dalle condotte considerate). Tali dati ovviamente mancano, giacché la novità e la repentinità dell'insorgenza del fenomeno infettivo sullo scenario sociale hanno reso impossibile precostituire rilevazioni pertinenti alla circolazione "ordinaria" del virus.
In definitiva, alla luce delle considerazioni effettuate, si ammette che l'accertamento del nesso casuale rispetto ad eventi singoli si possa ragionevolmente dare (secondo le regole ordinarie), semmai, per dinamiche virali riferibili ai casi nei quali il contagio si sviluppi in ambienti chiusi, isolati o relativamente circoscritti, come quelli delle stesse strutture sanitarie. Per queste appare meno proibitivo, in linea di massima, ricostruire i passaggi che possano dare luogo al contagio, essendo più agevole escludere eventuali decorsi alternativi esplicativi dell'evento. L'accertamento del nesso causale presuppone, nondimeno, pur sempre, anche in quei casi, che si possano rilevare forme di contatto qualificabili come contagiose sulla base di riscontri scientifici sufficientemente accreditati.

5. Difficoltà epistemologiche niente affatto trascurabili si fanno sentire anche quando si tratti di accertare le responsabilità colpose di coloro che hanno la capacità di influire sull'andamento del contagio. Anche qui, sempre con riferimento all'imputabilità di un delitto di evento, incide la scarsa disponibilità di dati scientifici ed esperienziali in ordine alla prevedibilità dell'esito lesivo addebitabile al contagio da Covid in contesti più o meno rischiosi. Diventa quindi difficile individuare vere proprie cautele da osservare, rispetto alle misure che assumono un nitore genericamente *precauzionale* o addirittura (come è stato rilevato) meramente *disciplinare*: queste ultime volte a regolare comportamenti appena prodromici all'insorgere di condizioni favorevoli per la maturazione del rischio o semplicemente riguardanti pratiche la cui rischiosità si erge su conoscenze vaghe e non scientificamente dimostrate. Viceversa, le cautele presupporrebbero riscontri almeno esperienziali che dimostrino la predisposizione di certe condotte "incaute" a innalzare intollerabilmente il rischio del contagio e per cui sono individuabili le accortezze che quel rischio valgano a contenere adeguatamente. Ancora una volta, l'avvento rapido di un fenomeno infettivo tanto diffuso sul piano sociale, quanto sconosciuto fino a poco tempo prima, tende a paralizzare l'intervento dello strumento penale. Solo residuale potrà essere l'apporto di cautele comuni funzionali a prevenire fenomeni infettivi consimili, ma dotate di capacità preventiva approssimativa rispetto al fenomeno ignoto; parzialmente vantaggiosa, perché pertinente a un ambito settoriale, si prospetta, d'altronde, l'evocazione di cautele erigibili in contesti semplificati, come quelli "chiusi", riferibili a dinamiche di rischio riguardanti relazioni interindividuali.
Ulteriori aspetti del rimprovero colposo soffrono la difficoltà di attagliarsi al fenomeno epidemico di nuova emersione: a cominciare da quello concernente l'evitabilità dell'evento in caso di osservanza della cautela trascurata (c.d. nesso causale colposo). Anche per quel profilo si avverte la mancanza di

riscontri scientifici (pur di taglio probabilistico) in ordine all'efficacia che (potrebbe avere e) avrebbe avuto l'osservanza della cautela nel caso specifico in termini di evitabilità dell'evento. Di poco aiuto risulta la prospettiva di potersi avvalere nella maggioranza dei casi di regole cautelari "improprie", tese a semplificare la misurazione del collegamento fra rischio ed evento sulla base della loro propensione a ridurre soltanto (pur senza abbatterlo) il tasso di rischiosità della condotta.
E per le denunciate ragioni di incertezza epistemologica in ordine alle modalità di gestione del virus, anche la possibilità di definire l'agente modello in ragione delle sue capacità di intervento sulle dinamiche di contagio, infine, risente delle difficoltà di poter stabilire preventivamente e in astratto quali capacità operative possano essere pretese dal soggetto, al momento della realizzazione della condotta. Stante l'esposizione del giudizio sulla colpa a simili difficoltà, bisogna fare bene attenzione ad evitare di dar peso determinante a ciò che possa emergere solo successivamente in ragione dell'evoluzione delle esperienze e delle conoscenze: incombe qui particolarmente il rischio di cedere alle insidiose e fuorvianti semplificazioni del giudizio condotto secondo la prospettiva del "senno di poi".
Quello dell'esigibilità della condotta cauta, da parte dell'operatore, è forse il profilo di responsabilità penale maggiormente sollecitato nelle riflessioni avviate dopo l'avvento della stagione epidemica. Tanti aspetti hanno concorso a definire il quadro di emergenzialità in cui si sono trovati ad operare i garanti. In particolare il personale sanitario impegnato a salvare nell'immediatezza le vite dei pazienti che, numerosi, affluivano nei reparti e riempivano le terapie intensive, si è trovato a gestire situazioni nelle quali la pretesa di esigibilità della condotta è stata condizionata dalla mancanza di risorse materiali (macchinari e medicinali) adeguate a intervenire, come pure dalla carenza di medici specializzati a trattare (certi) fenomeni infettivi e per cui si è dovuto reclutare personale sanitario specializzando o con formazione medica generica. In quel contesto ha poi naturalmente pesato la mancanza di adeguate conoscenze scientifiche e di esperienze applicative cui fare appello per calibrare gli interventi terapeutici. A tutto ciò si sono aggiunte la concitazione e lo stress dell'urgenza a provvedere per soccorrere pazienti ricoverati in condizioni disperate, la stanchezza di turni spossanti e ancora tante altre circostanze che hanno reso assai "relativa" la valutazione della capacità del medico di assolvere al compito richiesto. Anche laddove sia andata emergendo la mancata conformazione di prestazioni mediche alle indicazioni di regole di prevenzione generica residualmente spendibili per far fronte alle patologie scatenate dal contagio, i fattori di condizionamento ricordati hanno indotto la società civile, prima ancora che la magistratura, a domandare (più flessibili) margini di scusabilità della condotta dei medici maggiormente esposti.
Il tema dei limiti alla contestazione della responsabilità penale del personale sanitario impegnato a soccorrere le persone contagiate è stato perciò oggetto discussioni politiche e di svariate proposte normative favorevoli a congegnare soluzioni eccentriche rispetto alla disciplina ordinaria (oggi facente capo all'esimente dell'art. 590-*sexies* Cp). È all'esito di esse che si è giunti – com'è noto – al consolidamento di una disposizione esimente (l'art. 3-*bis* d.l. 1.4.2021 n. 44, conv. con modif. in l. 28.5.2021 n. 76) mediante cui si è inteso tenere conto di molte delle "difficoltà" di intervento del personale sanitario. Ben minore è stata, per vero, l'esigenza di contemperamento per quei "garanti" che hanno invece potuto contare su di un quadro di azione più definito e stabile: lo stesso personale sanitario impegnato nell'effettuazione delle vaccinazioni, le cui condotte sono state regolate dalle indicazioni protocollari in ordine alle condizioni di somministrabilità della dose; ma anche i datori di lavoro, le cui competenze nella gestione del rischio da contagio sono state legate all'obbligo di attuare i protocolli prevenzionistici (o precauzionali) definiti da accordi generali e standardizzati nell'adozione di misure di sanificazione e distanziamento più rigide.
All'opportunità di una disciplina esimente maggiormente calibrata per i soggetti effettivamente più esposti – e nei fatti rimessa all'alternativa fra l'introduzione di rigide indicazioni legislative delimitative della responsabilità o l'adozione di più flessibili clausole di esonero consegnate alle capacità di valutazione della giurisprudenza – ha già fatto cenno il prof. De Francesco e al riguardo

vi sarà modo di sentire ulteriori considerazioni in alcune delle relazioni che seguiranno. Di tale questione si può, nondimeno, dire che l'esperienza di reazione del sistema sanitario all'avvento del Covid-19 ha probabilmente posto le basi per una rivalutazione (o per una più attenta valutazione) di quei profili soggettivi della colpa notoriamente discendenti dal canone di esigibilità, ma troppe volte misconosciuti dalla giurisprudenza nella pratica applicazione dell'istituto; profili che, evidentemente, di fronte a un quadro emergenziale che non ha lasciato praticabili alternative di comportamento ai soggetti coinvolti, hanno trovato l'ambiente giusto per una ribalta (questa pure) imprevista.
Si tratta insomma di un aspetto della disciplina della colpa che da un contesto di emergenzialità sembra avere tratto lo spunto per una sua "normalizzazione" atta a rendere il giudizio di responsabilità penale più effettivo e vicino alle ragioni del caso concreto e, dunque, più confacente al principio di personalità sancito dall'art. 27 co. 1 Cost. Forse un lascito inatteso di una stagione applicativa per il resto funestata da incertezze, contraddizioni e da una certa sfiducia nelle capacità della disciplina penale ordinaria di trattare le offese meritevoli di una più ferma risposta punitiva.

UNO SGUARDO FUGACE SULLA C.D. AUTONORMAZIONE

di Giovannangelo De Francesco

Lo scritto s'interroga sul significato della categoria, particolarmente attuale anche in ambito penalistico, della c.d. 'autonormazione'. A tale proposito, viene anzitutto formulata la tesi secondo cui il fenomeno in esame verrebbe ad interessare lo stesso individuo nell'ottica del suo porsi nelle condizioni richieste ai fini dell'osservanza delle regole cautelari. Una soluzione in parte affine dovrebbe poi ravvisarsi anche in relazione ai presupposti affinché altri soggetti vengano ad uniformarsi a tali regole. Infine, l'atteggiarsi del fenomeno in guisa di produzione diretta di veri e propri precetti dotati di autonoma rilevanza si avrebbe nel campo dei modelli di organizzazione predisposti dagli enti collettivi; da tale premessa si fanno discendere una serie di corollari in merito alle scelte sanzionatorie, al problema del rapporto con i singoli fatti lesivi, alla tematica, più in generale, della 'cultura della legalità' nel quadro delle diverse manifestazioni di carattere autonormativo.
The paper addresses the meaning of the category, which is also particularly topical in the field of criminal law, of the so-called 'self-regulation'. In this respect, the paper first concerns the thesis according to which such a phenomenon would affect the individual and his position among the conditions required to observe precautionary rules. A partly similar solution should then also be discerned as regard prerequisites for other individuals to come to comply with such rules. Finally, the attitude of the phenomenon in the guise of direct production of real precepts featured with self-regulation relevance would be in the field of compliance programs adopted by collective entities; from such premises, a certain number of consequences derive, regarding sanctioning choices, the problem of the relationship within individual damaging facts, as well as the issue that concerns, all in all, the 'culture of legality' in the framework of the various self-regulated manifestations.

SOMMARIO: 1. Premesse. Autonormazione e colpa rispetto al singolo. – 2. Autonormazione e regole tecniche: il dovere di porsi nella condizione di osservare la regola. – 3. Conferme della soluzione adottata sul terreno della colpa specifica. Ulteriori avvertenze e precisazioni. – 4. L'autonormazione in rapporto alle condotte di terzi; in particolare, il compito di valutazione dei rischi e i relativi corollari. – 5. Autonormazione ed enti collettivi: un fenomeno distinto (anche a livello di politiche sanzionatorie?). – 6. L'inafferabilità del legame causale tra regole organizzative e fatti di reato. I controlli sull'ente e la valutazione *in itinere* dell'adeguamento dei modelli autonormati. - 7. La cultura della legalità e i differenti percorsi autonormativi.

1. Molto si discute, a livello scientifico e nell'ottica delle scelte sul piano politico-criminale, in merito alla categoria della c.d. autonormazione, e al suo contrapporsi ai più conosciuti fenomeni di eteronormazione, con riguardo a comportamenti suscettibili di assumere rilevanza penale[1]. Dalle

[1] Cfr., *ex multis*, D. Bianchi, *Autonormazione e diritto penale*. *Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino 2021; E. Greco, *L'illecito dell'ente dipendente da reato. Analisi strutturale del tipo*, in *RIDPP* 2019, 2095 ss.; D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 57 ss., 98 ss., 315 ss., 428 ss.; C.E. Paliero, voce *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, dir. da M. Donini, Milano 2021, 70 ss.; C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del 'modello organizzativo'* ex *d. lgsf. 231/2001*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli 2011, 2049 ss.; Id., Ius sibi imponere: *controllo penale mediante autonormazione?*, in *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G.A. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Risicato, Napoli 2016, 117 ss.; S.B. Taverriti, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, in *RIDPP* 2020, 1931 ss.: tutti, con ampi riferimenti bibliografici.

presenti riflessioni esula tuttavia, è bene anticiparlo, l'obiettivo di svolgere un'analisi dettagliata delle molteplici ricostruzioni e proposte di riforma, che si sono via via fatte interpreti degli sviluppi sul piano economico-sociale e politico-istituzionale all'origine del paradigma autonormativo (anche) nel nostro settore disciplinare. Piuttosto, e pur non mancando di segnalare qua e là i riflessi più generali di determinate scelte ermeneutiche, intendiamo concentrare l'attenzione sull' obiettivo di offrire alcuni chiarimenti di principio circa il significato che tale modello viene ad assumere a contatto con i coefficienti d'imputazione del reato, non solo rispetto a fenomeni di tipo 'collettivo', ma anche riguardo alla posizione dei soggetti operanti *uti singuli*.

Il riferimento alla posizione del singolo potrebbe a prima vista destare sorpresa. Invero, la tendenza prevalente è nel senso di valutare la c.d. autonormazione come il frutto dell'allestimento, da parte di soggetti diversi dallo Stato (come, ad es., le c.d. organizzazioni complesse, anche se non, necessariamente, di tipo societario) di una disciplina destinata ad orientare le condotte di quanti – pur operando in connessione con l'attività esplicata da tali soggetti – si pongono, individualmente, quali distinti 'destinatari' della regolamentazione forgiata per il perseguimento degli obiettivi di comune interesse.

E tuttavia, come risulterà confermato dal prosieguo dell'indagine, le ipotesi di autonormazione – per meglio dire, i casi 'prototipici' in cui tale figura è suscettibile di atteggiarsi – sembrano già emergere dall'esame di determinati comportamenti che lo stesso soggetto interessato venga chiamato ad espletare in vista del rispetto delle regole in cui s'incarnano le esigenze di tutela collegate all' attività esercitata[2]. In questo senso, la fisionomia di un fenomeno di autonormazione si può cogliere, in altri termini, nel soddisfacimento, da parte del soggetto chiamato ad osservare le predette regole (per quanto, in sé e per sé, eteronormate), dell'onere di porsi nelle condizioni di poterle rispettare, 'imponendo' a se stesso determinati comportamenti funzionali allo scopo. Questo, insomma, a grandi linee, lo schema essenziale di riferimento (schema che, *mutatis mutandis*, vedremo riemergere anche rispetto ad alcuni casi riguardanti le condotte di terzi): da un lato, la regola 'finale', per così dire, dall'altra la disciplina 'autonormativa' del percorso strumentale volto a porsi in condizione di osservarla, non appena se ne prospetti la necessità.

Non è difficile intuire come quanto si è detto finora si presenti strettamente collegato alle problematiche della colpa e delle connesse regole di diligenza che ne fondano l'imputazione. A tale proposito, tuttavia, è altrettanto agevole constatare come la distinzione tra i due momenti or ora posti in evidenza risulti più chiaramente scandita, non appena ci si allontani dal campo delle regole cautelari derivanti da consuetudini sociali. Ed invero, in presenza di quest'ultime, sembra congruo affermare come, rispetto al singolo agente, la regola giunga ad operare, senza ulteriori 'mediazioni', in virtù del solo fatto dell'appartenenza del soggetto al contesto sociale che tale regola esprime: ad es., il fatto di astenersi dal lanciare sassi in una piazza affollata, o dal correre all'impazzata su un percorso frequentato, o dall' attizzare un fuoco su una distesa di foglie secche, o dal lasciare utensili pericolosi a disposizione di bambini, etc., rappresentano precetti comportamentali che devono ritenersi (a parte i casi di persone del tutto immature od incapaci) osservabili *già* in virtù della sola circostanza di essere incardinati nella normale vita di relazione.

2.Diversa è invece la situazione riguardante le c.d. regola tecniche, la cui inosservanza, viene generalmente ricondotta al settore della colpa per imperizia. A tale proposito, il fenomeno della c.d. autonormazione – nel senso poc'anzi adombrato - viene in evidenza, come si è detto, sotto la forma di un dovere 'strumentale', e tuttavia distinto, rispetto all' osservanza della regola: quello, cioè, di porsi, questa volta, nelle condizioni necessarie per poter conformare la propria condotta al rispetto di

[2] In argomento, sia permesso rinviare a G.A. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2022, 464 ss.

quest'ultima. Questo lato della questione non è stato sempre adeguatamente valorizzato, con conseguenze assai preoccupanti sotto il profilo delle garanzie, vuoi concernenti gli interessi della comunità, vuoi relative alla posizione del singolo soggetto. Quanto al primo aspetto, si tende invero a guardare alla regola di diligenza come a un fenomeno essenzialmente 'puntiforme', 'frammentato', contingentemente incastonato, di volta in volta, in singoli momenti dell'attività esercitata: trascurandosi in tal modo di valutare l'importanza di quel corredo 'preparatorio' di iniziative e di comportamenti volti ad 'impadronirsi' delle capacità richieste per l'esercizio dell'attività. Quanto al secondo profilo, non sempre ci si si confronta, d'altronde, con la necessità di 'parametrare' le esigenze cautelari con un'attività di autodisciplina – funzionale alla successiva osservanza della regola – commisurata ad un livello di 'esigibilità' compatibile con la fisionomia del modello di soggetto di cui occorre valutare la responsabilità.

Torna utile fare ricorso ad alcuni esempi desumibili dalle più frequenti elaborazioni in tema di colpa. Si pensi anzitutto al caso di colui che intenda eseguire opere di riparazione di tubazioni difettose. Ebbene, premesso che questi non potrà 'improvvisarsi' di punto in bianco come un esperto di idraulica (pena il rischio di incorrere in quella che viene solitamente denominata 'colpa per assunzione'[3]), sarà necessario ch'egli si ponga nelle condizioni richieste per poter esercitare in maniera adeguata una simile attività. E tuttavia, non appare decisivo, a ben guardare, che il percorso da seguire in vista di un simile obiettivo debba assumere un andamento precostituito. Così, il soggetto in questione, invece di osservare un periodo di tirocinio presso un soggetto esperto nel ramo, potrà decidere, ad es., grazie al fatto di aver presenziato ad interventi di manutenzione nella propria abitazione, di impratichirsi per suo conto saggiando ripetutamente le proprie capacità in un casolare dismesso o in una fabbrica abbandonata; né si può escludere che, in una precedente occasione (ad es., un alluvione od altra calamità naturale), egli si fosse già cimentato con la predetta attività, e che dunque gli venga richiesto di 'riesumare' e riutilizzare (se del caso, con gli opportuni aggiornamenti) le cognizioni precedentemente acquisite.

A ben vedere, è proprio in quest'ottica che sembrano, come si accennava, più chiaramente delinearsi i contorni di quell'agente-modello di cui spesso si parla: dovendo riconoscersi, in effetti, che è proprio nella logica di tale modello che dovranno essere concepite le stesse condizioni richieste per poter accedere al tipo di attività che s'intenda esercitare. Un simile assunto appare ulteriormente confermato, non appena lo sguardo venga ad ampliarsi al campo di regole tecnico-professionali di maggiore complessità ed articolazione[4]. Così, nel settore emblematico dell'attività medico-chirurgica, il soggetto interessato dovrà munirsi delle cognizioni e delle capacità richieste per poterla svolgere[5]; a tal fine, pur dando per ammesso che in questo caso non si potrà prescindere dal seguire percorsi di apprendimento opportunamente regolamentati, non può tuttavia negarsi che al soggetto spetti un dovere continuo di aggiornarsi circa i metodi più efficaci nel proprio settore di attività, il quale si traduca, per l'appunto, in una forma di 'autodisciplina' del processo di adeguamento a tali sviluppi, secondo il criterio-guida di un modello di agente commisurato al proprio livello professionale.

---

[3] Cfr., per tutti, G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano 1965, 194 ss.; recentemente v. N. Pisani, voce *Colpa per assunzione*, in *ED – I tematici*, cit., 233 ss.; Id., *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, Napoli 2012, spec. 151 ss.

[4] Regole, d'altronde, rispetto alle quali si avverte, a maggior ragione, nell' ottica qui sviluppata, l'esigenza di un adeguato livello di definizione dei rispettivi contenuti; sul tema, recentemente, S. De Blasis, *l'intellegibilità come misura oggettiva di prevedibilità della norma penale*, Napoli 2023, 85 ss.

[5] V. in proposito M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017, 90 ss. Sulla problematica v. anche, in termini maggiormente restrittivi, D. Micheletti, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli 2021, 87 ss.

Peraltro, è bene rimarcarlo, non sarebbe corretto esigere che un simile processo di adeguamento postuli il raggiungimento di capacità corrispondenti a quelle proprie di un modello di agente posto ai vertici dell' esercizio dell'attività[6]: sarebbe incongruo, ad es., supporre che il chirurgo specializzato in interventi all'apparato digerente, per porsi in linea con i precetti cautelari, debba recarsi, in ipotesi, in uno Stato estero presso un centro dove opera il massimo chirurgo del settore, al fine di acquisire (pena la rinuncia ad esercitare l'attività) abilità e cognizioni operative collocate all'apice delle competenze in materia. Invero, se così fosse, il dovere in questione perderebbe l'aggancio con il livello professionale del soggetto che pure era stato abilitato a praticare quel tipo di interventi: con la conseguenza, in definitiva, come si è altrove sottolineato[7], di contraddire il presupposto elementare secondo il quale l'esistenza di una siffatta autorizzazione dimostra che lo stesso ordinamento ha ritenuto, già in partenza, 'accettabile' e tollerabile il rischio che l'attività venga svolta anche da parte di chi non appartenga al modello di autore espresso dal massimo 'luminare' della chirurgia.

3. Pur con tale precisazione, risulta fondato ritenere, tuttavia, come quello che si è definito come 'dovere di porsi in condizione' di osservare la regola rappresenti senza dubbio un momento essenziale rispetto ai campi di attività, oggi di gran lunga prevalenti, segnati dall'influenza del progresso scientifico e tecnologico, includendo tra di essi quelli – aggiungiamo adesso – rientranti nel giudizio di colpa specifica. E' un profilo, quello in esame, che non sempre viene percepito in tutta la sua importanza sotto il profilo teleologico; anche se esso, a ben guardare, affiora sovente dietro il noto paradigma – per quanto circonfuso da quell'alone di incertezza che da sempre lo avvolge – della già menzionata colpa per assunzione, non a caso ricondotta, da parte di alcuni studiosi, ad un piano di valutazioni suscettibile di interferire con le problematiche qui esaminate[8].
La sostanza del problema – è il caso di ribadirlo - non si coglie in tutti i suoi aspetti rilevanti, limitando l'angolo di osservazione alla sola regola di diligenza in sé e per sé considerata: come si può arguire dalla stessa circostanza che, a differenza del dolo, nei cui confronti (salvo quanto si dirà in un diverso contesto) non si danno, propriamente, meccanismi 'preventivi' rispetto al suo manifestarsi, l' inosservanza di regole collegate a specifiche attività pericolose si presta a venire (se non esclusa, quanto meno) efficacemente contrastata, provvedendo 'per tempo' a dotarsi, seguendo una 'pratica' consentanea allo scopo, della capacità di affrontare con successo i singoli momenti 'topici', per così dire, nei quali tali regole verranno di volta in volta ad imporsi, *hic et nunc*, ai relativi destinatari.
Ed a tale proposito è interessante, altresì, ricordare come l'importanza della questione venisse in certa misura ad emergere grazie ad alcune ricerche, risalenti ad oltre un trentennio, nelle quali si era particolarmente insistito sul ruolo centrale del potere-dovere di riconoscere le caratteristiche e i possibili rischi insiti nell'attività esercitata[9], sia pur giungendo a ricollegare tale situazione soggettiva

[6] In merito all'esigenza di opportune limitazioni cfr., in vario senso, F. Giunta, voce *Medico (responsabilità penale del)*, in *Dizionario sistematico di diritto penale*, a cura di F. Giunta, Milano 2008, 880; M. Masucci, *Colpa per assunzione e* malpractice *medica*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, I, a cura di M. Catenacci, V.N. D'Ascola, R. Rampioni, Roma 2021, 638 ss.; E. Mezzetti, *Colpa per assunzione*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. Vinciguerra, F. Dassano, Napoli 2010, 528; D. Perrone, *La prognosi postuma tra distorsioni cognitive e* software *predittivi. Limiti e possibilità del ricorso alla "giustizia digitale integrata" in sede di accertamento della colpa*, Torino 2021, 15 ss.; D. Piva, *Spunti per una riscoperta della colpa per assunzione*, in www.disCrimen.it , 9.9.2020, 4.
[7] Cfr. G.A. De Francesco, *Diritto penale*, cit., 459.
[8] La definizione dei due profili che andiamo considerando - eteronormazione della regola, da un lato, autonormazione del percorso per potervisi adeguare, dall'altro - sembra rivelarsi, per quanto qui interessa, largamente preferibile rispetto allo stesso paradigma tralatizio della colpa per assunzione: nel quale, in effetti, accanto all' ambiguità sul piano lessicale, si annida il rischio di una dislivello tra il tenore della regola e la portata degli itinerari, al contempo teleologicamente congrui ed esigibili, quali si prospettano nei confronti di coloro che vengano ad intraprendere l'attività considerata.
[9] Cfr. al riguardo l'ampia ricostruzione, accompagnata da precisazioni rilevanti anche ai fini del nostro problema, di G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, 211 ss. 232 ss., 247 ss. e *passim*.

alla regola stessa; mentre, ad un esame più attento, sembrerebbe trattarsi, ancor prima, di collegare il possesso di un adeguato patrimonio cognitivo ad un momento logicamente e cronologicamente distinto rispetto a quello del confronto dinamico con la cautela espressa dalla *rule in action*.
Né, a ben guardare, sarebbe fondato il timore che, così argomentando, si corra il rischio di rivitalizzare categorie concettuali 'politicamente' insidiose, come quella di un'indiscriminata 'precolpevolezza', o, ancor peggio, di una 'colpa per la condotta di vita'[10]. In realtà, è la stessa materia interessata dal fenomeno – ed in particolare, il carattere 'specialistico' dei settori di attività or ora menzionati – a comportare una necessaria 'selezione' dei nessi intercorrenti con le *leges artis* destinate a governarli: non si tratta di postulare un rimprovero per il modo di essere, e neanche di immaginare una sorta di 'regresso' illimitato verso generici *deficit* di sensibilità e di riguardo, colpevolmente non rimossi, verso gli interessi altrui, quanto invece di esigere che il soggetto venga ad impadronirsi delle conoscenze e delle abilità richieste per la professione o il mestiere prescelti, sì da non farsi cogliere impreparato di fronte all' 'attualizzarsi' delle esigenze cautelari inerenti alla specifica attività ch'egli intendeva esercitare.

4.Alla luce di tale quadro ricostruttivo, è possibile comprendere la portata del fenomeno in esame anche con riguardo ad ambiti di competenza collegati alla creazione dei presupposti perché *altri soggetti* procedano, a loro volta, a tenere condotte osservanti delle cautele richieste da determinati settori di attività.
L'argomento è delicato, e non è difficile individuarne i motivi. Venendo sovente in questione un dovere corrispondente a determinate posizioni di garanzia, appare evidente come, in rapporto alle condotte di terzi, esso sia destinato a risultare vieppiù gravoso ed impegnativo, non essendo le attività di costoro suscettibili di essere 'plasmate' e controllate allo stesso modo di quanto accade relativamente alle condotte del medesimo soggetto che abbia intrapreso l'esercizio dell'attività.
Malgrado tali difficoltà, può essere istruttivo un breve sguardo alla materia emblematica della sicurezza sul lavoro, focalizzando la nostra attenzione su quello che rappresenta, probabilmente, l'aspetto maggiormente qualificante della problematica in esame. Alludiamo a quel 'documento di valutazione dei rischi'[11] che comporta la verifica del modo di atteggiarsi di questi in relazione all'attività esercitata, come pure l'indicazione delle misure di protezione richieste per poterli adeguatamente fronteggiare.
Ebbene, il profilo di 'autoorganizzazione' generalmente ravvisato nell'adempimento in esame ed in quelli ad esso collegati suggerisce adesso di valutarne più attentamente la fisionomia, alla luce del significato espresso da quella caratterizzazione in chiave 'strumentale' – ormai più volte richiamata - delle condizioni richieste per l'osservanza delle regole cautelari.
In particolare, nella logica del rapporto con le condotte di terzi, risulta congruo affermare come tale profilo strumentale venga chiaramente ad emergere, in una con la valutazione dei rischi, nell'ambito dei processi di informazione e di 'formazione' dei destinatari diretti a porre questi ultimi in condizione di rispettare le misure preventive all'uopo necessarie: un ventaglio di incombenze, il quale, per risultare efficace, non potrà non esigere, d'altronde, ulteriori interventi ed aggiornamenti *in itinere*, in funzione dell' incremento delle conoscenze circa le scelte maggiormente conformi agli sviluppi sul piano scientifico e tecnologico inerenti all'attività esercitata.

[10] Sull'argomento v., più in generale, le riflessioni di R. Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino 2005, 191 ss., 203 ss.; A. Perin, *Prudenza dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli 2020, 108 ss., 206 ss., 375 ss.; N. Pisani, *La colpa per assunzione*, cit., 109 ss.; D. Piva, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli 2020, 399 ss.

[11] Salvi ulteriori riferimenti a tale istituto, cfr., per adesso, l'ampia ed articolata esposizione di R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino 2020, 3 ss., 24 ss., 32 ss., 58 ss., 87 ss., 93 ss., 108 ss., 241 ss., 326 ss.

Peraltro – come la dottrina più accreditata ha avuto modo di evidenziare - è assai frequente il caso che gli schemi di comportamento desumibili dalle regole cautelari specificamente collegate all'esercizio dell'attività risultino più o meno compiutamente 'eteronormati'[12]. In effetti, è sufficiente esaminare alcuni dei documenti scaturiti dall'esperienza in materia, per accorgersi come, accanto all'elencazione dei predetti rischi e all' individuazione dei canali necessari per prenderne conoscenza e per trasmetterla a chi di dovere, i precetti cautelari vengano a ricalcare in molti casi l'amplissimo corredo di disposizioni dotate di un fondamento legislativo: anche se deve aggiungersi come l'apparato della tutela risulti non di rado concepito nella forma di modelli di disciplina a carattere 'elastico', in base all'assunto - reso palese dal frequente richiamo all' 'adeguatezza' delle misure da adottare - che l'impegno richiesto a coloro che debbano curarne l'osservanza postuli una maggiore responsabilità nell' opera di adattamento di tali misure alla singola realtà operativa, in modo tale da renderle sensibili alle 'variazioni di contesto' di cui tener conto nel declinarne la portata cautelare.

5. Nonostante le evoluzioni registratesi nell'esperienza più recente, sembra tuttavia di poter affermare come la presenza di un fenomeno più strettamente collegato alla creazione diretta di 'regole' autonormate venga a trovare la sua espressione emblematica nella posizione rivestita dagli enti collettivi in relazione ai c.d. modelli di organizzazione.
A tale proposito, e malgrado alcuni 'distinguo' e la tendenza di una parte della dottrina ad introdurre ulteriori 'sottocategorie' circa i precetti elaborati dall'ente[13], si è andata sempre più delineando la convinzione secondo la quale si sarebbe in questo caso di fronte ad adempimenti, non tanto strettamente cautelari, quanto piuttosto 'cautelativi' rispetto al manifestarsi dei reati-presupposto da cui dipende la responsabilità della *societas*: con ciò volendosi alludere alla circostanza che simili compiti tendono ad assumere un carattere essenzialmente 'procedurale', mirando essi a predisporre meccanismi volti a dissuadere, grazie a determinate forme di 'regolazione' della compagine sociale, dalla realizzazione di comportamenti difformi dalle esigenze di tutela, senza con questo 'impingere'

[12] Cfr. C. Piergallini, *Paradigmatica*, cit., 2088; R. Blaiotta, *Diritto penale*, cit., 90.
[13] In merito ai connotati del fenomeno di cui si discute, pur se, non di rado, con rimarchevoli differenze, cfr. D. Bianchi, *Autonormazione*, cit., 227 ss., 278 ss., 295 ss., 349 ss., 366 ss.; D. Castronuovo, *Responsabilità colposa e sicurezza del lavoro. Dalla colpa alle colpe*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, a cura di M. Mantovani, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, M. Caianiello, Bologna 2016, 177 ss.; G. Civello, *La tipicità del fatto colposo nel diritto penale del lavoro: il* discrimen *fra regole cautelari e regole meramente gestionali e organizzative*, in *AP* 2011(2), 8 ss.; F. Consulich, Vigilantes puniri possunt. *I destini dell'Organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, in *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, a cura di R. Borsari, Padova 2016, 215 ss.; G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa 2012, 228 ss.; A. Gargani, *Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla tutela della sicurezza sul lavoro: responsabile 'per definizione' la persona giuridica?*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 1960; G. Gentile, *L'illecito colposo dell'ente collettivo. Riflessioni alla luce del* Corporate Manslaughter, Torino 2009, 237 ss.; M.N. Masullo, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli 2012, 57 ss., 262 ss.; V. Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità individuale alla "colpa" dell'ente*, a cura di A.M. Stile, A. Fiorella, V. Mongillo, Napoli 2014, 41 ss. (ed al riguardo anche l'approfondita rilettura della concezione dell' Autore ad opera di I. Salvemme, *I modelli di organizzazione ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 e la colpa di organizzazione: il caso dei reati commessi in violazione della normativa antinfortunistica*, in *Il diritto penale di fronte alle sfide della "società del rischio". Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, a cura di G.A. De Francesco, G. Morgante, Torino 2017, 142 ss.); C.E. Paliero, *Colpa di organizzazione*, cit., 70 s.; M. Pelissero, *L'estensione della responsabilità degli enti ai reati colposi. Una riflessione sui rapporti tra parte generale e parte speciale del d. lgs. 231/2001*, in *Studi in onore di Alfonso M. Stile*, a cura di A. Castaldo, V. De Francesco, M. Del Tufo, S. Manacorda, L. Monaco, Napoli 2013, 1219; C. Piergallini, *Paradigmatica*, cit., 2084 ss.; V. Torre, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale. Un' analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna 2013, 410 ss.

direttamente nelle dinamiche 'conformative' delle condotte dei singoli al rispetto delle regole da cui dipende la responsabilità penale.
Significativa al riguardo appare la circostanza che la funzione del modello forgiato dall'ente risulti concepita – e che, anzi, all'origine, risultasse predisposta – allo scopo di prevenire anche reati di natura dolosa; il che, se, come abbiamo accennato, appare difficilmente immaginabile rispetto ad un fenomeno esclusivamente individuale, si rivela invece ipotizzabile riguardo all' operato di terzi, trattandosi, in questo caso, di ridurre le 'occasioni' perché questi possano sfruttare le lacune degli assetti organizzativi – tra le quali, *in primis*, la mancanza di 'linee-guida' dei comportamenti del personale, nonché dei requisiti di 'trasparenza' e di 'tracciabilità' delle operazioni, e dei relativi processi di documentazione, di segnalazione, di informativa, di conservazione dei dati inerenti al loro svolgimento – al fine di poter 'abusare' in vario modo del ruolo ricoperto, con l'effetto di rendere quasi sempre vane ed infruttuose le verifiche ed i controlli su eventuali iniziative illegali deliberatamente intraprese.
In questa prospettiva, l'ente in quanto tale – sia pure, com'è ovvio, tramite l'operato dei soggetti responsabili[14]– non può che essere, ragionevolmente, chiamato ad una forma di autonormazione tale da tradursi in precetti di tenore distinto rispetto a quelli corrispondenti alle misure cautelari e alla creazione di condizioni impeditive (connesse allo stesso individuo o funzionali all'operato di terzi) intrinsecamente collegate alla dimensione 'tipica' delle fattispecie penali; il 'soggetto' in questione, in altri termini, in quanto entità 'autonormante', viene necessariamente a distaccarsi dalla caratterizzazione in chiave 'sostanziale' delle predette cautele: il che spiega, altresì, come, sia con riguardo a fattispecie colpose, che ad ipotesi di natura dolosa, la sua autonormazione – per quanto destinata alla prevenzione, ora delle une, ora delle altre - non possa che rivestire una fisionomia, per l'appunto, necessariamente organizzativo-procedurale (benché non limitata ad un ruolo puramente 'cartolare'), esplicando quella funzione che in altra sede[15] ritenemmo di dover ricondurre al piano di un 'incarico', per così dire, affidato all'ente da parte dello stesso ordinamento generale.
Non è questo il luogo più adatto per poter valutare se – come è stato talora affermato – una funzione del genere dovrebbe coesistere con indicazioni più puntuali a livello legislativo, in modo da assicurare un più intenso rapporto di 'integrazione' tra statuizioni di carattere pubblicistico e precetti generati all'interno degli organismi privati[16]. Non pare tuttavia trascurabile la circostanza che, proprio in tempi assai recenti, si sia molto insistito sull'opportunità di ricondurre le regole in esame alla dimensione propria di 'obblighi' autonomamente sanzionati[17],suggerendo, altresì, di attribuire più ampio spazio a modelli d'illecito rilevanti sul piano amministrativo[18].

6. I rilievi or ora prospettati vengono ad intrecciarsi, d'altro canto, con il problema, sperimentato in numerose vicende giudiziarie, relativo al collegamento tra la c.d. 'colpa organizzativa' e singoli fatti lesivi penalmente rilevanti. Ed in effetti, se è vero quanto si è finora osservato, il riscontro effettivo di un rapporto di correlazione tra eventuali *deficit* organizzativi e la commissione di reati si rivela

[14] Pongono in evidenza tale profilo, tra gli altri, A. Gargani, *Individuale e collettivo nella responsabilità della* societas, in *Studi senesi*, 2006, 259; V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino 2018, 438 ss.
[15] Cfr., volendo, G.A. De Francesco, *La* societas *e l'ineffabile duale: destinataria o garante dei precetti normativi?*, in *Studi senesi* 2005, 497 ss.
[16] Sulla questione cfr. le riflessioni di D. Bianchi, *Autonormazione*, cit., 360 ss.; F. Centonze, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano 2004, 429 ss.; G. De Vero, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci e ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *RIDPP* 2001, 1146 ss.; F. Palazzo, *I nuovi reati ambientali tra responsabilità degli individui e responsabilità dell'ente*, in *Riv.trim.dir.pen.contemp.* 2018, 332; D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato"degli enti: i criteri di imputazione*, in *RIDPP* 2002, 434 ss.
[17] In argomento cfr. le recenti proposte di D. Bianchi, *Autonormazione*, cit., 366 ss.
[18] Cfr. D. Bianchi, *Autonormazione*, cit., 368 s.

altamente problematico[19]; l'intrinseca 'eteronomia' tra adempimenti di carattere 'procedimentale' e condotte rilevanti in sede penale rende, in altri termini, pressoché indecifrabile la ricerca di un nesso 'causale' stringente tra il mancato assolvimento dei primi e le dinamiche attuative proprie delle seconde. D'altra parte, a voler postulare il riscontro di un simile legame, si verrebbero a schiudere le porte per sviluppi quanto meno singolari: non ultimo quello, secondo il quale la commissione di fatti lesivi dovrebbe, in linea generale, poter implicare, *mutatis mutandis*, una responsabilità da parte dello stesso ordinamento dello Stato, il quale potrebbe venire accusato di non aver predisposto un sistema normativo di incriminazioni sufficientemente dissuasivo rispetto alle condotte dei consociati.

Certo: sarebbe difficile negare l'importanza dell'elaborazione, ormai da tempo diffusa in tutti gli ordinamenti, di rilevazioni 'statistiche' circa l'andamento della criminalità, tali da sollecitare opportuni interventi riformatori volti ad orientare le scelte di politica criminale verso soluzioni maggiormente in linea con le esigenze di prevenzione generale e con l'obiettivo di ridurre i tassi di recidiva. Ma, per l'appunto, scelte del genere testimoniano come le manifestazioni criminali oggetto di siffatte 'politiche di contenimento' dell'illegalità vengano ad assumere rilievo rispetto al presentarsi di quest' ultima in termini quantitativamente significativi, o, per dirla con un'espressione oggi in voga, 'epidemiologicamente' caratterizzati da una frequenza e consistenza apprezzabili (sia che poi queste si esprimano in accadimenti lesivi 'simultanei', ovvero in episodi criminosi in successione tra loro); senza pretendere, viceversa, di andare alla ricerca di un puntuale nesso di collegamento tra possibili lacune sul piano 'organizzativo' e specifici e circoscritti fatti di reato.

Ne deriva insomma la sensazione di fondo – ed anzi, la ragionevole convinzione - che l'i(ni)doneità di quei protocolli e di quei sistemi organizzativi debba essere testata in relazione al ripetuto

[19] Davvero fondamentali al riguardo le considerazioni di T. Padovani, *Introduzione*, in *Tra principi del diritto penale e teoria del reato*, a cura di A. Gargani, D. Notaro, L. Notaro, S. Riccardi, L. Ricci, A. Savarino, A. Vallini, Pisa 2022, 13 s. La tematica (che qui si richiama senza approfondire le pur sensibili differenze tra reati dolosi e colposi) risulta poi sviluppata in numerosi contributi, talora propensi a distinguere, talaltra per contro ad avvicinare, i criteri di imputazione dell'ente e quelli dei soggetti individuali; cfr., in vario senso, A. Alessandri – S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, I, *I principi generali*, Torino 2018, 120 s.; D. Bianchi, *Autonormazione*, cit., 337 ss.; R. Blaiotta, *Diritto penale*, cit., 353 ss.; O. Di Giovine, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in *Responsabilità da reato degli enti*, I, *Diritto sostanziale*, a cura di G. Lattanzi, P. Severino, coord. A. Gullo, Torino 2020, 233 ss.; A. Fiorella – N. Selvaggi, *Dall' "utile" al "giusto". Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello "spazio globale"*, Torino 2018, 207 ss.; A. Gargani, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento: i criteri di imputazione nel diritto vivente,* in *www.lalegislazionepenale.eu*, 11.1.2016, 13 ss.; V. Manes, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, cit., II, 1644 ss.; C.E. Paliero, *Colpa di organizzazione*, cit., 77 ss., 84 ss.; L. Parodi, *Illecito dell'ente e colpa di organizzazione. Una recente conferma della traiettoria garantista tracciata dalla giurisprudenza di legittimità*, in *www.sistemapenale.it*, 2.3.2023; M. Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società e associazioni: profili generali*, in *Riv.soc.* 2002, 408 ss.; A.S. Valenzano, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, Napoli 2019, 197 ss.; E. Villani, *Alle radici del concetto di 'colpa di organizzazione' nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli 2016, 262 ss.; T. Vitarelli, *"Obblighi" apicali e "oneri" metaindividuali in materia di sicurezza sul lavoro: intersezioni e differenze*, in *AP* 2023, 14 ss. Per altro verso, oggetto di indagine è anche il profilo – connesso, ma *lato sensu* speculare – concernente il paventato rischio di attribuire ai singoli una responsabilità che, sotto forma di un modello autonomo, risulterebbe invece preferibile, per lo meno in alcuni settori, ascrivere alla *societas*; cfr., ad es., G. De Vero, *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, a cura di G.A. De Francesco, A. Gargani, Milano 2017, 55 ss.(v. anche Id., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano 2008, 281); A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa 2022, 238 ss.; Id., *Profili della responsabilità collettiva da reato colposo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2022, 60 ss.; M. Pelissero, *L'estensione*, cit., 1220; in termini peculiari D. Piva, *La responsabilità del "vertice"per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli 2011, 294 ss.; con ampi riferimenti, G. De Simone, *Il "fatto di connessione" tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, a cura di F. Compagna, Napoli 2012, 299 ss. Sulle molteplici questioni ricordate v. pure, in prospettiva comparatistica, la ricca panoramica di G. De Simone, *Profili di diritto comparato*, in *Responsabilità da reato*, cit., 3 ss.

manifestarsi di comportamenti illeciti, o, quanto meno, all'atteggiarsi del fatto commesso come 'sintomo' rivelatore di una politica d'impresa risalente ai responsabili della struttura, essendo questi in grado di condizionare i meccanismi di funzionamento dell'intero apparato, e di conseguenza anche il suo eventuale presentarsi come un' entità inquinata da gravi disfunzioni od inefficienze quanto alla sua vita interna e alle sue dinamiche operative.
A tale stregua, non può non risultare, in definitiva, altrettanto convincente la tendenza – che vanta oggi alcuni interpreti qualificati [20] - a rimarcare come il percorso più consentaneo per un coinvolgimento dell'ente debba sostanziarsi in un processo di ascrizione della responsabilità affidato ad una valutazione *in itinere*[21], la quale, cioè, tenga conto della constatata inerzia o ritardo da parte degli organi competenti nell' intervenire per porre rimedio alle carenze dei predetti modelli, mediante la rielaborazione, se del caso anche radicale, dei relativi schemi organizzativi.

7.Si può ben affermare, concludendo sul punto, che la 'cultura della legalità' penetra nel mondo dei fenomeni societari, non già nella forma di un 'tipo penale' commisurato a quella sorta di 'omone' - persona giuridica o altra entità plurisoggettiva – che, malgrado gli sviluppi della dogmatica, proietta tuttora la sua ombra mistificante sulla costruzione della responsabilità *ex illicito*[22]. Essa viene ad insistere, piuttosto, sull'obiettivo di sottrarre i profili organizzativi – non diversamente da quanto si richiede da tempo per la pubblica amministrazione – al rischio di quella indeterminatezza ed 'opacità' del loro dispiegarsi, da cui discende (al di là della 'prova' specifica dell'influenza su singoli episodi *contra legem*) un pernicioso effetto distorsivo nell'esercizio dei poteri conferiti: ed è proprio in quest' ottica che l'accento deve cadere, anche nell'ottica delle conseguenze della violazione, sul potenziamento di 'regole di organizzazione' debitamente formulate ed accompagnate da sistemi di controllo suscettibili, a loro volta, di essere valutati nel loro concreto atteggiarsi da parte degli organi accertatori della responsabilità.
L'autonormazione di cui si è adesso parlato presenta, in ultima analisi, una vocazione apprezzabile in termini differenti rispetto alle logiche riferibili all' operato dei singoli. Essa si proietta in una dimensione 'collaborativa' volta a fronteggiare la disinvoltura, l'indifferenza, la mancanza di scrupoli nel 'maneggiare' le dinamiche interne agli organismi complessi, facendole orbitare nel dedalo insondabile di iniziative potenzialmente dissonanti dalle finalità e dai metodi di governo cui tali organismi dovrebbero ispirarsi[23]. Da tale angolo visuale, se non può negarsi che i fenomeni di carattere autonormativo denotino l'obiettivo comune di promuovere un' 'educazione' – ed, ancor prima, un' 'autoeducazione' – al rispetto degli interessi dei consociati, non meno fondata è l'esigenza di distinguere tra i differenti contesti in cui un simile obiettivo viene di volta in volta a manifestarsi: avendo ben chiara la consapevolezza che il giudizio di responsabilità esige, come si è cercato di evidenziare, di essere 'modellato' e congruamente articolato in relazione alla diversa tipologia dei soggetti – e alle differenti 'attitudini' insite nella loro natura e fisionomia – da cui dipendono le

[20] Cfr. R. Bartoli, *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, cit., I, 481 s.; D. Bianchi, *Autonormazione*, cit., 372 ss.
[21] Ad un simile profilo si era cercato già in altra sede di riservare una particolare considerazione; cfr. G.A. De Francesco, *Premessa generale*, in *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, a cura di P. Pisa, Torino 2008, 24 ss. Con ben maggiore ampiezza cfr. di recente, M. Donini, Compliance, *negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione, Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, II, Milano 2018, 590 ss.; F. Mazzacuva, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Torino 2020, 278 ss. e *passim*; A.M. Maugeri, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti* ex *d.lgs. n. 231/2001*, Torino 2022, 69 ss., 84 ss., e *passim*.
[22] Cfr. i perspicui rilievi di A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna 2010, 242 s., 247.
[23] V. in proposito le belle pagine di G. Forti, *Uno sguardo ai 'piani nobili' del d.lgs. n. 231/2001*, in *RIDPP* 2012, 1269 ss.

aspettative del sistema al conseguimento di risultati soddisfacenti nell'azione di contrasto dell'illegalità.

"PERSONA COMUNQUE CONVIVENTE" E LEGALITÀ PENALE, NELL'ALBUM DI "FAMIGLIA" DEL DELITTO DI MALTRATTAMENTI (ART. 572 CP)[1]

di Silvio Riondato
(*già Professore ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Padova*)

La nozione di "persona comunque convivente" nel delitto di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) rimane ancora indeterminata e soggetta a interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali divergenti, nonostante l'appello alla legalità penale proveniente in materia dalla Corte costituzionale (98/2021). L'affidarsi di una persona a un'altra nella convivenza è un dato comunemente considerato in giurisprudenza, che può essere valorizzato nel tipo in una prospettiva di riforma.
The notion of "a person cohabiting" in the crime of domestic violence (art. 572, italian penal code) still remains undetermined and subject to differing jurisprudential and doctrinal interpretations, despite the appeal to principle of legality coming from the italian Constitutional Court (98/2021). The entrustment of one person to another in cohabitation, commonly considered, can be valued in a reform perspective.

SOMMARIO: 1. L'indeterminatezza della "persona comunque convivente" nella legge e nella giurisprudenza. – 2. Richiamo da parte della Consulta al rispetto della legalità penale (Corte cost. 98/2021). – 3. *Segue*: Sulla rilevanza di una pronunzia di cassazione valorizzata dalla Corte costituzionale: convivenza come rapporto suscettibile di determinare obblighi di solidarietà e di mutua assistenza, con un progetto di vita basato sulla reciproca solidarietà e assistenza, a prescindere dall'esito concreto di tale comune decisione (Cass. 2911/2021). – 4. Il fallimentare recepimento da parte della Corte di cassazione del richiamo alla legalità penale: due decisioni divergenti. – 5. *Segue*: Convivenza come relazione affettiva parafamiliare, qualificata da continuità, stabilità, reale condivisione e comunanza materiale e spirituale di vita (Cass. 38336/2022). – 6. *Segue*: Convivenza come rapporto di stabile prossimità, familiare o di altra natura, con frequentazione e condivisione prolungata di spazi e contesti deputati allo svolgimento di determinate attività (Cass. 45520/2022). – 7. La convivenza nel Progetto di riforma dell'Associazione nazionale dei professori di diritto penale. Proposta di ulteriore precisazione sulla base dell'importanza dell'affidamento unilaterale.

1. Nell'ambito dei delitti contro la famiglia, fino al 2012 la previsione dei maltrattamenti in famiglia (art. 572 co. 1 Cp) non includeva, quanto al soggetto maltrattato, la persona comunque convivente, persona poi contemplata a seguito della modifica introdotta dall'art. 4 co. 1 lett. *D* l. 1° ottobre 2012 n. 172 (che ha ratificato la convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, Lanzarote 2007). Concerneva solo la «persona della famiglia», oltre ai soggetti legati da rapporti di autorità, o affidati per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte. Ma, nonostante il limite di senso familiare che almeno a prima vista potrebbe apparire tanto stringente da escludere convivenze, la norma, fin dall'origine svincolata da riferimenti giuscivilistici e interpretata, comunque, secondo le autonome direttrici penalistiche, ha storicamente assunto le vesti di banco di prova e cartina al tornasole vuoi rispetto all'ampliamento contenutistico della cosiddetta concezione giuridica della famiglia, vuoi nei confronti della valorizzazione immediata del dato extragiuridico sia normativo che

[1] Scritto tratto dal *Liber amicorum* destinato a Paolo Zatti, in corso di pubblicazione.

fattuale. Ha finito per includere, sia pur non senza qualche contrasto giurisprudenziale, varie specie di c.d. famiglia di fatto e formazioni per nulla assimilabili a famiglie, cioè convivenze e relazioni più o meno stabili di vita, più o meno foriere di aspettative di solidarietà (anche solo unilaterali), non importa se in fatto o in diritto, condivisioni di progetti di vita pur solo potenziali, relazioni di tipo affettivo e non, anche a prescindere dalla coabitazione[2]. L'estrema varietà delle soluzioni, nonché l'opportunismo e comunque l'aporeticità dei criteri impiegati dalla giurisprudenza italiana nelle sue varie pronunzie che definiscono la famiglia e i rapporti familiari nel quadro dell'art. 572 Cp, emergono chiaramente dalle più accurate indagini[3]. Basti per ora solo menzionare qualche caso. Anzitutto, il caso, storicamente trainante, della concubina non coabitante[4], e il caso della zia che convive con la nipote in virtù di un contratto di rendita vitalizia nella forma del cosiddetto vitalizio alimentare o contratto di mantenimento, una «famiglia» secondo la giurisprudenza penale che al riguardo valorizza rapporti di *assistenza* o *solidarietà* che sorgerebbero, in un apprezzabile periodo di *convivenza*, *per relazioni sentimentali o consuetudini di vita*[5] – si noti la non essenzialità del dato coniugale e/o parentale, nonché del dato sentimentale. E poi i casi che la giurisprudenza riesca ad inserire in una ancor più ampia accezione di famiglia, intesa cioè quest'ultima come *regime di vita* improntata a *rapporti di umana solidarietà* e a *strette relazioni*, dovute a *diversi motivi anche assistenziali*, pur *senza la convivenza o coabitazione*[6].

Come insegna Paolo Zatti, l'espressione «famiglia di fatto» è entrata nell'uso corrente dei giuristi per indicare non tanto un istituto quanto una questione[7]. Ebbene, la figura in commento si è rivelata inclusiva di una questione permanente, rivestendo il ruolo problematico di madre di tutte le battaglie contro ogni limite derivante da qualsiasi, precisa nozione di famiglia. La ragione è che mancano note tipiche idonee a fornire una stringente descrizione del novero degli appartenenti alla famiglia (maltrattati e maltrattanti) e dei relativi rapporti con gli implicati interessi, sicché non è parso letteralmente escluso un vasto ampliamento come quello indicato. In questo senso hanno molto contribuito letture informate allo scopo preventivo, dando rilevanza all'offesa a beni dell'individuo (salute, dignità, onore, ecc.) tramite le particolari modalità della condotta tipica, le quali ultime altrimenti, in molti casi, o non sarebbero state penalmente significanti, oppure lo sarebbero state in una cornice di molto meno intensa gravità e spesso nel quadro di una procedibilità condizionata a

[2] Per più ampie indicazioni rinvio a S. Riondato, *Cornici di famiglia nel diritto penale italiano*, Padova 2014, 112 ss., nonché alla dottrina e alla giurisprudenza citate nelle note che seguono.

[3] P. Pittaro, *Il (controverso) rilievo giuridico della famiglia di fatto nel diritto penale*, in *Fam. e dir.*, 2010, 933 ss. V. inoltre A. Giunti, *Maltrattamenti contro familiari e conviventi*, in *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme*, dir. da Zatti, III, *Diritto penale della famiglia e dei minori*, a cura di E. Palermo Fabris, A. Presutti, S. Riondato, Milano 2018, 235 ss. Per l'ipotesi che la rilevanza della famiglia di fatto sia frutto di analogia *in malam partem*, M. Riverditi, *La doppia dimensione della famiglia (quella "legittima" e quella "di fatto") nella prospettiva del diritto penale vigente. Riflessioni*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino 2011, 560; o di discutibile estensione *in malam partem*: M. Miedico, sub *art. 572*, in *Codice penale commentato*, dir. da E. Dolcini e G.L. Gatta, tomo 3, Milano 2021, 743.

[4] Cass. 18.12.1970, in *GP* 1971, II, 835. V. anche Cass. 6.6.1959, in *RIDPP*, 1960, 577 (con commento critico di G.D. Pisapia, *Spunti esegetici e dommatici sull'art. 572 Cp*) che qualifica la concubina convivente *more uxorio* come membro di fatto della famiglia dell'uomo con cui convive. Di recente è stato escluso il caso di un uomo che non aveva mai coabitato e tanto meno convissuto con la donna, mentre aveva intrattenuto con lei una relazione clandestina per la quale un certo appartamento era solamente la base per gli incontri, senza che esistesse un progetto di vita basato sulla reciproca solidarietà (Cass. 21.10.2020 n. 34086, secondo cui il reato di maltrattamenti presuppone una relazione tra agente e vittima che comporti un rapporto stabile di affidamento e solidarietà, per cui le aggressioni che il soggetto attivo compie ledono la dignità della persona infrangendo un rapporto che dovrebbe essere ispirato a fiducia e condivisione, sicché basta un regime di vita improntato a rapporti di solidarietà e a strette relazioni, dovute a diversi motivi, come nel caso di relazione sentimentale in cui vi sia stata un'assidua frequentazione della persona offesa tale da far sorgere sentimenti di solidarietà e doveri di assistenza morale e materiale).

[5] Cass. 3.7.1990, in *CED Cass., m.* 186276; conf., di principio, Cass. 9.12.1992 n. 539, in *CP* 1994, 938.

[6] Cass. 3.7.1997 n. 1440, in *CP* 1998, 2614.

[7] Si veda il paragrafo dedicato alla *Famiglia di fatto* in G. Iudica, P. Zatti, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Milano 2022, 668.

querela, cornice da molti ritenuta inidonea alla protezione del soggetto c.d. debole. In tema di maltrattamenti si è attuata così una spiccata «demonumentalizzazione» della famiglia, con lo sgretolamento di ogni riferimento istituzionale[8], a favore della tutela della persona fisica. Permane tuttavia, a ben vedere, un problema serio di legalità-tassatività/determinatezza della fattispecie astratta (art. 25, co. 2, Cost.)[9].

Tramite l'introduzione legislativa, come accennato, della persona comunque convivente tra i soggetti passivi del reato, accanto alla persona della famiglia (anche nella rubrica), pareva realizzata una sorta di accondiscendenza legislativa rispetto agli ampliamenti recati in base alle segnalate esigenze preventive[10]. Oltre a rapporti stretti, come la classica figura della convivenza *more uxorio*, la novità si presta a contrassegnare relazioni non caratterizzate da una consuetudine così stretta di vita quotidiana insieme, cementata da un progetto comune[11].

Si tratta, di nuovo, di una locuzione affatto imprecisa, che finisce con l'incrementare l'indeterminatezza: la micidiale miscela prodotta dall'incrocio tra «convivente» e «comunque»[12], e dalla sommatoria tra famiglia c.d. di fatto in senso penalistico e convivenza comunque, realizza uno svincolo totale sia da qualsivoglia tipo familiare ben determinato, anzi da ogni connotazione di senso familiare, sia da qualsiasi precisa nozione di convivenza, sicché esiti di interpretazioni *ad libitum* sono ampiamente prevedibili. Non deve sorprendere che il reato di maltrattamenti in famiglia sia stato anche di recente ritenuto configurabile in presenza di un rapporto di convivenza giudicato di breve durata, instabile e anomalo, ma sorto in una *prospettiva* di stabilità e un'*attesa* di reciproca solidarietà[13].

La convivenza in esame è quindi ormai annoverata tra i più eclatanti casi di creazionismo del giure penale italiano[14], un caso appunto di punibilità svincolata dalla conformità al tipo legale. Il tipo non

---

[8] Su questi processi v., di recente, l'ampia disamina critica di A. Spena, *Famiglia e diritto penale (evoluzione)*, *ED, I Tematici* IV, *Famiglia*, Milano 2022, 509 ss.

[9] Riondato, *Cornici*, cit., 24 ss., 29 ss., 126.

[10] A. Vallini, *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella "famiglia"*, in *DPP* 2013, 152.

[11] M. Bertolino, *Maltrattamenti e abuso di mezzi di correzione*, in *ED, I tematici*, IV, *Famiglia*, Milano 2022, 696. V. inoltre A.A. Salemme, *Il delitto di maltrattamenti in famiglia*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di G. Fidelbo, cit., 346 ss.

[12] La locuzione "comunque" svolge qui la funzione di allargare piuttosto che restringere l'ambito applicativo della fattispecie (R. Bartoli, *Maltrattamenti contro familiari o conviventi*, in *Reati contro la famiglia*, a cura di M. Bertolino, Torino 2022, 212).

[13] Cass 7.5.2021 n. 17888 (https://www.neldiritto.it/sezioni/penale/18801/anche-una-convivenza-di-breve-durata-puo-dar-luogo-ai-maltrattamenti.html), con ampio quadro giurisprudenziale. Il caso è il seguente: i due cominciarono a frequentarsi nel periodo natalizio del 2015 sino a convivere nel febbraio del 2016, ma il rapporto si rivelò conflittuale e, nella denuncia del 26 giugno 2016, la L. descrive le ingiurie, le minacce, le percosse a lei rivolte da O. , incline anche all'abuso di alcolici e a comportamenti aggressivi a sfondo sessuale; dopo la denuncia i due ripresero la relazione (caratterizzata da una intensa vita sessuale con pratiche anomale richieste dall'uomo e verso le quali la donna manifestò dissenso pur infine assecondando), trascorrendo assieme qualche notte per poi riprendere la convivenza verso la fine di agosto sino a una aggressione da parte di lui e a una lite, senza che, tuttavia, la loro relazione si interrompesse (anzi la L. accoglieva O. nella sua abitazione); nonostante le lesioni patite il 30 agosto 2016, la relazione ancora proseguì con una assidua frequentazione e, ai primi di ottobre, O. cominciò a portare le sue cose a casa della L.; seguirono altri episodi di minacce e lesioni sino a quando la donna si recò presso la Polizia locale dichiarando di avere cambiato la serratura della sua abitazione per difendersi da O. , il quale continuava a ingiuriarla e a minacciarla per telefono.

[14] F. Palazzo, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, in *RIDPP* 2022, 981; V. Maiello, *Legalità della legge e dintorni: tra Consulta, Cassazione e auspici riformistici*, in *Sist. pen.*, 2022, 12, 130. Il problema della legalità-tassatività/determinatezza non si pone in termini di maggior intensità rispetto a quelli che connotano i risultati interpretativi in molti altri settori, specie quelli pregni come nel nostro caso di caratteri di co-disciplinarità (sui quali v. R. Borsari, *Diritto penale, creatività, co-disciplinarità. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova 2013, *passim*). Resta comunque vero che se pure in tema penal-familiare può aversi la sensazione che venga legittimata una fin troppo robusta intrusione del giudice penale, e ancor prima del pubblico ministero, nell'istituto familiare inteso in senso lato, tuttavia il più grave problema consiste nel fatto che il sistema prevede risposte eccessivamente rigide e di tipo

è legale, costituzionalmente, così com'è indeterminato. Di conseguenza la creatività ha campo libero. La Corte costituzionale ha richiamato in tema i giudici al rispetto della legalità penale (par. 2 e 3). Nonostante ciò, rimane difficile ricostruire, pur sulla base anche della successiva giurisprudenza, un dato che possa offrire utili indicazioni univoche davvero stringenti (par. 4, 5 e 6) quanto meno in prospettiva di riforma (par. 7).

2. Nel 2021 la Corte costituzionale[15] ha valorizzato un caso in cui il giudice *a quo* aveva ritenuto integrato il reato di maltrattamenti rispetto ad una relazione sentimentale in corso da quattro mesi, senza continua coabitazione, relazione definita seria, consolidata e fondata sulla condivisione dei rispettivi affetti, con stretto rapporto affettivo della donna offesa anche con la madre e la sorella del partner le quali con lui coabitavano, tanto che la stessa donna preparava spesso la cena per tutti e durante il fine settimana si fermava a dormire a casa loro. Perciò il giudice aveva riqualificato come maltrattamenti (art. 572 Cp) l'originaria imputazione di atti persecutori (art. 612*bis* Cp, c.d. *stalking*) e su questa base aveva sollevato una certa questione di costituzionalità di contenuto processuale, qui non rilevante.
Secondo il giudice remittente, poiché sussisteva una stabile relazione affettiva, al caso non poteva attagliarsi la fattispecie di atti persecutori che dal 2013 pur contempla una specifica aggravante qualora il fatto sia commesso da chi è legato da relazione affettiva con la persona offesa (art. 612bis co. 2 Cp, come sostituito dall'art. 1bis co. 3 lett. *a* d.l. 14 agosto 2013 n. 93, conv. con mod. in l. 15 ottobre 2013 n. 119). La previsione dei maltrattamenti, infatti, si presterebbe ad una interpretazione estensiva in grado di attrarre nel suo ambito le condotte di maltrattamento compiute in un contesto affettivo protetto, caratterizzato come tale da legami affettivi forti e stabili, tali da rendere particolarmente difficoltoso per colui che patisce i maltrattamenti sottrarsi ad essi e particolarmente agevole per colui che li perpetua proseguire mentre la reazione è inibita perché per la vittima profondo è il sentimento di dipendenza psicologica e irrinunciabile il progetto di vita intrapreso, pesante il senso di subordinazione o insuperabile il condizionamento materiale ed economico: la vittima ritiene comunque di dover accettare o di non poter o saper rompere il rapporto. Dal punto di vista dell'autore, il legame affettivo, sebbene sfibrato dalle mortificazioni, in uno con la soggezione psicologica della vittima, la sua dipendenza morale, il suo affetto, il suo condizionamento morale ed economico, il suo rispetto del valore stesso del rapporto, sono - sempre a detta del giudice - gli elementi che consentono la reiterazione, l'abitualità dei suoi comportamenti di negazione e mortificazione dell'impegno di stabilità, assistenza e reciproca fedeltà. Ciò in conformità a varia giurisprudenza della Corte di cassazione, che ritiene decisiva la condivisione di progetti di vita più del dato formale della condivisione di spazi fisici[16].
La Corte costituzionale coglie l'occasione per richiamare al rispetto del principio di legalità penale in tutte le sue estensioni, a partire dal divieto di analogia. Dopo essersi ampiamente soffermata sulla propria giurisprudenza riguardo al principio, la Corte rileva che il pur comprensibile intento, sotteso all'indirizzo giurisprudenziale cui il rimettente aderisce, di assicurare una più intensa tutela penale a persone particolarmente vulnerabili, vittime di condotte abusive nell'ambito di rapporti affettivi dai quali esse hanno difficoltà a sottrarsi, deve necessariamente misurarsi con l'interrogativo se il risultato di una siffatta interpretazione teleologica sia compatibile con i significati letterali dei requisiti alternativi «persona della famiglia» e «persona comunque [...] convivente» con l'autore del reato. Secondo la Corte, il divieto di analogia *in malam partem* impone di chiarire se davvero possa sostenersi che la sussistenza di una relazione, come quella che risulta intercorsa tra i due *partner* nel

esclusivamente sanzionatorio (G. Fidelbo, *Introduzione*, in *Diritto penale della famiglia*, a c. di G. Fidelbo, Torino 2021, XXIV).
[15] Corte cost. 28.4.2021 n. 98.
[16] Per tutte, Cass. 9.5.2019 n. 19922.

caso del processo *a quo*, consenta di qualificare la donna come persona (già) appartenente alla medesima "famiglia" dell'uomo; o se, in alternativa, un rapporto affettivo dipanatosi nell'arco di qualche mese e caratterizzato da permanenze non continuative di un *partner* nell'abitazione dell'altro possa già considerarsi, alla stregua dell'ordinario significato di questa espressione, come una ipotesi di "convivenza". In difetto di una tale dimostrazione, l'applicazione dell'art. 572 Cp in casi siffatti – in luogo dell'art. 612-bis co. 2 Cp, che pure contempla espressamente l'ipotesi di condotte commesse a danno di persona «legata da relazione affettiva» all'agente – apparirebbe come il frutto di una interpretazione analogica a sfavore del reo della norma incriminatrice: una interpretazione magari sostenibile dal punto di vista teleologico e sistematico, sulla base delle ragioni illustrate dal rimettente, ma comunque preclusa dall'art. 25 co. 2 Cost. La Corte conclude affermando che il mancato confronto con le implicazioni del divieto costituzionale di applicazione analogica della legge penale *in malam partem* in relazione al caso di specie comporta una lacuna motivazionale sulla rilevanza delle questioni prospettate, che ne determina l'inammissibilità.

A nostro avviso, chiaro e meritevole di condivisione è l'appello alla legalità penale proveniente dalla Corte costituzionale in tema di famiglia e convivenza nell'ambito del reato di maltrattamenti in famiglia. Peraltro ci sembra meno condivisibile la ragione per cui la Consulta, di fronte ad un caso che, secondo noi, pacificamente rientrava nel novero di quelli ascrivibili sia alla nozione penalistica giurisprudenziale di famiglia di fatto, sia alla locuzione "persona comunque convivente", senza necessità nemmeno di particolari estensioni dell'etereo dato letterale, nonché di analogia, ipotizzi – ma in realtà sostanzialmente affermi -, che il giudice *a quo* abbia realizzato un'analogia *in malam partem*. Non emerge di preciso quale sia il dato di partenza della pretesa analogia, né tanto meno il sospetto carattere analogico del percorso argomentativo seguito dal giudice di merito, il quale invece ha seguito certa giurisprudenza e perfino qualificato la propria come interpretazione estensiva, quindi non analogica - sicché non si potrebbe pienamente condividere l'affermazione della Consulta, secondo cui il remittente avrebbe omesso di confrontarsi col divieto penalistico di analogia.

In buona sostanza, la Corte costituzionale invoca una interpretazione c.d. tassativizzante, affidando ai giudici il compito di restringere i confini dei significati rilevanti. Tuttavia, ha scarsa forza opporre il divieto di analogia rispetto a norme di contenuto espresso in termini generici, poiché il divieto, a tutto concedere, è in grado di operare soltanto nei confronti di norme sufficientemente tassative/determinate, fermo restando il rilievo che il giudizio di determinatezza è connotato da un alto tasso di «politicità» [17]. Il mancato rispetto della legalità penale concerne la segnalata indeterminatezza dell'art. 572 Cp; ai giudici si potrebbe rimproverare di non aver tenacemente perseguito il vizio, anche tramite questioni di costituzionalità. La stessa Corte nel caso avrebbe avuto modo di sollevare di fronte a sé la questione.

Infine, rileviamo che la Corte costituzionale coinvolge una pronunzia di cassazione successiva

[17] F. Palazzo, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza/tassatività in materia penale*, in *RIDPP* 1991, 327 ss. Cfr., anche per ulteriori, opportune considerazioni, C. Cantisani, *Brevi riflessioni in tema di analogia a margine della recente casistica giurisprudenziale*, in www.lalegislazionepenale.eu 28.4.2022, 5 ss. L'A. rileva inoltre (p. 17) che la Corte costituzionale lascia intravedere una correlazione diretta tra precisione linguistica e rischio analogico, quando esclude che la nozione di convivenza possa essere estesa ai rapporti affettivi caratterizzati da un'assidua frequentazione, e non da una stabile coabitazione, affermando che la determinatezza della fattispecie sarebbe svuotata ove al giudice penale «fosse consentito assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello che il consociato possa desumere dalla sua immediata lettura». L'A. al riguardo osserva che, benché il significato del termine "convivenza" sia andato mutando nel contesto giuridico, anche in relazione all'evoluzione del concetto di famiglia, è lecito pensare che, nella sua immediatezza, il termine alluda pressoché unicamente alla condizione, letteralmente intesa, del «vivere insieme, in uno stesso luogo», sicché l'applicazione del termine ad una diversa casistica comporterebbe l'analogia. A noi pare, tuttavia, che il punto critico sia costituito anche se non soprattutto dalla circostanza che il testo in questione si riferisce alla convivenza «comunque», ciò che pregiudica l'aspirazione a ragionevoli interpretazioni tassativizzanti, nonché eventualmente la loro prevedibilità.

all'ordinanza di rimessione, che avrebbe escluso il delitto di maltrattamenti in famiglia in un'ipotesi ritenuta dalla stessa corte assai simile a quella oggetto del processo a *quo*, cioè caratterizzata da una relazione instaurata da non molto tempo e da una coabitazione consistita soltanto nella permanenza anche per due o tre giorni consecutivi nella casa dell'uomo, ove la donna si recava, anche con la propria figlia[18]. Non propriamente, tuttavia, i casi sono tanto simili da poter essere paragonati, e non propriamente si è trattato di una esclusione, ma precisamente del riscontro di una insufficiente motivazione della sentenza d'appello oggetto di impugnazione. Il caso merita però di essere meglio esposto e commentato per quanto qui rileva.

3. La cennata sentenza impugnata, dava atto dell'esistenza di una stabile relazione tra l'uomo e la donna offesa, la quale andò a vivere nell'abitazione di costui, anche portando talvolta con sé la propria figlia, sebbene successivamente se ne era allontanata, pur mantenendo in locazione il proprio appartamento, il canone del quale risultava pagato anche dall'uomo stesso. Su questa base fattuale è stata ritenuta la sussistenza di una stabile relazione sentimentale, connotata da assidua frequentazione e, talvolta, coabitazione, e da doveri di assistenza morale e materiale, in quanto tale caratterizzante il requisito della convivenza *ex* art. 572 Cp

La Suprema Corte[19] anzitutto ricorda al riguardo la propria giurisprudenza secondo cui il delitto di maltrattamenti ha, quale presupposto, una relazione tra agente e vittima caratterizzata da uno stabile rapporto di affidamento e solidarietà, con la conseguenza che la condotta lesiva lede la dignità della persona infrangendo un rapporto che dovrebbe essere ispirato a fiducia e condivisione[20], ed è configurabile anche al di fuori della famiglia legittima, in presenza di un rapporto di stabile convivenza, come tale suscettibile di determinare obblighi di solidarietà e di mutua assistenza, senza che sia richiesto che tale convivenza abbia una certa durata, quanto - piuttosto - che sia stata istituita in una prospettiva di stabilità, quale che sia stato poi in concreto l'esito di tale comune decisione, come accade in presenza di una relazione sentimentale che abbia comportato un'assidua frequentazione della abitazione della persona offesa tale da far sorgere sentimenti di solidarietà e doveri di assistenza morale e materiale, o di un rapporto familiare di mero fatto in assenza di una stabile convivenza ma con un progetto di vita basato sulla reciproca solidarietà e assistenza.

Ciò posto, la stessa corte rileva che la sentenza impugnata non offre adeguate indicazioni in ordine alla dimostrata esistenza di un rapporto collocabile nell'ambito di quelli individuati dalla giurisprudenza di legittimità come rilevanti ai fini della configurabilità del reato di maltrattamenti in esame.

Invero, se pur nella sentenza impugnata si dà atto della sussistenza di una stabile relazione, definita "malata e tumultuosa", viene anche affermato che tale relazione risultava instaurata da non molto tempo e, quanto alla coabitazione, essa era consistita nella permanenza "anche per due o tre giorni consecutivi" nella casa del *partner* durante i turni di riposo dello stesso - ove la donna si recava, talvolta anche con la propria figlia, pur mantenendo la locazione del proprio appartamento il cui canone risultava versato anche dall'uomo. Si tratta, ad avviso del Collegio, di argomentazioni che non rendono adeguatamente conto della effettiva sussistenza di un rapporto di convivenza caratterizzato da stabilità e, soprattutto, da mutua solidarietà, atteso che dei doveri di reciproca assistenza morale e materiale che connoterebbero il rapporto tra i due viene soltanto fatta menzione, senza tuttavia offrire una giustificazione fondata su elementi oggettivi.

Il punto cruciale del *deficit* sta, dunque, nella mancanza di motivazione sui dati oggettivi, fattuali, che sorreggerebbero l'affermazione dell'esistenza di stabilità e dei correlati doveri di reciproca assistenza

[18] Cass. 25.1.2021 n. 2911. Nel senso dell'esclusione, sulla scia della Corte costituzionale, A. Roiati, *La fattispecie dei maltrattamenti contro familiari e conviventi tra interventi di riforma, incertezze interpretative e prospettive* de jure condendo, in www.sistemapenale.it, 30.3.2023, 15.

[19] 2911/2021, cit.

[20] Viene richiamata Cass. 25.6.2019 n. 37628, C, Rv. 276697.

morale e materiale.
Orbene, ora paragoniamo questo caso a quello sotteso all'esaminata ordinanza di rimessione - pur con tutte le cautele derivanti dal fatto che tale ordinanza non è una pronunzia sul merito. Il secondo, diversamente dal primo, comporta, stando al giudice remittente, che per quattro mesi vi è stata una relazione affettiva forte e stabile, e un progetto di vita unito all'impegno di stabilità, assistenza e reciproca fedeltà, impegno di assistenza pur tradito dal partner maltrattante, ma non dalla donna offesa. Parrebbe non manchino i requisiti che, in relazione all'altro caso, la Cassazione ha enunciato, se il dato decisivo sono gli appena menzionati doveri, che sussistevano, e la stabilità, di cui sùbito si dirà. I due casi hanno in comune anche il dato della coabitazione non continua, la quale tuttavia non è mai stata considerata decisiva di per sé quanto all'esistenza di una convivenza o di una famiglia c.d. di fatto, mentre per il resto si tratta in entrambi i casi di coabitazione che ha un connotato di stabilità perché è stabilmente reiterata rispettivamente nei fine settimana e durante i turni di riposo del *partner*, sicché corrisponde, a nostro avviso, pure alla cennata, e rilevante per la Cassazione, assidua frequentazione della casa del compagno.

4. La Corte di cassazione ha poi recepito l'autorevole appello al principio di legalità penale, tentando di chiarire congruamente cosa debba intendersi per convivenza, in modo tale da soddisfare il divieto di analogia penale. Gli esiti dei due tentativi che di seguito commenteremo paiono sancire un fallimento, poiché non solo sono entrambi insoddisfacenti rispetto al principio, ma anche divergono tra loro.

5. La prima pronunzia riguarda un caso in cui tra le due persone esisteva una relazione sentimentale ma senza un progetto di vita comune e senza una organizzazione stabile della quotidianità, relazione iniziata a gennaio, interrottasi per alcuni mesi e ripresa in luglio, sfociata secondo la decisione impugnata in una convivenza durata circa tre settimane, senza previsione di durata e dunque espressione non di mera occasionalità[21].
Al riguardo, la Corte di cassazione non aderisce al proprio precedente orientamento secondo cui la convivenza sussiste in una situazione caratterizzata dalla accertata esistenza di relazione sentimentale nella quale si sia instaurato un vincolo di solidarietà personale tra i *partner*[22]. Ritiene invece più pertinente al caso di specie l'orientamento secondo cui occorre valorizzare l'espresso riferimento, contenuto nell'art. 572 Cp (nella sua versione modificata dall'art. 4 l. 172/2012), alla figura del convivente, parificata a quella del familiare, come persona offesa di tale delitto, prendendo atto come con la formula *maltratta una persona della famiglia, o comunque convivente*, il legislatore abbia inteso far riferimento a condotte che vedono come persona offesa il componente di una famiglia intesa come comunità qualificata da una radicata e stabile relazione affettiva interpersonale, ovvero il soggetto che ad esso componente sia parificabile in ragione di una accertata relazione di convivenza che, lungi dall'essere riconoscibile nella presenza non continuativa di una persona nell'abitazione di un'altra, è solo quella che si crea quando la coabitazione della coppia sia caratterizzata da una duratura consuetudine di vita comune nello stesso luogo[23]. Pertanto, secondo

[21] Cass. 11.10 2022 n. 38336.
[22] Sono indicate: Cass. 3.11.2020 n. 37077, Rv. 280431; Cass. 25.6 2019 n. 37268, Rv. 276697; Cass. 12.6 2019 n. 43701, Rv. 277987.
[23] La pronunzia si rifà a Cass. 23.1.2019 n. 10222, Rv. 275617; Cass. 1.12.2021 n. 46097, D., non mass.; Cass. 6.9. 2021 n. 39532, B., non mass. Nello stesso senso, più succintamente, sulla scorta del monito proveniente dalla Corte costituzionale, Cass. 16.2.2022 n. 9663, secondo cui si impone una accezione ristretta di famiglia e di convivenza, quella cioè di una comunità connotata da una radicata e stabile relazione affettiva interpersonale, da una duratura comunanza d'affetti, che non solo implichi reciproche aspettative di mutua solidarietà ed assistenza, ma sia fondata sul rapporto di coniugio o parentela o, comunque, su una stabile condivisione dell'abitazione, ancorché, ovviamente, non necessariamente continua (annullamento con rinvio, in relazione ad un caso caratterizzato tra l'altro da coabitazione per un paio di mesi e nei fine settimana, reciproca assistenza in casi di malattia, assidua frequentazione, comune consuetudine

la Corte, di convivenza si può parlare solamente laddove risulti acclarata l'esistenza di una relazione affettiva qualificata dalla continuità e connotata da elementi oggettivi di stabilità: lungi dall'essere confuso con la mera coabitazione, il concetto di convivenza deve essere espressione di una relazione personale caratterizzata da una reale condivisione e comunanza materiale e spirituale di vita. Di conseguenza la sentenza d'appello è stata annullata – si badi – per vizio di motivazione, sul punto.
Ci pare che questo orientamento non sia in grado di resistere alla considerazione che la convivenza non necessariamente deve consistere (anche) nella stabile coabitazione, quando sussistano altri "elementi oggettivi di stabilità"[24]. Ciò che conterebbe in logica interna, è la relazione affettiva continua e stabile, espressione di una stabile relazione personale caratterizzata da condivisione e comunanza materiale e spirituale di vita. Comunque, non si tratta di un orientamento giurisprudenziale connotato da un sufficiente grado di precisione, dato che continuità e stabilità sono affidate ad esiti anche imprevedibili di apprezzamenti giudiziali, così come l'intensità necessaria a costituire la pretesa comunanza materiale e spirituale di vita. D'altra parte, il rapporto instaurato dalla Cassazione tra famiglia e convivenza è, a tacer d'altro, del tutto estraneo alla lettera della legge, poiché per effetto dell'avverbio comunque si realizza una cesura incolmabile tra le due comunità, tanto che la stessa relazione affettiva – ammesso e non concesso che sia essenziale alla nozione di famiglia- risulta priva di carattere accomunante. Per vero, certa giurisprudenza formatasi in tema di maltrattamenti in famiglia ha finito, come nella decisione in questione, per elevare un eventuale dato probatorio, quale è la relazione affettiva, a elemento essenziale per l'esistenza (prima) della cennata famiglia c.d. di fatto e (poi) della convivenza – e il guazzabuglio interpretativo viene incrementato dalla insipiente introduzione della relazione affettiva attuale o pregressa tra le aggravanti degli atti persecutori. In altre decisioni recenti che pure non sanno prescindere dalla relazione affettiva fino a farne il fulcro dell'opera definitoria, si pretende che il dato testuale fondi una «assimilazione tra familiare e convivente», salvo poi contraddirsi quando si tratta di mantenere la qualifica di familiare al coniuge separato non convivente, caso in cui prevarrebbe il dato formale per esplicitate ragioni di prevenzione criminale[25], senza tema di deludere le aspirazioni legalitarie. Eppure, fin dall'origine l'art. 572 Cp contempla, accanto alla famiglia, comunità estranee a relazioni affettive, nonché a coabitazione, e caratterizzate da rapporti di autorità o educazione, o istruzione o cura o vigilanza o custodia. Non meraviglia quindi che altra sentenza di cassazione, coeva a quella appena commentata, risponda all'appello alla legalità penale formulato dalla Corte costituzionale in tutt'altro modo, come esponiamo di seguito.

6. La cennata divergenza poggia sulla considerazione che il carattere comune alle ipotesi contemplate

con amici e parenti). Cfr. Cass. 10.5.2022 n. 21087, che in un caso di maltrattamenti quotidiani della madre e della sorella, presso le quali l'uomo aveva vissuto per il breve periodo di un mese, ha ritenuto che se la convivenza si è protratta per un periodo limitato occorrerà che i maltrattamenti siano posti in essere in maniera continuativa e ravvicinata - la durata complessiva dell'arco temporale entro il quale si manifestano le condotte essendo un dato tendenzialmente neutro ai fini della configurabilità del reato.

[24] Secondo Bartoli, *op. cit.*, 209, la convivenza può trarsi sia da elementi oggettivi indicativi di una vita quotidiana condotta assieme anche sul piano spazio-temporale, nonché da una decisione a monte di progetto di vita assieme consistente nella condivisione delle scelte significative.

[25] Cass. 15.9.2022 (dep. 3.3.2023) n. 9187, in *Altalex* 23.3.2023, con nota di A. Carioli; Cass. 20.12.2022 (dep. 6.3.2023) n. 9384. Secondo queste pronunzie, la definizione di convivenza proietta il rapporto, cioè la volontà della coppia avente stretto legame affettivo, in una dimensione di impegno e di progetto di vita, con decisione, liberamente revocabile, di comunione spirituale e materiale di vita, a prescindere dalla realizzazione concreta della stabilità. Vengono individuati inoltre una serie di elementi utili alla prova e quindi da non intendere come requisiti essenziali, tra i quali la coabitazione («che sempre più costituisce un dato recessivo», eventualmente mancante per varie ragioni). Per l'esclusione della coabitazione dai requisiti essenziali v. inoltre, Cass. 24.2.2023 n. 8447, secondo cui il vero ed unico presupposto indefettibile è l'esistenza di una relazione interpersonale che per le sue caratteristiche sia equiparabile alla famiglia che origina dal rapporto coniugale, cioè una relazione basata sulla condivisione di un progetto di vita comune, improntata da affetto, solidarietà umana e reciproca assistenza (c.d. convivenza *more uxorio*).

nella fattispecie dei maltrattamenti, comprese quelle relative alle relazioni di cura, istruzione eccetera, è il rapporto di prossimità che si crea in una stabile frequentazione, per cui il reato implica necessariamente una relazione personale attuale che comporta per la vittima e l'autore del reato la condivisione prolungata di spazi e contesti deputati allo svolgimento di determinate attività[26]. Secondo questo orientamento, correlatosi a consolidata giurisprudenza che ha ritenuto configurabile il reato di maltrattamenti in famiglia in ambito scolastico, nei luoghi di lavoro, come pure all'interno di strutture sanitarie, proprio l'elencazione contenuta nella seconda parte dell'art. 572 Cp, fa scoprire la *ratio* dell'incriminazione, rivolta verso condotte maltrattanti la cui commissione è agevolata dal rapporto di stabile prossimità che si instaura tra autore del reato e persona offesa, sicché la fattispecie attiene alla frequentazione prolungata e alla continua possibilità per il soggetto maltrattante di interagire con la vittima. Per la Corte, la prossimità tra vittima e soggetto maltrattante è quindi l'elemento che giustifica il trattamento sanzionatorio più grave rispetto a quello applicabile a colui che pone in essere le medesime condotte delittuose in assenza di una stabile relazione - di tipo familiare, ma anche di altra natura - con la persona offesa, proprio perché il legame interpersonale espone maggiormente la vittima alle condotte delittuose ed acuisce l'offensività delle stesse.
Questo orientamento, che pare attagliarsi anche al caso sotteso all'ordinanza di rimessione e alla sentenza costituzionale sopra esaminate, è secondo noi per certi versi più calzante, in quanto esprime in buona sostanza un nucleo iniziale di dati in qualche misura afferrabili, sui quali si erge una comunità in cui i legami interpersonali sono caratterizzati da affidamento, una comunità di affidamento (*Vertrauengemeinschaft*). Proprio l'affidamento, a nostro avviso, è ciò che rende maggiormente esposta la vittima e acuisce l'offensività di condotte che ne disattendono le aspettative. Tuttavia non è ancora raggiunta una sufficiente determinazione. Con l'espansione della famiglia c.d. fatto e poi con l'introduzione del "comunque convivente", i riferimenti alla condivisione di spazi e contesti deputati allo svolgimento di attività, con il conseguente rapporto di prossimità, che quest'ultima decisione della Cassazione valorizza, non sono correlati a quelle attività *determinate*, cioè cura, educazione vigilanza etc., che la stessa Corte mette in gioco, e che però sono tutte connotate, se non necessariamente dai sottostanti rapporti *giuridici*, almeno da precisi *rapporti nominati* che poi devono realizzarsi in fatto[27], costituendosi l'affidamento e la conseguente presa in carico di un soggetto da parte di un altro. In tema di convivenza, quei rapporti restano indefiniti e in attesa che il giudice ne integri meglio i connotati, individuando creativamente anche doveri e obblighi di varia solidarietà sulla base della semplice situazione di fatto, così come del resto individua

[26] Cass. 30.11.2022 n. 45520 (conf. Cass. 15.2.2023, n.10914). La Corte non aderisce all'orientamento che riteneva configurabile il delitto di maltrattamenti in famiglia anche nei casi di cessazione della convivenza *more uxorio*, quando tra i soggetti permaneva un vincolo assimilabile a quello familiare, in ragione di una mantenuta consuetudine di vita comune o dell'esercizio condiviso della responsabilità genitoriale *ex* art. 337 ter Cc (da ultimo, Cass. 26.11.2021 n. 7259, dep. 2022, Rv. 283047). Secondo questo orientamento il reato sarebbe configurabile, nonostante l'avvenuta cessazione della convivenza, ove la relazione tra i soggetti rimanga comunque connotata da vincoli solidaristici, mentre si configurerebbe il reato di atti persecutori, nella forma aggravata prevista dall'art. 612 bis Cp, comma 2, quando non residui neppure un'aspettativa di solidarietà nei rapporti tra l'autore e la persona offesa, non risultando insorti vincoli affettivi e di assistenza assimilabili a quelli tipici della famiglia o della convivenza abituale (Cass. 31.11.2020 n. 37077, Rv. 280431; Cass. 25.6.2019 n. 37628, Rv. 276697; Cass. 20.4.2017 n. 25498, Rv. 270673). Secondo altro indirizzo giurisprudenziale, le condotte vessatorie poste in essere da parte di uno dei conviventi *more uxorio* ai danni dell'altro, dopo la cessazione della convivenza, non sono riconducibili al reato di maltrattamenti in famiglia, potendosi ravvisare l'ipotesi aggravata del reato di atti persecutori *ex* art. 612 bis Cp, comma 2, ovvero, in difetto dei requisiti previsti da tale fattispecie, ulteriori e diverse ipotesi di reato (quali lesioni personali, minacce), poiché, terminata la convivenza, viene meno la comunanza di vita e di affetti, nonché il rapporto di reciproco affidamento che giustificano la configurabilità della più grave ipotesi di cui all'art. 572 Cp (Cass. 16.3.2022 n. 15883, Rv. 283436; Cass. 16.2.2022 n. 10626, Rv. 283003-02; Cass. 17.112021 n. 45095, Rv. 282398; Cass. 6.9.2021 n. 39532, B., Rv. 282254; Cass. 23.1.2019 n. 10222, Rv. 275617).

[27] L'opinione corrente ammette, con vari accenti, la rilevanza di rapporti solo di fatto (v., per tutti, con ult. ind., A. Spena, sub *art. 572*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, II, Milano 2019, 3605).

creativamente gli indici della cessazione della convivenza[28]. Tanto è vero che, per esempio, la sentenza di cassazione sopra esaminata (par. 3) cassa la decisione d'appello per difetto di motivazione in quanto non risultano elementi oggettivi da cui emergano i doveri di assistenza eccetera, senza alcun accenno alla necessità di coinvolgere qualche apparato giuridico o comunque normativo extragiuridico, neppure dati che esprimano qualsivoglia impegno da parte di uno o entrambi i *partner*. Infatti si afferma che il rapporto di *stabile* convivenza è come tale suscettibile di determinare obblighi di solidarietà e di mutua assistenza.
Orbene, pare opportuno rilevare che spesso, e soprattutto nei casi-limite concernenti relazioni affettive tra uomo e donna, nemmeno di fatto esiste un reale, reciproco affidamento con correlata presa in carico delle aspettative altrui, moralmente impegnativa, fermo restando che un rapporto di affidamento, se può eventualmente derivare da un legame sentimentale, non è ciò che crea il legame stesso, come lascerebbe invece intendere certa giurisprudenza[29]. L'affidamento corrisposto, bilaterale, è solo eventuale; di fatto, soprattutto nei casi più gravi il più delle volte all'uomo esso non passa nemmeno per l'anticamera del cervello, in una dimensione di dominio egoistico per cui la donna è riconosciuta solo come strumento e il suo affidamento, che invece di solito esiste, almeno inizialmente, viene a sua volta strumentalizzato dal *partner* maschio. Si aggiunga che l'affidamento di per sé rimane ben distinto dallo stato di soggezione che secondo molti sarebbe sotteso ai rapporti rilevanti *ex* art. 572 Cp, implicato da una immancabile supremazia di fatto[30]. L'affidamento non implica di per sé soggezione, e peraltro lo stato di soggezione non è essenziale[31] - spesso si verifica solo quando i maltrattamenti già esistono e per effetto di questi.

7. Dal 2019 l'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP) si è impegnata particolarmente in studi per la riforma del codice penale, compresi i delitti contro la persona, tra i quali i delitti in materia di famiglia e altre formazioni sociali esistenziali[32]. Il gruppo di lavoro per la riforma dei reati contro la famiglia ha presentato un provvisorio e comunque non esaustivo articolato concernente i *Delitti contro la persona in famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali*, da utilizzare come base in vista di migliori sviluppi. Vi compaiono tra l'altro nuove definizioni generali, nuove proposte di formulazione per il delitto di maltrattamenti e per il delitto di atti persecutori, in una cornice che vede il bene giuridico di categoria incarnarsi solo nella persona fisica, e non nella famiglia o nella formazione sociale, le quali sono solo il contesto in cui tali delitti si collocano[33].
Quanto alle definizioni, è previsto: che, agli effetti della legge penale, si intendano per famiglia e formazione sociale esistenziale una pluralità di persone, almeno due, legate da un rapporto, di fatto o

[28] Su questi indici v. Cass. 30.9.2022, n. 45400.
[29] Per es. Cass.pen. 15.9.2022, cit.
[30] Di recente, Spena, sub *art. 572*, cit., 3604, con ult. ind.
[31] Cfr. Cass. 18.1.2023 n. 8729, secondo cui per la configurabilità del reato di maltrattamenti non rileva il comportamento remissivo della vittima, perché richiedere alla persona offesa del reato di maltrattamenti di tenere comportamenti di passività, soggezione, docilità e accondiscendenza e, dunque, di non reazione alle condotte umilianti e violente, aldilà del non essere richiesto dalla norma e dall'imporre di non difendersi proprio rispetto ad un reato che lede un diritto umano, quale il diritto alla vita e all'integrità fisica e psichica, inverte l'oggetto dell'accertamento che viene illogicamente spostato dalla condotta dell'autore, di piegare la persona offesa proprio attraverso i maltrattamenti, all'eventuale condotta della vittima che è del tutto irrilevante; Cass. 17.1.2022, n. 809, secondo cui, a fronte di condotte abitualmente vessatorie, che siano concretamente idonee a cagionare sofferenze, privazioni ed umiliazioni, il reato non è escluso per effetto della maggiore capacità di resistenza dimostrata dalla persona offesa, non essendo elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice la riduzione della vittima a succube dell'agente.
[32] AIPDP-DiPLaP, *La riforma dei delitti contro la persona*, Milano 2023, 468 ss.; AIPDP, *Progetto di riforma del codice penale parte speciale, Riforma del codice penale in materia di famiglia e formazioni sociali esistenziali*, www.aipdp.it.
[33] L. Ferla, *Tutela della persona nell'ambito delle relazioni familiari. Prospettive di riforma dei reati contro la famiglia*, in AIPDP-DiPLaP, *La riforma*, cit., 560; A. Costanzo, *Interpretazione teleologica e reati contro la famiglia*, ivi, 540.

di diritto, di parentela o di affinità o coniugale o di unione civile o di adozione o di convivenza o di cura, vigilanza o custodia; che, agli effetti della legge penale, s'intendono per prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, gli adottanti e gli adottati, il coniuge, il convivente di fatto, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini di primo e secondo grado, gli zii e i nipoti, mentre nella stessa denominazione non si comprendono gli affini allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole; che, salvo che sia altrimenti stabilito, quando la legge penale considera la qualità di coniuge, questa si intende riferita alla parte di un matrimonio o di un'unione civile o di una convivenza paraconiugale, aventi effetti civili.

Inoltre, si specificano, contro creazioni giurisprudenziali di obblighi da solidarietà basata sul mero fatto, gli obblighi di protezione rilevanti, agli effetti dell'art. 40 co. 2 Cp (rapporto di causalità) secondo cui non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo: colui che esercita la responsabilità genitoriale ha l'obbligo giuridico di proteggere il figlio minorenne, o comunque incapace e convivente, dalle offese alla vita, all'integrità fisica, all'intangibilità sessuale ed alla libertà individuale; parimenti dicasi per il prossimo congiunto e chiunque abbia, anche temporaneamente, sostituito il genitore nell'esercizio della responsabilità genitoriale o abbia comunque assunto la custodia del minore o dell'incapace; i coniugi non separati, i conviventi di fatto, anche su base non affettiva, e le parti di un'unione civile tra persone dello stesso sesso hanno l'obbligo giuridico di reciproca protezione contro fatti lesivi della vita o dell'incolumità personale; i componenti maggiorenni e capaci della famiglia e della formazione sociale esistenziale hanno l'obbligo giuridico di reciproca protezione contro fatti lesivi della vita o dell'incolumità personale.

Quanto alle formulazioni dei reati, il reato di maltrattamenti viene anzitutto proposto in due versioni, una alternativa all'altra, che nella fattispecie base rispettivamente suonano:

1) *Maltrattamenti contro familiari e conviventi. Violenza domestica.* Chiunque maltratta in maniera reiterata il figlio, il genitore, il coniuge o l'altra parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, oppure altra persona a cui è legato, o è stato legato, da una stabile relazione di convivenza, è punito con la reclusione da due a sei anni;

2) *Maltrattamenti contro la persona nella famiglia e nelle formazioni sociali assimilate*. Chiunque maltratta una persona della famiglia coniugale, para-coniugale o mono- genitoriale o legata da intime consuetudini di vita, comunione di interessi e reciproca assistenza e solidarietà, anche senza coabitazione, o una persona a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da due a sei anni.

A completamento (e in attesa di miglior coordinamento) viene la figura dei *Maltrattamenti contro persone in affidamento*: chiunque, in maniera reiterata, maltratta una persona che, per ragioni di età, di salute, di lavoro è affidata alle sue cure o alla sua custodia è punito con la pena da due a cinque anni.

Il delitto di atti persecutori viene modificato, per quanto qui interessa, nel senso che alla "relazione affettiva" si sostituisce la "stabile convivenza" (così come in altre norme rilevanti in tema di famiglia e formazioni sociali).

Senza qui poter entrare a fondo ed esaustivamente nel merito di queste e altre proposte dell'AIPDP in tema di famiglia e formazioni sociali, ai nostri limitati fini basti notare in primo luogo che le novità corrispondono ad un recepimento tendenzialmente ampio degli orientamenti prima giurisprudenziali e poi anche legislativi in tema di famiglie, unioni civili e convivenze, secondo le esigenze e tentando di rimanere nei limiti del giure penalistico[34], quindi anche tentando di trarre ordinate indicazioni dalla

[34] Il profilo concernente i maltrattamenti sul luogo di lavoro è stato separato dagli altri e non è ancora stato oggetto di proposte condivise. V. al riguardo S. Larizza, *Piattaforma provvisoria per la riformulazione dell'art. 572 Cp*, in AIPDP-DiPLaP, *La riforma*, cit., 504 ss.; A. Merli, senza titolo, ivi, 508 ss.; S. Larizza, *Per una riformulazione dell'art. 572 Cp: quadro di sintesi delle posizioni espresse*, ivi, 520 ss.; G. De Simone, *La disciplina codicistica relativa ai delitti contro la libertà morale: spunti di riflessione per una futuribile riforma*, ivi, 316 ss. Inoltre rimane l'esigenza di coordinare la disciplina dei maltrattamenti con quella degli atti persecutori (v., nello stesso volume di AIPDP-DiPLaP, i contributi di

variegata casistica giurisprudenziale in tema di convivenza[35], e con l'arduo compito di riuscire a dare determinatezza mantenendo una elasticità sufficiente a consentire applicazioni ai casi nuovi del domani [36] . Emerge, tuttavia, tra l'altro, che nelle alternative di formulazione del reato di maltrattamenti si gioca ancora una partita molto aperta almeno sul fronte della sufficiente determinatezza, nonché su quello dell'estensione delle formazioni sociali rilevanti, che nella definizione sopra riportata non trovano una puntuale precisazione di cosa caratterizzi la convivenza.

Con riferimento alla prima delle due formulazioni, si apprezza il tentativo di incrementare i dati tipici, ma ci si può ancora chiedere se la richiesta stabilità della convivenza (ora ridotta all'ambito "domestico", come da rubrica) escluda o includa, e se ragionevolmente sotto il profilo penalistico e *de iure condendo*, casi di brevissima convivenza[37] o un caso non facile come quello deciso dalla citata sentenza di cassazione 17888/2021, secondo cui, premessa la differenza tra coabitazione e convivenza per cui l'una non implica l'altra e viceversa, rileva un rapporto di convivenza di breve durata, instabile e anomalo, purché sia sorta una prospettiva di stabilità e un'attesa di reciproca solidarietà, come quando si diano sette mesi di coabitazione incostante con varie interruzioni, un legame affettivo influenzato anche dalla intensa attività sessuale, con una convivenza quindi di durata breve ma dalla Corte giudicata significativa per il mantenersi di una relazione di complicità, sollecitata dalla donna maltrattata, pur dopo le denunce da lei sporte e l'intervento della Polizia e dell'Autorità giudiziaria. Così, il requisito della stabilità viene valutato, se non proprio in potenza, quanto meno secondo criteri interni alla comunità del caso, anche solo unilaterali. Ma ciò che conta per la Corte, pare a noi, è la persistenza della relazione e quindi, potremmo dire, dell'affidamento che qualifica specialmente il rapporto di prossimità, affidamento che poggia su basi sia oggettive che soggettive, ed è ciò che caratterizza la convivenza rilevante nei contesti considerati.

L'affidamento, anche unilaterale, implica di fatto l'impegno solidale e l'attesa di reciprocità, pur unilaterali. Come ipotesi di lavoro, a noi questo sembra un dato da assumere nella fattispecie al fine di connotarne più precisamente i limiti[38]. Nell'alternativa tra dar rilievo all'affidamento bilaterale oppure solo a quello unilaterale, ci pare preferibile il secondo corno: affidamento unilaterale purché connotato da stabilità (ma non necessariamente per tutta la durata dei maltrattamenti). La legge potrebbe quindi contemplare come soggetto passivo la "persona convivente che a lui stabilmente si affida, con aspettativa di comunione di interessi e reciproca assistenza e solidarietà, anche se l'affidamento cessa durante i maltrattamenti".

La seconda formulazione del delitto di maltrattamenti definisce maggiormente e restringe molto di più l'ambito rilevante, anzitutto tramite le "*intime* consuetudini di vita", che in quanto tali escludono ogni convivenza in cui sentimenti e spirito non siano coinvolti[39]. Inoltre, una forte restrizione deriva

G. De Simone, A. Nisco e F. Bacco).

[35] Sull'opportunità in materia di individuare indicatori tipologici sulla base anche della casistica giurisprudenziale v., di recente, C. Cantisani, *op. cit.*, 29 s.

[36] L'esigenza di sufficiente elasticità è affermata da M. Riverditi, *op. cit.*, 582.

[37] V. per esempio il caso sotteso a Cass. 26.9.2022 n. 36194.

[38] Diversamente, viene proposto di valorizzare la stabilità della convivenza intesa come coabitazione tendenzialmente stabile, poiché tale convivenza coglierebbe il nucleo importante della figura dei maltrattamenti, che consisterebbe nella difficoltà per il soggetto maltrattato di sottrarsi al trattamento lesivo altrui (T. Trinchera, *La convivenza quale requisito tipizzante della fattispecie di maltrattamenti in famiglia. Una proposta di lavoro*, in AIPDP-DiPLaP, *La riforma*, cit., 600 ss., 613). Questa proposta, da cui emergono profili imprescindibili di importanza della convivenza, che peraltro a noi non sembra dover implicare così intensamente la coabitazione, ci parrebbe escluda quanto meno i casi in cui sarebbe possibile un *commodus discessus*, mentre però non connota affatto la convivenza tramite dati che indichino l'esistenza di uno stato di soggezione: la coabitazione pur stabile non esprime infatti da sé uno stato di soggezione, e nemmeno la difficoltà di sottrarsi ai maltrattamenti. Inoltre, a noi pare che lo stato di soggezione e la difficoltà di evitare i maltrattamenti non siano dati necessari. L'incriminazione è opportuna anche in relazione ai casi in cui vi è, per esempio, solo tolleranza dei maltrattamenti in atto.

[39] Trattasi di requisito che a nostro avviso schiude ad un eccessivo ingresso in sfere personalissime, oltre che a spinosi problemi probatori.

dal requisito della *comunione* di interessi e da quello della *reciproca* assistenza e solidarietà, che è idoneo ad escludere le ipotesi di affidamento solo unilaterale. Qui pure parrebbe opportuno interrogarsi sull'opportunità di inserire quanto meno il dato dell'affidamento unilaterale, cioè la "persona che a lui si affida in una convivenza legata da intime consuetudini di vita, con aspettativa di comunione di interessi e reciproca assistenza e solidarietà, anche senza coabitazione e anche se l'affidamento cessa durante i maltrattamenti".

Si tratta, appunto, di proposte di lavoro, che esterniamo al fine di suscitare arricchimenti della nostra riflessione su un tema che ancora non ci sembra aver raggiunto un sufficiente grado di precisione, anche per la grande difficoltà di tener separati il dato criminologico, che propone una casistica caleidoscopica difficilmente sintetizzabile in un tipo penalistico soddisfacente, la casistica giurisprudenziale che tende a recepire ampiamente il magma criminologico, e il dato normativo, i quali in materia tendono a confondersi scambiandosi i ruoli, e così pregiudicano la razionalità e chiarezza anche nel processo di individuazione di una futuribile, più congrua fattispecie astratta sufficientemente determinata.

AMBIENTE E DIRITTO PENALE: BREVI RIFLESSIONI FRA LE MODIFICHE AGLI ARTT. 9 E 41 COST. E LE PROSPETTIVE DI RIFORMA IN AMBITO INTERNAZIONALE*

di Licia Siracusa
(*Professoressa associata di diritto penale, Università di Palermo*)

Il contributo analizza l'impatto che il recente inserimento dell'ambiente in Costituzione può dispiegare in ambito penale, tanto rispetto all'ambiente quale oggetto della tutela penale, quanto sul versante della selezione dei modelli di illecito, soffermandosi in particolare sul problema delle possibili ricadute penalistiche del nuovo vincolo di solidarietà ecologica di tipo intergenerazionale. Seguendo il fil rouge del bene giuridico, la seconda parte del saggio ricostruisce invece i punti critici e le prospettive di sviluppo del diritto penale ambientale internazionale, alla luce della nozione di ambiente quale bene giuridico comune ed universale.
The paper analyses the impact that the recent inclusion of the environment in the Italian Constitution may have in the criminal law, both with respect to the criminally relevant notion of the environment and with regard to the selection of the types of criminal offences. From this point of view, the paper also takes into consideration the penal significance of the new bond of intergenerational ecological solidarity. Following the file rouge of the "bene giuridico", the second part of the essay is instead dedicated to the description of the critical points and the possible developments of international environmental criminal law, in the light of a conception of the environment as a common and universal legal good.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La nozione penalmente rilevante di ambiente alla luce della riforma dell'art. 9 Cost. – 2.1. Il riferimento all'interesse intergenerazionale. – 3. La modifica dell'art. 41 e l'ambiente come limite alla libertà di iniziativa economica. – 4. Cenni alle prospettive di riforma della tutela penale ambientale in ambito internazionale: l'ecocidio come crimine internazionale? – 4.1. La più agevole strada del ravvicinamento delle legislazioni penali statali.

1. La relazione fra ambiente e diritto penale è senza dubbio contrassegnata da profili di particolare complessità tanto sul piano della politica criminale, quanto sul versante teorico. Le oramai radicate istanze sociali di prevenzione e repressione – anche penale – dei danni ecologici si scontrano infatti con la necessità di tutelare interessi economici e condizioni di stabilità sociale di equivalente pregnanza. In un campo minato da forze contrapposte, il legislatore penale dell'ambiente è spesso chiamato a muoversi con la precisione di un funambolo che si avventuri lungo una corda tesa; alla ricerca costante di un corretto punto di equilibrio fra la molteplicità dei bisogni di protezione coesistenti in tale materia.
Dal punto di vista teorico poi, l'orizzonte tematico in cui si dipana la tutela penale dell'ecosistema appare vastissimo ed abbraccia un'ampia gamma di profili: dalla teoria del bene giuridico, alle funzioni della pena, dalla responsabilità da reato delle persone giuridiche, ai rapporti tra diritto penale e diritto amministrativo; dalla definizione della soglia di rischio penalmente rilevante sino ai profili della colpevolezza.
Nel breve spazio di questa relazione, non si ha certo la pretesa di affrontare tutte le questioni critiche che affollano la materia. Si è pertanto scelto di restringere il campo di osservazione a due tematiche trasversali, che riflettono il taglio multidisciplinare dell'incontro odierno: a) il problema della possibile incidenza sulla materia penale del recente inserimento dell'ambiente tra i valori

costituzionali espressi, da un lato; b) le prospettive di riforma del diritto penale ambientale in ambito internazionale, dall'altro lato. Su tale specifico versante, si registra infatti un sempre crescente interesse nei confronti della prospettiva di configurare nuovi crimini ambientali internazionali, a partire dall'idea che l'ambiente rappresenti un bene giuridico fondamentale, di portata universale[1].

2. Tra gli effetti più rilevanti ascrivibili alla revisione costituzionale dell'art. 9 Cost. sul versante penalistico, indubbiamente si annoverano i riflessi che possono discenderne rispetto all'individuazione della nozione penalmente rilevante di ambiente.
Nel settore ambientale, come negli altri ambiti dell'universo penalistico, la corretta definizione del bene giuridico oggetto della tutela penale non rappresenta di certo la chiave di volta per il superamento di tutti i problemi teorici o di legittimazione dell'intervento penale. Com'è noto, la fiducia incondizionata nella funzione critica del bene giuridico è oggi ampiamente ridimensionata. Da un lato, vi è il problema dell'incerto contenuto di tale categoria dogmatica e dell'assenza, a livello teorico, di una nozione comune e sufficientemente condivisa; dall'altro lato, a dispetto delle aspirazioni astratte, nella realtà, si è oramai dolorosamente sperimentata la ridotta capacità della nozione a fungere da effettivo criterio orientativo delle scelte di criminalizzazione del legislatore[2].
Nondimeno, pur con le dovute cautele, la categoria del bene giuridico conserva sicuramente un'assoluta centralità nella riflessione penalistica vuoi per il suo "peso" dogmatico, vuoi per le funzioni di carattere sistematico e interpretativo che le si possono ascrivere; ed infine, non da ultimo, per il fatto che essa costituisce un importante criterio politico-criminale per la selezione delle condotte meritevoli di sanzione penale[3].
Dal tipo di bene giuridico prescelto dipendono, per esempio, la collocazione sistematica fattispecie di reato e la soluzione di molte rilevanti questioni applicative (il problema della distinzione tra concorso di reati e concorso apparente di norme penali, il modo di intendere l'offesa penalmente rilevante etc.). Il bene giuridico oggetto di tutela condiziona poi la tipizzazione delle modalità di aggressione da sanzionare; ed infine, non vi è dubbio che in conformità con i principi di sussidiarietà e proporzione, tale categoria rappresenti uno dei presupposti alla stregua dei quali valutare la legittimità del ricorso alla tutela penale, piuttosto che ad altre, più blande forme di tutela giuridica.
Naturalmente, la centralità del concetto contraddistingue anche il diritto penale dell'ambiente. Qui,

---

* Il testo è una versione ampliata e corredata di note della relazione tenuta al Convegno *"Ambiente e diritto aspettando Godot"*, tenutosi all'Università di Cagliari il 19 maggio 2023.

[1] Sull'inquadramento dell'ambiente tra i beni fondamentali per l'umanità, L. Ferrajoli, *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio,* Milano 2022, 28 ss., il quale tuttavia esclude la riconducibilità delle aggressioni all'ambiente alla categoria dei crimini internazionali e prospetta piuttosto un radicale affrancamento della risposta globale a tali "crimini sistemici" dai paradigmi tradizionali del diritto penale. Nella visione di Ferrajoli, le responsabilità per i crimini di sistema contro l'ambiente sarebbero non di tipo individuale, ma di natura politica o morale ed il loro accertamento dovrebbe spettare a Corti *ad hoc,* il cui compito dovrebbe consistere non nella pronuncia di verdetti di condanna, bensì nella ricostruzione di "verità storiche", all'esito dell'analisi delle responsabilità politiche e sociali, e nell'individuazione delle relative misure riparatorie.

[2] Vastissima la letteratura sulla concezione critica del bene giuridico. Per limitarsi a richiami essenziali sul tema, si vedano F. Bricola, *Teoria generale del reato,* in *NssDI*, XIX, Torino 1973, 16 ss.; D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano 1976, 163 ss.; G. Fiandaca, *Note sui reati di pericolo,* in *Il Tommaso Natale* 1977, 182 e ss.; Id., *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale,* in *RIDPP* 1982, 42; Id., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino 2014, 13 ss.; F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, 70 ss.; M. Parodi Giusino, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano 1990, *passim*; V. Militello, *Rischio e responsabilità penale*, Milano 1988, *passim*; Id., *Dogmatica e politica criminale in prospettiva europea*, in *RIDPP* 2001, 431 ss.

[3] Scontato ribadire come le scelte di criminalizzazione non si esauriscano infatti nella selezione del bene giuridico oggetto di tutela penale, ma siano attività complesse, influenzate da una molteplicità di fattori; fra questi, gioca indubbiamente un ruolo determinante anche la percezione sociale di disvalore dei fatti presi in considerazione. La rilevanza dell'interesse protetto costituisce, cioè, solo una delle ragioni che sorreggono la valutazione di meritevolezza di pena delle condotte punite.

la riflessione teorica sulla natura e le caratteristiche del bene giuridico meritevole di tutela penale è stata per lungo tempo condizionata dall'assenza di un'espressa definizione costituzionale. Sino all'adozione della l.c. 11.2.2022 n. 1, l'ambiente veniva in effetti considerato un valore di rilevanza costituzionale meramente implicita, derivante dal combinato disposto dell'art. 9 co. 2 Cost. con gli artt. 32 e 2 Cost. Si trattava, cioè, essenzialmente di un interesse trasversale, di rilievo meramente sussidiario e strumentale rispetto alla tutela di altri interessi esplicitamente riconosciuti dal testo costituzionale.

Tale accessorietà di significato si rifletteva poi sul modello di tutela giuridica di tipo accessorio delineato dalla Costituzione. Il diritto ambientale traeva infatti la propria legittimazione dal fatto di costituire un importante mezzo per l'attuazione e la garanzia di altri valori costituzionali: il paesaggio (art. 9 co. 2 Cost.) e la salute individuale e collettiva (art. 32 Cost.). L'assenza di un'espressa costituzionalizzazione finiva, cioè, con il relegare l'interesse ecologico sullo sfondo della tutela di altri beni costituzionali, essendo esso concepito come mero strumento, piuttosto che fine in sé.

Neppure la riforma dell'art. 117 Cost. – che aveva inserito l'ambiente in Costituzione fra le materie di esclusiva competenza dello Stato – si era rivelata in grado di apportare un contributo significativo per il superamento di tale riduttivistica visione. Essa, come noto, non aveva fornito una precisa definizione di ambiente, né ne aveva esplicitato il rilievo costituzionale. E difficilmente avrebbe potuto farlo, considerato che non si trattava di una *norma principio*, ma di una *regola* sul riparto di competenze fra lo Stato e le regioni.

Ancorché non dirimente rispetto al problema del peso costituzionale da assegnare al valore ambientale, la modifica dell'art. 117 Cost. aveva però egualmente contribuito, seppure in minima parte, a far avanzare la riflessione teorica sulla nozione penalistica di ambiente. La netta linea di demarcazione tra competenze in materia ambientale e competenze nell'ambito del governo del territorio e della valorizzazione dei beni culturali e ambientali da essa tracciata lasciava infatti trasparire un cauto allontanamento del legislatore costituzionale da una concezione esclusivamente *antropocentrica* di ambiente, a vantaggio di una timida apertura verso una visione più marcatamente *ecocentrica*, ove il bene veniva inteso come oggetto distinto di tutela; ossia, come bene finale e autonomo rispetto al fascio di interessi intermedi ad esso collegati[4].

La svolta definitiva in questa direzione è tuttavia arrivata solo di recente, con l'entrata in vigore della l.c. 1/2002. Quest'ultima ha, per un verso, modificato l'art. 9 Cost., inserendovi espressamente la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni e per altro verso, ha affiancato la tutela dell'ambiente e della salute agli altri limiti costituzionali alla libertà di iniziativa economica privata, previsti dall'art. 41 Cost.

Senza tema di smentite, è possibile affermare che il principale merito di tale intervento di revisione costituzionale sia stato quello di aver definitivamente fugato ogni dubbio circa la rilevanza costituzionale del bene ambiente[5]; sinora riconosciuta solo in via interpretativa, anche dalla

[4] Sul significato e gli effetti dell'attribuzione all'ambiente del rango di bene finale sia consentito rinviare al nostro L. Siracusa, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione,* Milano 2007, 17 ss.

Nella dottrina costituzionalistica, le posizioni sulla nozione di ambiente ricavabile dall'art. 117 Cost., in combinato disposto con gli artt. 9 co. 2 Cost. (vecchia versione) e 2 Cost. risultano invece più articolate. Un primo orientamento reputa che la novella avesse delineato una nozione giuridica di ambiente intermedia, a metà strada tra l'antropocentrismo spinto e l'ecocentrismo estremo, C. De Fiores, *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione,* in *www.costituzionalismo.it* 3/2021, 142. Altri ritengono invece che la semplice menzione dell'ambiente e dell'ecosistema nell'art. 117 Cost. non siano state sufficienti a scardinare la visione antropocentrica del legislatore, per tutti, A. Riviezzo, *Diritto costituzionale dell'ambiente e natura umana,* in *QuadCost* 2/2021, 308 s.

[5] Sull'efficacia costitutiva della riforma, nonostante il valore costituzionale dell'ambiente fosse già patrimonio consolidato e condiviso nella giurisprudenza costituzionale e nella riflessione teorica, per tutti, R. Bifulco, *Primissime riflessioni alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente,* in *www.federalismi.it* 6.4.2022, 2 e A. Lamberti, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della l. cost. 1/2022,* in *Nomos* 3/2022, 5.

giurisprudenza costituzionale[6]. Connesso a tale profilo, vi è poi un altro indiscutibile pregio della neonata disciplina costituzionale; e cioè, il fatto che essa abbia affrancato la tutela giuridica dell'ambiente dal riferimento alla protezione in via strumentale di interessi costituzionali ulteriori e diversi, riconoscendole autonoma legittimazione. Inoltre, la consacrazione a principio costituzionale espresso dell'interesse alla protezione dell'ambiente fornisce un nuovo e più preciso parametro per lo scrutinio di legittimità costituzionale delle leggi, le quali d'ora in avanti saranno tenute a conformarsi anche all'obiettivo di un'efficace tutela ambientale[7].

Non va infine sottovalutato il dato, non certo di secondario rilievo, che in tal modo, l'ordinamento italiano finalmente si allinea alla scelta di campo compiuta da altri ordinamenti europei circa l'esplicita menzione dell'ambiente tra i valori costituzionali fondanti, approdando anch'esso al modello del c.d. "*costituzionalismo ambientale*"[8].

Anche sul versante del diritto penale, la novità costituzionale è destinata a sprigionare alcuni importanti effetti.

Il primo, forse più rilevante, concerne l'incidenza del principio espresso dall'art. 9 Cost. sul rafforzamento delle ragioni che legittimano l'intervento penale in tale settore. Non vi è dubbio infatti che la definizione costituzionale contribuisca a chiarire l'importanza del valore protetto. Essa spazza via la prospettiva di una protezione giuridica meramente trasversale e sussidiaria rispetto ad altri interessi o valori di portata costituzionale e sancisce la sicura rilevanza giuridica di tale campo di materia, conformando i valori costituzionali alla sensibilità ecologistica oramai ampiamente maturata nella società.

La svolta costituzionale si rivelerebbe poi determinante, ove ci si collocasse nell'ottica della discussa tesi che considera il riconoscimento espresso di valori costituzionali fonte di un preciso obbligo di criminalizzazione delle relative condotte lesive[9]. Nondimeno, non si può dire che il rifiuto di tale prospettiva teorica ne scalfisca l'importanza. Seppure privo di rilevanza costitutiva rispetto ad un presunto dovere di intervento penale, il nuovo art. 9 Cost. segna infatti una chiara scelta di campo di tipo valoriale da parte della Costituzione a favore dell'ecologia ed in tal modo, fuga ogni dubbio circa la carenza di legittimazione del ricorso al diritto penale nel settore della tutela ambientale; il quale esce senz'altro rafforzato dal passaggio del suo oggetto da una portata costituzionale meramente implicita alla costituzionalizzazione espressa.

Oltre che sul versante della definitiva affermazione della pregnanza delle istanze di tutela, la riforma potrebbe però rivelarsi foriera di rilevanti ricadute anche dal punto di vista, più strettamente tecnico, della connotazione del bene tutelabile in sede penale. Come si è visto, già la modifica dell'art. 117

---

[6] V., fra le altre, C. cost., 16.3.1990 n. 127; C. cost., 9.5.2013 n. 85 e C. cost., 23.3.2018 n. 58 sul caso Ilva, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* 26.3.2018.

[7] Lo osserva M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* 3/2021, 288 ss., il quale tuttavia nega che l'ambiente, in quanto valore composito, possa considerarsi un bene giuridico in senso tecnico (*ivi*, 306).

[8] Seppure con accenti e declinazioni diverse (principio programmatico, diritto soggettivo, vincolo rispetto alle generazioni future etc.), la tutela dell'ambiente è menzionata nelle Costituzioni di Portogallo, Spagna, Slovenia, Olanda, Germania, solo per citarne alcune. V. *Dossier* del Servizio Studi del Senato "*Modifiche agli artt. 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*", 2022, 23 e ss. Fra i molti contributi sul tema, per tutti, L. Bartolucci, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Osservatorio AIC* 4/2021, 5 ss. e G. Sobrino, *Le generazioni future entrano nella Costituzione*, in *QuadCost* 1/2022, 139 ss.

[9] Il riferimento è, com'è ovvio, alle discusse tesi di Franco Bricola che individuano nella Costituzione la fonte sia di limiti di tipo negativo, sia di vincoli a contenuto positivo, ossia di obblighi di incriminazione gravanti sul legislatore penale rispetto alla tutela dei valori costituzionali, in quanto tali meritevoli di protezione penale, v. F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., 14 ss. Per le critiche espresse in dottrina nei confronti di tale prospettiva, per tutti, G. Marinucci, E. Dolcini, *Costituzione e tutela di beni giuridici*, in *RIDPP* 1994, 349; T. Padovani, *Diritto penale*[12], Milano 2019, 108 e ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*[9], a cura di V. Militello, M. Parodi Giusino, A. Spena, Milano 2020, 260-262; F. Palazzo, R. Bartoli, *Corso di diritto penale. Parte generale*[9], Torino 2023, 66-69.

Cost. aveva contribuito ad affermare una nozione maggiormente orientata in senso *ecocentrico* dell'ambiente[10]. Nonostante l'imprecisione linguistica dovuta alla menzione dell'ecosistema al singolare e non al plurale[11], l'affacciarsi della questione ambientale nel testo costituzionale aveva comunque dispiegato effetti sul versante della nozione giuridica – e penalistica – di ambiente.
Ebbene, la nuova struttura dell'art. 9 Cost. irrobustisce la base costituzionale di tale dimensione *ecocentrica* del diritto ambientale. La neonata norma-principio infatti espressamente correla l'interesse ambientale con la protezione della biodiversità e degli ecosistemi. La distinzione dei tre oggetti di tutela non intende contrapporne i rispettivi nuclei concettuali, bensì prende in considerazione l'ambiente nella sua strutturale complessità, come insieme di ecosistemi connotati da condizioni di equilibrio dinamico tra gli elementi biotici e abiotici che li compongono[12]. Il punto di vista *antropocentrico* estremizzante viene, così, accantonato, in favore di una visione maggiormente *ecocentrica,* che individua nelle specie biotiche – compresa la specie umana – soltanto una delle componenti degli ecosistemi alla cui salvaguardia le politiche ambientali devono mirare[13].
Ciò vale anche per il versante penalistico, ove l'approdo costituzionale interviene a convalidare la scelta di campo a favore di un'impostazione di tipo *ecocentrico*, già compiutasi a livello di legislazione ordinaria, con l'adozione della l. 22.5.2015 n. 68 in materia di ecoreati. Questa ha infatti introdotto nel codice penale fattispecie incriminatrici i cui elementi costitutivi rimandano con tutta evidenza ad una tutela forte dell'ambiente quale bene finale[14]. Il sigillo costituzionale sbarra dunque definitivamente la strada a eventuali future marce indietro, in direzione di una nuova volatilizzazione dell'interesse protetto e verso un conseguente indebolimento del contrasto penale.

2.1. Vi è però un profilo del nuovo art. 9 Cost. che non trova corrispondenza nelle disposizioni penali a tutela dell'ambiente. Si tratta dell'espresso collegamento della tutela dell'ambiente *anche* all'interesse delle future generazioni.
Sul senso di tale inciso, la dottrina costituzionalistica ha proposto interpretazioni differenti. Alle posizioni critiche o, quantomeno, scettiche di chi segnala l'eccessiva ambiguità del riferimento e il connesso rischio di innescare un passo indietro, verso un'impostazione di tipo marcatamente antropocentrico[15], si contrappone l'opinione di chi invece accoglie con favore il richiamo introdotto, evidenziando come l'esplicita menzione del vincolo intergenerazionale faccia assurgere al rango di parametro costituzionale per il vaglio di legittimità delle future iniziative legislative un profilo della tutela ambientale, sinora rimasto sotto traccia e riconosciuto soltanto per via pretoria[16].
Non è possibile in questa sede soffermarsi analiticamente sulla pluralità di voci che affollano il

[10] Come da noi segnalato in *La tutela penale dell'ambiente,* cit., 23 e ss.
[11] Anomalia segnalata, tra gli altri, da M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, cit., 301.
[12] In tal senso, G. Amendola, *L'ambiente in Costituzione. Primi appunti*, in *www.osservatorioagromafie.it* e M. Cecchetti, *op. cit.*, 306. Sul tema, si registra tuttavia l'opinione contraria di chi reputa la distinzione non casuale ed anzi, perfettamente conforme alla diversa qualificazione giuridica che talune fonti internazionali assegnano alla biodiversità, da un lato, e agli ecosistemi, dall'altro lato, v. E. Di Salvatore, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *www.costituzionalismo.it* 1/2022, 7 s.
[13] In tal senso, anche, M. Poggi D'Angelo, *L'offesa scalare all'ambiente: contravvenzioni, eco-delitti, ecocidio. Spunti comparatistici con il nuovo reato di* mise en danger *ambientale*, in *www.legislazionepenale.eu* 3.3.2023, 3.
[14] Chi scrive, lo aveva segnalato in un commento a caldo della riforma, *La legge 22 maggio 2015 n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente,* in *DPenCont.* 2/2015, 203. Negli stessi termini, per tutti, L. Masera, *I nuovi delitti contro l'ambiente. Voce per il "Libro dell'anno del diritto Treccani 2016",* in *www.penalecontemporaneo.it* 17.12.2015, 3.
[15] F. Rescigno, *Quale riforma per l'articolo 9,* in *ww.federalismi.it* 23.6.2021.
[16] In tal senso, M. Checchetti, *op. cit.*, 309-312. *Contra*, E. Di Salvatore, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., 8 s., il quale osserva come inteso in tal modo, il parametro dell'interesse delle generazioni future renderebbe costituzionalmente illegittime leggi a termine o retroattive o leggi provvedimento a salvaguardia dell'ambiente.

dibattito extrapenalistico in materia. Su un aspetto però, si registra un sostanziale accordo in dottrina; e cioè sul fatto che, a monte delle ricadute di tale richiamo nei diversi settori dell'ordinamento giuridico, l'ancoraggio, seppure eventuale, della tutela ambientale alla solidarietà intergenerazionale uniforma la Costituzione italiana ad altre Costituzioni europee e ai valori fondamentali dell'UE[17].
Per quel che ci compete, restano tuttavia da chiarire gli effetti che tale previsione può esplicare in ambito penalistico.
Sul punto, si è osservato come l'ancoraggio del diritto ambientale all'interesse delle generazioni future rischi di innescare potenziali e rilevanti mutamenti nelle prospettive della tutela penale. La necessità di rapportare la prevenzione penale degli accadimenti lesivi anche alle future generazioni potrebbe infatti ampliare considerevolmente l'arco temporale di riferimento per l'apprezzamento del pericolo, inserendo tra gli elementi da prendere in considerazione per le prognosi di rischio anche fattori non facilmente governabili dalle conoscenze scientifiche[18].
La valutazione dei pregiudizi che i danni ambientali attuali sarebbero in grado di arrecare alle future generazioni proietterebbe il punto di vista di osservazione verso un orizzonte temporale aperto, la cui indeterminatezza mal si concilierebbe con il rigore nomologico richiesto per la determinazione della soglia del pericolo penalmente rilevante. Tale spostamento in avanti del riferimento temporale per i pericoli da prevenire finirebbe, in sostanza, con il far scivolare il diritto penale ambientale verso inaccettabili paradigmi di tipo precauzionale.
Il rischio paventato, per quanto realistico, può nondimeno essere evitato, attraverso un'interpretazione diversa e alternativa del significato penalistico da attribuire al vincolo tra generazioni.
In primo luogo, non va dimenticato che la disposizione costituzionale impiega una formulazione ampia, enunciativa non di una regola, ma di un principio a contenuto elastico. La proiezione di lungo periodo in chiave solidaristica e intergenerazionale rappresenta una prospettiva o, più precisamente, una linea programmatica che il legislatore è tenuto a prendere in considerazione nell'elaborazione delle politiche ambientali, complessivamente intese. D'ora in avanti, queste devono risultare, nella loro totalità, proporzionate, idonee ed efficaci a proteggere l'ambiente in modo conforme all'interesse intergenerazionale.
Sicché, più che rispetto alle singole disposizioni incriminatrici, il vincolo sembra gravare sull'insieme delle azioni messe in campo dal legislatore in materia ambientale; tanto più che esso viene declinato non in senso forte, come fascio di situazioni giuridiche soggettive la cui lesione può far sorgere una responsabilità dello Stato o dei singoli autori di reato, bensì in termini più elastici, come mero interesse o valore da bilanciare con altri di eguale peso costituzionale[19].

---

[17] Il riferimento alla responsabilità delle generazioni presenti nei confronti di quelle future si ritrova nelle Costituzioni tedesca, svizzera e ceca. In altre Costituzioni invece, il profilo dell'interesse intergenerazionale è implicitamente ricompreso nel concetto di sviluppo sostenibile, v. Costituzione del Belgio e del Portogallo. Infine, lo sviluppo sostenibile costituisce valore fondamentale per l'ordinamento europeo: artt. 3, 5, 21 co. 2 TUE; art. 37 Carta di Nizza. Su questi temi, tra gli altri, G. Sobrino, *op. cit.*, 140; M. Pignatti, *La tutela dell'ambiente negli ordinamenti giuridici europei. Le valutazioni ambientali come strumenti di bilanciamento degli interessi e dei diritti,* in *DPCE online* 2/2022, 1324.
[18] La tesi è di C. Ruga Riva, *L'ambiente in Costituzione. Cambia qualcosa per il penalista?,* in *www.sistemapenale.it* 16.2.2023, 6 e 7.
[19] Non a caso il legislatore costituzionale ha scelto di non declinare il vincolo intergenerazionale come un vero e proprio *diritto* delle generazioni future su quelle presenti; sul punto, M.A. Gliatta, *Ambiente e costituzione: diritti distributivi e riconfigurazione della responsabilità intergenerazionale,* in *www.costituzionalismo.it* 3/2021, 119.
In generale, sulle difficoltà di configurare una posizione giuridica soggettiva in capo alle generazioni future, fra i molti, M. Luciani, *Generazioni future, spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, a cura di R. Bifulco, A. D'aiola, Napoli 2008, 32 ss. Più di recente, G. Azzariti, *Appunt0 per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 – Modifica articolo 9 della Costituzione*, in *Osservatorio AIC* 1/2020, 72 testualmente afferma: «assai difficile configurare diritti soggettivi – o anche solo interessi legittimi pretensivi – per persone non nate, soggetti futuri ed indeterminati. Nessun interesse futuro può essere assicurato se esso appare giuridicamente indeterminato. Ecco

Il richiamo in questione, peraltro, non costituisce un'assoluta novità in campo normativo, essendo da tempo presente nella legislazione ordinaria, all'art. 3-*quater* del TuAmb (d.lgs. 3.4.2006 n. 152), ove la nozione di sviluppo sostenibile viene agganciata al bilanciamento fra bisogni delle generazioni attuali e qualità della vita delle generazioni future. Seppure privo della forza vincolante di un principio di rango costituzionale, il paradigma dello sviluppo sostenibile elaborato dal legislatore ordinario è già, per così dire, un principio immanente nel sistema; peraltro avallato dalla giurisprudenza costituzionale che lo ha riconosciuto ancor prima dell'espresso inserimento in Costituzione[20].
Nonostante la sua esistenza tanto nel diritto vivente, quanto nella legge scritta, il concetto di interesse intergenerazionale non ha però comportato, o anche soltanto agevolato la legittimazione di inaccettabili deviazioni del diritto penale dell'ambiente in direzione di logiche ispirate alla mera prevenzione di rischi del tutto incerti, né è stato in grado di innescare concreti interventi normativi in tal senso.
Al contrario, il passaggio da un modello di tutela penale incentrato sul pericolo astratto ad un altro contrassegnato da delitti d'evento è avvenuto dopo la codificazione del principio e malgrado il ricorso a illeciti di danno potesse in astratto risultare distonico rispetto al programma di tutela delle future generazioni. A legittimare tale radicale cambio di paradigma soccorrevano infatti principi diversi da quello dello sviluppo sostenibile e di sicura portata penalistica (proporzione ed *extrema ratio*); insieme al vincolo di adeguamento agli obblighi di criminalizzazione imposti dalla Dir. 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente[21]. Ciò conferma che il naturale terreno di elezione del paradigma solidaristico intergenerazionale, come del principio di precauzione sia non tanto quello del diritto penale, quanto quello delle politiche pubbliche extrapenali. È qui, in effetti, che il decisore pubblico e il legislatore dispongono degli strumenti adeguati all'implementazione di strategie di prevenzione incentrate su standard precauzionali e intergenerazionali.
Non va poi trascurato un altro elemento essenziale.
Facendo precedere il riferimento al vantaggio intergenerazionale dalla congiunzione *anche,* l'art. 9 Cost. sembra stabilire un vincolo solo *eventuale,* non indefettibile, fra la tutela dell'ambiente e quella dei futuri nati. In termini penalistici, tale correlazione evoca l'idea che la sussistenza del nesso eziologico tra l'offesa all'ambiente e la messa in pericolo delle generazioni future non rappresenti un requisito necessario di tutte le figure di reato, ben potendo il legislatore sanzionare fatti di lesivi solo dell'interesse ecologico e rispetto ai quali non emerga tale correlazione. In altre parole, alla luce della disposizione costituzionale, non occorre che tutte le fattispecie incriminatrici puniscano offese all'ecosistema che risultino altresì in grado di compromettere le condizioni di vita delle generazioni future, secondo uno schema di causalità addizionale o cumulativa. La selezione dei fatti di inquinamento penalmente rilevanti *può* incentrarsi *anche, ma non solo* sul requisito della proiezione della lesione verso le future generazioni.
Inteso in questi termini, il richiamo alla solidarietà ambientale fra generazioni può persino sprigionare ricadute penalistiche di segno opposto a quelle sopra paventate.
Pare infatti più corretto rapportare il parametro in questione non tanto alle *micro-lesioni* agli ecosistemi, di per sé incapaci di pregiudicare in modo irreparabile – anche per il futuro – l'ambiente di vita dell'uomo e pertanto estranee alla sfera operativa del vincolo, quanto alle *macro-lesioni* ambientali; vale a dire, ai danni di maggiore portata e significatività, che risultano in grado di

perché è assai meglio puntare sulla responsabilità delle generazioni presenti. Imponendo limiti e/o obblighi per comportamenti ecosostenibili».

[20] V. C. cost., 20.3.2006 n. 126 e C. cost., 23.11.2022 n. 282. Sul tema, S. Grassi, *Ambiente e Costituzione,* in *RQuadrDirAmb* 3/2017, 12 ss.

[21] Su questi temi e per i relativi riferimenti bibliografici, v. L. Siracusa, *Osservazioni sulla proposta di riforma dei reati ambientali del gruppo di studio dell'Associazione dei Professori di Diritto Penale,* in AA.VV., *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DipLap*, 2023, 890, consultabile in *www.aipdp.it*.

proiettare a lungo raggio i propri effetti lesivi, sino a compromettere in maniera definitiva o comunque, molto duratura le condizioni di vita degli esseri umani presenti e futuri. Piuttosto che un *input* all'eccessivo arretramento della soglia di tutela penale, il riferimento all'interesse delle future generazioni può allora venire in rilievo entro la cornice della proporzione e dell'*extrema ratio,* come specifica declinazione di tali principi nel particolare ambito della tutela dell'ambiente.
In questa diversa prospettiva e provando a compiere una valutazione di conformità delle norme penali vigenti al nuovo principio della solidarietà ambientale intergenerazionale, ad apparire pienamente in linea con esso sono non tanto gli illeciti di pericolo o di *mero rischio,* quanto, piuttosto, le fattispecie che incriminano le forme più avanzate di aggressione all'ambiente; e fra queste ultime, in primo luogo, il disastro ambientale (art. 452-*quater* Cp). Il carattere irreversibile o tendenzialmente irreversibile dell'evento lesivo di tale figura di reato si presta infatti agevolmente ad una lettura conforme all'art. 9 Cost., nella misura in cui l'arco temporale di riferimento per la stima della possibilità di neutralizzazione del danno ambientale cagionato dal reato venga proiettato oltre la durata media di una vita umana[22]. L'interesse intergenerazionale può, cioè, costituire l'orizzonte cronologico entro cui parametrare l'impossibilità di ripristinare i preesistenti equilibri ambientali alterati dalla condotta illecita.
Difficile risulta invece individuare un collegamento tra l'offesa all'ambiente e il pericolo per le generazioni future rispetto all'altra fattispecie cardine del sistema dei delitti ambientali: il reato di inquinamento ambientale (art. 452-*bis* Cp). Qui, l'accadimento lesivo punito è meno grave di quello previsto dall'art. 452-*quater* Cp e consiste in un deterioramento e in una compromissione significativi e misurabili, ma non irreversibili. La proiezione offensiva del fatto verso il pregiudizio all'interesse intergenerazionale rimane soltanto sullo sfondo, in quanto non appartiene affatto al nucleo di disvalore tipico dell'illecito.

3. Più sfumate appaiono infine le ricadute penalistiche del nuovo art. 41 Cost. Il riconoscimento espresso dell'ambiente come limite alla libertà di iniziativa economica insieme alla salute e all'utilità sociale rappresenta la formalizzazione di un orientamento interpretativo già ampiamente consolidato nella giurisprudenza costituzionale[23]. Sicché, non è agevole prevedere quale sarà l'incidenza di tale modifica nei vari settori dell'ordinamento e nello specifico, sul versante penalistico.
Tanto le norme penali a tutela dell'ambiente, quanto il variegato universo delle disposizioni extrapenali che fissano limiti alle attività inquinanti o ne regolano le relative autorizzazioni rappresentano una concretizzazione dell'interesse ecologico come limite al libero esplicarsi dell'attività economica privata; limite, con tutta evidenza, operante da prima che intervenisse la revisione costituzionale.
Gli effetti della riforma potrebbero forse intravedersi sul versante della gerarchia dei valori richiamati dall'art. 41 Cost. Ma sul punto, sia nei primi commenti alla novella che nel dibattito che l'ha preceduta, si è costantemente segnalata l'impossibilità di configurare una rigida scala gerarchica tra i principi e i valori costituzionali. Questi compongono un quadro composito che necessita di costanti bilanciamenti, nel quale non è ammesso la tirannia di uno sugli altri[24]. E ciò vale anche rispetto ai valori sanciti dal nuovo art. 41 Cost.
Si può forse ipotizzare – come taluno ha fatto – che la novella renderà più severo il giudizio di costituzionalità rispetto a norme penali che abbassassero il livello della tutela giuridica dell'ambiente,

[22] Tenendo, nondimeno, in conto che il fattore temporale è soltanto una delle variabili da prendere in considerazione per la valutazione di irreversibilità della lesione ambientale.
[23] Si vedano, oltre alle pronunce richiamate in nota 5, anche C. cost., 16.3.1990 n. 127; C. cost., 30.6.1998 n. 196.
[24] In tal senso, A. Lamberti, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della l. cost. 1/2022,* cit., 15 s. e L. Cassetti, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?,* in *www.federalismi.it* 4/2022, 197-199.

prevedendo, per esempio, "scudi penali" per taluni autori di reato o per specifiche attività inquinanti[25]. Nondimeno, anche su tale fronte, è improbabile che la Corte costituzionale si distaccherà dagli orientamenti maturati da tempo (si veda, ancora una volta, il caso "Ilva"), giungendo a riconoscere una sicura primazia del valore ambientale rispetto ad altri interessi cui tali disposizioni intendano assicurare copertura.
Quanto alla possibilità, pure paventata dalla medesima dottrina, che il parametro costituzionale possa essere invocato dai giudici per legittimare la pretesa dell'osservanza da parte dell'imprenditore di cautele o limiti di emissione più restrittivi di quelli prescritti dalla legge o dalla pubblica amministrazione[26], è chiaro che ove ciò si verificasse, il problema coinvolgerebbe la sostenibilità di tali orientamenti rispetto ai principi fondamentali del diritto penale e ad alcune categorie dogmatiche (colpevolezza e inesigibilità della condotta doverosa omessa, rapporti tra colpa generica e colpa specifica, ruolo dell'autorizzazione amministrativa nella struttura del reato; soltanto per citarne alcuni).
Infine, appare alquanto irrealistico che i novellati artt. 9 e 41 Cost. possano legittimare una lettura "abolizionista" dell'avverbio *abusivamente*, presente nella struttura degli eco-delitti, in grado di giustificare l'applicazione delle norme incriminatrici del disastro o dell'inquinamento ambientale anche a condotte "non abusive"[27]. Prevista per delimitare la soglia del rischio consentito rispetto alle attività rischiose per l'ambiente, tale clausola garantisce *ex ante* un equo bilanciamento tra le istanze di tutela dell'ecosistema e la libertà di iniziativa economica e vieta che sia il giudice a farsi artefice di tale perimetrazione.

4. Il breve spazio di questa relazione non ci consente di approfondire un tema tanto complesso come quello della tutela penale dell'ambiente nel contesto internazionale. In tale ambito, la possibilità di ricorrere allo strumento penale per contrastare le aggressioni all'ambiente è infatti ancora in divenire. A fronte delle fortissime spinte dell'opinione pubblica e della società civile verso la criminalizzazione a livello interstatale delle condotte inquinanti, i risultati ottenuti sul piano normativo appaiono ancora molto esigui.
Ad ostacolare la prospettiva della creazione di un diritto penale ambientale neppure "universale", ma almeno "armonizzato" concorrono invero una molteplicità di fattori politici, difficoltà teoriche e discussioni sul metodo.
Quanto alle ragioni extra-giuridiche, è evidente come all'avanzamento dell'intervento penale a tutela dell'ambiente a livello della comunità internazionale si frappongano tanto gli interessi delle c.d. "economie emergenti", refrattarie all'implementazione di limiti di ecosostenibilità al loro processo di espansione, quanto la strisciante ipocrisia delle nazioni già sviluppate, poco disposte a rinunciare alla propria egemonia economica attraverso un contenimento in senso ecologico delle attività industriali sulle quali questa si è storicamente fondata.
Non meno rilevanti sono poi gli ostacoli di carattere teorico e metodologico rispetto alla prospettiva dell'edificazione di un diritto penale ambientale internazionale.
Su tale versante, si scontrano due distinti approcci al problema. Il primo propone di inglobare i crimini ambientali fra i crimini internazionali di competenza della Corte Penale Internazionale o di Corti Penali Internazionali, istituite *ad hoc* per tali tipi di illeciti. Il secondo suggerisce invece di percorrere la strada dell'armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati, sul modello della Convenzione Onu di Palermo contro il crimine organizzato transnazionale.
I due punti di vista hanno trovato una plastica rappresentazione nei due importanti progetti di convenzione internazionale in materia di crimini ambientali, elaborati da un gruppo di esperti in

[25] C. Ruga Riva, *op. cit.*, 5.
[26] C. Ruga Riva, *ibidem*, 5.
[27] Il riferimento è alla tesi di G. Amendola, *op. cit.*

materia di reati ambientali, in occasione della conferenza sul clima di Parigi del 2015: il progetto in materia di ecocidio e la proposta di convenzione contro la criminalità ambientale.
Il progetto sul crimine di ecocidio ingloba i delitti ambientali nel nocciolo duro dei crimini contro l'umanità e prevede il ricorso alle tecniche normative e agli strumenti di contrasto propri del diritto penale internazionale *stricto sensu* inteso[28]. La proposta di convenzione contro la criminalità ambientale si colloca invece nel solco di una strategia di contrasto già sperimentata per altri fenomeni criminali in quanto mira al rafforzamento della cooperazione penale tra Stati e all'armonizzazione delle normative penali interne[29].
Entrambe le prospettive presentano, com'è noto, limiti oggettivi ed altrettanti pregi.
Se l'idea di configurare un nuovo delitto di ecocidio come crimine internazionale è soggetta alle difficoltà relative alla corretta tipizzazione delle condotte lesive e all'identificazione del bene giuridico tutelato e deve superare lo scoglio della natura seriale e sistemica dei comportamenti sanzionati[30], la strada del diritto penale convenzionale o transnazionale si scontra invece con il problema di possibili inerzie degli Stati nella ratifica e nell'implementazione del testo e con il rischio di una forte disomogeneità degli atti normativi interni adottati per la trasposizione delle prescrizione imposte. Viceversa, l'inserimento dei delitti ambientali nel novero dei *core crimes* di competenza della Corte penale internazionale o di Corti istituite *ad hoc* per il perseguimento della criminalità ambientale consentirebbe di bypassare il problema dell'armonizzazione delle legislazioni penali interne e di superare il filtro delle giurisdizioni dei singoli Stati, sulla falsariga di un modello di "giustizia penale ambientale di tipo universale". D'altra parte, tale seconda opzione restringerebbe la risposta penale alle macro-lesioni ambientali, mentre lo strumento convenzionale disporrebbe di un maggiore raggio di azione e potrebbe colpire una più vasta gamma di condotte lesive.
Più di recente infine, l'interesse verso la prospettiva di introdurre uno o più crimini ambientali internazionali o universali è stato ravvivato dalla proposta di inserire il reato di ecocidio come "quinto crimine" ricadente nella giurisdizione della Corte Penale Internazionale, elaborata nel 2021 da un gruppo di esperti indipendenti incaricati dalla "*Stop Ecocide Foundation*" di fornire una definizione giuridica di tale illecito[31] .

4.1. La discrasia appena segnalata in ambito internazionale tra il livello avanzato della riflessione

[28] Per un'analisi approfondita della proposta si rinvia al fondamentale contributo di L. Neyert, *Des ecocrimes à l'ecocide. Le droit pénal au secours de l'environnement,* Bruxelles 2015.
[29] A. Nieto Martín, *Cambio climático y Derecho Penal internacional del medio ambiente,* in *Jueces para la democracia* 2020, 63 ss.
[30] Su questi temi, fra i molti, A. Nieto Martín, *Hacia un Derecho penal internacional del medio ambiente,* in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 16/2012, 137 ss.; Id., *Bases Bases para un derecho penal internacional del medio ambiente*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 16/2012, 137 ss.; K. Martin-Chenut, L. Neyret, C. Perruso, *Rumo à internacionalizaçao da proteçeão penal do medio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio,* in *Brazilian Journal of International Law* 2015, 541 ss.; H.J. de Santana Gordilho, F. Ravazzano, *Ecocídio o Tribunal Penal Internacional,* in *Revista Justica do Direito* 2017, 688 ss.; R. Vicente Martinez, *Hacia un Derecho penal internacional medioambiental: catástrofes naturales y ecocidio*, in *Derecho penal económico y Derechos humanos*, a cura di E. Demetrio Crespo, A. Nieto Martín, Madrid 2018; A. García Ruíz, *Del ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica*, in *RECPC* 2018, 1 ss.; A. Greene, *The Campaign to make Ecocide an International Crime: Quixotic Quest or Moral Imperative,* in *Fordham Environmental Law Review* 2019, 1 ss.; P. De Serra Palao, *Cómo hacer frente a la impunidad ambiental: hacía una convención internacional contra el ecocidio,* in *Actualidad Jurídica Ambiental* 2020, 1 ss.; E. Fronza, *Sancire senza sanzionare? Problemi e prospettive del nuovo crimine internazionale di ecocidio,* in *www.legislazionepenale.eu* 17.3.2021; A. Vallini, *Ecocidio: un giudice penale internazionale per i crimini contro la terra? Introduzione,* in *www.legislazionepenale.eu* 17.3.2021.
[31] *Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide, Commentary and Core Text*, (2021), in *www.stopecocide.earth.* Per un quadro completo di tutte le proposte di criminalizzazione dell'ecocidio sinora elaborate, si veda V. Molteni, *La lunga strada verso la criminalizzazione dell'ecocidio: questioni giuridiche e dinamiche di effettività normativa e sociale,* in *DPenCont* 4/2021, 206 ss.

teorica e l'inerzia della dimensione politica rispetto ai problemi in ballo pare aver di recente subito un importante ridimensionamento. Dopo il lungo periodo di stasi seguito all'adozione della Convenzione di Basilea, si è infatti delineata una fase di insolito attivismo della comunità internazionale, favorito, in parte, da un contesto internazionale sempre più interessato alle questioni ambientali ed in parte, anche dalle opportunità di riforma offerte dal ricorrere del ventennale della Convenzione Onu sul crimine organizzato transnazionale. Proprio la Conferenza degli Stati-parte di tale Convenzione organizzata a Vienna nel 2020 ha in effetti fornito l'occasione per stimolare una più ampia riflessione sull'inadeguatezza degli strumenti normativi internazionali attualmente a disposizione contro la criminalità ambientale e per dare avvio ad un processo di revisione finalizzato a elaborare più efficaci strategie di contenimento delle aggressioni all'ambiente a livello globale.
In particolare, l'*input* verso un possibile allargamento delle misure di cooperazione penale è provenuto dalla presa di coscienza che i crimini ambientali costituiscano un terreno di azione privilegiato per la criminalità organizzata transnazionale non soltanto in ragione della loro dimensione ontologicamente transfrontaliera ma anche per la matrice strettamente economica che li connota e che li rende importanti fonti di guadagno per i gruppi criminali organizzati operanti in diverse nazioni.
Non a caso nel preambolo della *Risoluzione Falcone* adottata a Vienna il 16 ottobre 2020, in prospettiva di una revisione del testo della Convenzione ONU sul crimine organizzato transnazionale, gli Stati-parte sottolineano l'esigenza di estendere gli strumenti previsti dalla convenzione anche ad alcuni fenomeni criminali divenuti urgenze di carattere planetario a causa del cambiamento climatico, delle disuguaglianze economico-sociali, delle situazioni di instabilità politico-istituzionale e della pandemia; come la tratta di esseri umani, il traffico illecito di migranti, la produzione e circolazione illecita di armi e munizioni ed i crimini ambientali[32].
Tale sollecitazione si affianca al contenuto di un'altra Risoluzione adottata in contemporanea dagli Stati-parte su iniziativa della Francia e finalizzata a "*prevenire e combattere i reati che incidono sull'ambiente e rientrano nell'ambito di applicazione della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale*"[33] con la quale si auspica che gli ordinamenti nazionali configurino i crimini ambientali come "reati gravi" ai sensi dell'art. 2 lett. *b* della Convenzione di Palermo, in modo da assicurare che ove essi abbiano carattere transnazionale e siano commessi da gruppi criminali organizzati, possano trovare applicazione le disposizioni previste nella convenzione e le relative norme interne di attuazione (punto n. 4). Nel testo, viene inoltre evidenziata tanto l'urgenza di adottare a livello nazionale misure idonee ad assicurare che le persone fisiche e giuridiche coinvolte in crimini organizzati transnazionali contro l'ambiente e nei reati connessi contemplati dalla Convenzione siano penalmente perseguite, quanto la necessità di prevedere sanzioni – anche di carattere pecuniario – a deguate proporzionate e dissuasive nei confronti degli enti collettivi.
Tali disposizioni sono, com'è evidente, mero *soft law* non cogente, di gran lunga meno efficace di prescrizioni vincolanti di rango convenzionale. Tuttavia, ne è indubbio il rilievo strategico sia per l'indiscusso valore simbolico, sia perché esse costituiscono una fondamentale base di partenza per la futura revisione delle convenzioni vigenti. Il fatto che gli Stati-parte abbiano inteso impegnarsi ufficialmente per estendere alla criminalità ambientale transnazionale le misure di contrasto previste dalla Convenzione di Palermo rappresenta un punto di svolta cruciale in vista delle imminenti riforme. L'individuazione di uno strettissimo *linkage* tra criminalità organizzata e illeciti ambientali è infatti premessa per un definito travaso in ambito ambientale dello straordinario livello di avanzamento raggiunto della normativa internazionale nel settore della criminalità organizzata.

[32] Il testo della Risoluzione è consultabile in *www.unodc.org*. Per i primi commenti, si rinvia a A. Balsamo, *Il contrasto alla dimensione economica della criminalità organizzata: dall'impegno di Gaetano Costa alla "Risoluzione Falcone" delle Nazioni Unite,* in *www.sistemapenale.it* 12.11.2020; C. Orlando, *Crimine organizzato e pandemia: l'intervento programmatico della "Risoluzione Falcone",* in *www.legislazionepenale.eu* 7.6.2021.
[33] Risoluzione n. 10/6 del 16.10.2020.

Dalla presa di posizione assunta, si ricava inoltre l'impressione che presso le Nazioni Unite non sia al momento prevalsa nessuna delle due opzioni politico-criminali prospettate in dottrina per la creazione di un diritto penale internazionale dell'ambiente ma si sia preferito percorrere una via intermedia che pur valorizzando il metodo della cooperazione tra Stati in vista della creazione di un diritto penale ambientale di natura convenzionale, nondimeno, configura quest'ultimo non come un corpo di autonome disposizioni impositive di obblighi di criminalizzazione ma come un settore ancillare a quello della criminalità organizzata, destinato ad acquisire rilievo in maniera indiretta, in quanto oggetto del programma di sodalizi criminali transnazionali.
La strada sembra dunque tracciata; così come inesorabile appare oramai il processo di riforma della normativa vigente, rispetto al quale è ragionevole presumere che le dichiarazioni contenute nelle due risoluzioni opereranno come un manifesto programmatico da cui trarre impulso per le scelte future.

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI COMPONENTI DEGLI ORGANI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI ALLA LUCE DELLE NOVITÀ INTRODOTTE DAL D.LGS. 12 GENNAIO 2019, N. 14 ("CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA")

di Giovanni Sodano
(*Dottore di ricerca in diritto penale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"*)

L'organismo di composizione della crisi può considerarsi, a giusta ragione, come vero e proprio *dominus* delle procedure volte al superamento della crisi da sovraindebitamento, introdotte dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3. Muovendo dall'analisi del suo nebuloso statuto normativo, il contributo mira a far luce sui possibili profili di responsabilità penale legati allo svolgimento del complesso ruolo affidatogli dalla legge, alla luce, in particolare, delle novità introdotte dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, meglio noto come "Codice della crisi d'impresa".
The crisis resolution organism can be considered as the true ruler of the procedures aimed at over-indebtedness crisis resolution, introduced by Law No. 3 of January 27, 2012.
Moving from the analysis of its clouded regulatory statute, the paper aims to shed light on the possible profiles of criminal liability related to the performance of the complex role entrusted to it by the legislation, in the light of the changes introduced by Legislative Decree No. 14 of January 12, 2019, better known as the "Business Crisis Code."

SOMMARIO: 1. Notazioni preliminari. – 2. La disciplina penale della crisi da sovraindebitamento. – 3. Il "nebuloso" statuto normativo degli organismi di composizione della crisi. – 3.1. Le novità introdotte dal d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 ("Codice della crisi di impresa"). – 4. Il dibattito relativo alla natura della qualifica soggettiva. 4.1. Analogie e differenze rispetto alla figura del professionista attestatore di cui all'art. 2 del c.c.i. – 5. I reati del componente dell'organismo di composizione della crisi. – 5.1. Il delitto di falsa attestazione: la rilevanza del falso valutativo. – 5.2. Il delitto di omissione o rifiuto di un atto d'ufficio. – 6. Profili di compartecipazione criminosa nei delitti del debitore insolvente. – 6.1. L'incidenza (eventuale) della regola della collegialità 7. La revoca e la conversione delle pene sostitutive.

1. La disciplina penale della crisi da sovraindebitamento rappresenta una delle aree meno frequentate del diritto penale fallimentare[1].
Introdotta dalla l. 27 gennaio 2012, n. 3[2], la previsione di una procedura tesa alla regolazione della crisi da sovraindebitamento può considerarsi come una delle tappe fondamentali di quel percorso di graduale "de-pubblicizzazione" del fallimento, culminato con l'entrata in vigore del d.lgs. 12 gennaio

[1] Per una ricognizione complessiva della materia, cfr. G. Insolera, *Riflessi penalistici della disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi d'impresa, in GC*, 3, 2006, 471; A. Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *RIDPP* 2006, 127; F. D'Alessandro, *Le disposizioni penali della legge fallimentare, in Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, *Disposizioni penali e saggi conclusivi*, Milano 2010, 56; S. Preziosi, *La responsabilità penale del professionista*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di L. Ghia, C. Picininni, F. Severini, VI, Torino 2012, 332

[2] Il provvedimento è stato a breve distanza già oggetto di modifica ad opera del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221. In argomento, cfr. *ex multis* L. Girone., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in U. Apice (diretto e coordinato da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali, reati fallimentari, problematiche comunitarie e trasversali, fallimento e fisco, III, Le altre procedure concorsuali*, Torino 2011, 517 ss.; L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*[3], Torino 2012, 11 ss.

2019, n. 14 (c.d. "Codice della crisi di impresa")[3].
Indice inequivoco di questa tendenza volta alla depurazione del fallimento dagli strascichi della sua tradizionale concezione sanzionatoria appare la scelta operata con il d.lgs. 14/2019 di modificarne il *nomen iuris* in "liquidazione giudiziale"[4].
In questo contesto si pone l'introduzione di una serie procedure specifiche di regolazione della crisi da sovraindebitamento, quest'ultima definita normativamente come «la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà ad adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente»[5].
La novella costituisce il punto d'arrivo di un lungo e impervio percorso, articolatosi in una serie di interventi normativi attraverso cui, nell'arco di un ventennio, si è inteso predisporre a favore del debitore non fallibile strumenti (sulla falsariga del c.d. *fresh start* dell'esperienza anglo-americana[6]) finalizzati al superamento della condizione di difficoltà economica e alla prevenzione di fenomeni usurari o estorsivi quali conseguenza della sua degenerazione[7].
I principali destinatari delle tre procedure (l'accordo del debitore[8], il piano del consumatore[9] e la

[3] Dopo una lunga e travagliata *vacatio legis*, il c.c.i. è definitivamente entrato in vigore il 15 luglio 2022. L'emergenza pandemica ha rappresentato la principale causa dello slittamento di quasi due anni dalla data originariamente prevista per la sua entrata in vigore (15 agosto 2020). Circostanza, tuttavia, che ha permesso di adeguare il provvedimento rispetto alle novità previste dalla Direttiva comunitaria 2019/1023, cui è stata data attuazione con il d.lgs. 83/2022. Sul nuovo codice della crisi d'impresa tra i tanti: S. Della Rocca, F. Grieco, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Primo commento al d.lgs. n. 14/2019*, Padova 2019; A. Jorio, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *Dir. fall.* 2019, I, 283. V. Baroncini, *Le novità in materia di sovraindebitamento alla luce della L. 19 ottobre 2017, n. 155 e del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, *ivi*, I, 401 ss.

[4] Cfr. sul punto *ex multis* G. A. Policaro, "*La crisi d'impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare"*, in *GC*, fasc. 6, 06.12.2017, 1038. D'altra parte, l'espressione "fallito", storicamente, sottende un giudizio di riprovazione assoluto da parte della collettività nei confronti del soggetto incapace di attendere alle proprie obbligazioni. M. Fabiani, *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, Bologna 2011, 20 ss., osserva come in epoca medioevali il fallito fosse considerato alla stregua di un appestato da allontanare dalla comunità al punto di essere costretto ad indossare capi di abbigliamento atti a farlo riconoscere in pubblico. Atteggiamento, questo, che si è perpetuato nel tempo fino a giungere, nell'ordinamento italiano, alla legge del 1942. Emblematica, in tal senso, la previsione all'art. 50 di un pubblico registro dei falliti (articolo che è stato abrogato solo con la riforma del 2006).

[5] Art. 6 della legge 3/2012. Il d.lgs. 14/2019 riproduce nella sostanza i contenuti della disciplina previgente, definendo all'art.1 co. 1 let. c, la nozione di sovraindebitamento come: «lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start-up innovative di cui al *decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179*, convertito, con modificazioni, dalla *legge 17 dicembre 2012, n. 221*, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza».

[6] Cfr. sul punto, F.H. Buckley, *The American Fresh start*, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 4 S. Cal, 1994.

[7] I. Merenda, *Profili penali della disciplina sul sovraindebitamento*, in *CP*, fasc.10, 2013, pag. 335. Fornisce un'ampia panoramica dell'evoluzione normativa che ha preceduto l'approvazione del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 Così M. Pollio, *Dal decreto crescita le norme per evitare il fallimento*, in *Amministrazione* e *finanza*, 2013, 1, 25 ss. Si veda, altresì, la Relazione al D.D.L. di conversione del D.L. n. 83/2012, 30, che evidenzia come l'opzione di fondo da cui muove la novella sia «quella di incentivare l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi, piuttosto che quella di assoggettarla a misure di controllo esterno che la rilevino».

[8] L'accordo, proponibile su iniziativa di tutti i soggetti "non fallibili", avente ad oggetto la ristrutturazione dei debiti e il soddisfacimento delle pretese creditorie sulla base di un piano approvato da una maggioranza qualificata di creditori, è vincolante anche per coloro i quali non vi aderiscano. Rispetto alla disciplina prevista in origine dalla legge 3/2012, si è avuta in sede di riforma una radicale trasformazione del procedimento in chiave concordataria. Tra le principali novità l'estensione della portata effettuale dell'accordo di ristrutturazione concluso con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti complessivi anche ai creditori dissenzienti.

[9] Il piano del consumatore consente anch'esso la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti. Tuttavia, diversamente dall'accordo di ristrutturazione dei debiti, l'accesso alla procedura è riservato esclusivamente al debitore persona fisica che disponga ai sensi del d.lgs. 206/2005 la qualifica soggettiva di consumatore. La sua approvazione e

liquidazione del patrimonio[10]) previste dalla legge 3/2012 sono i soggetti sottratti all'applicazione della legge fallimentare e più specificatamente i piccoli imprenditori e il consumatore.
Malgrado l'interesse suscitato tra gli addetti ai lavori, tuttavia, la normativa si rivela sin dall'inizio estremamente farraginosa e complicata. Caratteristiche, quest'ultime, destinate a comprometterne l'utilità sul versante applicativo, determinandone il graduale arrugginimento[11].
Consapevole di ciò, il legislatore delegato, in sede di redazione del nuovo regime delle procedure concorsuali, ha messo mano alla disciplina del sovraindebitamento con l'obiettivo evidente di implementarne l'efficacia, semplificarne l'accesso e ridurne i costi[12].
Rinviando altrove per una ricognizione più capillare e approfondita delle novità introdotte in materia dalla riforma[13], basti in questa sede rammentare come, nella sua nuova versione, il regime normativo del sovraindebitamento si articoli in un complesso di norme generali cui segue la disciplina specifica delle singole procedure. All'art. 2 si trovano le definizioni relative ai presupposti oggettivo e soggettivo di accesso (sovraindebitamento, impresa minore, consumatore); nel capo II sono disciplinati gli obblighi di tutti i soggetti che partecipano alla regolazione della crisi o dell'insolvenza; nel titolo IV – dedicato agli strumenti di regolazione della crisi – trovano collocazione sia le disposizioni di carattere generale relative alle sole procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (artt. 65 e 66), sia lo statuto della ristrutturazione dei debiti del consumatore (artt. 67-73) e del concordato minore (artt. 74-83), che sostituisce il previgente accordo di composizione della crisi.
La liquidazione controllata – in luogo dell'attuale liquidazione del patrimonio è disciplinata nell'ambito titolo V, negli artt. 268-277 in un apposito capo, il IX, in coda alla trattazione della liquidazione giudiziale. Il successivo capo X disciplina l'*esdebitazione* (sia nella liquidazione giudiziale che nella liquidazione controllata) e introduce l'istituto della *esdebitazione immediata* del debitore incapiente.
Con la riforma del 2019 il legislatore non si è limitato, tuttavia, a una mera opera di ridenominazione delle procedure, provvedendo, in particolare, a definire con maggiore chiarezza i requisiti soggettivi di accesso alle medesime. Si registra, in primo luogo, un'estensione dell'ambito di operatività della procedura di ristrutturazione dei debiti al socio illimitatamente responsabile. Di contro, la novella produce una riduzione delle opzioni a disposizione del consumatore, essendo a questi precluso rispetto al passato l'accesso al concordato minore, salvo che nell'ambito di una procedura familiare in cui uno dei componenti sia professionista o imprenditore.
Resta, invece, poco chiaro l'assetto complessivo del concordato minore, così come, si avrà meglio modo di costatarlo in seguito, incerto rimane lo statuto degli Organismi di composizione della crisi[14].

successiva esecuzione prescindono da un previo accordo con i creditori, lo stesso essendo soggetto soltanto all'omologazione da parte dell'autorità giudiziaria.
[10] La liquidazione può essere proposta su iniziativa dei debitori non fallibili e si risolve – sulla falsariga della liquidazione fallimentare – nella liquidazione di tutti i beni presenti del debitore, cui si aggiungono quelli sopravvenuti nei quattro anni successivi, con esclusione dei beni aventi carattere personale. Sovrintende alla procedura un liquidatore che vi attende mediante il ricorso a procedure competitive. Analogamente al piano del consumatore, ai fini del suo espletamento, non è necessario un accordo con i creditori, bensì soltanto all'omologazione da parte del giudice.
[11] G. Battaglia, *La crisi da sovraindebitamento nella giurisprudenza: lo stato dell'arte*, in *Fall*. 2016, 253 e ss.
[12] Nella relazione di accompagnamento allo schema di legge licenziato dalla Commissione Rodorf si osserva in proposito come l'urgenza di realizzare una riforma della materia fosse da imputarsi alla "quasi totale disapplicazione dell'istituto, che in Italia – a differenza che in altri paesi europei ed extraeuropei – non sembra ancora avere incontrato il favore degli operatori e dei soggetti destinatari, così` fallendo il suo obiettivo di concorrere, attraverso la esdebitazione, alla ripresa dell'economia". La Relazione è pubblicata in *Fall*. 2016, 253 ss.
[13] Cfr. E. Pellecchia, *La definizione di sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: cosa resta e cosa cambia*, in *Le nuove leggi civili commentate* 2019, 5, 1134 e ss.
[14] E. Pellecchia, *op. cit*., 1143.

2. A presidio degli interessi coinvolti nell'ambito delle procedure volte al superamento della crisi da sovraindebitamento il legislatore pone l'esiguo corredo penalistico di cui all'art. 16 della legge 3/2012, nonché le fattispecie, in larga parte omologhe, di cui all'art. 344 del d.lgs. 14 del 2019.
Si tratta di una serie di specifiche figure delittuose che attengono, anzitutto, ai comportamenti fraudolenti tenuti dal debitore nel corso della procedura. Strutturate sulla falsariga dei delitti di bancarotta, esse costituiscono il *corpus* principale della norma. Il legislatore intende così garantire un'adeguata risposta sanzionatoria rispetto a potenziali condotte manipolative del patrimonio debitorio ovvero modificative della documentazione contabile destinate a produrre ricadute significative in danno dei creditori. Esse conservano, ciononostante, carattere residuale. La loro applicazione, infatti, è limitata, come può evincersi dalla clausola di sussidiarietà espressa posta a margine del primo comma della disposizione in esame, all'ipotesi in cui il fatto non costituisca più grave reato[15].
Accanto ad esse si pongono le due figure delittuose relative alle condotte del componente dell'organismo di composizione della crisi (OCC) che compie false attestazioni o che omette o rifiuta senza giustificato motivo un atto del proprio ufficio.
Dominus della procedura di composizione della crisi di sovraindebitamento, l'OCC svolge un'attività complessa e composita, circostanza che ne rende estremamente arduo l'inquadramento dal punto di vista dogmatico.
Muovendo da una valutazione complessiva della normativa di settore, come interpolata alla luce delle novità introdotte dalla novella del 2019, nelle pagine che seguono si cercherà di delineare i caratteri essenziali della attività dell'organismo di composizione della crisi, esaminandone i profili di maggior criticità in maniera da poter verificare se vi siano o meno elementi idonei a supportare nei suoi confronti la contestazione di eventuali condotte penalmente rilevanti ulteriori rispetto alle fattispecie tipizzate dall'art. 16 co. 2 e 3.
Non si tratta, invero, di una questione meramente speculativa, come d'altronde l'assenza di significativi precedenti giurisprudenziali in materia porterebbe a ritenere. D'altronde, è evidente la crescente rilevanza che le procedure di composizione dell'insolvenza, nell'ambito delle quali l'OCC espleta la propria attività, hanno assunto nell'ambito del nuovo assetto della disciplina della crisi d'impresa delineato dal d.lgs. 14/2019.
Al tempo stesso sembra potersi prevedere che le stesse siano destinate ad assumere una crescente centralità negli anni a venire, tenuto conto, tra l'altro, delle ricadute sui consumatori e su piccole e medie imprese della depressione economica innescata dalla emergenza pandemica da COVID-19[16] nonché dalla più recente crisi energetica determinatasi all'indomani dello scoppio del conflitto in Ucraina[17].

3. Il punto di partenza delle nostre osservazioni non può che essere costituito dalla disamina della disciplina previgente, trasposta quasi per intero nell'impianto del codice della crisi d'impresa. A tal proposito, si rende opportuno rammentare che l'art. 18 co 1 lett. t del d.l. 18.10.2012 n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, ha abrogato l'originario assetto della disciplina degli organismi di composizione della crisi, facendone confluire i contenuti nel corpo del nuovo testo dell'art. 15 della legge 3/2012, cui è tutt'ora affidata in larga parte la regolamentazione

[15] D. Spadavecchia, D. Nizza, *I reati nelle procedure concorsuali dei "non fallibili*", in *Ilfallimentarista.it,* dicembre 2012.
[16] Sui rapporti tra l'emergenza sanitaria innescata dalla diffusione del Covid-19 e le procedure concorsuali, cfr. V. Minervini, *Il (necessario) ripensamento delle procedure concorsuali dopo il "lockdown"dal concetto di "insolvenza" a quello di "risanabilità"?,* in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, Vol. 95, 5, 2020, 965-989.
[17] In argomento N. Chomsky, *Perché l'Ucraina, Firenze, Ponte alle Grazie*, 2022; Igort, *Quaderni ucraini. Le radici del conflitto,* Bologna 2022.

delle loro funzioni[18].
Articolata in ben undici commi, la disposizione delinea lo statuto ontologico e funzionale dell'organismo, nonché il ruolo che lo stesso assume nell'ambito di ciascuna delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento. Trattasi, ciononostante, di indicazioni sommarie che necessitano di essere integrate attraverso la lettura della normativa regolamentare cui l'art. 15 rimanda. Il legislatore ha dato attuazione alla clausola di rinvio con il d.m. 24 settembre del 2014, n. 202, del 2014 ("Regolamento recante requisiti di iscrizione degli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento"). La disciplina regolamentare, oltre a provvedere all'istituzione del registro nazionale degli organismi di composizione della crisi, individua i requisiti professionali che devono essere posseduti dai componenti dell'OCC, nonché gli aspetti di dettaglio relativi alle relative modalità di funzionamento[19].
Ci si limita di seguito ad evidenziarne i tratti di maggior rilievo ed interesse ai fini della presente indagine[20].
In via preliminare, va sottolineato come l'iscrizione al registro nazionale sia riservata esclusivamente ai soggetti individuati dalla legge e dal regolamento. La normativa vigente prevede che costoro possano essere costituiti soltanto da Enti pubblici. Oltre agli enti territoriali, l'art. 4 del Regolamento attribuisce questa speciale legittimazione anche alle istituzioni universitarie, alle Camere di Commercio, al Segretariato sociale, nonché agli ordini degli avvocati, dei commercialisti ed esperti contabili e dei notai.
Malgrado l'art. 15 co. 9 della l. 3/2012 contempli la possibilità che le funzioni dell'OCC siano svolte da un professionista provvisto dei requisiti di legge, la giurisprudenza civile ha chiarito che la norma riveste portata sussidiaria, trovando applicazione solo nel caso in cui manchi nel circondario del Tribunale un organismo operativo[21]. Soluzione, quest'ultima, che in seguito è stata fatta propria dal legislatore del Codice della crisi all'art. 68.
Dal punto di vista organizzativo, l'organismo deve, anzitutto, dotarsi di un regolamento interno destinato alla regolamentazione nel dettaglio della sua attività. Accanto al referente, chiamato a svolgere funzioni di coordinamento e vigilanza che comprendono tra l'altro la cura del registro degli affari della crisi di cui all'art. 9 del Regolamento, si pone la figura del gestore della crisi, vero motore propulsivo della procedura. Si tratta, segnatamente, della «persona fisica che, individualmente o collegialmente, svolge la prestazione inerente alla gestione dei procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio del debitore» (art. 2 del Regolamento). Sul versante penalistico, come meglio si avrà modo di osservare in seguito, sebbene il soggetto attivo delle fattispecie incriminatrici di cui all'art. 16, commi 2 e 3, sia individuato genericamente nel componente dell'organismo, è intuibile come questi sia da identificare essenzialmente nella figura del gestore, stante il ruolo operativo allo stesso attribuite dalla legge.
Per l'iscrizione al registro dei gestori della crisi è indispensabile il possesso di specifici requisiti di qualificazione professionale e di onorabilità al fine di garantire l'indipendenza e la funzionalità del suo operato. Ai sensi dell'art. 11 del Regolamento, il gestore, in particolare, è tenuto ad eseguire la prestazione personalmente, garantendo la riservatezza in ordine alle informazioni assunte

[18] L'art. 18 co. 1 let. t, della legge 221/2012 ha previsto che «gli artt. da 15 a 20 sono sostituiti dalla seguente sezione terza", all'interno della quale è stato inserito il nuovo testo dell'art. 15, significativamente rubricato "Organismi di composizione della crisi d'impresa».
[19] P. Farina, *Gli organismi di composizione ed i gestori delle crisi da sovraindebitamento: costituzione, iscrizione e funzioni dopo il d.m. n. 202 del 2014*, in *REF* 2018, I.
[20] Per approfondire, cfr. A. Nigro, *Gli organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento,* in *Diritto della banca e del mercato finanziario* 2015, I, 5.
[21] Si tratta, più specificatamente, di Cass. civ. 8.8.2017 n. 19740, in DF 2017, 1447, con nota di P. Farina, *Inammissibilità del ricorso straordinario avverso il decreto che, nelle procedure da sovraindebitamento, nega la nomina del professionista ex art. 28 L. fall.*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* 2017, 6, 1449.

nell'esercizio delle sue funzioni.
Nell'ambito delle tre diverse procedure di composizione della crisi previste dalla legge 3/2012, l'OCC svolge per il tramite del gestore della crisi una funzione ibrida.
Accanto ad un'attività di consulenza e di supporto del sovraindebitato, egli è tenuto all'espletamento di una serie di compiti necessari a garantire il corretto espletamento della procedura e il rispetto della legalità durante il suo svolgimento, ponendosi di fatto al tempo stesso come ausiliario del giudice[22].
In particolare, l'organismo è tenuto a verificare la veridicità dei dati e dei documenti forniti dal sovraindebitato, predisporre una relazione particolareggiata da allegare al piano di rientro e alla richiesta di liquidazione, nonché, laddove il debitore abbia intenzione di proporre un accordo di composizione della crisi, esprimere una valutazione circa la probabile convenienza economica del piano rispetto all'alternativa liquidatoria.
A tali attribuzioni si aggiungono quelle relative alla fase di esecuzione del piano e di liquidazione del patrimonio. Ai sensi dell'art. 13 della legge n. 3/2012, l'Organismo è, invero, tenuto a vigilare sull'esatto adempimento dell'accordo o del piano, provvedendo a risolvere ogni eventuale difficoltà e ad avvisare i creditori di ogni eventuale irregolarità.
Inoltre, in caso di liquidazione, malgrado la legge preveda che il giudice possa procedere alla nomina di un soggetto preposto alla gestione della procedura, la prassi evidenzia come non di frequente tale funzione sia attribuita all'OCC, soluzione che si giustifica alla luce di evidenti ragioni di continuità ed efficienza[23].

3.1. L'auspicio che con il Codice della Crisi d'impresa il legislatore provvedesse a disciplinare in maniera organica il ruolo e la funzione degli Organismi di composizione della crisi non ha avuto riscontro positivo[24]. Anche il d.lgs. 14 del 2019, sulla falsariga della normativa previgente, si limita a identificare laconicamente gli OCC «negli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento disciplinati dal decreto del Ministero della giustizia del 24 settembre 2014. n. 202, e successive modificazioni, che svolgono i compiti di composizione assistita della crisi da sovraindebitamento previsti dal presente codice» (art. 2 let. t)[25].
Tuttavia, la novella introduce una serie di novità di rilievo non secondario con riferimento tanto al procedimento di nomina degli OCC quanto all'ampiezza dei compiti attribuitigli nell'ambito delle procedure concorsuali cd. "minori".
Come è stato rilevato in precedenza, nella prassi si era posto il problema relativo alla possibilità, tenuto conto di quanto in proposito previsto dall'art. 15 della legge 3/2012, che, in assenza dell'OCC, le sue funzioni potessero essere svolte da soggetti diversi
Il Codice della crisi d'impresa, pur non regolamentando in maniera specifica la fattispecie, pare sul punto recepire la posizione fatta propria della Corte di Cassazione che in un isolato arresto aveva in argomento avuto modo di osservare come l'autorità giudiziaria potesse attendere alla nomina del professionista limitatamente ai casi in cui non fosse stato istituito o comunque non fosse operativo un Organismo di composizione della crisi[26]. L'art. 38 del d.lgs. 14 del 2019 sembra recepire le indicazioni del giudice di legittimità laddove dispone che: «La domanda deve essere presentata al giudice tramite un OCC costituito nel circondario del tribunale competente ai sensi dell'articolo 27

[22]A. Saletti, *Sub art. 179 ter*, in, A. Saletti, C. Vanz, S. Vincre, *Le nuove riforme dell'esecuzione forzata*, Torino 2016, 406 e ss.
[23] P. Farina, *Gli organismi di composizione*, *cit*., 149.
[24] A.B. Benedetti, *Gli organismi di composizione della crisi,* in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di E. Pellecchia e L. Modica, Pisa 2020, 92.
[25] Per una panoramica più ampia delle novità introdotte cfr. M. Monteleone (a cura di), *Evoluzione degli organi della crisi d'impresa*, Milano 2021, 958 e ss.
[26] Cass. civ. 7.07.2017 n. 19740, *in www.ilcaso.it. Supra*, cfr. nota n.2. Nello stesso senso, nell'ambito della giurisprudenza di merito, Trib. Treviso, in *www.fallimentiesocietà.it*, 12 ottobre 2017.

comma 2. Se nel circondario del tribunale competente non vi è un OCC, i compiti e le funzioni allo stesso attribuiti sono svolti da un professionista o da una società tra professionisti in possesso dei requisiti di cui all'articolo 358 nominati dal presidente del tribunale competente o da un giudice da lui delegato».
Al di là di questo aspetto, è evidente come, pur non apportando particolari stravolgimenti al suo ruolo, il d.lgs. n. 14/2019 sia intervenuto soprattutto a rafforzare la funzione dell'Organismo di composizione della crisi con riferimento alla fase preliminare di ciascuna procedura in cui è previsto il suo coinvolgimento.
Analogamente a quanto disposto dalla legge 3/2012 l'OCC continua a svolgere, anzitutto, una funzione di assistenza necessaria al debitore nell'ambito delle procedure finalizzate al superamento della crisi da sovraindebitamento. Su questo versante, la riforma ha operato una maggiore puntualizzazione dell'attività di documentazione cui è tenuto il gestore della crisi nella fase preliminare della procedura con l'evidente obiettivo di garantire al giudice un quadro complessivo dell'esposizione debitoria dell'interessato in termini chiari e completi[27].
Il Codice della Crisi d'impresa attribuisce, altresì, all'OCC il compito di valutare la condotta dei soggetti che abbiano finanziato il debitore, prevedendo, tra l'altro, una sanzione a carico del creditore che abbia colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento.
Ma la novella ha soprattutto il merito di implementare considerevolmente il ruolo di raccordo che l'OCC è chiamato a svolgere tra i vari soggetti coinvolti nella procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento. Ciò sia, come in parte si è già avuto modo di osservare, nella fase che precede l'accesso alla procedura medesima, sia soprattutto in quella successiva di esecuzione del piano, a seguito del giudizio positivo dell'autorità giudiziaria o dei creditori a seconda della procedura[28].
Il legislatore ha dettato, a tal proposito, una disciplina uniforme tanto per il piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore quanto per il concordato minore: gli artt. 71 e 81 del codice appaiono quasi sovrapponibili. L'OCC è chiamato a vigilare sull'esatto adempimento del piano, risolvendo le eventuali difficoltà e sottoponendo le stesse all'attenzione dell'autorità giudiziaria ove opportuno, a compiere quanto necessario alla sua esecuzione e a relazionare, infine, sull'attività svolta. Laddove sia necessario attendere alla liquidazione parziale del patrimonio del debitore, a seguito dell'abrogazione dell'art. 7 co. 1 della legge n. 3/2012, che stabiliva un ordine di preferenza a favore di una professionista terzo rispetto ai componenti dell'OCC, nel silenzio della legge deve ritenersi quest'ultimo competente a sovrintendere alle relative operazioni.
Questa soluzione trova conforto nella disciplina relativa alla procedura di liquidazione controllata. L'art. 270 del d.lgs. 14/2019, in antitesi rispetto all'art. 14 *quinquies* co. 2 della legge n. 3/2012 dispone che sia l'OCC a seguire in via prioritaria tanto la fase preliminare quanto quelle esecutiva della procedura. La nomina di un professionista costituisce, invero, a norma dell'art. 270, un'alternativa che il giudice può prendere in considerazione solo laddove sia adducibile un giustificato motivo.
Nella sua veste di liquidatore, l'OCC è tenuto a procedere alla liquidazione controllata del patrimonio debitorio, attendendo agli obblighi pubblicitari e informativi previsti dalla legge e procedendo solo in seguito alla redazione dell'inventario[29].

4. La rimarcata connotazione "ibrida" della funzione svolta dall'organismo di composizione della crisi rende estremamente incerta l'individuazione della qualifica soggettiva rivestita dai suoi componenti sul versante penalistico. Diversamente da quanto si verifica in relazione alla posizione

[27] A. Fabbi, F. Valerini, *Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Commento al decreto legislativo 12 gennaio 2019*, n. 14, a cura di M. Giorgetti, Pisa 2019, 82.)
[28] A.B. Benedetti, *op. cit.*, 96.
[29] F. Keller, M. De Cesare, *La liquidazione controllata del sovraindebitato*, in *Il Codice della crisi d'impresa*, *cit.*, 252.

del curatore fallimentare, espressamente qualificato dalla legge come pubblico ufficiale[30], mancano nella specie indicazioni normative univoche, rivelandosi perciò decisiva l'intermediazione dell'interprete.

Si tratta, come può agevolmente intuirsi, di una questione di importanza capitale, attesa la possibilità che al componente dell'organismo possano applicarsi tutte le disposizioni che presuppongono un'investitura pubblicistica.

Eventuali cointeressenze fraudolente con il debitore funzionali all'accesso alla procedura ovvero all'elusione delle disposizioni che ne scandiscono lo svolgimento potrebbero, ad esempio, integrare il delitto di corruzione in atti giudiziari[31] ovvero di abuso di ufficio. Allo stesso modo, la condotta di appropriazione indebita di somme di cui il gestore della crisi assuma il possesso nel ruolo di liquidatore darebbe luogo alla più grave fattispecie di peculato rispetto a quella di cui all'art. 646 Cp[32].

All'indomani della novella del '90 è noto a tal proposito come, con riferimento all'attribuzione della qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, le modifiche occorse alla formulazione degli artt. 357-358 abbiano sancito il definitivo superamento della concezione soggettiva e formalistica accolta dal legislatore del 1930[33].

L'opzione per un approccio di tipo oggettivo-funzionale ha permesso di svincolare la qualifica soggettiva di pubblico ufficiale dall'accertamento di un rapporto di servizio con lo Stato o altro ente pubblico, previsto dal testo previgente quale criterio alternativo a quello dello svolgimento effettivo di una pubblica funzione (legislativa, giudiziaria o amministrativa) o di un pubblico servizio, ancorandone l'attribuzione in via esclusiva a quest'ultimo parametro, di cui sono positivizzati i profili contenutistici in un'ottica di maggiore certezza e prevedibilità rispetto al passato[34]. In tal senso, è possibile che tanto il pubblico impiegato quanto il privato possano esercitare una funzione pubblica, rilevando soltanto la natura e il regime dell'attività svolta e non anche il titolo in forza del quale si è legittimati al suo esercizio. A ciò consegue non solo la possibilità dell'esercizio privato di una pubblica funzione, ma anche lo svolgimento di un'attività privata da parte di un soggetto pubblico[35].

---

[30] Sui profili di responsabilità penale del curatore fallimentare cfr. E. Montani, *Gli altri reati fallimentari* in *I reati in materia economica*, vol. VIII, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e A. Paliero, Torino 2012, 455 e ss.

[31] Sulla configurabilità del delitto di cui all'art. 319 con riferimento all'accordo fraudolento tra l'imprenditore fallito e il curatore fallimentare cfr. in ultimo in giurisprudenza Cass. pen. 11.02.2020 n. 11626 con nota di G. Principato, G. Cassinari, *La (imperfetta) sovrapponibilità della giurisdizione per le persone fisiche e per gli enti stranieri: riflessioni a margine di una sentenza della Cassazione sull'art. 4 d.lgs. 231/2001,* in www.*sistemapenale.it*, 6.05.2020. In dottrina, F. Bellagamba, *La corruzione in atti giudiziari. Inquadramento dogmatico, struttura e interrelazioni sistematiche*, Torino 2016, 106 e ss.

[32] Significative sul punto, sempre con riferimento alla posizione del curatore fallimentare, le notazioni di S. Fiore, *La condotta appropriativa del curatore infedele contesa tra peculato e truffa: le ragioni di un contrasto*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali* 2010, 7, 834 e ss.

[33] In argomento, *ex multis* T. Padovani, *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Torino 1990, 540; M. Petrone, *La nuova disciplina dei delitti degli agenti pubblici contro la P.A.: dalla prospettiva di riforma alla l. 86/1990*, in *RIDPP*, 1993, 917. Osserva, in proposito, Antolisei come l'interpretazione dei previgenti artt. 357 e 358 Cp «diede luogo a gravissime difficoltà e incertezze, tanto nel campo della dottrina quanto in quello della giurisprudenza. I casi controversi non si contavano […]. La stessa Corte Suprema, continuamente chiamata a pronunciarsi in proposito, in più occasioni pervenne a conclusioni opposte e giunse ad allargare a dismisura la cerchia dei pubblici ufficiali. Le applicazioni pratiche, poi, spessissimo si rivelarono *ictu oculi* del tutto arbitrarie» F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte Speciale*, Vol. II, Milano 2003, 281-282.

[34] P. Severino Di Benedetto, *Commento all'art. 357*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di T. Padovani, Torino 1996, 448; M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*[3], Milano 2008, 303

[35] F. Palazzo, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: uno primo sguardo d'insieme* in *RIDPP*, 1990, 815; L. Picotti, *Le "nuove" definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *RTrimDPenEc*, 1992, 263.

Il legislatore introduce, anzitutto, un criterio di delimitazione esterna tra l'attività privatistica, da un lato, e quella pubblicistica, dall'altro, identificandolo nella natura della disciplina di riferimento. In particolare, è considerata "pubblica" l'attività amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e connotata da atti autoritativi. Trattasi evidentemente di un parametro di matrice formale, destinato a dar luogo a non poche difficoltà sul piano applicativo atteso il labile confine che passa tra la categoria delle norme di diritto pubblico e di diritto privato[36].
In dottrina si ritiene che le prime ricorrano in presenza di norme di organizzazione che regolano i rapporti interni alla pubblica amministrazione, di norme di relazione, nonché di norme attributive di poteri di certificazione. La norma privatistica, diversamente, attiene esclusivamente alla regolamentazione di rapporti tra privati o tra soggetti pubblici e privati su un piano di parità[37].
La nuova disciplina distingue, inoltre, il pubblico servizio dalla pubblica funzione, quest'ultima dovendo essere caratterizzata alternativamente dall'attitudine a formare e a manifestare la volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi e certificativa (criterio c.d. "di delimitazione interna").
Se tutt'altro che agevole si rivela nella prassi l'individuazione dei soggetti che appaiono legittimati a esprimere la volontà dell'ente o concorrono alla sua formazione, meno ardua appare la definizione dei poteri di natura autoritativa e certificativa. Secondo l'impostazione avallata dalla dottrina prevalente, per atti di natura autoritativa si intendono esclusivamente quegli atti che costituiscono il risultato dell'esercizio di un potere conferito dalla legge a prescindere dal fatto che si tratti di provvedimenti di carattere vincolato o discrezionali, ovvero ad effetti favorevoli o sfavorevoli per il destinatario[38].
I poteri di natura certificativa, viceversa, comprendono quelle attività di documentazione, che consistono non solo nella certificazione ma anche nella tenuta dei relativi registri, cui l'ordinamento attribuisce efficacia probatoria. Non è indispensabile, tuttavia, che si tratti di atti dotati di natura fidefacente.
Nell'ambito della normativa fallimentare, *lato sensu* intesa, criticità sotto il profilo qualificatorio sono emerse con riferimento alla funzione svolta dai diversi organismi coinvolti nello svolgimento della procedura concorsuale unitamente all'imprenditore/debitore in stato di crisi e all'autorità giudiziaria. Probabilmente consapevole del dibattito cui avrebbe potuto dar luogo nella prassi un atteggiamento silente in proposito, il legislatore ha inteso in radice risolvere eventuali diatribe rispetto alle principali figure coinvolte in seno alle procedure concorsuali. È intervenuto, dunque, già nell'ambito del disegno originario del Regio Decreto 16.03.1942 n. 267 (Legge Fallimentare) ad attribuire *expressis verbis* la qualifica di pubblico ufficiale al curatore fallimentare (art. 30), al commissario giudiziale (art. 165) e al commissario liquidatore (art. 199). Previsioni, quest'ultime, recepite per intero dal Codice della crisi d'impresa.
Tuttavia, rispetto ad altri, talvolta altrettanto decisivi, protagonisti delle singole procedure la normativa si rivela lacunosa, lasciando all'interprete l'arduo compito di stabilirne la natura.
Il dibattito ha interessato nel tempo, in particolare, le posizioni del liquidatore giudiziale e quella

[36] V. Plantamura, *Sub artt. 357-360*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale, II, t. I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa Torino 2008, 897.
[37] Tra le tante, vd. Cass. S.U. 6.02.2009 n. 2867.
[38] In ossequio al principio di legalità, il potere amministrativo, al quale tale orientamento dottrinale riconnette il concetto di autoritatività come suo predicato necessario ed essenziale, non può essere esercitato al di fuori di una espressa previsione di legge, la quale fonda il potere e ne rende doveroso l'esercizio in presenza dei presupposti stabiliti dalla stessa norma attributiva. In quest'ottica, per la chiarezza, si veda G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, *L'attività*, Padova 2005, 9, ove si osserva che «per prevedere poteri amministrativi è dunque necessaria una fonte di rango primario, legge o – per lo Stato – decreto-legge e decreto legislativo. In questi termini, il principio di legalità si trasforma in un principio di riserva di legge. Riservata alla legge, in sostanza, è la creazione del potere nei suoi elementi essenziali: il tipo, determinato in relazione agli effetti giuridici, i presupposti, che ne consentono o impongono l'esercizio, la competenza di una p.a.».

dell'esperto attestatore, previste nell'ambito della procedura di ammissione al concordato preventivo. Quanto alla prima, l'orientamento accolto più di recente dalla giurisprudenza di legittimità appare nettamente a favore della tesi privatistica. Nella specie, si è ritenuto determinante il fatto che, diversamente da altre figure soggettive, la legislazione fallimentare non contiene alcuna specifica previsione quanto alla natura della sua funzione[39].
Con riferimento alla natura giuridica del professionista attestatore, si segnala un'analoga presa di posizione da parte della Suprema Corte[40]. Anche nel caso di specie, invero, i giudici di legittimità hanno escluso la possibilità di riconoscere alla figura la qualifica di pubblico ufficiale, osservando, in proposito, come oltre all'assenza di un'espressa disposizione di legge, non dissimile da quella prevista per il curatore o il commissario liquidatore, depone in tal senso il peculiare ruolo svolto dal soggetto nell'ambito della procedura in questione. Egli, invero, rappresenta null'altro che un consulente del debitore, le sue valutazioni non vincolando in maniera alcuna il controllo di legittimità di competenza del giudice, né le valutazioni di merito attribuite dalla legge in via esclusiva al comitato dei creditori. Infine, la scelta del legislatore di introdurre il reato di falsa attestazione di cui all'art. 236-*bis* della legge fallimentare, è stata giudicata come chiaramente indicativa della volontà di assicurare tutela penale a interessi la cui offesa non appare riconducibile ad altre ipotesi criminose[41].
In maniera sostanzialmente adesiva, anche la dottrina prevalente ha escluso la natura pubblicistica dell'investitura del professionista attestatore, aggiungendo, alle osservazioni formulate dal giudice di legittimità, la considerazione in base alla quale egli non può ritenersi titolare di poteri certificativi rispetto alla redazione delle attestazioni e relazioni di competenza. In particolare, con riferimento alla valutazione di fattibilità cui egli è tenuto, si è osservato come, risolvendosi la stessa in un giudizio prognostico e non anche in una dichiarazione di scienza, essa non fosse estranea all'esercizio di un potere certificativo in senso stretto[42].

4.1. Anche riferimento alla qualifica soggettiva del membro dell'organismo di composizione della crisi sembra chiaro come le incertezze siano da imputarsi essenzialmente all'assenza di una disposizione di legge sulla falsariga del trattamento riservato al curatore fallimentare.
Un primo orientamento, emerso all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 3/2012, valorizza alcuni indici che porterebbero a ritenere che il legislatore abbia inteso attribuire ai componenti dell'organismo la qualifica di pubblico ufficiale[43]. Rileva, in tal senso, anzitutto, la previsione di requisiti soggettivi analoghi a quelli previsti per l'assunzione della qualifica di curatore o per

[39] Cass. Pen. 16.01.2015 n. 15951.
[40] Cass. pen. 8.03.2016 n. 9542. Sul punto, M. Miglio, C. Ferriani, *La Cassazione esclude che il professionista attestatore possa rivestire la qualifica di pubblico ufficiale*, in *Giurisprudenza Penale Web* 2016, 7-8. Cfr. in argomento anche a G. Schiavano, *Il professionista «attestatore» nelle soluzioni concordate delle crisi d'impresa: la sua qualificazione privatistica,* in *RTrimDPenEc*, 2010, 276 ss.; G. G. Sandrelli, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Il Fallimento*, 7, 2013, 789 ss.; In giurisprudenza, vedasi anche a Trib. Torino 31.03.2000, in *Il Fallimento*, 2010, 1439, con nota di M. Lanzi, *Il professionista incaricato della relazione per l'ammissione al concordato preventivo non è pubblico ufficiale*; analogamente, nella giurisprudenza civile, Cass. pen. 29.10.2009 n. 22927, in *De Jure*. Per un'ampia rassegna di questo indirizzo giurisprudenziale v. G. Bersani, *Crisi di impresa: nomina, indipendenza e responsabilità penale del professionista*, in *Il Fisco*, 6, 2012, 5806 ss. Nel senso della qualificazione in termini di pubblico ufficiale del professionista attestatore dei piani di concordato preventivo ex art. 161 l. f. v., invece, S. Preziosi, *La responsabilità penale del professionista*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Ghia, C. Piccininni, F. Severini, vol. VI, *I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali,* 2012, 325-332.
[41] Sul punto, cfr. F. Vitale, *Nuovi profili penali della crisi d'impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, in *AP* 2014, 1; V. Spinosa, *Il cd. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare. I rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale,* in *DpenCont, 2,* 2013; E. Iannuzzi, A. Regi, *Il reato di false attestazioni in relazioni. Un delitto fantasma*? in *DpenCont*, *5,* 2017.
[42] Si veda, in particolare, F. Mucciarelli, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *RTrimDPenEc* 2009, 825 ss.
[43] P. Farina, *op. cit*., 147

conseguire quella di notaio. A ciò si aggiunge la circostanza che la competenza per la costituzione degli organismi in questione è attribuita essenzialmente a enti pubblici, nonché la peculiare natura dei compiti dagli stessi svolti. La legge, come si è visto, assegna loro poteri di verifica, di certificazione, di documentazione, pubblicizzazione e annotazione analoghi a quelli attribuiti al curatore fallimentare. In tal senso, non è mancato chi abbia concluso per la qualificazione del componente dell'organismo quale ausiliario del giudice, tenuto conto della fondamentale funzione di cooperazione che egli è chiamato a espletare sotto l'egida dell'autorità giudiziaria nell'ambito della procedura di composizione della crisi.
In senso contrario al riconoscimento della natura pubblicistica dell'attività svolta dagli organismi di composizione della crisi, si è osservato, viceversa, come gli stessi nell'ambito del quadro delineato dalla legge 3/2012 siano concepiti quali meri strumenti di supporto e consulenza a beneficio del debitore[44].
Analogamente a quanto sostenuto con riferimento alla figura dell'esperto attestatore di cui all'art. 161 della legge fallimentare, si ritiene abbiano carattere dirimente la natura privatistica delle attribuzioni riconosciutegli dalla legge, il carattere non vincolante del parere espresso in ordine alla convenienza e fattibilità del piano di risanamento[45], nonché l'assenza di una disposizione che qualifichi espressamente il soggetto come pubblico ufficiale, alla stregua di quanto si verifica per il curatore, il commissario liquidatore e il commissario giudiziale.
Soluzione, quest'ultima, che appare ulteriormente rafforzata dalla circostanza in base alla quale le funzioni degli OCC possono essere svolte in via alternativa anche da un professionista o da una società di professionisti, in possesso dei requisiti di cui all'art. 28 l. fall., nominati dall'autorità giudiziaria[46].
Salvo verificare l'impatto che su questo stato di cose ha avuto l'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa, per ora può osservarsi come la caratterizzazione in termini ibridi del ruolo svolto dagli organismi di composizione della crisi, pur non favorendo l'accoglimento di soluzioni nette in merito alla loro natura giuridica, allo stesso tempo non giustifica, a maggior ragione, atteggiamenti pilateschi da parte dell'interprete, tenuto conto, del resto, delle ricadute che l'opzione per l'una o l'altra delle alternative considerate può determinare sul piano trattamentale.
La concezione oggettiva accolta dal legislatore del '90 impone, lo si è visto, una valutazione in concreto circa il legame tra la condotta delittuosa posta in essere e l'esercizio o meno di una funzione pubblica[47].
In questi termini, al di là dell'attività di mera predisposizione e successiva formulazione della proposta di piano nell'ambito della procedura di cui agli artt. 7 e ss. della legge 3/2012, in cui assume le vesti di consulente del debitore in maniera non dissimile da qualsiasi professionista di settore, per il resto non ci sembrano essere elementi sufficienti per negare la connotazione in termini pubblicistici della funzione svolta dall'OCC.
Egli è, del resto, soggetto necessario delle procedure volte al superamento della crisi da

[44] Sul punto, I. Merenda, *Profili penali*, *op. cit*., 3355.
[45] Sulla natura del controllo giudiziale a valle della procedura concorsuale, cfr. S. Ambrosini, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Fallimento* 2011, 167, *ibidem*, G. Bozza, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, nota a Cass. civ. 25.10.2010 n. 21860, 182.
[46] Sul punto, Merenda, *op. cit.*, 3339.
[47] In proposito, C. Benussi, *Sub art. 357 Cp*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini, G. L. Gatt0, Milano 2015, 973. L'autore osserva come con la riforma, d'altronde, «[…] il legislatore ha voluto espressamente aderire al criterio oggettivo delle qualifiche pubblicistiche sganciandole da ogni riferimento al rapporto di impiego con lo Stato o altro ente pubblico, previsto nel testo precedente. Ciò comporta [...] che occorre verificare in concreto se la mansione esercitata dall'agente ed oggettivamente considerata presenti o meno i connotati della pubblica funzione [...]». Pertanto, «[...] la verifica dell'esercizio della pubblica funzione deve essere fatta prendendo in esame non già la natura dell'attività dell'ente pubblico vista nel suo complesso bensì nei suoi singoli momenti e, in particolare, con riferimento alla normativa che regola quella parte di attività nel cui ambito è stato commesso il fatto di reato».

sovraindebitamento ed è, in quanto tale, assimilabile a tutti gli effetti ad un ausiliario del giudice.
Natura pubblicistica ha senza subbio l'attività di documentazione e di supporto che l'organismo è chiamato a svolgere a supporto dell'autorità giudiziaria.
La legge 3/2012 gli attribuisce, in particolare, in relazione alla fase preliminare della procedura volta alla composizione della crisi, il compito di ricostruire la situazione debitoria dell'interessato, verificando la veridicità dei dati e dei documenti forniti e predisponendo una relazione particolareggiata, nella quale sono indicate le cause dell'indebitamento, la diligenza impiegata nell'adempiere alle obbligazioni assunte, un quadro complessivo sulla situazione patrimoniale, nonché una valutazione sull'attendibilità della documentazione. Per quanto non vincolante, l'OCC è, inoltre, tenuto a esprimere un giudizio prognostico sulla convenienza del piano di risanamento rispetto all'alternativa liquidatoria, fermo restando la successiva approvazione del ceto creditorio o del controllo di legittimità da parte del giudice a seconda che si discorra di un accordo di composizione della crisi ovvero di un piano del consumatore[48]. Egli è tenuto, ove previsto dal piano, a presiedere alle eventuali operazioni di cessione dei beni in funzione liquidatoria.
In caso di liquidazione, non dovendo effettuare alcuna valutazione circa le possibilità di superamento dello stato di decozione, egli sarà, altresì, tenuto allo svolgimento di un'attività dai contorni marcatamente pubblicistici quale quella di redazione dell'inventario dei beni del debitore (art. 14 *ter* co. 3 l. 3/2012).
Ulteriori considerazioni inducono a disattendere la tesi cd. "privatistica".
In primo luogo, se è vero che una parte dei poteri che l'OCC è chiamato a svolgere nelle procedure di afferenza sono analoghi a quelli dell'esperto attestatore, dall'altro, è stato opportunamente sottolineato come, per il resto, la sua funzione sia assimilabile piuttosto a quella del commissario giudiziale nel concordato preventivo, espressamente qualificato dalla legge pubblico ufficiale (art. 165 L. fall.)[49].
Al contempo, la natura obbligatoria ma non vincolante del parere reso sul piano di risanamento sembra essere priva di ricadute significative rispetto alla connotazione in chiave pubblicistica dell'attività di documentazione e certificazione cui è tenuto il componente dell'organismo di composizione della crisi[50].
Ancora, diversamente da quanto si verifica con riferimento all'esperto attestatore, pur non essendo il dato decisivo, va sottolineato come l'OCC afferisca sempre a un ente pubblico, di cui costituisce un'articolazione interna, e la sua nomina è di stretta competenza dell'autorità giudiziaria in relazione a tutte e tre le procedure considerate dalla disciplina del sovraindebitamento.
Quanto alla possibilità di surroga da parte di un professionista, si è visto come la giurisprudenza prima, il legislatore poi, abbiano previsto la stessa come *extrema ratio*, l'autorità giudiziaria potendo ricorrervi solo laddove nel circondario di afferenza non risulti la costituzione di alcun OCC.
In senso critico rispetto alla tesi pubblicistica, non può reputarsi decisiva, altresì, l'assenza di una disposizione di legge che assegni all'interessato una qualifica di tipo pubblicistico, non costituendo tale carenza un dato dirimente alla luce dell'assetto normativo delineato dagli artt. 357 e 358 Cp nella rispettiva formulazione vigente.
Infine, diversamente da quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento alla figura del professionista attestatore, la costruzione di uno statuto penale "su misura", per giunta estremamente esile, nulla ci dice intorno alla sua qualifica soggettiva. La peculiarità dell'oggetto materiale del reato, il contesto entro il quale si inserisce la condotta delittuosa, nonché l'esigenza di

[48] A. B. Benedetti, *op. cit*., 103. L'autore sottolinea come, pur non assumendo valore vincolante, il parere espresso dall'OCC costituisca presupposto di ammissibilità per l'ammissione alla procedura.
[49] *Ibidem*.
[50] Si tratta, invero, di incombenza spettante anche all'esperto attestatore. Tuttavia, sul punto la Corte di Cassazione non si pronuncia affatto, ritenendo decisivi sul piano qualificatorio esclusivamente le argomentazioni surriferite (pagina 2 della motivazione).

adottare sanzioni di maggior vigore nei confronti del reo costituiscono, d'altronde, un movente più che adeguato a giustificare una scelta legislativa siffatta[51].
Come si avrà modo di chiarire, d'altronde, la previsione di fattispecie incriminatrici proprie del componente dell'organismo di vigilanza si rivela un dato rilevante soltanto nella parte in cui esclude l'applicazione dei corrispondenti reati comuni, non essendo in grado, viceversa, di fornire alcuna significativa indicazione in ordine alla natura privatistica o meno della figura.
Quanto, invece, alla funzione di liquidatore svolta nell'ambito della procedura di cui all'art. 14 *ter* della legge 3/2012 ovvero, ove sia necessario, nella fase esecutiva delle altre procedure in cui è previsto il suo coinvolgimento, indicazioni in senso contrario alla sua qualificazione nei termini di pubblico ufficiale possono trarsi dai surriferiti precedenti relativi alla posizione del liquidatore giudiziale nominato nell'ambito della procedura di concordato preventivo.
Al di là della sovrapponibilità solo parziale tra le due figure, essendo l'OCC destinatario di una serie più ampia di adempimenti e di correlativi poteri, è la qualificazione stessa del liquidatore giudiziale in termini privatistici, in realtà, a non convincere del tutto. La stessa giurisprudenza di legittimità non appare univoca sul punto, optando talvolta per una sua riconsiderazione quale ausiliario del giudice e, dunque, titolare di una pubblica funzione giudiziaria. Altrove è stato, infatti, evidenziato come il liquidatore del concordato preventivo svolga un *munus publicum* inserito in un procedimento giudiziario che trae origine da una sentenza di omologazione, la quale definisce altresì il perimetro operativo del suo incarico, sotto il controllo costante dell'autorità giudiziaria e per evidenti finalità di interesse generale che vanno ben al di là del mero lavoro di supporto e consulenza a sostegno del debitore[52].

4.2. Si è visto come il codice della crisi d'impresa abbia avuto un impatto modesto sullo statuto normativo dell'Organismo di composizione della crisi d'impresa. Al di là di alcune opportune puntualizzazioni, si è trattato essenzialmente di un intervento ricognitivo della normativa previgente. È stato osservato, in proposito, come «l'OCC sembra rimanere ostaggio di un quadro contrastante, che si dipana secondo due direttrici non necessariamente parallele: se per un certo verso, continua ad esercitare la stessa funzione e le medesime attività prevista dalla prima legge in materia di sovraindebitamento, per altro verso si ha l'impressione che il legislatore abbia voluto modificare la qualificazione da ausiliario del giudice (con marcata rilevanza pubblicistica) ad ausiliario del debitore, senza contestualmente sciogliere il sottostante nodo della natura giuridica che continua a rimanere ambigua[53]».
In questi termini, le novità introdotte dalla riforma non appaiono tali da ribaltare le osservazioni svolte a margine del paragrafo precedente. Al contrario, dalle stesse ci sembra di poter ricavare ulteriori elementi a sostegno della tesi qui sostenuta.
Senza ripeterci, significativa riteniamo sia in tal senso la scelta di potenziare il ruolo di raccordo dell'organismo di composizione della crisi tra le varie fasi in cui si articola la procedura, implementandone competenze e relativi poteri[54]. Ciò soprattutto con riferimento alla liquidazione controllata, laddove, all'indomani della novella, la sua posizione ne esce particolarmente rafforzata.
Di non secondario rilievo è, inoltre, anche il riconoscimento di un ampio potere valutativo rispetto al contegno complessivo dei creditori del sovraindebitato, sanzionandone eventuali irregolarità.
In definitiva, nel ridefinire l'assetto normativo delle procedure volte al superamento della crisi da sovraindebitamento il d.lgs. n. 14/2019 conferma il ruolo di assoluta centralità che l'Organismo di composizione della crisi è chiamato a svolgere nella loro gestione e definizione, valorizzandone, a

[51] F. Poli, *op. cit.*,594.
[52] Cass. pen. 11.11.1994 29.12.1994 n. 4761.
[53] A. B. Benedetti, *op. cit.*, 94.
[54] *Supra*, par. 3.1.

nostro avviso, la connotazione pubblicistica a scapito di quella privatistica, che resta limitata alla sola attività di consulenza svolta a supporto del debitore.

5. A margine della disciplina del sovraindebitamento, vi si è fatto cenno in premessa, il legislatore ha previsto un esile corredo penalistico. Gli interessi patrimoniali dei creditori, destinatari del piano di composizione della crisi o della proposta di accordo, sono tutelati attraverso una serie di fattispecie incriminatrici tese a neutralizzare eventuali comportamenti scorretti del debitore o del componente dell'organismo di composizione della crisi.
Come si vedrà, il codice della crisi d'impresa non ha scalfito per nulla o quasi l'impianto originario della disciplina, riproducendone i contenuti in maniera quasi integrale[55].
Per quanto concerne la posizione del componente dell'organismo di composizione della crisi, l'art. 16 della legge 3/2012 disciplina due diverse figure delittuose relative alla condotta di falsa attestazione e omissione/rifiuto ingiustificati di un atto d'ufficio, fattispecie oggi disciplinate dall'art. 344 co. 3 e 4, cci.
A quest'ultime, come può intuirsi, sarà rivolta principalmente l'attenzione in questa sede.

5.1. L'art. 344 co. 3 c.c.i. sanziona con la pena della reclusione da uno a tre anni e con la multa da 1.000 a 5.000 euro il componente dell'organismo di composizione della crisi che nella relazione di cui agli articoli 68, 76, 268 e 283 rende false attestazioni in ordine alla veridicità dei dati contenuti nella proposta di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 67 o di concordato minore di cui all'art.75, nella domanda di apertura della liquidazione controllata o nella domanda di esdebitazione di cui all'articolo 283.
Si tratta chiaramente di un reato proprio costruito sulla falsariga del delitto di falso dell'esperto attestatore di cui all'art. 236 *bis* della legge fallimentare[56], abrogato e riprodotto fedelmente nei suoi contenuti dall'art. 342 del d.lgs. 14 del 2019, di cui ricalca in linea di massima lo schema, sebbene con alcune differenze di non poco conto[57].
Analogamente a quanto verificatosi in relazione alla posizione dell'esperto attestatore, il legislatore sceglie di costruire una figura delittuosa *ad hoc*, la quale si pone in rapporto di evidente specialità rispetto ai delitti di falso di cui agli artt. 480 e 481 Cp.
Sul versante dell'offensività in astratto, la fattispecie si colloca, dunque, evidentemente nell'alveo dei delitti contro la fede pubblica, bene strumentale, nella specie, alla tutela degli interessi patrimoniali dei creditori.
In termini non dissimili da quanto rilevato rispetto alla fattispecie di cui all'art. 236 bis L. fall., il bene giuridico tutelato coincide, segnatamente, con l'affidamento che deve caratterizzare le relazioni e attestazioni in ordine al loro contenuto per il corretto e celere svolgimento delle procedure negoziali

[55] Sul punto, L. Giarratana, *La responsabilità penale del debitore e dei componenti dell'OCC, dei componenti dell'OCRI, per i reati previsti dal codice della crisi d'impresa e della insolvenza*, in *L'evoluzione degli organi della crisi d'impresa*, a cura di M. Monteleone, Milano 2021, 1204 e ss.
[56] Cfr. E. Mezzetti, *Falso in attestazioni o relazioni*, in *Le procedure concorsuali*, in Commentario, a cura di F. Macario, 2014, L.A. Bottai, N. Bertolini, Clerici, C. Pagliughi, *Il professionista attestatore. Relazioni e responsabilità*, Milano 2013, spec. 198 ss.; G. Brescia, *Le attestazioni del professionista nella legge fallimentare. Dopo le modifiche al concordato con continuità aziendale (Legge 21 febbraio 2014, n. 9 – "destinazione Italia")*, Santarcangelo di Romagna 2014, spec. 380 ss.
[57] Art. 342: «1. Il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 56 comma 4, 57, comma 4, 58 commi 1 e 2, 62, comma 2, lettera d), 87, commi 2 e 3, 88, commi 1 e 2, 90, comma 5, 100, commi 1 e 2, espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro. 2. Se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata. 3. Se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà».

finalizzate al superamento dello stato di decozione[58].
In questi termini, innegabile ci sembra, dunque, la plurioffensività del delitto, con la conseguenza che i creditori avranno non solo la possibilità di costituirsi parte civile, ma anche di esercitare le prerogative loro spettanti in qualità di persona offesa del reato[59].
Malgrado la disposizione incriminatrice indichi in termini ampi e generici come soggetto attivo del reato il componente dell'organismo di composizione della crisi, è evidente come la stessa faccia riferimento in via esclusiva alla figura del gestore della crisi e non anche a quella del referente dell'organismo. Solo il primo è chiamato a svolgere un ruolo attivo nell'ambito della procedura concorsuale, mentre al secondo, la legge attribuisce soltanto una serie di mansioni di natura organizzativa e di mera vigilanza sull'operato della struttura di afferenza.
Venendo al fatto tipico, non possono in primo luogo sottacersi le differenze rispetto alla similare fattispecie concernente la posizione dell'esperto attestatore. Sebbene entrambe le fattispecie siano costruite come reati di pericolo astratto incentrati sulla condotta mendace del soggetto agente, nella specie, ad essere incriminata è esclusivamente la condotta di falsa attestazione, mentre non vi è riferimento alla condotta omissiva sanzionata dall'art. 342 del d.lgs. n. 14/2019.
Si tratti o meno di una lacuna volontaria, il dubbio è se l'omissione di informazioni rilevanti in ordine alla veridicità dei dati contenuti nei piani asseverati possa o meno essere equiparata al mendacio, integrando così egualmente gli estremi della figura delittuosa in esame.
Di recente, sulla possibile equiparazione tra inadempimento di un obbligo dichiarativo e falsa dichiarazione si è registrato un ampio dibattito in seno alla giurisprudenza amministrativa[60] cui ha fatto da contraltare un interessante quanto controverso intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che, in materia di procedure di affidamento ha sposato la tesi positiva[61]. Tuttavia, sul versante squisitamente penalistico, chiari sono i rischi che il supino accoglimento di un'impostazione di questo tipo può produrre, profilandosi sullo sfondo il rischio di una violazione del divieto di analogia in *malam partem*.
Non essendo questa, come può immaginarsi, la sede opportuna per riannodare i fili di una questione che anima da sempre il dibattito intorno ai delitti contro la fede pubblica[62], una soluzione soddisfacente e rispettosa dei principi generali della materia ci sembra possa ravvisarsi nell'estensione del perimetro applicativo della figura delittuosa in questione alla sola ipotesi in cui «l'attestazione incompleta - perché priva dell'informazione su un determinato fatto - attribuisca al

[58] F. Vitale, *Nuovi profili penali della crisi d'impresa: l'esenzione dai reati di bancarotta e la responsabilità del professionista attestatore*, in *AP*, I, 2014.
[59] Sulla natura plurioffensiva dei delitti contro la pubblica fede, cfr., in giurisprudenza v. Cass. S. U. 24.09.2007 n. 35488 in *DPP* 2008, 1128, con nota di S. De Flammineis. In dottrina, v. ampiamente S. Fiore, *Ratio della tutela e oggetto dell'aggressione nella sistematica dei reati di falso*, Napoli 2000, 41 ss.; R. Rampioni, *Il problema del bene giuridico nelle falsità documentali*, in AA.VV., in *Le falsità documentali*, a cura di F. Ramacci, Padova 2001, 134 ss. e R. Bartoli, *Le falsità documentali*, in, *Reati contro la fede pubblica* a cura di M. Pelissero, R. Bartoli, Torino 2011, 58 ss; in giurisprudenza, *ex multis*, Cass. pen. 23.01.2017 n. 3067: «I delitti contro la fede pubblica, per la loro natura plurioffensiva, tutelano non solo l'interesse pubblico alla genuinità materiale e alla veridicità ideologica di determinati atti, ma anche quello dei soggetti privati nella cui sfera giuridica l'atto sia destinato a incidere, con la conseguenza che essi sono legittimati a costituirsi parte civile».
[60] Cfr. P. Provenzano, *La teoria del "falso innocuo" in materia di dichiarazioni ex art. 38 d.lg. n. 163 del 2006 al vaglio della Corte di Giustizia*, in *RIDPC* 2013, 1, 234 ss.; D. Bottega, *Il "falso innocuo" nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Contr. St. Enti Pubbl.* 2016, 2, 67 ss.; A. C. Bifulco, *Il c.d. "falso innocuo": riflessioni a margine di una ordinanza cautelare del TAR Campania*, in www.*giustamm.it*, 12, 2016, 12 ss.
[61] Cons. Stato ad. plen. 28.08.2020, n. 16. Per un commento critico alla sentenza, cfr. C. Napolitano, *La dichiarazione falsa, omessa o reticente secondo l'Adunanza Plenaria* (nota a Cons. Stato ad. plen. 28.08.2020 n. 16), in www.*giustiziainsieme.it* 8 ottobre 2020.
[62] Cfr. sul punto ex multis A. Sereni, *Valutazioni tecniche e falsità documentali nel diritto vivente*, in *AP* 2019, 1, 7 ss.; F. A. Siena, *Problemi vecchi e nuovi delle false dichiarazioni sostitutive*, in *DpenCont.* 2020, 3, 242 ss.; R. Bartoli, *Il falso per omissione e il falso c.d. implicito tra legalità ed esigenze di tutela*, in *RIDPP*. 2004, 2, 521 ss.

tenore dell'atto un senso diverso, così che l'enunciato descrittivo venga ad assumere nel suo complesso un significato contrario al vero»[63]. Si pensi all'ipotesi in cui il gestore della crisi omettendo volontariamente una serie di dati economici rilevanti in ordine alla situazione patrimoniale del debitore ne mistifichi l'effettiva consistenza onde consentirgli l'accesso alla procedura concorsuale.
Diversamente, qualora la reticenza si riveli inidonea a incidere sulla veridicità dell'attestazione ovvero a offendere il bene giuridico di categoria, la stessa andrà considerata penalmente irrilevante, salvo confluire nella fattispecie di cui al comma 4 dell'art. 344.
Pur non essendo espressamente previsto, a dispetto di quanto si verifica in relazione dal delitto di false informazioni del professionista attestatore, il requisito della "rilevanza" della dichiarazione mendace, lo stesso deve ad ogni modo ritenersi, pertanto, implicitamente sotteso alla formulazione del precetto. Ciò in perfetta sintonia con l'orientamento oramai consolidatosi tra gli interpreti in materia di delitti di falso che, valorizzando la dimensione "in concreto" del principio di offensività, consente di ridurre la portata applicativa delle relative fattispecie, escludendone dalle relative maglie le ipotesi del falso innocuo e grossolano[64] e, in questo modo, ridefinendone la tipicità.
Altra questione estremamente delicata è quella relativa alla potenziale rilevanza del falso valutativo[65].
Il legislatore, diversamente da quanto si registra in relazione alla fattispecie di cui all'art. 342 d. lgs. 14/2019, nel definire l'oggetto materiale della condotta delittuosa non utilizza la nozione di "informazione", bensì quella di "attestazione".
Si è dinnanzi a due concetti di relazione che, in quanto tali, necessitano di essere opportunamente riempiti di contenuti in base al contesto di afferenza onde fugare eventuali profili di contrasto con i principi di determinatezza e prevedibilità.
L'attestazione si risolve nell'"affermazione dell'esattezza di una cosa o della verità di un fatto" e, pertanto, deve essere rapportata alla tipologia di dichiarazioni che l'OCC è chiamato ad effettuare nell'esercizio delle sue funzioni. A tal proposito, si è già a più riprese avuto modo di osservare come nel predisporre il piano di risanamento previsto nell'ambito della procedura di concordato minore o di liquidazione controllata, il gestore della crisi sia chiamato, da un lato, ad asseverare la situazione patrimoniale contingente del debitore in stato di decozione, dall'altro, a esprimere un giudizio prognostico circa le sue possibilità di ripresa.
In relazione al concetto di informazione, richiamato dall'art. 342 del d.lgs., è stato opportunamente rilevato come il suo impiego consenta evitare indebite estensioni dell'area della tipicità della fattispecie alla categoria dei giudizi, potendosi avere un falso solo in relazione a mere dichiarazioni di scienza. D'altra parte, la nozione di mendacio nell'epistemologia penalistica si risolve nel binomio "rispondente al vero/non rispondente al vero" e, in quanto tale, non può afferire a valutazioni[66]. In questa prospettiva, il soggetto agente non potrebbe essere chiamato a rispondere in sede penale della veridicità del giudizio sulla fattibilità del piano, attesta la sua natura squisitamente valutativa e il grado di incertezza allo stesso consustanziale, in quanto rivolto al futuro.
Considerazioni, quest'ultime, che potrebbero ritenersi valevoli anche per la fattispecie in esame, laddove si ritenesse il concetto di informazioni sovrapponibile a quello di attestazione. L'oggetto materiale della falsa attestazione rilevante ai sensi dell'art. 344 del d.lgs. 14/2019, dunque, si identificherebbe nei dati economici, finanziari e patrimoniali del debitore, così come quelli economici

[63] Cass. pen. 5.02.2015 n. 5635.
[64] Sul punto, *ex multis*, A. Manna, *Aspetti problematici dei delitti di falso*, in *AP*, 3, 2021, 7; I. Giacona, *Appunti in tema di falso c.d. grossolano, innocuo ed inutile*, in *Foro it.* 1993, II, 491 ss. Sui rapporti tra tipicità e offesa nell'ottica della concezione realistica del reato v. G. Neppi Modona, voce *Reato impossibile*, in *Dig. Disc. Pen.*[4], Torino 1987. Sulla teoria della tipicità apparente v. G. Fiandaca, V. Musco, *Diritto penale, parte generale*[4], Bologna 2004, 160 ss.
[65] Per una rassegna delle diverse applicazioni dei reati di falso ideologico all'esercizio di attività professionali v., in particolare, G. Iadecola, *Attività professionali e reati di falso*, in *Giur. mer*. 2009, 863 ss.
[66] F. Mucciarelli, *Speciale Decreto Sviluppo - Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "falso in attestazioni e relazioni*, in *www.illfallimentarista*.it 2012.

di carattere contestuale, qualora gli stessi vengano funzionalmente richiamati nel piano[67].
Il rischio, tuttavia, connesso all'accoglimento di una soluzione di questo tipo, per quanto in linea con i principi di determinatezza e tassatività della fattispecie penale, è quello di un'eccessiva contrazione del perimetro applicativo della norma incriminatrice e di una sostanziale vanificazione della scelta politico criminale del legislatore.
È in realtà l'impiego stesso del concetto di attestazione, secondo parte della dottrina, comprensivo non solo delle dichiarazioni di scienza, ma anche dei giudizi, a condurre verso esiti interpretativi differenti.
Se, da un lato, come si è visto, appare difficile operare una valutazione del piano di fattibilità secondo l'alternativa "vero/falso" stante il suo contenuto prognostico, dall'altro, l'esclusione *in toto* del cd. "falso valutativo" dal perimetro operativo della norma rischierebbe di risolversi in una sua abrogazione tacite. È noto, del resto, l'insegnamento delle scienze aziendalistiche secondo cui anche la diagnosi di veridicità dei dati economici, finanziari e patrimoniale di un'impresa sia caratterizzata da una componente valutativa più o meno marcata[68]. A questo principio si rifà la giurisprudenza di legittimità prevalente incline ad estendere l'operatività delle false comunicazioni sociali anche al falso valutativo.
Al di là, dunque, del caso di scuola che vede il gestore della crisi volontariamente occultare uno o più dati relativi alla situazione patrimoniale del debitore, deve convenirsi con l'opinione che limita la rilevanza penale del falso valutativo all'ipotesi in cui l'attestazione sia resa attraverso uno scorretto impiego delle *leges artis* ovvero dai metodi di analisi prescelti. Si rende, dunque, necessario operare una valutazione non dissimile da quella che il giudice amministrativo suole effettuare quando valuta la sussistenza del vizio dell'eccesso di potere con riferimento a valutazioni tecnico-discrezionali operate dalla pubblica amministrazione. In definitiva, soltanto nei limiti in cui il giudizio espresso dal gestore della crisi appaia connotato da evidenti profili di illogicità e irragionevolezza, la sua attestazione potrà considerarsi, nei termini espressi, come falsa. Una soluzione di compromesso, questa, che consentirebbe di evitare il rischio che la fattispecie in esame si riveli un mero simulacro privo di concreta utilità sul piano applicativo, ma che consente, allo stesso tempo, di prevenire un'irragionevole estensione del suo ambito di applicazione[69].
Contribuisce, in tal senso, a perimetrare ulteriormente i confini della fattispecie l'elencazione degli atti rispetto ai quali le attestazioni del gestore della crisi possono assumere rilevanza penale. Scelta, quest'ultima, che appare coerente con le esigenze di precisione e determinatezza congeniali a un moderno diritto penale "del fatto", operando un opportuno censimento di tutte le attestazioni rilevanti che la legge affida all'OCC[70].
Sul versante dell'elemento soggettivo, in assenza di indicazioni normative di sorta, lo stesso deve identificarsi nel dolo generico, essendo sufficiente verificare che il gestore della crisi si sia rappresentato e abbia voluto l'attestazione mendace. Ampi spazi si profilano, tuttavia, per la contestazione della fattispecie in esame a titolo di dolo eventuale. D'altronde, salvo ipotesi in cui il soggetto agisca di concerto con il debitore, nel qual caso deve ritenersi configurabile un concorso nel delitto di cui all'art. 344 comma 1 è difficile immaginare che il componente dell'organo della crisi

[67] In questi termini, con riferimento al delitto di cui all'art. 236 bis L. fall., M. Masucci, *Le fattispecie penali in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione dei beni del debitore*, in *Trattato del nuovo diritto concorsuale. Gli effetti del fallimento*, a cura di F. Vassalli, vol. III, *cit*., 1058, secondo cui «il contenuto della falsità non ha per oggetto immediato la valutazione espressa dai soggetti competenti, ma i dati oggettivi che si riflettono su tale valutazione, e che, in quanto falsamente attestati, ne pregiudicano la fondatezza»; in senso analogo F. Tetto, *Le false o fraudolente attestazioni del professionista ex art. 161, comma 3, l.fall.: alla ricerca di un'evanescente tipicità penalmente rilevante*, commento a Trib. Rov. 12.01.2012, in *Fallimento*, 848 ss.
[68] V. Spinosa, *op. cit.*, 17.
[69] F. Mucciarelli, *Stato di crisi, piano attestato, cit., passim.*
[70] *Ibidem.*

d'impresa possa vantare interessi di sorta rispetto alla realizzazione della condotta di falso. Le false attestazioni costituiscono, più di frequente, prodotto di un atteggiamento negligente o imperito, che, è ragionevole temere, la giurisprudenza non avrà difficoltà a riconsiderare sotto le mentite spoglie del dolo indiretto[71].
Da questo punto di vista, sarebbe stato auspicabile, in occasione della novella del 2019, che il legislatore avesse previsto un'omologa fattispecie di natura colposa, assistita, alla stregua di quanto previsto in materia di responsabilità medica, da una causa di non punibilità destinata a operare in relazione a comportamenti caratterizzati da imperizia non grave.

5.2. L'art. 344 comma 4 sanziona con le medesime pene previste per la condotta di cui al comma precedente la condotta del componente dell'organismo di composizione della crisi che cagiona danno ai creditori omettendo o rifiutando senza giustificato motivo un atto del suo ufficio.
Pur trovandoci in entrambi i casi al cospetto di reati a soggettività cd. "ristretta", diversamente da quanto affermato in relazione al delitto di falsa attestazione, la fattispecie in esame trova applicazione sia nei confronti del gestore della crisi quanto del referente, il suo perimetro operativo non essendo limitato alle attività inerenti allo svolgimento della procedura concorsuale.
Quanto alla condotta incriminata, evidenti sono le analogie con il delitto di cui all'art. 328, rispetto al quale si pone in un indubbio rapporto di specialità, presentando una serie di significativi elementi differenziali[72].
L'art. 344 co. 4 d'altronde, delinea un reato di evento di danno, non accontentandosi del mero dato del rifiuto o dell'omissione indebiti dell'atto d'ufficio. È, infatti, indispensabile che l'inerzia del componente dell'OCC produca un pregiudizio effettivo in danno dei creditori. A tal proposito, malgrado l'ambiguità del dato normativo, si ritiene ragionevole limitare l'operatività della norma esclusivamente ai pregiudizi di natura patrimoniale. Esegesi, quest'ultima, imposta dalla peculiare collocazione sistematica della norma e dalla specificità del contesto in cui si manifesta la condotta criminosa.
In termini non dissimili da quanto si è visto a proposito della figura delittuosa di cui al comma 3, anche la fattispecie in esame esprime una marcata plurioffensività. Oltre agli interessi patrimoniali dei creditori, ad essere tutelato è, invero, anche il corretto e spedito svolgimento della procedura concorsuale.
Proseguendo con la disamina dell'elemento materiale del reato, è necessario anzitutto porre l'attenzione sulla nozione di "atti d'ufficio". Il rinvio è chiaramente al catalogo contenuto nel d.lgs. 14/2019 che, similmente alla legge n. 3/2012, provvede con riferimento a ciascuna procedura concorsuale a descrivere in maniera puntuale le singole incombenze in cui si articola la funzione dell'OCC.
Rispetto a quanto si registra con riferimento alla previsione generale dell'art. 328 Cp, tuttavia, la normativa di settore non prevede alcun termine perentorio entro il quale l'atto richiesto debba essere adottato. Si tratta, nondimeno, di un problema solo apparente, il momento consumativo della fattispecie venendo a coincidere con l'effettiva verificazione del pregiudizio a carico del ceto creditorio.

[71] Cfr. senza pretesa di esaustività G. De Vero, *Dolo eventuale e colpa consciente: un tutore limite incerto*, in *RIDPP*, 77-94; Eusebi, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass. S.U., 24 aprile 2014 /Thyssenkrupp*, in *RIDPP*, 2015, 623 ss.; Id., *Verso la fine del dolo eventuale? (Salvaguardando, in itinere, la formula di Frank)*, in *DpenCont*, 2014, 1, 118 ss.; M. Donini, *Il dolo eventuale, fatto-illecito e colpevolezza*, in *DpenCont.* 2014, 1, 103.
[72] Sul delitto di cui all'art. 328 Cp, *ex multis* M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione*. *I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico* (artt. 314 – 335 bis)[3], Milano 2002, 2013; A. Masi, *La riforma dell'art. 328 Cp e la legge 7 agosto 1990 n. 241: un coordinamento poco chiaro*, in *RPDE* 1993, 68; Grassano, *La tutela del principio di legalità nelle funzioni pubbliche con specifico riguardo alle figure dell'abuso funzionale e di rifiuto di atti d'ufficio*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza* 1995, 1449.

Il rifiuto o l'omissione assumono rilevanza penale solamente quando privi di un giustificato motivo. Nel definire il perimetro operativo della fattispecie il legislatore, in termini analoghi a quanto si registra in relazione all'art. 328 Cp, ricorre a una clausola di antigiuridicità espressa. Malgrado l'impiego di una diversa terminologia ("indebitamente" / "senza un giustificato motivo"), in entrambi i casi sarà necessario verificare l'eventuale sussistenza di una o più ragioni idonee a giustificare la condotta scorretta dell'agente. Questi non potrà, chiaramente, limitarsi ad addurre motivazioni-tipo o "giustificazioni prestampate", le quali, tenuto conto dei limiti che incontra il sindacato del giudice penale con riferimento alle valutazioni discrezionali e di merito della pubblica amministrazione, si rivelerebbero altrimenti una comoda scappatoia per sottrarsi alla sanzione penale[73].
In questa prospettiva, è chiaro che, qualora si aderisca all'orientamento che esclude la natura pubblicistica del gestore della crisi, in tal senso, maggiori saranno per l'autorità giudiziaria i margini di apprezzamento della legittimità o meno delle motivazioni addotte dall'agente a difesa del suo comportamento.
Il delitto di cui all'art. 344 co. 3 infine, è punito a titolo di dolo generico, essendo all'uopo sufficiente che il componente dell'organismo abbia consapevolezza e volontà di cagionare attraverso l'omissione o il rifiuto di un atto d'ufficio un danno ai creditori del sovraindebitato.

5.3. Come si è avuto modo di osservare in premessa, il legislatore delegato ha deliberatamente scelto di non apportare alcuna modifica allo statuto penale delle procedure concorsuali, limitandosi in larga parte ad una mera operazione di trasposizione delle disposizioni contenute nel Titolo VI della legge fallimentare e nell'ambito della disciplina delle procedure da sovraindebitamento[74].
Del resto, la legge delega n. 155 del 2017 all'art. 2 – nei "Principi generali" – chiedeva di riformare in modo organico la disciplina delle procedure concorsuali sostituendo il termine fallimento e i suoi derivati con l'espressione «liquidazione giudiziale» al fine di superare il risalente "stigma" che colpisce la figura del soggetto fallito, ma altresì di adeguare «dal punto di vista lessicale anche le relative disposizioni penali, ferma restando la continuità delle fattispecie criminose»[75].
Quasi mosso dal timore di eventuali interpretazioni abrogatrici, in sede di attuazione della delega, il legislatore ha ulteriormente ritenuto opportuno specificare in più luoghi (all'articolo 2, lett. a), della legge delega, nella Relazione Illustrativa al d.lgs. 14/2019 e finanche nel medesimo testo legislativo, (all'articolo 349), che l'introduzione delle figure delittuose di nuovo conio, dichiaratamente finalizzata al mero adeguamento nominalistico delle disposizioni previgenti al nuovo vocabolario del c.c.i., avviene "con salvezza della continuità delle fattispecie" [76].
Nello stesso senso, la disposizioni transitorie dettate dall'art. 390, che al comma 3, dopo aver

[73]M. Romano, *op. cit.*, 320.
[74]M. Gambardella, *Il codice della crisi d'impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *CP* 2019, 494 e s.; G. Minicucci, *I delitti di bancarotta al crocevia tra continuità e palingenesi*, in *Discrimen*, 24.04.2020, 1 e ss.; F. Consulich, *Il diritto penale fallimentare al tempo del codice della crisi: un bilancio provvisorio*, in www.lalegislazionepenale.eu, 20.5.2020. *Contra*, R. Bricchetti, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quella della legge fallimentare*, in *DPP*2019, 7-8, 77.
[75] Sul punto si segnala, tuttavia, che con decreto della Ministra della Giustizia del 13 ottobre 2021, incaricata di "elaborare proposte di revisione ai reati fallimentari", è stata istituita un'apposita Commissione per la redazione di una proposta di revisione della disciplina dei reati fallimentari. Presieduta da Renato Bricchetti, presidente della I sezione penale della Corte di Cassazione, la Commissione ha elaborato una serie di proposte, tradotte in un articolato accompagnato da una relazione illustrativa, quest'ultima consultabile online nell'apposita sezione del sito del Ministero della giustizia. Per un primo commento si veda F. Mucciarelli, *Proposte di revisione ai reati fallimentari: la relazione della Commissione Bricchetti*, in www.*sistemapenale.it*, 07.07.2022.
[76] M. Gambardella, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, *7.11*.2018. Cfr. anche S. Giamberisio, *Fenomeni di successione di norme penali dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una riflessione de jure condito,* in *www.sistemapenale.it*, *16.09.2020;* G. Toscano, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza e il nodo (non sciolto) della bancarotta riparata*, in www.lalegislazionepenale.eu, 3.12.2021.

precisato le condizioni in base alle quali è possibilità continuare ad applicare la normativa previgente con riferimento alle modalità di svolgimento di ciascuna procedura concorsuale, specifica che: «Quando, in relazione alle procedure di cui ai commi 1 e 2, sono commessi i fatti puniti dalle disposizioni penali del titolo sesto del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché della sezione terza del capo II della legge 27 gennaio 2012, n. 3, ai medesimi fatti si applicano le predette disposizioni». Tuttavia, per quanto la previsione di una disciplina transitoria sia sempre auspicabile, d'altra parte, è pur vero che quelle dalla stessa offerte non possono che essere considerate che mere indicazioni di massima, in quanto l'interprete deve sempre tenere in conto i principi generali che governano la materia. È noto, d'altra parte, come, anche di recente, la Corte costituzionale abbia ribadito il principio in forza del quale nel dettare la disciplina transitoria di una riforma il legislatore non possa derogare al principio di irretroattività della legge penale sfavorevole[77], né al principio di retroattività della *lex mitior*, salvo in quest'ultimo caso la deroga non sia giustificata dall'esigenza di tutelare valori di rango pari o preminente[78]. Ciò anche in relazione agli illeciti amministrativi riconducibili alla nozione convenzionale di materia penale [79].

La produzione giurisprudenziale relativa agli effetti abrogativi delle riforme che hanno interessato il comparto fallimentare *lato sensu* inteso nel corso del tempo è, com'è noto, copiosa.

All'indomani della riforma del 2003, che ha modificato tra l'altro i presupposti di fallibilità dell'imprenditore in stato di decozione operando una considerevole riperimetrazione del novero dei soggetti ammessi alla procedura fallimentare, le Sezioni Unite della Suprema Corte sono tempestivamente intervenute a precisare che la sentenza dichiarativa di fallimento costituisce provvedimento non sindacabile da parte del giudice penale, dovendosi questi limitare a prendere atto della sua esistenza e della sua validità dal punto di vista formale. La sentenza, oggetto di severe critiche da parte della dottrina[80], ha sbarrato la strada ad ogni eventuale retroazione in *melius* della novella.

---

[77] Di recente vedasi Corte cost. 21.03.2019 n. 63, Pres. Lattanzi, Red. Viganò, con nota di M. Scoletta, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale,* in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 02.04.2019. Cfr. anche Cass. civ. S.U. 21.08.2012 n. 14374 con nota di R. Romanelli, E. Lotti, *Irretroattività della fattispecie depenalizzata in assenza di norme transitorie ad hoc*, in *AP, 2013. 2.*

[78] Si vedano in particolare Corte cost. sent. n. 393/2006 e n. 72/2008 relative alla disciplina transitoria introdotta dalla legge n. 251/2005 (cd. "ex-Cirielli") di riforma del regime della prescrizione. Cfr. sul punto, F. Viganò, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 06.09.2011; F. Poli, *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nella giurisprudenza costituzionale ed europea*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione dei costituzionalisti italiani* 2012, 2. Sul contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia vd. F. Mazzacuva, *Interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano,* V. Manes, V. Zagreblesky (a cura di*),* , Milano 2011, 427; in argomento cfr. anche A. Esposito, *Legalità come prevedibilità: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo, Europa e diritto penale*, a cura di Del Tufo, Balbi, A. Esposito, Napoli 2009, 107 – 143; A. Bernardi, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. Cost*, 2009, 44; A. Cadoppi, *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, vol. I, Torino 1997, 168 ss.

[79] In ultimo, sul punto si segnala Corte cost. 16.04.2021 n. 68 Pres. Coraggio, Red. Modugno, annotata da M. Scoletta, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, in *www.sistemapenale.it,* 16.04.2021. Per una più ampia ricognizione sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in argomento cfr. *ex multis* F. Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative,* in *RIDPP* 2020, 1, 10 e ss. F. Mazzacuva, *Le pene nascoste: Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017; Id, *L'incidenza della definizione convenzionale di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio*, in DpenCont, 2015, 3, 6 ss; A. Esposito, *La confisca urbanistica, Una storia a più voci*, Torino 2020**;** P. Chirulli, *L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza*, in *Oss. Cost.* 2014, 2, 1-11

[80]Cass. Pen. S. U. 28.02.2008 n. 19601 con nota di E.M. Ambrosetti, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni unite*, in *CP* 2008, 10, 3608.

Un approccio del tutto differente è stato adottato dalle Sezioni Unite all'indomani dell'abrogazione dell'istituto dell'amministrazione controllata[81]. Relativamente alle conseguenze della riforma sulla fattispecie delittuosa di cui al previgente art. 236 L. fall. e, in particolare, alla possibilità di ricondurre le condotte poste in essere prima della sua entrata in vigore entro i gangli della bancarotta cd. "concordataria", attese le notevoli affinità tra le due procedure, il Supremo Consesso si è espresso in termini negativi. Si è, invero, registrato nella specie un caso di successione "immediata" delle leggi penali nel tempo con effetto abrogativo, essendo intervenuto il legislatore ad espungere un elemento costitutivo della fattispecie, coessenziale alla rilevanza penale delle condotte alla stessa riconducibili. L'ordito motivazionale della pronuncia si fonda, tuttavia, sulla presunta natura di elemento costitutivo della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza del debitore, tesi, quest'ultima, superata dalla giurisprudenza più recente, oramai univoca nell'attribuire alla stessa natura di condizione obiettiva di punibilità estrinseca[82]. L'accoglimento di un'impostazione siffatta è destinato a produrre rilevanti conseguenze sul piano intertemporale, la mera abrogazione di un elemento esterno all'area di tipicità della fattispecie, al "fatto" in senso stretto, non essendo idonea a produrre alcuna conseguenza sulle condotte pregresse.

Laddove, viceversa, il legislatore intervenga più semplicemente a modificare la disciplina della singola procedura concorsuale, ad esempio, ampliando o restringendone i requisiti di accesso, si realizza un fenomeno di successione di tipo mediato, da valutare alla luce del criterio strutturale individuato dalle Sezioni Unite Magera in materia di immigrazione[83].

La confusione ingenerata dalle passate riforme della disciplina civilistica delle procedure concorsuali giustifica la scelta del legislatore di regolamentare espressamente attraverso una disciplina transitoria le ricadute connesse all'entrata in vigore del codice della crisi di impresa sul versante penalistico.

Attraverso la previsione dell'art. 390 co. 3 in particolare, egli ha inteso mantenere in vigore con riferimento ai fatti pregressi le fattispecie contemplate dalla disciplina previgente.

Le disposizioni penali della legge fallimentare e della legge 3/2012 sono destinate così ad esaurire la loro efficacia nel tempo, quando saranno chiuse in via definitiva le relative procedure secondo la previgente normativa. Le stesse andranno applicate anche ai fatti posti in essere successivamente all'entrata in vigore del codice della crisi di impresa laddove attinenti a procedure concorsuali in corso e, pertanto, assoggettate alla vecchia disciplina.

Quanto ai rapporti con le nuove disposizioni previste dal codice della crisi d'impresa, l'interprete non può, tuttavia, lo si è visto, accontentarsi delle indicazioni contenute nella disciplina transitoria, essendo chiamato a valutare nei termini surriferiti la sussistenza o meno di un rapporto di continuità tra le due diverse discipline.

In questa prospettiva, eventuali fenomeni abrogativi troverebbero spazio solo laddove, all'esito di un raffronto complessivo tra le stesse si ravvisi una sostanziale discontinuità. Le fattispecie incriminatrici previsti dal codice della crisi d'impresa andrebbero considerate alla stregua di nuove

[81] 7 Il riferimento è a Cass. pen. S. U. 26.02.2009, in *CP* 2009, 4113 e ss. con nota di M. Gambardella, *L'abolizione del delitto di bancarotta impropria*; in *RIDPP* 2010, 887 e ss. con nota di G.L. Gatta, *Abolizione dell'amministrazione controllata e abolitio criminis della bancarotta impropria ex art. 236, c. 2 n. 1 legge fallimentare*; in *Soc*. 2010, 603 e ss.

[82] Cass. Pen. 8.02.2017 n. 13910, Ric. Santoro**,** E. Reccia**,** *"Il mutato orientamento della Cassazione: la dichiarazione di fallimento è una condizione di punibilità estrinseca*", in *DpenCont,* 2018, 2, 268 ss. Cfr. sul punto anche S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2017, 715 ss; N. Pisani, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna 2018, 21.

[83] Cass. pen. S. U. 27.09.2007 n. 2451 con nota di Corbetta, *Adesione di Romania e Bulgaria all'UE: quale l'impatto sulle norme incriminatrici della 'Bossi-Fini'?* in *Corr. Merito* 2007, 333. Nella specie Le S.U. Magera avevano escluso che l'adesione della Romania all'Unione europea, con il conseguente acquisto da parte dei rumeni della condizione di cittadini europei, potesse determinare la non punibilità del reato di ingiustificata inosservanza dell'ordine del questore di allontanamento dal territorio dello Stato (tuttora punito dall'art. 14 co. 5 *ter* TuImm.) commesso prima della data di entrata in vigore del Trattato di adesione. In argomento, G. L. Gatta, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano 2008.

incriminazioni, esclusivamente nell'ipotesi in cui si dovesse accertare un rapporto di incomunicabilità tra lo statuto normativo nuovo delle procedure concorsuali e quello previgente.
Intanto, seppur con specifico riferimento alle fattispecie di bancarotta, la giurisprudenza[84] pare già essersi attestata a favore della tesi della continuità normativa, in maniera non dissimile, d'altronde, dalla posizione espressa dalla dottrina maggioritaria[85].
Quanto alla disciplina del sovraindebitamento, si è visto come, al di là di alcune significative novità, in particolar modo per quanto concerne l'ambito soggettivo di applicazione di talune procedure, il legislatore abbia lasciato immutata la sostanza delle tre procedure concorsuali in cui essa si articola nello schema tracciato dalla legge 3/2012.
Relativamente alle fattispecie incriminatrici in esame, due sono, in ogni caso, le principali innovazioni di cui è necessario dare conto.
Il legislatore, invero, non si è limitato nella specie ad adeguare i contenuti delle disposizioni incriminatrici previgenti al mutato statuto delle procedure concorsuali.
Rispetto al delitto di falsa attestazione, si registra il venir meno nel catalogo dei potenziali soggetti attivi del reato della figura del professionista, la cui nomina costituisce, tutt'ora, alternativa che il giudice può prendere in considerazione nel caso in cui nel circondario del tribunale non sia stato costituito un organismo di composizione della crisi di impresa.
Tuttavia, si sia trattato o meno di una svista legislativa, alla luce delle considerazioni che precedono, dovrebbe ritenersi configurata un'*abolitio criminis* parziale. Malgrado il legislatore affermi che delitto di cui all'art. 16 co. 3 della legge 3/2012 è da considerarsi ancora in vigore con riferimento ai fatti pregressi, la disciplina transitoria non può ritenersi in grado di derogare al principio di irretroattività con conseguente operatività dell'art. 2 co. 2 Cp
Volgendo lo sguardo al futuro, si delinea un potenziale vuoto di tutela, colmabile in parte solamente attraverso l'applicazione delle figure di falso ideologico previste dal Codice penale.
Al di là di questa notazione, restano forti i dubbi sulla legittimità costituzionale della scelta legislativa di ridurre il perimetro soggettivo di applicazione della fattispecie, la legge delega non autorizzando operazioni diverse da quelle di mero riordino della disciplina previgente.
Per le stesse ragioni non convince la scelta di aggiungere al catalogo degli atti suscettibili di falsa attestazione da parte del componente dell'organismo di composizione della crisi la relazione relativa al procedimento di esdebitazione di cui all'art. 283. Si tratta chiaramente di nuova incriminazione, la legge n. 3/2012 non disponendo alcunché in ordine al relativo adempimento.
Anche in questo caso, la novella sembrerebbe *prima facie* viziata da un eccesso di delega.
La giurisprudenza costituzionale è, in proposito, oramai costante nel sostenere che la delega legislativa non esclude la discrezionalità del legislatore delegato. Quest'ultima potrà essere più o meno ampia a seconda del grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega[86]. Per valutare se il legislatore abbia ecceduto tali margini di discrezionalità, è necessario verificare se la norma delegata appaia, in primo luogo, coerente con la *ratio* sottesa alle prescrizioni contenute nella delega: «la previsione di cui all'art. 76 Cost. non osta all'emanazione, da parte del legislatore delegato, di norme che rappresentino un coerente sviluppo e un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, dovendosi escludere che la funzione del primo sia limitata ad una mera scansione linguistica di previsioni stabilite dal secondo. Il sindacato costituzionale sulla delega legislativa deve, così, svolgersi attraverso un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli, riguardanti, da un lato, le disposizioni che determinano l'oggetto, i princìpi e i criteri direttivi indicati dalla legge di delegazione e, dall'altro, le disposizioni stabilite dal legislatore delegato, da

[84] Cass. Pen. 20.01.2021. n. 12056.
[85] R. Bricchetti, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *DpenCont*, 2019, 2-3; G. Giamberisio, *op. cit., passim.*
[86] R. Nevola, D. Diaco (a cura di), *La delega della funzione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, Corte costituzionale, Servizio studi, ottobre 2018.

interpretarsi nel significato compatibile con i princìpi e i criteri direttivi della delega. Il che, se porta a ritenere del tutto fisiologica quell'attività normativa di completamento e sviluppo delle scelte del delegante, circoscrive, d'altra parte, il vizio in discorso ai casi di dilatazione dell'oggetto indicato dalla legge di delega, fino all'estremo di ricomprendere in esso materie che ne erano escluse[87]».
Nella specie, l'art. 1 comma 2 della legge delega stabilisce che nell'esercizio del mandato legislativo conferitogli il Governo «cura altresì il coordinamento con le disposizioni vigenti, anche modificando la formulazione e la collocazione delle norme non direttamente investite dai principi e criteri direttivi di delega, in modo di renderle ad essi conformi, e adottando le opportune disposizioni transitorie», potendo esclusivamente introdurre a favore dell'autore dei delitti di bancarotta una serie di misure premiali laddove il danno patrimoniale arrecato sia di particolare tenuità (art. 4 comma 1 lett. h.
Da questo punto di vista, l'estensione del perimetro operativo dell'art. 344 co. 3 alla relazione resa dal gestore della crisi nell'ambito della procedura di esdebitazione, sebbene opportuna dal punto di vista politico-criminale in quanto funzionale a prevenire un potenziale vuoto di tutela, si invera nell'introduzione *ex novo* di una fattispecie di reato. Trattasi, pertanto, di interpolazione che, lungi dal costituire un mero completamento delle scelte effettuate dal delegante, avrebbe necessitato probabilmente di un'espressa autorizzazione nell'ambito della legge delega.

6. L'indagine sui profili di responsabilità penale dei componenti degli organismi di composizione della crisi non può prescindere da qualche breve riflessione sulle possibili forme di compartecipazione criminosa nei delitti del sovraindebitato.
Vi sono, del resto, molte più probabilità che il gestore della crisi cooperi, previo accordo, con l'interessato alla realizzazione di una delle diverse condotte criminose previste dall'art. 344 co. 1 che egli deliberatamente integri con il proprio contegno gli estremi di uno dei reati di cui ai commi successivi.
Si pensi all'ipotesi in cui, di concerto con l'interessato, per agevolarne l'accesso alla procedura concorsuale, egli alteri la situazione patrimoniale del debitore, dissimulando una parte rilevante dell'attivo o chiudendo un occhio sugli adempimenti cui il primo è tenuto in base al contenuto del piano di rientro omologato dal giudice.
In disparte l'eventuale rilevanza ai sensi dell'art. 319 *ter* Cp dell'accordo corruttivo sottoscritto con il privato, subordinata segnatamente all'accoglimento della tesi pubblicistica quanto alla sua qualifica soggettiva, quelle poc'anzi indicate descrivono una tipica ipotesi di concorso dell'*extraneus* nel reato proprio del sovraindebitato.
L'elevato grado di affinità che connota i delitti del sovraindebitato rispetto alle fattispecie di bancarotta consente di esportare i principi di diritto elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti in materia.
D'altronde, piuttosto frequenti sono le ipotesi di concorso del consulente o comunque di un soggetto privo della qualifica soggettiva richiesta dalla disposizione incriminatrice nella condotta delittuosa posta in essere dal fallito.
È noto, in proposito, come in linea di massima la giurisprudenza di legittimità[88], ai fini della

[87] Corte cost. 9.10.2018 n. 212, Rel. Amato, Pres. Lattanzi. In ultimo, con riferimento al diritto penale, si vedano le considerazioni espresse da Corte cost. 9.03.2022, n. 105, Pres. Amato, Red. Amoroso con riferimento alla formulazione del co. 7 dell'art. 586-*bis* Cp introdotta dall'art. 2 co. 1 lettera d, del d.lgs. n. 21/2018 con nota di C. Bray, *Eccesso di delega nell'attuazione del principio di 'riserva di codice': il commercio di sostanze dopanti torna punibile a prescindere dal fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti*, in www.*sistemapenale.it*, 12.05.2022.

[88] Di recente, vd. Cass. pen. 8-23.09.2021 n. 35069, che ha ribadito il principio «per cui, ai fini della configurabilità del concorso di persone, è necessario un contributo causale, seppure in termini minimi di "facilitazione" della condotta delittuosa, mentre la semplice conoscenza o anche l'adesione morale, l'assistenza inerte e senza iniziative a tale condotta non realizzano la fattispecie concorsuale La distinzione tra connivenza non punibile e concorso nel reato commesso da altro soggetto va individuata, pertanto, nel fatto che la prima postula che l'agente mantenga un comportamento meramente

contestazione dell'imputazione a titolo di compartecipazione criminosa dell'*extraneus,* ritenga imprescindibile che, appurata la rilevanza causale del suo contributo in termini quantomeno agevolativi[89], egli sia altresì consapevole di «concorrere nella sottrazione dei beni alla funzione di garanzia delle ragioni dei creditori per scopi diversi da quelli inerenti all'attività d'impresa, immediatamente percepibile dal concorrente esterno, così come dall'imprenditore con il quale lo stesso concorre, come produttivo del pericolo per l'effettività di tale garanzia nell'eventualità di una procedura concorsuale, a prescindere dalla conoscenza della condizione di insolvenza»[90].
In senso critico rispetto a questa ricostruzione, si è osservato come, tenuto conto anche del bene giuridico tutelato dai delitti di bancarotta, la consapevolezza della situazione di crisi economica in cui versa il debitore costituisca un tratto indefettibile del dolo dell'*extraneus*, viceversa determinandosi un'irragionevole estensione delle maglie dell'area del penalmente rilevante verso forme di responsabilità oggettiva.
Le considerazioni che precedono possono considerarsi, senza dubbio, valevoli anche per il gestore della crisi di impresa che decida di fornire il proprio supporto attivo al debitore pronto a tutto pur di beneficiare delle procedure concorsuali volte al superamento della sua situazione di sovraindebitamento.
V'è, tuttavia, da chiedersi se il componente dell'organismo di composizione della crisi possa, altresì, essere chiamato a rispondere dei reati del sovraindebitato a titolo di omesso controllo, ovvero se egli rivesta o meno una posizione di garanzia idonea a fondare un'imputazione di tal fatta[91]. Si tratta, ulteriormente, di comprendere se la legge attribuisca all'organismo poteri impeditivi atti a prevenire eventuali condotte criminose destinare a frustrare lo svolgimento della procedura concorsuale[92].
In proposito, è noto come la giurisprudenza di legittimità in materia di reati fallimentari abbia nel tempo assunto un atteggiamento favorevole al riconoscimento di una responsabilità a titolo di omesso controllo nei confronti di numerosi soggetti deputati nell'ambito della compagine aziendale allo svolgimento di una funzione di controllo, ritenendo quasi sempre sussistente un obbligo di garanzia nei confronti del fallito[93].

---

passivo, inidoneo ad apportare alcun contributo causale alla realizzazione del reato, mentre il secondo richiede un consapevole contributo positivo - morale o materiale - all'altrui condotta criminosa, anche in forme che agevolino o rafforzino il proposito criminoso del concorrente». Cfr., tra le tante, anche Cass. pen. 16.07.2015 n. 34985, Caradonna e altri).

[89] La connotazione causale della condotta concorsuale è requisito costitutivo indefettibile della fattispecie plurisoggettiva eventuale: «non vi può essere concorso di persone nel reato se la condotta atipica non ha esercitato un'influenza causale sul fatto concreto tipico realizzato da altri: in assenza di questo collegamento causale, la condotta atipica non reca infatti nessun contributo all'offesa al bene giuridico immanente al fatto principale», così G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale, parte generale*[9], Milano 2020, 546 Cfr. sul punto, senza pretesa di esaustività, P. Aldrovandi, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano 1999, p. 43 ss.; P. Insolera, *voce Concorso di persone nel reato,* in *Dig. Disc. pen*, Vol. II, 1988, 479.

[90] Testualmente, Cass. pen. 7.05.2014, n. 32031, 23.

[91] Sulla nozione di posizione di garanzia, cfr. *ex multis* G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, Manuale di diritto penale, *cit.*, 261; F. Mantovani, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *RIDPP*. 2004, 4, 984; C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo,* in *Criminalia* 2012, 671 ss; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino 1999.

[92] Osservano che «il dovere d'impedire l'evento presuppone, in linea logica e giuridica, il potere di tenere comportamenti attuativi del dovere», F. Stella, D. Pulitanò, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *RTrimDPenEc* 1990, 562. In giurisprudenza, tra le numerose pronunce rinvenibili sul punto, cfr., segnatamente, Cass. pen. 28.02.2008 n.15241, in *Ced*, rv. 240211. Sulla nozione di potere impeditivo in ultimo di assoluto rilievo le precisazioni contenute a margine di Cass. pen. 8.01.2021 n. 32899, (relativa al cd. "disastro di Viareggio"). Per un'efficace sintesi si veda P. Brambilla, *Disastro ferroviario di Viareggio: le motivazioni della sentenza di Cassazione*, in *www.sistemapenale.it*, 09.11.2021.

[93] In chiave critica rispetto a questa tendenza, è stato osservato come la gestione pretoria della clausola di equivalenza in ambito concorsuale rende «il concorso per omissione un "monolite" capace di attrarre e di livellare tra loro situazioni e profili che meriterebbero una valutazione più rigorosa e discretiva: il tentativo di depurare l'istituto in esame dai

Emblematico, in tal senso, il dibattito innescatosi con riferimento alla responsabilità dei sindaci e degli amministratori non esecutivi a titolo di compartecipazione criminosa nei reati commessi dal fallito[94].
Quanto al componente dell'organismo di composizione della crisi, non ci sembrano sussistere i presupposti minimi per un addebito a titolo di concorso omissivo improprio nel reato del sovraindebitato[95].
Mancano, invero, in radice le condizioni affinché lo stesso possa considerarsi titolare di una posizione di garanzia nei confronti del debitore. Egli non disponente, invero, di poteri impeditivi idonei a prevenire sue eventuali condotte delittuose. Ciò vale senz'altro per la fase preliminare della procedura, in cui, si è visto, il gestore della crisi è chiamato, da un lato, a svolgere una funzione di consulenza a favore dell'interessato, dall'altro, un ruolo di supporto all'attività dell'autorità giudiziaria.
Qualche spiraglio potrebbe aprirsi in relazione alla fase esecutiva della stessa, in cui l'organismo è chiamato a vigilare sulla corretta esecuzione del piano, segnalando al giudice eventuali criticità bisognose del suo intervento. Ciononostante, anche in questo caso l'impressione è che la legge si limiti ad attribuire al gestore della crisi meri poteri di vigilanza e segnalazione, privi di efficacia impeditiva e, in quanto tali, inidonei, per giurisprudenza e dottrina costanti, a fondare un addebito a titolo omissivo improprio[96].

6.1. I molteplici ed eterogenei compiti che la legge attribuisce all'organismo di composizione della crisi aumentano, come può immaginarsi, considerevolmente il rischio di conflitti di interessi. Nel tentativo di ridurre al minimo un rischio di tal fatta l'art. 2 del d.m n. 202/2014, tenuto in vigore dal codice della crisi d'impresa, prevede la possibilità che il referente dell'organismo affidi l'incarico in maniera congiunta a un collegio di gestori[97]. La previsione non dice altro, rivelandosi lacunosa nella parte in cui non fornisce indicazioni di sorta circa la gestione in forma collegiale della procedura da parte dell'organismo e, pertanto, rimettendone di fatto la determinazione alla discrezionalità di ciascuna struttura.
Quanto all'eventuale incidenza della regola della collegialità sul versante della responsabilità penale dei componenti dell'organismo, in assenza di una prassi significativa sul punto, due sono gli scenari

molteplici "corpi estranei" è reso, peraltro, vieppiù problematico dalla tendenza – di carattere generale – a rimanere legati – più o meno consapevolmente – ad alcuni vischiosi "dogmi" – in particolare, quello causale e quello della c.d. accessorietà – che si rivelano scarsamente funzionali rispetto all'obbiettivo di razionalizzazione e di riequilibrio nella distribuzione delle colpe e delle responsabilità». Così, A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa 2022, 45.

[94] Cfr. in argomento, senza pretesa di esaustività, F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano 2009; Id, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari*, in *Riv. Soc.* 2012, 333 ss; N. Pisani, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano 2003; A. Melchionda, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali; problemi attuali e prospettive di soluzione*, in *Ind. Pen*. 2000, 54 ss; F. Bellagamba, *La responsabilità penale degli amministratori nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in www.lalegislazionepenale.eu, 11.05.2020. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. pen. 11.03.2010, n. 16761, in CP 2011, 101, con nota di A. Verrico, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*; Cass. pen. 4 maggio 2011 n. 28932, in *Riv. dott. Comm*. 2012, 187, con nota di P. Chiaraviglio, *Causalità omissiva e potere di impedire l'evento: la posizione dei sindaci e degli amministratori privi di delega nelle società di capitali.*

[95] Sulla configurabilità di un concorso omissivo improprio nel reato altrui sconfinata la letteratura. Cfr. in proposito, tra i tanti A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa, cit., passim;* A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento del fatto illecito altrui*, Napoli 2013, 244 ss, F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Milano 1975, 142; G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano 1979, 77 e 167 ss.; G. Grasso, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano 1983, 375 ss.

[96] Sul punto, vd. nota 91.

[97] P. Farina, *op. cit.*, 147.

che è lecito immaginare possano manifestarsi in futuro.
Laddove il collegio attenda ad una rigida ripartizione dei compiti, demandando, alla stregua di quanto si verifica nell'ambito dei consigli di amministrazione, la funzione esecutiva ad uno solo dei suoi componenti, c'è da chiedersi se gli altri possano o meno considerarsi titolari di una funzione di controllo nei confronti del primo. Considerata la posizione costante della giurisprudenza di legittimità in materia di responsabilità degli amministratori non esecutivi, non è da escludere che analoga soluzione possa essere adottata anche con riferimento agli organismi di composizione della crisi[98].
Ci sembra, tuttavia, più probabile che il collegio adotti un modello di amministrazione di tipo paritario, soluzione che, d'altra parte, sarebbe altresì più conforme al dato normativo e della *ratio* allo stesso sottesa.
In merito alle ricadute penalistiche di questa scelta, la disamina delle dinamiche operative dell'organismo, dei criteri di adozione delle decisioni collegiali, delle modalità di partecipazione dei singoli componenti sarà in tal caso decisiva per escludere eventuali profili di responsabilità dei singoli componenti a titolo monosoggettivo o di compartecipazione nei delitti del sovraindebitato[99].
Operazione, quest'ultima, com'è noto, destinata a rivelarsi tutt'altro che agevole. Fatta eccezione per l'ipotesi in cui l'organo avalli all'unanimità ed in maniera consapevole la condotta fraudolenta che altri si accinge a realizzare, sarà indispensabile vagliare il grado obiettivo e subiettivo di partecipazione di ciascun componente all'adozione della delibera criminosa, verificando, ad esempio, se egli non abbia preso parte ai lavori preparatori del consesso ovvero non abbia compreso la natura fraudolenta del comportamento poi di fatto autorizzato[100].
Il rischio altrimenti è quello di favorire la cristallizzazione di ulteriori forme di responsabilità da posizione riecheggianti la risalente teoria del reato collegiale formulata dal Rende[101], le quali appaiono notoriamente in contrasto con le coordinate di un diritto penale costituzionalmente orientato.

[98] Vd. nota n. 93.
[99] Sul tema della responsabilità degli organi collegiali si vedano i recenti contributi di L. Cornacchia, Responsabilità penale negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo, Torino 2021; F. M. De Martino, Il reato collegiale. Profili di dommatica e di politica criminale, Napoli 2020. Più risalenti i contributi di A. Crespi, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *RIDP* 1957, 517 e ss; F. Grispigni, *Il reato plurisoggettivo*, in *Ann. dir. e proc. pen*. 1942. In giurisprudenza, in ultimo si segnala sul punto Cass. pen. 28.03.2022 n. 11087, con nota di R. Lugli, *La responsabilità penale del consigliere di amministrazione senza deleghe per gli illeciti deliberati dal Cda*, in *Giurisprudenza Penale Web* 2022, 4.
[100] A. Alessandri, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *RIDPP* 2005, 534 *e* 70 ss.
[101] D. Rende, *Saggio di una teoria del reato collegiale*, in *Il pensiero giur. pen*. 1943, 44 e ss.

UOMO, SOCIETAS, MACHINA (*)

di Andrea Francesco Tripodi
(*Professore associato di diritto penale, Università di Macerata*)

La *capacità penale* ha oramai travalicato i confini naturalistici della dimensione psico-fisica dell'essere umano, certificando il valore della metafora alla base della figura della persona giuridica. Le esigenze della modernità, correlate allo sviluppo dell'intelligenza artificiale, impongono un tentativo di tematizzazione delle potenzialità e dei limiti dell'impulso della penalità verso il non-umano. Da qui l'occasione per immaginare una sorta di *fil rouge* concettuale che colleghi l'uomo, la *societas* e la *machina*.
Criminal capacity has now transcended natural boundaries of the psychophysical dimension of human beings, certifying the relevance of the metaphor underlying the notion of legal person. The demands of modern society, connected to the development of artificial intelligence, require challenging the scope and limits of punishments towards the non-human. Hence, the chance to develop an innovative *fil rouge* linking men, 'societas' and 'machina'.

SOMMARIO: 1. *Come se* fosse un uomo. *Tale e quale*? – 2. Antropologia della persona giuridica penalmente capace. – 3. Quale grado di separazione? – 4. Il robot come persona? – 5. Un "ponte" verso mondi lontanissimi. – 6. Autonomia e modernità (cenni conclusivi).

1. La metafora da cui origina la figura della *persona giuridica* ha subìto nel corso del tempo diverse declinazioni: con punte di accentuato antropomorfismo, che vogliono l'ente collettivo "vivo" e "agente", attraverso i suoi organi, *allo stesso modo* dell'essere umano[1]; e approcci ispirati a un maggiore realismo, che, nel rifiutare l'idea di una tale, piena assimilazione, ammettono la rilevanza di rapporti giuridici impersonali pertinenti a un soggetto giuridico diverso dall'uomo[2] ovvero riconoscono la duplicazione del contenuto degli stessi rapporti giuridici, caratterizzati, in siffatta prospettiva, da una disciplina speciale quando "vissuti" dai membri del gruppo *uti universi* e non *uti singuli*[3].
In questo itinerario tra *mito* e *realtà* si iscrive, con le proprie prerogative, anche il risvolto penalistico della vicenda[4], compendiabile nella questione del superamento o meno del *societas delinquere non potest*.

2. Collocandoci nel punto d'approdo di tale viaggio, indicato dalle disposizioni del d.lgs. 8.6.2001 n. 231, è evidente che alcune scelte impresse nello strumento normativo risentono di tale condizione di "sospensione" della *societas* – e della sua responsabilità da reato – tra una visione pura *a immagine e somiglianza dell'uomo* e quella di un'*autonoma creazione* tratta pur sempre dai dati del reale,

(*) Il presente contributo è stato pubblicato nel volume collettaneo curato da C. Piergallini, G. Mannozzi, C. Sotis, C. Perini, M.M. Scoletta, F. Consulich, *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Giuffrè 2022. Si ringraziano i Curatori e l'Editore per avere consentito la pubblicazione in questa Rivista.
[1] Cfr. O. von Gierke, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. I, Berlin 1868.
[2] Cfr. A. Falzea, M. Basile, voce *Persona giuridica (diritto privato)*, in *ED*, XXIII, 1958, 624 ss.
[3] Cfr. F. Galgano, *Le insidie dl linguaggio giuridico*, Bologna 2010, 25-65, il quale così ripercorre e riassume lo sviluppo del pensiero giuridico sulla «persona per metafora».
[4] Per il quale si rinvia alle ricostruzioni di G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa 2012, 35-110 e, nell'ottica della questione allocativa della penalità tra "individualismo" e "collettivismo", di V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino 2018, Capp. II e III.

proiettati e apprezzati, però, nella dimensione sovra-umana dell'*universitas*. Detto altrimenti e con le parole del Maestro che con questo saggio si vuole onorare, il quale ha ridefinito la contrapposizione concettuale, erano prospettabili «soluzioni metaforiche» in senso stretto, ispirate cioè a un processo di «antropomorfizzazione (…) dell'ente», e «soluzioni analogiche», connotate invece da un rimodellamento «per adattamento» dei paradigmi tipici di ascrizione della responsabilità alla persona fisica, «in analogia» appunto con gli istituti della parte generale del diritto penale[5].

Così, scendendo nel dettaglio delle scelte normative allo scopo di portare un esempio, si può osservare come alla possibile tentazione di riferire le prestazioni della teoria organicistica, già riflessa nel criterio di imputazione oggettiva del reato all'ente, anche al versante soggettivo, per via del riconoscimento di una (finzionistica) *traslatio doli et culpae* dall'*uomo* all'*ente*, si sia opposta l'esigenza di evitare forme di responsabilità oggettiva "mascherate", soddisfatta dall'opzione di consentire all'ente di agire, in ogni caso, a sua *discolpa*. Da qui, secondo l'ormai unanime lettura, la convivenza nella legge di due diversi paradigmi imputativi[6]. L'uno – rilevante sul piano oggettivo –, fondato su uno schema ascrittivo della responsabilità tipicamente derivativo, dove l'agire umano (criminale) nell'*interesse* o *a vantaggio* dell'ente traduce la teoria dell'immedesimazione organica[7]. L'altro – rilevante sul piano soggettivo –, promuovente l'autonomizzazione della responsabilità dell'ente da quella della persona fisica, in cui il rimprovero mosso all'ente è per la *colpevole disorganizzazione* della prevenzione del reato verificatosi. Un'autonoma forma di *colpevolezza*[8], dunque, che ha il proprio referente nel fenomeno (umano) dell'organizzazione, quale tratto identitario del soggetto collettivo, comprensibile in termini di regole disciplinanti dinamiche relazionali tra essere umani[9]; e, in ultima analisi, nel *modello di organizzazione e gestione*, quale tangibile espressione dell'apparato organizzativo.

Proprio la colpevolezza organizzativa, la cui sussistenza richiede la dimostrazione della correlazione funzionale tra il *deficit* organizzativo e il reato verificatosi (con correlativo giudizio controfattuale del comportamento alternativo lecito)[10], diviene il volàno della configurazione dell*'illecito penale dell'ente*: dove l'appellativo *penale*, a ben vedere, non si contrappone all'ormai usuale inquadramento in un *tertium genus* di responsabilità[11], attesa la prevedibile riconducibilità di tale ibrida qualificazione nel bacino convenzionale della *matière pénale*[12]; e l'uso della preposizione di appartenenza a favore dell'ente finisce per attestare il riconoscimento di un autonomo contenuto a quella peculiare situazione giuridica identificabile col reato. Quasi che, su questo livello "metafisico",

---

[5] C.E. Paliero, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *RTrimDPenEc* 2018, 192 ss.

[6] Cfr., da ultimo, C. Piergallini, *La "maggiore età" della resposabilità dell'ente: nodi ermeneutici e pulsioni di riforma*, in *www.archiviopenale.it* 24.3.2021, 3 ss.

[7] Intesa in un'accezione "allargata", come comprensiva, cioè, non solo della relazione organica *stricto sensu*, ma di qualsiasi rapporto con l'ente qualificabile in termini di *appartenenza*.

[8] Sulla teorizzazione della colpevolezza organizzativa, tra i principali contributi nella letteratura italiana, senza pretesa di esaustività, in ordine di tempo, C.E. Paliero, C. Piergallini, *La colpa in organizzazione*, in *RespAmmSocEnti* 2006, 3, 167 ss.; G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa 2012, 182 ss. e 391 ss.; M.N. Masullo, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Napoli 2012, spec. 250 ss. e 279 ss.; C. Piergallini, *Colpa di organizzazione e impresa*, in AA.VV., *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di M. Donini, R. Orlandi, Bologna 2013, 171 ss.; E. Villani, *Alle radici del concetto di "colpa di organizzazione" nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli 2016, *passim*; A. Fiorella, N. Selvaggi, *Dall'utile al giusto*, Torino 2018, 130 ss. e 177 ss.; V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., 192 ss.; C.E. Paliero, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, cit., 175 ss.

[9] Sulla cui consistenza socio-mormativa, R. Bartoli, *Un'introduzione alla responsabilità punitiva degli enti*, in D. Piva (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, Torino 2021, 39.

[10] In giurisprudenza, per tutte, Cass.15.6.2022 n. 23401.

[11] In giurisprudenza, per tutte, Cass. S.U 18.9.2014 n. 38343.

[12] Sulla nozione di *materia penale* elaborata nella giurisprudenza di Strasburgo, si rinvia a F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, Torino 2017; L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018.

in assonanza con le impostazioni civilistiche che collocano il fenomeno della persona giuridica nell'ambito della teoria dei rapporti giuridici (e non dei soggetti giuridici)[13], l'illecito penale possa considerarsi commesso dai soggetti membri del gruppo *uti universi* e non *uti singuli*.
Peraltro, in tale tracciato di autonomizzazione della responsabilità da reato della *societas* è pur possibile registrare un diverso grado di "attaccamento" – in un certo senso, volendo, di realismo – al fatto (umano) di reato(-presupposto) da cui tutto origina. La controversa delineazione della fisionomia dell'illecito dell'ente oscilla in effetti tra ricostruzioni che assumono il reato della persona fisica a baricentro della responsabilità penale dell'ente e impostazioni che, secondo progressive flessioni, ne degradano la centralità nel sistema.
Secondo una necessaria opera di sintesi, in ultima analisi, il motivo unificante riflette pur sempre l'immagine dell'ente responsabile dell'inadeguata prevenzione (*rectius*, riduzione del rischio di commissione) del crimine individuale ad esso riferibile in ragione del canale imputativo di cui all'art. 5 d.lgs. 231/2001, e, dunque di averlo agevolato attraverso questo atteggiamento disorganizzato, al quale è rivolto l'autonomo rimprovero di colpevolezza *ex* artt. 6, 7 del decreto.
Ma almeno due sono le configurazioni di tale forma di responsabilità sul piano dogmatico, rappresentabili in ordine decrescente rispetto alla rilevanza assunta dal reato individuale presupposto.
Quella secondo lo schema concorsuale[14], nel senso cioè della configurazione di una fattispecie plurisoggettiva di parte generale, tipizzante una (nuova) ipotesi di concorso necessario di persone fisiche e giuridiche – a fronte di diverse dinamiche imputative – nel *medesimo* reato[15].
Quella in termini di illecito monosoggettivo, dove il reato della persona fisica è ricostruito o come evento-elemento costitutivo di una fattispecie di natura agevolativa[16] ovvero come nucleo di disvalore correlato a un omesso intervento *lato sensu* impeditivo[17]; oppure, ancora, in una prospettiva estrema di declassazione, come condizione obiettiva di punibilità rispetto a una condotta omissiva che riflette il *deficit* organizzativo e in cui si sostanzia di per sé l'illecito[18].

---

[13] Cfr. sul punto, ancora F. Galgano, *Le insidie dl linguaggio giuridico*, cit., 43 ss.
[14] Cfr. C.E. Paliero, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in F. Palazzo (a cura di), Societas puniri potest, Padova 2003, 24 ss.; M. Romano, *La responsabilità degli enti, società e associazioni: profili generali*, in *RSoc* 2002, 393. In giurisprudenza, Cass. S.U. 27.3.2008, n. 26654; *contra*, nel senso che l'illecito dell'ente non si identifica col reato commesso dalla persona fisica, C. cost., 9.7.2014 n. 218; Cass. S.U. 30.1.2014, n. 10561.
[15] C.E. Paliero, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in «Societas puniri potest». *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 17 ss.; Id., *La società punita: del come, del perché, del per cosa*, in *RIDPP* 2008, 1539 ss.; nello stesso senso, M.N. Masullo, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., 140 ss.
Da ultimo, per una strenua difesa della configurazione secondo lo schema concorsuale, M. Scoletta, *Sulla struttura «concorsuale» dell'illecito punitivo delle persone giuridiche nell'ordinamento italiano*, in R. de Vincente Martinez, D. Gomez Iniesta, T. Martin López, M.M. de Morales Romero, A. Nieto Martin, *Libro Homenaje al Porofesor Luis Arroyo Zapatero*, vol I, Madrid 2021, 665 ss.
[16] Cfr. M. Pelissero, *La responsabilità degli enti*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, a cura di C.F. Grosso, 14ª ed., 2018, 754, 758, il quale concepisce l'illecito dell'ente come un'autonoma figura di agevolazione colposa.
[17] Evoca il modello dell'art. 40 co. 2 Cp, precisando come l'ente risponda, più che per l'omesso impedimento (secondo un giudizio controfattuale di tipo condizionalistico), per l'omessa prevenzione del reato ovvero per non aver ridotto *ex* ante il rischio della sua commissione entro il limite consentito dall'ordinamento, V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., 139 ss. e 193, il quale spiega la visione in termini monistici dell'illecito, nonostante sul piano naturalistico si richieda la condotta penalmente rilevante di un altro soggetto (la persona fisica), ponendo l'accento sulla specificità del contributo della *societas*, non riconducibile a singoli atti, commissivi o omissivi, di complicità, secondo un'ordinaria dinamica concorsuale, ma a un insieme di carenze individuali.
[18] Attribuisce al reato-presupposto il ruolo di condizione obiettiva di punibilità F. Mucciarelli, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n. 231/2001*, in *DPP* 2011, 442, il quale trae spunto dalla posizione della giurisprudenza della Suprema Corte contraria ad ammettere la costituzione di parte civile contro l'ente in ragione della diversità strutturale tra l'illecito di quest'ultimo e il reato della persona fisica.

Nella prima prospettiva la condotta tipica dell'ente, che si pone come *accessoria* rispetto a quella della persona fisica, si sostanzia in un *contributo agevolativo* da *deficit* di organizzazione. L'illecito è unico ed è attribuibile, secondo diverse qualificazioni giuridiche, contemporaneamente alle due *persone* – fisica e giuridica – coinvolte nella vicenda.
Nella seconda prospettiva il fatto imputabile all'ente è complessivamente messo a fuoco dal contenuto *omissivo* della colpevolezza organizzativa. Siamo in presenza di una pluralità di illeciti, ciascuno pertinente a una delle due *persone* – fisica e giuridica – coinvolte nella vicenda.

3. Un metro utile a misurare il grado di distacco dalla vicenda umana generatrice della dinamica coinvolgente l'ente collettivo è quello rinvenibile nella disciplina dettata dall'art. 8 del decreto.
Tale previsione, nel consacrare l'autonomia della responsabilità dell'ente – *id est*, la relativa permanenza rispetto al crimine individuale, il cui autore non sia identificato oppure non sia imputabile, o, ancora, che sia interessato da una vicenda estintiva diversa dall'amnistia –, può essere, ai nostri fini, letta come indicativa di una semplice variante, legata a specifiche contingenze, del modello di attribuzione del reato alla *societas* accolto nella normativa, ma anche, diversamente, come fondativa di un ulteriore schema ascrittivo; fino a essere percepita – secondo quanto in seguito si dirà – come una sorta di "messaggio" proveniente da un futuro non troppo remoto.
Intendiamoci. Se ci si lascia guidare da quel piccolo capolavoro di chiarezza e sistematicità che è la Relazione al decreto, verrà tacciata di sovradimensionamento del dato normativo ogni lettura che ne voglia proiettare il rilievo al di là dell'orbita già disegnata dal legislatore nelle norme di cui agli artt. 6 e 7. Nella Relazione si spiega, infatti, che l'art. 8 presuppone comunque la commissione di un reato completo degli elementi oggettivi e soggettivi e giudizialmente accertato[19], di modo che, riferendoci all'ipotesi dell'autore ignoto, quella più problematica e al contempo tipica della responsabilità d'impresa in ragione della complessità del corrispondente assetto organizzativo[20], la disposizione sembrerebbe formalizzare una ben determinata contingenza: l'impossibilità di identificazione "anagrafica" dell'autore del reato nell'ambito di una ristretta cerchia di soggetti individuati come potenzialmente responsabili[21].
In quest'ottica, il presunto fenomeno di antinomia tra tale disposizione e le altre del decreto che presupporrebbero l'individuazione dell'identità del reo (la scelta del regime d'imputazione tra quelle previste dagli artt. 6 e 7 e, ancor prima, l'agire nell'*interesse* dell'ente di cui all'art. 5)[22] parrebbe allora destinato a svanire nella considerazione per cui l'incertezza nell'identificazione risulterebbe comunque limitata a una determinata cerchia di soggetti individuali, dalla quale derivare la "posizione" del reo nella *societas*, e nell'adesione alla prospettiva oggettivistica del criterio dell'*interesse* (come proiezione finalistica-funzionale della condotta), con la quale verrebbe superata

[19] Relazione al d.lgs. 231/2001, consultabile, tra l'altro, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato,* Padova 2002, 450 ss.
Da ultimo, per una ricostruzione della controversa figura, aggiornata alle varie posizioni emerse in dottrina, si veda M. Pelissero, *Principi generali* (§7), in G. Lattanzi, P. Severino (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, Torino 2021, 154 ss.
[20] Su tale carattere del crimine d'impresa quale fattore ispiratore della scelta normativa, cfr. G. Forti, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231 del 2001*, in *RIDPP* 2012, 1264 ss. In generale, sulle specifiche cause del fenomeno – dalla frammentazione dei poteri decisionali, alla divisione del lavoro e alla successione diacronica dei garanti –, si veda V. Mongillo, *La responsabilità penale*, cit., 334 ss.
[21] Cfr. G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro (diretto da), *Trattato di diritto penale-parte generale*, Milano 2008, 204 ss., il quale osserva come si sia voluto richiamare essenzialmente l'ipotesi dell'imputazione soggettiva alternativa, vale a dire quando all'accertamento di un fatto di reato nei suoi elementi essenziali non possa seguire la certa attribuzione a uno o più soggetti determinati. A tale specifica ipotesi circoscrive la rilevanza pratica del disposto normativo, T. Guerini, *Diritto penale ed enti collettivi*, Torino 2018, 57.
[22] Sottolineano il profilo di contraddittorietà dell'art. 8 con la dinamica imputativa prevista dal decreto, tra gli altri, A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna 2010, 223; M. Bellacosa, *Art. 8*, in M. Levis, A. Perini (a cura di), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna 2014, 220 ss.

l'impossibilità di rinvenimento della *finalità* soggettiva dell'agire. Lo stesso, discusso requisito dell'elusione fraudolenta del modello potrebbe, al limite, obiettivamente affiorare e, in quanto tale essere isolato, specie se *ri*-letto depurandolo dalle implicazioni correlate al fenomeno della *frode*[23].
Va anche detto che, pur confinato nelle maglie degli artt. 6 e 7, lo spazio di "movimento" consentito dalla disciplina dell'art. 8 risulta comunque significativo di una "spersonalizzazione" della responsabilità, provocata dall'organizzazione collettiva della persona giuridica. In altri termini, non può passare inosservato il dato per cui, in definitiva, qui vengono ricondotti alla persona giuridica reati consumati da persone fisiche non specificamente individuate, rispetto alle quali, specie con riferimento al dolo, l'accertamento dell'elemento soggettivo appare come "esangue", ossia *realisticamente* impraticabile[24]. Non è, del resto, casuale che, secondo talune impostazioni, l'applicazione dell'art. 8 dovrebbe ritenersi circoscritta a quelle sole figure criminose che già sul piano della tipicità consentono di apprezzare il carattere doloso (o colposo) del fatto[25], così giustificando il riferimento della Relazione all'accertamento di un reato completo anche dell'elemento soggettivo. Laddove, invece, secondo la giurisprudenza di legittimità[26], che recepisce altre posizioni dottrinali[27], sarebbe stata accolta una nozione di reato inteso come fatto tipico e antigiuridico, senza dunque esigere la colpevolezza, ma solo l'individuazione della categoria (apicale o dipendente) di appartenenza dell'autore non identificato.
Difficile resistere, dunque, alla seduzione del riconoscimento nella previsione normativa di un autonomo modello di responsabilità «(iper)diretta della persona giuridica»[28], dove «la colpa di organizzazione assurge addirittura a criterio "puro" di attribuzione (…)» ovvero «assume un rilievo centrale e assorbente»[29]. Senza che, peraltro, ciò possa risultare d'ostacolo al doveroso accertamento del nesso di derivazione – di natura causale o, forse, solo agevolativa – del reato dal comportamento disorganizzato della persona giuridica[30], attraverso, in particolare, il già richiamato *test* del comportamento lecito (ovvero la verifica dell'evitabilità dell'evento)[31].
Un deciso scatto in avanti si registra nelle posizioni che individuano nella stessa mancata identificazione dell'autore del crimine l'indice univoco di una disorganizzazione riprovevole (eventualmente finalizzata proprio a rendere impossibile l'imputazione del reato ad una persona

[23] Per un tale percorso ermeneutico, volendo, A.F. Tripodi, *L'elusione fraudolenta. Ruolo e gestione ermeneutica del controverso inciso a venti anni della sua comparsa*, in D. Piva (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, cit., 240 ss.; e, più diffusamente, Id., *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova 2013, capp. III, IV.
[24] Relativamente ai reati colposi, sarebbe invece possibile verificare l'obiettiva violazione della regola cautelare; nondimeno, rimarrebbe priva di riscontro la cd. misura soggettiva della colpa.
[25] Cfr. F. D'Arcangelo, *Il principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente*, in D. Piva (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, cit., 317.
[26] Cfr. Cass. 7.7.2016, n. 28299. Per una panoramica della giurisprudenza in materia, si rinvia a Pelissero M., *Principi generali*, cit., 154 ss. e a V. Mongillo, *La responsabilità penale*, cit., 362 ss.
[27] Per tutti, O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano 2010, 140; G. Fidelbo, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in G. Lattanzi (a cura di), cit., 407; G. De Simone, *I profili sostanziali della responsabilità amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti*, cit., 115.
[28] C.E. Paliero, *Dieci anni di "*corporate liability*" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Soc, Gli speciali, D.Lgs. 231: 10 anni di esperienze*, 2011, 17.
[29] C.E. Paliero, *La società punita: del come, del perché, del per cosa*, cit., 1544.
[30] C.E. Paliero, *La responsabilità penale della persona giuridica: appunti per una dogmatica*, in *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero*, cit., 550.
[31] Si impone, cioè, di verificare se l'osservanza della condotta conforme al dovere di diligenza (relativa alla predisposizione delle cautele prevenzionistiche all'efficace attuazione delle stesse) sarebbe valsa a impedire l'evento-reato. Sul punto, V. Manes, A.F. Tripodi, *L'idoneità del modello organizzativo*, in F. Centonze, M. Mantovani, *La responsabilità «penale» degli enti*, Bologna 2016, 153.

fisica)[32]. Pertanto, mentre l'ipotesi della *non imputabilità* (o dell'estinzione del reato), attesa la possibilità di identificazione dell'autore del crimine e, conseguentemente, di riconoscimento della posizione rivestita nell'ente, rimarrebbe comunque incanalata nei binari imputativi degli artt. 6 e 7, quella dell'*autore anonimo*, con conseguente posizione nell'organigramma "oscurata"[33], fatalmente deraglierebbe, finendo per tracciare un innovativo e parallelo tragitto, in cui la rimproverabilità dell'ente si incentra tutta sull'anonimia della persona. Un tragitto – ecco il corollario più significativo – dove il *modello di organizzazione e gestione* si vede privato della propria tipica funzionalità esimente: «è proprio l'anonimità della persona fisica la *prova definitiva* della colpevolezza organizzativa dell'ente»[34].

Siamo indubbiamente al cospetto di una visione avanguardista, orientata al governo dei reati colposi d'evento, che tuttavia reca in sé il rischio di adombrare la cifra identitaria del giudizio di colpevolezza (organizzativa) dell'ente, vale a dire la correlazione funzionale tra l'illecito verificatosi e il *deficit* organizzativo, la quale non può dirsi certo assorbita dalla mancata identificazione dell'autore del crimine; a meno che – si direbbe, eccezionalmente –, nel caso concreto, la lacuna organizzativa, da cui "promana" il reato, non coincida proprio con la disorganizzazione dei ruoli e delle corrispondenti posizioni[35].

Fatta salva quest'ultima straordinaria circostanza, le ragioni del rimprovero per l'ente finirebbero, invece, per esaurirsi sempre nell'anonimia dell'autore del crimine. Di modo che, per evitare di assecondare reflussi di responsabilità oggettiva, che potrebbero anche favorire la tendenza a un superficiale svolgimento delle indagini, o si dovrebbe continuare a consentire alla persona giuridica la dimostrazione della *non colpevolezza* rispetto al fatto-reato (anche inteso solo come fatto tipico e antigiuridico) *per* il quale o *del* quale è contestata la responsabilità[36]; oppure si dovrebbe ammettere, in vista di obiettivi preventivi, di essere in presenza di una diversa figura di illecito, estranea alle dinamiche imputative tipiche del contesto normativo di riferimento, il cui disvalore si sostanzia nella "copertura" – programmata o incautamente determinata – dell'autore del reato[37], al ricorrere del quale scatterebbe il fenomeno della punibilità.

---

[32] F. Consulich, *Il nastro di Möbius. Intelligenza artificiale e imputazione penale nelle nuove forme di abuso del mercato*, in *BBTC* 2018, 225 ss., il quale considera la disciplina di cui all'art. 8, dove per reato deve intendersi un fatto tipico e antigiuridico, perfettamente coerente con lo scenario concorsuale in cui vive l'illecito dell'ente, che va appunto decodificato con la chiave dell'accessorietà limitata (la quale richiede solo la commissione di un fatto materiale tipico e illecito).

[33] Secondo questa impostazione, il paradigma di cui all'art. 8 verrebbe in soccorso allorquando risulti impossibile l'individuazione della (identità e della) "posizione" della persona fisica all'interno dell'ente. Cfr. F. Consulich, *Il nastro di Möbius*, cit., 226 ss.

[34] F. Consulich, *Il nastro di Möbius*, cit., 231. Il corsivo è nostro.

[35] Per tale ipotesi limite, cfr. C.E. Paliero, *La responsabilità penale della persona giuridica: appunti per una dogmatica*, cit., 551.

[36] In questo senso, a fronte della sottolineatura del pericolo che, in detti casi, il rimprovero «scolorisca in direzione di una responsabilità (oggettiva) per rischio», C. Piergallini, *Intelligenza artificiale: da "mezzo" ad "autore" del reato*, in *RIDPP* 2020, 1754; Id., *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *DPP* 2019, 540.

Si tratterebbe di una valutazione della colpevolezza dell'ente che, quantunque svincolata dai requisiti dettati dagli artt. 6 e 7 del decreto, come tali inattivabili a causa dell'impossibilità di individuare la posizione dell'autore del crimine, non potrebbe che far leva sulla valutazione di adeguatezza della sua organizzazione preventiva e dunque del modello, secondo i caratteri, già in generale richiamati, evocativi dell'accertamento della colpa penale.

Per ulteriori soluzioni, pur sempre funzionali a scongiurare il rischio di responsabilità oggettiva, correlato a letture dell'art. 8 affrancate dal reato individuale, cfr. M.A. Bartolucci, *L'art. 8 D.lgs. 231/2001 nel triangolo di Penrose*, in *www.penalecontemporaneo.it* 9.1.2017, 18 ss.

[37] Secondo uno schema che riecheggia la soluzione adottata dal codice penale svizzero, per la quale si rinvia, nell'ambito di una più generale comparazione tra i tratti caratterizzanti il diritto penale dell'uomo e quello degli enti, a R. Bartoli, *Alla ricerca di una coerenza perduta…o forse mai esistita*, in *www.penalecontemporaneo.it* 10.3.2016, 19. Sul sistema elvetico cfr., inoltre, M. Pelissero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Svizzera: una inefficace soluzione compromissoria*, in *DPXXISec* 2008, 329 ss.

4. L'ultimo capitolo, tutto da scrivere, della persona *per metafora* interessa il fenomeno robotico e, dunque, lo sviluppo dell'intelligenza artificiale (IA) ad esso sotteso. La narrazione è già ricca di riferimenti alla *macchina-persona,* intesa come futuribile (ma non troppo) miracolo tecnologico, su cui si innesta un dibattito in seno alle scienze filosofiche e dell'IA, con posizioni opposte circa la realistica credibilità di una *persona artificiale*[38].
Intravedere le conseguenze sul piano giuridico di tale processo di trasmutazione della *res* in persona è impegno a cui non ci si può sottrarre. Ma procediamo con ordine, tentando di fornire un inquadramento del tema nella prospettiva penalistica.
Le coordinate generali identificative della questione della responsabilità penale connessa all'uso di prodotti dell'intelligenza artificiale spaziano da un'area che possiamo definire tradizionale ovvero ampiamente coltivata, segnata dalla paradigmatica dell'omesso controllo o dalla cornice del sistema del danno da prodotto, a un'altra al momento tendenzialmente indefinita, dove il diritto penale per come noi lo concepiamo, in ragione cioè delle sue prerogative ontologiche, non sembrerebbe poter trovare spazio, tanto da sollecitare, in una prospettiva avveniristica, l'idea di un nuovo diritto penale, racchiusa in ultima analisi nella rivoluzionaria, quanto oggi inattendibile, formula del *machina delinquere potest*. Il passaggio dalla prima alla seconda area, se si vuole, dall'uno (tradizionale) all'altro (avveniristico) modello di responsabilità penale, riflette il *tipo* di prodotto dell'intelligenza artificiale a cui si ricollega la commissione di un reato.
A seconda del settore di riferimento, sono individuabili, infatti, varie categorie di agenti artificiali corrispondenti ad altrettanti livelli di autonomia/automazione dei relativi sistemi di IA, ordinabili in funzione del coefficiente di controllo esercitato dall'uomo[39]. E del resto, più in generale, va segnalato come la recente Proposta di *Regolamento della Commissione europea* del 21.4.2021 [2021/0106 (COD)] dimostri forte sensibilità ai profili (della progettazione e dello sviluppo del prodotto) funzionali a garantire uno spazio di controllo umano sui sistemi di IA ad alto rischio per i diritti fondamentali delle persone[40].
Laddove permanga in modo attuale il controllo umano, la supervisione dell'uomo sul comportamento della *macchina*, è plausibile ipotizzare in capo ad esso una posizione di garanzia – *sub forma* di controllo sulla fonte del pericolo – che ne plasma la responsabilità a titolo di reato omissivo improprio

[38] Cfr., anche per una rassegna bibliografica, A. Cappellini, Machina delinquere potest?, *Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale,* in *disCrimen* 27.3.2019, 22.
[39] Si richiama, a titolo esemplificativo, il settore delle *self-driving cars*, nell'ambito del quale da semplici forme di ausilio alla guida (funzionali al controllo sul sistema frenante o su quello di accelerazione), con il governo umano che resta predominante, si passa a veicoli in cui all'uomo è consentito di intervenire solo in situazioni eccezionali nelle quali l'automobile si auto-arresta, fino a giungere al veicolo del tutto autonomo (con la scomparsa del volante e dei pedali), dove l'uomo assume le vesti di un semplice passeggero.
[40] V. Tit. III, Cap. 2, spec. art. 14, della Proposta di Regolamento, per la quale si rinvia ai commenti contenuti nel volume a cura di R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi, M. Proto, *Il diritto nell'era digitale*, Milano 2022. In sintesi, oltre a vietare alcuni sistemi pericolosi (art. 5), vengono posti una serie di obblighi di progettazione, sviluppo, documentazione, controllo, informativi ai vari attori della catena (dal produttore, al fornitore, all'importatore), che arrivano a coprire anche la fase del prodotto successiva all'immissione nel mercato (con l'effetto di poterne determinare il ritiro) e che compongono una specifica *compliance* aziendale volta alla prevenzione del rischio. Un terreno, insomma, su cui potrà attecchire, nella classica prospettiva penalistica *reattiva* (che reagisce cioè alle conseguenze), che pure non è presa in considerazione nella Proposta di Regolamento (dove si prevedono sanzioni amministrative pecuniarie), la responsabilità per colpa e, in quella *pro-attiva* (che mira cioè a prevenire le conseguenze), un corposo sistema di prevenzione di eventi lesivi penalmente rilevanti.
Anche anteriormente gli organi europei avevano espresso indicazioni ai fini di una progettazione delle macchine intelligenti che garantisca la possibilità di un controllo umano: cfr. Cfr. *Responsability and IA, Council of Europe Study* 2019 e le linee guida della commissione europea, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI* 2018, 12, oltre che la Risoluzione del Parlamento europeo *sulle norme di diritto civile nel settore della robotica* del 2017. Su tale prospettiva di regolamentazione si vedano le riflessioni di B. Magro, *Decisione umana e decisione robotica. Un'ipotesi di responsabilità da procreazione robotica*, in *www.legislazionepenale.eu* 10.5.2020, 21 ss.

rispetto agli eventi lesivi che scaturiscono dall'"agire" dell'agente artificiale[41].
Può ben darsi, peraltro, che l'evento lesivo sia riferibile a un difettoso funzionamento della macchina, così da scagionare l'uomo supervisore e incanalare l'imputazione negli schemi del danno da prodotto, dove può emergere l'errore umano a monte e dunque la responsabilità colposa dell'uomo per difetti di costruzione (*id est*, ideazione-programmazione), di fabbricazione o anche da informazione (sul prodotto). Con tutte le difficoltà legate, oltre che all'accertamento del nesso causale, alla complicata individuazione delle singole responsabilità all'interno delle organizzazioni complesse, tenuto conto della impraticabilità del modello (civilistico) della responsabilità oggettiva che chiamerebbe in causa la (tasca della) stessa società-produttrice che ha inoculato il rischio[42].
I sistemi più evoluti sono macchine in grado di apprendere dal contesto in cui operano (anche mediante il *Cloud* dalle altre macchine) e di modificare le proprie strategie operative, senza alcuna istruzione umana diversa da quella inizialmente fornita dal programmatore (si parla di *black box algorithms* per indicare quel cono di opacità che si registra tra i dati di *input* e quelli comportamentali di *output*)[43]. Questi agenti artificiali sono in grado, in definitiva, di decidere da soli, vale a dire autonomamente rispetto a quanto pre-stabilito e perimetrato dall'algoritmo. Si pensi alle automobili completamente autonome, ad alcune tipologie di droni, ai robot chirurgici; nonché agli *High frequency traders*[44].
In via generale e quindi a prescindere dalle specificità delle singole ipotesi, è qui che il diritto penale manifesta la sua inadeguatezza. Pur *by*-passando la problematizzazione sul piano causale – rispetto al quale non sarebbe comunque peregrino considerare l'attività robotica quale fattore causale sopravvenuto, interruttivo del nesso causale che farebbe risalire la responsabilità al produttore/programmatore[45] –, e, dunque, insistendo sul dato per cui chi forgia la macchina introduce un rischio che sa di non poter governare, è sul piano dell'elemento soggettivo che il castello penalistico sarebbe destinato ineluttabilmente a cadere: per l'*imprevedibilità* degli eventi dovuti all'auto-apprendimento dell'agente artificiale [46] . Salva, comunque, l'affermazione di prassi giurisprudenziali (già note, ad esempio, in materia di esposizioni professionali) che si accontentino di una sempre contestabile iniziale prevedibilità di un evento (lesivo) generico, nelle quali la colpa finirebbe in sostanza per confondersi con la responsabilità oggettiva[47].
Insomma, il progressivo – e, nell'osservazione, graduabile – distacco della *macchina* dalla componente umana, vale a dire la sua autonomizzazione rispetto all'uomo-ideatore/utilizzatore, segna oggi la complessità della questione giuridica relativa alla responsabilità penale per i fatti riconducibili all'IA, rendendo sempre più disagevole l'itinerario che risale, secondo modelli imputativi "classici", all'uomo e prefigurando al contempo trame di disciplina a dir poco avveniristiche. Si muove, in particolare, dal versante della responsabilità civile, dal riconoscimento della personalità giuridica della *macchina pensante*, riferendovi uno specifico fondo patrimoniale[48], fino a prospettare scenari in cui la macchina stessa, secondo un approccio di assimilazione ai profili cognitivi dell'essere umano, diviene soggetto penalmente *capace* e, dunque, direttamente destinataria

[41] C. Piergallini, *Intelligenza artificiale: da "mezzo" ad "autore" del reato*, 1751.
[42] C. Piergallini, *Intelligenza artificiale: da "mezzo" ad "autore" del reato*, 1752 ss.
[43] Cfr., per tutti, P. Norvig, *Macchine che apprendono*, in D. Heaven (a cura di), *Macchine che pensano. La nuova era dell'intelligenza artificiale*, Bari 2018, 31 ss. E, sul piano dei riflessi giuridici, S. Beck, *Intelligent agents and criminal law - Negligence, diffusion of liability and electronic personhood*, in *Robotics and Autonomous Systems* 2016, 138 ss.
[44] Trattasi di programmi informatici basati su complessi strumenti algoritmici che compiono operazioni di acquisto o vendita di strumenti finanziari con un'incidenza da ritenersi oggi elevata.
[45] Lo rileva C. Piergallini, *Intelligenza artificiale*, cit., 1759.
[46] Cfr., ancora, C. Piergallini, *Intelligenza artificiale*, cit., 1760.
[47] Per tutti, da ultimo, C. Piergallini, *Colpa (diritto penale)*, in *ED*, Annali X 2017, 251.
[48] Cfr. Beck S., *Sinn und Unsinn von Statusfragen - zu Vor - und Nachteilen der Einführung einer elektronischen Person*, in E. Hilgendorf - J.P. Günther (a cura di), *Robotik und Gesetzgebung*, Baden-Baden 2013, 254 ss.

del precetto e della "peculiare" sanzione penale[49] – una pena robotica, si direbbe, individuata nel "blocco" (cd. *out of use*) della macchina fino alla sua definitiva disattivazione, ma anche in forme simil-detentive[50] –, attraverso moduli concettuali che evidentemente stridono con le tradizionali categorie penalistiche. Si pensi prima di tutto ai caratteri, incidenti su più fronti (da quello della colpevolezza o, a monte, della *suitas*, a quello della funzionalità della pena), della *mens rea*, non rinvenibili nella *macchina* anche di seconda generazione, la quale è priva di attitudine all'auto-riflessione (*id est*, all'autocoscienza come capacità di comprendere il disvalore delle proprie azioni) e della libertà di autodeterminazione (atteso che il vero motore dell'azione va sempre ricercato nell'elaborazione dell'algoritmo) [51], e probabilmente in essa mai riproducibili; a meno che non si voglia credere nella futura realizzabilità di quella miracolosa *macchina-persona*, con una propria coscienza, cioè, per nulla distinta da quella umana.

5. La difficoltà, tipica del contesto robotico, di "raggiungere" l'uomo conduce inevitabilmente a interrogarsi circa la possibilità di attingere l'ente, utilizzando quello spazio ritagliato dalla normativa sulla sua responsabilità da reato, dove il referente umano della dinamica imputativa presenta, come visto, dei contorni sbiaditi[52]. Ferma restando la necessità, in questa prospettiva, di aggiornare il catalogo dei reati-presupposto del d.lgs. 231/2001 alle ipotesi ritenute "sensibili"[53].
La logica che governa l'art. 8 d.lgs. 231/2001 mostra qui, in effetti, tutte le sue potenzialità.
Innanzitutto, il paradigma imputativo riflesso in tale previsione normativa consente di aggirare l'ostacolo rappresentato dall'impossibilità di individuare i singoli responsabili nell'ambito delle strutture complesse (anche mediante il tentativo di demarcazione di una ristretta cerchia di soggetti) quando la ricerca graviti nell'orbita del danno da prodotto dell'intelligenza artificiale[54].
Pare, invece, affiorare una diversa problematica se ci si sposta nel mondo più evoluto delle macchine "pensanti", ossia nell'area dei prodotti dell'intelligenza artificiale di cd. seconda generazione. Qui, a ben vedere e al netto di inevitabili generalizzazioni, non si frappone solo l'ostacolo dell'autore ignoto, del quale poc'anzi si è detto, bensì anche e in misura maggiore quello dell'irrintracciabilità della colpevolezza individuale di un soggetto identificato. Più a fondo, l'irrintracciabilità della colpevolezza individuale, in tale contesto, non deriva tanto dalla pur verosimile eventualità della mancata individuazione dell'autore (umano) del fatto, quanto dalla difficoltà di muovergli un rimprovero di colpevolezza, attesa l'impossibilità per l'uomo di prevedere il comportamento dell'agente artificiale e salvo il caso del robot appositamente programmato per realizzare *quel* fatto illecito con *quelle* modalità esecutive; evenienza, quest'ultima, che aprirebbe le porte al rimprovero individuale per dolo.
Detto altrimenti, la disciplina di cui all'art. 8, presa finora in considerazione, sembrerebbe spiegabile nei seguenti termini: si sa che un reato – nella sua *tipicità* e *antigiuridicità* – è stato commesso, ma

[49] G. Hallevy, *The Criminal Liability of Articial Intelligence Entities. From Science Fiction to Legal Social Control*, in *Akron. Intell. Prop.J.* 2010, 171 ss.; Id., *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, Springer 2015.
[50] G. Hallevy, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, cit., 210 ss.
[51] Si vedano, tra le riflessioni critiche più recenti, B. Magro, *Decisione umana e decisione robotica. Un'ipotesi di responsabilità da procreazione robotica*, cit., 16 ss.; C. Piergallini, *Intelligenza artificiale*, cit., 1766 ss.; F. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *DPU*, 29.9.2019, 30 ss. A. Cappellini, Machina delinquere potest?, cit., 14 ss.
[52] La disciplina di cui all'art. 8 d.lgs. 231/2001 è già stata valorizzata con riferimento alla responsabilità penale per manipolazione del mercato conseguente all'uso degli *High frequency traders* da F. Consulich, *Il nastro di Möbius*, cit., 224 ss. Lo stesso Autore in Id., *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente. Prospettive di riforma*, in *RespAmmSocEnti* 2018, 205 ss. ne ha prospettato l'utilizzo in materia di crimini ambientali (relativamente alle ipotesi di cd. inquinamento storico, ossia «per stratificazione di inquinamenti successivi, in un lungo arco di tempo, e in forme non immediatamente evidenti»).
[53] Si pensi alla morte o lesioni correlati all'uso o, più in generale, all'"agire" della macchina.
[54] Cfr. C. Piergallini, *Intelligenza artificiale*, cit., 1753 ss.

non lo si può accertare perché non si riesce a scovare/identificare il suo autore; ciò non impedisce di responsabilizzare l'ente. Nel caso adesso in esame, invece, si sa in radice che un reato *non* è stato commesso: perché il suo presunto autore, *che è stato identificato* col programmatore/produttore/utilizzatore della macchina, non ha il *dolo* o la *colpa* di quel reato. Non è, dunque, la porzione di disciplina normativa insistente sull'anonimia dell'autore a poter venir in soccorso.

Con riferimento a questa contingenza servirebbe, allora, un'ulteriore determinazione del significato dell'art. 8, indotta da un generale spunto di riflessione.

Se si muove dalla valutazione della categoria dell'imputabilità quale presupposto della colpevolezza[55], la lettura – per così dire, cumulativa – delle ipotesi disciplinate alla lett. *a* del comma 1 dell'art. 8 trasmette l'idea che il legislatore non abbia considerato essenziale, ai fini della permanenza della responsabilità dell'ente, il *deficit* di rimprovero di colpevolezza della persona fisica che ha commesso il reato: sia nel caso della mancata individuazione dell'autore del crimine, sia in quello, per vero marginale, della sua inimputabilità, a risultare inafferrabile o assente è in definitiva la colpevolezza dell'essere umano.

Tuttavia, tale supposta idea non sarebbe stata formalizzata attraverso un generale riferimento alla non indispensabilità della colpevolezza dell'essere umano per l'affermazione della responsabilità dell'ente, ma avrebbe trovato specificazione nei due casi direttamente richiamati dal legislatore, che, a rigore, non si attagliano all'ipotesi oggetto di disamina. Siamo in presenza di un fatto di reato materialmente realizzato da una macchina, che ha dietro un essere umano, il quale risulta privo di colpevolezza *non* perché rimasto ignoto (in quanto "oscurato" dalla disorganizzazione dell'ente), né perché inimputabile.

In quest'ottica occorrerebbe chiedersi perché mai, una volta ritenute ininfluente, ai fini dell'imputazione del reato alla *societas*, la non-colpevolezza *sub forma* di non imputabilità o di anonimia, il legislatore avrebbe cambiato registro di disciplina rispetto ad altre circostanze pur sempre significative di un autore non-colpevole; senza contare, peraltro, che il richiamo all'inimputabilità ci appare fondamentalmente avulso dal contesto (economico) di riferimento[56]. Il quadro di disciplina, percorso dunque da un tratto di irragionevolezza, presenterebbe figure con i medesimi connotati essenziali, ma diversamente considerate, che potremmo così illustrare: quella dell'autore non-colpevole in quanto inimputabile, che con una presa decisa riporta l'ente nella vicenda umana criminale; quella dell'autore non-colpevole in quanto sprovvisto di dolo o colpa, che, privo della stessa forza, lo lascia invece fuggire, libero, nel cielo della "metafisica".

Che, allora, il richiamo alla *non imputabilità* non debba concepirsi come un semplice riferimento esemplificativo di una più generale e, in assoluto rilevante, mancanza di colpevolezza dell'autore[57] ovvero come uno «sbarramento» del dettato normativo comunque superabile attraverso un'opportuna lettura che indichi nel senso della stessa (condizione di) *non colpevolezza*[58]?

In tutta franchezza, l'attenzione specificamente resa nel testo di legge a tale ipotesi, evidentemente residuale, non parrebbe altrimenti spiegabile.

Ci rendiamo conto che una risposta positiva al quesito consentirebbe già oggi di disporre di una disciplina in qualche modo funzionale al governo dei fenomeni patologici connessi all'intelligenza

[55] Così, tra gli altri, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale-Parte generale*, Bologna 2019, 344 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova 2020, 317; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, Milano 2020, 447 ss.

[56] La stessa Relazione la definisce un caso «(…) dal sapore più teorico che pratico (è stato previsto per ragioni di completezza)».

[57] F. Consulich, *Il nastro di Möbius*, cit., 229.

[58] C.E. Paliero, *Dalla* Vicarious liability *alla colpevolezza d'impresa*, in *Studi in onore di M. Pisani*, v. III, Piacenza 2010, 448-449, il quale sottolinea la coerenza sistematica di tale lettura, una volta che si condivida l'inquadramento della responsabilità dell'ente nello schema del concorso necessario plurisoggettivo, con un'accessorietà "minima" rispetto al fatto tipico.

artificiale, senza peraltro "stressare" eccessivamente la previsione normativa sul piano della sua sintonia con la struttura del decreto, atteso che l'identificazione dell'autore del crimine incanalerebbe pur sempre la responsabilità dell'ente nei binari imputativi tracciati dagli artt. 6 e 7; rispetto ai quali, dunque, l'art. 8 rappresenterebbe una sorta di "aggiustamento" giustificato dall'esigenze poste dalle organizzazioni complesse e dalla modernità robotica.
Tuttavia, non può ignorarsi il rischio di analogia *in malam partem* annidato in una tale ri-lettura della norma [59]; rischio non addomesticabile attraverso lo strumento dell'interpretazione ispirata a ragionevolezza, la quale, per trovare attuazione, necessiterebbe dell'intervento del giudice delle leggi.
D'altra parte ed ancora, seguendo fedelmente le orme della Relazione al decreto, si può invero giungere ad escludere i suddetti, ipotizzati profili di irragionevolezza. È sufficiente mutare il presupposto dogmatico della nostra riflessione per averne contezza.
In effetti, se, in coerenza con la visione tradizionale, oggi minoritaria (almeno) in dottrina[60], si muove dalla considerazione dell'imputatibilità quale condizione compatibile con l'atteggiamento colpevole e dunque si ammette che anche rispetto alle condotte del soggetto incapace è postulabile il dolo o la colpa – come lascia intendere la Relazione, nel passo sopra riportato, quando riferisce la richiesta di completezza del reato *in tutti i suoi elementi* ad entrambe le ipotesi di cui al comma 1 lett. *a* dell'art. 8 –, nessuna disparità di trattamento è ascrivile all'opzione normativa. Più semplicemente, il legislatore avrebbe inteso accostare la figura dell'autore inimputabile a quella dell'autore ignoto per integrare la tipizzazione di situazioni del tutto particolari, ritenute ininfluenti ai fini della permanenza della responsabilità da reato dell'ente. In quest'ottica, diversamente da quanto prima concluso, non sarebbe la colpevolezza a mancare nelle due figure considerate, dovendosi piuttosto ritenere questa indispensabile, ai fini della responsabilizzazione dell'ente, anche nell'ipotesi di autore anonimo, pure al costo di possibili forzature della realtà, forse contenibili attraverso la, comunque non agevole, delimitazione della portata operativa della norma alle sole fattispecie soggettivamente pregnanti, dove cioè il carattere doloso o colposo innerva e delinea già la tipicità del fatto.

6. Se non fosse per la prensione punitiva che si accompagna a ogni norma penale funzionale all'incriminazione, diremmo che la disposizione di cui all'art. 8 del decreto, dotata com'è di una pronunciata potenza suggestiva, si presenta come una norma di irresistibile fascino. Per certi versi "imprigionata" nella razionalità di un assetto normativo – tra i frutti più riusciti che la legislazione penale abbia mai generato (come dimostrato anche dal suo successo oltreconfini) – ben ancorato al presente, essa pare al contempo percorsa da forze interne proiettate in un futuro che, a tutto concedere, è dietro l'angolo. Una norma che potenzialmente disegna traiettorie vent'anni fa forse impensabili, intercettando l'orbita di problematiche che si affacciano all'orizzonte.
In quest'ottica, affinché tali traiettorie vengano definitivamente riconosciute, se ne potrebbe prospettare un *restyling*, secondo quanto peraltro proposto per la disciplina della lett. *b* del comma 1, ritenuta ad oggi preclusiva dell'estensione all'ente delle (sempre più numerose) cause di non punibilità individuali[61]; e, in generale, richiesto da un decreto che, inevitabilmente, nonostante la lungimiranza delle scelte ispiratrici, inizia a risentire, in rapporto a una materia in repentina evoluzione, del peso degli anni. Una sorta di "aggiornamento", insomma, che dalla piattaforma dei

[59] Lo stesso F. Consulich, *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente*, 222, del resto, fornisce delle indicazioni *de lege ferenda*, proponendone un intervento correttivo consistente nell'esplicitazione dell'«*ipotesi di anonimità preordinata dai vertici aziendali dell'autore fisico del reato o di anonimità di quest'ultimo comunque causata dalle politiche gestionali dell'ente*»; e, ancor prima, nella sostituzione del riferimento all'imputabilità con un più generale richiamo all'assenza di prova di colpevolezza delle persone fisiche.
[60] Così, tra gli altri, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Milano 1997, 321; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, Milano 2003, 175.
[61] Cfr., nel senso di un rimodellamento del prodotto normativo, C. Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, cit., 536.

reati-presupposto, costantemente innovata, si sposterebbe sull'assetto di disciplina, senza però intaccare un'intelaiatura che possiamo giudicare (quasi) perfetta.

L'IMPIANTO SANZIONATORIO "PUNITIVO" DELLA LEGGE SUL DIRITTO D'AUTORE: IL DIRITTO AL *NE BIS IN IDEM* NELLA PERMANENZA DEL DOPPIO BINARIO

di Rosa Maria Vadalà
(*Ricercatrice in diritto penale, Università di Verona*)

L'articolo esamina le fattispecie penali ed amministrative della legge sul diritto d'autore, dubitando della legittimità del doppio binario sanzionatorio come configurato in questo ambito. Oggetto specifico di analisi è, in particolare, la compatibilità con il principio di *ne bis in idem* nell'interpretazione accolta dalla giurisprudenza sovranazionale e nazionale e, specificamente, dalla sentenza n. 149/2022 della Corte costituzionale. Con questa pronuncia la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p relativamente proprio ad un caso di previa condanna definitiva per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174 *bis* della legge sul diritto d'autore. Per l'Autrice, la lettura del principio accolta è certamente innovativa rispetto agli standard delle Corti sovranazionali, ma non basta. L'affermazione effettiva del principio di *ne bis in idem* come diritto fondamentale necessiterebbe, nello specifico contesto esaminato, di una chiara differenziazione delle fattispecie penali e amministrative del doppio binario sanzionatorio della legge sul diritto d'autore. Solo in questo modo le due fattispecie potrebbero legittimamente coesistere.
The paper examines the criminal offences and administrative offences of the Italian copyright law, doubting the legitimacy of the double-track system as configurated in this matter. The specific subject of analysis is the compliance of such double-track system with the *ne bis in idem* principle, as interpreted by the supranational and national courts and specifically by the Constitutional Court's judgment No. 149/2022. In this decision the Constitutional Court affirmed the unlawfulness of Article 649 of the Criminal Procedural Code on case of previous definitive conviction for the administrative offence established in art. 174 *bis* of the Italian copyright law. For the Author the Constitutional Court's interpretation of the *ne bis in idem* principle is certainly innovative, compared to the standards of the supranational courts, but not sufficient. The effective affirmation of the ne bis in idem principle as a fundamental right should require, in the matter examined, a clear differentiation between the criminal offences and the administrative offences under the Italian copyright law's double-track system. In this way, the two types of offences could coexist lawfully.

SOMMARIO: 1. Il sistema sanzionatorio composito della legge sul diritto d'autore; 1.1 Le fattispecie di reato: una molteplicità contenutistica in equilibrio precario; 2. Il doppio binario sanzionatorio: alle origini del disagio; 2.1. La pronuncia della Corte costituzionale n. 149/2022 e il diritto al ne bis in idem nell'impatto settoriale minimalista; 2.2. Quali correttivi alla legge n. 633 del 1941?

1. Il sistema sanzionatorio punitivo contenuto nella legge 22 aprile 1941 n. 633 sul diritto d'autore (di seguito L.d.a.) si presenta, rispetto alla disciplina extrapenale di base, in funzione "dipendente" e sussidiaria.
Secondo autorevole dottrina non si tratterebbe di residualità[1], ma, in particolare, di «fattispecie di reato in cui il precetto risulta di natura squisitamente civilistica e ricostruito secondo le categorie

[1] P. Onorato, *La tutela penale del diritto d'autore. Le fattispecie incriminatrici dopo la legge n. 248 del 2000*, in *CP* 2003, 675, concepisce le fattispecie di reato della L.d.a. quale "*ulteriore presidio di situazioni soggettive già garantite - e spesso in termini più ampi ed efficaci - dalla tutela civilistica*".

proprie del diritto civile (...) tali fattispecie di reato presentano tutte delle clausole di illiceità speciale (rappresentate dall'utilizzo di avverbi quali abusivamente, illecitamente ecc.), che necessariamente rinviano alla disciplina civilistica sottostante ed inevitabilmente vengono interpretate alla luce di essa»[2].

Oltre alle predette clausole[3], sono i numerosi rinvii espliciti e soprattutto impliciti[4] ad imporre «la necessità di ricostruire il significato dei termini utilizzati dal legislatore penale alla luce di parametri interpretativi ricavabili dall'intero "sistema" previsto dalla l.d.a., in cui le norme penali sono inserite»[5].

Si rileva, inoltre, come nella *subiecta materia* ricorra la potenziale contemporanea rilevanza come illeciti civili, amministrativi e penali delle violazioni delle prerogative discendenti dal diritto d'autore e dai diritti connessi[6]. Si pensi, per esempio, alla riproduzione non autorizzata di un'opera costituente sia contraffazione civilmente rilevante[7], sia reato ai sensi degli artt. 171 e/o 171 *ter* L.d.a[8], sia illecito amministrativo ai sensi dell'art. 174 *bis* L.d.a[9]. Alla luce di diverse indicazioni ricavabili dal testo di legge in esame, questa sovrapposizione risulta o "favorita" o addirittura normativamente imposta.

Sono espressione, in particolare, della prima caratteristica la previsione all'art. 171 *octies*.1 di un regime apposito per la falsa testimonianza resa nello speciale giudizio civile di cui all'art. 156 *bis* L.d.a[10] e l'attribuzione al giudice penale, contemplata all'art. 173, dei poteri del giudice civile previsti dagli artt. 159 e 160 L.d.a.[11].

Se sul piano dei rapporti tra civile e penale, nonostante il dibattitto relativo all'ammissibilità di danni punitivi[12], la sovrapposizione si giustifica per l'usuale diversità di funzioni che è riferibile all'una e

---

[2] In questi termini D. Terracina, *La tutela penale del diritto d'autore*, in *GM* 2008, 3067.

[3] Nel senso del conferimento a clausole di tal fatta del ruolo di fattore di tipizzazione Cfr. G. Morgante, *Note critiche in tema di illiceità espressa e speciale*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, a cura di G. De Francesco, Torino 2002, 569 ss.; ID., *L'illiceità speciale nella teoria del reato*, Torino 2002, 141 ss. Vedi in generale sulla portata e natura di queste clausole D. Pulitanò, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *RIDPP* 1967, 65 ss. Sui legami che sussisterebbero tra questi elementi del fatto e l'antigiuridicità vedi L. Risicato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale, Profili generali e problemi applicativi*, Milano 2004, 102 ss., la quale li considera, pur nella necessità di una verifica caso per caso, assimilabili- come tecnica di normazione e funzione agli elementi normativi.

[4] Su questo tipo di rinvio e sul carattere sanzionatorio dei reati della legge d'autore cfr. R. Flor, *Autore (Diritto di) (diritto penale)*, in *ED* Annali X 2017, 115-116. In generale relativamente a questa tecnica di normazione vedi F. GIUNTA, *Sussidiario di diritto penale, Parte Speciale, Le tecniche normative*, in www.discrimen.it, 40.

[5] Così R. Flor, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, 2010, 205.

[6] Si tratta delle prerogative fissate dal titolo II L.d.a., spettanti a soggetti diversi dall'autore dell'opera, quali ad esempio il produttore di opere cinematografiche o audiovisive o gli interpreti.

[7] Sulla sua definizione quale illecito civile, al pari del plagio e del falso d'autore, vedi S. Dell'Arte, *Fondamenti di diritto d'Autore nell'era digitale*, 2017, 217 ss.

[8] In questo senso Cass. 26.1.2016 n. 23365, con nota di E. Svariati, in *CP* 2017, 2873, che precisa come l'abusiva riproduzione di opere letterarie tutelate dal diritto d'autore integra il reato previsto dall'art. 171 *ter*, comma 1, lett. *b* l. 22 aprile 1941, n. 633, solo nel caso di uso non personale ed in presenza del fine di profitto, configurandosi, in difetto, l'illecito amministrativo contemplato dall'art. 68 della citata legge.

[9] Per chiarezza espositiva di seguito il testo dell'art. 174 *bis*: «Ferme le sanzioni penali applicabili, la violazione delle disposizioni previste nella presente sezione è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del prezzo di mercato dell'opera o del supporto oggetto della violazione, in misura comunque non inferiore a euro 103,00. Se il prezzo non è facilmente determinabile, la violazione è punita con la sanzione amministrativa da euro 103,00 a euro 1032,00. La sanzione amministrativa si applica nella misura stabilita per ogni violazione e per ogni esemplare abusivamente duplicato o riprodotto».

[10] In base a questa disposizione, come modificata dal d.lgs. n. 140/2006, si stabilisce che: «Chiunque si rifiuti senza giustificato motivo di rispondere alle domande del giudice ai sensi dell'articolo 156-ter ovvero fornisce allo stesso false informazioni è punito con le pene previste dall'articolo 372 del codice penale, ridotte della metà.»

[11] Si tratta dell'estensione al giudice penale del potere del giudice civile di disporre la distruzione degli esemplari o delle copie illecitamente riprodotte o diffuse, nonché degli apparecchi impiegati per la riproduzione o diffusione.

[12] In proposito, in generale, G. Martiello, *"Civile" e "penale": una dicotomia sanzionatoria davvero superata?*

all'altra tutela e, in specie, al risarcimento ed alla pena; merita, di contro, di essere vagliata in questa sede la duplice rilevanza penale e amministrativa del medesimo fatto.
Quest'ultima si manifesta, infatti, espressamente nella configurazione "aggiuntiva" del trattamento sanzionatorio amministrativo rispetto a quello penale, in funzione di rafforzamento delle regole e dei meccanismi civili di circolazione dei diritti di esclusiva e connessi discendenti dalla tutela autoriale.
Dato da cui partire, in proposito, è prima di tutto la promiscua collocazione topografica nella medesima sezione II del capo III L.d.a., talora anche nello stesso articolo, di sanzioni penali e di sanzioni amministrative punitive[13].
In questo senso rileva l'art. 171 L.d.a, contenente, unitamente alla previsione delle ipotesi di reato più lievemente punite, anche le sanzioni amministrative della sospensione delle attività di fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione e di quella pecuniaria da euro 1.032 a euro 5.164 per chi effettui fotocopie per uso personale in deroga ai limiti posti dai commi 3 e 4 dell'art. 68 L.d.a.[14].
Medesima tecnica di definizione per rinvio è adottata anche per l'illecito amministrativo previsto dall'ultimo comma dell'art. 172 L.d.a., relativamente alla violazione degli obblighi contributivi e informativi posti dagli artt. 152, comma 2, e 153 L.d.a. a favore della Società italiana degli autori ed editori[15].
Questo articolo, che faceva parte in origine dello scarno regime penale della l. n. 633/1941, prevedeva allora solo l'incriminazione a titolo contravvenzionale della realizzazione per colpa delle condotte punite a titolo di dolo generico dall'art. 171.
In seguito alla depenalizzazione operata dalla legge 24.11.1981 n.689[16] e alle modifiche introdotte con il d.lgs. n. 118/2006, l'art. 172 L.d.a. contempla oggi tre differenti illeciti amministrativi: oltre alle condotte già esaminate, sono punite con la sanzione amministrativa pecuniaria fino a 1.032,00 euro le originarie condotte contravvenzionali e l'esercizio dell'attività di intermediario in violazione del disposto degli articoli 180 e 183 L.d.a.
Completano l'apparato sanzionatorio amministrativo gli artt. 174 *bis* e 174 *ter* L.d.a.. In particolare, quest'ultimo individua come illecito amministrativo l'abusivo utilizzo, duplicazione, riproduzione,

---

Ovverosia, quando il risarcimento del danno vuole "punire" il reo, in *Crim.* 2017, 327 ss. Con specifico rifermento al tema d'indagine, in ordine alla possibilità, vagliata dalla stessa Corte di Giustizia, della previsione di danni di tal fatta in forza delle disposizioni della direttiva *enforcement* vedi A. Zannella, *Risarcimento del danno pari al doppio dei canoni previsti per lo sfruttamento dell'opera: la Corte di Giustizia fa il punto sugli standard di tutela della Direttiva Enforcement*, in www.medialaws.eu, 3.4.2017; M. Lopez De Gonzalo, *Proprietà intellettuale e danni punitivi di fronte alla Corte di Giustizia Europea*, in *DCI* 2017 435 ss..

[13] Per la definizione di questa misura, la cui afflittività la distingue dagli altri provvedimenti amministrativi a carattere sanzionatorio cfr. E. Dolcini, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *RIDPP* 1984, 589; C.E. Paliero, "*Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*, in RIDPP 1985, 894 ss.; C.E. Paliero, A. Travi, voce *Sanzioni amministrative*, in *ED*, XLI, 1989, 345 ss.. Più diffusamente sui rapporti con la sanziona formalmente penale il paragrafo 2 e il relativo corredo di note, in questa sede, tra i tanti contributi recenti sul tema, sia consentito rinviare a V. Manes, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *RIDPP* 2017, 988 ss.; F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017; F. Palazzo, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee. Che cosa è "sostanzialmente penale"?*, in *CP* 2018, 461 ss.; A. Bernardi, *Il costo "di sistema" delle opzioni europee sulle sanzioni punitive*, in *RIDPP* 2018, 557 ss.; P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative punitive*, in *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. Donini, L. Foffani, Torino 2018, 116 ss..

[14] M. Di Florio, P. Guercia, P. Zarra, *La protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi al suo esercizio*, in, *Diritto industriale e diritto d'autore nell'era digitale*, a cura di G. Cassano, B. Tassone, Milano 2022, 856.

[15] Per maggiore chiarezza espositiva si riporta di seguito il testo completo della disposizione: «Se i fatti preveduti nell'articolo 171 sono commessi per colpa la pena è della sanzione amministrativa fino a 1.032,00 euro. Con la stessa pena è punito chiunque esercita l'attività di intermediario in violazione del disposto degli articoli 180 e 183. La violazione delle disposizioni di cui al comma 2 dell'articolo 152 e all'articolo 153 comporta la sospensione dell'attività professionale o commerciale da sei mesi ad un anno, nonché la sanzione amministrativa da 1.034,00 euro a 5.165,00 euro».

[16] Sul dibattito dottrinale relativo alla depenalizzazione ad opera già della legge n. 706/75 v. A. Alessandri, *sub art. 172*, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*[7], a cura di C.L. Ubertazzi, 2019, 2434.

in tutto o in parte, anche avvalendosi di strumenti atti ad eludere le misure tecnologiche di protezione, di opere o materiali protetti, nonché l'acquisto o noleggio di supporti audiovisivi, fonografici, informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni della stessa legge, ovvero attrezzature, prodotti o componenti atti ad eludere le misure di protezione tecnologiche[17].
Essendo le condotte sopra indicate punite in via amministrativa in assenza di concorso con i reati di cui agli articoli 171, 171 *bis*, 171 *ter*, 171 *quater*, 171 *quinquies*, 171 *septies* e 171 *octies* L.d.a., è stato sostenuto che si tratta di comportamenti illeciti costituenti «un quid minus nel contenuto valoriale del fatto commesso», che risponderebbero alla «finalità di procedere a depenalizzare alcune attività di riproduzione (…) che si consumano senza una precipua intenzione criminale (…) circoscritte ad una riproduzione strettamente individuale»[18].
Un giudizio di diversità valoriale di tal fatta non è, invece, riferibile all'art. 174 *bis* L.d.a., che prevede -in aggiunta e cumulativamente alle sanzioni penali- l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria per la violazione delle disposizioni della sezione II del capo III in esame[19].
Si tratta di una norma punitiva senza precetto, che non costituisce certo una novità nell'ambito del diritto amministrativo[20], ma che qui assume tratti di originale "anomalia", dando spazio ad una duplicazione delle stesse sanzioni amministrative[21]: un «obbrobrio sul piano tecnico e dogmatico" da cui deriva "un carico afflittivo privo di giustificazione in sé e alla luce della ridefinizione delle cornici edittali, operata all'interno dello stesso testo normativo in esame» [22].
La percezione che in generale si ha è di un legislatore "onnivoro", che nel tentativo di contrastare la pirateria, accresciuta pericolosamente e dimensionalmente con lo sviluppo tecnologico e l'avvento d'internet[23], estende le maglie delle incriminazioni, a scapito della qualità e quantità delle risposte punitive, nel tentativo di compensarne l'ineffettività[24].

---

[17] Il secondo comma stabilisce che, in caso di recidiva o di fatto grave per la quantità delle violazioni o delle copie acquistate o noleggiate, la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 154 sia aumentata sino ad euro 1032,00 e sia applicata la confisca degli strumenti e del materiale, con la pubblicazione del provvedimento su due o più giornali quotidiani a diffusione nazionale o su uno o più periodici specializzati nel settore dello spettacolo e, se si tratta di attività imprenditoriale, con la revoca della concessione o dell'autorizzazione di diffusione radiotelevisiva o dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività produttiva o commerciale.
[18] Testualmente M. Di Florio, P. Guercia, P. Zarra, *op. cit*., 858.
[19] In virtù di questo rinvio per M. Moretti, *Gli effetti sull'ordinamento interno della recente giurisprudenza cedu in tema di ne bis in idem dinanzi alla duplice contestazione (penale e amministrativa) relativa agli articoli 171 bis e 174 bis Legge Autore*, in *DA* 2014, 353, la violazione sanzionata anche in via amministrativa coinciderebbe in toto con quella penale, compreso l'elemento soggettivo.
[20] È adottata ad esempio questa tecnica per la previsione degli illeciti amministrativi di manipolazione del mercato del d.lgs. n. 58/1998, c.d. TUF. Vedi specificamente sull'art. 187 *ter* recentemente E. Amati, *L'illecito amministrativo di manipolazione del mercato e le persistenti criticità del doppio binario sanzionatorio*, in *GC*, 2/2021, 258 ss.
[21] In questi termini relativamente ai rapporti con l'art. 172 R. Flor, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, cit., 179; *Contra* S. S. Fiore, *Diritto d'autore (reati in materia di)*, in *DigDP*, Torino, 2004, consultato e di seguito citato nella versione digitale della banca dati *one legale*, che per il principio di specialità, sancito dall'art. 9 della l. n. 689/1981, ritiene applicabile la sola sanzione amministrative per l'ipotesi punita amministrativamente in via autonoma.
[22] Così S. Seminara, *La tutela penale del diritto d'autore tra normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, a cura di L. Picotti, Padova 2004, 330.
[23] Per una ampia e completa ricostruzione sul punto v. R. FLOR, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi, Cybercrime*, collana *Diritto e procedura penale dell'informatica*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino 2019, p. 1046 ss.; M.L. Bixio, P. Casoni, *Oggetto della tutela e principali violazioni nell'ecosistema digitale*, in *Il diritto di internet nell'era digitale*, a cura di G. Cassano, S. Previti, Milano 2020, 285 ss.
[24] D. Terracina, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi,* Torino, 2006, 36, sostiene metaforicamente che «il legislatore, per neutralizzare un nemico abile a confondersi tra la folla e rapido nei movimenti, si affidi alle schegge impazzite di una granata, incurante del fatto che tali schegge possono colpire indiscriminatamente anche altri soggetti o comunque non colpire affatto l'obiettivo preso di mira».

Un *modus operandi* di questo tipo è il frutto di scelte di politica criminale, da un lato, adottate nell'attuazione di provvedimenti sovranazionali[25] e specificamente europei[26], nonostante quest'ultimi non imponessero «alcun obbligo di utilizzare gli strumenti previsti dal diritto penale»[27]; dall'altro, conseguenti a processi di depenalizzazione generali, come quello attuato con il d.lgs. 15.1.2016 n. 8 che ha interessato l'art. 171 *quater*[28].
Quest'ultima fattispecie, da leggere in combinato disposto con l'art. 171 *quinquies*, ha carattere sanzionatorio delle violazioni delle disposizioni civilistiche relative ai diritti di esclusiva e ai diritti connessi di noleggio e prestito su prodotti che devono essere lecitamente ottenuti[29].
Proprio tale ultimo requisito può essere valorizzato per escludere la rilevanza delle stesse condotte ai sensi, in particolare, dell'art. 171 *ter*, privando, di fatto, di utilità la clausola di sussidiarietà costituente l'incipit della disposizione.
Quanto sopra rivela il difetto di coordinamento con le fattispecie penali, rispetto alle quali, in virtù dell'art. 174 *bis*, il trattamento sanzionatorio amministrativo si pone, in ogni caso, come ulteriore addendum punitivo, rendendo inutile l'individuazione di criteri di differenziazione strutturale e sostanziale tra loro, nonché, di fatto, tra le stesse fattispecie amministrative.

1.1. La disciplina dei reati della legge sul diritto d'autore è oggi prevista, quanto a fattispecie incriminatrici, dagli articoli 171, 171 *bis*, 171 *ter*, 171 *septies*, 171 *octies*, mentre gli art. 171 *sexies*, 171 *novies* e 174 *quinquies* prevedono, rispettivamente, un'apposita regolamentazione della confisca[30], l'attenuante del ravvedimento operoso[31] ed apposite misure sospensive e accessorie[32].

---

[25] Sulla ricostruzione diacronica di queste fonti dal XVII sec. in poi con riferimento anche al contesto angloamericano vedi diffusamente C. Rajshree, *Knowledge as Property*, 2010, 6-12; E. Haber, *Criminal Copyright*, 2018, 18-30; con specifico riferimento alla Convezione Cybercrime vedi anche L. Picotti, *Internet e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell'armonizzazione internazionale,* in *DI* 2005, 203.
[26] Sull'evoluzione delle fonti europee e sugli effetti dell'introduzione del trattato di Lisbona ai fini del riconoscimento di una competenza legislativa anche penale dell'Unione vedi R. Flor, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet*, cit., 48 ss.; J. Koo, *The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law* 2019, 7-44.
[27] Testualmente R. FLOR, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi,* cit., 1056.
[28] Di seguito il testo vigente della previsione: «Salvo che il fatto costituisca reato, è soggetto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 a euro 30.000 chiunque, abusivamente ed a fini di lucro: a) concede in noleggio o comunque concede in uso a qualunque titolo, originali, copie o supporti lecitamente ottenuti di opere tutelate dal diritto di autore; b) esegue la fissazione su supporto audio, video o audiovideo delle prestazioni artistiche di cui all'art. 80».
[29] Per una analisi più dettagliata di questa fattispecie si rinvia a S. Lavagnini, *La tutela del diritto d'autore in ambito informatico/telematico*, in *Diritto penale dell'informatica. Reati della rete e sulla rete*, a cura di C. Parodi, V. Sellaroli, Milano 2020, 588-589.
[30] In virtù in particolare del 2 e 3 comma dell'art. 171 *sexies* L.d.a. «è sempre ordinata la confisca degli strumenti e dei materiali serviti o destinati a commettere i reati di cui agli articoli 171-bis, 171-ter e l'illecito amministrativo di cui all'articolo 171-quater nonché delle videocassette, degli altri supporti audiovisivi o fonografici o informatici o multimediali abusivamente duplicati, riprodotti, ceduti, commerciati, detenuti o introdotti sul territorio nazionale, ovvero non provvisti di contrassegno SIAE, ove richiesto, o provvisti di contrassegno SIAE contraffatto o alterato, o destinato ad opera diversa. La confisca è ordinata anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale. Le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano anche se i beni appartengono ad un soggetto giuridico diverso, nel cui interesse abbia agito uno dei partecipanti al reato».
[31] L'attenuante in esame è prevista a favore di chi, non essendo promotore o organizzatore delle attività illecite previste dall'articolo 171 *bis*, comma 1, e dall'articolo 171 *ter*, comma 1, denuncia spontaneamente o, prima della contestazione da parte dell'autorità giudiziaria, fornisce tutte le informazioni in suo possesso, consentendo «l'individuazione del promotore o organizzatore dell'attività illecita di cui agli articoli 171-ter e 171-quater, di altro duplicatore o di altro distributore, ovvero il sequestro di notevoli quantità di supporti audiovisivi e fonografici o di strumenti o materiali serviti o destinati alla commissione dei reati». Questa attenuante consiste nella riduzione della pena da un terzo alla metà della pena principale prevista per i reati di cui agli articoli 171 *bis*, 171 *ter* e 171 *quater* e comporta anche l'esclusione dell'applicazione delle pene accessorie.
[32] In relazione a quest'ultimo l'art. 174 *quinquies* impone la comunicazione al questore dell'esercizio dell'azione penale

In virtù della stratificazione degli interventi di riforma, si è passati da un «uso parsimonioso della sanzione penale»[33] ad una moltiplicazione di «disposizione a più norme»[34], che individuano con una tecnica esasperatamente casistica più ipotesi di reato, sia cumulativamente che alternativamente applicabili[35], che saranno in prosieguo oggetto di sintetica trattazione.
Analogamente ad altri ambiti connotati dallo scarto tra la virulenza del fenomeno e la sua repressione, le direttive "non penali" della Comunità Europea e poi dell'Unione hanno condizionato l'evoluzione del diritto penale nazionale[36], generando un processo di armonizzazione "volontaria" delle discipline nazionali degli Stati membri.
Esplicita in questo senso è la ricorrenza, nei diversi ordinamenti europei, di fattispecie finalisticamente orientate all'elusione delle misure tecniche di protezione (di seguito MTP) [37] e delle informazioni elettroniche sul regime dei diritti[38].

---

per taluno dei reati non colposi della relativa sezione della legge d'autore commessi nell'ambito di un esercizio commerciale o di un'attività soggetta ad autorizzazione. In questo modo il questore, sentiti gli interessati, potrà disporre la sospensione dell'esercizio o dell'attività per un periodo non inferiore a quindici giorni e non superiore a tre mesi. La legge prevede, inoltre, che il provvedimento di sospensione non deve essere di pregiudizio del sequestro penale eventualmente adottato e in caso di condanna è sempre disposta la sanzione amministrativa accessoria della cessazione temporanea dell'esercizio o dell'attività per un periodo da tre mesi ad un anno, computata la durata della sospensione che sia stata previamente disposta.

[33] Così D. Terracina, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi,* cit., 34.

[34] Sul fenomeno generale delle fattispecie legali miste, alternative o cumulative, cfr. A. Moro, *Unità e pluralità di reati. Principi*, Padova 1951, 194 ss.; G. Vassalli, *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della legge Merlin*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, III, Milano 1965; F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna 1966; M. Papa, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino 1997; specificatamente sulla definizione di "disposizione a più norme" come contenente tante norme incriminatrici quante sono le fattispecie legislativamente previste si rinvia a G. Cocco, *Reato istantaneo, di durata e a più fattispecie. Questioni controverse di unità e pluralità*, in *RCP* 2017, 393, che contrappone questa categoria a quella di "norma a più fattispecie" in cui, nonostante siano tipizzati più comportamenti si tratta di una sola norma, essendo questi comportamenti indifferentemente offensivi dello stesso bene giuridico. Circa la predetta denominazione di "disposizione a più norme" si precisa che è stata volutamente adottata rispetto ad altra formulazione per il significato che la nozione di disposizione ha rispetto al concetto di norma; su questo significato cfr. M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *DPenCont* 2016, 6-7, che definisce la disposizione come enunciato normativo da cui estrarre, mediante l'interpretazione o in virtù della sua applicazione ai casi, il contenuto sostanziale costituito dalla norma.

[35] R. Flor, *Autore (Diritto di) (diritto penale)*, cit., 117-118, il quale pone in luce come la questione del concorso di reati e della natura alternativamente o cumulativamente mista delle disposizioni penali della legge sul diritto d'autore si ponga tra condotte previste da diverse lettere o della medesima lettera ovvero tra commi diversi dello stesso articolo.

[36] In questo senso emblematica è la legislazione penale sul riciclaggio; sul ruolo di supplenza svolto dalle direttive antiriciclaggio sia consentito rinviare a R.M. VADALÀ, *La provenienza illecita nel delitto di riciclaggio: possibili novità dalla quarta direttiva antiriciclaggio*, in *RTrimDPenEc* 2017, 234 ss.

[37] Nella generalità degli Stati membri esiste una disciplina penale apposita relativa all'elusione di questi presidi. Il primo Stato ad averla adottata è stata la Spagna che, in attuazione della direttiva "non penale" sul software del Consiglio 91/250/CEE del 14 maggio 1991, ha introdotto nel 1995 i commi 5 e 6 dell'art. 270 del codice penale spagnolo, che sanzionavano in origine solo le condotte di fabbricazione/messa a disposizione degli strumenti per eludere le MTP riferite a questa tipologia di prodotto. Sull'attuale formulazione e sulla riforma, in particolare, adottata nel 2003, in attuazione della direttiva non penale 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, vedi R. de Vicente Martínez, *Delitos contra la propiedad intelectual*, 2021, 131-134. Ulteriori Stati, che sono intervenuti in attuazione della citata direttiva del 2001, sono stati, poi, il Portogallo, la Francia e l'Italia. In tutti e tre questi ordinamenti la disciplina sia civile sia penale così introdotta riguarda esclusivamente questi presidi apposti su opere diverse dal software.

[38] Momento essenziale per la comprensione di queste fattispecie è la disciplina civilistica di riferimento, contenuta agli artt. 102 *quater* e 102 *quinquies* L.d.a., i quali discorrono rispettivamente di «tecnologiche di protezione efficaci che comprendono tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti" e di "informazioni elettroniche sul regime dei diritti che identificano l'opera o il materiale protetto, nonché l'autore o qualsiasi altro titolare dei diritti». Su queste disposizioni, che fanno espressamente salva l'applicazione del differente regime relativo ai programmi per elaboratore di cui al capo IV sezione VI del titolo I L.d.a, vedi C. Scognamiglio, *Le informazioni sul regime dei diritti*, in *AIDA* 2002,

Queste disposizioni nel sistema italiano sono contemplate all'art. 171 *ter* lett. *f bis*[39] e lett. *h*[40], mediante le quali, come è stato efficacemente definito, si configura una tutela penale «dell'autotutela (o autodifesa privata) tecnologica»[41].
Al pari delle norme civilistiche di riferimento, queste fattispecie sono la traslazione dei contenuti della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22.5.2001 [42], sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società

271 ss., A. Finocchiaro, *Misure tecnologiche di protezione*, in *AIDA*, 2004, 297 ss.; M. Travostino, *Le misure tecnologiche di protezione e la gestione dei diritti nell'ambiente digitale*, in *GI* 2011, 2193 ss.; M. Franzosi, *Misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore (art. 102-quater L.A.)*, in *RDI* 2016, 530 ss., che utilizza la metafora di *offendicula*, data la compromissione che viene loro tramite realizzata all'esercizio di diritti fondamentali. In ordine all'origine di queste misure, previste dal trattato internazionale TPMs del '96 e sull'ambio dibattitto, alla luce della normazione e giurisprudenza europea, sul corretto equilibrio che deve sussistere tra i diritti esclusivi dei detentori del copyright, i diritti degli utenti e il più ampio interesse pubblico v. P. Chapdelaine, *Copyright User Rights: Contracts and the Erosion of Property*, 2016, 129 ss. Per V. Moscon, *Misure tecnologiche di protezione (Diritto d'autore)*, in *Digesto on line*, 2013, alla banca dati *one legale*, «i risvolti giuridici del DRM non riguardano soltanto il DA e la deriva dell'autotutela privata, ma anche il fronte contrattuale, la tutela del consumatore, il diritto della concorrenza e la privacy dei fruitori dell'informazione; eppure il DRM non trova ancora una regolamentazione organica». Sul dibattitto recente relativo alla valorizzazione della tecnologia blochchain vedi A. Rainone, *Luci e ombre dell'autotutela digitale: la blockchain come strategia di digital rights management*, in *DI* 2022, 459 ss.

[39]Ai sensi di questa disposizione lett *f bis*, laddove il fatto è commesso per uso non personale, è punito chi «fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita o il noleggio, o detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'art. 102-*quater* ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure. Fra le misure tecnologiche sono comprese quelle applicate, o che residuano, a seguito della rimozione delle misure medesime conseguentemente a iniziativa volontaria dei titolari dei diritti o ad accordi tra questi ultimi e i beneficiari di eccezioni, ovvero a seguito di esecuzione di provvedimenti dell'autorità amministrativa o giurisdizionale». Specificamente sull'ambito applicativo di questa fattispecie cfr. R. Flor, *Misure tecnologiche di protezione e tutela penale dei diritti d'autore: l'esperienza applicativa italiana*, in *DPP* 2011, 1008-1009. Per una comparazione con la corrispondente fattispecie della precedente lett. *d*, applicabile dal 2000 al 2003 e riguardante «sistemi atti ad eludere, a decodificare o a rimuovere le misure di protezione del diritto d'autore o dei diritti connessi» vedi R. Caso, *"Modchips" e tutela penale delle misure (tecnologiche) di protezione dei diritti d'autore: ritorno al passato?,* in *DdI* 2008, 160-161; nella medesima rivista anche D. Terracina, nota a Cass. 3.7.2007, n. 33768, 166.

[40] Diversamente da quanto previsto dalla lett. *f bis* per le MTP, le condotte incriminate consistono direttamente nel compiere abusivamente o direttamente la rimozione o l'alterazione delle informazioni elettroniche di cui all'articolo 102 *quinquies* ovvero la diffusione, mediante distribuzione, importazione a fini di distribuzione, diffusione per radio o per televisione, comunicazione o messa a disposizione del pubblico di opere o altri materiali protetti dai quali siano state rimosse o alterate le informazioni elettroniche stesse. Su questa struttura della fattispecie e sulla funzione di tutela sia pubblicistica di assicurare la trasparenza e correttezza di queste informazioni sia individuale di protezione dei diritti patrimoniali e anche morali dell'autore cfr. R. Flor, *Concezione dualistica dei diritti d'autore e tutela penale: quali prospettive per la rivalutazione della componente personalistica?*, in *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, a cura di L. Picotti, Padova 2013, 95-96.

[41] Testualmente R. Flor, *Concezione dualistica dei diritti d'autore e tutela penale*, cit., 93. L'Autore a p. 94 discorre di una tutela penale che sarebbe posta a presidio del diritto «al controllo dell'accesso». Per R. Caso, *La Corte di giustizia e la tutela delle misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore: cinquanta (e più) sfumature*, in *FI* 2014, 210, essendo le mtp «adoperate da produttori di tecnologia per finalità quali la compartimentazione dei mercati e la discriminazione dei prezzi, l'estensione del controllo del mercato delle piattaforme al mercato dei prodotti complementari attraverso il controllo dell'interoperabilità, l'acquisizione di dati personali degli utenti e l'enforcement tecnologico di contratti», il risvolto penalistico che si accompagna alla loro regolamentazione contribuirebbe ad alterare quel delicato bilanciamo che è alla base della disciplina del diritto d'autore.

[42] Sui contenuti di questa direttiva vedi A.M. Casellati, *Protezione legale delle misure tecnologiche ed usi legittimi. L'art. 6.4 della direttiva europea e sua attuazione in Italia*, in *DA* 2003, 360 ss.; specificamente sulle pressioni sul relativo iter di adozione esercitate dai gruppi portatori degli interessi dei titolari dei diritti vedi M. Travostino, *op. cit.*, 2197, per cui si sarebbe assistiti alla conseguente «approvazione di una disciplina che prevede un utilizzo degli strumenti di protezione dei contenuti che va oltre l'obiettivo della tutela dei diritti riconosciuti all'autore».

dell'informazione, attuata in Italia con il d.lgs. 9.4.2003 n. 68[43]. Questa genesi ha determinato l'adozione di un intervento penale mediante locuzione d'intrinseca indeterminatezza[44] e fortemente anticipato. Il legislatore nazionale ha anche ecceduto in termini di severità del trattamento sanzionatorio, prevedendo per le segnalate condotte elusive il medesimo trattamento sanzionatorio, della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da euro 2.582 a euro 15.493, fissato per le altre condotte punite dall'171 *ter* e certamente connotate da maggior disvalore[45]. Ad eccezione, infatti, della lett. *f*, che è pure relativa a condotte prodromiche, ma riguardante dispositivi o elementi di decodificazione speciale che consentono l'accesso ad un servizio criptato senza il pagamento del canone dovuto[46], le altre ipotesi costituiscono la violazione- per uso non personale e con fine di lucro[47]- della prerogativa di sfruttamento economico dell'opera protetta[48], come, per esempio, l'abusiva duplicazione, la riproduzione, la trasmissione o la diffusione in pubblico con qualsiasi procedimento in tutto o in parte di opere dell'ingegno rivolte al circuito televisivo, cinematografico, della vendita o del noleggio di dischi, nastri o supporti analoghi o ogni altro supporto contenente fonogrammi, videogrammi di opere musicali, cinematografiche e audiovisive, opere letterarie,

[43] Per l'esposizione e commento ai contenuti di questo decreto v. A. Geraci, *I Digital Rights Management tra diritti contrattuali e autotutela privata*, in *DI* 2016, 452.

[44] Testualmente R. Flor, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet*, cit., 406.

[45] Sempre sul piano sanzionatorio, si segnala la previsione anche dell'applicazione in caso di condanna per questi reati delle pene accessorie di cui agli articoli 30 e 32 *bis* Cp, oltre alla pubblicazione della sentenza ai sensi dell'articolo 36 Cp ed alla sospensione per un periodo di un anno della concessione o autorizzazione di diffusione radiotelevisiva per l'esercizio dell'attività produttiva o commerciale.

[46]Con specifico riferimento alle IPTV abusive si rinvia a S. Lavagnini, *op. cit.*, 590-591.

[47] Sulle modifiche normative che hanno interessato la formulazione di questo elemento finalistico, sostituito con quello di "profitto" con la legge di conversione del D.L. n. 72/2004 e poi reintrodotto con L. n. 43/2005, cfr. R. Flor, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi,* cit., 1137. In generale sull'impiego del dolo specifico quale elemento connotativo delle fattispecie penali della L.d.a. vedi M. Farina, *Il dolo specifico e la tutela penale del diritto d'autore: il caso della pirateria altruistica on line*, in *DPP* 2007, 1022 ss. In generale, sulla funzione del dolo specifico quale elemento del reato che tipizza il rapporto di "mezzo a fine" che deve intercorrere tra la condotta oggettiva e il fine tipizzato cfr. L. Picotti, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, 1993, 501-502; L'Autore a p. 585 precisa come «la tecnica di formulazione imperniata sul mezzo-fine, pur comportando un'anticipazione del momento consumativo ad uno stadio antecedente il materiale conseguimento del risultato avuto di mira dal reo, non implica necessariamente anche una "psicologizzazione" del reato, perlomeno nel senso di una confusione fra la delimitazione della sua tipicità oggettiva e il momento della sua imputazione e rimproverabilità soggettiva a titolo di dolo».

[48] Si tratta delle condotte previste alle lett. *a, b, c, d* ed *e* dell'art. 171 *ter*. Per completezza espositiva e maggiore chiarezza se ne riporta di seguito il testo integrale: «È punito, se il fatto è commesso per uso non personale, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 2.582 a euro 15.493 chiunque a fini di lucro: a) abusivamente duplica, riproduce, trasmette o diffonde in pubblico con qualsiasi procedimento, in tutto o in parte, un'opera dell'ingegno destinata al circuito televisivo, cinematografico, della vendita o del noleggio, dischi, nastri o supporti analoghi ovvero ogni altro supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive assimilate o sequenze di immagini in movimento; b) abusivamente riproduce, trasmette o diffonde in pubblico, con qualsiasi procedimento, opere o parti di opere letterarie, drammatiche, scientifiche o didattiche, musicali o drammatico-musicali, ovvero multimediali, anche se inserite in opere collettive o composite o banche dati; c) pur non avendo concorso alla duplicazione o riproduzione, introduce nel territorio dello Stato, detiene per la vendita o la distribuzione, distribuisce, pone in commercio, concede in noleggio o comunque cede a qualsiasi titolo, proietta in pubblico, trasmette a mezzo della televisione con qualsiasi procedimento, trasmette a mezzo della radio, fa ascoltare in pubblico le duplicazioni o riproduzioni abusive di cui alle lettere a) e b); d) detiene per la vendita o la distribuzione, pone in commercio, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, proietta in pubblico, trasmette a mezzo della radio o della televisione con qualsiasi procedimento, videocassette, musicassette, qualsiasi supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, od altro supporto per il quale è prescritta, ai sensi della presente legge, l'apposizione di contrassegno da parte della Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.), privi del contrassegno medesimo o dotati di contrassegno contraffatto o alterato; e) in assenza di accordo con il legittimo distributore, ritrasmette o diffonde con qualsiasi mezzo un servizio criptato ricevuto per mezzo di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni ad accesso condizionato».

drammatiche, scientifiche o didattiche, musicali o drammatico musicali e multimediali [49]. Considerazioni analoghe possono essere svolte anche per le condotte incriminate al secondo comma, le quali costituiscono in larga parte modalità "specificative" delle fattispecie di cui al primo comma[50]. Questo rapporto di *genus a speciem* [51] si accompagna ad una severità ulteriore del trattamento sanzionatorio, la cui qualificazione in termini di circostanza aggravante o autonomo titolo di reato è discussa[52].

Tra le ipotesi contemplate particolarmente rilevante per le difficoltà di perimetrazione dell'ambito applicativo, oggetto di note vicende giudiziarie[53], è quella prevista alla lett. *a bis* dell'art. 171 *ter* di comunicazione al pubblico, in violazione dell'articolo 16, a fini di lucro, mediante immissione in un sistema di reti telematiche di tutto o parte di un'opera protetta. Disposizione sostanzialmente analoga, ma punita con una pena irrisoria, è contenuta anche alla lett. *a bis* dell'art. 171 L.d.a[54]. A fronte della non totale sovrapponibilità dei due reati è stato sostenuto che il legislatore abbia inteso apprestare in questo modo un contrasto a tutto campo contro la pirateria informatica[55].

Per quanto riguarda, invece, la tutela penale del software, norma di riferimento è l'art. 171 *bis*, che incrimina con la medesima pena l'abusiva duplicazione a fine di profitto [56] di programmi per

---

[49] Sulle difficoltà d'inquadramento giuridico di queste ultime opere, il cui contenuto identificativo viene rintracciato nell'interattività e che non possono essere concepite né come software, né soprattutto come banche dati, a fronte di una maggiore complessità strutturale e creativa, vedi M. D'Annibale, *La classificazione delle opere multimediali nella legge sul diritto d'autore*, in *DA* 2007, 368 ss.; per i risvolti giurisprudenziali civili e penali legati alla loro nozione, ancorchè priva di un fondamento normativo, come opere creative tutelate dal diritto d'autore e consistente nella combinazione di opere di genere diverso, realizzate in modalità digitale e interattiva, vedi S. Magelli, *Le opere multimediali nell'esperienza giurisprudenziale italiana*, in *DI* 2021, 190 ss..

[50] Ai sensi del secondo comma dell'art. 171 *ter* L.d.a.: «È punito con la reclusione da uno a quattro anni e con la multa da euro 2.582 a euro 15.493 chiunque: a) riproduce, duplica, trasmette o diffonde abusivamente, vende o pone altrimenti in commercio, cede a qualsiasi titolo o importa abusivamente oltre cinquanta copie o esemplari di opere tutelate dal diritto d'autore e da diritti connessi; a-bis) in violazione dell'articolo 16, a fini di lucro, comunica al pubblico immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, o parte di essa; b) esercitando in forma imprenditoriale attività di riproduzione, distribuzione, vendita o commercializzazione, importazione di opere tutelate dal diritto d'autore e da diritti commessi, si rende colpevole dei fatti previsti dal comma 1; c) promuove o organizza le attività illecite di cui al comma 1».

[51] In questo senso con riguardo alla condotta d'immissione in un sistema di reti telematiche mediante connessioni di qualsiasi genere come forma specifica e tassativamente predeterminata di "comunicazione al pubblico" vedi R. Flor, *Sequestro preventivo di siti web e abusiva trasmissione telematica di programmi televisivi*, nota a G.i.p. Trib. Milano (ord.), 7.1.2013 Giud. Ghinetti, in www.penalecontemporaneo.it 15.3.2013.

[52] Sulla ricostruzione delle posizioni dottrinali sul punto e degli argomenti valorizzati a favore e contro una considerazione quali circostanze aggravanti delle condotte di cui al primo comma si rinvia M. Di Florio, P. Guercia, P. Zarra, *op. cit.*, 803-804.

[53] Si fa riferimento alle vicende giudiziarie del noto caso del sito on line *Pirate Bay*; per una ricostruzione della vicenda anche alla luce della pronuncia della C. eur., 13 marzo 2013, *Neij e Sunde Kolmisoppi c. Svezia*, e dei connessi profili di responsabilità dell'ISP v. V. Spinosa, *Nella Baia dei Pirati: L'arrembaggio al diritto d'autore su internet*, in *La giustizia penale nella rete. Le nuove sfide della società dell'informatica nell'epoca di internet*, a cura di R. Flor, D. Falcinelli, S. Marcolini, I Convegno Nazionale del Laboratorio Permanente di Diritto Penale, Perugia 2015, 59 ss.

[54] Salvo quanto previsto dall'art. 171 *bis* e dall'art. 171 *ter* L.d.a., questa disposizione punisce con la multa da euro 51 a euro 2.065, al pari delle altre condotte di cui al comma 1 dell'art. 171 L.da., la messa a disposizione del pubblico, senza averne diritto, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta, o parte di essa.

[55] Su questo aspetto ed in generale sui rapporti intercorrenti tra la fattispecie dell'art. 171 *ter* lett. *a* bis, comma 2, e quella dell'art. 171 lett. *a bis*, comma 1, alla luce anche della giurisprudenza nazionale, cfr. R. Flor, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi,* cit., 1134-1135.

[56] Su questo fine vedi U. Pioletti, "*Furto" di software e fine di profitto. Divieto delle "forme di vendita piramidale" ed onere della prova. Considerazioni a margine di due sentenze della Corte di Cassazione*, in *GM* 2013, 2647 ss.; sul differente fine di lucro, in origine previsto, cfr. L. Picotti, *Reati Informatici,* in *EG, VIII,* 2000, 26; specificamente sulla questione, emersa in dottrina e in giurisprudenza relativamente alla ricomprensione in quest'ultimo anche del risparmio di spesa si rinvia a R. Rinaldi, *op. cit.*, 352 ss.

elaboratore, o ai medesimi fini l'importazione, la distribuzione, la vendita e detenzione a scopo commerciale o imprenditoriale o la concessione in locazione di programmi contenuti su supporti privi di contrassegno SIAE[57], nonché la predisposizione di mezzi atti ad eludere o asportare i dispositivi di protezione di un programma per elaboratore[58].Questo tipo di disciplina ha fatto ingresso nel nostro ordinamento per la prima volta con il d.lgs. 29.12.1992 n.518, attuativo della direttiva 91/250/CEE, oggi abrogata dalla Direttiva 2009/24/CE[59]. L'intervento normativo, di fonte europea, aveva escluso apparentemente la tutela brevettuale[60], introducendo anche il menzionato e differenziato regime penale relativo alle MTP, foriero di dubbi applicativi che hanno impegnato non poco la giurisprudenza nazionale e sovranazionale.
Non essendo questa la sede per poter affrontare il contrasto sorto con specifico riferimento ai noti casi "playstation"[61], quello che emerge è in generale la difficoltà di delimitazione e coordinamento dei diversi sotto regimi previsti, finanche dallo stesso articolo, sulla base del tipo di opera o specifico diritto tutelato, con conseguente «irrigidimento eccessivo di regole e sanzioni anche penali, che consentono invece il rafforzamento di posizioni dominanti o di controllo su risorse d'interesse comune»[62].
Nell'ambito di questi sotto regimi rientra anche la regolamentazione apposita fissata dal secondo comma dell'art. 171 *bis* per le banche dati[63], introdotta dal d.lgs. 6.5.1999 n. 169, in attuazione della 96/9/CE**.** È da tale norma punito chiunque, al fine di trarne profitto, su supporti non contrassegnati SIAE riproduce, trasferisce su altro supporto, distribuisce, comunica, presenta o dimostra in pubblico il contenuto di una banca di dati in violazione delle disposizioni di cui agli artt. 64 *quinquies* e 64

[57] Sull'evoluzione normativa del ruolo del contrassegno e sulla disputa giurisprudenziale che ha interessato le Corti nazionali e la Corte di Giustizia vedi I. Musco, *Sulla legittimità del contrassegno Siae*, in *DI 2013*, 545 ss.
[58] Critico specificamente sulla fattispecie relativa ai mezzi a protezione dei programmi per elaboratore L. Picotti, *Reati Informatici*, cit., 28. Sul regime civilistico delle eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi conferiti dalla legge sui programmi per elaboratore di cui al capo IV sezione VI del titolo I, la cui analisi è imprescindibile per la corretta individuazione delle misure tecniche di protezione legittimamente applicabili, vedi E. Arezzo, *Misure tecnologiche di protezione, software e interoperabilità nell'era digitale*, in *DA* 2008, 340; per una comparazione tra il differente regime penale a protezione delle mtp riferibili al software e quello delle altre mtp di cui al combinato disposto degli artt. 102 *quater*-102 *quinques* e 171 *ter* lett. *f bis* e *h* vedi S. Lavagnini, *op. cit*., 552.
[59] Sulla continuità sostanziale del contenuto di questa direttiva rispetto alla precedente vedi F. Melis, *Diritto d'autore in internet: vera rivoluzione o partita ancora aperta?*, nota a C.G.U.E., 3.7.2012, UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp, in *GA* 2013, 609.
[60] Sulla problematica *fictio iuris* dell'assimilazione del software all'opera letteraria e sugli aspetti problematici della coesistente tutela brevettuale e di quella relativa al segreto industriale, E. Arezzo, *Protezione del segreto e tutela del software: convergenze, sovrapposizioni, conflitti*, in *DI* 2018, 145 ss.
[61] Sulle controversie giurisprudenziali relative ed in particolare sulla dibattuta preliminare definizione della natura dei video giochi quale opera protetta dal diritto d'autore e del conseguente regime applicabile ai *modchips*, quali componente hardware che modificavano le funzionalità del software della console, cfr. R. Flor, *Misure tecnologiche di protezione e tutela penale dei diritti d'autore: l'esperienza applicativa italiana*, cit., 1005 ss.; ID., *Autore (Diritto di) (diritto penale)*, cit., 131-132 e nota 101.
[62]Così L. Picotti, *Internet e diritto penale*, cit., 195.
[63] Diversamente dalle opere multimediali, sulla scia della direttiva attuata, è espressamente prevista una definizione di banca dati all'art. 2, n. 9, della L.d.a. come «raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo». Gli artt. 64 *quinquies* e 64 *sexies* L.d.a. definiscono i diritti dell'autore della banca dati e il regime delle utilizzazioni libere, mentre gli artt. 102 *bis* e 102 *ter* L.d.a. regolamentano i diritti connessi del costruttore della banca dati ed i relativi obblighi dell'utente. Sui contenuti di questa tutela autoriale e di quella *sui generis* del costruttore e sulle soluzioni di contenimento adottate dalla Corte di Giustizia, diffusamente V. Falce, *L'"insostenibile leggerezza" delle regole sulle banche dati nell'unione dell'innovazione*, in *RDI* 2018, 377 ss..

sexies[64], ovvero ne esegue l'estrazione o il reimpiego in violazione delle disposizioni di cui agli artt. 102 *bis* e 102 *ter*[65], ovvero lo distribuisce, vende o concede in locazione.
Evidente è il carattere espressamente sanzionatorio di precetti extrapenali che condizionano l'ambito di applicazione di questa incriminazione, acuendo le difficoltà di coordinamento sussistenti con le altre disposizioni contenute nella medesima sezione penale[66].
Nonostante la clausola di riserva a favore dell'applicazione degli artt. 171 *bis* e 171 *ter* L.d.a., analoghi difetti di coordinamento, come già rappresentato, connotano anche l'art. 171, che è passato da norma cardine della disciplina penale del diritto d'autore a previsione di chiusura, che consentirebbe la punizione di quelle ulteriori condotte, non sussumibili nelle altre fattispecie della sezione, realizzate senza averne diritto, per qualsiasi scopo e in qualsiasi forma[67]. Come è stato autorevolmente messo in luce, da quanto sopra consegue che «la contemporanea presenza di queste tre norme [artt. 171-171 *bis*-171 *ter*] non si spiega alla luce di una progressione dell'offesa o di una diversità di beni tutelati»[68], ma nella finalità di evitare, attraverso condotte, differenti principalmente per l'elemento soggettivo, vuoti di copertura[69].
L'art. 171 L.d.a. è, peraltro, l'unica disposizione che tutela anche la componente morale del diritto d'autore[70], prevedendo la conversione dell'esiguo trattamento sanzionatorio della multa da euro 51 a euro 2.065 nella reclusione fino ad un anno o della multa non inferiore a euro 516 se i reati di cui al comma 1 sono commessi «sopra un'opera altrui non destinata alla pubblicazione, ovvero con

[64]L. Musso, *La tutela penale delle banche dati: un bilancio*, in *DI* 2018, 416, segnala un difetto di coordinamento tra la disposizione penale e le previsioni civilistiche richiamate, rappresentando, da un lato, come l'art 64 quinquies contenga un'elencazione maggiore di condotte che possono essere poste in essere solo dall'autore rispetto a quelle vietate nominate dall'art. 171 *bis* comma 2, dall'altro, come il rinvio in toto all'art. 64 sexies faccia ricadere sulla fattispecie la vaghezza e l'imprecisione della formulazione civilistica.
[65] Sulla nozione dell'investimento rilevante in termini quantitativi o qualitativi per la costituzione, verifica o presentazione della raccolta quale condizione del riconoscimento della tutela accordata da queste disposizioni al diritto del costitutore di una banca di dati di vietare le operazioni di estrazione ovvero reimpiego della totalità o di una parte sostanziale della stessa si rinvia ad A. Andolina, *Tutela delle liste clienti tra concorrenza sleale, segreto industriale e banche dati*, in *GI* 2018, 1148-1449.
[66]Per C. Blengino, *Difese e sanzioni penali*, in *GI* 2011, 2207, dato identificazione di questa sezione è proprio la «superfetazione di norme dagli incerti confini. Ogni possibile condotta legata più o meno direttamente alla diffusione e alla fruizione di opere dell'ingegno (o di prodotti ad esse assimilati) è contemplata in diversi precetti sanzionatori che si accavallano l'un l'altro in complesse fattispecie di reato, i cui contrassegni di punibilità sono affidati a termini vaghi (abusivamente, illecitamente, prevalentemente), a locuzioni tautologiche (senza averne diritto), o ad ondivaghe caratterizzazioni di fini specifici (profitto/lucro) o di fini a-specifici e incerti (per uso non-personale, o commerciale o imprenditoriale)».
[67] Ai sensi di questa disposizione è punito chi con il menzionato atteggiamento soggettivo e con qualsiasi modalità: «a) riproduce, trascrive, recita in pubblico, diffonde, vende o mette in vendita o pone altrimenti in commercio un'opera altrui o ne rivela il contenuto prima che sia reso pubblico, o introduce e mette in circolazione nel regno esemplari prodotti all'estero contrariamente alla legge italiana; a-bis) mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta, o parte di essa; b) rappresenta, esegue o recita in pubblico o diffonde con o senza variazioni od aggiunte, una opera altrui adatta a pubblico spettacolo od una composizione musicale. La rappresentazione o esecuzione comprende la proiezione pubblica dell'opera cinematografica, l'esecuzione in pubblico delle composizioni musicali inserite nelle opere cinematografiche e la radiodiffusione mediante altoparlante azionato in pubblico; c) compie i fatti indicati nelle precedenti lettere mediante una delle forme di elaborazione previste da questa legge; d) riproduce un numero di esemplari o esegue o rappresenta un numero di esecuzioni o di rappresentazioni maggiore di quello che aveva il diritto rispettivamente di produrre o di rappresentare; e) riproduce con qualsiasi processo di duplicazione dischi o altri apparecchi analoghi o li smercia, ovvero introduce nel territorio dello Stato le riproduzioni così fatte all'estero; f) in violazione dell'art. 79 ritrasmette su filo o per radio o registra in dischi fonografici o altri apparecchi analoghi le trasmissioni o ritrasmissioni radiofoniche o smercia i dischi fonografici o altri apparecchi indebitamente registrati».
[68] Così S. SEMINARA, *La tutela penale del diritto d'autore*, cit., 313.
[69] R. Flor, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi*, cit., 1097.
[70] R. Flor, *Concezione dualistica dei diritti*, cit., 89, che riferisce la protezione così apprestata anche all'onore e alla reputazione dell'autore.

usurpazione della paternità dell'opera, ovvero con deformazione, mutilazione o altra modificazione dell'opera medesima, qualora ne risulti offesa all'onore od alla reputazione dell'autore»[71].
La configurazione di una circostanza aggravante di questo tipo fa emergere non solo una ridotta tutela penale della personalità dell'autore, ma anche una subordinazione della sua operatività alla presenza di condotte che siano già lesive delle prerogative di sfruttamento economico dell'opera protetta[72].
In generale, il regime penalistico della legge sul diritto d'autore risulta improntato su una dimensione di tutela patrimonialista riferibile a «interessi di tipo economico-imprenditoriale, facenti spesso capo a multinazionali, a sfavore degli interessi legati ad una diffusione ampia ed accessibile della cultura, degli strumenti di svago, nonché di quelli — penso in particolare all'utilizzazione del software — che costituiscono oramai un tramite spesso indispensabile per garantire un adeguato livello di informazione e di qualificazione professionale»[73].
Sono coerenti con il segnalato criticabile indirizzo assiologico[74], anche gli artt. 171 *septies* e 171*octies*. La prima di queste due disposizioni affianca alla tutela amministrativa delle funzioni della Società italiana degli autori ed editori quella penale, sanzionando con la medesima pena prescritta dall'art. 171 *ter*, sia il mancato assolvimento degli oneri dichiarativi relativi a supporti non soggetti al contrassegno, sia le false dichiarazioni riguardanti quelli soggetti al menzionato contrassegno, salvo che il fatto costituisca più grave reato.
All'evidente irrazionalità di un così grave trattamento sanzionatorio, si associa l'irragionevolezza in sé della scelta dello strumento penale. Ad eccezione, infatti, delle dichiarazioni false che potrebbero essere connotate da un grado di disvalore tale da richiedere la sanzione penale, così come previsto nel regime sanzionatorio del sistema antiriciclaggio[75], le altre fattispecie costituiscono ancora una volta meri adempimenti funzionali alla regolamentazione dell'utilizzazione economica dell'opera.
Fermo quanto sopra, si rammenta poi che il regime penale in esame funge da strumento rafforzativo della funzione del contrassegno quale presupposto dell'operatività della tutela penale ai sensi dell'art. 171 *bis* e dell'art. 171 *ter* lett. *d*, con la conseguenza che sarebbe stata preferibile una collocazione congiunta.
Lo spacchettamento in tante fattispecie autonomamente collocate, aventi ad oggetto la medesima opera protetta o il medesimo servizio, connota anche la previsione dell'art. 171 *octies*, che punisce l'esecuzione a fini fraudolenti della produzione, vendita, importazione, promozione, istallazione, modifica ed utilizzo per uso pubblico o privato di apparati o parti degli stessi, che consentono di decodificare le trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato, effettuate via etere, via satellite, via cavo in forma analogica e digitale[76].

[71] Sulla natura di questa previsione quale circostanza aggravante che ha impedito la depenalizzazione delle fattispecie previsti dall'art. 171 L.d.a. ad opera della l. 689/1981 si rinvia a D. Provolo, *Note in tema di "plagio" letterario*, in *RtrimDPenEc* 2017, 690.
[72] D. Provolo, *op. cit.*, 691.
[73] Testualmente S. FIORE, *op. cit.*, 3, per cui è delineato un diritto penale degli interessi «forti» in assenza di seri «contrappesi».
[74] R. Flor, *Concezione dualistica dei diritti d'autore*, cit., 105-106, contesta la riduzione dei vari interessi sottesi alla tutela penale del diritto d'autore ad un bene di categoria patrimoniale, in considerazione sia dell'interpretazione costituzionale della proprietà intellettuale, sia della concezione dualistica del diritto d'autore.
[75] Sulle fattispecie amministrative e soprattutto penali del d.lgs. 231/2007, sanzionatorie delle violazioni delle prescrizioni a carico degli obbligati antiriciclaggio e specificamente sulla loro riformulazione in forza del d.lgs. 90/2017 sia consentito rinviare a R.M. Vadalà, *Il sistema sanzionatorio antiriciclaggio: tra vecchio e nuovo*, in *RGEcA* 2018, 73 ss.
[76] Sulla corrispondenza fenomenologica di questo reato con il *card sharing* vedi M. Di Florio, P. Guercia, P. Zarra, *op. cit*., 827.

Questa disposizione si sovrappone alle fattispecie incriminatrici di cui alle lett. *f* e *f bis* dell'art. 171 *ter*, da cui si differenzia strutturalmente, ancora una volta, principalmente per l'elemento soggettivo[77] e per il massimo edittale più elevato della multa[78].

2. Che il doppio binario sanzionatorio sia frutto di una scelta apposita del legislatore nazionale emerge chiaramente dalle vicende che hanno interessato la disciplina penale e amministrativa dei servizi audiovisivi ad accesso condizionato.
Nello specifico, con il d.lgs. 15.11.2000 n. 373, emanato in attuazione della direttiva 98/84/CE, erano state previste per condotte corrispondenti a quelle punite dall'art. 171 *octies* le sole sanzioni amministrative, con conseguente configurazione di una depenalizzazione implicita di molti reati della Legge sul diritto d'autore[79].
Al fine esplicito ed esclusivo di rimediare a questa conseguenza "involontaria", la legge 7.2.2003 n. 22 con il suo unico articolo modificava l'art. 6 del d.lgs. n. 373/2000, disponendo espressamente l'applicazione, oltre che delle sanzioni amministrative, delle sanzioni penali e delle altre misure accessorie previste per le attività illecite di cui agli articoli 171 *bis* e 171 *octies* L.d.a..
L'intervento in esame non era, in realtà, pienamente risolutivo, rimanendo per il periodo di vigenza del d.lgs. n. 373/2000 l'attività di utilizzo di dispositivi illeciti di cui all'art. 171 *octies* più gravemente punita, rispetto all'attività di commercializzazione ed alle altre condotte ad impronta commerciale sanzionate amministrativamente.
Interveniva, per rimediare a questa distonia, la Corte costituzionale, che, *medio tempore* adita, dichiarava con la sentenza n. 426/2004 «l'illegittimità costituzionale dell'art. 171-octies aggiunto alla legge n. 633 del 1941 dalla legge n. 248 del 2000, nella parte in cui prevede la sanzione penale, anziché la sanzione amministrativa prevista dall'art. 6 del decreto legislativo n. 373 del 2000, per l'utilizzo privato di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato (cfr. sentenze n. 287 del 2001 e n. 52 del 1996), relativamente al periodo che va dall'entrata in vigore del citato art. 171-octies fino all'entrata in vigore della legge n. 22 del 2003».
Il cuore della motivazione riguardava proprio l'irragionevolezza della previsione di una sanzione penale «per comportamenti di pari o minore gravità rispetto a quelli per i quali è prevista una sanzione amministrativa»[80].
Pur non operando alcuna valutazione sulla legittimità del doppio binario, da questa pronuncia possono essere tratti elementi utili per una differenziazione tra illecito penale e illecito amministrativo punitivo, anche oltre lo specifico ambito su cui è intervenuta.
In particolare, la Corte giunge alla declaratoria d'incostituzionalità in considerazione della sproporzione tra il trattamento sanzionatorio e la gravità del fatto, lasciando intendere che vi è una differenziazione tra i due illeciti da riferire al diverso grado dell'offesa, in conformità ai principi di

[77] Per A. Alessandri, *op. cit*., 2430, il dolo specifico risultante dall'espressione "fini fraudolenti" richiama profili oltre che di abusività, anche di aggiramento della buona fede.
[78] R. Flor, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet*, cit., 172, indica quale ulteriore elemento differenziale anche la previsione della condotta dell'utilizzo per uso sia pubblico sia privato.
[79] S. Fiore, *Diritto d'autore (reati in materia di)*, cit., 16 della versione digitale, che in senso critico sul *modus operandi* del legislatore, definisce queste vicende legislative come un rimescolamento delle carte di un combinato mazzo di norme.
[80] Così Corte Cost., 29.12.2004, n. 426, in *DI* 2005, con nota di F. Resta, *"Frontiere mobili": i confini della tutela penale delle trasmissioni ad accesso condizionato, tra révirements di politica criminale ed equilibri costituzionali*, 171, per cui «profili di illegittimità costituzionale non si porrebbero, invece, in relazione alla disciplina applicabile ai fatti commessi in seguito all'entrata in vigore della legge 22/2003, la quale, disponendo, in deroga al canone di specialità di cui all'art. 9 legge 689/81, l'applicazione congiunta delle sanzioni penali di cui all'art. 171-octies e di quelle amministrative previste dagli artt. 4 e 6 d.lgs. 373, ha determinato un notevole inasprimento delle condotte precedentemente sanzionate soltanto in via amministrativa, conferendo al sistema normativo un minimo di coerenza, benché a fronte di una opzione politico-criminale censurabile sotto diversi profili, per ragioni (assiologiche) di Wertrationalität».

offensività, proporzionalità e sussidiarietà, che non a caso costituiscono i criteri ispiratori sia della L. 689/1981, sia della Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19.12.1983[81].
A fronte anche di queste indicazioni normative, un Illustre Maestro ha definito l'illecito amministrativo come meramente formale, improntato sulla trasgressione di un precetto comportamentale a carattere ordinatorio «che non ha funzione immediata di tutela di un bene, ma mira a tale tutela in modo mediato e avanzato»[82].
Ciò permetterebbe di avallare un'indifferenza ontologica tra i due illeciti, realizzando il diritto amministrativo in funzione punitiva, in particolare, la tutela dei medesimi beni giuridici in modo qualitativamente diverso dal diritto penale, come forma di tutela anticipata rivolta a situazioni di pericolo standardizzate e alla protezione d'interessi emergenti o soggetti a repentina evoluzione[83].
Le due sanzioni sarebbero, invece, omogenee per la dottrina maggioritaria con riferimento alle finalità perseguite, «di prevenzione generale nello stadio della minaccia e di prevenzione speciale nello stadio dell'irrogazione»[84], al punto che è stato ritenuto che «l'illecito punitivo-amministrativo costituisca una terza figura di illecito punitivo, accanto al delitto e alla contravvenzione»[85].
Nel caso della cumulatività sanzionatoria prevista dell'art. 174 *bis*, essa si associa, però, ad una coincidenza anche contenutistica, che darebbe vita ad un vero e proprio *bis in dem*[86].
Le ragioni che hanno portato a questi tortuosi esiti normativi sono indice del disagio che attraversa il nostro sistema, che «spesso non riesce a sanzionare veramente neppure una volta, restituendoci l'immagine e la prassi di una macchina punitiva inflazionata, incerta ma anche malfunzionante»[87]. A causa di questo malfunzionamento, la sanzione amministrativa, posta ad appendice di quella penale, è vista come strumento che consente di raggiungere gli standard europei di efficacia e dissuasività[88].
Costituisce un rimedio parziale a quello che assume i tratti di una severa duplicazione punitiva, la concezione "convenzionale" della materia penale, inaugurata dalla giurisprudenza sovranazionale con l'elaborazione dei criteri Engel[89]. La considerazione come sostanzialmente penali delle sanzioni amministrative punitive, analoghe a quelle previste dall'art. 174 *bis*, ne ha, infatti, determinato, da un

[81] F. C. Palazzo, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. (Dalle leggi di depenalizzazione alla Circolare della Presidenza del Consiglio)*, in *IP* 1986, 41 ss.; T. Padovani, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *RIDPP* 1984, 952 ss.; G. Lattanzi, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della presidenza del consiglio*, in *FI* 1985, 251 ss.
[82] F. Sgubbi, *Depenalizzazione e principi*, in *IP* 1983, 263-264.
[83] F. Bricola, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di M. De Acutis, G. Palombarini, Padova 1984, 34.
[84]F. Mantovani, *Diritto penale*[7]*, Parte generale*, Padova 2013, 976.
[85] Così S. Cardin, *L'illecito punitivo-amministrativo: principi sostanziali, procedimentali e processuali*, 2012, 14.
[86] S. Seminara, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, in *DPP* 2022, 1383.
[87] Testualmente M. Donini, *Septies in idem. Dalla «materia penale» alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *CP* 2018, 2292 che associa uno tale scenario ad una settuplicazione delle sanzioni, di cui a secondo del contesto economico sociale di riferimento può essere destinatario un dato soggetto.
[88] F. Viganò, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione Europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di Giustizia,* nota a C.G.U.E., 8.3.2022, C-205/20, in www.sistemapenale.it 8.3.2022 , 16.
[89] Questi criteri, che guardano alla qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, alla sua natura e al grado di severità della sanzione prevista, vengono denominati così in base alla pronuncia che per prima li ha consacrati, C. eur., 8.6.1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*. Sull'applicazione di questi criteri da parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia, in particolare, di market abuse vedi F. Basile, *Il "doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *GC* 2019, 134-135.

lato, l'assoggettamento a garanzie e principi propri del processo penale[90], dall'altro, il vaglio alla luce del divieto di *bis in idem*[91].
La portata di questo divieto, oggetto di codificazione espressa nelle Carte europee[92], è discussa sia sul piano del contenuto, a cui è attribuita una valenza bifronte, sostanziale e processuale[93], sia sul piano della sua qualificazione, non essendo chiaro se si tratti di principio, e quindi abbia valenza ordinatrice, o diritto e sia, invece, munito di cogenza[94].
Venendo al contenuto, in termini sostanziali il divieto in esame precluderebbe la duplicazione delle sanzioni per il medesimo fatto[95], mentre nella portata processuale vieterebbe la duplicazione dai procedimenti[96].
La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha di fatto valorizzato ora l'una ora l'altra prospettiva[97], per poi virare, in deroga a precedenti affermazioni assolutiste e moniste[98], verso un approccio temperato-misto, in forza del quale ha ammesso che il legislatore possa fissare per lo stesso fatto e nei confronti

---

[90] Con specifico riferimento all'estensione del principio del *nemo tener se detegere* anche agli illeciti amministrativi puntivi del nostro Tuf, tra i diversi contributi, di recente E. Amati, P. Insolera**,** *Il Nemo tenetur se detegere è applicabile nel procedimento dinanzi alla Consob funzionale all'inflizione di sanzioni amministrative "sostanzialmente" punitive: costituzionalmente illegittimo l'art. 187 quinquiesdecies T.U.F.***,** nota a C. Cost. , 30.4.2021, n.84, in *GC* 2022, 89 ss.; G. Lasagni, *La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nei procedimenti amministrativi punitivi (e la Corte costituzionale conferma)*, nota a C.G.U.E., 02.2.2021, n. 481, in *GC* 2021, 1179 ss.; E. Crippa, *Procedimento "formalmente" amministrativo e nemo tenetur se detegere***,** in *RIDPP* 2021, 761 ss..
[91] Sul fondamento costituzionale interno di questo divieto, rafforzativo del vincolo del giudicato, vedi R. A. Ruggiero, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *CP* 2017, 3811.
[92] Il riferimento è all'art. 4, Prot. 7 CEDU, che stabilisce che «nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato», e all'art. 50 CDFUE, in forza del quale «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge». Per un inquadramento del rapporto tra le due fonti e dei conseguenti ambiti di operatività e di coordinamento tra l'attività della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e quella della Corte di Giustizia vedi B. Nascimbene, *CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: portata, rispettivi ambiti applicativi e (possibili) sovrapposizioni*, in www.giustiziainsieme.it 16.12.2021. Sul piano più prettamente penalistico cfr. S. Manacorda, *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni*, in www.penalecontemporaneo.it 13.5.2013;
[93] Su questa duplice rilevanza specificamente nella giurisprudenza europea e costituzionale si rinvia a I. Giacona, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, Torino 2022, 151 ss.
[94] T. Rafaraci, *Ne bis in Idem*, in *ED*, Annali, III, 2010, 858.
[95] Circa questa concezione, nell'ambito della quale si registrano posizioni a favore di una coincidenza totale e parziale con la proporzionalità, sia consentito rinviare, tra i tanti contributi sul tema, a M. Papa, *Definizioni legislative e concorso apparente di norme: note comparatistiche*, in *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, Padova 1996, 431 ss.; Id., *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, 1997; A. Tripodi, *Cumuli punitivi, "ne bis in idem" e proporzionalità*, in *RIDPP* 2017, 1047 ss.; A. Vallini, *Tracce di "ne bis in idem" sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *DPP* 2018, 525 ss.; C. Silva, *Ne bis in idem (sostanziale)*, in *DigDpen*, X, 443 ss.; ID., *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in www.archiviopenale.it 15.2.2019, 1 ss..
[96] G. Garuti, *Ne bis in idem processuale*, in *DPP* 2009, 1051 ss.; discorre di questa prospettiva alla luce propria della giurisprudenza europea B. Lavarini, *Il ne bis in idem convenzionale e "doppio binario" sanzionatorio: il problema del "doppio giudicato"*, in www.legislazionepenale.eu 14.3.2016.
[97] Sull'ondivaga giurisprudenza europea precedente alla sentenza della C. eur., 4.3.2014, Grande Stevens, che ha consolidato la prospettiva dell'*idem factum* in sostituzione a quella dell'*idem* legale, cfr. L. Bin, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *DPenCont* 2020, 101-103.
[98] Si tratta delle statuizioni adottate con la citata pronuncia della C. eur., 4.3.2014, Grande Stevens c. Italia, in forza della quale veniva tratteggiata in sé la preclusione del secondo giudizio, a prescindere dal suo esito e dai legami intercorrenti con il primo procedimento. Per un'analisi di questo orientamento della C. eur., tra i diversi contributi, M. Ventoruzzo, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *RS* 2014, 693 ss.; F. D'Alessandro, *Tutela dei diritti finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *DPP* 2014, 614 ss.; G. De Amicis, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in *DPenCont* 2014, 201 ss..

del medesimo soggetto più risposte munite di analoga afflittività punitiva, quando i due binari siano in connessione sostanziale e temporale tali da costituire un sistema integrato[99].
Nonostante questa connessione andasse vagliata alla luce del combinato disposto di diversi criteri- quali le finalità differenti dei due procedimenti, la prevedibilità della loro duplicazione, i meccanismi procedimentali di raccordo sul piano delle prove- ha nel tempo assunto valenza dirimente la proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria[100]. In questa direzione si è orientata anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che in relazione alle questioni interpretative sottopostole è sembrata particolarmente propensa a legittimare il doppio binario, laddove funzionale a garantire la tutela degli interessi dell'Unione[101].
Sulla base di questo iter evolutivo, la dottrina nazionale ha prospettato l'emergere di una proporzionalità *in action*[102], ma con uno svuotamento dell'autonomia del principio del *ne bis in idem*[103] e una conseguente elaborazione in sede nazionale di variabili soluzioni casistiche[104]: «la garanzia del ne bis in idem appare oggi sempre più atteggiarsi come una "toppa", fondata sulla discutibile logica della prevalenza della sanzione più celere, tesa a "mitigare", e non a rimuovere, gli effetti collaterali del cumulo di procedimenti e di sanzioni»[105].

2.1. Si inscrive in questo contesto giurisprudenziale la recente sentenza della Corte costituzionale n. 149/2022, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 Cpp., nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171 *ter* L.d.a., che, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174 *bis* della medesima legge[106].
Nel caso di specie, il Tribunale di Verona era chiamato a giudicare della responsabilità penale di un imputato per il delitto di riproduzione abusiva e vendita di opere letterarie di cui all'art. 171*ter*, primo comma, lett. *b*, L.d.a., già stato sanzionato amministrativamente in via definitiva.
Oggetto del sindacato richiesto alla Corte Costituzionale dal giudice veronese era l'illegittimità dell'art. 649 Cpp per contrasto con l'art. 4 Prot. n. 7 CEDU, non essendo prevista l'applicabilità del divieto di un secondo giudizio anche nei confronti d'imputato sottoposto e condannato, nell'ambito di

[99] Questo indirizzo è stato inaugurato da C. eur., GC, 15.11.2016, *A. e B. c. Norvegia*, in www.penalecontemporaneo.it 18.11.2016, con nota di F. Viganò, *La Grande camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*. Per L. Picotti, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso un accettabile epilogo del lungo dialogo fra le corti?*, in *Legalità e diritto penale dell'economia. Studi in onore di Alessio Lanzi*, a cura di A. Cadoppi, P. Veneziani, P. Aldrovandi, 2020, 513-514, in questo modo la Corte consente agli Stati di sanzionare i diversi aspetti del fatto illecito, purchè ciò non si traduca in un onere eccessivo e sproporzionato per il soggetto interessato e punito.
[100] I. Chianello, *Il sistema a doppio binario in materia di diritto d'autore e il ne bis in idem: la Corte Costituzionale recupera la dimensione processuale del divieto*, in *CP*, 10/2022, 3383; *contra* G. Ardizzone, *Tsonyo Tsonev C. Bulgaria: un'occasione per riflettere*, in www.sistemapenale.it 14.7.2022, 6.
[101] In questi termini con specifico riferimento alla sentenza Fransson M. Scoletta, *Il principio del ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, in *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europa nel sistema integrato di tutela*, a cura di C. Amalfitano, M. D'Amico, S. Leone, Torino 2022, 320; C. Silva, *La deriva del ne bis in idem*, cit., 32, che rappresenta come i giudici di Lussemburgo non fanno proprio il parametro della *close connection* proposto dalla Corte di Strasburgo.
[102] M. G. Brancati, *La pena proporzionata: viaggio tra legalità ed equità a partire della sentenza C-205/20*, in www.archiviopenale.it 22.7.2022, 3.
[103] Per S. Seminara, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, cit., 1392, il principio sarebbe stato trasformato "*in un vago ne ultra "iustum" in bis in idem*".
[104] L. Picotti, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso un accettabile epilogo del lungo dialogo fra le corti?*, cit., 516.
[105] Testualmente E. Pezzi, *Brevi appunti sull'applicazione "caso per caso" e non "di sistema" della garanzia convenzionale del ne bis in idem*, in *RIDPP* 2022, 1229.
[106] Si tratta di C. cost., sent. 16.6.2022, n. 149, in www.cortecostituzionale.it alla sezione Giurisprudenza e lavori, sotto sezione Decisioni.

un procedimento amministrativo, ad una sanzione avente carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dei relativi protocolli.
Nell'accogliere l'eccezione sollevata, la Corte ha definito, prima di tutto, quale sia la natura e quindi quali i vincoli che discendono dal divieto di *bis in idem.*
Per il Giudice delle leggi si tratta del diritto fondamentale della persona «di evitare l'ulteriore sofferenza, e i costi economici, determinati da un nuovo processo in relazione a fatti per i quali quella persona sia già stata giudicata»[107].
Questa affermazione è stata salutata come il recupero della dimensione processuale del divieto[108].
Chiarificatrice del cambio di passo[109] è l'ulteriore affermazione della Corte in ordine al diverso fondamento e momento operativo della proporzionalità, da riferire all'entità del carico sanzionatorio complessivo, a prescindere dal fatto che sia irrogato nell'ambito di uno o più procedimenti[110].
Nello specifico, quale diritto il *ne bis in idem* condiziona prima di tutto il *quomodo* dell'irrogazione della risposta sanzionatoria e, poi, il suo *quantum*. Rimanendo nel solco della giurisprudenza europea, il Giudice delle leggi lo ricostruisce, infatti, quale garanzia relativa, compatibile con una duplicità procedimentale che assicuri, però, in forza delle sue modalità di svolgimento, una valutazione "unitaria".
La rilevanza della posizione della Corte sta, ad avviso di chi scrive, nel recupero di quella razionalizzazione in chiave gerarchica dei criteri di valutazione della connessione sostanziale e temporale tra i procedimenti.
In questo senso rileva l'ordine stesso dei passaggi della pronuncia e, specificamente, quelli inerenti il duplice meccanismo sanzionatorio della legge sul diritto di autore.
In proposito, la Corte evidenzia come dal punto di vista delle condotte materiali gli art. 171*ter* e 174 *bis* L.d.a. siano identici, differenziandosi solo parzialmente per l'elemento soggettivo[111]. Nel caso, infatti, di realizzazione dolosa si è di fronte ad uno stesso fatto doppiamente punito, dato il carattere afflittivo della sanzione amministrativa pecuniaria.
Indici in questo senso sono, per la Consulta, oltre all'entità e al meccanismo determinativo di questa sanzione[112], la stessa finalità, dichiarata al momento della sua introduzione, «di potenziare l'efficacia generalpreventiva dei divieti già contenuti nella legge n. 633»[113].
A fronte del perseguimento della medesima finalità delle sanzioni penali, per il Giudice delle leggi fattore determinante dell'illegittimità denunciata è l'assenza, tra il procedimento penale e quello

[107] Testualmente C. cost., 16.6.2022, n. 149, paragrafo 5.1.1..
[108] I. Chianello, *Il sistema a doppio binario in materia di diritto d'autore e il ne bis in idem: la Corte Costituzionale recupera la dimensione processuale del divieto*, cit., 3385.
[109] In termini analoghi M. Scoletta, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, in www.sistemapenale.it 23.6.2022.
[110] Sul punto l'ultima parte del paragrafo 5.1.1. della pronuncia in esame, per cui: «Il ne bis in idem non si oppone, invece, alla possibilità che l'imputato sia sottoposto, in esito a un medesimo procedimento, a due o più sanzioni distinte per il medesimo fatto (ad esempio, a pene detentive, pecuniarie e interdittive), ferma la diversa garanzia rappresentata dalla proporzionalità della pena: garanzia, quest'ultima, fondata su basi giuridiche distinte da quelle su cui si fonda il diritto al ne bis in idem (in particolare, sugli artt. 3 e 27 Cost. a livello interno, e sull'art. 49, paragrafo 3, CDFUE a livello unionale)».
[111] Si legge al paragrafo 5.2.2. della sentenza della Consulta «vero è che, sul piano dell'elemento psicologico, il delitto deve essere necessariamente qualificato dal dolo dell'agente, che non è viceversa necessario ai fini dell'integrazione del corrispondente illecito amministrativo. Tuttavia, rispetto all'area in cui i due illeciti si sovrappongono - rappresentata dall'insieme dei fatti materiali descritti dall'art. 171-ter in concreto commessi con dolo - le due disposizioni fanno sì che il loro autore sia sanzionato più volte per un idem factum».
[112] Il Giudice delle leggi rappresenta come la modalità di determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria prevista dall'art. 174-bis della legge n. 633 del 1941 consenta d'infliggere al trasgressore un sacrificio economico superiore al profitto ricavato dall'illecito.
[113] In questi termini la relazione al disegno di legge A.S. 1496, poi sfociato nella legge n. 248 del 2000, appositamente richiamata dalla Corte.

amministrativo, di meccanismi sia che evitino duplicazioni probatorie, sia che ne consentano una ragionevole coordinazione temporale o permettano al «giudice penale (ovvero all'autorità amministrativa in caso di formazione anticipata del giudicato penale) di tenere conto della sanzione già irrogata ai fini della commisurazione della pena, in modo da evitare che una medesima condotta sia punita in modo sproporzionato»[114].
La Corte giunge pertanto all'accoglimento dell'eccezione di legittimità costituzionale, ribadendo, però, la riferibilità della declaratoria d'illegittimità dell'art. 649 Cpp. ai soli casi di previa irrogazione di sanzioni amministrative per violazioni corrispondenti ai reati puniti dell'art. 171 *ter* L.d.a..
Sotto questo profilo, il carattere minimale della declaratoria di legittimità è forse eccessivo. Nel rispetto, ad avviso di chi scrive, dei limiti fisiologici del sindacato della Corte, le censure svolte potrebbero essere estese a tutte le altre fattispecie penali della medesima sezione della legge sul diritto d'autore e ciò in forza proprio di due considerazioni elaborate dallo stesso Giudice delle leggi.
La prima è quella riferita alla struttura dell'art. 174 *bis*, quale norma meramente sanzionatoria per aggiunta delle violazioni di tutti i precetti penali della legge sul diritto d'autore[115]; la seconda attiene alla verificazione, definita poco più che teorica, della possibilità di commissione di queste violazioni per colpa.
Da quanto sopra deriva che le sanzioni amministrative in esame siano nei fatti ed in generale prive di un ambito applicativo autonomo rispetto a quelle penali.
Si segnala, peraltro, in ordine alle stesse ipotesi dolose, di sicura coincidenza fra fattispecie penali e di quelle amministrative, il ruolo del dolo specifico, che ancorchè variamente declinato connota la quasi totalità delle prime, è inerente alla fruizione o allo sfruttamento economico di un'opera protetta dal diritto d'autore, in quanto momento immanente e connaturale ad ogni dinamica di scambio[116]

2.2. L'approccio innovativo, se pur sempre minimale risultante dalla pronuncia in esame, è fortemente dipendente dalla dimensione "processuale" che connota l'impianto motivazionale della Corte.
Lo stesso richiamo al legislatore di correggere quelle violazioni del diritto al *ne bis in idem*, patologicamente create all'interno della legge n. 633 del 1941, riguarda esclusivamente il raccordo tra i procedimenti, mettendo in luce specificamente il problema irrisolto della precedenza temporale del procedimento penale rispetto a quello amministrativo. Conformemente a quest'orientamento, dottrina autorevole ha, infatti, proposto quale soluzione da adottare normativamente l'estensione dell'attribuzione al giudice penale anche della competenza ad accertare l'illecito amministrativo, oltre l'ipotesi della pregiudizialità[117]. Una tale soluzione, ad avviso di chi scrive, è certamente valida, ma proprio con riferimento al sistema sanzionatorio della legge sul diritto d'autore ha le fattezze di un rimedio salvifico *ex post*.
Non si intende mettere in dubbio la carica di novità dell'intervento della Corte, ma forse ancora una volta il punto di vista adottato è rimasto troppo limitato al momento fattuale applicativo, dimenticando quale sia la previa dimensiona sostanziale che lo condiziona
Il limite di legittimità, individuato della giurisprudenza europea e nazionale, del doppio binario come risposta coerente e sostanzialmente unitaria al medesimo illecito, presuppone a monte una

[114] Il Giudice delle leggi al paragrafo 5.2.3. prosegue definendo la multa che il giudice penale deve applicate come semplicemente a sovrapposta a quella amministrativa, senza alcuna autonomia di ratio, né alcun coordinamento funzionale.
[115] Si rinvia sul punto al paragrafo 1 e specificamente alle note 21 e 22.
[116] In questi termini R. Flor, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet*, cit., 218. Per L. Picotti, *Il dolo specifico*, cit., 505, il fine specifico identifica il peculiare interesse che muove l'agente ed è immediatamente conflittuale o indirettamente concorrente con quello tutelato facente capo al soggetto passivo, anche se individualmente indeterminato.
[117] I. Chianello, *op. cit.*, 3389.

differenziazione operativa tra i due binari, che ad oggi, per riconoscimento stesso della Corte, è del tutto inesistente nella legge sul diritto d'autore.
L'indifferenza al fatto nella sua giuridica rilevanza va inteso in chiave garantista, cioè ampliativa dell'area di applicazione del divieto di *bis in idem*, non certo come indifferenza alla doverosa selezione contenutistica, che è compito ineludibile del legislatore. Colta questa prospettiva, la diversità dei fatti legalmente definiti nella prospettiva dei due binari dovrebbe essere la prima condizione di garanzia dell'affermazione del diritto a non subire un secondo procedimento sanzionatorio.
Questo recupero della legalità penale e punitiva porta con sé, peraltro, un vincolo finalistico, dovendo il legislatore *a priori* concepire la pena come «extrema ratio da riservare ai casi in cui non appaiano efficaci altri strumenti per la tutela di beni ritenuti essenziali»[118].
L'osservanza di questo vincolo, con riguardo alle risposte sanzionatorie penali e amministrative punitive della legge sul diritto d'autore, ne impone una rimodulazione organica, che ridefinisca, da un lato, il rapporto di sussidiarietà tra i diversi strumenti civili, amministrativi e penali, dall'altro, riequilibri la proporzione, prima di tutto normativa, tra il disvalore del fatto e la sua cornice e connotazione sanzionatoria.
Sotto questo profilo potrebbe essere utile proprio l'illecito amministrativo punitivo, che andrebbe collocato in posizione autonoma e precedente rispetto alla sanzione penale, da riservare, di contro, esclusivamente ed in funzione selettiva alle violazioni dotate di un grado di offensività quantitativamente e qualitativamente maggiore. L'abbandono, in questo modo, della prospettiva pan-penalistica, fino ad oggi di contro abusata, potrebbe essere sfruttata anche quale occasione per una riqualificazione gerarchica, in chiave personalistica, delle prerogative da riservare alla protezione penale.
Ancorché strumento punitivo, ma più duttile, la sanzione amministrativa consentirebbe di meglio operare quella tutela bilanciata tra la protezione dell'opera creativa, da un lato, e quella, altrettanto imprescindibile e necessaria, dell'interesse collettivo all'accesso e diffusione della cultura e delle idee[119], dall'altro.
Una razionalizzazione dei rapporti tra questi due strumenti della risposta sanzionatoria, a maggior ragione se riferita all'ambiente digitale, richiede un costante aggiornamento, una capacità di tenuta diacronica delle fattispecie, che la rigidità della normazione penale non riesce sempre a soddisfare, se non a costo di una formulazione casistica onnicomprensiva, che disperde, però, l'identità dei diversi reati.
Ad avviso di chi scrive la cogenza del divieto di *bis in idem*, quale diritto, dovrebbe essere affermata a partire proprio dalla netta definizione della funzione della sanzione amministrativa punitiva e di quella diversa, perché "crescente" in chiave non compensativa, della sanzione penale, assicurando, a monte che si tratti di binari che procedono parallelamente e non consecutivamente.
Nello specifico, anche mantenendo una tutela differenziata sulla base della tipologia dell'opera protetta, la sanzione amministrative potrebbe essere riservata, ad avviso di chi scrive, a tutte quelle condotte o meramente ostative all'esercizio delle funzioni della Società italiana degli autori ed editori o prodromiche alla violazione delle prerogative autoriali, come la elusione delle MTP.

[118] In questi termini C. Cost., 26 luglio 1996, n. 317, in *FI* 1997, 1013-1014.
[119] F. Resta, *"Frontiere mobili": i confini della tutela penale*, cit., 172, mettendo in dubbio la capacità della preminenza accordata al diritto penale, considera l'impianto sanzionatorio adottata dalla legge sul diritto d'autore come «evocativo di una più generale tendenza dell'attuale politica criminale, ad esorcizzare l'*Unsicherheitsgefühl* paradigmatico dell'odierna "società del rischio", ed alimentato dalla percezione collettiva dei pericoli "da ignoto tecnologico", mediante il ricorso al diritto penale, quale strumento privilegiato di stabilizzazione del sistema sociale e di istituzionalizzazione delle aspettative normative, nonché quale equivalente funzionale della produzione di consenso sociale».

Stessa sorte potrebbe, poi, essere riservata agli atti che, pur essendo lesivi di queste prerogative, costituiscono riproduzione individuale o, in generale, condotte poste in essere in assenza di specifiche finalità o con modalità a limitato contenuto offensivo.