

La Legislazione Penale

Fondata da Mario Chiavario e Tullio Padovani



Anno 2024

N° 1

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 Pattera, Sara Riccardi, Ernestina Sacchetto

LA LEGISLAZIONE PENALE (www.lalegislationepenale.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. Buoncompagni, La “messa in forma” dell’in-formazione: lacune culturali, giuridiche e giornalistiche di fronte al fenomeno dell’odio antisemita. Uno sguardo sociologico | 3 |
| S. Fiore, «Color che son sospesi» e quelli che mai lo saranno. Un breve percorso ad ostacoli nella giurisprudenza costituzionale sul co. 9 dell’art. 656 Cpp..... | 14 |
| D. Perrone, Politiche europee in tema di contrasto alla criminalità ambientale: proposte di riforma e possibili riflessi interni..... | 27 |
| S. Campanella, Riforma Cartabia e messa alla prova: una spinta, tra luci ed ombre, verso l’effettività del modello riparativo | 48 |
| A. Di Landro, Lavoro minorile, sfruttamento del lavoro, maltrattamenti, riduzione in schiavitù o servitù e le peculiari questioni relative all’accontonaggio con minori: incertezze e ambiguità, prospettive <i>de iure condito</i> e <i>de iure condendo</i> | 89 |
| E. Penco, Le novità in materia di stupefacenti e fatto di lieve entità introdotte dalla l. n. 159 del 2023: ricadute processuali e criticità di sistema..... | 138 |
| D. Federici, Il concetto di <i>materiality</i> (“comune” e “tecnico”) negli abusi di mercato e nel falso in bilancio: un’indagine comparata | 147 |
| G. Ponteprino, <i>Preterintenzione e culpa in re illicita</i> . La costruzione di uno statuto differenziato quale argine allo strisciante riconoscimento della responsabilità oggettiva | 187 |
| D. Guidi, L’adeguamento (tardivo) del legislatore italiano alla direttiva MAD ii e l’oggetto della confisca in materia di abusi di mercato..... | 217 |
| L. Notaro, La rilevanza dei “fattori contestuali” ai fini della limitazione della responsabilità colposa del medico. La pandemia da covid-19 come banco di prova per la colpa penale* | 223 |
| L. Grossi, I “nuovi” obblighi costituzionali di tutela penale: dall’ <i>an</i> al <i>quomodo</i> dell’incriminazione | 230 |
| G. Caruso e J. Della Valentina, La repressione degli abusi nelle sovvenzioni pubbliche dopo il c.d. decreto liquidità. Tra esigenze di giustizia ‘sostanziale’ e divieto di cripto-analogia <i>in malam partem</i> | 262 |
| V. Lamonaca, L’amministrazione penitenziaria di fronte alla sfida della trasformazione digitale | 286 |
| G. Martiello, Gli interventi del c.d. «decreto-caivano» sul diritto penale minorile, tra salvaguardia della società <i>dal</i> minore delinquente e tutela del fanciullo <i>dalla</i> società indifferente | 315 |
| N. Di Paco, Il dibattito “post-Cartabia”: riflessioni a margine delle modifiche apportate alla fase del giudizio..... | 338 |
| P. Spagnolo, Le nuove disposizioni processuali in materia di contrasto alla violenza sulle donne e alla violenza domestica..... | 357 |
| A. Pulvirenti, L’improcedibilità dell’azione penale: la <i>ratio</i> , la normativa vigente e il suo (probabile) <i>de profundis</i> *..... | 371 |
| D. Curtotti e W. Nocerino, La transizione digitale del processo penale rimane incompiuta: una panoramica sullo stato dell’arte a margine del d.m. 217/2023 | 397 |
| A. Visconti, Genesi, indagine, prevenzione e repressione della devianza organizzativa, tra fallacie cognitive e ‘tentazioni sacrificali’. Alcune riflessioni a partire dal volume di Maurizio Catino “Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni” | 434 |

1/2024

LA “MESSA IN FORMA” DELL’IN-FORMAZIONE: LACUNE CULTURALI, GIURIDICHE E GIORNALISTICHE DI FRONTE AL FENOMENO DELL’ODIO ANTISEMITA. UNO SGUARDO SOCIOLOGICO*

di Giacomo Buoncompagni (*Assegnista di ricerca in Sociologia dei processi culturali e comunicativi, Università degli studi di Firenze*)

La natura ibrida dei fenomeni violenti e discriminatori, soprattutto di natura antisemita, rende sempre più difficile non solo la loro identificazione come “reati” nella giurisprudenza, ma la stessa comprensione della dinamica degli eventi, le relative responsabilità degli attori coinvolti, nonché il racconto giornalistico delle storie-notizie negli ambienti online-offline. Il seguente contributo prova a riflettere sull’importanza di “fare (buon) giornalismo” e sull’“essere giornalista” oggi in una società in continua trasformazione, per limitare la spettacolarizzazione e favorire una maggiore consapevolezza del professionista e la conoscenza (anche scientifica) del fenomeno narrato in un costante “dialogo” con il mondo del diritto penale.

The hybrid nature of violent and discriminatory phenomena, especially of an anti-Semitic nature, makes it increasingly difficult not only to identify them as "crimes" in the legal sense, but also to understand the dynamics of events, the relative responsibilities of the actors involved, and the journalistic narrative of news in online-offline environments. The following article attempts to reflect on the meaning of "doing (good) journalism" and "being a journalist" today, in a society that is constantly changing, in order to limit spectacularisation and promote a greater awareness of the professional and (also scientific) knowledge of the phenomenon narrated, in a constant "dialogue" with the world of criminal law.

SOMMARIO: 1. Nota introduttiva. – 2. Caos culturale-informativo. – 3. La relazione tra media e giustizia. – 4. Nota metodologica. – 5. Antisemitismo e cultura giuridica e giornalistica. – 6. Professioni(sti) in-formazione.

1. Lo studio qui presentato si colloca all’interno di una più ampia indagine connessa al progetto HIDEANDOLA (*Hidden Antisemitism and Communicative Skills of Criminal Lawyers and Journalists*), che ha indagato il rapporto tra media e giustizia, tra giornalisti e giuristi, in relazione ai crimini d’odio e alle loro forme nascoste, ponendo l’attenzione sull’antisemitismo, oggetto principale della ricerca. Privilegiando una prospettiva socio-culturale del fenomeno, dopo una breve parentesi teorica (riguardante lo studio della letteratura nazionale ed internazionale sul tema dell’antisemitismo e del sistema mediale contemporaneo) il paper presenterà i risultati di 7 focus group, composti da 8-10 partecipanti, appartenenti a due categorie di pubblici differenti: giornalisti pubblicitari e professionisti e avvocati-magistrati italiani.

L’analisi si concentrerà sulla professionalità e la responsabilità di giornalisti e giuristi nella trattazione dei fenomeni antisemiti e di odio più in generale. Nello specifico lo studio indagherà la cultura giornalistica in relazione al fenomeno dell’antisemitismo tenendo conto della complessità e delle “lacune” del diritto penale in Italia in materia di discriminazioni.

* * Disclaimer: questo articolo è uno dei prodotti della ricerca interdisciplinare condotta nell’ambito del Progetto 2022 “HIDEANDOLA” (*Hidden Antisemitism and Communicative Skills of Criminal Lawyers and Journalists* - GA n. 101049699), co-finanziato dall’Unione Europea nell’ambito del programma CERV. Le opinioni e le osservazioni espresse sono dell’Autore soltanto e non riflettono quelle dell’Unione Europea o del DG Just. Né l’Unione Europea né il DG Just, quindi, possono essere ritenuti responsabili di esse. Il presente contributo, approvato dal Comitato Direttivo della Rivista, non è stato sottoposto a procedura di revisione.

2. Nel solco del disordine informativo e del discorso d'odio si muove il tema del racconto della realtà da parte del giornalismo, del rischio di distorsione, e dell'istituzionalizzazione delle procedure di selezione, gerarchizzazione e trattamento del materiale notiziabile.

Nelle scelte di notiziabilità rischia di prevalere non ciò che ci si aspetta interessi al pubblico, ma ciò che gli altri media o l'intero sistema si aspettano da esso. “Il dire per essere creduti”, elemento identificativo del giornalismo, viene sostituito dal “dire per non sbagliare” in direzione dell'omologazione delle scelte produttive e della conformazione delle idee mainstream¹. Lo spazio comunicativo contemporaneo è abitato anche da soggetti e gruppi che, agendo in maniera occulta, propongono temi e punti di vista ai giornalisti attraverso pratiche online capaci di influenzare i media mainstream e, quindi, il complesso circuito del dibattito pubblico. Tra le loro tattiche ricorre spesso la condivisione di contenuti di testate locali contenenti solo in minima parte notizie false, in modo da accreditarsi nel sistema informativo complessivo impersonando profili di individui ideologicamente a sostegno di quella narrazione. Si tratta di attori che operano in un mix tra motivazioni ideologiche, fini economici e dinamiche di divertimento, traendo soddisfazione dalla manipolazione del sistema ufficiale dei media.

Ciò rientra nella creazione di quella che Mark Zuckerberg ha definito “Disinformatzja”, un'informazione disegnata appositamente per seminare il dubbio e aumentare la sfiducia nelle istituzioni o, più in generale, in coloro che la pensano diversamente su uno specifico tema.

Il carico il sovraccarico informativo induce a rintanarsi nel già noto oppure a esporsi a contenuti su cui si è d'accordo, con la conseguenza che informazioni, idee e credenze sono amplificate e rafforzate dalla ripetizione, all'interno di un mondo informativo che tende a chiudersi su se stesso quasi come a volersi proteggere dall'eccessiva esposizione.

Se inizialmente la maggiore possibilità per ciascun individuo di scegliersi le notizie desiderate è stato visto come un obiettivo a cui tendere, in quanto capace d'innalzare il grado di libertà del fruitore, che poteva costruirsi il suo personale palinsesto (il *my media*), negli anni tale maggiore autonomia nella scelta è apparsa la causa principale di un'azione difensiva del pubblico, che – frastornato dall'eccesso di informazioni disponibili – ripara nel già noto e condiviso, preferendo le *echo-chambers*². Il pubblico si rifugia in mondi più circoscritti e rassicuranti, in cui “troviamo e ritroviamo ciò che più ci piace, incontrando quelli che hanno i nostri stessi interessi e condividono le nostre stesse narrative”³.

Le notizie appaiono così molto spesso coerenti con la visione del mondo dei singoli utenti connessi, con i loro medesimi valori e per questo vengono più facilmente ritenute corrette. Al contrario, si sottovaluta l'accuratezza di quei contenuti che non sono coerenti con i propri orientamenti

I network non discriminano in base all'autenticità del contenuto, in realtà tale compito spetterebbe agli utenti: il loro comportamento a tal proposito può fare la differenza, come per esempio scegliere di citare una fonte esterna o criticare una notizia.

Spesso la moltitudine di informazioni si presenta priva di contesto o di riferimenti ad una fonte originale; essa finisce con l'essere percepita come un “rumore” in termini cognitivi, dato che uno stesso fatto, in quel medesimo flusso di notizie, può avere interpretazioni diametralmente opposte o può essere confutato da un'altra informazione. I *rumors*, voci e notizie non verificate, emergono costantemente a proposito di situazioni di guerra, celebrità, indicatori economici, campagne elettorali e programmi di governo e vengono twittate, condivise, approvate, discusse pubblicamente, diventando parte del nuovo ecosistema mediale.

¹ W.R. Neuman, *A Coming Singularity in Media Regulation: The American Case*, in *International Journal of Communication* 2017, 11, 1-17.

² C.R. Sunstein, *#republic*, Bologna 2017.

³ W. Quattrococchi, A. Vicini, *Misinformation. Guida alla società dell'informazione e della credulità*, Milano 2017.

Anche nel caso specifico preso in esame, quello della cultura giornalistica e giuridica connessa alle forme ibride dell'odio e dell'antisemitismo, sembra che tale rischio sia piuttosto elevato.

Tra le diverse forme di ostilità e aggressività verso gli altri, l'antisemitismo rappresenta oggi un fenomeno peculiare e in preoccupante crescita in tutta Europa.

Per il Jerusalem Post, con una media di almeno dieci incidenti al giorno, il 2021 è stato l'anno più antisemita dell'ultimo decennio per il continente europeo⁴. A livello mondiale, la World Zionist Organization definisce la diffusione degli episodi di antisemitismo "preoccupante", anche in Italia. Non a caso, nella recente Mappa dell'intolleranza del 2023, gli ebrei sono il quarto cluster su cui ricade il maggior numero di tweet negativi in Italia (dopo donne, omosessuali e disabili).

Si tratta di un odio antico, il più longevo e duraturo nella storia dell'umanità, espresso verso gli ebrei in quanto tali, oppure – come osservava Jean-Paul Sartre – anche in assenza di ebrei, influenzato da paure e pregiudizi radicati; un odio che si traduce in un atteggiamento discriminatorio che alimenta "l'inciviltà politica"⁵, aggravato dal sovraccarico informativo e dalla proliferazione di idee cospirative che colpisce a tutti i livelli istituzionali, in particolari le istituzioni medialì e politico-giuridiche⁶.

Il campo giornalistico è parte del sistema sociale e comprende le relazioni tra attori diversi e i loro interessi, così come tecnologie, linguaggi e norme; determina inoltre vincoli di dipendenza e stabilisce legami (di potere) con altri campi, in particolare con quello politico-giuridico, sempre più spesso asimmetrici.

L'assenza di equilibrio tra campi, infatti, mette in seria discussione il corretto processo di formazione dei giornalisti sui più ampi temi della contemporaneità e, soprattutto, la "messa in forma" dell'informazione⁷; il rispetto, cioè delle fasi di selezione, gerarchizzazione e presentazione delle notizie, che dipende dalla fitta trama di relazioni che avvengono nella società e che definiscono quel luogo astratto da cui il giornalismo attinge i suoi dati, ovvero la sfera pubblica mediatizzata.

3. I media hanno un ruolo indispensabile in una società democratica.

Le caratteristiche di convergenza e trasparenza dei nuovi mezzi di comunicazione permettono agli operatori dell'informazione di concentrarsi maggiormente su casi che meriterebbero una particolare attenzione da parte della collettività come corruzione, violenze, abusi che, molto spesso, senza un'attenzione mediatica costante e un racconto giornalistico "intrusivo", nonché un interesse duraturo da parte delle *audiences*, rischierebbero di rimanere sconosciuti alle istituzioni per molto tempo o non venire mai alla ribalta.

Queste situazioni/comportamenti, in una prospettiva sociologica, sono da inquadrare come "problemi sociali" o, meglio ancora, come "oggetti culturali"⁸. Un fenomeno diventa riconoscibile come "problema sociale" quando l'opinione pubblica viene a conoscenza, generalmente tramite i media, della sua esistenza, attribuendo a quell'evento determinati significati, inquadrandolo cioè all'interno di specifici *frame*.

Il *framing* è il processo attraverso cui i professionisti dell'informazione mettono ordine negli avvenimenti, li riorganizzano, danno loro un senso, ne individuano una linea direttrice e infine ne fanno una notizia. Essi implicano generalmente la scelta di una direzione in termini di policy oppure

⁴ JPost, *2021 was the most antisemitic year in the last decade 2021*: <https://www.jpost.com/diaspora/antisemitism/article-694197>.

⁵ S. Bentivegna, R. Rega, *La politica dell'inciviltà*, Roma-Bari 2022.

⁶ G. Buoncompagni, *The perception of anti-Semitic hatred in the Italian media and justice system*, in *Fieldwork in Religion* 2023, 2, 1-16.

⁷ M. Schudson, *La scoperta della notizia*, Napoli 1988.

⁸ W. Griswold, *Sociologia della cultura*, Bologna 2005.

risposte implicite a domande del tipo “cosa bisognerebbe fare” a proposito di un fenomeno, cosa pensare a riguardo, come affrontarlo per il bene della collettività.

Le relazioni spesso contrastanti, ma complementari, che i media intrattengono con gli attori del diritto contribuiscono in modi diversi a definire e ad affrontare tali “problemi”. La complessità di questa relazione risiede nel fatto che la giustizia e l’informazione sono campi intrinsecamente interconnessi con la società contemporanea e gli oggetti culturali che costituiscono un più vasto sistema culturale. I media sono un formidabile mezzo di espressione nell’odierna sfera pubblica. Possono essere considerati strumenti di responsabilità, canali di coinvolgimento civico e di denuncia, così come possono venire utilizzati per proteggere interessi personali, eliminare avversari politici, diffondere odio e razzismo⁹.

Ecco perché il diritto e la giustizia sono più che necessari per l’ambiente mediatico: non tanto per limitare la libertà di espressione, ma piuttosto per regolamentarla o per sollecitare i diversi professionisti a regolamentarsi nell’esercizio della loro professione che sia giornalistica, politica, informatica o giuridica.

Il giornalismo e i media sociali-digitali non costituiscono solo una delle maggiori invenzioni tecnico-tecnologiche, ma rappresentano veri e propri ecosistemi che si rinnovano costantemente, in relazione alle trasformazioni delle istituzioni giuridiche, economiche e alle politiche informazionali adottate da ogni singolo Stato che aiutano a garantire il vivere civile. In una società sempre più interconnessa le difficoltà del campo della comunicazione riguardano tutti gli organismi istituzionali e socio-tecnici, anche quello del diritto. Entrambi i campi si ritrovano così ad affrontare, uno in termini narrativi, l’altro di giudizio, complesse tematiche oggi globali come l’identità, la libertà, la sicurezza, la solidarietà, il conflitto.

Questioni che differiscono all’interno di ogni comunità sulla base dei sistemi simbolici-culturali propri di quest’ultima.

La diffusione elettronica di informazioni, o la trasmissione di contenuti via social network ad opera dei giornalisti, non sono certo da intendere come semplici atti di trasmissione, ma piuttosto come pratiche di selezione, gerarchizzazione e trattamento di frammenti di storie-notizie che quotidianamente vengono pubblicate e all’interno delle quali ci ritroviamo tutti coinvolti in quanto generatrici di interesse pubblico e di eventi-comportamenti spesso contraddittori o devianti¹⁰.

Il “giudicare” quel tipo di informazione o comportamento, l’emettere cioè una decisione al riguardo, non rappresenta altro che un atto di traduzione dell’ordinamento giudiziario di riferimento. Da un lato, vi è dunque il tentativo da parte dei media di produrre un “effetto di interesse” sul sociale attraverso il dialogo tra storie-notizie e *audiences*, dall’altro, l’esercizio di una *funzione normativa*, fondata su logiche di legalità, da parte degli attori del diritto e del diritto penale in particolare.

Sebbene i media ricoprano un’importanza strategica nella formulazione delle aspettative, delle carenze, delle frustrazioni e dei desideri delle comunità, il sistema giuridico costituisce un punto di leva decisivo per l’instaurazione di uno Stato di diritto. Facendo riferimento al pensiero mediologico di Coleman¹¹ l’idea di giustizia è fondamentale legata alla possibilità/capacità di costruire relazioni umane (e mediali) guidate dai principi di equità e di uguaglianza, così da consentire loro di diventare realtà garantendo a ciascuna persona i diritti che le spettano.

In questo senso, nonostante le evidenti criticità denunciate ormai da tempo anche dal mondo della politica per quanto concerne, ad esempio, il disallineamento dei tempi tra informazione e giustizia (non solo nel senso, banale, che il processo richiede tempi lunghi che non possono tollerare la pressione dei giornalisti in cerca di notizie, ma anche nel senso che il lavoro giornalistico si svolge sempre più in tempi rapidissimi tali da rendere molto complessa la ricostruzione di quanto accaduto),

⁹ N. Couldry, *I media. Perché sono importanti*, Bologna 2023.

¹⁰ G. Marotta G., *Profili di criminologia e comunicazione*, Franco Angeli, Milano 2015.

¹¹ S. Coleman, The new media and democratic politics, in *New media & society* 1999, 1, 67-74.

esiste una complementarità tra le due professioni, quella dei giuristi e dei giornalisti, nell'instaurare buone pratiche democratiche, a prescindere dai loro limiti e interessi.

E anche se oggi l'informazione è implicata in tutti i rapporti di potere legati alla sua industrializzazione, essa è ancora nella condizione di aprirsi a un mondo globalizzato, sicuramente meno compatto, più sfilacciato e pieno di paradossi.

Nel cosiddetto "secolo dei media" si sono moltiplicate e potenziate le comunicazioni sotto il profilo tecnologico e politico, ma l'esperienza comunicativa, dal punto di vista sociale e psicologico, risulta meno efficace e soddisfacente. Anche coloro che speravano nell'"utopia della comunicazione"¹² si sono rassegnati all'idea che il progetto comunicativo a livello globale sembri oggi inesorabilmente fallito, a giudicare soprattutto dalla presenza massiccia di discorsi violenti, di odio settario e dalle implacabili ostilità che continuamente si (auto)generano nell'ecosistema mediale.

Un nuovo spazio di comunicazione e informazione aperto e connesso, ma che sembra essere privo di ogni norma sociale e giuridica, dove il barbaro riemerge prepotentemente, alimentando l'"incomunicazione", ostacolando il confronto e l'approfondimento, razionalizzando e standardizzando la diversità¹³.

Tali difficoltà di comunicazione riguardano quindi anche l'apparato giuridico.

Per tali ragioni, è proprio in questo tempo di incertezza e mutamento continuo che giornalismo e giustizia dovrebbero cooperare, insieme alla scienza, verso fini comuni, in quanto pilastri di una società moderna che punta all'"infinito progresso", a creare una informazione in grado di distribuire conoscenza e a rafforzare quelle reti relazionali e culturali ancora piuttosto fragili.

C'è una complementarità, tra la professione giornalistica e giuridica, nello stabilire buone pratiche democratiche, indipendentemente dai loro limiti e interessi.

Da un lato, i media rivelano il ventre del potere e fanno un uso massiccio della loro capacità di controllo e diffusione delle informazioni; dall'altro, la giustizia applica la legge e pronuncia giudizi secondo i principi del diritto, supportata a tratti da flussi di informazione esterni alle istituzioni giuridiche¹⁴.

Sia i media che il mondo della giustizia affrontano oggi una triplice sfida comune che li porta costantemente a dialogare e confrontarsi, in particolare di fronte ai sempre più ibridi fenomeni di odio e di discriminazione:

- la prima è legata alla questione della fiducia e della credibilità di coloro che operano nei e attraverso i media, e di coloro che hanno il potere di giudicare e si presume siano i nuovi *watchdog of law*;
- il secondo è inerente alle competenze di questi professionisti e la loro capacità di fornire informazioni sui conflitti socio-culturali attinenti alle loro competenze e che interessano la società, in modo che si rispetti il codice di condotta individuale, morale e deontologica nella cronaca e la corretta applicazione delle norme;
- la terza sfida consiste nell'individuare e limitare i tentativi di sfruttamento dei media e della magistratura da parte dei poteri politici, economici e ideologici.

4. Partendo da questa cornice teorica, come accennato in precedenza, verranno di seguito presentati una parte dei risultati di una più ampia ricerca connessa al progetto HIDEANDOLA (*Hidden Antisemitism and Communicative Skills of Criminal Lawyers and Journalists*), che ha indagato il rapporto tra media e giustizia, tra giornalisti e giuristi, in relazione ai crimini d'odio e alle loro forme nascoste, ponendo l'attenzione sull'antisemitismo, oggetto principale della ricerca.

Attraverso una lettura di natura socio-culturale del fenomeno, il paper presenterà qui di seguito i risultati di 7 focus group rivolti a giornalisti pubblicitari e professionisti e avvocati-magistrati.

¹² A. Abruzzese, *Punto zero. Il crepuscolo dei barbari*, Roma 2015.

¹³ D. Wolton, *Informer n'est pas communiquer*, Paris 2021.

¹⁴ G. Muhlmann, *Une histoire politique du journalisme. XIXe-XXe siècle*, Paris 2004.

Il focus group è un metodo d'intervista di gruppo non strutturato attraverso il quale è possibile comprendere i bisogni specifici dei destinatari finali di un progetto, o degli utenti di un servizio, a partire da un campione rappresentativo di questi ultimi, analizzando in profondità ciò che le persone pensano al di là delle opinioni superficiali che possono avere.

Questo tipo di metodologia è costruito sull'idea che, raccogliendo le diverse opinioni e punti di vista delle persone, ed osservando come i partecipanti interagiscono all'interno di un gruppo anche modificando le proprie opinioni di partenza, sia possibile raccogliere un maggior numero di informazioni che attraverso semplici interviste individuali.

L'intervista di gruppo generalmente viene condotta da un soggetto esperto il cui compito è quello di guidare l'intera discussione e stimolare la partecipazione.

Nel caso specifico di HIDEANDOLA, il focus ha visto diversi ricercatori, sociologi e giuristi delle università coinvolte nel progetto, nel ruolo di moderatori.

Tale scelta è giustificata dal fatto che alcune delle sessioni organizzate prevedevano incontri misti, dunque con partecipanti esperti sia di media e di comunicazione, sia di diritto costituzionale, civile e penale. L'interdisciplinarietà si è rivelata fin da subito una condizione necessaria per indagare un tema complesso come quello dell'antisemitismo nascosto, anche se, in alcuni momenti, il dialogo tra giornalismo e diritto ha riscontrato delle difficoltà dovute alle diverse sensibilità degli attori coinvolti, alla loro *expertise*, e in particolare ai *gerghi professionali*¹⁵.

All'interno del progetto il focus group ha avuto un duplice obiettivo: da un lato, comprendere le percezioni e il livello di consapevolezza-conoscenza degli operatori della giustizia e dell'informazione legati al fenomeno dell'odio antisemita (e la sua dimensione nascosta) in Italia, analizzando la sua rappresentazione mediale e presenza nelle aule di giustizia. Dall'altro si è cercato di indagare il ruolo della cultura e della formazione giornalistica e giuridica in quanto elementi utili a prevenire e affrontare ogni forma di antisemitismo nella sfera pubblica (digitale).

Per tali ragioni le interviste, pur non seguendo una struttura rigida, hanno seguito una traccia, utile ai moderatori per tentare di rispondere agli obiettivi di ricerca, con una serie di quesiti sintetizzabili in tre macro-categorie¹⁶:

- *Percezioni*: definizione di antisemitismo (nascosto), presentazione profilo e livello di coinvolgimento del partecipante nel tema discusso, da un punto di vista personale-professionale (è stato proposto di indicare un valore su una scala da 1 a 10);
- *Interpretazioni*: linguaggio giuridico vs linguaggio giornalistico; influenza dei media nella narrazione dei casi di antisemitismo; efficienza di normative/strumenti giuridici attualmente esistenti contro i fenomeni di odio;
- *"Atti tipici della professione"*¹⁷: formazione e cultura giornalistica-giuridica; responsabilità dei singoli e della professione.

In questa sede l'analisi si soffermerà nello specifico su quest'ultima dimensione inerente la professionalità e la responsabilità di giornalisti e giuristi nella trattazione dei fenomeni antisemiti e discriminatori più in generale. Lo scopo di tale riflessione sarà, dunque, quello di indagare la cultura

¹⁵ Ne sono un esempio i numerosi riferimenti alle logiche mediali, al lavoro redazionale, alla carriera giornalistica ecc., emersi durante focus group, ma sconosciuti agli attori del diritto; così come gli aspetti relativi alla Costituzione, alla Corte europea, in generale alle norme giuridiche, nazionali ed internazionali, a volte lontani dalla formazione giornalistica.

¹⁶ La cronologia delle interviste di gruppo e la traccia completa delle domande utilizzate durante il focus group online è presente nella parte finale del report come allegato.

¹⁷ Riprendendo la definizione usata perlopiù nel campo psicologico, l'Atto Tipico è, nella sua sostanza, la competenza esecutiva e contestualizzante di una tecnicità disciplinare, che avviene alla luce di una specifica e dimostrabile capacità di inquadramento scientifico concettuale, e di un'approfondita comprensione teorica dei processi strutturali che rilevano per la situazione di merito, con uno scopo professionale esplicito. Questo lo distingue da un'azione "generica". Nel comprendere e definire gli atti tipici, dunque, non è possibile immaginare un mero elenco descrittivo di singole "microazioni pratiche", ma è invece necessario lavorare alla comprensione globale di quelle che sono le azioni e le funzioni di una specifica professione in relazione all'obiettivo preposto.

giornalistica in relazione al fenomeno dell'antisemitismo, tenendo conto della complessità e delle lacune del diritto penale in Italia in materia di discriminazioni.

5. In Italia quelle di avvocato e giornalista sono due professioni che prevedono l'iscrizione al proprio Ordine, soggetto collettivo che rappresenta una determinata categoria professionale.

Il regolamento dei singoli Ordini prescrive l'obbligo del giornalista e dell'avvocato di dotarsi di un numero preciso di crediti formativi ogni anno. Ciò significa che in entrambi i casi le due figure professionali devono assolvere all'obbligo della Formazione Professionale Continua (FPC)¹⁸.

La difficoltà di narrare o giudicare i crimini d'odio, specialmente se di matrice antisemita, sembra derivare anche dalle lacune culturali e formative presenti all'interno dei singoli percorsi professionali o nel curriculum degli stessi professionisti intervistati¹⁹.

Sono proprio quest'ultimi a sottolineare spesso la loro scarsa conoscenza nei confronti della storia e della cultura ebraica, o la scarsa attenzione di fronte agli episodi di antisemitismo.

Nei focus group si registra, dunque, una piena consapevolezza da parte dei professionisti di quelli che sono i punti di forza e di debolezza a livello personale-professionale, e quelli relativi alla propria categoria, quando si parla del mondo ebraico:

“Dobbiamo ammettere di sapere ben poco sul mondo ebraico (..) quando si affrontano certi temi ci si concentra quasi esclusivamente sugli aspetti tecnici del proprio mestiere perdendo di vista la complessità del caso che si ha di fronte” (P8).

“Avvocato o giornalista che sia è innanzitutto necessario ripartire dai fondamenti dell'ebraismo (..) ripartire ad esempio dalla distinzione tra antisionismo e antisemitismo proprio all'interno nei corsi formativi evitando tribalismi e partigianerie, ma guardando alla storia” (P25).

Oltre a un problema di natura conoscitiva, dalle parole degli intervistati emerge anche la possibilità che, di fronte a temi così complessi, all'interno del contesto formativo o nella relazione tra “docente-esperto” e “partecipanti” alla FPC, si verifichino conflitti o segnali di intolleranza dovuti a visioni differenti della storia ebraica.

Il rischio dunque è che, alla difficoltà di riconoscere l'odio antisemita e alla superficialità con la quale a volte si affronta questo tema nella sfera pubblica, si aggiunga un'ulteriore problematica legata alla capacità (sociologica) di indagare i fatti sociali attraverso uno “sforzo di comprensione” e una percezione “pura”, ripercorrendo il pensiero dei sociologi Berger e Luckmann, lasciando cioè da parte ogni sentimento e pregiudizio personale.

Questo non sembra essere solamente causato dalla forza dei bias personali o dalla mancanza di cultura.

Ancora una volta le logiche dell'informazione impongono, soprattutto ai giornalisti, di seguire i “criteri di notiziabilità”²⁰, in particolare l'interesse della propria audience di riferimento, la quantità e il ritmo delle notizie. Ritrovandosi così di fronte alla possibilità di scegliere, se riportare, o dare maggior rilievo, a una notizia su una “svastica nel muro di una scuola” o su “un cimitero ebraico imbrattato”, la scelta cadrà quasi sicuramente sulla seconda:

“Inutile nascondere quello che dobbiamo considerare sono i meccanismi giornalistici (..) la vendita di copie, il dibattito che si polarizza (..) la svastica su un muro della scuola non fa notizia come un cimitero ebraico imbrattato” (P27).

“Ci sarebbe anche da chiedersi: a chi interessa quella notizia? o l'approfondimento di questa? (..) È chiaro che in linea generale si segue l'interesse del pubblico” (P15).

¹⁸ In Italia il D.P.R. 137/2012 prevede che tutte le professioni ordinate siano soggette all'obbligo della Formazione Continua al fine di mantenere o migliorare la propria qualificazione professionale. L'unità di misura della Formazione Continua è il Credito Formativo Professionale (CFP).

¹⁹ G. Buoncompagni, *Uscire dalla società infetta*, Perugia 2023.

²⁰ C. Sorrentino, S. Splendore, *Le vie del giornalismo. Come si raccontano i giornalisti italiani*, Bologna 2022.

Vi è dunque anche una questione di responsabilità professionale, concetto chiave presente all'interno di tutti gli ordini e i corsi professionalizzanti.

In termini pratici "l'essere responsabili" si traduce in numerose occasioni di confronto e di lavoro sull'utilizzo, ad esempio, di un linguaggio attento, chiaro, specialistico, sia nel campo giornalistico che forense, al fine di evitare stereotipi, o analisi superficiali nella descrizione di un fenomeno sociale. Sottolinea un intervistato:

"Pensiamo alle migrazioni (..) si è lavorato molto per eliminare espressioni come "vu cumprà", "invasione" ...nonostante tutta la formazione e le 'battaglie' linguistiche, c'è ancora chi quotidianamente ne fa uso" (P12).

Secondo i partecipanti ai focus group, di fronte a questi limiti finora descritti, cultura e formazione rappresentano gli unici strumenti per poter limitare quelle che Wolton definirebbe le "derivate dell'informazione".

Due dimensioni presenti forse in maniera eccessiva nel dibattito pubblico degli ultimi anni, ma che, se affrontate considerando i *tre termini chiave* suggeriti dagli stessi giornalisti e avvocati intervistati, potrebbero rivelarsi utili ai fini di un possibile superamento degli ostacoli da loro descritti.

Il primo termine è quello di "scuola", intesa come spazio formativo utile a costruire in tempi utili conoscenza e coscienza del singolo, a partire dall'uso corretto del linguaggio.

Come affermato da più partecipanti:

"Ho collaborato per molto tempo con il mondo della scuola e dell'insegnamento (..) ho potuto constatare come via via l'urgenza di curare al meglio l'uso delle parole sia nella comunicazione tra ragazzi, tra docenti e studenti, ma anche all'interno dei manuali adottati per lo studio della storia" (P21).

"Normative e notizie vengono comunicate con le parole... dobbiamo imparare ad utilizzarle e interpretarle correttamente fin da giovanissimi. Raccontare i fatti, la storia ..è compito prima della scuola e poi dell'università che sono le istituzioni culturali che supportano la formazione dell'individuo" (P9).

Il secondo concetto ha a che fare con il "dialogo", con una duplice interpretazione.

Da un lato, è emersa la necessità di costruire dei corsi di formazione legati al tema dell'antisemitismo, possibilmente svincolati dalla logica del raggiungimento dei crediti formativi per evitare una partecipazione "forzata" e passiva di avvocati e giornalisti, tenuti però da esperti del dialogo interculturale e religioso, figure cioè esterne al mondo dell'informazione o del diritto, molto più sensibili all'argomento, con una elevata capacità di ascolto e comunicazione, oltre ogni pregiudizio:

"Innanzitutto, serve un impegno preciso da parte dell'Ordine nell'organizzare corsi ad hoc sull'antisemitismo, così come da parte nostra sono necessari interesse ed umiltà (..) Non ritengo molto utile una formazione gestita solamente da colleghi che hanno esperienze sporadiche sul campo, ma c'è bisogno di un aiuto esterno da parte di esperti del dialogo interreligioso, teologi ecc.." (P27).

"In collaborazione con le istituzioni regionali e gli stessi rappresentanti delle comunità ebraiche locali giornalisti e avvocati insieme potrebbe imparare non solo la teoria, ma fare anche un tipo di esperienza più pratica come visitare le sinagoghe italiane" (P24).

Dall'altro lato, è stato piuttosto interessante registrare come, di fronte alla sfida di comprendere l'antisemitismo e la sua dimensione "nascosta", giornalisti e avvocati abbiano dichiarato di avere "bisogno l'uno dell'altro", di un dialogo e confronto costante nella costruzione di un solido percorso formativo comune:

"Trovo molto utile il dialogo tra media e giustizia. Imparare il linguaggio penalistico sarebbe un vero vantaggio per quei praticanti che appena arrivano in redazione e vengono inviati nelle aule di tribunale senza esperienza riscontrando poi notevoli difficoltà nel tradurre nella comunicazione giornalistica quanto avvenuto" (P5).

“Gli attori del diritto, o anche le forze dell’ordine molto spesso non sono chiari quando comunicano pubblicamente (...) Specialmente durante le conferenze stampa nel rapporto con i media la possibilità di non comprendersi a pieno è piuttosto elevata” (P30).

Terzo aspetto riguarda quella la “contro-narrazione”:

“Antisionismo, antisemitismo...sono parole che assumono un significato politico nei media, legato soprattutto a ciò che accade nello Stato di Israele (...) Ma oltre a raccontare i conflitti, i presunti complotti, rimanendo fermi alle solite narrazioni poco precise che irrigidiscono il modo di raccontare certi temi, sarebbe utile ampliare la conoscenza del pubblico riguardo questi luoghi (...) Parlare di Israele va benissimo, ma anche rispetto alle sue potenzialità in termini di innovazione tecnologica, politiche green (...) Non solo questioni geopolitiche o militari” (P20).

In questo senso arricchire un racconto o proporre una versione critica e “inedita” su uno stesso tema aiuterebbe a definire e comprendere più correttamente alcuni scenari sconosciuti al pubblico dei media italiani.

Spesso ciò che viene ripetuto nei giornali, rischia di essere soltanto parole, formule vuote recitate dai media nella loro incessante litania.

Nello scenario di una diffusa (in)sofferenza esacerbata da disinformazione e scarsa formazione, la costruzione di “contro narrazioni” potrebbe offrire un filo sottile di socialità e riflessione collettiva per demistificare il discorso corrente²¹. Dietro di esso, infatti, si nascondono spesso narrazioni tossiche che impregnano la nostra realtà, inquinano il dibattito politico e le relazioni umane, diffondono pregiudizi, luoghi comuni, acuiscono le divisioni sociali e rischiano di soffocare il bisogno di cultura e di educazione che sono le radici anche di discipline, apparentemente così diverse, come il giornalismo e il diritto.

La mancanza di profondità che caratterizza spesso il racconto giornalistico si perde sulla superficie della cronaca. Le ragioni che stanno alla base dell’odio antisemita spesso non vengono né contestualizzate né svelate per confutarne gli elementi fondanti, rischiando così che quegli aspetti prendano corpo come postulati impliciti e, perciò, dati di fatto.

Facendo riferimento ai risultati dell’indagine qui descritta, sembrerebbe che le argomentazioni cospirazioniste, indipendenti dai fatti specifici, si strutturino in effetti su narrazioni emozionali ricorrenti, che si mescolano con l’informazione giornalistica e i numerosi interventi all’interno delle piattaforme da parte dei pubblici connessi che tendono, consapevolmente o meno, a generare un tipo interazione e di coinvolgimento distratto e a tratti violento (*disengagement*).

Alla base di ciò vi è innanzitutto una polarizzazione di coloro che individuano nella cospirazione la causa di un fenomeno, spesso identificato nelle élite tecno-scientifiche, politiche ed economiche.

Il *modus operandi* è caratterizzato dalla creazione di una drammaturgia che include, da un lato, contenuti che possono essere considerati come “attivatori di odio” o testi produttori derivanti da una lettura aberrante, in grado cioè di produrre “risonanza”; dall’altro, vede la presenza di quattro figure specifiche: “cospirazionisti”; l’élite di potere oggetto di accusa (*debunkers*, istituzioni pubbliche ecc.); “testimoni-esperti”, che appoggiano le tesi cospirazioniste avanzate, media e “l’uditorio”, formato dal pubblico della più ampia società²².

La natura, quindi, sempre più ibrida dell’odio antisemita, il suo essere “nascondersi” nei nuovi linguaggi e spazi di comunicazione lo porta ad assumere sempre di più la forma di un “racconto antiebraico” di natura complottistica, diffuso da attori sociali con ruoli differenti (costruttore, diffusore e seguace)²³, a lungo strutturati in rappresentazioni di ordine teologico-religioso (es. ebrei

²¹ T. Drago, E. Scandurra, *Contronarrazioni*, Roma 2021.

²² J. Rufin, *Chantier sur la lutte contre le racisme et l’antisémitisme*, Ministère de l’Intérieur, de la Sécurité intérieure et Libertés locales 2004, in www.ladocumentationfrancaise.fr.

²³ L’idea espressa da Rufin di una narrazione che viene costruita e diffusa da un determinato soggetto e che acquisisce un certo consenso, fino a essere approvata e fatta circolare negli spazi mediali da “seguaci”, è un processo riscontrabile oggi nelle modalità comunicative all’interno delle piattaforme digitali i cui contenuti hanno una propria “vita sociale” vengono

“deicidi, profanatori, assassini rituali) che hanno radici storiche profonde²⁴. Quest’ultime hanno assunto nell’era moderna la forma di costruzioni ideologiche o di visioni del mondo centrate su un certo numero di accuse (cospirazione, parassitismo sociale..), con un ruolo politico significativo, alimentate dalla natura trasparente e pubblica delle nuove tecnologie sociali e digitali, dalla capacità di *spreadability* delle *audiences*, ma anche, per quanto andiamo dicendo, da atteggiamenti tralatizi o comunque poco meditati, per quanto “in buona fede”, dei media *mainstream*. Di conseguenza la natura ibrida dei fenomeni violenti rende difficile non solo la loro identificazione come “reati”, nella giurisprudenza, ma la stessa comprensione della dinamica degli eventi, le relative responsabilità degli attori coinvolti, nonché il loro valore simbolico culturale negli ambienti online-offline.

6. Quanto emerso dalla voce degli intervistati ci aiuta a riflettere maggiormente su due punti specifici. Da una parte i media tendono a prestare poca attenzione agli episodi di antisemitismo (spesso riportati come casi isolati inseriti nell’agenda della cronaca nera del giorno), dall’altro, la scarsa conoscenza del mondo ebraico nella cultura giornalistica italiana sembra essere la causa principale di errori linguistici e interpretativi, anche di natura storica e religiosa, nonché della circolazione di narrazioni tossiche che inquinano il dibattito politico, le decisioni-azioni giurisprudenziali e le stesse relazioni umane, mettendo in secondo piano alcune dimensioni fondamentali del “campo” giornalistico: cultura, consapevolezza e responsabilità.

Per questo motivo, al fine di contrastare al meglio le discriminazioni e la disinformazione online, appare utile riconsiderare e rafforzare l’idea di giornalismo come “nuova professione del sapere” basata su cinque aree fondamentali di competenza (*jurisdictions*) proprie della formazione giornalistica²⁵: (1) conoscenza e interpretazione della storia e dell’attualità, (2) esperienza su temi specifici, (3) conoscenza critica basata sulla ricerca scientifica, (4) “controllo” dei contenuti e padronanza delle (recenti) tecniche giornalistiche, (5) partecipazione e rispetto dei principi alla base dell’etica professionale.

Uno dei giornalisti coinvolti all’interno della ricerca qui presentata è stato per molto tempo inviato in Russia. Ciò ha comportato una totale immersione nella cultura di quel luogo, imparando negli anni, come da lui dichiarato durante uno dei corsi di formazione che Hideandola ha organizzato per i professionisti della comunicazione e del diritto, “a raccontare l’estraneità con un punto di vista diverso, usando un linguaggio consono per non ledere nessuna sensibilità e non mettere in difficoltà le identità delle minoranze, ma comprensibile per un pubblico a lui vicino (quello italiano)”.

A seguito del recente conflitto russo-ucraino, nonostante il suo pensionamento, il giornalista è stato richiamato “in maniera insistente” dal giornale per il quale lavorava, proprio per le sue solide *jurisdictions*, per la sua abilità a raccontare la complessità di un paese (da) lontano e potendo ormai padroneggiare i contenuti storico-sociali delle realtà in conflitto, cercando di evitare polarizzazioni e intrattenimento mediatico.

A tal proposito potrebbe risultare maggiormente utile riflettere non solo sul come “fare (buon) giornalismo” e come investire meglio e di più sull’identificazione delle cosiddette *good news* o *counter-narratives*, ma sull’“essere giornalista” oggi in una società in continua trasformazione²⁶, quindi sull’etica professionale, per limitare la spettacolarizzazione e favorire una maggiore

condivisi e fatti circolari anche da pubblici “attivi”, ma che non conoscono spesso né l’autore, né il significato del contenuto trasmesso.

²⁴ Il progresso della scienza pose gli ebrei di fronte ad una tragica scelta: smettere di essere ebrei e fondersi con l’identità nazionale del paese d’accoglienza (logica dell’assimilazione totale), oppure accettare la discriminazione e l’esclusione sociale lasciando il proprio territorio nazionale (emigrazione forzata).

²⁵ S. Robinson, S.C. Lewis, M. Carlson, *Locating the “Digital” in Digital Journalism Studies: Transformations in Research*, in *Digital Journalism* 2019, 7(3), 368–377.

²⁶ H.J. Gans, *Sociology and Journalism: A Comparative Analysis*, in *Contemporary Sociology* 2018, 47(1), 3–10.

consapevolezza del professionista e la conoscenza (anche scientifica) del fenomeno narrato, affinché i pubblici dei media possano comprendere più in profondità gli eventi in corso.

Come emerso dalla ricerca, le competenze attuali degli attori del diritto e dei giornalisti appaiono spesso insufficienti in tema di discriminazioni etnico-religiose.

Le conseguenze di alcune “lacune” strutturali sono evidenti nella pratica professionale.

Avvocati e magistrati dovrebbero imparare le tecniche di comunicazione. Non è una questione meramente linguistica, anche se questo aspetto non va sottovalutato. La ricchezza semantica del diritto non dovrebbe di certo cedere a esigenze di ipersemplicificazione perché sia compresa dal grande pubblico, è impossibile azzerare – e questo è un vincolo anche per il giornalismo – le asimmetrie informative esistenti in una società complessa.

Una certa semplicità da parte degli organi dell’informazione meramente stilistica, un ricorso meno intenso ad abbreviazioni come il riferimento alle norme attraverso la mera numerazione degli articoli, a vantaggio del contenuto delle norme, una presentazione più comprensibile delle argomentazioni e delle motivazioni (delle sentenze, per esempio), non può che aiutare, però.

Il rischio che il discorso possa scivolare, ad esempio, verso la drammatizzazione di un processo – con i protagonisti che diventano eroi, furfanti e grandi saggi – è un ulteriore aspetto che dovrebbe però essere tenuto in considerazione. I giornalisti, d’altra parte, dovrebbero quindi rinunciare al luogo comune che vede il loro lavoro come mero “rispecchiamento dei fatti:” vivono in un mondo di interazioni simboliche, e sono immersi in processi culturali e comunicativi sempre più ibridi e complessi.

I fatti atomici sono molto rari e sono quasi inesistenti nei processi penali dove il tentativo è quello di far mutare il significato degli eventi. Imparare a leggere le carte processuali, a seguire le indagini, i dibattimenti, è diventato fondamentale: in un giornalismo di qualità le competenze devono necessariamente innalzarsi.

Siamo di fronte, dunque, ad “operazioni simboliche” messe in atto da giornalisti e giuristi, ad una attribuzione socialmente mediata del significato degli eventi.

Ecco ciò che lega profondamente giornalismo e diritto.

Il giornalismo, così come l’esercizio del diritto, è da sempre una pratica culturale variegata inserita in un complicato panorama sociale, destinata al continuo cambiamento.

Non è un qualcosa di solido e stabile, ma una denotazione in costante mutamento applicata in modo diverso a seconda del contesto. Un contesto, in questo caso, sempre più ibrido, trasparente e connesso, dove questioni giuridiche e comunicative si intrecciano, confliggono e paradossalmente necessitano di incontrarsi al fine di costruire messaggi e norme più chiari ed efficienti di fronte ai casi di discriminazione etnico-religiosa.

E proprio per questa ragione tali professioni hanno bisogno di tenersi in-Formate.

«COLOR CHE SON SOSPESI» E QUELLI CHE MAI LO SARANNO. UN BREVE PERCORSO AD OSTACOLI NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE SUL CO. 9 DELL'ART. 656 CPP

di Stefano Fiore (*Professore ordinario di diritto penale, Università degli Studi del Molise*)

L'analisi della giurisprudenza costituzionale relativa alle condanne ostantive alla sospensione dell'ordine di esecuzione delle pene prevista dal co. 5 dell'art. 656 Cpp offre l'occasione per riflettere sulla evoluzione del sistema sanzionatorio. Il succedersi di riforme parziali e spesso contraddittorie ha infatti reso quel sistema complesso, incoerente e squilibrato, anche per la presenza di automatismi come quello previsto dal co. a 9 dell'art. 656 Cpp. I recenti percorsi di riforma delle alternative alla detenzione, pur acuendo alcune contraddizioni, aprono tuttavia spiragli su possibili e più equilibrati scenari futuri.

The analysis of the constitutional jurisprudence relating to the sentences hindering the suspension of the order of execution of the sentences provided for by paragraph 5 of the art. 656 Cpp offers the opportunity to reflect on the evolution of the sanctioning system. The succession of partial and often contradictory reforms has in fact made that system complex, inconsistent and unbalanced, also due to the presence of impeding automatisms such as that provided for in paragraph 9 of the art. 656 Cpp. The recent reform of alternatives to detention, while exacerbating some contradictions, nevertheless open up glimmers of possible and more balanced future scenarios.

SOMMARIO: 1. Il controllo di costituzionalità sui divieti di sospensione dell'ordine di esecuzione delle pene detentive. – 2. La funzione 'servente' del co. 5 dell'art. 656 Cpp rispetto al sistema delle misure alternative. Alla ricerca dell'equilibrio perduto. 3. Gli alterni e parziali approdi della giurisprudenza costituzionale. - 3.1. L'insormontabile ostacolo del 4 *bis* Op - 3.2. Le altre ipotesi ostantive. - 4. Uno sguardo oltre la riforma.

1. Il famigerato co. 9 dell'art. 656 Cpp, con il suo eterogeneo compendio di deroghe alla regola della sospensione della esecuzione delle pene per le quali può essere concessa una misura alternativa alla detenzione, è stato sottoposto diverse volte e sotto diversi punti di vista al vaglio della Corte costituzionale.

Nell'ultima occasione in ordine di tempo, in un caso che potremmo definire 'facile', con la sentenza n. 3/2023 la Consulta, ha dichiarato la parziale illegittimità del co. 9 lett. *a* dell'art. 656 Cpp, riscontando una violazione degli artt. 3 e 27 Cost. «nella parte in cui stabilisce che non può essere disposta la sospensione dell'esecuzione nei confronti dei condannati per il delitto di incendio boschivo colposo di cui all'art. 423-bis, secondo comma, del codice penale»¹.

¹ La Corte ha ritenuto infatti che il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione non abbia per i condannati per incendio boschivo colposo alcuna ragionevole giustificazione e dunque «comporta un sacrificio del tutto inutile – anche nell'ottica di un'efficace tutela della collettività – rispetto all'orientamento rieducativo della pena, imposto dall'art. 27, co. 3 Cost.». Nonostante la gravità oggettiva del reato, anche nella sua forma colposa, secondo la Corte è in ogni caso «davvero arduo affermare che – dal punto di vista soggettivo – l'autore di una condotta meramente colposa manifesti una speciale pericolosità, tale da giustificare la scelta del legislatore di assicurarne un "passaggio in carcere", in attesa della valutazione da parte del tribunale di sorveglianza dei presupposti per l'ammissione a una misura alternativa alla detenzione». Per un puntuale commento alla sentenza, D. Colombo, *Divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione (art. 656 c.9 c.p.p.): la Corte costituzionale ribadisce i limiti entro cui il legislatore può prevedere preclusioni al meccanismo sospensivo*, in *SP* 2/2023, 147 ss.

Al di là della portata assai circoscritta dell'intervento e a prescindere dalla particolare evidenza della questione di legittimità che nel caso di specie era stata sollevata e poi accolta, questo nuovo e ulteriore intervento operato dalla Corte costituzionale sull'art. 656 Cpp, conferma come la scelta di sovraccaricare la fase della esecuzione penale, affidandole compiti e funzioni impropri, provoca con preoccupante frequenza un corto circuito nel sistema dei principi e una perdita di controllo sulla razionalità (delle singole scelte e) del sistema, che già in più occasioni ha costretto il Giudice delle leggi a ripristinare, proprio sul versante esecutivo, gli equilibri sistematici alterati dal cieco e debordante furore punitivo del legislatore.

Il nutrito, variegato e scombinato elenco di eccezioni alla regola contenuta nel co. 5 dell'art. 656 Cpp, sul quale la Corte è intervenuta per l'ennesima (e forse non ultima) volta, è infatti figlio di una stagione politico-criminale, invero ancora in corso e oggi anzi alimentata da nuova linfa politica, che accredita e coltiva concretamente l'idea che la esecuzione carceraria debba essere lo sbocco naturale e tendenzialmente indefettibile della minaccia penale tradotta in atto.

Veicolata nella comunicazione politica - ormai sempre più rapida per adattarsi al carattere dei media e ai modi della loro fruizione - questa filosofia punitiva si presta particolarmente bene ad offrire al pensiero veloce e irreflessivo dell'utente medio la suggestione semplificativa che identifica effettività e certezza con l'immagine di una implacabile segregazione del condannato.

Le integrazioni progressivamente introdotte dal legislatore all'elenco del co. 9 dell'art. 656 Cpp al fine di ampliare la platea dei condannati ai quali non si applica la regola della sospensione automatica dell'ordine di esecuzione quando la pena rientra nei limiti previsti dal co. 5 (vd. *infra* § 2), sono invero un ottimo esempio della concretizzazione di questa linea politico-criminale e della irrazionalità che essa produce.

Per quanto assai noto, vale senz'altro la pena ricordare che i commi 5 e 9 dell'art. 656 Cpp, proprio in ragione della scelta di irrigidire il sistema esecutivo al fine di rendere indefettibili certi esiti detentivi, sono diventati uno snodo fondamentale dei concreti meccanismi punitivi e dunque anche delle pronunce costituzionali che occasionalmente hanno provato a ripristinare un decente allineamento tra esecuzione penale e principi costituzionali.

Basterebbe pensare alla importante sentenza 32/2020², con la quale la Corte costituzionale ha riconosciuto che l'inserimento, ad opera della legge c.d. "spazzacorrotti" (l. 9.1.2019, n. 3), di numerosi reati contro la pubblica amministrazione nell'elenco di cui all'art. 4 *bis* Op aveva prodotto «un effetto di trasformazione della pena inflitta, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale», traendone la conseguenza che la relativa disciplina deve ricadere nell'area di garanzia coperta dall'art. 25 co. 2 Cost., in primo luogo per quel che attiene al divieto di applicazione retroattiva³.

² Su questa importante sentenza, cfr. V. Manes, F. Mazzacuva, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale. Nota a Corte cost., sent. 12 febbraio 2020, n. 32*, in *sistemapenale.it* 23.3.2020; R. De Vito, *Corte costituzionale e "Spazzacorrotti": cronaca di una rivoluzione (non) annunciata*, in *www.questionegiustizia.it*, 13.2.2020; D. Notaro, *Un passo deciso (e atteso) sulla via dell'affermazione delle garanzie costituzionali nella fase dell'esecuzione della pena*, in *DPP*, 2020, 985 ss.; G.L. Gatta, *Articolo 4 bis o.p. e legge "spazzacorrotti": possibile dopo la decisione della Consulta, e prima del relativo deposito, la sospensione degli ordini di carcerazione per i fatti pregressi?*, in *www.sistemapenale.it*, 17.2.2020; A. Gargani, *L'estensione "selettiva" del principio di irretroattività alle modifiche in pejus in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione "storica"*, in *GCos* 2020, 1, 263 ss.

³ Vale la pena riportare il passaggio della motivazione dal quale emerge come la questione della estensione delle garanzie tipiche della legalità dipenda proprio dagli effetti che il meccanismo derogatorio qui esaminato produce direttamente sulla libertà personale: «Non v'è dubbio che l'art. 656, comma 9, cod. proc. – nel vietare la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena in una serie di ipotesi, tra cui quella, che qui viene in considerazione, relativa alla condanna per un reato di cui all'art. 4-bis, ordin. penit. – produce l'effetto di determinare l'inizio dell'esecuzione della pena stessa in regime detentivo, in attesa della decisione da parte del tribunale di sorveglianza sull'eventuale istanza di ammissione a una misura alternativa; e dunque comporta che una parte almeno della pena sia effettivamente scontata in carcere, anziché con le modalità extramurarie che erano consentite – per l'intera durata della pena inflitta – sulla base della legge vigente

D'altra parte, proprio attraverso il meccanismo disciplinato dall'art. 656 Cpp co. 5, combinato con le distorsioni e le inefficienze del sistema, si è generata il paradosso dei cc.dd. liberi sospesi, che ha assunto un valore emblematico della irrazionalità del sistema di esecuzione penale, tanto che le modifiche introdotte con il d.lgs. 150/2022 (c.d. riforma Cartabia) per provare a risolvere il problema sono state spesso utilizzate in funzione 'manifesto' per rappresentare la necessità di interventi riformatori di tipo strutturale sul sistema sanzionatorio e su quello esecutivo⁴.

Non deve dunque sorprendere che la Corte Costituzionale sia già stata chiamata in più occasioni a valutare (i limiti del)la legittimità delle eccezioni enumerate al co. 9 dell'art. 656 Cpp, che accomuna(va)no in maniera acritica ipotesi fortemente disomogenee tra di loro e quindi anche rispetto alla *ratio* della disposizione.

Specularmente, come si vedrà, la legittimità costituzionale del co. 9, *rectius* dei divieti in esso contenuti, è stata verificata dalla Consulta sotto diverse angolazioni, andando a comporre, tra pronunce di accoglimento e di rigetto, un quadro certamente rappresentativo delle attuali tensioni tra i principi costituzionali e le scelte normative finalizzate ad un progressivo irrigidimento del regime esecutivo.

Una lettura sequenziale delle sentenze costituzionali che hanno interessato l'art. 656 Cpp offre peraltro un interessante spaccato della complessa e assai delicata dinamica istituzionale che si instaura tra giudizio di costituzionalità e discrezionalità legislativa, con equilibri da ricomporre continuamente e quasi 'caso per caso'.

2. La sentenza dalla quale, per ragioni cronologiche, abbiamo preso le mosse, vale a dire la n. 3/2023, si limita a rimuovere dal co. 9 dell'art. 656 Cpp una palese irragionevolezza 'per sproporzione'. La Corte con il suo intervento ha infatti espunto dall'elenco dei reati per i quali vige il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione, la forma colposa del delitto di cui all'art. 423 *bis* Cp, vale a dire una ipotesi talmente fuori contesto rispetto al pur variegato quadro di eccezioni nel quale quella ipotesi risultava compresa, da apparire come la svista⁵ - una delle tante - di un legislatore frettoloso e poco avvezzo (e probabilmente anche poco interessato) alla buona pratica della verifica sistematica, anche di tipo elementare.

Letta isolatamente la sentenza non offre in realtà molto più della conferma di questo sconcertante assunto, ma inserita nella sequenza delle non poche pronunce della Consulta relative al sottosistema di regole ed eccezioni allestito con scarsa consapevolezza sistematica all'interno dell'art. 656 Cpp, fornisce l'abbrivio per svolgere qualche interessante considerazione di tipo sistematico e, ampliando l'orizzonte dell'analisi, consente anche di offrire qualche spunto sulle prospettive, che riforme recenti, per quanto imperfette, hanno comunque rivitalizzato.

al momento della commissione del fatto. Tanto basta per riconoscere alla disposizione in questione un effetto di trasformazione della pena inflitta, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto; con conseguente sua inapplicabilità, ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost. alle condanne per reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della novella legislativa, che ne ha indirettamente modificato l'ambito applicativo, tramite l'inserimento di numerosi reati contro la pubblica amministrazione nell'elenco di cui all'art. 4-bis ordin. penit.».

⁴ Sul tema, tra gli altri, D. Bianchi, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in www.sistemapenale.it 21 febbraio 2022, p. 11 s.; E. Dolcini, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le sanzioni sostitutive. Note a margine dello schema di d.lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 agosto 2022*, ivi 30 agosto 2022, 18 ss.; M. Bortolato, *Percorsi alternativi alla pena detentiva nel giudizio di sorveglianza. I "liberi sospesi" e gli effetti della riforma Cartabia*, ivi 28 febbraio 2023; G. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, ivi 15 ottobre 2021, 17 ss. Sul fenomeno dei cc.dd. liberi sospesi, prima della riforma, E Dolcini-A. Della Bella, *Per un riordino delle misure sospensivo probatorie nell'ordinamento italiano*, in *Le misure sospensivo-probatorie. Itinerari verso una riforma*, E. Dolcini-A. Della Bella (a cura di), Milano, 2020, 349. Per alcune considerazioni sull'impatto della riforma Cartabia in relazione a tale fenomeno, A. Menghini, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, 2022, 491 ss.

⁵ Come la stessa Corte costituzionale arriva ad ipotizzare (vd. par. 3.4.1. del Considerato in diritto della sentenza).

Il vigente impianto dell'art. 656 Cpp è quello ridefinito dalla legge 27.5.1998 n. 165 (c.d. Simeone-Saraceni) che, come ampiamente noto, ha introdotto al co. 5 il principio dell'automatica sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, quando questa non supera i limiti previsti per l'applicazione delle misure alternative eventualmente concedibili.

La natura 'servente' dell'automatismo sospensivo che accompagna l'ordine di esecuzione rispetto al sistema delle misure alternative è confermata dal costante adattamento dei limiti di pena entro i quali scatta la sospensione alle corrispondenti modifiche della soglia di accesso alle diverse misure alternative, proprio per evitare un disallineamento dei due livelli.

I passaggi di questa osmosi normativa tra i due livelli di disciplina vengono ricostruiti dalla Corte Costituzionale nella sent. 41/2018, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 656 co. 5 Cpp, nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni, ristabilendo il parallelismo tra il regime sospensivo dell'ordine di esecuzione e la disciplina dell'affidamento in prova c.d. "allargato" di cui all'art. 47, co. 3 *bis*, Op, che prevede appunto un limite di pena di quattro anni per l'accesso alla misura⁶.

Nel motivare la propria decisione, la Corte ricostruisce infatti la storia della norma, sottolineando come «il principio del tendenziale parallelismo [tra l'automatica sospensione dell'ordine di esecuzione e il tetto di pena previsto per accesso alle misure alternative] ha trovato conferma nella trama legislativa, posto che all'incremento della soglia di accesso alla misura alternativa ha corrisposto una pari elevazione del limite stabilito ai fini della sospensione»⁷.

Solo mantenendo allineato il sistema è d'altra parte possibile avvicinarsi a quella che, richiamando la propria giurisprudenza, nella sentenza 3/2023 la Corte definisce la «soluzione ottimale», vale a dire prevedere – in linea di principio – «la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva nei confronti di ogni condannato che non si trovi già in carcere in stato di custodia cautelare (ipotesi, questa, cui si riferisce l'art. 656, co. 9, lettera *b*, Cpp), ogniqualvolta la pena che egli debba integralmente espiare, ovvero la pena residua, sia contenuta entro i limiti temporali compatibili con l'accesso a misure alternative alla detenzione. Ciò al fine di consentire al condannato di proporre – nei trenta giorni successivi all'emanazione dell'ordine di esecuzione – istanza di ammissione a una di tali misure al tribunale di sorveglianza, ed evitargli così l'ingresso in carcere nelle more della decisione».

D'altronde, un meccanismo di sospensione automatica come quello previsto dal co. 5 dell'art. 656 Cpp, nonostante i difetti pratici che pure si sono manifestati - invero attribuibili più alle aporie e alle inefficienze del sistema esecutivo nel suo complesso che al meccanismo in sé - appare un necessario

⁶ Per un commento alla sentenza, cfr. G. Malavasi, *Illegittimo l'art. 656, c. 5, c.p.p. nella parte in cui si prevede la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva non superiore a tre anni, anziché a quattro anni*, in *AP*, 1/2018; M. Miedico, *Nuovi limiti per l'accesso all'affidamento in prova, fra scelte legislative e ragionevolezza costituzionale*, in *RIDDP* 4/2018, 2242 ss.; D. Vicoli, *Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova: la Corte Costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore*, in *DPenCont* 2018, 89 ss.; C. Trapella, *Automatica sospensione dell'ordine di esecuzione e accesso alle misure alternative: un binomio da tutelare in attesa della riforma*, in *CP* 2018, 1924 ss.

⁷ La Corte ricorda infatti che «l'art. 4-undecies del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272 (Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), convertito, con modificazioni, in legge 21 febbraio 2006, n. 49, ha alzato a sei anni questo limite, in collegamento con l'art. 4-undecies del medesimo testo normativo, che aveva aumentato in uguale misura l'entità della pena detentiva da espiare in affidamento in prova per l'alcolodipendente o il tossicodipendente sottoposti a un programma di recupero. Allo stesso modo, il d.l. 1/7/2013 n. 78 (Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena), convertito, con modificazioni, in legge 9 agosto 2013, n. 94, ha portato a quattro anni il termine valido per la sospensione dell'ordine di esecuzione, ai fini della concessione della detenzione domiciliare, allo scopo di renderlo equivalente al nuovo termine previsto per godere della misura dell'art. 47-ter della legge n. 354 del 1975».

elemento di mitigazione dei caratteri ancora marcatamente carcerocentrici della esecuzione penale nell'ordinamento vigente, tanto che le ricordate recenti riforme, che pure si sono preoccupate di contrastare alcuni suoi 'effetti indesiderati' (segnatamente l'attitudine ad alimentare il paradosso dei 'liberi-sospesi'), non hanno certo messo in discussione la scelta fatta a suo tempo con la legge Simeone-Saraceni⁸.

Non altrettanto coerente è stato il parallelo sviluppo del sistema delle eccezioni alla regola della sospensione automatica, contenuto nel co. 9 dell'art. 656 Cpp e composto da ipotesi per le quali, ferma restando la successiva possibilità di un giudizio individualizzante rimesso al magistrato di sorveglianza in corso di esecuzione, la sospensione non può invece essere disposta, in quanto a carico dei condannati per i delitti *ivi* previsti opera una presunzione di pericolosità.

All'originario riferimento contenuto nella lettera a) ai reati previsti dall'art. 4 *bis* Op, il cui novero si è peraltro, nel tempo, assai incrementato, con l'effetto di 'comunicare' all'art. 656 Cpp le irragionevolezza che hanno segnato la evoluzione interna del catalogo di reati contemplato dall'art. 4 *bis* Op, si sono aggiunte nel tempo ulteriori e specifiche ipotesi derogatorie trasportate dalle randomiche ondate di rigore generate dal nefasto incontro tra allarmi sociali, più o meno giustificati, e propaganda politica, più o meno calcolata⁹.

Il progressivo spostamento del baricentro repressivo verso la dimensione esecutiva che ha caratterizzato le politiche penali di questi anni, costringe infatti la normativa sulla esecuzione penale a convivere con la irriducibile e ormai quasi schizofrenica contraddizione tra le tensioni umanitarie che continuano, nonostante tutto, ad alimentare la evoluzione dei sistemi punitivi e la creazione di zone franche, sempre più estese, entro le quali invece il legislatore intende rappresentare e praticare una implacabile logica custodiale, immune alla ragionevolezza, oltre che al senso di umanità.

I divieti contenuti nel co. 9 dell'art. 656 Cpp offrono invero una immagine molto efficace del doppio binario esecutivo sul quale vengono istradate le sentenze di condanna, collocandosi in corrispondenza di una biforcazione originaria del percorso, che conduce, letteralmente, in due luoghi diversi: dentro il carcere o fuori di esso.

Se il senso dell'automatismo introdotto al co. 5 dell'art. 656 Cpp è quello di evitare al condannato il contatto stesso con la istituzione carceraria, posto che la successiva (eventuale) applicazione delle misure alternative potrebbe escludere del tutto scenari detentivi, il suo rovesciamento nelle ipotesi di cui al co. 9 presuppone un progetto punitivo diversamente orientato sul piano teleologico e del quale deve quindi essere verificata con rigore la compatibilità con i principi costituzionali, innanzitutto testando la tenuta del presupposto su cui esso si fonda.

La funzione servente svolta dalla previsione che sospende automaticamente la esecuzione delle pene iscritte nell'area di potenziale applicazione delle misure alternative, infatti, implica ovviamente la sua riconducibilità alla medesima *ratio* di queste ultime e dunque alla solida e sperimentata base di principi costituzionali che ne costituisce il fondamento.

Sono invece le deroghe alla regola della sospensione automatica a dover superare una necessaria prova di resistenza, che è poi quella applicata, pur con esiti alterni, dalla Corte costituzionale nei giudizi sul co. 9 dell'art. 656 Cpp. La valutazione legislativa circa la necessità che l'esecuzione

⁸ La stima è che «l'80 % delle condanne soggiace al meccanismo sospensivo dell'art. 656, 5° comma c.p.p.», così G.M. Pavarin, *Rieducazione e misure alternative*, in A. Menghini-E. Mattevi (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Napoli 2022, 60. Impressionante il dato nazionale attestato dal Ministro della giustizia del 13 febbraio 2023, in risposta alla interrogazione n. 4/00072 del deputato R. Giachetti (<https://aic.camera.it/aic/scheda.html?numero=4/00072&ramo=CAMERA&leg=19>): il numero complessivo di procedimenti (dinanzi alla magistratura di sorveglianza) riguardanti, in tutto il Paese, i soggetti condannati cc.dd. 'liberi sospesi' era infatti pari, a quella data, a 90.120 (pendenze).

⁹ Proprio l'assegnazione, *ex post factum*, delle condanne per reati non contenuti nella originaria previsione dell'art. 4 *bis* Op al regime derogatorio del co. 9 dell'art. 656 Cpp ha fatto 'esplodere' la questione della retroattività delle disposizioni peggiorative del regime esecutivo che ha poi condotto alla citata e nota sentenza 32/2020 della Corte costituzionale.

detentiva abbia comunque inizio deve cioè trovare ragionevole giustificazione in presunzioni non arbitrarie sulla sussistenza di condizioni ostative alla concessione del beneficio ed è la stessa Corte a sottolineare la necessità che, in applicazione di questo parametro, il controllo di legittimità su tali ipotesi sia «particolarmente stretto¹⁰».

3. - 3.1. Nonostante la Consulta si sia mossa lungo questa obbligata direttrice, nelle ripetute occasioni nelle quali, come accennato, è stata prevedibilmente chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di taluno dei divieti di sospensione della esecuzione previsti dal co. 9 dell'art. 656 Cpp, gli esiti sono o almeno appaiono non uniformi e certamente non soddisfacenti. Ciò è dipeso però, in primo luogo, dal pesante condizionamento derivante dalla ingombrante presenza dell'art. 4 bis Op. Come già avvenuto anche in altri giudizi che coinvolgevano quella disposizione, non solo appare chiara la difficoltà della Corte a spingere il proprio sindacato all'interno di quella norma, ma la composizione estremamente eterogenea dell'elenco dei reati in essa contemplati consente ai giudici costituzionali ormai solo fino ad un certo punto di utilizzare argomenti di tipo comparativo, sia interno che esterno, per così dire. Ed infatti, la prima linea di demarcazione viene segnata dalla Corte Costituzionale proprio con riferimento alla circostanza, in sé considerata, che un determinato reato sia incluso nell'elenco dell'art. 4 bis Op.

Nella citata sentenza n. 41 del 2018, ad esempio, la Corte, tra le altre cose, ha osservato che l'eccezione prevista nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4 bis Op riposa sulla considerazione secondo la quale, in tali ipotesi, *«l'accesso alla misura alternativa è soggetto a condizioni così stringenti da rendere questa eventualità meramente residuale, sicché appare tollerabile che venga incarcerato chi all'esito del giudizio relativo alla misura alternativa potrà con estrema difficoltà sottrarsi alla detenzione»* (punto 5 del Considerato in diritto).

La difficoltà della Corte a rapportarsi con i meccanismi presuntivi e gli automatismi attivati dall'art. 4 bis Op emerge con chiarezza dal fatto che, in modo decisamente inusuale, il bilanciamento viene declinato in termini di *'tollerabilità'*: l'incarcerazione senza possibilità di sospendere la esecuzione di *«chi all'esito del giudizio relativo alla misura alternativa potrà con estrema difficoltà sottrarsi alla detenzione»* non si dice che sia ragionevole, bensì *«tollerabile»*.

Non è certo la stessa cosa e dall'uso di quel termine, a dire il vero poco consono ad un giudizio di legittimità, sembra trasparire un certo imbarazzo o quanto meno il pudore a certificare la ragionevolezza degli effetti ostativi che in maniera 'cieca' discendono dall'appartenenza di un reato ad un elenco ingrossato dalla bulimia detentiva del sistema.

Il problema, al di là della valutazione sull'atteggiamento 'tollerante' della Corte, è che la presenza dell'art. 4 bis Op costringe in ogni caso il giudizio a svolgersi tutto 'all'interno' della disposizione, limitando di molto o addirittura neutralizzando la possibilità per la Corte di intervenire.

Le distorsioni indotte sui giudizi di legittimità costituzionale dal modo in cui l'art. 4 bis Op interagisce e interferisce con il resto del sistema sanzionatorio risultano d'altra parte evidenti se ad esempio guardiamo all'esito di una ulteriore sentenza resa dalla Consulta sempre a proposito dell'effetto ostativo che quella norma produce riguardo alla sospensione della esecuzione.

Con la sentenza 238/2021, è stata infatti rigettata la questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Napoli in riferimento agli artt. 3 co.1, e 27 co.3 Cost., dell'art. 656 co. 9 lett. a Cpp, nella parte in cui stabilisce che la sospensione dell'esecuzione di cui al co. 5 della medesima norma non può essere disposta nei confronti dei condannati per il delitto di contrabbando di tabacchi lavorati esteri aggravato dall'uso di mezzi di trasporto appartenenti a persone estranee al reato (co. 1 dell'art. 291 ter del d.P.R. n. 43 del 1973).

La Corte - in maniera invero discutibile e in base a considerazioni abbastanza generiche se non apodittiche - ha ritenuto che non fosse «manifestamente irragionevole la scelta del legislatore di

¹⁰ Vd. sentenza n. 41 del 2018, punto 5 del Considerato in diritto.

considerare attratte in un unico regime – quanto alla inclusione nel catalogo dei reati di cui all’art. 4 *bis*, co. 1 *ter*, Op – le ipotesi aggravate del reato di cui all’art. 291 *bis* del d.P.R. n. 43 del 1973» e ciò nonostante le chiare differenze tra l’aggravante ad effetto comune oggetto del giudizio e le aggravanti ad effetto speciale previste dal co. 2, riferite all’uso di armi, alla presenza di più persone e agli ostacoli o alla violenza opposta agli organi di polizia giudiziaria, nonché al collegamento con reati contro la fede pubblica o contro la pubblica amministrazione o a circuiti finanziari e societari dediti al riciclaggio¹¹.

Una volta neutralizzato il parametro di comparazione ‘interno’, mediante la ritenuta non-irrazionalità della presunzione cumulativa di pericolosità riferita indifferentemente a tutte le ipotesi aggravate del delitto, il giudizio si sposta inevitabilmente all’esterno della norma, dove però bisogna confrontarsi con la decisione discrezionale del legislatore di inserire o meno un reato nell’elenco dell’art. 4 *bis* Op, aspetto sul quale la Corte ritiene di non poter intervenire, attenendo tipicamente la questione alla discrezionalità legislativa.

La considerazione di questo passaggio rende evidente quanto siano ristretti, se non inesistenti, i margini di manovra entro i quali la Corte stessa costringe il proprio spazio di intervento per rimuovere la catena di irragionevolezza che si innesca a partire dalla decisione del legislatore di inserire un reato tra quelli ostativi alla concessione delle misure alternative e dei benefici penitenziari.

La Corte cioè non può isolare le singole conseguenze che il legislatore riconnette «ai *delitti di cui all’art. 4 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni*» ed eliminarle operando ‘chirurgicamente’, pur quando tali conseguenze possano apparire irragionevoli (o più irragionevoli di altre). Ciò potrebbe avvenire solo estromettendo il titolo di reato interessato dall’elenco dell’art. 4 *bis* Op, cosa che però la Corte non ritiene di poter fare senza interferire con la discrezionalità del legislatore, che non a caso viene sempre sollecitato a rivalutare le proprie scelte.

Nei giudizi di legittimità relativi al co. 9 dell’art. 656 Cpp, il riferimento all’art. 4 *bis* Op però segna per la Corte una linea (tendenzialmente) non valicabile anche per un’altra ragione.

Come sopra accennato infatti, la giurisprudenza costituzionale sul punto è ferma nel ritenere sostanzialmente inutile rimuovere l’ostacolo posto all’ingresso di un percorso che per il condannato sottoposto al regime dell’art. 4 *bis* Op sarebbe praticamente impossibile da portare a compimento, facendo dunque apparire, agli occhi della Corte, ragionevole la preclusione all’ingresso posta dal legislatore.

Si può naturalmente discutere se l’argomento ispirato a ‘realismo’ più che a ‘ragionevolezza’ sia davvero solido, ma quel che in ogni caso è chiaro è che la Corte vuole evitare di inserire il cuneo di una pronuncia di legittimità nel monolite della discrezionalità legislativa che governa la scelta dei reati ‘ostativi’, per non mettere in crisi l’intero modello allestito attorno all’art. 4 *bis* Op dal legislatore, al quale si limita a rivolgere inascoltati appelli.

3.2 Le implicazioni da ultimo ricordate non sussistono invece per le ‘altre’ ipotesi, quelle cioè non riconducibili all’elenco dell’art. 4 *bis* Op e tuttavia contemplate dal co. 9 dell’art. 656 Cpp tra le eccezioni alla regola della sospensione automatica dell’ordine di esecuzione. Ed è infatti a questa seconda categoria che appartengono i reati espunti dall’area applicativa del citato co. 9 a seguito di sentenze di accoglimento da parte della Corte costituzionale.

¹¹ «In questa prospettiva, non può ritenersi manifestamente irragionevole la scelta del legislatore di considerare attratte in un unico regime – quanto alla inclusione nel catalogo dei reati di cui all’art. 4-*bis*, comma 1-*ter*, ordin. penit. – le ipotesi aggravate del reato di cui all’art. 291-*bis* del d.P.R. n. 43 del 1973. In particolare, la condotta descritta dall’art. 291-*ter*, comma 1, e quindi l’ipotesi di contrabbando di tabacchi lavorati esteri aggravata dall’uso del mezzo altrui, pur se non accompagnata dalla predisposizione di ostacoli all’attività della polizia, e pur se non caratterizzata dalla presenza di specifici pericoli per l’incolumità pubblica (fattispecie, queste, integranti aggravanti ad effetto speciale), appare comunque assimilabile, per il *quid pluris* che qualifica la condotta, alle altre ipotesi aggravate, piuttosto che all’ipotesi semplice» (5.1 del Considerato in diritto).

In realtà, in un caso l'intervento della Consulta non ha riguardato singole figure di reato, ma ha avuto una portata 'generalizzante'. Con la sentenza 90/2017 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo - per violazione dell'art. 31 co. 2 Cost., in collegamento con l'art. 27 co. 3 Cost. - l'art. 656 co. 9 lett. a Cpp, nella parte in cui non consente la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei minorenni condannati per i delitti ivi elencati¹².

La Corte ha condivisibilmente ritenuto che il rigido automatismo contenuto nella norma e fondato su di una presunzione di pericolosità legata al titolo di reato, fosse «incompatibile con la necessità di valutazioni flessibili e individualizzate dirette a perseguire, con il recupero del minore, la finalità rieducativa della pena», violando inoltre «il principio della protezione della gioventù, al quale non può ritenersi conforme un regime che - imponendo l'ingresso in carcere del minore utilmente assoggettabile a una misura alternativa ed interrompendo così il percorso rieducativo eventualmente già intrapreso - collide con la funzione rieducativa della pena irrogata al minore»¹³.

La sentenza è particolarmente interessante proprio perché mostra come per smontare l'automatismo derogatorio previsto dal co. 9, la Corte abbia dovuto e in questo caso potuto fare leva sulla speciale forza esercitata dalle collegate finalità di recupero del minore e di protezione della gioventù. La disponibilità di questi specifici fattori teleologici 'aggiuntivi' ha quindi consentito di procedere ad un bilanciamento più complesso, in grado di alterare il 'tollerato' (dalla Corte) equilibrio sul quale viene invece fondata la tenuta del sistema presuntivo che si regge sul riferimento all'art. 4 bis Op.

Se dunque solo grazie alla presenza e al ruolo di un fattore estrinseco di bilanciamento rappresentato dalle speciali esigenze del minore, la Corte ha ritenuto che fosse possibile scardinare alla radice l'aprioristico automatismo legislativo, ciò dimostra tuttavia che le presunzioni normative, per quanto ragionevoli o 'tollerabili', non devono fare esclusivamente i conti con eventuali valutazioni 'in concreto' - nel nostro caso teoricamente non precluse, bensì solo posticipate rispetto all'inizio della esecuzione - ma anche con interessi (in questo caso quelli del minore), che benché non si siano ancora concretizzati, trovando fondamento in principi costituzionali non derogabili, non possono rischiare di essere frustrati *a priori* mediante scelte ostative di natura astratta.

In ogni caso, a parte la peculiare questione che attiene ai minori, appena si esce dall'area segnata dall'art. 4 bis Op l'argomento comparativo sembra riappropriarsi - anche se, come vedremo, con molti limiti - del suo ruolo nello scrutinio di ragionevolezza circa le scelte legislative.

Ciò appare visibile, ad esempio, nella sentenza n. 125 del 2016, che ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2, comma 1, lettera m), del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24/7/2008, n. 125, nella parte in cui stabilisce che non può essere disposta la sospensione dell'esecuzione nei confronti delle persone condannate per il delitto di furto con strappo».

Secondo la Corte, a risultare decisiva in questo caso era la circostanza, evidenziata dal Giudice remittente, che il medesimo divieto non opera rispetto al delitto di rapina (non aggravata), nonostante che «gli indici di pericolosità che possono ravvisarsi nel furto con strappo si rinvergono, incrementati, anche nella rapina».

¹² Per un commento alla sentenza, P. Maggio, *La Corte costituzionale afferma il diritto del minore alla sospensione dell'esecuzione*, in PPG 5/2017, 901 ss.; F. Delvecchio, *La sospensione delle pene detentive brevi per imputati minorenni: dalla crisi del paradigma rieducativo al tramonto degli automatismi legislativi*, in DPP 2018, 201 ss.

¹³ Tra i precedenti citati in motivazione, oltre alla sentenza n. 125 del 2016, sulla presunzione di pericolosità posta a base dell'art. 656 co. 9 lett. a Cpp, la Corte ricorda anche la sentenza n. 16 del 1998, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 59 della legge n. 689 del 1981, nella parte in cui estendeva agli imputati minorenni le condizioni soggettive in esso previste per l'applicazione delle sanzioni sostitutive. Per quel che invece riguarda i profili relativi alle peculiari esigenze di individualizzazione e flessibilità del trattamento e alla preminenza della funzione rieducativa nel caso di condannati minorenni, vengono richiamate invece le sentenze n. 143 del 1996, n. 125 del 1992, n. 182 del 1991, n. 78 del 1989, n. 128 del 1987, n. 222 del 1983 e n. 46 del 1978.

La Corte, tuttavia, circoscrive la portata dell'argomento comparativo, non ritenendo di poter utilizzare come parametro la sola gravità dei reati considerati (furto con strappo *vs* rapina semplice).

A giudizio della Corte, infatti, va considerata anche la contiguità criminologica tra i due delitti, posto che «Non sono rari i casi in cui, nel progredire dell'azione delittuosa, il furto con strappo si trasforma in una rapina, per la necessità di vincere la resistenza della vittima, o anche in una rapina impropria, per la necessità di contrastare la reazione della vittima dopo la sottrazione della cosa. In questi casi, tra il furto con strappo e la rapina si verifica una progressione nell'offesa, in quanto la lesione si estende dal patrimonio alla persona, giungendo a metterne in pericolo anche l'integrità fisica, ed è incongrua la normativa che, pur prevedendo per la rapina una pena assai più grave, riconosce a chi ne è autore un trattamento più vantaggioso in sede di esecuzione della pena».

La disparità di trattamento dunque, appare ingiustificata, «non tanto per la maggiore gravità della rapina rispetto al furto con strappo, quanto per le caratteristiche dei due reati, che non consentono di assegnare all'autore di un furto con strappo una pericolosità maggiore di quella riscontrabile nell'autore di una rapina attuata mediante violenza alla persona».

In un sistema squilibrato e irrazionale come quello sanzionatorio vigente, caratterizzato, tra le altre cose, da dosimetrie astratte spesso alterate ed incongrue, affidarsi al metro della misura della pena legislativamente prevista per valutazioni in ordine alla pericolosità presenta certamente più di qualche controindicazione e forse in questo senso appare comprensibile la remora della Corte ad assegnare valore discriminante ad un parametro la cui natura obiettiva, pur al netto delle distorsioni correnti, richiede - ed è proprio quel che fa la Corte - un correttivo utile a traslare il giudizio sul piano della (presumibile) pericolosità dell'autore del fatto.

La vicenda in ogni caso dimostra che il meccanismo del co. 9 dell'art. 656 Cpp, per come è strutturato, impone un ampio e sostanzialmente incondizionato affidamento nella discrezionalità legislativa per la selezione delle ipotesi in cui scatta il divieto in esso previsto, censurabile poi entro limiti assai ristretti (ed oggi quasi esauriti) dal Giudice delle leggi.

La ristrettezza di questi limiti può essere ulteriormente apprezzata nella sentenza n. 216 del 2019, che ha invece ritenuto immune da censure sotto il profilo costituzionale la puntuale eccezione rappresentata dal divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione nei confronti dei condannati per il delitto di furto in abitazione di cui all'art. 624 *bis* co. 1 Cp.

A differenza di quanto avvenuto nel caso (apparentemente) simile affrontato nella sentenza 125/2016 - non a caso evocata dal giudice remittente - la Corte questa volta non si può affidare ad una comparazione 'rafforzata' dall'argomento della contiguità criminologica (vd. *supra*).

La Corte rileva infatti che il furto in abitazione può eventualmente «trasmodare non già nel delitto di rapina semplice, come invece il furto con strappo, bensì in quello di rapina aggravata ai sensi dell'art. 628, co.3 n. 3 *bis* Cp, per essere stato commesso il fatto nei medesimi luoghi indicati dall'art. 624 *bis* co. 1 Cp, ipotesi aggravata compresa nell'elenco dei delitti di cui all'art. 4 *bis*, co. 1 *ter* Op, per la quale pure opera il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione previsto per il (mero) furto in abitazione».

In assenza della 'sponda' esterna utilizzata nella precedente occasione (sent. 125/2016), la valutazione resta dunque circoscritta a quella che la Corte ritiene essere una «discrezionale, e non irragionevole, presunzione del legislatore relativa alla particolare gravità del fatto di chi, per commettere il furto, entri in un'abitazione altrui, ovvero in altro luogo di privata dimora o nelle sue pertinenze, e della speciale pericolosità soggettiva manifestata dall'autore di un simile reato» (punto 3.1.1. del Considerato in diritto).

Secondo l'opinione della Corte, non si tratterebbe, di un «irragionevole e aprioristico automatismo legislativo: il legislatore, infatti, ha, con valutazione immune da censure sul piano costituzionale, ritenuto che – indipendentemente dalla gravità della condotta posta in essere dal condannato, e dall'entità della pena irrogatagli – la pericolosità individuale evidenziata dalla violazione dell'altrui domicilio rappresenti ragione sufficiente per negare in via generale ai condannati per il delitto in

esame il beneficio della sospensione dell'ordine di carcerazione, in attesa della valutazione caso per caso, da parte del tribunale di sorveglianza, della possibilità di concedere al singolo condannato i benefici compatibili con il suo titolo di reato e la durata della sua condanna» (punto 3.1.2. del Considerato in diritto)¹⁴.

A leggere questi passaggi della motivazione si potrebbe rilevare, non senza ragione, che anche in questo caso l'argomentazione posta a fondamento del rigetto della questione risulta forse eccessivamente assertiva, ma per quanto detto sinora e considerato l'atteggiamento costantemente serbato dalla Corte costituzionale in materia, era onestamente difficile attendersi qualcosa di diverso. Particolare interesse ai nostri fini riveste invece l'immane appello finale che i Giudici rivolgono al legislatore, soprattutto se viene letto alla luce di quel che nel frattempo è avvenuto nella legislazione in materia di esecuzione penale.

La Corte, dopo avere ribadito che, salvo il limite della manifesta irragionevolezza, non può negarsi al legislatore un margine di discrezionalità nel definire le categorie di detenuti che possono beneficiare del meccanismo di sospensione automatica dell'ordine di esecuzione o, meglio, nello stabilire quali sono quelli ai quali negare tale beneficio, sposta la sua attenzione e colloca il proprio monito sul piano della coerenza sistematica.

La Consulta infatti segnala al legislatore la «situazione dei condannati nei cui confronti non è prevista la sospensione dell'ordine di carcerazione ai sensi dell'art. 656, comma 5, cod. proc. pen., ai quali – tuttavia – la vigente disciplina sostanziale riconosce la possibilità di accedere a talune misure alternative sin dall'inizio dell'esecuzione della pena: come, per l'appunto, i condannati per i reati elencati dall'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen., diversi da quelli di cui all'art. 4-bis ordin. penit. (per i quali l'accesso ai benefici penitenziari è invece subordinato a specifiche stringenti condizioni)»¹⁵.

La Corte coglie cioè l'intima ed evidente contraddizione di un sistema che, almeno in teoria, consente l'accesso immediato alle misure alternativa a condannati ai quali però nega la sospensione dell'ordine di esecuzione funzionale alla concessione delle stesse misure.

4. A distanza di qualche anno, quella osservazione finale, che come molte altre - *ça va sans dire* - è stata ignorata dal legislatore, deve essere letta anche attraverso la lente delle riforme. In particolare, bisogna tenere conto della scelta che nel frattempo è stata fatta con il d. lgs. 150/2022 (c.d. riforma Cartabia), di consentire l'anticipazione alla fase della cognizione della conversione della pena detentiva in una delle nuove pene sostitutive¹⁶. I limiti di pena previsti per la conversione sono infatti

¹⁴ A dire il vero, le modifiche all'art. 656 co. 9 Cpp, introdotte con la legge 24 luglio 2008, n. 125 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), non sembrano complessivamente un modello di ragionevolezza, se solo si pensa che tra le nuove eccezioni previste figurava, insieme all'ipotesi oggetto del giudizio di legittimità, anche l'aggravante di cui al n. 11 *bis* dell'art. 61 Cp (l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale), affetta da clamorosi ed evidenti vizi di illegittimità costituzionale, che hanno portato ad una sua fulminea censura da parte del Giudice delle leggi (sentenza 5 - 8.7.2010, n. 249). A tale proposito e per completezza, si segnala che nel dichiarare la illegittimità costituzionale dell'aggravante da ultimo ricordata, la Corte costituzionale, ha anche dichiarato «in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale, limitatamente alle parole «e per i delitti in cui ricorre l'aggravante di cui all'art. 61, primo comma, numero 11-bis), del medesimo codice».

¹⁵ Per quanto l'esperienza applicativa ci dica che si tratta di ipotesi decisamente rara, bisogna infatti ricordare che il co. 3 dell'art. 47 della legge 26.7.1975 n. 354, prevede che «L'affidamento in prova al servizio sociale può essere disposto senza procedere all'osservazione in istituto quando il condannato, dopo la commissione del reato, ha serbato comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2».

¹⁶ La nuova disciplina delle pene sostitutive ha ricevuto notevole attenzione da parte della dottrina e i commenti, specifici o nell'ambito di trattazioni più ampie sulla riforma sono assai numerosi. Sull'argomento, tra gli altri, D. Bianchi, *Le modifiche in materia di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a

largamente compatibili con le cornici sanzionatorie dei reati - diversi da quelli previsti dall'art. 4 *bis* Op, che è in ogni caso ostativo all'applicazione delle pene sostitutive - per i quali vige il divieto di cui al co. 9 dell'art. 656 Cpp.

La scelta di campo, almeno in termini di intenti, fatta dal legislatore del 2022 è chiara e non può non riflettersi sulle questioni qui affrontate.

Oggi invero il problema non è o almeno non è solo quello di stabilire se la Corte Costituzionale poteva essere più decisa nell'opera di sfoltimento dell'elenco delle ipotesi derogatorie di cui al co. 9 dell'art. 656 Cpp oppure se gli spazi d'intervento a disposizione della Consulta siano sostanzialmente esauriti. La sintetica ricostruzione del quadro definito dalla sequenza di sentenze di legittimità costituzionale relative a quella discussa norma è servita in realtà a portare alla luce, utilizzando uno dei numerosi angoli di visuale possibili, un tema più profondo ma ben noto, vale a dire l'intreccio di contraddizioni, mezze misure, compromessi e aporie nel quale si sta avvolgendo il sistema della esecuzione penale, nonostante e a volte *a causa* delle riforme, anche quando esse sono animate dalle migliori intenzioni. Malgrado la relativa limitatezza dell'angolo visuale prescelto, in esito all'*excursus* sulle sentenze della Corte costituzionale che hanno riguardato il co. 9 dell'art. 656 Cpp, è forse possibile azzardare qualche considerazione più ampia sulla rideterminazione degli scenari sistematici seguita all'entrata in vigore del d.lgs. 150/2022.

Il modello - certamente incompiuto - che la riforma ha cercato di implementare, infatti, non può e non deve essere considerato un punto di arrivo, ma una fase di passaggio verso un rinnovamento più profondo dei paradigmi esecutivi, che non potrà ignorare per sempre la ingombrante presenza di automatismi, preclusioni, doppi e tripli binari che oggi condizionano qualsiasi tentativo di razionalizzazione del sistema, oltre a portarlo spesso fuori dai canoni costituzionali.

Per quello che in particolare riguarda il circoscritto ma cruciale tema qui affrontato, la riforma delle pene sostitutive e in particolare la possibilità di una loro applicazione da parte del giudice della cognizione, fa risaltare con particolare evidenza la 'stravaganza' sistematica rispetto al modello proposto dei divieti contemplati dal co. 9 dell'art. 656 Cpp e in particolare di quelli che non appartengono alla (vasta) area dell'art. 4 *bis* Op.

In questa sede devono necessariamente essere messi da parte, perché fuoriescono dal fuoco della trattazione, tutti i condivisibili dubbi e le riserve, che hanno accompagnato l'approvazione della riforma delle pene sostitutive e la funzionalità della vigente disciplina, che peraltro attengono in larga misura proprio al loro ancora irrisolto rapporto con le misure alternative, che rappresenta, come noto, uno degli aspetti più criticati della riforma¹⁷. La cosa assume un rilievo del tutto peculiare per il nostro

cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Milano, 2023, 83 ss.; E. Dolcini, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit.; D. Guidi, *La riforma delle "pene" sostitutive*, in *lalegislazionepenale.eu* 25.2.2023; A. Gargani, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, ivi 20 gennaio 2022; T. Travaglia Cicirello, *La riforma delle sanzioni sostitutive e le potenzialità attuabili del lavoro di pubblica utilità*, ivi, 21 settembre 2022; G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, cit. 17 ss. Per un sintetico ma efficace quadro generale della disciplina post riforma, P. Troncone, *Manuale di diritto penitenziario e delle misure punitive*, Torino 2023, 83 ss.

¹⁷ La criticatissima scelta di non includere l'affidamento in prova tra le pene sostitutive ha innescato una serie di concatenate criticità e generato finanche paradossi applicativi che finiscono per compromettere in larga misura la possibilità che su questo versante la riforma produca gli effetti sperati. Il rilievo forse di maggiore consistenza è rappresentato dalla previsione, che appare confermata dall'osservazione di quanto accade nella prassi post riforma, che i condannati non siano interessati a prestare il consenso alle pene sostitutive, soprattutto ovviamente quelle para-detentive, che in ogni caso sono di immediata esecuzione, considerato che possono attendere in stato di libertà l'esito della richiesta di affidamento in prova, concedibile anche a seguito della esecuzione di una pena sostituiva ma solo dopo la espiazione di metà della pena stessa (art. 47 co. 3-ter l. 26.07.1975 n. 354). Per un articolato e convincente quadro critico, A. Gargani, *'Pene sostitutive' e misure alternative alla detenzione: incongruenze e ineffettività del nuovo assetto legislativo*, in A. Menghini- E. Mattevi (a cura di), *La riforma Cartabia tra non punibilità e nuove risposte sanzionatorie*. Atti del convegno, Trento, 24 e 25 marzo 2023, *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza* 73/2023, 15 ss. Cfr. anche, tra gli altri,

discorso, considerato che, ragionevolmente, proprio l'affidamento in prova è la misura maggiormente candidata ad essere attivata per i reati dei quali stiamo parlando e che già adesso, come la Corte costituzionale ha ricordato nella sentenza 216/2019 (vd. *supra* § 3.2), potrebbe - almeno in teoria - essere addirittura applicata immediatamente.

Il dato che qui interessa isolare attiene infatti agli obiettivi di sistema e alla difficoltà di perseguirli in un contesto ancora contraddittorio quando non apertamente schizofrenico.

La recente riforma delle pene sostitutive, al netto di ogni considerazione sul grado di idoneità degli strumenti disponibili rispetto agli esiti attesi, intende certamente perseguire un obiettivo molto chiaro e, potremmo dire, strategico: contribuire a declinare in termini effettivi l'idea della esecuzione detentiva come *extrema ratio*, evitando anche solo l'inizio di una detenzione non necessaria, perché sostituibile con altra misura meno afflittiva e tuttavia adeguata nel caso concreto agli scopi preventivi della sanzione penale.

Si tratta di una prospettiva teleologica del tutto coincidente con quella che ha guidato il legislatore nel lontano 1998 (legge Saraceni-Simeone), quando è stato introdotto il meccanismo sospensivo previsto dal co. 5 dell'art. 656 Cpp, in posizione 'servente' rispetto alle misure alternative e dunque ai loro scopi.

Tra la legge 27.5.1998, n. 165 e la riforma Cartabia però la evoluzione del sistema esecutivo non si è certo mossa in maniera lineare ed anzi il tentativo di una rappresentazione grafica dell'andamento normativo finirebbe per generare un diagramma impazzito fatto di continui picchi (più di tipo autoritario che umanitario) e cadute (più dei diritti che del rigore).

Gli scompensi sistematici provocati dalla confusa stratificazione di (timidi) passi in avanti nella direzione della decarcerizzazione e riflussi repressivi che affidano al carcere il compito di assecondare la narrazione offerta da un becero populismo penale, possono essere facilmente individuati assumendo come punto di osservazione, in questo caso certamente 'privilegiato', l'art. 656 Cpp.

Volendo infatti scegliere, tra le tante possibili, qualche immagine in grado di rappresentare emblematicamente lo 'spirito dei tempi' nel settore della esecuzione penale, il vigente rapporto tra la regola del co. 5 e le eccezioni previste dal co. 9 dell'art. 656 Cpp è in grado di offrirne di particolarmente efficaci.

Basterebbe pensare al permanere della irragionevole asimmetria del meccanismo ostativo qui esaminato con la disciplina delle pene sostitutive, che non sono applicabili agli autori dei reati previsti dall'art. 4 *bis* Op, ma lo sono invece agli altri reati previsti dal co. 9. Pertanto, gli autori di reati 'ostativi' alla sospensione della esecuzione (diversi da quelli previsti dall'art. 4 *bis* Op) potrebbero beneficiare della sostituzione già in fase di cognizione, in quanto l'ordinamento non antepone alcuna presunzione ostativa all'articolata valutazione in concreto che conduce alla sostituzione della pena detentiva, ma se interviene la condanna non sarà più possibile accedere alle misure alternative se ciò non è preceduto da un inizio di esecuzione.

La verità è che il vigente assetto del sistema di alternative alla detenzione, nonostante qualche passo compiuto nella giusta direzione, è ancora lontano dalla razionalizzazione che gli consentirebbe di perseguire con coerenza e maggiore efficacia gli obiettivi che gli sono affidati.

Un sistema razionale eliminerebbe le ambiguità e i compromessi dietro i quali si cela - ma neppure troppo - la tenace resistenza al definitivo rovesciamento della visione carcero-centrica del sistema penale, che per convinzione o timore i decisori politici (di tutti gli schieramenti), a dispetto delle dichiarazioni di intenti, non intendono 'davvero' abbandonare, continuando, al più, ad offrire 'alternative' alla detenzione o allestire regimi esecutivi con un minore tasso di restrizione, ma in

G. De Vero, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: uno sguardo d'insieme*, in www.laegislazionepenale.eu, 2023, 3; D. Guidi, *op. cit.*, 38 ss.; F. Palazzo, *Le linee portanti della riforma Cartabia*, in R. Bartoli, R. Guerrini (a cura di), *Verso la riforma del sistema sanzionatorio. Atti dell'incontro di studio di Siena (10 dicembre 2021)*, Napoli 2022, 22.

funzione pur sempre ‘sostitutiva’ della esecuzione puramente carceraria, finendo dunque per riconfermare la centralità della opzione detentiva.

Se l’abissale *gap* culturale che il nostro ordinamento ancora non ha colmato continua a far apparire lontano l’auspicabile approdo ad un sistema dove l’*extrema ratio*, presa sul serio, si manifesta (anche) attraverso la previsione già a livello edittale di pene di tipo non detentivo¹⁸, i tempi sembravano maturi (ma era evidentemente una illusione) quanto meno per uno *step* intermedio.

Per finalità e contesto la riforma Cartabia sembrava in effetti essere l’occasione (a questo punto mancata) adatta per mettere mano ad una più compiuta razionalizzazione del sistema delle alternative alla detenzione, rimasta invece ‘a metà del guado’ (a voler essere ottimisti), indispensabile premessa per ridurre l’ancor vasto divario che separa la esecuzione penale detentiva – campo privilegiato per le scorribande autoritarie della legislazione recente – e i principi costituzionali¹⁹.

Se ad esempio si guarda all’articolato giudizio che la legge oggi prevede per l’applicabilità, fin dalla fase della cognizione, delle pene sostitutive (art. 545 *bis* Cpp – art. 58 l. 689/81)²⁰, quel modello appare in grado di gestire (senza le attuali complicazioni e sovrapposizioni) le valutazioni relative alla concreta praticabilità di tutte le alternative al carcere, alle quali, ovviamente, dovrebbe sempre essere possibile accedere anche in corso di esecuzione, in ottica trattamentale²¹.

È chiaro poi che, per quel che riguarda i profili qui evidenziati, in scenari di riforma come quelli ai quali si è appena accennato, il meccanismo sospensivo previsto dal co. 5 dell’art. 656 Cpp non avrebbe ragione di esistere²², portando via con sé anche le distorsioni che ha generato sul piano applicativo.

Ancor di più, un sistema sanzionatorio che fosse finalmente e realmente tarato sull’idea che la esecuzione in forma detentiva rappresenta davvero la *extrema ratio*, sarebbe concettualmente e funzionalmente incompatibile con l’intero compendio, frammentario e irrazionale, di automatismi presuntivi tutti a sfavore del reo disseminati nel sistema della esecuzione penale e che trova il suo culmine nel gigantismo polimorfico e disomogeneo dell’art. 4 *bis* Op e dei suoi ramificati effetti ostativi.

¹⁸ Sul punto cfr. F. Palazzo, *Uscire dal disordine sanzionatorio*, in *RIDPP* 1/2022, 468, che osserva con chiarezza e disincanto che proprio la scelte di puntare (ancora) sulle pene sostitutive «dimostra che non siamo ancora maturi per compiere l’ultima tappa del processo di erosione della pena carceraria [...] L’opzione legislativa a favore delle pene alternative edittali comporterebbe delle difficoltà di natura tecnica e sistematica di non poco momento poiché si tratterebbe [...] di disciplinare l’“innesto” - per così dire - delle nuove pene sull’intera trama del sistema complessivo cui esse sono totalmente sconosciute». Anche secondo E. Dolcini, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit., 3: «L’ampliamento della tipologia delle pene principali» rappresenta «la strada maestra» da percorrere per «ridurre la pena detentiva al ruolo residuale che le è assegnato dalla Costituzione». Questa opinione è d’altra parte largamente condivisa dalla dottrina penalistica. Nello stesso senso, fra gli altri, A. Gargani, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, cit., 15 ss.; C. Perini, *Le pene alternative edittali: il progetto e la politica criminale*, in *RIDPP* 1/2022, 279 ss.; A. Costantini, *Prospettive di riforma della detenzione domiciliare tra pena principale e sanzione sostitutiva: verso un reale superamento della prospettiva carcerocentrica?*, *ivi*, 312.

¹⁹ Per un’ampia, documentata e approfondita analisi, A. Menghini, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, cit., *passim*.

²⁰ A. Abbagnano Trione, *Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive*, in *lalegislazionepenale.eu*, 27.12.2022.

²¹ In tal senso, secondo A. Gargani, *‘Pene sostitutive’ e misure alternative alla detenzione*, cit. 42 ss., «In un’ottica di razionalizzazione, sarebbero auspicabili l’anticipazione alla fase di cognizione di tutte le alternative carcerarie suscettibili di applicazione *ab origine* (semilibertà, detenzione domiciliare, affidamento in prova) e la contestuale soppressione delle misure alternative della semilibertà, detenzione domiciliare e affidamento in prova applicabili *ab initio*».

²² A. Della Bella, *Idee in vista di un intervento legislativo finalizzato alla razionalizzazione del sistema delle misure sospensivo-probatorie*, in *RIDPP* 1/2022, 205 ss.

POLITICHE EUROPEE IN TEMA DI CONTRASTO ALLA CRIMINALITÀ AMBIENTALE: PROPOSTE DI RIFORMA E POSSIBILI RIFLESSI INTERNI

di Daria Perrone (*Ricercatrice di diritto penale, Università di Sassari*)

Dopo che la Commissione europea ha giudicato la direttiva 2008/99/CE, ossia la principale fonte di riferimento europea in materia di criminalità ambientale, inadeguata rispetto alle sfide poste dall'avanzamento della crisi climatica, si è registrato in seno alle Istituzioni europee un certo “fermento riformatore”. Le scelte politiche europee in tema di criminalità ambientale stanno rapidamente virando da un originario approccio minimalista – caratterizzato dalla previsione di poche disposizioni e definizioni generiche – ad una logica repressiva “a tutto campo”, fortemente limitativa della discrezionalità legislativa interna. Lo scopo della presente indagine è quello di ricostruire gli aspetti essenziali del nuovo modello europeo di tutela che sta andando delineandosi in tema di criminalità ambientale e di valutarne, sul piano di politica criminale, punti di forza e criticità, anche in sede di (futuro) recepimento interno.

After the European Commission judged the Directive 2008/99/EC, the main European reference source on environmental crime, to be inadequate with respect to the challenges posed by the progress of the climate crisis, the European Institutions started some reforms. European political choices regarding environmental crime are rapidly veering from an original minimalist approach - characterized by few rules and generic definitions - to an holistic approach, strongly limiting internal legislative discretion. The aim of this paper is to reconstruct the essential aspects of the new European protection model that is emerging in terms of environmental crime and to evaluate, on a criminal policy level, its strengths and critical points, also in the context of (future) internal transposition.

SOMMARIO: 1. Una premessa: modelli di tutela penale ambientale in ambito europeo tra passato e futuro. – 2. Crisi ed inadeguatezza del *minimalist approach* europeo al tempo dell'emergenza climatica. – 3. Il recepimento interno della direttiva 2008/99/CE da parte degli Stati membri tra lacune e incongruenze. Sintesi e cause di un quadro insoddisfacente. – 4. *Wind of change*. La presa di consapevolezza della necessità di un'innovazione metodologica e la transizione verso l'*holistic approach*. – 4.1. “*Proposal for a Directive on the protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC*”. – 4.2. “*Draft Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law*”. – 5. Le (possibili) ripercussioni interne delle riforme: qualche considerazione “*work in progress*”.

1. Il tema della criminalità ambientale è diventato da tempo prioritario nel dibattito pubblico e nell'agenda politica internazionale. L'aggravarsi della crisi climatica, associata agli esempi tangibili dei suoi drammatici effetti, ha reso evidente come la transizione verde rappresenti la sfida del nostro tempo. Non è, dunque, un caso che, a fronte dell'accresciuta sensibilità ambientale affermatasi in seno alla società contemporanea, si registri parallelamente un certo “fermento riformatore” in seno alle Istituzioni europee, che appaiono sempre più coinvolte nella ricerca e nell'elaborazione di un nuovo modello di tutela ambientale, orientato ad un *holistic approach* di elevata valenza simbolica-espressiva. Le scelte politiche europee stanno rapidamente virando, infatti, da un originario approccio minimalista – improntato al criterio del *minimum standard* e rappresentato dalla disciplina contenuta nella direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente¹ – ad una logica repressiva “a tutto

¹ Dir. 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, 19.11.2008, in www.eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0099.

campo”, fortemente limitativa della discrezionalità legislativa interna ed espressione di un diritto penale di lotta.

Nella consapevolezza dell’ampiezza e della complessità dell’orizzonte tematico, lo scopo della presente indagine è quello di dar conto dei tratti più significativi del mutamento di approccio metodologico in atto, valutandone punti di forza e criticità, anche in sede di recepimento interno.

2. Al di là dei pur numerosi interventi settoriali², a livello europeo la principale fonte di riferimento in materia di criminalità ambientale è ancora oggi rappresentata dalla direttiva 2008/99/CE³. Profondamente influenzata dalla Convenzione del Consiglio d’Europa del 1998 sulla protezione dell’ambiente attraverso il diritto penale⁴ e dai principi fondamentali elencati all’art. 191 TFUE⁵, la direttiva rappresentò all’epoca una svolta storica⁶, ponendo per la prima volta a carico degli Stati membri l’obbligo di criminalizzazione delle forme più significative d’inquinamento antropico. In tale occasione, il legislatore europeo aveva scelto di limitare, in applicazione del criterio del *minimum standard*⁷, lo strumento penalistico alle ipotesi più gravi, ritenute assolutamente bisognose di tutela, lasciando liberi gli Stati membri di dettare ulteriori fattispecie nei casi ritenuti meritevoli. In linea con una simile impostazione, sul piano della tecnica di tipizzazione ci si orientò a favore della previsione di fattispecie di danno e di pericolo concreto, privilegiando il ricorso ad espressioni lessicali in grado di connotare l’offesa in termini di particolare intensità⁸ e limitando - al fine di circoscrivere l’area del rischio consentito - la punibilità alle sole condotte intenzionali o gravemente neglienti poste in essere

² Tra gli interventi settoriali, v. il reg. (UE) 21.10.2009 n. 1069, reg. (CE) 3.10.2002 n. 1774, la dir. 2009/123/CE; il reg. (UE) del 25.2.2011 n.142, il reg. (UE) 31.3.2011 n. 333, il reg. (UE) 10.12.2012 n. 1179, la dir. 2010/75/UE, il reg. (UE) 25.7.2013 n. 715, la dec. 26.3.2013, la dir. 2013/2/UE, il reg. (UE) 17.12.2014, la dir. 10.7.2015 n.1127, la dec. 18.12.2014 n. 955 UE, il reg. (UE) 18.12.2014 n. 1357.

³ Dir. 2008/99/CE, *cit.*

⁴ Convenzione sulla protezione dell’ambiente attraverso il diritto penale (STE n. 172), 4.11.1998, in www.coe.int/it/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=172.

⁵ Tra i principi fondamentali in materia di politica ambientale elencati all’art.191TFUE, v. i principi della precauzione e dell’azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, nonché sul principio “chi inquina paga” (“*polluters pay*” o “*pollueur-payeur*”). In generale, per una ricostruzione, anche in chiave storica, delle competenze delle Istituzioni europee in materia di criminalità ambientale, v. G. Stea, *Le coordinate sovranazionali del diritto penale dell’ambiente*, in *Il nuovo diritto penale dell’ambiente*, a cura di L. Cornacchia – N. Pisani, Bologna 2018, 12 ss.

⁶ Così, v. C. Ruga Riva, *Il recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell’ambiente: grandi novità per le persone giuridiche, poche per le persone fisiche*, in www.penalecontemporaneo.it 29.4.2011, 1 ss. Prima di tale atto, si deve comunque ricordare che il Parlamento europeo e il Consiglio avevano già dettato alcune linee-guida nella gestione della politica ambientale europea con la dir. 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, in www.eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0035. Preso atto del fatto che «nella Comunità esistono attualmente molti siti contaminati, che comportano rischi significativi per la salute» (cons. § 2), la direttiva stabilì che non tutte le forme di «danno ambientale» o della sua «minaccia imminente» potessero essere riparate attraverso la responsabilità civile, essendo tale strumento inadatto a fronteggiare fenomeni di inquinamento a carattere diffuso difficilmente collegabili all’attività di «singoli operatori» (art. 4). Dal dettato normativo della direttiva del 2004 emerge chiaramente la *logica di compromesso* ad essa sottesa: dopo aver ammesso che la prevenzione e la riparazione dei danni ambientali contribuiscono a realizzare gli obiettivi della politica ambientale europea, si chiarisce che le azioni devono pur sempre svolgersi compatibilmente con lo «sviluppo sostenibile» (art 11 TFUE).

⁷ In ossequio alle regole previste in tema di competenza normativa concorrente ai sensi dell’art. 4 § 2 lett. e) TFUE, la direttiva «detta soltanto norme minime, gli Stati membri hanno facoltà di mantenere in vigore o adottare misure più stringenti finalizzate ad un’efficace tutela penale dell’ambiente» purchè compatibili con il Trattato (cons. § 12).

⁸ V., a tal proposito, l’art. 3 dir. 2008/99/CE, rubricato «*infrazioni*», che limita l’intervento penale ai casi di «*danni rilevanti*» e di «*significativo deterioramento*». Le fattispecie sono per lo più costruire come reati di evento (v., ad es., lo scarico, l’emissione o altro tipo di rilascio di materiali pericolosi nell’aria, nel terreno o nell’acqua o la raccolta, trasporto, recupero o smaltimento di rifiuti pericolosi). Sono, invece, reati di condotta, ad es. la spedizione di quantità rilevanti di rifiuti e il commercio di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette o di parti di esse o di prodotti derivati.

in modo illecito («*unlawful*»). L'esigenza - finora privilegiata a livello europeo - di punire inquinamenti qualificati dal danno e dal pericolo concreto per l'ambiente ha risposto ad un'opzione di politica criminale che concepisce lo strumento penale come *extrema ratio*.

A distanza di quindici anni dall'adozione di tale atto, la Commissione europea⁹ ha messo in evidenza non solo il mancato raggiungimento dell'obiettivo originariamente prefissato dalla direttiva – ossia quello di una sufficiente armonizzazione delle legislazioni penali nazionali in tema di criminalità ambientale –, ma, più in generale, l'inadeguatezza del modello europeo di tutela rispetto alle sfide attuali poste dall'accentuarsi della crisi climatica. Del resto, non sorprende che tale modello risulti oggi inadeguato, non solo per l'aggravarsi dell'emergenza, ma anche in considerazione del fatto che la direttiva del 2008 fu adottata prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e cioè, nell'ambito di un quadro normativo ben diverso da quello attuale, che assegna invece all'Unione competenze penali più ampie¹⁰.

3. Nonostante i controlli sempre più incisivi da parte della Corte GUE¹¹, il recepimento della direttiva 2008/99/CE all'interno dell'Unione è avvenuto in modo assai disomogeneo.

Le cause sono da attribuirsi, *in primis*, alla mancata definizione di alcuni, cruciali, concetti funzionali alla delimitazione dell'area del penalmente rilevante. La scelta di prevedere una struttura normativa scarna (solo dieci articoli) e di ricorrere a nozioni volutamente elastiche e flessibili, volte a consentire ampi margini di discrezionalità agli Stati membri nel recepimento del dettato normativo e di adeguamento alle specifiche esigenze nazionali, nel medio-lungo termine si è rivelata inadeguata rispetto allo scopo di dettare una disciplina europea omogenea. Si pensi al concetto di “danno ambientale”: l'assenza di parametri qualitativi o quantitativi cui fare riferimento per qualificarne l'intensità ha permesso agli Stati membri di adottare norme fortemente diversificate quanto ai contenuti dell'offesa tipica¹², interpretando in modo eterogeneo i requisiti di «*substantial damage*»¹³ alle matrici ambientali, alla flora o alla fauna e di «*significant deterioration*»¹⁴ di un *habitat* protetto. Nella maggior parte dei casi, gli Stati membri hanno scelto di ricorrere ad una trasposizione quasi pedissequa di tali concetti, con la conseguenza di demandare al formante giurisprudenziale nazionale il compito di definire gli effettivi contorni dell'offesa penalmente rilevante. Così, ad es., in

⁹ Documento di lavoro dei servizi della Commissione -valutazione della dir. 2008/99/CE, 28.10.2020, in www.eur-lex.europa.eu. La valutazione *ex post* della direttiva è stata guidata da quattro criteri principali: a) efficacia (valutazione del conseguimento degli obiettivi della direttiva), b) efficienza (valutazione se i benefici derivanti dal fatto di avere e attuare la direttiva giustificano i costi), c) coerenza (con altre pertinenti normative e politiche dell'UE in materia penale e ambientale, nonché con gli obblighi internazionali dell'UE) e d) pertinenza (pertinenza degli obiettivi originari della direttiva alla luce delle esigenze attuali e future). La valutazione ha, inoltre, tenuto conto degli impatti sociali ed economici per i diversi gruppi di *stakeholders*. Per approfondimenti, v. L. Siracusa, *Prospettive di riforma della tutela penale dell'ambiente nel diritto europeo e sovranazionale*, in *Lexambiente – Riv. trim.* 2021, 3, 11 ss.

¹⁰ Così, L. Siracusa, *Osservazioni sulla proposta di riforma dei reati ambientali del Gruppo di studio dell'Associazione dei professori di diritto penale, La riforma dei delitti contro la persona. Atti dei seminari*, a cura di AIPDP e DIPLaP, 2023, 889 ss.

¹¹ Tra gli interventi più significativi della Corte di giustizia aventi ad oggetto la disciplina nazionale, v. C.G.U.E, 25.6.1997, cause riunite C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, Tombesi e altri; C.G.U.E, 11.11.2004, causa C-457/02, Niselli, in www.curia.europa.eu. Per approfondimenti, v. F. Consulich, *Il giudice e il mosaico. La tutela dell'ambiente, tra diritto dell'Unione e pena nazionale*, in www.lalegislazionepenale.eu 27.7.2018; M. Onida, *Il diritto ambientale dell'UE nel tempo, tra agenda europea e politiche nazionali*, in www.federalismi.it, 2020, 92 ss.; F. Viganò, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *DPP* 2005, 1433 ss. Per una disamina di alcune pronunce della Corte EDU, v. anche E. Mazzanti, *La protezione penale dell'ambiente come diritto umano. Inquadramento e rilievi critici*, in www.lalegislazionepenale.eu 25.6.2019.

¹² Così, C. Ruga Riva, *I reati ambientali, La riforma dei delitti contro la persona*, cit., 824 ss.

¹³ Art. 3, dir. 2008/99/CE, cit.

¹⁴ Art. 3, dir. 2008/99/CE cit.

Germania¹⁵, l'apprezzamento dell'offensività della condotta tipica è stato affidato ad un dato valutativo («*bedeutender Umfang*»), per cui, in assenza di parametri numerici, la giurisprudenza ha ritenuto significativo il danno ambientale che comporti un deterioramento visibile o comunque un peggioramento rispetto alla situazione precedente. In modo non dissimile, nell'ordinamento italiano¹⁶ - in relazione al reato di disastro ambientale di cui all'art. 452-*quater* Cp - si è scelto di fare riferimento ad un parametro parzialmente valutativo, come quello dell'irreversibilità del danno.

Altri legislatori europei hanno cercato, invece, di assicurare determinatezza al concetto di rilevanza del danno ambientale. Così, nell'ordinamento austriaco si è preferito fare riferimento a valori monetari, considerando “significativo”, nella fattispecie di inquinamento doloso di cui al § 181 Cp¹⁷, il danno che comporti una spesa di ripristino superiore ad Euro 50.000. Nell'ordinamento francese, si è scelto piuttosto di connotare il danno ambientale in termini di durata: così, nel 2021¹⁸ con l'introduzione nel codice dell'ambiente, all'art. L231-3, del reato di *écocide*, sono stati considerati durevoli i danni suscettibili di durare almeno sette anni.

Un *deficit* di omogeneità è emerso anche sul piano della tecnica di tipizzazione delle fattispecie: mentre alcuni Stati, come la Germania¹⁹, hanno scelto di articolare la tutela ambientale in distinte

¹⁵ Per una disamina della legislazione penale ambientale in Germania, v. R. Börner, *Umweltstrafrecht*, Berlin 2020, 169 ss.; M. Möhrenschrager, *Revision des Umweltstrafrechts. Das zweite Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität*, in *NStZ*, 1994, 12, 513 ss.; K. Lienert, *Die Europäische Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts*, Baden-Baden 2022, 26 ss.; C. Ruga Riva, *La fattispecie di inquinamento ambientale: uno sguardo comparatistico*, in *Lexambiente – Riv. trim.*, 2018, 4, 5 ss.; B. Weißer, *La responsabilità penale ambientale dei dirigenti d'impresa nel sistema tedesco*, in *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, cit., 739 ss. Rispetto agli altri Stati europei, la Germania si è contraddistinta per “anzianità”, nel senso che, già nel 1980, sono state inserite nel codice penale alcune fattispecie incriminatrici in materia ambientale.

¹⁶ Sui problemi d'indeterminatezza relativi alla qualificazione dell'intensità del danno ambientale, v. la questione di legittimità costituzionale, dichiarata manifestamente infondata, dell'art. 452-*bis* Cp per supposto contrasto con gli artt. 25 e 117 Cost. (Cass. 30.1.2020 n. 9736, in www.dejure.it). In dottrina, sul problema della determinatezza nei reati ambientali, v. A. Gargani, *Fattispecie deprivate. Disastri innominati e atipici in materia ambientale*, in www.lalegislazionepenale.eu 3.2.2020; Id., *Esposizione ad amianto e disastro ambientale tra diritto vivente e prospettive di riforma*, in www.lalegislazionepenale.eu 4.4.2016; E. Mazzanti, *Sulle spalle dei giganti. Un breve itinerario nel diritto penale dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. ambiente* 2022, 3, 4 ss.; F. Venturi, *Tanto tuonò che piovve: il disastro innominato “ambientale” come reato eventualmente permanente. Analisi critica della giurisprudenza di legittimità in materia di inquinamento storico e progressivo*, in www.lalegislazionepenale.eu 29.4.2022. Sia consentito rinviare anche a 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 30.12.2021.

¹⁷ Il § 181 del codice penale austriaco incrimina l'inquinamento doloso dell'ambiente, con la pena detentiva fino a tre anni. La fattispecie è strutturata come reato di pericolo concreto. Il co. 2 punisce con pena più severa (da sei mesi a cinque anni di pena detentiva) le stesse condotte ove anziché pericolo causino il danno ambientale. In generale, in relazione all'ordinamento penal-ambientale in Austria, v. C. Ruga Riva, *La fattispecie di inquinamento ambientale*, cit., 10 ss.

¹⁸ Si fa riferimento alla l. 22.8.2021 n. 1103 sulla lotta contro il cambiamento climatico, che ha introdotto nell'ordinamento francese il reato di ecocidio, in base al quale si punisce, con una struttura assimilabile a quella dei reati aggravati dall'evento, colui che intenzionalmente - in conseguenza dell'inquinamento punito dall'art. L231-1 o dell'abbandono di rifiuti punito dall'art. L231-2 - produce danni alle matrici ambientali gravi e durevoli. In commento, v. G. Beaussonie, *Sauver l'environnement par le droit pénal?*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2022, 4, 873 ss., e, in italiano, 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.lalegislazionepenale.eu 3.3.2023, 19 ss.

¹⁹ Nello specifico, per quanto riguarda la punibilità dell'inquinamento, sono previste nell'ordinamento tedesco diverse figure incriminatrici, riferite specificamente alle singole matrici ambientali. Tendenzialmente si tratta di reati di danno: solo le fattispecie di inquinamento atmosferico e di gestione non autorizzata di rifiuti sono costruite (anche) come fattispecie di pericolo, in particolare come ipotesi di pericolo astratto. Per approfondimenti, v. § 324 StGB che punisce l'inquinamento idrico («*Gewässerverunreinigung*»), il § 324a StGB che punisce la contaminazione del suolo («*Bodenverunreinigung*»), il § 325 StGB che incrimina il c.d. inquinamento atmosferico («*Luftverunreinigung*»), il §

previsioni incriminatrici, relative rispettivamente all'inquinamento dell'acqua, del suolo, dell'aria ecc., a seconda della specifica matrice ambientale coinvolta; altri invece (ad es., Italia²⁰ ed Austria²¹) hanno preferito ricorrere ad una tutela unitaria del bene giuridico attraverso la previsione di un'unica fattispecie di danno o pericolo concreto, suscettibile di ricomprendere tutte le matrici ambientali, la flora e la fauna.

Inoltre, nonostante la direttiva sia ricorsa prevalentemente allo schema delle fattispecie di danno e di pericolo concreto, alcuni Stati hanno ritenuto che la scelta di limitare la sanzione penale ai soli casi in cui il danno ambientale si fosse già verificato (o comunque ne sussistesse in concreto il pericolo) fosse eccessivamente cauta. A seguito dell'aggravarsi della crisi climatica, l'opzione di limitare lo strumento penale - secondo il *minimalist approach* - ai soli casi di rilevante offensività è stata giudicata da alcuni ordinamenti *ex post* inidonea ad assicurare una protezione effettiva del bene giuridico: si è ritenuto, così, necessario integrare il modello di tutela penale con delle fattispecie incriminatrici strutturate secondo lo schema dei reati di pericolo astratto, al fine di anticipare la soglia di punibilità ad uno stadio prodromico rispetto alla verifica del danno, attuale o potenziale. Emblematico, in tal senso, l'esempio tedesco: il § 330a StGB²² punisce, con la pena detentiva da uno a dieci anni, chiunque diffonde o rilascia sostanze tossiche o che possono diventarlo, in modo tale da mettere in pericolo di morte o di grave pregiudizio alla salute di un uomo ovvero alla salute di un gran numero di persone. Strutturata secondo il modello penalistico puro²³, la fattispecie di pericolo non contiene una clausola volta a delimitare il rischio consentito, essendo del tutto assente il riferimento alla violazione di leggi o provvedimenti amministrativi.

Una scelta parzialmente affine, nel senso della previsione di una fattispecie di c.d. pericolo ipotetico o "potenziale", «*a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto*»²⁴, è stata compiuta anche dall'ordinamento spagnolo con la previsione del *delito ecológico* (art. 325 Cp)²⁵, attraverso la

326 StGB che punisce la gestione non autorizzata di rifiuti pericolosi («*Unerlaubter Umgang mit Abfällen*»), il § 325a StGB che punisce l'inquinamento da rumori e vibrazioni. Quest'ultima fattispecie contempla un'ipotesi di inquinamento non espressamente prevista dal legislatore italiano, che – secondo C. Ruga Riva, *La fattispecie di inquinamento ambientale*, cit., 5 ss. - potrebbe essere ricompresa nell'art. 452-*bis* Cp, trattandosi di delitto a forma libera.

²⁰ In Italia, v. artt. 452-*bis* Cp e 452-*quater* Cp.

²¹ V. § 180 del codice penale austriaco, in www.jusline.at/gesetz/stgb.

²² Il § 330a StGB incrimina, sotto la rubrica «*Schwere Gefährdung durch Freisetzen von Giften*», chi diffonde o rilascia sostanze che contengono veleni o che possono generarli e in tal modo cagiona il pericolo di morte o di un grave pregiudizio alla salute di un uomo o il pericolo di un danno alla salute per un gran numero di persone. La pena detentiva è da uno a dieci anni. Se con il fatto l'autore causa la morte di un uomo, si applica la pena detentiva non inferiore a tre anni. Il reato è punito anche a titolo di colpa e, in questo caso, la pena detentiva è fino a cinque anni in alternativa alla pena pecuniaria.

²³ Così, A. Di Landro, *L'abusività della condotta nei reati ambientali. Questioni de iure condito e de iure condendo*, in *Lexambiente – Riv. trim.*, 2023, 3, 35 ss. In proposito, mentre il legislatore tedesco ha previsto un'unica figura di reato (§ 330 StGB), il legislatore italiano ha distinto il caso delle morti e delle lesioni nell'art. 452-*ter* Cp dal pericolo per la salute di un numero indeterminato di persone nella fattispecie di disastro (art. 452-*quater* Cp).

²⁴ TS 1.4.2003 n. 388, in www.supremo.vlex.es, secondo cui è sufficiente dimostrare, ai fini dell'integrazione del reato, l'idoneità della condotta di mettere in pericolo il bene giuridico protetto; STS 2.3.2012, n. 152 secondo cui «*la técnica más adecuada de protección del medio ambiente frente a las transgresiones más graves, que puedan constituir infracciones penales, es la de los delitos de peligro, pues la propia naturaleza del bien jurídico "medio ambiente" y la importancia de su protección exige adelantarla antes de que se ocasione la lesión*»; v. anche, in senso parzialmente difforme, TS 29.11.2006, n. 1182 che ha qualificato il delitto ecologico come reato di pericolo concreto.

²⁵ La fattispecie era stata inizialmente inserita nel codice penale con la riforma del 1983 (*Ley Orgánica*, 23.6.1983 di riforma del codice penale del 1973) tra i delitti contro la salute pubblica - e successivamente, con la *Ley Orgánica* 23.11.1995, n. 10, è stata collocata nell'apposito tit. XVI c.p., intitolato «*De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*». Per una completa ricostruzione storica della fattispecie si rinvia a P. Pantalone, *La tutela dell'ambiente nell'ordinamento spagnolo*, in F. Fracchia, *Il diritto ambientale comparato*, in [t www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) 2017, 53 ss.; C. Ruga Riva, *La fattispecie di inquinamento ambientale*,

quale si punisce, con la pena della reclusione da sei mesi a due anni di reclusione e la multa²⁶, colui che, contravvenendo alle leggi o ad altre disposizioni di carattere generale poste a tutela dell'ambiente, provochi o realizzi direttamente o indirettamente una vasta gamma di condotte²⁷ che, di per sé o congiuntamente ad altre, causino o possano causare danni sostanziali alla qualità dell'aria, del suolo, delle acque, della flora o della fauna.

Nel 2021²⁸, anche nell'ordinamento francese è stata introdotta una fattispecie di pericolo in materia ambientale: si è trattato, peraltro, della prima volta in cui una fattispecie di pericolo è stata prevista nella legislazione francese a tutela esclusiva di beni giuridici superindividuali e collettivi. Nella convinzione che forme di tutela penale in materia ambientale affidate per lo più a fattispecie caratterizzate da una marcata dipendenza con l'attività amministrativa siano inadeguate, il legislatore francese ha voluto arretrare la soglia di punibilità introducendo nel *code de l'environnement* - all'art. L173-3-1 - il delitto di *mise en danger*, in base al quale si punisce, con una pena di tre anni di pena detentiva e di Euro 250.000 di pena pecuniaria, chiunque, commettendo uno dei fatti previsti ai reati comuni di cui agli artt. L173-1 e L173-2 (relativi allo svolgimento di determinate attività a rischio per l'ambiente senza autorizzazione o in violazione di essa) metta in pericolo attuale grave e duraturo la fauna, la flora o la qualità dell'acqua.

Approcci differenti nell'attuazione interna degli Stati membri sono stati seguiti anche nel recepimento della clausola d'illiceità speciale prevista dalla direttiva, dato che, in alcuni casi, gli ordinamenti hanno genericamente richiamato la contrarietà a norme di *soft law*, come le *best available techniques* (c.d. BAT) o a decisioni della pubblica autorità²⁹; mentre in altri, si è fatto riferimento solo alla violazione della normativa richiamata in direttiva relativamente ad alcuni specifici settori come l'inquinamento atmosferico, idrico, da rifiuti, senza ricomprendere i settori non espressamente menzionati (come quello della sicurezza sul lavoro, dell'incolumità pubblica o della salute in generale). Tra gli ordinamenti che hanno accolto un'interpretazione particolarmente estensiva della clausola d'illiceità speciale rientra l'Italia, che ha tradotto il termine «*unlawful*» previsto all'art. 2

cit., 12 ss.; B. Romero Flores, *La tutela dell'ambiente nel sistema penale spagnolo, Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, cit., 696 ss.

²⁶ Ai sensi dell'art. 50 del codice penale spagnolo la multa deve essere determinata con il metodo c.d. "per tassi giornalieri". Sotto il profilo sanzionatorio, alcuni Autori hanno criticato l'equiparazione tra evento di pericolo ("possano causare danni") ed evento di danno ("causino danni") prevista dalla fattispecie, dato che, sanzionando in egual misura un danno effettivo e un mero pericolo, si reca un *vulnus* al principio di proporzionalità, oltre che non incentivare l'autore del reato a diminuire o mitigare gli effetti della propria condotta, essendo lo stesso sottoposto alle medesime sanzioni indipendentemente dalle conseguenze dannose provocate. Così E. Hava García, *Modificaciones en delitos ambientales*, in AA. VV., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Valencia 2015, 658 ss.

²⁷ L'elenco delle condotte deve considerarsi esemplificativo: tra le condotte menzionate rientrano le emissioni, gli scarichi, le radiazioni, le estrazioni o gli scavi, gli insabbiamenti, i rumori, le vibrazioni, le infiltrazioni o i depositi nell'atmosfera, nel suolo, nel sottosuolo o nelle acque terrestri, sotterranee o marittime. Ad avviso della giurisprudenza spagnola, il reato può essere integrato anche attraverso l'omesso impedimento: v. STS 27.1.1999 n. 105, in www.supremo.vlex.es.

²⁸ La riforma è stata attuata dalla l. 22.8.2021 n. 1103 sulla lotta contro il cambiamento climatico, cit. Con la riforma, il legislatore ha introdotto, all'interno del *Code de l'environnement*, alcune disposizioni penali, al fine di rafforzare l'apparato repressivo del diritto ambientale, punendo più efficacemente gli attentati al bene ambiente. In generale, in relazione all'ordinamento penal-ambientale in Francia, v. F. Rousseau, *Tecnica ed etica nel diritto penale francese dell'ambiente*, in *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, cit., 734 ss.; C. Ruga Riva, *La fattispecie di inquinamento ambientale*, cit., 15 ss.; M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Parigi 2019, 1266 ss.; D. Guihal-T. Fossier-J.-H. Robert, *Droit répressif de l'environnement*, Parigi 2021, *passim*; L. Siracusa, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano 2007, 102 ss.

²⁹ Così, ad es., il legislatore tedesco ha chiarito al § 330d, n. 4, StGB che deve considerarsi illecita anche una condotta posta in essere in violazione di un atto amministrativo esecutivo e, financo, di un contratto di diritto pubblico.

della direttiva con l'espressione «abusivamente»³⁰. Com'è noto, la S.C.³¹ ha accolto un concetto assai ampio del concetto di abusività, comprensivo non soltanto delle condotte poste in essere in violazione di leggi statali o regionali, ancorchè non strettamente pertinenti al settore ambientale, ma anche di quelle realizzate in assenza o in violazione dell'autorizzazione amministrativa ovvero in presenza di un'autorizzazione priva dei requisiti formali. Nel nostro ordinamento si è giunti a ricomprendere nel concetto di abusività anche i fatti compiuti nell'alveo di attività formalmente autorizzate, ma frutto di atti penalmente rilevanti (come per effetto di un atto corruttivo): ipotesi viceversa non compresa nella direttiva europea³².

Infine, ad accrescere il livello di frammentazione ha contribuito anche l'eterogeneità di pene principali e accessorie previste da ciascuna legislazione nazionale a corredo della risposta penale. Dopo aver genericamente richiesto che i fatti elencati fossero puniti con sanzioni «*efficaci, proporzionate e dissuasive*» (art. 5), la direttiva non ha indicato né dei criteri guida né delle cornici edittali, consentendo agli Stati membri di procedere a propria discrezione nella scelta del tipo e delle misure di pene da comminare. Ne è derivato un quadro talmente variegato da rendere impossibile la comparazione, con evidenti *gap* a livello di *enforcement*, soprattutto per quanto riguarda le pene pecuniarie.

4. Di fronte ad uno scenario così poco rassicurante, non sorprende che in Europa, a partire dalla *Conferenza sul futuro*³³, si registri un certo “fermento riformatore”. In particolare, con l'avvio del *Green Deal* europeo³⁴, le Istituzioni si sono impegnate ad intensificare gli sforzi contro la criminalità ambientale. Nell'ambito di quello che è stato definito dalla stessa Commissione europea come un “*approccio strategico olistico*”, quest'ultima ha precisato che «*se gli Stati non includeranno la lotta alla criminalità ambientale tra le priorità del programma in materia di applicazione a livello sia nazionale sia transfrontaliero in tutta l'UE, non sarà possibile compiere progressi duraturi nel*

³⁰ Così, v. A. Di Landro, *L'abusività della condotta nei reati ambientali*, op. cit., 10 ss., il quale richiama i lavori parlamentari nel corso dei quali si sottolineò come la clausola in oggetto sembrava prestarsi a “coprire” anche norme regolamentari o di divieto appartenenti a settori potenzialmente collegati, ma ritenuti differenti dall'ambiente *stricto sensu* inteso: si pensi alle disposizioni in materia di igiene e di sicurezza sul lavoro, o in materia urbanistica, edilizia, paesaggistica, ecc. In senso critico, v. le obiezioni di G. Amendola, *Ma cosa significa davvero disastro ambientale abusivo?* in *Lexambiente – Riv. trim.* 27.3.2015.

³¹ Cass. 30.3.2017, n. 15865, in *RP* 2017, 430, con nota di E. Fassi, *Brevi note sul delitto di inquinamento ambientale di cui all'art. 452 bis. La Corte di Cassazione conferma l'estensione della interpretazione degli elementi costitutivi già operata nel precedente arresto*, in *RP* 2017, 765 ss.

³² In relazione al concetto di abusività, il legislatore nazionale ha tradotto in forma espansiva l'input della direttiva, mediante l'introduzione di un concetto «*letteralmente 'aperto' alle incursioni dell'ermeneutica*» che «*sposta impropriamente i confini del 'rischio consentito', tradendone le finalità*»: così, C. Perini, *Rischio consentito e discrezionalità amministrativa: un confine conteso della responsabilità penale per il 'modo' di produzione*, in *Legalità e diritto penale dell'economia. Studi in onore di Alessio Lanzi*, a cura di A. Cadoppi- P. Veneziani- P. Aldrovandi, Roma 2020, 485 ss.

³³ La Conferenza sul futuro dell'Europa ha preso avvio con la sottoscrizione della Dichiarazione Comune sulla Conferenza sul futuro dell'Europa del 10.4.2021. Il risultato finale della Conferenza – secondo M. F. Tropea, *Ambiente e pubblici servizi nell'Europa della rivoluzione verde e della transizione ecologica: le conclusioni della conferenza sul futuro dell'Europa*, in *RGiurEdilizia* 2023, 3, 163 ss. - è stato fortemente condizionato dalla crisi che l'Europa ha dovuto affrontare con la pandemia da Covid-19.

³⁴ Adottato a seguito della dichiarazione dell'emergenza climatica nel novembre 2019 da parte del Parlamento europeo, il *Green Deal* europeo è un documento di indirizzo politico contenente la *roadmap* per affrontare i cambiamenti climatici e il degrado ambientale. In particolare, contiene la tabella di marcia per raggiungere l'obiettivo intermedio di ridurre le emissioni di gas a effetto serra del 55% entro il 2030 e l'obiettivo finale della neutralità climatica, ossia un saldo netto delle emissioni pari a zero da ottenere attraverso la compensazione di tutte le emissioni antropogeniche di gas serra con la creazione di serbatoi di carbonio, in Europa entro il 2050. Per approfondimenti, v. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_it.

contrasto alle trasgressioni»³⁵. Conformemente, nella strategia dell'UE per la lotta alla criminalità organizzata 2021-2025³⁶, la lotta alla criminalità ambientale è stata indicata come un obiettivo prioritario.

Probabilmente, l'intento perseguito dalle Istituzioni europee in tema di politica ambientale, nella direzione dell'implementazione della tutela e dell'armonizzazione della disciplina tra gli Stati membri, è anche quello di voler contrastare una certa refrattarietà, nota come c.d. effetto NIMBY (*Not In My BackYard*)³⁷ degli ordinamenti - anche di quelli europei, non essendo un fenomeno circoscritto alle economie emergenti - all'implementazione dei limiti di sostenibilità per paura di porre un freno eccessivo al processo d'industrializzazione. Nel processo di rielaborazione e di *enforcement* delle regole minime comuni in tema di criminalità ambientale, la partita - prima di tutto culturale - portata avanti oggi dalle Istituzioni europee sembra giocare nella lotta a quelle politiche nazionali poco sensibili alle sfide poste dalla *green-economy* ed alla tutela dei *commons*³⁸.

E' in un simile contesto ed in attuazione degli obiettivi di un potenziamento della tutela penale in funzione di contrasto dei fenomeni di criminalità ambientale che sono state elaborate alcune interessanti proposte di riforma.

4.1. Nell'ambito del pacchetto di iniziative adottate in attuazione del *Green Deal*, il 15.12.2021 la Commissione ha presentato al Parlamento Europeo e al Consiglio una proposta di direttiva sulla tutela penale dell'ambiente³⁹, volta a sostituire la precedente direttiva 2008/99/CE. La *proposal* adottata in forza dell'art. 83, § 2, TFUE, è ora al vaglio delle Istituzioni europee nell'ambito della procedura legislativa ordinaria⁴⁰.

³⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Rafforzare la lotta alla criminalità ambientale*, Bruxelles, 15.12.2021, COM(2021), 814 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52021DC0814>, 2.

³⁶ Nella sua comunicazione del 14.4.2021, COM(2021) 170 final, *Strategia dell'UE per la lotta alla criminalità organizzata*, COM(2021) 170 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0170>, la Commissione europea ha sottolineato la necessità di migliorare il quadro normativo, di rafforzare la capacità delle autorità di contrasto a livello nazionale e dell'UE per contrastare più efficacemente la criminalità ambientale e di intensificare ulteriormente la cooperazione tramite le reti europee per il controllo ambientale.

³⁷ L'espressione venne coniata sul finire degli anni Ottanta per indicare l'opposizione di una parte della comunità ad ospitare opere di interesse generale sul proprio territorio (come l'installazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili), pur riconoscendone, a volte, la desiderabilità sociale.

³⁸ Sul bene giuridico ambientale come bene comune dopo la riforma costituzionale e le relative criticità, v. G. Rotolo, *Beni comuni come beni giuridici: una prospettiva critica*, in www.lalegislazionepenale.eu 13.2.2023.

³⁹ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce la direttiva 2008/99/CE, firmata dalla Commissione europea a Bruxelles, 15.12.2021 COM(2021) 851 final, e disponibile anche in italiano in www.eur-lex.europa.eu. In commento, v. A. Rizzo, "*Criminalizing*" *environmental wrongdoings under European Union law: a proposal from the European Commission in the light of old and new challenges*, in www.rivista.eurojus.it 2022, 1, 69 ss.

⁴⁰ Ai sensi dell'art. 294 TFUE, la procedura legislativa ordinaria prevede l'azione congiunta del Parlamento europeo e del Consiglio, in generale su una proposta della Commissione europea. In particolare, nel settembre 2022, il Comitato economico e sociale europeo ha espresso un parere positivo sulla proposta di direttiva (www.eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A52022AE0089); nel marzo 2023 sono stati presentati dal Parlamento europeo diversi emendamenti (v. relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce la direttiva 2008/99/CE, del 28.3.2023, disponibile in italiano www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0087_IT.html#_section2). In seno al Consiglio, invece, nel maggio 2022 è stato raggiunto e approvato un accordo sugli artt. 2, 3 e 4 in ordine alle definizioni di reati ambientali (v. *partial general approach*, 30.5.2022, in www.data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9374-2022-INIT/en/pdf). Il 9.12.2022 il Consiglio ha adottato il suo orientamento generale sulla proposta, che ha costituito il mandato per i negoziati con il Parlamento europeo nel contesto della procedura legislativa ordinaria. Il 7.12.2023 la Commissione Juri in seno al Parlamento europeo ha votato il testo licenziato il 16.11.2023 dal trilatero.

In particolare, con l'obiettivo di raggiungere un accordo politico entro il 2023⁴¹, i negoziati tra il Parlamento europeo ed il Consiglio, iniziati nel maggio 2023, si sono conclusi positivamente in data 16.11.2023⁴². In tale occasione, il trologo⁴³ ha raggiunto un accordo politico sul testo della nuova direttiva, che dovrà ora passare all'esame rispettivamente del Parlamento europeo e del Consiglio, prima della votazione finale.

Quanto alle dichiarazioni d'intenti, l'atto sembra prendere le distanze dalla linea d'impostazione adottata dalla direttiva del 2008, dichiarando, nei considerando⁴⁴, di ritenere essenziale, come obiettivo strategico, l'integrazione del principio di prevenzione con quello di precauzione⁴⁵.

Nel merito, il progetto sembra andare nella direzione di un ampliamento degli obblighi di tutela e di una ristrutturazione degli obblighi di incriminazione già esistenti, oltre alla riduzione degli spazi di discrezionalità lasciati agli Stati membri. L'obiettivo - almeno nelle intenzioni - è chiaro: al fine di armonizzare la disciplina delle singole legislazioni e di evitare eccessive discrepanze nella lotta alla criminalità ambientale in Europa, la nuova direttiva si propone di introdurre dei vincoli più stringenti nella tipizzazione delle fattispecie, sia attraverso l'introduzione di previsioni più dettagliate, sia attraverso la definizione di alcuni concetti che, in passato, hanno dato adito a dubbi interpretativi.

In primo luogo, per quanto riguarda il catalogo di reati ambientali, all'art. 3 della proposta sono stati inserite molte nuove fattispecie, come il commercio di prodotti pericolosi, l'esecuzione di progetti illegali, il riciclaggio di navi, lo scarico di sostanze inquinanti effettuato dalle navi, l'estrazione di acque⁴⁶, l'introduzione di specie esotiche e la produzione e il rilascio di gas fluorurati ad effetto serra, oltre a quelle già previste nella direttiva del 2008⁴⁷.

Estremamente dibattuta è stata la questione dell'inserimento, tra i nuovi reati, dell'ecicidio: inizialmente menzionato solo incidentalmente tra i considerando nel testo licenziato dalla Commissione europea nel 2021⁴⁸, tale illecito è stato poi inserito in una proposta di emendamento

⁴¹ Così, Commissione europea, Raccomandazione di Decisione del Consiglio che autorizza la Commissione europea a partecipare, a nome dell'Unione europea, ai negoziati su una convenzione del Consiglio d'Europa che annulla e sostituisce la convenzione del 1998 sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale (STE n. 172), 7.7.2023, COM(2023) 419 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52023PC0419>, 2.

⁴² Il testo sui cui si è raggiunto il consenso provvisorio è disponibile in www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/11/16/environmental-crime-council-and-european-parliament-reach-provisional-agreement-on-new-eu-law.

⁴³ Nell'ambito della procedura legislativa ordinaria dell'Unione europea, un trologo è un negoziato interistituzionale informale che riunisce rappresentanti del Parlamento europeo, del Consiglio dell'Unione europea e della Commissione europea. L'obiettivo di un trologo è quello di raggiungere un accordo provvisorio su una proposta legislativa accettabile sia per il Parlamento che per il Consiglio.

⁴⁴ V. cons. §1a, progetto di direttiva, cit.

⁴⁵ Il principio di precauzione è stato aggiunto, con il Trattato di Maastricht del 1992, all'art. 191, § 2, TFUE tra i principi ispiratori in materia di politica europea ambientale. Il principio impone di adottare tutte le misure necessarie per azzerare o contenere la minaccia ambientale giungendo se necessario all'astensione dallo svolgimento dell'attività rischiosa.

⁴⁶ In relazione alla fattispecie di estrazione illegale di acque, la Commissione giuridica del Parlamento europeo ha proposto nel marzo 2023 un emendamento, poi non accolto, prevedendo all'estrazione venisse affiancata anche la condotta di contaminazione delle acque superficiali o sotterranee. Per approfondimenti, v. la relazione disponibile in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0087_IT.html#_section2.

⁴⁷ Tra i reati elencati nella dir.2008/99/CE e compresi anche nella proposta del 2021 rientrano, ad es., lo scarico, emissione o immissione di sostanze pericolose nell'aria, nel suolo o nell'acqua, la spedizione illegale di rifiuti, il deterioramento di un *habitat* in un sito protetto. Tra i reati invece già previsti, ma parzialmente modificati rientrano, ad es., la raccolta illecita di rifiuti e la produzione e l'uso di sostanze lesive dell'ozono.

⁴⁸ Al cons. § 16 della proposta del 2021 l'ecicidio veniva definito come «*un'offesa criminosa all'ambiente la quale causi gravi e diffusi, o gravi e di lunga durata ovvero gravi ed irreversibili danni alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità dell'acqua, o ancora alla biodiversità, alle utilità e funzioni di un ecosistema, o alla flora o alla fauna tal offesa dovrebbe essere considerata un crimine di particolare gravità e sanzionato in accordo con i diritti penali degli stati membri includendo anche l'ecicidio*».

della Commissione giuridica del Parlamento europeo nel marzo 2023⁴⁹, per poi essere nuovamente menzionato solo nei considerando (§ 9fa⁵⁰) nel testo approvato dal trilogio nel novembre dello stesso anno.

Particolarmente incerto è anche il confine applicativo del reato di pericolo concreto relativo all'«esposizione, intenzionale o almeno per grave negligenza, dell'ambiente, direttamente o indirettamente, a un rischio immediato di danni rilevanti»⁵¹. In sede di negoziato politico, la scelta di anticipare la soglia di rilevanza penale al punto di punire una condotta di “esposizione ad un rischio” è parsa, in effetti, problematica sia sotto il profilo della compatibilità di tale scelta con il principio di offensività, nel senso che il legame tra la condotta e l'offensività sarebbe risultato sfuggente, sia sotto il profilo della tassatività, dato che - in assenza di ulteriori specificazioni - la fattispecie sarebbe risultata viziata da indeterminatezza.

Quanto a tecnica di tipizzazione, le nuove fattispecie si discostano dal modello adottato dalla direttiva del 2008⁵², risultando ampliato il catalogo dei reati di pericolo astratto e richiedendo, invece, solo in determinati casi (come l'esecuzione di progetti illegali, il commercio di prodotti pericolosi, l'estrazione di acque, ecc.) l'integrazione di un danno o di un pericolo concreto. Del resto, il fatto che la proposta si muova nella direzione di un'accentuata anticipazione della tutela si evince anche dalla scelta di prevedere, per alcuni reati particolarmente gravi commessi intenzionalmente⁵³, la punibilità financo del tentativo di un tentativo. Così, ad es., si prevede l'obbligo di incriminare il tentativo dell'immissione sul mercato di un prodotto, il cui uso comporti lo scarico, l'emissione o l'immissione nell'aria di radiazioni ionizzanti, che «likely to cause», se usato su vasta scala, danni rilevanti alle matrici ambientali⁵⁴.

Per evitare lo scollamento con il principio di offensività, è stata, invece, confermata la scelta – già fatta propria dal legislatore europeo del 2008 – di circoscrivere l'obbligo d'incriminazione alle forme

⁴⁹ Relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce la dir. 2008/99/CE, del 28.3.2023, disponibile in www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0087_IT.html#_section2. Infatti, in base all'emendamento n. 30 proposta dalla Commissione giuridica del Parlamento europeo dovrebbe essere inserito un nuovo art. 3 bis nel progetto di direttiva, rubricato “ecocidio”, in base al quale si prevede che «gli Stati membri introducono nel loro diritto nazionale il reato di ecocidio, che è considerato un grave illecito penale ai fini della presente direttiva ed è definito come gli atti illeciti o deliberati commessi sapendo che esiste una probabilità sostanziale di arrecare danni gravi e diffusi o a lungo termine all'ambiente».

⁵⁰ In base al cons. § 9fa del progetto di direttiva si prevede che «criminal conduct defined under Article 3(2) of this Directive may lead to catastrophic results, such as widespread pollution, industrial accidents with severe effects to the environment or large-scale forest fires. (...) This qualified offence includes cases comparable to ecocide, which is already covered by the legal systems of certain Member States and which is being discussed in international fora».

⁵¹ Si tratta di una fattispecie, poi non accolta nella versione approvata dal trilogio, contenuta nelle proposte di emendamento presentate dalla Commissione giuridica del Parlamento europeo disponibili in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0087_IT.html#_section2.

⁵² Art. 3 dir. 2008/99/CE. Sulla natura delle fattispecie ivi previste: v. G. De Santis, *La tutela penale dell'ambiente dopo il d. lgs. n. 121/2011 di attuazione della direttiva 2008/99/CE*, in *Resp. civ. prev.* 2012, 2, 668B ss.; L. Masera, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, in www.penalecontemporaneo.it 17.12.2015, 4; e più di recente anche A. Manna, *I delitti ambientali tra storia, dogmatica e politica criminale*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, a cura di M. Catenacci - V. N. D'Ascola - R. Rampioni, Roma 2021, 1299 ss.

⁵³ Ai sensi dell'art. 4, co. 2 della proposta nel testo licenziato nel 2021, i reati in relazione ai quali si prevede la punibilità anche a titolo di tentativo, se posti in essere intenzionalmente, sono quelli indicati all'art. 3, lett. a), b), c), d), e), f), h), i), j), k), m), e n), lett. p), punto ii), e lett. q) e r). E' invece escluso l'obbligo per gli Stati membri di prevedere la punibilità del tentativo del riciclaggio illegale delle navi (art. 3 lett. g), del reato di uccisione, distruzione, prelievo, possesso, commercializzazione o offerta a scopi commerciali di uno o più esemplari delle specie animali o vegetali selvatiche (art. 3 lett. l), o del reato di deterioramento significativo di un habitat all'interno di un sito protetto (art. 3 lett. o): la punibilità a titolo di tentativo di tali ipotesi è stata rimessa alla libera scelta degli Stati membri. La direttiva del 2008 – giova ricordarlo – non prescrive alcun obbligo di criminalizzazione delle fattispecie tentate.

⁵⁴ V. art. 3, co. 2, lett. b, del progetto di direttiva.

più significative di offesa («*substantial damage*»)⁵⁵, specificando, però, che le legislazioni nazionali debbano tener conto di alcuni specifici parametri di giudizio per qualificare l'intensità del danno, come la sua durata, la diffusione e l'eventuale reversibilità⁵⁶. Se è apprezzabile l'intento chiarificatore di elencare i parametri cui gli Stati devono attenersi per quantificare l'intensità del danno, *rectius* la sua rilevanza; è d'altra parte vero che l'originaria *proposal* del 2021, come la direttiva del 2008, non affrontava il vero problema alla radice della disomogeneità tra le legislazioni nazionali, ossia la definizione *ab origine* del concetto di danno ambientale⁵⁷. Nel testo licenziato nel novembre 2023, a seguito dell'accordo politico raggiunto dal trilogio, si è cercato di sopperire a tale lacuna, provvedendo a definire il concetto di “ecosistema”, da intendersi come «*dynamic complex of plant, animal, fungi and microorganism communities and their non-living environment, interacting as a functional unit*» che include «*habitat types, habitats of species and species populations*»⁵⁸.

In ogni caso, per tutte le fattispecie, al fine di delimitare il rischio consentito, quale punto di equilibrio tra l'attività industriale lecita ed il livello di inquinamento ambientale reputato tollerabile, è stata mantenuta la scelta a favore della previsione della clausola d'illiceità speciale: si prevede espressamente che le condotte, per essere penalmente rilevanti, devono essere state poste in essere «*unlawful*» (art. 3). Alla stessa stregua di quanto già previsto⁵⁹, è parso inevitabile il ricorso a tale clausola. Da apprezzare, peraltro, il fatto che nella proposta si sia cercato di chiarire l'ambito di applicazione di tale clausola, che - sotto il vigore della direttiva del 2008 - aveva dato luogo ad incertezze ed applicazioni differenziate nei vari Stati membri. In questo senso, si specifica che l'illiceità può derivare non solo dalla violazione di una norma contenuta nella legislazione dell'U.E. o di una legge o di un regolamento di uno Stato membro che attui una norma dell'U.E. (come già previsto nella direttiva del 2008), ma anche dal fatto di porre in essere una condotta autorizzata dall'Autorità competente, laddove tale autorizzazione sia stata ottenuta mediante frode, corruzione, estorsione, coercizione. Non vi è però alcun riferimento – che forse sarebbe stato opportuno⁶⁰ – all'autorizzazione ottenuta mediante collusione, come, ad es., nel caso di un'autorizzazione

⁵⁵ Nei reati di danno o pericolo concreto, nella maggior parte dei casi si prevede che le condotte siano punite allorché provochino o possano provocare il danno o alla messa in pericolo della salute pubblica oppure dei *danni rilevanti* alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora (art. 3 del progetto di direttiva).

⁵⁶ V. art. 3, co. 4-5-6 del progetto di direttiva. Ad es. si devono valutare le condizioni di base dell'ambiente interessato, se il danno è duraturo, a medio o breve termine, la diffusione del danno, la reversibilità del danno, se la condotta richiedeva un'autorizzazione che non è stata ottenuta o rispettata, la misura in cui sono stati superati i valori-soglia determinati per legge o in un'autorizzazione amministrativa, lo stato di conservazione delle specie di fauna o flora interessate e il costo del ripristino del danno ambientale, quando possibile da valutare.

⁵⁷ Nella consapevolezza di tale lacuna, la Commissione giuridica del Parlamento europeo, nel corso dei lavori, ha proposto un emendamento volto a meglio specificare il concetto di danno ambientale, chiarendo che per ambiente debba intendersi «*la Terra, la sua biosfera, criosfera, litosfera, idrosfera e atmosfera, nonché lo spazio extra-atmosferico, compresa l'integrità di tutti gli elementi biotici e abiotici di un ecosistema, delle loro funzioni, dei loro servizi e delle loro interazioni reciproche, nonché dei confini planetari*»: v. le proposte di emendamento disponibili in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0087_IT.html#_section2. Per quanto sia apprezzabile lo sforzo definitorio di un concetto così complesso, l'emendamento non si è distinto per chiarezza; opinabile appare infatti la scelta di ricorrere alla tecnica elencativa che, com'è noto, più che chiarire la portata del sintagma, la rende spesso indecifrabile.

⁵⁸ V. art. 3, co. 2°, del progetto di direttiva. In base al cons. § 9 si chiarisce che «*un ecosistema dovrebbe includere anche i servizi ecosistemici, attraverso i quali un ecosistema contribuisce direttamente o indirettamente al benessere umano, e le funzioni ecosistemiche, che si riferiscono ai processi naturali in un ecosistema*».

⁵⁹ Secondo la definizione contenuta all'art. 2 lett. a) della direttiva del 2008 sono illeciti i fatti se commessi in violazione degli atti legislativi adottati ai sensi del Trattato CE od Euratom ed elencati in appositi allegati; nonché di regolamenti amministrativi o di decisioni adottate da un'autorità competente di uno Stato Membro che diano attuazione alla legislazione comunitaria.

⁶⁰ Così, A. Di Landro, *L'abusività della condotta nei reati ambientali*, op. cit., 10 ss.

illegittima, rilasciata dal p.u. con l'accordo del beneficiario, ma senza che il primo ottenga un vantaggio diretto.

Sotto il profilo del trattamento sanzionatorio, è da apprezzare la proposta di introdurre dei livelli massimi di pena, al fine di cercare di ridurre il divario esistente tra gli Stati membri. L'art. 5⁶¹ prevede una disciplina piuttosto dettagliata e proporzionalmente parametrata ai beni giuridici coinvolti: nelle intenzioni dei proponenti, la previsione di livelli edittali massimi non solo dovrebbe garantire sanzioni più dissuasive, ma dovrebbe altresì spianare «*la strada a strumenti investigativi transfrontalieri efficaci previsti negli strumenti legislativi che possono essere applicati solo a partire da un determinato livello sanzionatorio per una data categoria di reato*»⁶². Al fine di meglio graduare la pena alla concreta gravità del fatto e di consentire una maggiore armonizzazione delle legislazioni nazionali, la proposta ha inserito *ex novo* anche un dettagliato elenco di circostanze aggravanti (art. 8)⁶³ ed attenuanti (art. 9)⁶⁴.

Innovativa si rivela anche la scelta di elencare le pene accessorie (art. 5, co. 6), che si dividono, per tipologie, in obblighi risarcitori/ripristinatori⁶⁵ ed in una serie di apprezzabili misure coercitive/interdittive previste al fine di evitare il rischio di recidiva specifica⁶⁶, oltre alla sanzione dal contenuto afflittivo della pubblicazione a livello nazionale o europeo della decisione giudiziaria relativa alla condanna o delle sanzioni o misure applicate.

Di fondamentale importanza è la previsione, poi, di misure di congelamento e confisca dei beni pertinenti al reato⁶⁷: l'art. 10 prevede, infatti, l'obbligo per gli Stati membri di assicurare che le autorità competenti dispongano il *freezing* e la *confiscation* del profitto del reato o degli strumenti

⁶¹ L'art. 5 del progetto di direttiva, prevede, in particolare, cinque diversi livelli di gravità. Per i fatti meno gravi, come il commercio di specie selvatiche, si prevede l'obbligo di una pena detentiva massima di almeno tre anni (primo livello). Nel secondo livello, si prevede l'obbligo di una pena detentiva massima non inferiore a cinque anni, ad es. per il riciclaggio di navi. Nel terzo livello, si prevede l'obbligo di una pena detentiva massima non inferiore a otto anni: si tratta delle fattispecie ritenute più gravi come ad es. lo scarico, l'emissione o l'immissione nell'aria, nel suolo o nell'acqua di una quantità di materiali o sostanze, energia o radiazioni ionizzanti. Nel quarto e quinto livello si prevedono dei diversi limiti edittali nel caso in cui dal fatto sia derivata la morte di una persona, rispettivamente di almeno cinque e dieci anni come pena detentiva massima.

⁶² Relazione esplicativa della Commissione europea sulla Proposta di Direttiva del 2021, COM(2023) 419 final, Bruxelles 7.7.2023, in www.eur-lex.europa.eu, 2.

⁶³ In base all'art. 8 del progetto di direttiva sono circostanze aggravanti ad es. l'aver provocato la distruzione o un danno sostanziale irreversibile o di lunga durata a un ecosistema, l'aver commesso nell'ambito di un'organizzazione criminale, l'aver utilizzato per il compimento del reato documenti falsi o alterati, l'essere stato commesso il fatto da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni; l'essere l'autore del fatto recidivo specifico, l'aver il reato generato o potuto generare ingenti vantaggi finanziari o evitare spese ingenti, l'aver l'autore del reato distrutto prove o intimidito testimoni o querelanti.

⁶⁴ In base all'art. 9 del progetto di direttiva sono circostanze attenuanti una serie di condotte *lato sensu* collaborative come l'aver l'autore del reato ripristinato l'ambiente riportandolo allo stato precedente, quando ciò non costituisce un obbligo ai sensi della dir. 2004/35/CE, l'aver, prima dell'inizio di un'indagine penale, adottato misure per ridurre al minimo l'impatto e l'estensione del danno o riparato il danno, l'aver fornito alle autorità amministrative o giudiziarie informazioni che altrimenti non avrebbero potuto ottenere, aiutandole ad identificare o consegnare alla giustizia gli altri autori del reato e trovare prove.

⁶⁵ Tra le sanzioni accessorie con finalità *lato sensu* ristorative è compreso, ad es., ai sensi dell'art. 5 del progetto di direttiva l'obbligo di ristorare l'ambiente in un termine perentorio.

⁶⁶ Tra le misure coercitive/interdittive rientrano, ai sensi dell'art. 5 del progetto di direttiva l'interdizione temporanea o permanente dall'accesso a finanziamenti pubblici, incluso procedure di gara, sovvenzioni ed agevolazioni, l'interdizione a dirigere stabilimenti del tipo utilizzato per commettere il reato, il ritiro di permessi ed autorizzazioni allo svolgimento delle attività che hanno portato alla commissione del reato, il divieto temporaneo di candidarsi a cariche elettive o pubbliche.

⁶⁷ Nel nostro ordinamento, sull'importanza della confisca come «*strumento di contrasto al ritorno economico dell'illecito*» in materia ambientale, già a seguito della riforma del 2015, v. C. Bernasconi, *Art. 1, commi 2, 3, 4, 5, 6 e 8. L'ampio spettro di modifiche introdotte dalla l. 68/2015 (disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente): i riflessi su eterogenei profili di disciplina*, in www.la legislazione penale.eu 11.1.2016.

utilizzati o destinati ad essere utilizzati nella commissione o nell'aiuto alla commissione dei reati previsti dalla direttiva.

A completamento della disciplina, sempre al fine di evitare eccessivi spazi di discrezionalità in sede di *prosecution*, si include anche l'obbligo per gli Stati membri di prevedere un congruo termine di prescrizione del reato che permetta di contrastare i reati efficacemente: ai sensi dell'art. 11⁶⁸, di almeno dieci per i reati punibili con una pena massima inferiore o pari a dieci anni, di almeno cinque anni per i reati punibili con una pena massima inferiore o pari a cinque anni, di almeno tre anni per i reati punibili con una pena massima inferiore o pari a tre anni.

Della responsabilità degli enti si occupano gli artt. 6 e 7. Come già previsto nella direttiva del 2008, le persone giuridiche sono chiamate a rispondere dei reati commessi a loro vantaggio qualora siano stati commessi, individualmente o come parte di un organo dell'ente, da una persona che riveste un ruolo apicale all'interno dell'ente che si basi su un potere di rappresentanza dell'ente, che abbia l'autorità di prendere decisioni al posto dell'ente ovvero che abbia l'autorità di esercitare controllo all'interno dell'ente stesso. La novità riguarda l'estensione della responsabilità dell'ente tutte le volte che sia stato commesso in suo vantaggio da una persona posta sotto l'autorità di uno dei soggetti con ruolo apicale e la commissione sia stata resa possibile dalla mancanza di supervisione o controllo di questi ultimi soggetti. Inoltre, sono state espressamente indicate le sanzioni coercitive/interdittive applicabili all'ente⁶⁹, nonché i limiti massimi delle sanzioni pecuniarie commisurate al fatturato globale dell'ente⁷⁰.

E' rimasta invariata la disciplina prevista in tema di favoreggiamento e istigazione (punibili anche sotto il vigore della direttiva del 2008), mentre, sotto il profilo della colpevolezza, *ex art. 3, co. 3*, si è prevista, di regola, la punibilità delle condotte intenzionali e, solo ove previsto, anche di quelle gravemente negligenti.

Complementare all'apparato punitivo si rivela il complesso sistema di norme poste a potenziamento degli strumenti investigativi (art. 13)⁷¹, a protezione delle persone che denunciano reati ambientali o

⁶⁸ Il progetto di direttiva precisa all'art. 11, co. 2 che il termine della prescrizione del reato deve essere di almeno dieci anni per i reati punibili con una pena massima inferiore o pari a dieci anni, di almeno cinque anni per i reati punibili con una pena massima inferiore o pari a cinque anni, di almeno tre anni per i reati punibili con una pena massima inferiore o pari a tre anni. Si prevedono anche i termini della prescrizione della pena (art. 11, co. 3).

⁶⁹ Tra le sanzioni coercitive/interdittive sono previste l'obbligo di ristorare lo stato dell'ambiente entro un termine perentorio; esclusione dal diritto a benefici o aiuti pubblici; l'esclusione temporanea o permanente dall'accesso a finanziamenti pubblici, incluse procedure di gara, sovvenzioni ed agevolazioni; l'interdizione temporanea o permanente dalle attività imprenditoriali; il ritiro di permessi ed autorizzazioni allo svolgimento delle attività che hanno portato alla commissione del reato; sottoposizione a supervisione giudiziale; la liquidazione giudiziaria; la chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti industriali usati per commettere il reato; l'obbligo di predisporre schemi di diligenza e *compliance* per conformarsi agli standard ambientali; oltre alla misura afflittiva della pubblicazione della sentenza di condanna.

⁷⁰ Per i reati più gravi, gli Stati dovranno prevedere delle multe il cui limite massimo non potrà essere inferiore al 5% del fatturato globale totale dell'ente nell'anno precedente alla decisione giudiziale. Per gli altri reati, invece, dovranno essere previste multe il cui limite edittale massimo non potrà essere inferiore al 3% di tale fatturato. Alternativamente, gli Stati membri possono prevedere un importo corrispondente a quaranta milioni di Euro nei casi più gravi espressamente elencati e, nei restanti casi, di ventiquattro milioni di Euro. Peraltro, la Commissione giuridica del Parlamento europeo aveva proposto nel marzo 2023 un emendamento sul punto, poi non accolto, prevedendo che il limite edittale minimo fosse addirittura compreso «tra il 15 % e il 30 % del fatturato mondiale totale della persona giuridica nell'esercizio finanziario precedente» (v. per approfondimenti, la relazione disponibile in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0087_IT.html#_section2).

⁷¹ Nel progetto di direttiva si fa riferimento alle intercettazioni di comunicazioni, alla sorveglianza a distanza (compresa quella elettronica), alle consegne controllate, al monitoraggio dei conti correnti bancari e a più generici "altri strumenti di indagine finanziaria", purché gli strumenti in parola siano giustificati dalla gravità e dalla natura dei reati oggetto del procedimento.

che collaborano alle indagini, e in particolare ai *whistleblowers* (art. 14)⁷², nonché – per fronteggiare il problema dimensione transnazionale della criminalità ambientale – a coordinamento e cooperazione strategica e operativa. Sotto quest’ultimo profilo, in particolare, le Istituzioni europee si sono mostrate ben consapevoli del fatto che attività di gestione illecita in materia ambientale, come la deforestazione ed il traffico di specie animali protette e di rifiuti⁷³, si contraddistinguono spesso per la dimensione strutturalmente organizzata su scala transnazionale. Si tratta di fenomeni gravissimi che, oltre a creare danni all’ambiente, contribuiscono ad alimentare tutte quelle attività illecite che ruotano attorno al mondo delle organizzazioni criminali, come la corruzione, il riciclaggio di denaro, la criminalità informatica e, financo, il finanziamento a gruppi armati e terroristici. Del resto, con la soppressione delle frontiere interne e la nascita del mercato unico europeo, le più grandi associazioni criminali hanno potuto infiltrarsi più agevolmente nel lucrativo *business* legato all’ambiente: per meglio comprendere la portata del fenomeno, basti pensare che, l’*European Environment Agency* (EEA) ha stimato in circa 650 miliardi di Euro le perdite economiche causate dai danni ambientali agli Stati membri tra il 1980 e il 2022, di cui 59,4 miliardi di Euro nel 2021 e 52,3 miliardi di Euro nel 2022⁷⁴. Non è, dunque, un caso che, a fronte di un mercato criminale di simili proporzioni, sia stata auspicata, nella risoluzione Falcone del 2020⁷⁵, sul piano investigativo, l’applicazione del metodo c.d. *follow the money*. Nella proposta di direttiva, poi, si è evidenziato come una maggiore collaborazione fra gli ordinamenti giuridici sul piano della cooperazione di polizia permetterebbe il contrasto dei c.d. *safe havens* (“rifugi sicuri”) per le associazioni criminose che operano a livello transnazionale⁷⁶. A tal fine, è stato, dunque, previsto un più solido coinvolgimento delle agenzie e degli organi per la cooperazione in materia penale, anche al fine di condividere *best practices* e conoscenze, anche attraverso l’adozione di protocolli d’intesa, tra le autorità competenti all’interno di uno Stato membro (art. 19), e tra gli Stati membri e la Commissione e gli altri organi appartenenti alle Istituzioni europee (art. 19a).

⁷² Ai sensi dell’art. 14 del progetto di direttiva, il sostegno e l’assistenza necessari per la loro tutela durante il procedimento penale, e la protezione prevista dalla dir. (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23.10.2019 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell’Unione, vengono accordati ai *whistleblowers*, nonché, a chi denunci la commissione di reati ambientali o cooperi nella relativa azione di contrasto.

⁷³ In tema di smaltimento dei rifiuti, si pensi all’esempio domestico della Terra dei Fuochi dove grandi imprese del nord Italia delegavano alle associazioni mafiose locali il traffico e lo smaltimento illecito di rifiuti, causando un disastro ecologico e sanitario di proporzioni drammatiche. V., per approfondimenti, M. Palmisano, *Il traffico illecito di rifiuti nel Mediterraneo: fenomenologia e strumenti di contrasto*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2018, n. 1, 100 ss. Per quanto riguarda in particolare la criminalità dei rifiuti, «la gestione dei rifiuti è un’industria lucrativa e in rapido sviluppo, che attira sempre più criminali (...) Le imprese che gestiscono fasi diverse del ciclo dei rifiuti sono spesso ubicate in giurisdizioni diverse»: relazione del 2021 sulla valutazione della minaccia rappresentata dalla criminalità organizzata e dalle forme gravi di criminalità nell’Unione europea (SOCTA), *A corrupting influence: the infiltration and undermining of Europe’s economy and society by organised crime*, Europol 2021, 54.

⁷⁴ Il dato è disponibile in www.eea.europa.eu/ims/economic-losses-from-climate-related. V. anche i dati contenuti nella Raccomandazione della Commissione europea, 7.7.2023, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52023PC0419>, 1: secondo le stime ivi riportate le perdite annue connesse alla criminalità ambientale ammontano tra i 91 e i 258 miliardi di USD. Inoltre, secondo Interpol e il programma delle Nazioni Unite per l’ambiente, la criminalità ambientale è la quarta più grande attività criminale al mondo, dopo il traffico di stupefacenti, la tratta di esseri umani e la contraffazione, con un tasso di crescita annuo compreso tra il 5 % e il 7 %: i dati sono tratti da UNEP-INTERPOL *Rapid Response Assessment: The Rise of Environmental Crime June 2016*.

⁷⁵ In commento alla Risoluzione Falcone, v. A. Balsamo, *Il contrasto alla dimensione economica della criminalità organizzata: dall’impegno di Gaetano Costa alla “Risoluzione Falcone” delle Nazioni Unite*, in *Sist. pen.*, 12.11.2020; C. Orlando, *Crimine organizzato e pandemia: l’intervento programmatico della “Risoluzione Falcone”*, in www.lalegislazionepenale.eu 7.6.2021.

⁷⁶ Così, v. V. Oddi, *Ambiente e criminalità organizzata transnazionale: quale futuro per la cooperazione giudiziaria e di polizia?*, in www.lalegislazionepenale.eu 15.12.2022, 2.

Per quanto riguarda lo stato di avanzamento della riforma, il testo sui cui il trilatero ha raggiunto un accordo politico dovrà ora essere confermato dal Parlamento europeo e dal Consiglio, prima di passare attraverso la procedura formale di adozione. Qualora si pervenisse a un atto definitivo, l'attuale quadro normativo ed operativo sarebbe profondamente rinnovato. Secondo le tempistiche stabilite nella relazione di accompagnamento alla proposta⁷⁷, entro un anno dall'entrata in vigore della direttiva, gli Stati membri dovrebbero elaborare una strategia nazionale di lotta alla criminalità ambientale e definire un piano d'azione per il recepimento della direttiva, mentre - ai sensi dell'art. 24 - entro ventiquattro mesi dall'entrata in vigore gli Stati membri dovrebbero recepire la Direttiva nella legislazione nazionale.

4.2. Il 23.11.2022, sotto l'autorità del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa e del Comitato europeo per i problemi criminali (CDPC), è stato istituito il Comitato di esperti sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale (PC-ENV) con il compito di condurre dei negoziati formali per l'elaborazione di una nuova Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, al fine di stabilire delle norme comuni per una cooperazione internazionale rafforzata. Nel maggio 2023, il PC-ENV ha presentato il progetto di tale nuova Convenzione⁷⁸, che dovrebbe sostituire quella del 1998 sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale.

La Convenzione del 1998 – giova ricordarlo – rappresentò all'epoca una legislazione pionieristica e fu il primo strumento internazionale a contenere un elenco di reati ambientali, per la maggior parte strutturati come reati di danno o, al più, di pericolo concreto, commessi intenzionalmente o per negligenza, che gli Stati aderenti avrebbero dovuto trasporre in corrispondenti fattispecie penali nei rispettivi ordinamenti. Tuttavia, la Convenzione non entrò mai in vigore, in quanto non fu raggiunto il numero minimo necessario di ratifiche o adesioni.

Ebbene, la proposta di una riscrittura della Convenzione, adeguata alle istanze emergenti, si inserisce perfettamente nel quadro delle iniziative intraprese dalle Istituzioni europee nell'ambito degli obiettivi del *Green Deal*: tale iniziativa deve essere, dunque, salutata con favore in considerazione della necessità di realizzare una tutela dell'ambiente uniforme ed effettiva, sia sul piano preventivo⁷⁹, sia su quello della repressione delle manifestazioni criminologiche più significative.

L'iniziativa dovrà naturalmente coordinarsi con i lavori attualmente in corso per l'approvazione della nuova direttiva in tema di criminalità ambientale che abbiamo appena esaminato. Per ragioni di stretto coordinamento, non sarebbe stata peregrina l'idea di sospendere i lavori della nuova direttiva, almeno

⁷⁷ Relazione esplicativa della Commissione europea sulla Proposta di Direttiva del 2021, Bruxelles, 15.12.2021 COM(2021) 851 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0851&from=HU>, 18-19. Per quanto riguarda il monitoraggio, si prevede che due anni dopo la fine del periodo di recepimento, la Commissione deve presentare una relazione sul recepimento della Direttiva da parte degli Stati membri. Cinque anni dopo la fine del periodo di recepimento, la Commissione deve elaborare uno studio sull'efficacia della direttiva per valutarne il valore aggiunto. Oltre a queste procedure di monitoraggio, ogni due anni gli Stati membri devono presentare una relazione contenente informazioni relative alla direttiva, quali la loro strategia nazionale o le loro misure di coordinamento e cooperazione. Sulla base dei dati trasmessi dagli Stati membri, la Commissione elabora anche relazioni statistiche sulla criminalità ambientale.

⁷⁸ PC-ENV, Progetto di Convenzione, Strasburgo, 17.5.2023, PC-ENV(2023)04, disponibile in <https://rm.coe.int/pc-env-2023-04-eng-draft-convention-on-the-protection-of-the-environme/1680acbd44>. Maggiori informazioni sull'avanzamento dei lavori sono disponibili in www.coe.int/en/web/cdpc/pc-env.

⁷⁹ Rispondono alla logica del principio di prevenzione, ad es., gli obblighi ivi contenuti per gli Stati di adottare le necessarie misure legislative e di altro tipo per promuovere cambiamenti nei modelli di comportamento sociali e culturali al fine di sradicare usi, tradizioni e tutte le altre pratiche che possono causare danni sostanziali all'ambiente (art. 11, co. 3 del progetto di Convenzione, disponibile in <https://rm.coe.int/pc-env-2023-04-eng-draft-convention-on-the-protection-of-the-environme/1680acbd44>); e di promuovere programmi di sensibilizzazione, per aumentare la consapevolezza nel pubblico delle diverse manifestazioni della criminalità ambientale, delle sue conseguenze sull'economia, sulla salute pubblica, sulla sicurezza umana, sulla sicurezza alimentare, sui mezzi di sussistenza e sugli habitat e sulla necessità di prevenirlo (art. 13, co. 1 del progetto di Convenzione).

fino al momento dell'approvazione della Convenzione. Ad avviso, invece, della Commissione europea, tali lavori si svolgeranno «*parallelamente*»⁸⁰. A dimostrazione dell'intenzione di portare avanti simultaneamente i due progetti, nel suo studio di fattibilità⁸¹ il Consiglio ha precisato che le attività svolte per la redazione della Convenzione dovranno coordinarsi con i lavori sulla proposta della nuova direttiva. A tal fine, durante i negoziati, l'Unione dovrà essere messa in condizione di evitare discrepanze per quanto riguarda, rispettivamente, le definizioni giuridiche, la terminologia e gli obblighi definiti nella nuova direttiva sulla tutela penale dell'ambiente.

Dal punto di vista contenutistico, i reati, elencati dall'art. 17 all'art. 27 della proposta di Convenzione, sono per lo più tipicizzati sempre ricorrendo allo schema dei reati di danno e di pericolo concreto, sulla falsariga del modello già adottato nel testo del 1998: le condotte sono punibili se *provocano o possono provocare* la morte o lesioni gravi alle persone oppure danni rilevanti alla qualità dell'aria, del suolo, dell'acqua, della flora o della fauna. Nella maggior parte di casi (si pensi all'uccisione o il commercio di fauna o flora selvatiche⁸² o al deterioramento di *habitat* o di ecosistemi⁸³), si tratta di reati presi in considerazione anche nella proposta di direttiva. Vi sono, però, alcune discrasie: ad es., le fattispecie di pesca abusiva⁸⁴, di commercio di legname⁸⁵, di estrazione il traffico di minerali e metalli⁸⁶ e di ecocidio⁸⁷ sono contemplati nel progetto di Convenzione, ma non, invece, nella proposta di direttiva.

⁸⁰ Raccomandazione della Commissione europea, cit., 2.

⁸¹ Studio di fattibilità sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale "CDPC (2021) 9-Fin", citato nella Raccomandazione della Commissione europea, cit., n. 9. A tal fine, si legge nella raccomandazione, sarà essenziale mantenere contatti regolari tra le istituzioni e coordinarne gli sforzi, per quanto possibile, al fine di evitare contraddizioni.

⁸² L'art. 24 del progetto di Convenzione prevede come reato l'uccisione, la distruzione, la cattura, il possesso, la vendita, l'offerta in vendita, nonché il commercio di uno o più esemplari di specie di fauna o flora selvatiche, esclusi i casi in cui la condotta riguardi una quantità trascurabili. Per essere punibili le condotte devono essere illecite e intenzionali.

⁸³ L'art. 25, co.1 del progetto di Convenzione prevede come reato, se commesso illecitamente e intenzionalmente, il deterioramento di un *habitat*, o il disturbo delle specie animali all'interno di un sito protetto, quando tale deterioramento o disturbo è significativo.

⁸⁴ L'art. 23 del progetto di Convenzione prevede come reato l'attività di pesca abusiva condotta da pescherecci nazionali o stranieri, comprese la cattura, l'immissione sul mercato, la trasformazione, l'importazione o l'esportazione dei prodotti di tali attività, tranne i casi in cui la condotta riguarda un importo trascurabile quantità. La pesca mediante l'uso di esplosivi da pesca, corrente elettrica, armi da fuoco, pesca a strascico o sostanze soporifere o tossiche o altri strumenti o attrezzature che siano altrettanto distruttivi o non selettivi nei confronti della fauna selvatica, o che causino o possano provocare la distruzione di massa degli animali marini, delle piante e del loro ambiente. Tale fattispecie è stata prevista a seguito del primo incontro del marzo 2023; nel corso invece della seconda riunione, che si è svolta nell'ottobre 2023 la maggior parte delle delegazioni ha espresso parere favorevole alla sua soppressione: l'*iter* è pubblicato in www.coe.int/en/web/cdpc/pc-env.

⁸⁵ L'art. 22 del progetto di Convenzione prevede la punibilità del commercio, illecito e intenzionale, di legname e dei suoi prodotti derivati, esclusi i casi in cui la condotta riguardi quantità trascurabili.

⁸⁶ L'art. 26 del progetto di Convenzione prevede come reato l'estrazione e il commercio di minerali e metalli, nonché l'estrazione mineraria mediante l'uso di sostanze pericolose apparecchiature, dispositivi o sostanze chimiche, compreso l'uso di esplosivi, mercurio o cianuro. Il fatto è punito se tali condotte provochino o siano idonee a provocare la morte o gravi conseguenze lesioni a qualsiasi persona o danni sostanziali alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità dell'acqua, o a animali o piante.

⁸⁷ Con riferimento a quest'ultimo reato, nella bozza di Convenzione del maggio 2023 sono state elaborate due proposte all'art. 27. In base alla prima proposta, il reato di ecocidio consiste in qualsiasi comportamento che causi o possa causare la morte o lesioni gravi a qualsiasi persona o un danno sostanziale alla qualità di aria, la qualità di suolo o alla qualità dell'acqua, alla biodiversità, ai servizi e alle funzioni ecosistemiche, oppure ad animali o piante, quando tale condotta provoca danni gravi ed estesi, o gravi e di lunga durata, o gravi e irreversibili. In base alla seconda proposta, ritenuta preferibile nel corso della seconda riunione dell'ottobre 2023, l'ecocidio si configura di fronte a qualsiasi azione che rientra nell'ambito dei reati stabiliti dalla presente Convenzione, quando tale azione dà luogo, ed è commessa con la consapevolezza che esisteva una sostanziale probabilità che potesse provocare conseguenze gravi e

Per tutti i reati viene confermata la scelta a favore della previsione della clausola di illiceità speciale: in base all'art. 3 lett. b⁸⁸, le condotte sono punite se illecite, ossia se poste in essere in violazione di una legge, di un regolamento amministrativo o di una decisione adottata da un'autorità competente. Si tratta, invero, di una definizione alquanto scarna, che potrebbe dare luogo in futuro a problemi di coordinamento con la definizione contenuta nella proposta di direttiva, che invece - come abbiamo visto - precisa le fonti legislative di riferimento e, ad ulteriore chiarimento dell'ambito di applicazione della clausola, menziona anche l'ipotesi in cui la condotta sia conforme ad una decisione dell'autorità competente, ma sia stata ottenuta tramite corruzione, estorsione o coercizione.

Si prevede, inoltre, la punibilità dei reati elencati anche a titolo di favoreggiamento e di tentativo (art. 28); mentre, sotto il profilo della colpevolezza, è sempre richiesta l'intenzionalità. A differenza della proposta di direttiva, quindi, non si contempla punibilità per grave negligenza.

Non esistono dei limiti edizionali minimi o massimi per le pene previste per le persone fisiche: si prevede solo - alla stessa stregua della direttiva del 2008 - che le pene debbano essere effettive, proporzionate alla gravità del reato e dissuasive (art. 31), senza tuttavia indicare delle precise cornici edizionali. Sono previste anche molteplici circostanze aggravanti⁸⁹, che ricalcano quelle comprese nel progetto di direttiva, mentre non sono previste attenuanti.

Quanto alla responsabilità delle persone giuridiche, al secondo comma dell'art. 31 della proposta di Convenzione, si rimette agli Stati firmatari la scelta in ordine alla natura della sanzione, che potrebbe essere anche non penale, purchè effettiva, proporzionata e dissuasiva. Tra le sanzioni prese in considerazione vi sono l'interdizione temporanea o permanente dall'esercizio dell'attività commerciale, l'esclusione dal diritto a ricevere benefici o aiuti pubblici, l'esclusione temporanea o permanente dall'accesso ai finanziamenti pubblici, comprese le procedure di bando, alle sovvenzioni e concessioni e revoca di permessi e autorizzazioni, la messa sotto controllo giudiziario, e financo l'emissione di un provvedimento giudiziale di liquidazione.

Per quanto riguarda lo stato di avanzamento della proposta, si sono già tenute due riunioni per negoziare il testo del progetto di convenzione: la prima nell'aprile 2023⁹⁰ e la seconda nell'ottobre dello stesso anno⁹¹; mentre il terzo incontro è previsto per la fine di febbraio 2024 e il termine (programmatico) per l'adozione del testo definitivo è stato fissato per il 30.6.2024⁹².

Una volta divenuta definitiva, la proposta di Convenzione sarà aperta alla firma, per ratifica, accettazione o approvazione, da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa e degli Stati non membri che hanno partecipato alla sua elaborazione e dell'U.E. Secondo le tempistiche stabilite all'art. 50 del progetto, la Convenzione entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi dalla data in cui dieci firmatari, tra cui almeno otto Stati membri del Consiglio d'Europa, avranno espresso il loro consenso ad essere vincolati dalla Convenzione.

diffuse, o gravi e a lungo termine, o danni gravi e irreversibili alla salute umana o all'ambiente. Per approfondimenti, v. www.coe.int/en/web/cdpc/pc-env.

⁸⁸ V. art. 3 lett b) del progetto di Convenzione secondo cui «*the term "unlawful" shall mean infringing a law, an administrative regulation or a decision taken by a competent authority*».

⁸⁹ Sono previste circostanze aggravanti se il reato ha cagionato danni gravi ed estesi, o gravi e duraturi, ovvero gravi ed irreversibili alla salute umana o all'ambiente; se il reato è stato commesso nell'ambito di un'organizzazione criminale; se il reato ha comportato l'utilizzo di documenti falsi o alterati da parte del colpevole; se il reato è stato commesso da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni; se l'autore del reato è stato precedentemente condannato per reati previsti dalla presente Convenzione (art. 32 del progetto di Convenzione).

⁹⁰ Consiglio d'Europa, *Committee of experts on the protection of the environment through criminal law (pc-env)*, 1° incontro, 3-4.4.2023 Strasburgo. All'esito di tale incontro è stato redatto il progetto di Convenzione, disponibile in <https://rm.coe.int/pc-env-2023-04-eng-draft-convention-on-the-protection-of-the-environment/1680acbd44>.

⁹¹ Consiglio d'Europa, *Committee of experts on the protection of the environment through criminal law (pc-env)*, 2° incontro, Strasburgo, 16-18.10.2023

⁹² *Terms of reference of the Committee of Experts on the protection of the environment through criminal law (PC-ENV)*, disponibile in https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a91ebb#globalcontainer.

5. In chiusura d'indagine, focalizzeremo l'attenzione sui possibili riflessi interni delle riforme europee: a tal fine, è necessario tener conto che si tratta di considerazioni legate allo stato *in progress* dei progetti. Nel corso dei lavori, i testi su cui è stato raggiunto l'accordo politico non sono ancora definitivi: l'analisi non può, pertanto, riguardare le conseguenze applicative della normativa di dettaglio (che è ancora in divenire), ma solo cogliere, con uno sguardo dall'alto, le linee portanti delle riforme e il loro impatto nella legislazione interna in termini di politica criminale. Un'analisi più specifica ed approfondita sarà possibile solo a riforme completate, con l'approvazione definitiva dei testi normativi.

Ciò premesso, una delle questioni più complesse e delicate in ordine alle ricadute interne delle riforme europee in tema di criminalità ambientale attiene agli obblighi positivi di criminalizzazione. Alcune delle fattispecie descritte nei progetti non sembrano, in effetti, essere contemplate come reati nel nostro ordinamento: nel caso di approvazione, ciò comporterebbe per il legislatore nazionale l'obbligo (nel caso della direttiva, automatico; nel caso della Convenzione, mediato dalla firma) di adeguare la normativa interna agli obblighi di fonte sovranazionale. In relazione ad alcune di tali fattispecie - come l'estrazione illegale di acque⁹³ - il legislatore interno avrebbe l'obbligo di introdurre delle ipotesi *ad hoc*, tendenzialmente, ricalcando, in linea di continuità con la direttiva del 2008, la tecnica di tipizzazione incentrata sulla previsione di fattispecie di danno e di pericolo concreto del bene ambientale.

Viceversa, un segnale di discontinuità sembrerebbe registrarsi in relazione a quelle fattispecie incriminatrici (v., ad es., il riciclaggio di navi⁹⁴) in cui le Istituzioni europee hanno mostrato di voler anticipare la soglia di rilevanza penale, ampliando il catalogo dei reati di pericolo astratto e strutturando le fattispecie in illeciti formali, di mera disobbedienza. Sul piano interno, i vantaggi di una simile anticipazione della tutela risiederebbero non solo nell'evitare che la sanzione penale

⁹³ Per quanto riguarda l'estrazione illegale di acque, l'art. 3 della proposta di direttiva prevede l'obbligo per gli Stati membri di punire l'estrazione di acqua di superficie o di fondale che provochi o possa provocare danni rilevanti allo stato o al potenziale ecologico dei corpi idrici superficiali o allo stato quantitativo dei corpi idrici sotterranei. Per quanto non si rinvenga una fattispecie dal tenore analogo nel nostro TuA, la punibilità di simili condotte potrebbe forse essere assicurata nel nostro ordinamento, come *species* del più ampio genere dell'eco-delitto di inquinamento ambientale di cui all'art. 452-*bis* c.p. Infatti, la scelta del nostro legislatore di tipizzare l'inquinamento ambientale come reato a forma libera permetterebbe *a fortiori* di ricondurre anche la specifica modalità dell'estrazione di acqua di superficie o di fondale. Resterebbe da verificare se tra le due ipotesi vi sia coincidenza quanto all'evento offensivo del reato, essendo in un caso richiesto un *danno rilevante* allo stato o al potenziale ecologico dei corpi idrici superficiali o sotterranei (nella proposta di direttiva) e nell'altro un danno *significativo e misurabile* alle matrici ambientali (nell'art. 452-*bis* c.p.). Certo, al fine di evitare che venga di fatto demandata alla giurisprudenza l'operazione interpretativa di definire il concetto di corpo idrico superficiale o sotterraneo, sarebbe senz'altro preferibile un intervento legislativo che introduca un'autonoma previsione incriminatrice in adempimento specifico degli obblighi europei di criminalizzazione.

⁹⁴ Il riciclaggio di navi, ossia l'attività di demolizione completa o parziale delle navi a fine vita in un impianto di riciclaggio allo scopo di recuperare le componenti e i materiali da riutilizzare, parrebbe rientrare nell'ambito applicativo degli illeciti amministrativi previsti ai sensi degli artt. 3-7 d.lgs. 30.7.2020, n. 99. Tuttavia, tenuto conto della gravità del fenomeno e della sua particolare incidenza come fonte d'inquinamento marino, in dottrina è stato avanzato il dubbio se le navi abbandonate o dismesse possano rientrare nel concetto di rifiuti ai sensi dell'art. 183, lett. a TuA (v. D. Castronuovo, *Relitti o rifiuti? La complessa qualificazione giuridico-penale delle navi abbandonate*, in www.sistemapenale.it, 30.6.2020, *passim*): in caso affermativo, il loro riciclaggio illegale potrebbe rientrare nella disciplina penalistica dettata in tema di gestione non autorizzata di rifiuti. Secondo l'A., nonostante l'indeterminatezza della nozione di rifiuto adottata dal nostro TuA, da intendersi come qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o abbia l'obbligo di disfarsi, le navi dismesse sembrerebbero rientrare in tale nozione solo in alcuni casi particolari. Ad eccezione, quindi, di alcune limitate ipotesi, le navi abbandonate o dismesse non rientrerebbero nel concetto di rifiuto, non potendo il loro riciclo illegale essere assoggettato alla disciplina penalistica: è probabile, pertanto, che, per adempiere agli obblighi di criminalizzazione, il legislatore nazionale debba convertire gli illeciti amministrativi previsti ai sensi degli artt. 3-7 d.lgs. 99/2020 in altrettante fattispecie di reato.

intervenga “troppo tardi”, a danno ormai avvenuto⁹⁵, ma anche nell’aggirare il problema dell’accertamento causale⁹⁶, che in materia ambientale riguarda sia gli eventi dannosi macroscopici ed immediati, sia, soprattutto, quelli lungo-latenti (ossia le forme di contaminazione ambientale di tipo storico-progressivo, generatasi per stratificazione di inquinamenti successivi, in un lungo arco di tempo e con forme subdole e latenti⁹⁷). Non sfuggono, tuttavia, le possibili criticità di una simile tecnica di tipizzazione in punto di riconoscibilità del precetto⁹⁸, dato che si verrebbe a sostituire una regola cautelare con una regola precauzionale basata sulla probabilità di un rischio, difficilmente prevedibile *ex ante*⁹⁹ (si pensi, *retro* § 4.1, alla punibilità del tentativo di un tentativo o dei reati di rischio).

⁹⁵ Sull’importanza del principio di precauzione nel diritto penale ambientale, v. G. De Francesco, *Note brevi sulla ‘questione ambientale’. Una lettura evolutiva delle esigenze e dei livelli della tutela*, in www.la legislazione penale.eu 30.10.2023, 3 ss., il quale, consapevole della dimensione ultragenerazionale del bene ambientale, riflette sull’opportunità di fissare dei valori soglia precauzionali che tengano conto delle proiezioni lungo latenti delle condotte offensive. In generale, cfr. D. Castronuovo, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell’incertezza nella struttura del reato*, Roma 2012; D. Castronuovo, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del “penale” nella giurisprudenza della Cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 21.7.2021, passim; G. Forti, *Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità, una lettura del principio di precauzione*, in *Criminalia* 2006, 155 ss.; F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia* 2006, 237 ss.; C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini – C.E. Paliero, Milano 2006, 1743 ss. Sul diritto penale dell’ambiente come diritto penale del rischio, cfr. C. Prittwitz, *Il diritto penale dell’ambiente. Principi generali, teoria e prassi in prospettiva comparata*, in *RTrimDPenEc* 2010, 487 ss.

⁹⁶ Invero, secondo A. Bell, *Brevi note (scettiche) sull’opportunità di introdurre una nuova categoria di delitti di pericolo individuale*, in *La riforma dei delitti contro la persona*, cit., 875 ss., fornire la prova dell’aumento del rischio nei reati di pericolo non sarebbe impresa meno ardua del fornire la prova della causalità. Il motivo risiederebbe nella difficoltà del giudice di individuare i valori-soglia cui rivolgere l’attenzione ai fini del giudizio sul pericolo. Tra coloro che hanno messo in luce alcune criticità derivanti dal fatto che i valori-soglia siano determinati talora su un livello di rischio precauzionale o addirittura ultra-precauzionale, v. M. Caterini, *Effettività e Tecniche di tutela nel diritto penale dell’ambiente*, Napoli 2017, 83 ss.; F. D’Alessandro, *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano 2012, 255 ss.; P. Patrono, *La tutela penale dell’ambiente: dal diritto penale del rischio al rischio di diritto penale*, in *RTrimDPenEc* 2017, 3-4, 597 ss.; E. Penco, *Limiti soglia e responsabilità colposa. Il ruolo incerto delle soglie quantitative dalla colpa specifica al rischio consentito*, in *RIDPP* 2019, 200 ss. In generale, sui reati di pericolo, v. *amplius*, G.P. Demuro, *Il pericolo e la sua pena: tra proporzionalità e ne bis in idem*, in *RIDPP* 2023, 3, 901 ss., il quale, pur riconoscendo che l’assunzione da parte dello Stato di compiti di natura solidaristica possa condurre all’anticipazione della tutela penale per beni di particolare rilevanza per la comunità, pone in evidenza come la legittimità costituzionale dei reati di pericolo sia strettamente condizionata al rispetto del principio di proporzionalità.

⁹⁷ V. C. Ruga Riva, *I reati ambientali, La riforma dei delitti contro la persona*, cit., 824 ss., secondo cui le notevoli difficoltà probatorie sono connesse anche alla complessa eziologia tipica degli inquinamenti che si producono in zone fortemente industrializzate. Il problema dell’accertamento causale risiederebbe, altresì, nel raffronto – non sempre possibile nei contesti fortemente antropizzati – fra la situazione ambientale *post*-evento e quella precedente, per l’impossibilità di disporre di pregressi dati scientifici sullo stato ecosistemico antecedente all’evento inquinatore. Sui problemi di accertamento causale, con riferimento specifico ai reati climatici, v. A. Nieto Martín, *Don’t look up: le risposte del diritto penale alla crisi climatica*, in www.sistemapenale.it 7.10.2022, pag. 7 ss. secondo cui i reati climatici – distinti da quelli ambientali – si caratterizzerebbero per il fatto di essere dei reati di accumulo, cioè dei reati concepiti in modo da affrancarsi dalla necessità di dimostrare l’idoneità di un singolo comportamento lesivo ad alterare il clima. Si dovrebbe ricorrere, per tali fattispecie, al modello di tutela accessorio, dato che solo il diritto amministrativo potrebbe definire il livello di rischio consentito nei comportamenti individuali e imprenditoriali.

⁹⁸ Per un’analisi in tema di riconoscibilità dei comportamenti penalmente rilevanti in materia penale si rimanda a G. Rotolo, *Riconoscibilità” del precetto penale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell’ambiente*, Torino 2018. Sull’importanza dell’accertamento del contenuto offensivo della condotta, anche se sotto il profilo della valutazione della compatibilità con la causa di non punibilità di cui all’art. 131-bis Cp, v. C. Bernasconi, *Reati ambientali e particolare tenuità del fatto*, in www.la legislazione penale.eu 22.9.2017.

⁹⁹ Sulla tendenza a sostituire la causalità con il canone dell’aumento del rischio ed a convertire in senso precauzionale il contenuto di norme cautelari, v. *amplius* A. Gargani, *La “flessibilizzazione” giurisprudenziale delle categorie*

Un cenno a parte merita, poi, la discussa fattispecie di ecocidio. Al netto delle proposte volte ad inserire l'ecocidio tra i crimini internazionali contro l'umanità¹⁰⁰ e del fatto che non esiste ancora una definizione internazionale condivisa di tale nozione¹⁰¹, nella proposta di Convenzione è stato inserito l'obbligo di criminalizzazione anche di tale fattispecie, individuata - secondo la soluzione ritenuta preferibile in sede di lavori - in qualsiasi azione che rientri nell'ambito dei reati stabiliti nella Convenzione stessa e che sia stata commessa con la consapevolezza della sostanziale probabilità di provocare conseguenze gravi e diffuse, o gravi e a lungo termine, o gravi e irreversibili danni alla salute umana o all'ambiente¹⁰². La formulazione prescelta sembrerebbe esporsi, però, ad alcune critiche. Contravvenendo al principio del *nullum crimen sine actione*, l'integrazione del fatto tipico sembrerebbe dipendere più dalla volontà criminosa (la *consapevolezza della probabilità* di arrecare un danno all'ambiente) che dalla modalità della condotta. Infatti, secondo le definizioni proposte, a qualificare il fatto tipico non sarebbe tanto la condotta in sé, quanto piuttosto l'atteggiamento psicologico dell'agente, in termini di consapevolezza della pericolosità della condotta.

Al di là, poi, degli obblighi di criminalizzazione, il compito cui sarà ben presto chiamato il legislatore italiano in sede di recepimento appare impegnativo anche in considerazione della necessità di adattare la normativa nazionale a tutto il complesso apparato di norme previsto, sia per le persone fisiche sia per quelle giuridiche, in termini di trattamento sanzionatorio, cornici edittali, circostanze del reato, prescrizione e sanzioni accessorie.

Si pensi in proposito alla commisurazione della pena: la proposta di direttiva prevede all'art. 5, per i reati commessi dalle persone fisiche, dei limiti massimi di pena detentiva ordinati in cinque diversi livelli di gravità (rispettivamente di almeno tre, cinque, otto anni di pena detentiva massima ovvero di almeno cinque e dieci anni nei casi dal fatto sia derivata la morte di una persona). La previsione di tali limiti imporrà al nostro legislatore di verificarne la corrispondenza con le pene detentive massime previste a livello interno. In proposito, se non sembrano presentarsi particolari problemi in relazione alle pene previste per gli eco-delitti, che si contraddistinguono per il loro rigore sanzionatorio, qualche scollatura tra le pene previste a livello sovranazionale e quelle interne potrebbe emergere in relazione alle contravvenzioni previste nel TuA. A titolo esemplificativo, le contravvenzioni in tema scarichi di acque reflue industriali (art. 137 TuA) prevedono nella maggior parte dei casi come pena detentiva massima l'arresto sino a due anni, mentre i reati elencati all'art. 3(2) dalla lett. a) alla lett. j della proposta di direttiva devono essere puniti, in base a quanto previsto all'art. 5 co. 4 della medesima, con una pena detentiva non inferiore nel massimo a cinque anni.

Anche sotto il profilo delle circostanze del reato e delle sanzioni accessorie i progetti europei prevedono una disciplina dettagliata. Così, ad es., mentre le attenuanti previste all'art. 9 della proposta di direttiva, che si riferiscono al comportamento collaborativo dell'agente dopo la commissione del fatto, sembrano sovrapporsi alla nostra attenuante ad effetto speciale del ravvedimento operoso di cui all'art. 452-*decies* c.p., senza che vi sia la necessità, almeno per quanto riguarda gli eco-delitti, di interventi adattivi da parte del nostro legislatore; lo stesso non potrebbe dirsi per alcune delle aggravanti previste all'art. 8 che, invece, non sono contemplate nel nostro ordinamento, come l'aver

classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie del rischio, in www.la legislazione penale.eu 2011, 2, 405 ss.

¹⁰⁰ V. il progetto di Convenzione contro l'ecocidio e la proposta di Convenzione contro la criminalità ambientale transnazionale.

¹⁰¹ Sul problema definitorio v. E. Fronza, *Sancire senza sanzionare? Problemi e prospettive del nuovo crimine internazionale di ecocidio*, in www.la legislazione penale.eu 17.3.2021; L. Scollo, *Ecodelitti ed ecomafie nella prospettiva della corte penale internazionale*, in www.la legislazione penale.eu 30.10.2023.

¹⁰² A tale definizione, si sovrappone quella proposta dalla Commissione giuridica del Parlamento europeo, come emendamento, poi non accolto, del progetto di direttiva, secondo cui l'ecocidio consisterebbe nella «azione illecita e volontaria commessa sapendo che esiste una probabilità sostanziale di arrecare danni gravi e diffusi o a lungo termine all'ambiente»: così, v. la relazione disponibile in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0087_IT.html#_section2.

commesso il fatto attraverso l'uso di documenti falsi o contraffatti o l'aver posto in essere dei comportamenti ostativi all'accertamento del danno ambientale.

In definitiva, i progetti attualmente al vaglio delle Istituzioni europee mostrano il mutamento dell'approccio strategico dell'Unione, che si traduce nel passaggio da un modello *minimalista*, incentrato sulla previsione di poche norme e definizioni vaghe, ad un modello "*integrale*", caratterizzato da un dettato normativo articolato e di dettaglio.

In ragione di un più efficace contrasto della criminalità ambientale, i vantaggi auspicati sono quelli del raggiungimento dell'armonizzazione europea e - per espressa dichiarazione - di un più efficace contrasto delle attività poste in essere dalle organizzazioni transfrontaliere. Il nuovo modello comporterà prevedibilmente una notevole compressione degli spazi di discrezionalità interna¹⁰³: pur lasciando liberi gli Stati membri di apprestare una tutela più incisiva laddove le specifiche ragioni nazionali di politica criminale lo richiedano¹⁰⁴ e le esigenze di bilanciamento con gli interessi in gioco lo permettano¹⁰⁵, i nuovi e più intensi vincoli di fonte sovranazionale sono destinati a riscrivere, a livello europeo, lo *standard* minimo di tutela in materia di criminalità ambientale.

¹⁰³ Il nuovo processo di armonizzazione, cui saranno chiamati i legislatori nazionali in sede di recepimento del progetto di direttiva contro la criminalità ambientale, è stato definito come "armonizzazione 2.0", nella relazione scritta diffusa da A. Nieto Martín in occasione del convegno "*I novellati artt. 9 e 41 Cost.: l'ambiente nel delicato equilibrio tra mercato, amministrazione e giustizia penale*" svoltosi a Pisa il 24- 25.11.2023. Il timore è che il nuovo approccio metodologico possa dar luogo al c.d. *paradosso* dell'armonizzazione penale, nel senso di aumentare le *chances* di armonizzazione a discapito di un impoverimento delle garanzie storicamente attribuite alla riserva di legge. Sul punto, v. A. Cavaliere, *Legalità e offensività negli orientamenti politico-criminali della normativa europea*, in *Legalità e diritto penale dell'economia. Studi in onore di Alessio Lanzi*, cit., 64 ss. Le frizioni con il principio di legalità sono ben evidenziate anche da F. Consulich, *Il giudice e il mosaico*, op. cit., 7 ss.

¹⁰⁴ V. artt. 1 del progetto di direttiva e del progetto di Convenzione.

¹⁰⁵ A proposito della necessità di un bilanciamento in materia ambientale tra i molteplici interessi in gioco v. *amplius* G. De Francesco, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino 2004, 64 ss. il quale fa riferimento alla necessità di una più profonda interazione «tra il momento c.d. *ecocentrico* e quello *antropocentrico* della dimensione ambientale», in quanto destinanti, nel loro insieme, ad esprimere quella relazione essenziale tra l'uomo e l'ambiente che «rappresenta il momento più significativo e qualificante di un programma di tutela alieno da aprioristiche (ed anacronistiche) prese di posizione "ideologicamente" condizionate».

RIFORMA CARTABIA E MESSA ALLA PROVA: UNA SPINTA, TRA LUCI ED OMBRE, VERSO L'EFFETTIVITÀ DEL MODELLO RIPARATIVO

di Susi Campanella (*Professoressa incaricata di diritto processuale penale, Accademia Navale di Livorno*)

Si sa che il legislatore ha nel tempo ritagliato spazi capaci di accogliere le misure riconducibili al paradigma riparativo, oggi compiutamente delineato dalla riforma Cartabia, e la sospensione con messa alla prova ne costituisce l'esempio più significativo. Il programma di trattamento ha da sempre annoverato infatti una serie di istituti tutti ascrivibili al classico paniere della *restorative justice* e strumentali all'obiettivo proprio di quel modello: non già la punizione del colpevole, ma la soluzione del conflitto originata dal reato attraverso l'esaltazione del ruolo della vittima, l'autoresponsabilizzazione delle parti e la gestione condivisa del conflitto. Dunque, accantonata la logica della pena come raddoppio del male e legittimato esplicitamente il ricorso a strumenti di giustizia riparativa, la prova "per i maggiorenni" rappresenta, *a fortiori*, un punto di vista privilegiato per riflettere sulla effettiva e concreta prospettiva di implementazione dei percorsi riparativi nel tessuto applicativo.

As widely known, with the Cartabia Reform, restorative justice has finally been introduced into the penal system. To achieve this, the lawmaker opted to graft the model of reparation into those well-established procedural mechanisms that traditionally merge the goal of reducing legal processes with the exaltation of the victim's role, the self-accountability of the involved parties, and the shared management of conflicts. Among these, undoubtedly, a prominent place is held by the probation for adults, which, since its inception, has been the ideal tool for implementing the principles of Restorative Justice. The aim of the paper is to examine whether such probation can be considered an intriguing angle for analyzing the actual and concrete perspective of enhancing restorative justice within the legal framework.

SOMMARIO: 1. Una prospettiva prevedibile: l'immissione della giustizia riparativa nel contesto della messa alla prova. – 2. Sulle orme di un cammino avviato. – 3. Non più propaggini di giustizia riparativa nel programma di trattamento. – 4. La *vis expansiva* del perimetro della M.A.P. – 5. Innesti problematici. Giustizia riparativa e persone giuridiche: prove di coabitazione. – 6. M.A.P. *in action* tra novità e segnali di un palpabile disagio. Ritmi, contenuti e forme procedurali della proposta del pubblico ministero.

1. Il destino era già lì.

È con queste parole che si può sintetizzare la straordinaria capacità della sospensione del processo con messa alla prova (da qua in poi M.A.P.) di contribuire alla realizzazione di un modello di giustizia innovativo che travalica gli schemi tradizionali di risposta all'illecito: il reato inteso non solo quale inosservanza della prescrizione che, in una prospettiva solipsistica, determina il verificarsi della sanzione, ma come frattura di un legame sociale tra gli "individui" protagonisti in carne ed ossa di una vicenda penalmente rilevante e tra ciascun "individuo" e la collettività intera.

Perché la M.A.P. – si potrebbe dire con una battuta che ne rivela la propensione teleologica – porta con sé l'idea di un "intervento riparativo" della giustizia.

Certo, all'inizio in via sperimentale, con le dovute cautele, dato che la misura è comunque costruita secondo la concezione tradizionale del diritto punitivo e del suo paradigma retributivo¹ – prova ne è

¹ Per una descrizione in termini di coercizione e di ritorsione del modello "classico" del diritto penale, fondato sulla relazione rappresentata dal binomio colpevolezza per il fatto-pena, v., di recente, A. Ciavola, *La lenta affermazione della*

la scelta di calare la M.A.P. all'interno dell'ordinamento quale deviazione dal percorso ordinario del procedimento come forma di *diversion* – ed è la ricostituzione delle relazioni sociali in funzione responsabilizzante il perno su cui ha atavicamente incentrato in via prioritaria il proprio *focus* di tutela², con ciò per vero mutando in parte inquadratura rispetto alla tensione rieducativa che invece ne connota tradizionalmente la fisionomia nell'ambito del rito minorile³, da tempo considerato pionieristico nell'accoglimento e nell'elaborazione di percorsi di giustizia riparativa per il suo essere più incline alla logica del perdono e della riconciliazione⁴.

Giustizia riparativa: tra sperimentazioni, equivoci e prospettive, in 2° Rapporto nazionale sulla giustizia riparativa in area penale, a cura di I. Mastropasqua-N. Buccellato, Roma 2023, 46.

² ...con ciò esprimendo «la volontà di sfruttare un istituto, atavicamente preposto a creare alternative rieducative alla detenzione, in ossequio a una insolita eterofunzione special-preventiva antecedente all'accertamento penalistico. Come dire, con un'ardita metafora, che un vestito altrui per quanto modificato con un lavoro di alta sartoria (legislativa) resterà pur sempre un abito prestato, per quanto lo si possa adattare»: efficacemente, in questi termini, G. Barrocu, *La procedura penale messa alla prova. Quale spazio per la giustizia riparativa?*, in PPG 2023, f. str. 5, 67. Il fatto che la M.A.P. sia iscritta nel vasto campionario degli strumenti propedeutici alla deflazione non deve dunque trarre in inganno. E le ragioni appaiono lineari. Non si tratta, infatti, di una deflazione “tradizionale”, tutta chiusa in una ristretta ed efficientistica prospettiva procedimentale ed organizzativa: il ricorso alla M.A.P. produce la fuoriuscita precoce dei casi criminali di media gravità dal circuito della trattazione giudiziaria per gestirlo con uno strumentario “ispirato” ad una logica compositiva nei rapporti tra colpevole e comunità offesa e perciò differente da quello processuale e punitivo tradizionale, salvo poi riappropriarsi del risultato del percorso alternativo declinandolo, se positivo, nelle forme dell'estinzione del reato, e dunque in una prospettiva penalisticamente significativa che finisce per “schiacciare” gli aspetti di economia processuale. Ha prontamente criticato, fin dal suo esordio normativo, la riduzione ad una logica meramente deflativa della M.A.P., C. Conti, *La messa alla prova a un anno dalla legge n. 67 del 2014. Problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in GI 2015, 12. In termini analoghi C. Cesari, *La sospensione della messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, in LP 2014, 513, che osserva come gli scopi deflattivi «sembr[i]no essere la parte più fragile della *ratio* dell'istituto». Parla di duplice anima della M.A.P., in quanto istituto ispirato ad una finalità tanto specialpreventiva quanto premiale, R. Bartoli, *La sospensione del processo con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in DPP 2014, 663. In senso conforme, v. V. Bonini, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 28.11.2018, 8, per la quale «l'indubbia rilevanza processuale dell'istituto deve, però, essere collocata all'interno di un orizzonte sistematico più vasto, ove si apprezzano inserzioni di sapore specialpreventivo che rivelano la natura ancipite della messa alla prova»; *contra*, A. Madeo, *Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto: una ratio deflattiva comune nella “riforma Cartabia”*, *ivi*, 28.11.2022, 21; E. Banchi, *Le modificazioni apportate alla disciplina della messa alla prova*, *ivi*, 6.2.2023, 12; S. Tarantino, *Probation dell'imputato maggiorenne e profili riparativi*, in *Giustizia e mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota*, a cura di S. Dalla Bontà-E. Mattevi, Napoli 2022, 102.

³ Per questa osservazione V. Bonini, *La progressiva sagomatura*, cit., 2. L'eterogeneità di funzione tra la messa alla prova minorile e quella dedicata ai maggiorenni – nonostante il medesimo *nomen juris* utilizzato dal legislatore – è stata illustrata in più occasioni dalla Consulta che ha rilevato come «l'una [abbia] finalità essenzialmente rieducativa, l'altra viceversa [sia] connotata da innegabili tratti sanzionatori»: così, C. cost., 6.7.2020 n. 139, in www.sistemapenale.it, 10.2.2021. Negli stessi termini ancora C. cost., 24.4.2020 n. 75; Id., 29.3.2019, n. 68, in www.penalecontemporaneo.it, 1.4.2019; Id., 29.3.2019, n. 68, in FI 2020, I, 2239. Dunque, tra i profili distintivi dei due istituti viene evidenziato dalla Corte quello correlato agli obiettivi di deflazione processuale, presenti nella messa in prova per gli adulti e totalmente estranei, invece, alla messa alla prova dell'imputato minorenni, la cui disciplina appare orientata in senso rigorosamente personologico. In senso conforme v. Cass. 5.12.2017 n. 16358, B., in CEDCass, m. 272707. Si noti che C. cost., 14.4.1995 n. 125, in GCos 1995, 972 ss., aveva rimarcato la finalità essenzialmente rieducativa della messa alla prova minorile ancora prima che – con la l. 28.4.2014 n. 67 – l'istituto fosse esteso all'adulto, essendosi osservato in quell'occasione che proprio detta finalità avesse indotto il legislatore a non subordinare la messa alla prova al consenso del minore, né a quello del pubblico ministero, viceversa affidandola unicamente alla discrezionalità del giudice.

⁴ Sorretto dal principio di “minima offensività” e in linea con le logiche di maturazione e responsabilizzazione che quel sistema mira ad attivare precocemente nei confronti del minore, il procedimento penale minorile – che impone di allontanare rapidamente il giovane indagato/imputato dal circuito penale, per sottrarlo al pericolo delle ripercussioni negative inevitabilmente connesse alle dinamiche giudiziarie – ha infatti rappresentato il laboratorio per eccellenza di pratiche riparative: per questa sottolineatura, v. G. Di Paolo, *La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.1.2019, 4; parla di «sperimenti-pilota» in quel settore della giustizia, resi possibili «[d]alla particolare sensibilità culturale di una parte della magistratura e della dottrina penalistica», F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte I «disciplina organica» e aspetti di*

Tuttavia, come si diceva, anche quando ricucire lo strappo causato dal reato ponendo al centro dell'esperienza penale la persona era solo una "pratica" riconoscibile nelle pieghe del sistema, a beneficio personale delle parti senza alcuna rilevanza sul processo ordinario, è stata proprio la disciplina della M.A.P. a costituire uno dei vettori principali⁵ per iniziare ad applicare la *restorative justice*⁶ (d'ora in avanti *R.J.*), spostando il baricentro della politica giudiziaria (ma prima ancora il quadro culturale di riferimento) verso un modello "consensuale" di risoluzione dei conflitti: il legislatore, nel definire il contenuto delle prescrizioni, ha infatti sin da subito introdotto un'esplicita

diritto sostanziale, in www.sistemapenale.it, 27.2.2023, 2. La letteratura sulla messa alla prova dell'imputato minorenni è particolarmente significativa. In argomento, tra i tanti contributi sul tema, si veda M.G. Basco-S. De Gennaro, *La messa alla prova nel processo penale minorile*, Torino 1997; C. Cesari, *Commento all'art. 28*, in *Il processo penale minorile. Commento al d.P.R. 448/1988*, a cura di G. Giostra, IV ed., Milano 2016, 356 ss.; Ead., *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *ED Annali IX*, Milano 2015; Ead., *Le strategie di diversione*, in *Procedura penale minorile*, a cura di M. Bargis, IV ed., Torino 2021, 227 ss.; A. Ceretti, *Mediazione*, in *Il processo penale dei minori. Quale riforma per la giustizia*, a cura di G. Giostra, Milano 2005, 91 ss.; N. Triggiani, *La messa alla prova dell'imputato minorenni trenta anni dopo. Fondamento, presupposti, esperienze*, in *Annali del Dipartimento Jonico* 2019, 517 ss. In tema di accertamento della responsabilità e rito minorile, cfr., per tutti, S. Ciampi, *Sospensione del processo penale con messa alla prova e paradigmi costituzionali: riflessioni de iure condito e spunti de iure condendo*, in *RIDPP* 2009, 1990 ss. Per un affresco delle prassi "virtuose" di *restorative justice*, che, grazie alla base legale offerta dalla riforma del 2022, potranno essere messe "a sistema" nel processo penale minorile, v. L. Pulito, *Giustizia riparativa e processo minorile nelle prospettive della c.d. "Riforma Cartabia"*, in www.archiviopenale.it, 6.4.2022, nonché A. Ciavola, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *PPG* 2023, f. str. 5, 67-70.

⁵ Si cimentano in una ricognizione degli istituti che, fino ad oggi, maggiormente si sono avvicinati ad un'idea "riparativa" di giustizia, E. Mattevi, *Una giustizia più riparativa*, cit., 260 ss., e M. Colamussi-A. Mestiz, voce *Giustizia riparativa* (*restorative justice*), in *Dig. disc. pen.*, Agg. 2010, Torino, 423 ss.. Osserva, tuttavia, E. Dolcini, *Il paradosso della giustizia penale del giudice di pace: non punire come scelta razionale, non punire per ineffettività della pena*, in *RIDPP* 2020, 1219, che spesso «le logiche riparative e conciliative, pur assurte al rango di principio informatore, come accaduto nel procedimento penale davanti al giudice di pace, non sono riuscite ad irradiare di luce nuova un settore della giustizia penale che, al netto dei proclami legislativi, non si è visto consegnare strumenti, condizioni operative e percorsi formativi necessari a lavorare nel segno del principio conciliativo». Sulla stessa linea V. Bonini, *Evoluzioni della giustizia riparativa nel sistema penale*, in *PPG* 2022, f. 1, 113, per la quale «non sono rari gli addentellati normativi che costruiscono "istituti ospiti" della *restorative justice*, attraverso il richiamo ora alla riparazione, ora al risarcimento e alla rimozione delle conseguenze dannose, fino a rievocare conciliazione e mediazione: essi, però, vanno a comporre un quadro scomposto e frammentario ove le pratiche riparative prendono forma, rilievo e significati diversi».

⁶ Così, V. Bonini, *La progressiva sagomatura*, cit., 2, e E. Turco, *Mediazione penale e indagini preliminari: scenari applicativi*, in *PPG* 2022, f. 5, 1050, che parla della M.A.P. come di uno strumento che – assieme alla declaratoria di non punibilità per tenuità del fatto – si candida «per natura a divenire potent[e] motor[e] propulsiv[o] della mediazione». Nello stesso senso, all'indomani dell'entrata in vigore della disciplina della *probation* per adulti, C. Conti, *La messa alla prova a un anno dalla legge n. 67 del 2014*, cit., 13, e C. Cesari, *La sospensione della messa alla prova sulla falsariga dell'esperienza minorile*, cit., 512, ha osservato che la messa alla prova «traghetta l'ordinamento processualpenalistico verso le logiche della giustizia riparativa». Successivamente, analoghi rilievi ancora in C. Conti, *La messa alla prova tra le due Corti: aporie o nuovi paradigmi?*, in *DPP* 2018, 680, nonché in A. Macchia, *Note minime su messa alla prova, e giurisprudenza costituzionale*, in *CP* 2022, 960; G. Ubertis, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *AP* 2015, 726 ss.; A. Sanna, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *CP* 2015, 1262 ss.. Altra parte della dottrina, invece, ha negato espressamente che la disciplina della messa alla prova rientri realmente all'interno dei paradigmi della *restorative justice*, cfr., per tutti, B. Bertolini, *La messa alla prova per adulti sotto le lenti della giustizia riparativa*, in *Verso un processo penale accelerato. Riflessioni intorno alla l. 67/2104 al d. lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, a cura di A. Marandola-K. La Regina-R. Aprati, Napoli 2015, 30 ss.; R. Muzzica, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *PPG* 2015, f. 3, 170. Per un'accurata analisi delle "tappe" del percorso di riforma che ha portato all'introduzione del *probation* processuale per gli imputati adulti, cfr. N. Triggiani, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in Id., *La deflazione giudiziaria*, Torino 2014, 45 ss. In generale, sull'istituto della M.A.P., v. V. Bove, *La messa alla prova*, II ed., Pisa 2023; A. Scarcella, *Sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, a cura di C. Conti-A. Marandola-G. Varraso, Milano-Padova 2014, 339 ss.; M.L. Galati-L. Randazzo, *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, Milano 2015; V. Maffeo, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, Napoli 2017.

previsione che accanto all'applicazione delle più tipiche misure o sanzioni di comunità ha consentito l'invio, ove possibile, del caso in mediazione (art. 464-*bis* co. 4 lett. c Cpp)⁷.

Pur trattandosi di una forma embrionale della materia – giacché i profili attinenti i modi, i tempi e le forme di quell'ingresso sono rimasti esclusi dalla disciplina normativa ma sono stati affidati a Linee guida, protocolli d'intesa, finanziamenti *ad hoc*, ecc. – la gestione del conflitto nel prevalente interesse della vittima, uno degli obiettivi principali del modello di G.R., ha trovato dunque con il richiamo alla mediazione un innesto “informale”⁸ ma determinante per consolidare le sue radici ed influire sulle future scelte di fondo del sistema⁹.

Questo primo approccio alla giustizia riparativa (da qua in avanti G.R.)¹⁰ – sia pur timido, dunque, in quanto rimesso, sulla base di schemi operativi consolidati, alla gestione e alla “attitudine” dei singoli

⁷ Efficace sul punto la sottolineatura di E. Venafro, *Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della riforma Cartabia*, in www.lalegislazionepenale.eu, 21.12.2023, 8, che si sofferma sulla necessità di non confondere «le sanzioni riparatorie con le pratiche e i metodi della giustizia riparativa» (tra le quali “spicca” la mediazione), precisando che «le prime hanno pur sempre carattere sanzionatorio, mentre le seconde ne sono prive, inoltre, il contenuto riparatorio delle prime è modellato esclusivamente sulle conseguenze civili o, tutt'al più, sulle conseguenze dannose e pericolose del reato».

⁸ P. Maggio, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II. «Disciplina organica» e aspetti di diritto processuale*, in www.sistemapenale.it, 27.2.2023, 1-2, fa riferimento a «manifestazioni di GR già presenti nel sistema, capaci di pervaderlo prima ancora di trovare formalizzazione esplicita nella *lex*», tanto che «quest'ultima [...] si limita su molti versanti solo a registrare, *rectius*, a sistematizzare normativamente, sostanza, forme e modalità della GR, ampiamente sperimentate».

⁹ Significativa la sottolineatura di V. Bonini, *La progressiva sagomatura*, cit., 24, per la quale «la messa alla prova delineata in ambito codicistico sembra rappresentare una felice coniugazione tra le logiche negoziali e le logiche riparative/specialpreventive che attraversano la costruzione, la messa a punto e l'esecuzione del programma trattamentale, assegnando all'istituto una vocazione che, prescindendo da qualsiasi funzione retributiva, supera il tradizionale rapporto tra accertamento e sanzione». Condivide l'assunto, E. Banchi, *Le modificazioni*, cit., 4.

¹⁰ La letteratura sulla “scienza” della giustizia riparativa è sterminata. Nel panorama nazionale, tra i molti, senza pretesa alcuna di completezza, nel rinviare alle note successive per ulteriori riferimenti, si vedano C. Valentini-F. Trapella (a cura di), *La vittima nel “nuovo mondo” della mediazione penale. Profili di un'assenza*, Roma 2019, *passim*; G. Mannozi-G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna 2015; *Ibid.*, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino 2017, 89 ss.; G. Mannozi-R. Mancini, *La giustizia accogliente*, Milano 2022, spec. 97 ss.; M. Chiavario, *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un “nuovo” dalle molte facce (non sempre inedite)*, in *RDProc* 2006, 407 ss.; A. Lorenzetti, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, Milano 2018, 77 ss.; A. Ceretti-G. Bertagna-C. Mazzucato (a cura di), *Il libro dell'incontro*, Milano 2015; M. Bouchard-G. Mierolo, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Milano 2005; G. Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparativo su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano 2003; *Ead.*, *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in www.archiviopenale.it, 31.5.2022; F. Reggio, *Giustizia dialogica*, Milano 2010; G. Di Chiara, *La premura e la clessidra: i tempi della mediazione penale*, in *DPP* 2015, 377 ss.; *Id.*, “*Ci incontreremo lì*”. *Giustizia riparativa, tecniche del processo, valori di fondo, sfide*, in *PPG* 2023, f. str. 5, 73; F. Peroni-M. Gialuz, *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, Torino 2004; T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari 2021; A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino 2010, 244 ss.; C. Grandi, *Mediazione e deflazione penale: spunti per l'inquadramento di una relazione problematica*, in www.archiviopenale.it, 3.2.2020; E. Mattevi, *Una giustizia più riparativa*, Napoli 2017; V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, *ivi*, 15.6.2021; *Ead.*, *La deflazione virtuosa: intersezioni tra riti negoziali e restorative justice*, in *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, a cura di G. De Francesco-A. Gargani-E. Marzaduri-D. Notaro, Torino 2019, 75 ss.; E. Venafro, *Le condotte riparatorie tra deflazione e mediazione*, *ivi*, 69 ss.; *Ead.*, “*Restaurare*” il diritto penale: la sfida della giustizia riparativa, in *Per Giovannangelo De Francesco. Atti del convegno Pisa, 6 maggio 2022*, a cura di A. Gargani-D. Notaro-L. Notaro-S. Riccardi-L. Ricci-A. Savarino-A. Vallini, Pisa 2022, 233 ss.; *Ead.*, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit.; R. Bartoli, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *RIDPP* 2016, 96 ss.; Fed. Mazzacuva, *La giustizia penale inter pares: logiche di scambio e percorsi d'incontro. Uno studio a partire dalla “riforma Cartabia”*, *ivi*, 2022, 673 e ss.; G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1.6.2021; M. Donini, *Il delitto riparato: una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *DPenCont* 2015, f. 2, 236 ss.; F. Palazzo, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in *PD* 2017, 349 ss.; M. Cartabia-A. Ceretti, *Un'altra storia inizia qui. La giustizia come ricomposizione*, Milano 2020. Per commenti alla nuova disciplina della giustizia riparativa nella “riforma Cartabia” ed ai relativi principi affermati dalla legge delega 134/2021, si rinvia, tra i molti, a M. Bortolato, *La “riforma Cartabia”: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo*

direttamente coinvolti (*in primis*, magistrati¹¹ e avvocati) – ha fatto quindi intendere che proprio la M.A.P. rappresentasse uno degli spazi normativi su cui concentrarsi quando fosse giunto il momento di dare consacrazione legislativa alla riparazione quale reale strumento rivolto a disinnescare il conflitto sociale, regolandone l’interazione col sistema processuale penale.

Come noto, ciò è avvenuto per effetto del d.lgs. 10.10.2022 n. 150 emanato a seguito della legge delega 27.9.2021 n. 134 (meglio conosciuta come Riforma Cartabia¹²) che, anche in vista della

sguardo al nuovo decreto legislativo, in www.questionegiustizia.it, 10.10.2022; M. Bouchard, *Commento al titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, *ivi*, 7.2.2023; Id., *Cura e giustizia dell’offesa ingiusta: riflessioni sulla riparazione*, *ivi*, 25.7.2022; M. Bouchard-F. Fiorentin, *Sulla giustizia riparativa*, *ivi*, 19.11.2021; G. Fiandaca, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in www.sistemapenale.it, 28.11.2020; Id., *Tra punizione e riparazione. Una ibridazione di paradigmi?*, in *FI* 2016, V, 296 ss.; F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale. Considerazioni a partire dalla «legge Cartabia»*, *ivi*, 2022, IV, 142 ss.; G. Forti, *Bagliori nel “vetro” giuridico dal mare della misericordia*, in *Jus* 2017, 111 ss.; D. Pulitanò, *Il penale tra teoria e politica*, in www.sistemapenale.it, 9.11.2020, spec. 5 ss.; v. R. Muzzica, *Il ruolo dell’autorità giudiziaria nei percorsi di giustizia riparativa*, *ivi*, 17.2.2023; A. Presutti, *Porte aperte al paradigma riparativo nella l. 27 settembre 2021, n. 134 di riforma della giustizia penale*, *ivi*, 20.7.2022; A. Marandola, *Riforma Cartabia: adeguamenti normativi e modifiche strutturali*, in *GI* 2022, 984 ss.; B. Galgani, *Il paradigma della giustizia riparativa in executivis: potenzialità negletta o utopia?*, in *Carceri: materiali per la riforma*, a cura di G. Giostra, in www.penalecontemporaneo.it, 17.6.2015, 205 ss.; F. Consulich-M. Miraglia, *Costo del processo e fuga dalla giurisdizione. Il volto futuribile del sistema penale in due topoi: la giustizia riparativa e l’Ufficio del processo*, in www.discrimen.it, 12.2.2022. Per un’accurata disamina dei rapporti fra percorso riparativo e procedimento penale, v. A. Ciavola, *L’estinzione del reato per condotte riparatorie*, *cit.*, 47 ss.; altresì V. Bonini, *Il modello di giustizia riparativa*, *cit.*, 9-11; S. Carnevale, *Potenzialità e insidie della giustizia riparativa nella fase di cognizione*, in *PPG* 2023, f. str. 5, 86 ss.; P. Raucci, *Diritto di difesa e diritti processuali del soggetto nella giustizia riparativa*, *ivi*, 117 ss.; S. Ruggeri-E. Malino, *Il pendolo della giustizia riparativa tra presunzione di innocenza, logiche cognitive e umanità del giudizio penale*, in *Iurisdictio* 2023, n. 4, 331-345.

¹¹ G. Mannozi, *Le aperture alla giustizia riparativa nell’ambito delle misure alternative alla detenzione*, in *Le alternative alla detenzione: profili critici e prospettive di riforma*, in *GI* 2016, 1532, fa discendere l’impegno dei giudici di promuovere i programmi di giustizia riparativa negli spazi normativi consentiti direttamente dall’obbligo di interpretare il diritto interno in modo conforme al diritto comunitario. Condivide l’assunto R. Mastrototaro, *Il ruolo dell’offeso nel cerimoniale della pena*, in www.archiviopenale.it, 30.12.2020, 10.

¹² Parla di una riforma «con visione e respiro» R. Bartoli, *Verso la riforma Cartabia: senza rivoluzioni, con qualche compromesso, ma con visione e respiro*, in *DPP* 2021, 1167. Cfr., altresì, F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in www.sistemapenale.it, 8.9.2021, 2, che evidenzia l’organicità della riforma, desumendola dalla «stretta interconnessione funzionale realizzata fra profili istituzionali ed istituti sostanziali e processuali verso l’obiettivo unitario dell’efficienza e dell’alleggerimento del sistema». O. Mazza, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in www.archiviopenale.it, 22.7.2022, 2, si esprime al riguardo in termini di «legge di scopo» che delinea «una situazione del tutto inedita in cui scompare il tradizionale approccio assiologico, tipico di una materia altamente politica come la procedura penale che, di fatto, riporta ai modelli valoriali del processo accusatorio-garantista o di quello inquisitorio-repressivo, per lasciare spazio alla tensione verso il raggiungimento di un obiettivo di riduzione dei tempi processuali a prescindere dai mezzi impiegati, un fine superiore che giustifica i mezzi», di talché «l’efficienza viene [...] elevata a valore in sé, tale da soppiantare le tradizionali matrici culturali dei sistemi processuali»; nello stesso senso, G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia”*, in www.sistemapenale.it, 15.10.2021, 1, secondo il quale la riforma Cartabia è «espressione di una stagione politica e di una di pagina della storia della giustizia italiana caratterizzate, come mai prima, da riflessioni e interventi normativi sul tema della qualità e dell’organizzazione della giustizia, intesa come fattore fondamentale per la giustizia». Sui profili di diritto penale sostanziale e processuale della “riforma Cartabia” la letteratura è ormai pressoché sterminata. In questa sede, oltre ai contributi appena citati, si ricordano, *ex multis*, sia con riferimento all’impianto della l.d. 134/2021 che relativamente al d.lgs. 150/2022, M. Gialuz-J. Della Torre, *Giustizia per nessuno. L’inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino 2022, 285 ss.; A. Scalfati, *Giustizia penale e sistema produttivo: non prevalga solo l’idea di accorciare i tempi del processo*, in *PPG* 2021, f. 3, 503 ss.; E. Marzaduri, *La “riforma Cartabia” e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali; effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 25.1.2022; G. De Francesco, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, *ivi*, 23.8.2021; F. Palazzo, *Pena e processo nelle proposte della “Commissione Lattanzi”*, *ivi*, 7.7.2021; B. Romano, *La riforma del sistema penale secondo la Commissione Lattanzi*, *ivi*, 23.6.2021; D. Pulitanò, *Una svolta importante nella politica penale*, *ivi*, 15.6.2021; G. Spangher (a cura di), *La riforma Cartabia. Codice penale – di procedura penale – Giustizia riparativa*, Pisa 2022, 7 ss.; Id., *Processo penale e tempo*, in *CP* 2022, 2475 ss.; P. Bronzo, *La “riforma Cartabia” e la razionalizzazione dei tempi processuali nella fase dibattimentale*, *ivi*, 2022, 1308 ss.; M. Daniele, *La*

riforma della giustizia penale e il modello perduto, *ivi*, 2021, 3069 ss.; A. Marandola (a cura di), “*Riforma Cartabia*” e rito penale. *La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, Padova 2022; G. Canzio, *Il modello “Cartabia”. Organizzazione giudiziaria, prescrizione del reato, improcedibilità*, in www.sistemapenale.it, 14.2.2022; Id., *Le linee del modello “Cartabia”. Una prima lettura*, *ivi*, 25.8.2021. Per un commento al d.l. 31.10.2022 n. 162 che ha differito al 30.12.2022 l’entrata in vigore – originariamente prevista per l’1.11.2022 – del d.lgs. 150/2022, v. A. Marandola–L. Eusebi–M. Pelissero, *Entrata in vigore, regime transitorio e differimento della riforma*, in *DPP* 2023, 7 ss., nonché, in senso critico, per il rischio che il differimento possa interferire sul raggiungimento degli obiettivi del P.N.R.R. (v. *infra*), S. Quattrocolo, *Perché il differimento dell’entrata in vigore del d.lgs. 150/2022 è una sconfitta per la giustizia penale*, in www.laegislazionepenale.eu, 2.11.2022; 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.

acquisizione di importanti finanziamenti europei¹³, ha mirato allo specifico obiettivo, dichiarato fin dalla sua intitolazione¹⁴, di recuperare l'efficienza del sistema complessivo¹⁵ e di rendere, per

¹³ ... derivanti dal c.d. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.) a cui la riforma è stata collegata. Il riferimento è agli obiettivi del Piano concordati dal Governo italiano con la Commissione Europea per il rilancio della giustizia; obiettivi che nel settore penale sono rappresentati dalla riduzione, entro il 2026, del 25% dei tempi medi del processo, il tutto mediante l'impiego di risorse economiche (c.d. fondi *Next Generation EU*, meglio noti in Italia con i nomi informali di *Recovery Fund* o *Recovery Plan*) stanziati dall'Unione europea per sostenere gli Stati membri colpiti dalla pandemia COVID-19. Sul punto, v. G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale*, cit., 1, mentre per una accurata analisi dei dati e delle statistiche giudiziarie relative ai più importanti indicatori di *performance* del sistema penale italiano, cfr. M. Gialuz-J. Della Torre, *Giustizia per nessuno*, cit., spec. 201-283, nonché ancora M. Gialuz, *La giustizia penale come servizio pubblico: completare la "riforma Cartabia"*, in *DPP* 2023, 362, che sulla base dei dati relativi alle pendenze auspica una seria riflessione «su una selettiva manovra indulgenziale, che contribuisca a cancellare il fardello di un arretrato abnorme e determini un vero e proprio *reset* del sistema». Ha espresso aspre critiche sul «famoso 25% in 5 anni» O. Mazza, *Il processo che verrà*, cit., 5, che alla vigilia dell'approvazione dei decreti attuativi della legge delega 134/2021 – muovendo dalla convinzione di un'assoluta inconciliabilità tra processo penale e G.R. – ha parlato di «riforma [che] prende le mosse sostanzialmente da una pregiudiziale ideologica secondo cui la durata media dei processi penali non è in linea con gli standard europei, senza però indagare né le cause, né le peculiarità del nostro sistema», tanto che «i fattori che determinano la dilatazione dei tempi processuali non vengono esattamente individuati sulla base di studi empirici e statistici, mentre gli stessi dati numerici utilizzati dal Governo appaiono più percepiti che reali». Ulteriori argomentazioni a sostegno di tale inconciliabilità, sono espresse dall'A. *sub art. 129-bis Cpp*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, t. I, VI ed., Milano 2023, 1969 ss. Per un'analisi della Relazione sul monitoraggio statistico sugli indicatori PNR aggiornata al I semestre 2023 e predisposta dalla Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa, cfr. G.L. Gatta-M. Gialuz, *Riforma Cartabia e durata media del processo penale: - 29% nel primo semestre del 2023. Raggiunto (al momento) il target del PNR. I dati del monitoraggio statistico del Ministero della Giustizia*, in www.sistemapenale.it, 6.11.2023.

¹⁴ Come noto, la legge delega 134/2021, a cui il d.lgs. 150/2022 ha dato attuazione, è infatti stata intitolata «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari». Critiche sulla scelta del legislatore in punto di rubrica della legge sono state espresse, già alla vigilia dell'approvazione dei decreti delegati, da O. Mazza, *Il processo che verrà*, cit., 3, per il quale «considerato che il processo penale ha un'unica finalità, che è quella cognitiva da conseguire attraverso il rispetto delle garanzie che la Costituzione pone a tutela dell'imputato, la sola efficienza legittimamente ammissibile in ambito processuale penale è quella, appunto, conoscitiva che si deve raggiungere attraverso il passaggio obbligato delle garanzie del giusto processo regolato dalla legge [...] non essendo ammissibile l'efficienza del far presto purchessia, sganciata dal risultato conoscitivo». Dello stesso avviso M. Donini, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *PD* 2021, 592, che ravvisa l'efficienza quale «chiave interpretativa centrale per comprendere tutta la c.d. riforma Cartabia», sottolineando tuttavia che non è determinante «l'obiettivo di una accelerazione dei procedimenti, ma semmai di renderli efficienti in un quadro di attenzione a una strategia sanzionatoria differenziata e non simbolico-retributiva». La scelta di perseguire obiettivi efficientistici attraverso il «ricorso» alla giustizia riparativa è questione da chiarire per V. Bonini, *Evoluzioni della giustizia riparativa*, cit., 111, che sottolinea come «la giustizia riparativa non persegu[er] una finalità di accelerazione e di efficienza, piuttosto proponendo un paradigma alternativo di gestione delle conseguenze della vicenda penale: certo, al processo riparativo possono seguire effetti utili a defatigare la macchina della giustizia penale, ma le ricadute deflative, collocandosi in chiave del tutto eventuale, non assurgono a funzione dei meccanismi riparativi». Sulla stessa linea, F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte I*, cit., 2; *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II*, cit., 3; G. Mannozi, *Nuovi scenari per la giustizia riparativa*, cit., 14; F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale*, cit., 10; L. Parlato, *Verso un dialogo tra giustizia riparativa e penale? Bisognerà "mediare"*, in www.giustiziainsieme.it, 4.7.2022, par. 2; F. Sanvitale, *Il processo penale alla prova della giustizia riparativa: una prospettiva pratica*, in www.sistemapenale.it, 29.7.2023, 126; E. Guido, *Vittima del reato e tutela processuale a due facce*, in www.archiviopenale.it, 5.6.2023, 22-27, nonché A. Presutti, *La giustizia riparativa alla prova del giusto processo penale*, in www.sistemapenale.it, 27.6.2023, 8, secondo la quale «la giustizia riparativa non rileva [...] a fini di efficientamento della amministrazione della giustizia con i quali è anzi in contrasto data la non conciliabilità dei suoi tempi, indeterminati e incerti, con le rigide scansioni della dinamica procedimentale». La sottolineatura della G.R. quale spazio contraddistinto da un'ispirazione personalista – che, come tale, può produrre un effetto deflativo solo in via indiretta – si deve, già prima della Riforma Cartabia, a G. Di Chiara, *La premura e la clessidra*, cit., 377, che con suggestive espressioni ha descritto lo «spazio-tempo» entro cui l'attività di mediazione si sviluppa come una «conca» in cui il tempo scorre diversamente che nel sistema giudiziario, trattandosi di «tempo della premura», ma non nell'accezione di «tempo della rapidità», bensì di «tempo della cura dell'altro, della compassione; [...] un tempo che, pur non trascurando l'esigenza di una ragionevole durata, non è calcolabile senza tener conto degli stati d'animo e dei bisogni delle parti che

l'appunto, “fruibili” i programmi della giustizia riparativa che per impulso dell'autorità giudiziaria (art. 129-*bis* Cpp¹⁶) possono ora innestarsi sulla sequenza procedimentale senza preclusione alcuna circa fattispecie e gravità del reato.

in quella conca si incontrano e si riconoscono». Sul valore del tempo nei programmi di giustizia riparativa, analizzato a partire dalla distinzione tra *kronos* e *kairos*, la quale trova il suo fondamento originario nella mitologia greca, v. G. Mannozi, *Towards a 'humanism of justice' through restorative justice: a dialogue with history*, in *TIJRJ* 2017, vol. 5, n.2, 152-153.

¹⁵ ... assurta a «connotato identitario della giustizia del processo» proprio nel momento del dibattito sviluppatosi attorno al “progetto” Cartabia per effetto di C. cost., 24.3.2022 n. 74, in *GC* 2022, 890. L'efficienza viene perseguita tanto sul versante processuale, attraverso l'alleggerimento dei tempi e della quantità dei processi, che su quello sostanziale, con l'individuazione di possibili alternative alla pena carceraria «senza rinunciare a fondamentali garanzie»: in questi termini esatti, E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia* in *www.sistemapenale.it*, 2.9.2021, par. 1.

¹⁶ L'art. 1 co. 18 lett. c l. 134/2021, infatti, prescriveva di «prevedere la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento penale e durante l'esecuzione della pena, su iniziativa dell'autorità giudiziaria competente, senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità, sulla base del consenso libero e informato della vittima del reato e dell'autore del reato e della positiva valutazione da parte dell'autorità giudiziaria dell'utilità del programma in relazione ai criteri di accesso definiti ai sensi della lett. a)». Ad attuazione di tale principio, l'art. 129-*bis* Cpp (introdotto dall'art. 7 d.lgs. 150/2022) adotta un «meccanismo forte di referral» (così lo definisce F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte I*, cit., 8), giacché prevede che l'autorità giudiziaria possa disporre, anche d'ufficio, l'invio ai Centri di giustizia riparativa (CGR) della vittima e dell'imputato (*rectius*, persona indicata come autore del reato), nonché del soggetto condannato. Per F. Sanvitale, *Il processo penale alla prova della giustizia riparativa*, cit., 122, tale disposizione rappresenta il principale momento di raccordo tra i “binari” del procedimento penale e quelli della giustizia riparativa «che sono sì paralleli, ma anche comunicanti, proprio perché, pur essendo governati da regole diverse e sviluppandosi autonomamente, trovano degli importanti momenti di scambio e raccordo», ed in questa logica «il buon governo dei parametri di cui all'art. 129-*bis* Cpp [...] è cruciale al fine di evitare di appesantire, piuttosto che alleggerire, il sistema», come potrebbe succedere laddove «si mandasse in mediazione una grande quantità di casi destinati a non concludersi con un esito riparativo» (*op. cit.*, 125) è anche la *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10.10.2022, n. 150: «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari»* (d'ora in avanti, *Relazione illustrativa*), in *GU* 19.10.2022 – suppl. straord. n. 5, 537, a ricorrere all'immagine dei binari per descrivere il rapporto tra G.R. e giustizia “tradizionale”; in dottrina utilizzano tale metafora R. Bartoli, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, *ivi*, 29.11.2022, 11; V. Bonini, *Evoluzioni della giustizia riparativa*, cit., 118; M. Galli, *Tra binario riparativo e binario punitivo: i nuovi tracciati della giustizia penale dopo la Riforma “Cartabia”*, in *Efficienza e razionalizzazione delle risorse nel procedimento di primo grado*, a cura di E.M. Catalano-R.E. Kistoris-R. Orlandi, Torino 2023, 285-286, che con riferimento all'art. 129-*bis* Cpp parla inoltre di «deviatoio» che permette il passaggio dal binario del procedimento penale a quello della G.R. (*op. cit.*, par. 5). Critico rispetto al filtro dell'autorità giudiziaria in caso di richiesta di parte, F. Palazzo, *Plaidoyer per la giustizia riparativa*, in *www.lalegislazonepenale.eu*, 31.12.2022, 11, secondo cui «questo attivismo del giudice può creare il pericolo di qualche *contaminazione* tra giudizio e percorso riparativo che non giova né all'uno né all'altro» perché quella disposizione «presupporrebbe implicitamente un convincimento del giudice ed una sua anticipata manifestazione, pregiudicando il senso più profondo della giurisdizionalità dell'accertamento di responsabilità», salvo poi aggiungere che «questa obiezione provi[a] troppo» dal momento che «in effetti questa critica può essere estesa a tutti gli atti del giudice implicanti una valutazione discrezionale, potenzialmente tutti inquinabili da un'anticipazione del convincimento». Sulla stessa linea L. Parlato, *La giustizia riparativa: i nuovi e molteplici incroci con il rito penale*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo-M. Donini-E.M. Mancuso-G. Varraso, Padova 2023, 289, e F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte I*, cit., 8, per il quale l'art. 129-*bis* Cpp anche se potrebbe *prima facie* suscitare qualche perplessità giacché «essa fornisce al giudice il potere di imporre ai protagonisti di presentarsi presso i CGR» e perciò «semb[*rebbe*] una forma di pressione alla partecipazione al programma di GR, che può apparire in contrasto con il principio di volontarietà», in realtà «rappresenta più che altro una norma-incentivo, che può giustificarsi anche in ragione del notevole sforzo amministrativo, organizzativo e finanziario che richiede la creazione dei CGR, il loro aggiornamento, il loro monitoraggio; sforzo verosimilmente immotivato se tali strutture pubbliche finissero per essere poste a servizio soltanto di quei casi, probabilmente pochi, provenienti dall'iniziativa privata». Per 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, 17, l'invio dell'autorità giudiziaria come «autorizzazione indispensabile per l'avvio del programma» si giustifica per il fatto che, quando pende il procedimento penale, non si può instaurare un programma di G.R. senza un previo interessamento dell'autorità giudiziaria. Definisce, poi, l'art. 129-*bis* Cpp «porta d'ingresso, verso

Un'affermazione, quest'ultima, che rivela una chiara presa di coscienza: assegnare alla G.R. un ruolo di primo piano, elevandola a strumento della pratica quotidiana del sistema, senza alcun ridimensionamento, dal momento che il legislatore stavolta ne disciplina anche le dinamiche esecutive, le caratteristiche, le cadenze e le garanzie del procedimento¹⁷, e, ancora gli spazi normativi di praticabilità (artt. 42-67 d.lgs. 150/2022), quest'ultimi individuati in quelli che già si erano presentati come canali di accesso congeniali alle esigenze del paradigma riparativo (artt. 1-3 d.lgs. cit.). Perché è indubbio che la scelta più "comoda" ed immediata a far attecchire l'idea che la reazione al reato che approda agli esiti più virtuosi possa essere anche quella che passa dall'attivazione di interventi di risocializzazione del deviante e da azioni di supporto per ristabilire le relazioni sociali lacerate dall'episodio criminoso¹⁸ è quella di ricorrere agli istituti preesistenti *riparativamente*

l'universo riparativo, di complessa collocazione topografica all'interno del secondo libro del codice di rito» e «norma di snodo» che rappresenta «[i]l più significativo dei flussi che origina le intersezioni [...] fra l'insieme penale e l'insieme riparativo (e viceversa)», senza costituire tuttavia «un passaggio "condizionante", accompagnato da note di coazione, che sarebbero del tutto inconciliabili con l'universo della GR», posto che «la vittima e la persona cui l'offesa è riferita possono non dare seguito all'input, stante la prevalenza da assegnare alla volontarietà e alla consensualità», P. Maggio, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II*, cit., 18. Per l'Autrice, infatti, questo tipo di azione «non ribalta la presunzione di non colpevolezza, giacché l'invio d'ufficio al centro per la G.R. non equivale in alcun modo alla considerazione del soggetto come colpevole, né può essere assiso fra i presupposti della riacquisizione, a meno di volere, paradossalmente, ritenere il mero invio come espressione precedente di una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto in altro procedimento», anche perché «le ragioni del pregiudizio e gli effetti in grado di nuocere in concreto ai fini della riacquisizione impongono valutazioni sul fatto, che nell'invio sono, invece, del tutto mancanti» (*op. cit.*, 19). Nello stesso senso, cfr. E. Venafrò, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 22; O. Mazza, *L'efficienzismo del processo post-accusatorio*, in *ANPP 2022*, 503; Id., *Il processo che verrà*, cit., 26, e A. Presutti, *La giustizia riparativa alla prova*, cit., 9. Più *tranchante*, invece, al riguardo, D. Guidi, *Profili processuali della giustizia riparativa*, in *www.discrimen.it*, 16.11.2022, 9, secondo cui la scelta di prevedere l'invio, anche d'ufficio, dell'imputato e della vittima del reato al Centro per la giustizia riparativa per l'avvio di un programma di giustizia riparativa si fonda su «un "pregiudizio" del giudice (ovviamente incompatibile con la presunzione costituzionale di non colpevolezza), che sussiste fin dal momento in cui l'imputato viene "inviato" con ordinanza presso un Centro per la giustizia riparativa» ed inoltre va considerato che se il programma non produce i risultati sperati e quindi non si raggiunge l'esito riparativo, «l'imputato torna davanti al giudice nelle vesti di colui che non ha voluto riconciliarsi con la vittima o comunque non ha compiuto gli sforzi necessari per riconoscere i propri torti e addivenire ad un accordo: il pregiudizio negativo iniziale non potrà che aggravarsi». Condividono le stesse perplessità, S. Ruggeri-E. Malino, *Il pendolo della giustizia riparativa*, cit., spec. 317-321, nonché L. Bisori, *La giustizia riparativa dalla prospettiva dell'avvocato*, in *www.sistemapenale.it*, 24.11.2023, che parla del meccanismo dell'art. 129-bis Cpp come di «un veleno inoculato nel sistema dei rapporti tra giustizia tradizionale e giustizia riparativa» (*op. cit.*, 6). Anche per V. Bonini, *Evoluzioni della giustizia riparativa*, cit., 118, «può risultare per certi versi eccentrico consegnare l'innescò del percorso riparativo alla "iniziativa dell'autorità giudiziaria competente", privando le parti e altri operatori della giustizia della facoltà di avviarsi su questo "cambio di binario" e con l'effetto di "procedimentalizzare" il ricorso alla *restorative justice*». Evidenzia alcuni profili di criticità sul piano etico-politico della nuova disposizione codicistica, domandandosi «se attribuire al giudice il potere di disporre d'ufficio un contatto interpersonale fra offeso e offensore sia coerente con i principi e con l'*ethos* di una società aperta a concezioni morali diverse e di pari dignità», D. Pulitanò, *Riparazione e lotta per il diritto*, in *www.sistemapenale.it*, 9.2.2023, 12. Per un'analisi della lettura che la giurisprudenza sta offrendo dell'art. 129-bis Cpp, v. R.A. Ruggiero, *La giustizia riparativa messa alla prova*, in *www.sistemapenale.it*, 16.2.2024, 175 ss., e V. Alberta, *Giustizia riparativa: niente da salvare?*, in *GP web 2024*, f. 1.

¹⁷ Per V. Bonini, *Il modello di giustizia riparativa concepito nel d.lgs. n. 150/2022*, in *PPG 2023*, f. str. 5, 67, 9, «soggetti, oggetto, metodo e obiettivo sono elementi di una "risposta di giustizia" diversa e autonoma a "bisogni di giustizia" che non trovano né possono trovare spazio nel processo penale e nell'esecuzione della pena: si tratta di bisogni di giustizia che travalicano il tema penale e rispetto a questo costituiscono una eccedenza, attingendo la dimensione personale, relazionale ed emotiva di chi è coinvolto in una vicenda di reato».

¹⁸ Emblematica, al riguardo, la formula, ormai entrata nell'uso comune, di G. Mannozi, *La giustizia senza spada*, cit., 44, per la quale giustizia riparativa "offre" un modello alternativo allo stereotipo tradizionale che, improntato ad una sostanziale «mitezza», fornisce una risposta al crimine «senza spada». Sul punto, cfr. ancora la sottolineatura di G. Mannozi-G.A. Lodigiani, *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *RIDPP 2014*, 159, per i quali «il contributo della giustizia riparativa riporta l'attenzione sulla fragilità tanto del fondamento del principio di *proporzione*, ancorato ad una dimensione mitologica e pre-religiosa, quanto di quello di *prevenzione*, necessariamente assiologico nonostante le pretese di laicità: la *R.J.* offre uno spazio di riflessione sulla maggior praticabilità dell'individualizzazione delle risposte sanzionatorie declinate

orientati che, laddove appositamente “consolidati”, possono trasformarsi nel veicolo per calare il modello riparativo in un contesto di concreta e rapida applicazione¹⁹. Se poi si tratta di istituti che interagiscono con la dinamica del processo, accelerandone lo svolgimento, e che sono anche collaudati in chiave di antidoto all’eccesso di penalità che affligge il sistema punitivo, l’esito auspicato di favorire la penetrazione nell’ordinamento di un sistema ordinato di G.R. insieme con il raggiungimento di una maggiore efficienza del sistema è a portata di mano.

E così il legislatore della riforma ha, giocoforza, inciso sulla M.A.P., rivelandosi, la scelta di ampliarne l’ambito operativo, la più ampia prospettiva di valorizzazione della giustizia riparativa in uno con il decongestionamento del sistema penale. Ecco, dunque, che, in questa prospettiva, il programma riparativo assurge a possibile aspetto di un percorso di messa alla prova, mentre altrove il suo buon esito vale come remissione tacita della querela (art. 152 co. 2 Cp), come attenuante comune nel nuovo art. 62 co. 1 n. 6 Cp²⁰, o come elemento che consente al giudice di sospendere l’esecuzione della pena, ai sensi dell’art. 163 ult. co. Cp.

2. Ricercare nuovi equilibri strutturali del processo, riformare il sistema sanzionatorio, mettere a frutto le esperienze di giustizia riparativa, già presenti nell’ordinamento. Forti di questo retroterra

attraverso contenuti *positivi* e non meramente repressivi». Nello stesso senso, cfr. le osservazioni di L. Eusebi, *Laicità e dignità umana nel diritto penale: pena, categorie dogmatiche, biogiuridica*, in *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, a cura di L. Picotti, Padova 2013, 253, e Id., *Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *DPP* 2023, 81 per il rilievo che, anche grazie ai programmi di giustizia riparativa, si dovrebbe affermare «un diritto sempre meno penale, cioè correlato all’idea di una sofferenza ritrosiva, e sempre più caratterizzato dalla ricerca di un’interlocuzione dell’ordinamento giuridico con l’autore di reato, la quale offra al medesimo opportunità di impegno idonee ad attestare [...] un’effettiva responsabilizzazione personale rispetto al reato commesso e la disponibilità ad abbandonare condotte di vita antisociali per il futuro. Un diritto che forse sarebbe opportuno definire, piuttosto che penale, semplicemente criminale». V. anche F. Palazzo, *Plaidoyer per la giustizia riparativa*, cit., 4, per il quale «la pena proporzionata risponde [...] al mercantilismo di una società in cui tutto deve avere il suo prezzo: anche il reato ha il suo prezzo costituito dalla pena, che non può che essere proporzionato al suo disvalore calcolato secondo le generali condizioni di mercato in cui si pesano anche i comportamenti umani», di talché «l’idea della proporzione è ovviamente una barriera molto forte alla penetrazione della giustizia riparativa, che invero ne prescinde totalmente». Sul rapporto tra riparazione e risposta sanzionatoria classica cfr., più ampiamente, M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *RIDPP* 2013, 1162 ss., che parla di «castigo» come «raddoppio del male», e F. Viganò, *La proporzionalità della pena*, Torino 2021, 298 ss. Con riferimento al problema dell’individualizzazione della pena che può anche fondarsi sul pilastro della giustizia riparativa, v. L. Tumminello, *Il volto del reo. L’individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano 2010; M. Venturoli, *Modelli di individualizzazione della pena. L’esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino 2020, 429 ss.; Id., *Verso un nuovo paradigma di individualizzazione della pena? Osservazioni a margine del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, in *www.sistemapenale.it*, 31.5.2023, secondo cui «da una prospettiva culturale, la *restorative justice* rappresenta verosimilmente la *sublimazione* del personalismo sanzionatorio» giacché «nei percorsi a vario titolo riconducibili a tale prototipo trova manifestazione una modalità di gestione del conflitto generato dal reato e di definizione dello stesso pienamente aderente alla dimensione “solidaristico-relazionale” intrinseca al concetto di ‘persona’ a cui la Carta costituzionale fa riferimento; per converso perennemente in tensione con il tradizionale volto punitivo della giustizia, quantunque declinata in senso ‘teleologico-risocializzativo’» (*op. cit.*, 8).

¹⁹ «Il legislatore non ha scelto la strada di un sottosistema *ad hoc*, ma ha preferito razionalizzare e organizzare per innesti l’universo riparativo, accogliendo una dimensione olistica non massimalista»: così, P. Maggio, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II*, cit., 4; Ead., *La riforma organica della giustizia riparativa nel d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150: un approccio ispirato dalla fiducia*, in *Iurisdictio* 2023, n.4, 259. Condivide l’assunto, A. Presutti, *Aspettative e ambizioni del paradigma riparativo codificato*, in *www.sistemapenale.it*, 14.11.2022, 1; Ead., *La giustizia riparativa alla prova*, cit., 2; altresì V. Bonini, *Il modello di giustizia riparativa*, cit., 7.

²⁰ ... con ciò controvertendo il «sostanziale immobilismo delle categorie dogmatiche circa le condotte risarcitorie»: in questi termini – già prima della Riforma Cartabia – si è espresso E. Mezzetti, *Prove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in *CP* 2016, 3097. Evidenza che la collocazione sistematica attribuita dal novello legislatore consente di ricondurre l’esito riparativo nel paradigma del diritto penale premiale, M. Iannuzziello, *La disciplina organica della giustizia riparativa e l’esito riparativo come circostanza attenuante comune*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 28.11.2022, 6. In argomento, v. anche le attente considerazioni di M. Donini, *Efficienza e principi della legge Cartabia*, cit., 606.

concettuale, con la M.A.P. si è dunque proceduto allo scopo di coniugare l'obiettivo di 'equilibrato' efficientamento della macchina giudiziaria con quello di aspirazione alla massima implementazione della giustizia riparativa. Obiettivi contestuali che hanno trovato sulla M.A.P. il terreno ideale sul quale armonizzarsi, per la sua capacità di far dialogare la dimensione meramente descrittiva (imposta dal diritto positivo) della G.R., quale fuga dalla tradizionale giurisdizione punitiva – e qua incide il fattore di natura strutturale, dal momento che si agisce pur sempre nell'ambito di un rito speciale – con il carattere assiologico che dietro di essa si cela: la *R.J.* assunta a paradigma che ispira la pena in termini qualitativi nel momento intermedio-giudiziario²¹.

Fondare l'interesse che la giustizia riparativa suscita esclusivamente sulla sua capacità di arginare o fronteggiare (almeno in parte) le disfunzioni del sistema giudiziario in relazione ai costi²², ai tempi, alla flessibilità e all'attitudine deflattiva significherebbe infatti sottovalutare la pluralità di istanze che essa è chiamata a soddisfare, sminuirne le enormi e forse ancora non ben definite potenzialità²³: decomprimere l'apparato penale rappresenta solo la ragione pratica della giustizia riparativa perché il senso della giustizia conciliativa si armonizza pur sempre con un'esigenza 'ordinamentale' di risposta all'illecito, con l'obiettivo, in altri termini, di pervenire, sia pure per 'altra via', al soddisfacimento delle istanze preventive che costituiscono «il fondamentale (ed inevitabile) *background* di una politica criminale confacente allo Stato di diritto»²⁴.

Esiste un problema assiologico (di principio), prima che utilitaristico (di strumentalità, in una logica di alleggerimento del processo penale)²⁵. E la cifra profonda che introduce l'elemento della *R.J.* consiste proprio in questo passaggio concettuale: innescare una riflessione sulla maggiore praticabilità dell'individualizzazione delle risposte sanzionatorie non meramente declinate su un piano repressivo-retributivo ma ritagliate sulle eventuali condotte *post delictum*.

Grazie a questa duplice prospettiva, il quadro si fa dunque più complesso e ambizioso perché la giustizia riparativa allarga l'orizzonte della giustizia tradizionale – fondata sul paradigma della corrispettività (quale riproduzione del disvalore del fatto illecito)²⁶ – facendosi carico di tutte le

²¹ Sul punto, v. M. Venturoli, *Verso un nuovo paradigma*, cit., 5, il quale sottolinea che «per le arcinote ragioni di opportunità politica, il legislatore non ha aggredito il dominio della pena carceraria già sul piano delle tipologie sanzionatorie principali, attraverso un'opera di *pre-individualizzazione*, sulla scorta degli oramai risalenti moniti della dottrina maggioritaria, preferendo agire nel momento *intermedio-giudiziario*, con una soluzione meno visibile ai cittadini e dunque meno rischiosa da veicolare mediaticamente». In senso critico verso questa soluzione compromissoria, cfr., tra i molti, G. De Vero, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: uno sguardo d'insieme*, in www.lalegislazionepenale.eu, 20.2.2023, 10; L. Eusebi, *Il cantiere lento della riforma in materia di sanzioni penali. Temi per una discussione*, in www.archiviopenale.it, 28.3.2022, 2; A. Cavaliere, *Considerazioni 'a prima lettura' su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in www.penedp.it, 27.9.2021, 16.

²² ... «il diritto penale, per vincolo costituzionale e per tradizione culturale, è [...] un mezzo di gestione dei conflitti sociali estremamente dispendioso»: testualmente, C. Sotis, *Efficienza (in diritto penale)*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di C. Piergallini-G. Mannozi-C. Sotis-C. Perini-M. Scoletta-F. Consulich, t. I, Milano 2022, 1464.

²³ Così, A. Ceretti, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in *La mediazione nel sistema penale minorile*, a cura di L. Picotti, Padova 1998, 20. P. Maggio, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II*, cit., 15, precisa che «lo scopo della deflazione processuale non può assolutamente esaurire la pluralità di istanze che la GR è chiamata a soddisfare». Sulla stessa linea, v. F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale*, cit., 10; L. Parlato, *Verso un dialogo*, cit., e G. Mannozi, *Nuovi scenari per la giustizia riparativa*, cit., 14, per la quale a concentrare l'attenzione solo sull'aspetto dell'economia processuale si rischia di perdere di vista i veri obiettivi della giustizia riparativa, vale a dire il riconoscimento della dignità dell'altro, la riparazione e la riconciliazione.

²⁴ In questi precisi termini, G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo*, cit., 17.

²⁵ Per M. Donini, *Le due anime dalla riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in *CP 2022, 2027*, se «la riparazione non viene ricondotta al mero calcolo della commisurazione», il sistema si proietta verso «un nuovo fondamento della pena molto più umano e solidale». Nello stesso senso, ha fatto recentemente osservare come non possa escludersi «che la volontaria scelta di riparare possa essere frutto di un calcolo meramente opportunistico» G. Fiandaca, *Note su punizione*, cit., 8.

²⁶ A tal proposito appaiono assai lucide le parole di L. Eusebi, *Senza politica criminale non può darsi diritto penale. L'essere e il dover essere della risposta ai reati nel pensiero di Massimo Pavarini*, in www.discrimen.it, 3.9.2018, 477, per il quale «la chiave di volta per coltivare una giustizia *diversa* con riguardo al reato [...] consist[er] nell'intendere la

conseguenze negative prodotte dal reato²⁷. Indurre riflessioni su un diverso “bisogno di pena” alla luce della revisione dell’esperienza criminale che la pacificazione con sé e, eventualmente, anche con l’altro ha provocato. Questo dovrebbe essere il fine di una G.R. in grado di attraversare l’intero sistema secondo il paradigma positivo del progetto, implicante l’idea di un contenuto diametralmente opposto alla negatività dell’illecito e per ciò stesso in grado di affrancarsi dalle tradizionali radici retributive. Un progetto che, in linea con la logica di una prevenzione generale reintegratrice²⁸, possa assumere rilevanza per il suo destinatario – che tramite di esso dimostra rispetto delle regole e impegno a non reiterare la condotta illecita tenuta – come pure per la sua relazione con la parte offesa e con la società.

Tuttavia, al contempo, è proprio l’acquisizione di questa dimensione valoriale della G.R. che porta ad affermare che non si tratta di un modello esportabile *tout court*, ma di un modello la cui gestione non può non essere differenziata²⁹. Non in tutti gli spazi di innesto nel procedimento penale, infatti, i percorsi riparativi riescono a presentarsi come funzionali al superamento della logica sanzionatoria propria del modello punitivo tradizionale in uno con il raggiungimento del proposito di razionalizzazione con effetti deflattivi in vista della efficienza nella amministrazione della giustizia perseguito dalla recente manovra riformatrice.

Nella M.A.P. invece non si è di fronte ad alternative prospettiche. Anzi.

Le predette tendenze, elevate dalla riforma Cartabia a modello esplicativo privilegiato (e per così dire ‘esclusivo’), giungono ad esaudire le aspettative quando si esaminano le peculiarità del fenomeno che si va considerando. In pratica, in questo contesto, si attua il tanto sospirato salto verso un reale “modello ibrido” di giustizia riparativa, in cui la riparazione dismette i panni abituali della tecnica di *diversion* volta a riempire di contenuti i meccanismi che possono portare alla dichiarazione di estinzione del reato³⁰ per entrare in risonanza con la gestione giudiziale ordinaria del conflitto quale

medesima non più secondo il paradigma della corrispettività (quale riproduzione analogica del negativo ravvisato nel fatto illecito), ma secondo il paradigma del *progetto* (implicante l’idea di un contenuto avente *segno opposto* rispetto alla negatività dell’illecito). Un progetto che, nel quadro di una prevenzione generale *reintegratrice*, possa assumere significato per il suo destinatario come pure per il suo rapporto con la parte offesa e con la società: in modo conforme all’orientamento *complessivo* della strategia politico-criminale nel cui ambito dovrebbe inserirsi». Cfr., ancora, L. Eusebi, *La pena tra necessità di strategia preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *RIDPP* 2021, 823 ss., in cui l’A. evidenzia la tendenza a rappresentare la pena come «un corrispettivo analogo alla negatività ravvisata nel reato».

²⁷ Per E. Mattevi, *La rieducazione nella prospettiva della giustizia riparativa: il ruolo della vittima*, in *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Atti del Convegno Trento, 21-22 gennaio 2022, a cura di A. Menghini-E. Mattevi, Trento 2022, 67, è grazie alla duplice prospettiva emergente dalle premesse della Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa relativa alla giustizia riparativa in materia penale CM/REC(2018)8 – secondo le quali le istanze decisive per la promozione della G.R. sono, da un lato, l’interesse delle vittime ad avere più voce sulle misure da adottare in risposta alla loro vittimizzazione, a comunicare con l’autore dell’illecito e a ottenere una riparazione nell’ambito del procedimento giudiziario, dall’altro, l’importanza di incoraggiare il senso di responsabilità degli autori del reato e di offrire loro l’opportunità di riconoscere i propri torti, progettando il futuro (la responsabilizzazione potrebbe favorire il loro reinserimento, consentire la comprensione reciproca e la riparazione e incoraggiare la rinuncia a delinquere) – la giustizia riparativa allarga l’orizzonte della giustizia tradizionale facendosi carico di tutte le conseguenze negative prodotte dal fatto di reato e proponendosi di giovare sia alle vittime sia agli autori del reato. S. D’Amato, *La giustizia riparativa tra istanze di legittimazione ed esigenze di politica criminale*, in *AP* 2018, f. 1, 5, sottolinea che la giustizia riparativa non entra in conflitto con le esigenze garantistiche care al diritto penale classico, se viene intesa anche quale «strumento di responsabilizzazione, in prospettiva risocializzante, degli autori di reato».

²⁸ Per la nozione di «prevenzione generale *reintegratrice*», cfr., L. Eusebi, *Riforma penitenziaria o riforma penale? Considerazioni in margine al disegno di legge delega sulla riforma dell’ordinamento penitenziario*, in *DPP* 2015, 1334 ss.

²⁹ «La *restorative justice*, modellata sulla mediazione penale e tesa alla ricostruzione della relazione tra autore e vittima, non può aspirare a divenire un modello generale di gestione della penalità»: così, F. Consulich-M. Miraglia, *Costo del processo e fuga dalla giurisdizione*, cit., 8. In termini analoghi, già C.E. Paliero, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano 2007, 140, nonché A. Presutti, *Porte aperte al paradigma riparativo*, cit., 7.

³⁰ ... e «addirittura [ad] evita[re] l’instaurazione della fase processuale ove l’istituto sia applicato nelle indagini (art. 464-

ricostruzione del fatto, accertamento della responsabilità e successiva inflizione di una pena³¹. In questo settore i due versanti della giustizia – riconciliativa e tradizionale – non si trovano in precario equilibrio, bensì costituiscono espressioni dell’«arsenale di risposte dell’ordinamento a un ipotizzato illecito penale (punto di partenza dell’incontro reo vittima), che è riconducibile nel suo insieme all’amministrazione della giustizia penale in senso lato»³².

Dunque, il tratto più rivoluzionario della M.A.P. risiede, per l’appunto, nella capacità di proiettare, per così dire, “a tutto campo” la dimensione interpersonale della G.R. In essa il profilo dello squilibrio nei rapporti intersoggettivi viene, per l’appunto, a stagliarsi nel suo momento fondativo e, di conseguenza, a proiettarsi nelle dinamiche funzionali alla sua risoluzione avviate lungo un percorso, intraprocidentale, di dialogo e di intesa reciproca.

È difficile non accorgersi che ci si trova davvero di fronte ad una linea di sviluppo, particolarmente feconda e ricca di implicazioni nel quadro di un programma di alternativa alla dimensione coercitiva della risposta al reato. Una soluzione che, del resto, ha l’ulteriore pregio di fare in modo che la ‘responsabilizzazione’ del colpevole possa accompagnarsi ad una via d’uscita integrale dal processo e dalla pena (e qui sta la prospettiva premiale che tuttavia non si esaurisce in un’‘appendice’ ulteriore rispetto all’attività giurisdizionale e ai suoi risvolti autoritativi), una volta ammesso che gli scopi della ‘giustizia’ non richiedono necessariamente di attuarsi grazie al ricorso a simili strumenti.

Una fortuna per un ordinamento in perenne affanno che dunque non poteva non scommettere su un rinverimento della M.A.P. per sfruttarne ancora di più e con maggiore consapevolezza le sue diverse potenzialità funzionali anche al fine di rendere il sistema più effettivo, nel senso della effettività postulata dagli obiettivi fatti propri dalla riforma.

3. È noto che nel variegato «multiverso degli istituti a vocazione riparativa»³³ la M.A.P. ha giocato in una visione ampia di inveramento del paradigma di G.R., prima ancora che questa trovasse formalizzazione esplicita nella *lex*, inglobandone, in pratica, fin da subito tutti gli strumenti cardine: si parte dalla previsione di condotte antagonistiche dell’offesa che implicano una regressione/risarcimento del danno per proiettare poi lo sguardo verso il modello più corposo del contatto riparatorio tra autore e vittima, agevolato dall’intervento di un terzo (triade *victim/mediation/offender*)³⁴, senza tralasciare un arsenale multiforme di prescrizioni – lavoro di

ter Cpp)»: così A. Presutti *La giustizia riparativa alla prova*, cit., 4.

³¹ Sul punto, v. G. Mannozi, *Giustizia penale e giustizia riparativa: alternatività o destini incrociati?*, in *Themis - Rivista giuridica* 2011, III, n. 9, 39.

³² Così G. Uberris, *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, in Id., *Argomenti di procedura penale*, vol. II, Milano 2006, 85, il quale identifica nella ricostruzione del fatto attraverso l’accertamento e nella successiva inflizione della pena i tratti conciliativi del soggetto autore con se stesso; dell’autore con la vittima e con la società; dei due attori con l’ambiente sociale. Nello stesso senso, cfr. A. Ceretti, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, III, *Criminologia*, a cura di A. Ceretti, Milano 2000, 763. Sul punto, cfr. anche P. Maggio, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II*, cit., 2, e Ead., *La riforma organica della giustizia riparativa*, cit., 252. Precisa che nella G.R. il fatto non è oggetto di accertamento, trattandosi di «osserva[rlo] ed elabora[rlo] con l’aiuto dei mediatori», R. Orlandi, *Giustizia penale riparativa. Il punto di vista processuale*, in *DPP* 2023, 91.

³³ L’espressione si deve a V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa*, cit., 3.

³⁴ Per un inquadramento storico della nascita della giustizia riparativa, v. *ex multis* C. Mazzucato, *Appunti per una teoria “dignitosa” del diritto penale a partire dalla restorative justice*, in *Dignità e Diritto. Prospettive interdisciplinari, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università Cattolica del Sacro Cuore – sede di Piacenza*, n. 2/2010, 101 e ss. Sulla distinzione tra “giustizia a due” e “giustizia a tre”, v. R. Bartoli, *Il diritto penale*, cit., 96 ss.; v. anche, V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, in www.lalegislazionepenale.eu, 15.6.2021, 19, nonché E. Turco, *Mediazione penale e indagini preliminari*, cit., 1046. Delineano le caratteristiche dei principali programmi di giustizia ripartiva – quali VOM (*Victim-Offender Mediation*), *family group conferencing*, *peace making circles* – traducendoli con il termine di “dialogo riparativo” G. Mannozi, *La giustizia senza spada*, cit., 2, e G. Mannozi-G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa*, cit., 217 ss.

pubblica utilità incluso³⁵ – dal forte contenuto socializzante³⁶ orientate alla vittima del reato o alla comunità, entità, quest’ultima, che può diventare non solo il contesto in cui le condotte riparative vengono svolte ma anche la “beneficiaria” delle stesse³⁷.

Una pluralità di *chance* operative che, collocandosi nel solco della finalità responsabilizzante della M.A.P., hanno affondato le radici tanto nella prospettiva comunque solipsistica tipica del modello punitivo, quanto nello schema della conflittualità *inter pares* della G.R. nella sua forma più pura, più densa, di incontro capace di permeare di sé il tipo di risposta da dare al fatto commesso a favore di

³⁵ Il lavoro di pubblica utilità costituisce elemento del programma di messa alla prova ma anche pena sostitutiva. Con riferimento a quest’ultimo, il nuovo art. 56-bis l. 24.11.1981 n. 689, introdotto dalla Riforma Cartabia, prevede che il condannato possa svolgere (di regola nella regione di residenza) dalle sei alle quindici ore di lavoro settimanali, con un limite massimo di otto ore giornaliere. Un giorno di pena viene sostituito dalla prestazione di due ore di lavoro (come si comprende dal combinato disposto dell’art. 56-bis co. 3, che stabilisce che un giorno di lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione di due ore di lavoro, e dell’art. 57, che prevede che la durata del lavoro di pubblica utilità corrisponde a quella della pena detentiva sostituita). Per considerazioni sulle nuove pene sostitutive, si rinvia *ex multis* ai seguenti studi, elaborati con riferimento, taluni, alla l. 134/2021, altri, al decreto legislativo approvato dal Governo in sua attuazione: G. Lattanzi, *A margine della “Riforma Cartabia”*, in *RIDPP 2022*, Speciale “Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma”, n. 1, 435 ss.; G. De Vero, *La riforma del sistema sanzionatorio penale*, cit.; G. Amarelli, *Riparazione e pene sostitutive. Il sistema penale al bivio tra retrotopia e risemantizzazione*, in *PPG 2023*, f. str. 5, 76 ss.; A. Gargani, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in www.lalegislazionepenale.eu, 20.1.2022, spec. 10 ss.; O. Calavita, *La riforma delle sanzioni sostitutive: riflessioni processualistiche in attesa del decreto legislativo*, *ivi*, 13.2.2022; T. Travaglia Cicirello, *La riforma delle sanzioni sostitutive e le potenzialità attuabili del lavoro di pubblica utilità*, *ivi*, 21.9.2022; D. Perrone, *L’intervento di riforma in materia di pena pecuniaria: l’obiettivo mancato dell’effettività tra vincoli di delega e difficoltà esecutive*, *ivi*, 8.2.2023; D. Guidi, *La riforma delle “pene” sostitutive*, *ivi*, 25.2.2023; A. Cavaliere, *Considerazioni ‘a prima lettura’*, cit., 14 ss.; D. Bianchi, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega “Cartabia”: una grande occasione non priva di rischi*, in www.sistemapenale.it, 2.2.2022; E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, *ivi*, 2.9.2021; Id., *Dalla Riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, *ivi*, 10.8.2022; E. Dolcini, *Dalla Riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, *ivi*, 10.8.2022; G. Rossi, *Le novelle della riforma Cartabia ed il processo penale davanti al Tribunale in composizione monocratica: la nuova “udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta”*, *ivi*, 25.5.2023; L. Eusebi, *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *RIDPP 2021*, 823 ss.; M. Donini, *Efficienza e principi*, cit., 591 ss.; R. De Vito, *Fuori dal carcere? La “riforma Cartabia”, le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*, in *QG 2021*, f. 4, 28 ss.; F. Grosso, *Riforma Cartabia: riflessioni preliminari in materia di pene sostitutive*, in *GP web 2023*, f. 5; G. Amarelli, *L’ampliamento delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: luci e ombre*, in *PPG 2022*, f. 1, 234 ss.; A. Abbagnano Trione, *Una semantica persuasiva nel disegno di revisione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi. Dalle parole ai fatti*, *ivi*, 1, 238 ss.; V. Alberta-S. Amato-E. Losco-M. Straini, *Pene sostitutive delle pene detentive brevi: una riforma culturale*, in *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, cit., 7 ss.; R. Bartoli- R. Guerrini (a cura di), *Verso la riforma del sistema sanzionatorio. Atti dell’incontro di studio (Siena, 10 dicembre 2021)*, Napoli 2022; F. Fiorentin, *Quattro ore fuori dal domicilio per le esigenze personali e di vita. Le pene sostitutive*, in *GD 2022*, 44, 29 ss.; T. Padovani, *Riforma Cartabia, intervento sulle pene destinato a ottenere risultati modesti*, *ivi*, 2022, 41, 8 ss.; M. Telesca, Mariangela (2021), *La ‘nuova’ disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi prevista dalla c.d. ‘riforma Cartabia’*, in *DPenCont 2021*, f. 3, 34 ss. Per un commento sul “Rapporto sullo stato dell’esecuzione delle misure e sanzioni di comunità”, aggiornato al 15.11.2023, cfr. A. Della Bella, *I primi dati ufficiali sulle nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi: già oltre 1.400 in esecuzione*, in www.sistemapenale.it, 1.12.2023. Si sofferma sul rapporto fra l’istituto della messa alla prova e le nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi, E. Banchi, *Le modificazioni*, cit., 11-13. Per un’analisi approfondita del lavoro di pubblica utilità in veste di sanzione sostitutiva, come coniato nel 1981, cfr., per tutti, E. Marzaduri, *L’applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell’imputato*, Milano 1985.

³⁶ Del resto, la G.R. si caratterizza per «una estrema fluidità di contenuti che, a sua volta, si riverbera, a livello semantico, nell’adozione di una gamma assai varia di “etichette” per indicare differenti modalità operative di questo paradigma di giustizia, all’interno del quale il concetto di riparazione non può essere riduttivamente riferito a una prestazione a carattere patrimoniale, ma va, piuttosto, inteso quale esito tipico e fondamentale del metodo compositivo della conflittualità»: V. Patané, *Percorsi di giustizia riparativa nell’ordinamento italiano*, in *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di M. Bargis-H. Bellùta, Torino 2017, 547.

³⁷ Considera la G.R. «una tipica manifestazione della postmodernità giuridica», in cui la “relazione di giustizia” si pone non più tra due soli soggetti, l’autore del reato e lo Stato, ma coinvolge anche la vittima e la comunità, F. Palazzo, *Plaidoyer per la giustizia riparativa*, cit., 8.

intenti deflativi volti ad evitare che l'autore del reato entri in contatto con il sistema penale (vedasi la mediazione tra autore e vittima³⁸).

Un punto di vista, dunque, quello della M.A.P., in cui il ricorso alla riparazione si concentra non solo sulla necessità di concretizzare una specifica modalità di *diversion* volta essenzialmente alla gestione extragiudiziale di una certa fascia di criminalità, ma si indirizza anche nella scoperta di un più ampio orizzonte ermeneutico a cui affidarsi per uscire dalla dimensione classica della colpevolezza; dimensione che, sia ben chiaro, resta pur sempre assorbente nonostante la tipicità dell'epilogo liberatorio – di carattere processuale – in luogo della tradizionale alternativa decisoria assoluzione/condanna che la contraddistingue, sebbene in tale sede lo scopo specialpreventivo tipico del trattamento sanzionatorio sia perseguito in una fase anticipata «in cui viene infranta la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto»³⁹. In questo senso, l'estinzione del reato non è il portato ovvio della rinuncia al processo ma la conseguenza di una diminuita offensività della condotta ottenuta attraverso le condotte fattive a contenuto riparativo/conciliativo⁴⁰.

³⁸ ... capace di produrre «non una verità formale inserita in un giudizio di conformità a una norma, ma sostanziale e duale»: così, E. Venafro, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 5.

³⁹ C. cost., 7.12.2018 n. 231, in *GC* 2021, 415 ss., in tema di messa alla prova e contenuti dei certificati del casellario richiesti dai privati, con nota di A. Ciavola, *La Corte costituzionale pone fine ad ogni ambiguità: la messa alla prova costituisce parte integrante del sistema sanzionatorio penale* (Corte cost., 7 dicembre 2018 n. 231). Sul punto, v. anche C. Conti, *La messa alla prova tra le due Corti*, cit., 678, e V. Bove, *La messa alla prova*, cit., 16, che evidenzia che con la messa alla prova per gli imputati maggiorenni s'affaccia l'idea – finora impensabile – di una fase esecutiva che precede quella cognitiva, affrancata dal giudizio in fatto e diritto, come se il processo fosse un segmento superfluo di cui ci si possa tranquillamente sbarazzare. Nei termini della decisione costituzionale si erano già espresse le Sezioni Unite (Cass. S.U. 1.9.2016 n. 36272, Sorcinelli, in *PPG* 2017, f. 2, 45) quando erano state chiamate a dirimere un contrasto giurisprudenziale concernente la possibilità di includere le circostanze aggravanti (comprese le circostanze ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato) nel computo della pena massima che, in forza del richiamo contenuto nell'art. 168-bis Cp, consente la sospensione del procedimento per accesso alla M.A.P. A commento di tale pronuncia, v. R. Bartoli, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9.12.2016, e I. Guerini, *In claris (non) fit interpretatio? Le sezioni unite in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, ivi, 15.11.2016. Definisce «inquietante» la ricostruzione operata dalle Sezioni Unite, dal momento che «al giudice che valuta l'istanza presentata dall'imputato ex art. 464-bis Cpp non è [...] richiesto di emettere una decisione conclusiva nel merito, bensì di attestare la sussistenza dei requisiti legittimanti la sospensione del processo per consentire l'innesto dell'iter riparativo», così che si tratta «non [di] un provvedimento d'avvio dell'esecuzione, produttivo come tale di un ribaltamento dell'ordinaria sequenza giudizio-pena, ma [di un] atto propulsivo del segmento incidentale destinato ad accogliere la prova», A. Sanna, *La messa alla prova riformata, tra giustizia riparativa ed esecuzione ante iudicium*, in *www.discrimen.it*, 13.12.2022, 6.

⁴⁰ Senza che sia possibile affrontare in questa sede, neppure per sommi capi, le numerose problematiche sollevate dalla questione, va segnalato che la compatibilità della M.A.P. col dettato dell'art. 27 co. 2 Cost., per violazione della regola di trattamento desumibile dalla presunzione di non colpevolezza, è stata oggetto di un acceso dibattito in dottrina, già all'indomani della sua introduzione nel sistema processuale. Una prima tesi ha sostenuto che il *probation* processuale si troverebbe sul filo del rasoio costituzionale, posto che il contenuto minimo, indiscusso, della presunzione di non colpevolezza è il divieto di esecuzione anticipata della sanzione: così, R. Orlandi, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, diretto da M. Bargis, XI ed., Milano 2022, 668. Ritengono, del pari, che vi sia una frizione tra il nuovo istituto e la presunzione di non colpevolezza, giacché esplicitamente assimilano il trattamento cui è sottoposto l'imputato messo alla prova a una sanzione penale, *ex multis*, F. Caprioli, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *CP* 2012, 11; O. Mazza, *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino 2020, 55 ss.; C. Conti, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 67 del 2014*, cit., 16; P. Ferrua, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, a cura di M. Daniele-P.P. Paulesu, Torino 2015, 187 ss.; F. Viganò, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *RIDPP* 2013, 1302; A. Sanna, *La messa alla prova riformata*, cit., 1 ss., e, di recente, G. Barrocu, *La procedura penale messa alla prova*, cit., 69-71. Negano, al contrario, che vi sia una frizione tra l'istituto *de quo* e la presunzione di non colpevolezza, G. Illuminati, *Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa*, in *DPenCont* 2015, f. 4, 9; G. Uberty, *Sospensione del procedimento*, cit., 726 ss., e A. Scafati, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge n. 67/2014*, in *La deflazione giudiziaria*, cit., 9, che esclude che il trattamento fissato nel programma della M.A.P., sebbene in parte

Ciò detto, di fronte all'esplicita *voluntas legis* di indirizzare quanto più possibile il procedimento alla ricomposizione del conflitto autore-vittima-consociati – attraverso l'apporto «consensuale, attivo e volontario» dei soggetti coinvolti, come recita l'art. 42 co. 1 del d.lgs. 150/2022 – e di modulare, secondo una più evoluta conformazione, il modello giudiziario della risposta penale, la confluenza “disciplinata” della G.R. negli interstizi della M.A.P. non può che rivelarsi il frutto di una visione profondamente lungimirante.

E così, allo scopo di ergerla a opzione di forte impatto nel sistema, si fa diventare la giustizia riparativa una componente essenziale del percorso di M.A.P. agendo anzitutto su ciò che costituisce condizione imprescindibile per la sospensione del procedimento. Si allude, ovviamente, al programma destinato a tracciare le linee progettuali del periodo di prova, elaborato d'intesa con l'ufficio di esecuzione penale esterno (c.d. U.E.P.E.)⁴¹, dal quale – accanto alle attività riguardanti la tradizionale dimensione riparativa e rieducativa dell'istituto – devono «in ogni caso» risultare non sole le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa ma anche (ecco la novità) «*lo svolgimento di programmi di giustizia riparativa*» (art. 464-bis co. 4 lett. c Cpp). È in questo “luogo” privilegiato che dunque può innestarsi non solo la pratica mediativa – che può essere estesa a qualsiasi attività oggetto di prescrizione, purché risulti diretta a riparare le conseguenze del reato o a promuovere la riconciliazione con la persona offesa della quale, tra l'altro, unicamente in questa parte della disposizione si fa menzione esplicita con un richiamo che appare quasi incidentale – ma anche la giustizia riparativa, il cui accesso può propiziare, ai fini della M.A.P., una più consapevole declaratoria di estinzione del reato per esito favorevole della prova.

Il congegno della M.A.P., dunque, è in grado di farsi concretamente volano per l'entrata nel circuito riparatorio vero e proprio che assurge a elemento costitutivo del progetto di prova⁴², sebbene sia da ritenere che il suo eventuale fallimento – come già accade con la clausola relativa alla mediazione – non comprometta di per sé l'esito della prova, che potrebbe benissimo avere successo sulla base degli altri adempimenti previsti, se portati regolarmente a termine.

C'è però un aspetto della novità in parola che può generare perplessità, almeno di primo impatto. Si sa che la giustizia riparativa va oltre il modello riparatorio in senso stretto fatto di condotte “prestazionali” in cui, nella prospettiva della retribuzione, hanno un ruolo fondamentale il Giudice, il P.M. e il difensore. Cambia il punto di osservazione del fenomeno criminale. L'idea di una giustizia della riparazione, nella sua contrapposizione alle istanze retributive e alle ragioni di ordine special-preventivo della tradizionale giustizia punitiva, rappresentando una sorta di evoluzione di quel

afflittivo, possa essere «assimilato a un provvedimento sanzionatorio, pure per il rilievo accordato al ruolo della vittima e alle attività specificamente risocializzanti, nonché per il dover essere anticipatamente e dettagliatamente condiviso dal richiedente». Sulla stessa linea, in modo assai efficace, G. Spangher, *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino 2015, 61, il quale afferma che la M.A.P. «si configura come una richiesta unilaterale dell'imputato, condivisa dal giudice, [...] di anticipazione, rispetto al momento esecutivo, di una cripto-pena (a contenuto rieducativo, risarcitorio, riparatorio)». Per una ricognizione delle varie posizioni dottrinarie che rievocano tali concetti, v. C. Migliaccio, *La postmodernità del diritto: il vaglio di legittimità costituzionale della messa alla prova in un processo senza “pena” con finalità specialpreventive*, in *PPG* 2018, f. 6, 1070 ss.

⁴¹ ... che, da questo punto di vista, si fa garante della praticabilità del progetto.

⁴² D. Guidi, *Profili processuali*, cit., 5, evidenzia che nel nuovo testo dell'art. 464-bis co. 4 lett. c Cpp, così come modificato dall'art. 29 del d.lgs. 150/2022, «si coglie la volontà legislativa di creare un punto di contatto tra due istituti che, pur essendo ovviamente molto diversi tra loro per conformazione, disciplina e finalità, condividono una comune “vocazione riparatoria” e si basano sull'idea che l'imputato debba intraprendere un “percorso” di riavvicinamento alla vittima e alla comunità». L'A., tuttavia, esprime anche perplessità in merito al nuovo contenuto del programma di trattamento, legate, da un lato, al rischio che la novità normativa possa condurre inevitabilmente ad un ulteriore appesantimento del carico di lavoro degli Uffici di Esecuzione Penale Esterna (U.E.P.E.), già gravati dal difficile compito di redigere un programma “individualizzato” e di verificare la sua corretta esecuzione da parte dell'imputato, dall'altro, «a problemi di compatibilità con il nuovo art. 129-bis Cpp, posto che, ai sensi di tale ultima disposizione, l'iniziativa in merito all'attivazione dei percorsi riparativi è affidata prevalentemente al giudice e non all'imputato, al quale però si chiede evidentemente di integrare il contenuto del programma, in collaborazione con l'UEPE, inserendo la descrizione delle condotte volte a promuovere tali programmi» (*op. cit.*, 5).

modello restitutivo che mira ad addivenire ad un risarcimento fattivo del danno cagionato, si fonda essenzialmente sull'ascolto e sul riconoscimento dell'altro, attiene all'esperienza interpersonale autore-vittima in cui non c'è posto per i soggetti istituzionali disciplinati dal codice di rito; non si identifica con una prestazione definita e determinata fatta di ruoli e compiti stereotipati variamente distribuiti. È l'esito di un percorso, di un insieme di esperienze di co-regolazione emotiva attorno ad un fatto che ha perso la sua dimensione unilaterale di reato – e che richiede una pena da espiare – per venirsi a configurare come una rottura del patto di coesistenza umana e sociale⁴³; è il passaggio da una pena classica in risposta al disvalore oggettivo/valoriale del fatto⁴⁴ ad una “pena interrelazionale” frutto del reciproco riconoscimento elaborato nella dimensione comunitaria/sociale dei protagonisti della vicenda criminosa⁴⁵.

⁴³ Per R. Bartoli, *Giustizia vendicativa, giustizia riparativa, costituzionalismo*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, t. I, cit., 548, «posto che ogni reato può essere concepito come una rottura del patto di convivenza, mentre la giustizia vendicativa, in virtù dell'impiego della violenza, se, da un lato, tutela la società, dall'altro lato, rischia di rendere la frattura tra reo e società ancora più profonda, la giustizia riparativa tende invece a rimuovere le stesse cause del conflitto e quindi a ricostituire in termini sostanziali i presupposti per una convivenza pacifica, sia per quanto riguarda i protagonisti della vicenda criminosa, sia per quanto attiene alla comunità che vi ruota attorno». A. Ceretti, *Mediazione*, in AA.VV., *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia (Atti del Convegno, Macerata, 4-5 luglio 2003)*, Milano 2004, 99, ha evidenziato che il reato in questa ottica è inteso principalmente come un conflitto che provoca, per l'appunto, la rottura di aspettative sociali simbolicamente condivise, di talché esso non dovrebbe più essere considerato solo come un illecito commesso contro la società che incrina l'ordine costituito – e che richiede una pena da espiare – bensì come una condotta intrinsecamente dannosa e offensiva, che può provocare alla vittima privazioni, sofferenze, e che richiede, da parte del reo, anzitutto l'attivazione di forme di riparazione del danno provocato. Analogamente, v. M. Gialuz, *Mediazione e conciliazione*, in *La giustizia penale consensuale*, cit., 107, e A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale*, cit., 247.

⁴⁴ Sottolinea R. Bartoli, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa*, cit., 3, come nella giustizia riparativa «cambi [...] lo stesso concetto di disvalore del fatto, facendosi non soltanto oggettivo/valoriale, ma anche personalistico. Nella giustizia punitiva, il disvalore del fatto è definito dalla fattispecie incriminatrice e finisce per essere interamente valoriale. Il fatto è descritto dalla legge in modo dettagliato ed esprime un disvalore rispetto al quale si colloca un valore oggetto di tutela. Si potrebbe parlare anche di un disvalore astratto se non addirittura simbolico. Non solo, ma attraverso questa astrattezza si assiste anche a un fenomeno di pubblicizzazione/spersonalizzazione di tutti i beni, anche di quelli che appartengono esclusivamente alle persone: certo, la vittima c'è con i suoi interessi concreti offesi, ma questa dimensione concreta degli interessi in realtà passa in dando piano. Lo Stato finisce così per “appropriarsi” del valore e del disvalore, mentre l'interesse concreto della vittima viene del tutto estromesso». I rapporti fra pena e G.R. sono stati oggetto di ampio dibattito. Tra i contributi più recenti si vedano, almeno, G. De Francesco, *Uno sguardo d'insieme sulla giustizia riparativa*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2.2.2023; Id., *Della pena e del punire*, ivi, 17.10.2022, *passim*, spec. 10 ss.; Id., *Rieducazione, giustizia riparativa, logiche premiali. Appunti minimi per un confronto*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, t. I, cit., 361 ss.; M. Donini, *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in *CP* 2022, 2027 ss.; Id., *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. Le basi di un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Torino 2022, 407 ss.; Id., *Diritto penale e processo come legal system. I chiaroscuri di una riforma bifronte*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo-M. Donini-E.M. Mancuso-G. Varraso, Milano 2023, 18 ss.; G. Fiandaca, *Considerazioni su rieducazione e riparazione*, in *SP* 2023, f. 10, 135 ss.; O. Di Giovine, *Delitto senza castigo? Il bisogno di pena tra motivazioni razionali ed istinti emotivi*, in *RIDPP* 2021, 855 ss.; P. Maggio, *Mai più prigionieri del silenzio. Il divieto di dialogare con gli altri detenuti viola la dignità dei condannati all'ergastolo*, in *FI* 2022, V, c. 289 ss.

⁴⁵ G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo*, cit., 14, evidenzia come non possa negarsi che il nuovo «paradigma di giustizia si ponga pur sempre in linea, sebbene a mezzo di un percorso suo proprio, con l'esigenza, non solo interpersonale, ma anche collettiva e per così dire ‘ordinamentale’, di addivenire alla soluzione di conflitti tramite procedure (oltre tutto meno ‘costose’) particolarmente idonee ad impedire [...] che questi si tramutino in dissidi socialmente (e giuridicamente) intollerabili». Per analoghe considerazioni, v. A. Ceretti, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, cit., 20; M.A. Foddai, *Responsabilità e giustizia riparativa*, in *RIDPP* 2016, 1707; G. Mannozi-G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti*, cit., 228 ss., 263; M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, Napoli 2015, 290. Parla di rinnovato paradigma rieducativo dell'art. 27 Cost. perché il giudice deve capire che «solo la pena agita rieduca veramente», M. Bortolato, *La riforma Cartabia*, cit., 132. La felice espressione «pena agita» – in contrapposizione al classico concetto di pena subita – si deve a M. Donini, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, a cura di A. Bondi-G. Fiandaca-G.P. Fletcher-G. Marra-A.M. Stile-C. Roxin-K. Volk, Urbino 2022, 389 ss.

Ma – ecco il punto – l’unicità straordinaria della *R.J.* non rischia di “contaminarsi” con la previsione che anche lo svolgimento di programmi di giustizia riparativa debba rientrare tra i contenuti del programma di trattamento da allegare alla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova? Detto altrimenti, vi sarebbe spazio perché che tale specificità, schiacciata dal peso delle *performance* riparatorie “offerte” alla vittima dall’autore del reato, finisca per appiattirsi sui contenuti standardizzati dei progetti di M.A.P., portando – paradossalmente proprio nel momento in cui l’ordinamento ha finalmente determinato lo spazio da attribuirgli – ad abbassare il livello di attenzione verso il percorso riparativo vero e proprio. Oggi, ancora di più, nel momento in cui si è cercato di valorizzare maggiormente l’aspetto più direttamente riparativo, si corre il rischio che quel percorso sia declassato alla stregua di tutti gli altri impegni e divieti che devono essere assolti e rispettati per non far andare sprecata l’occasione di risocializzazione offerta dalla messa alla prova, ovvero, in una visione più pragmatica, per poter sperare di raggiungere l’obiettivo della dichiarazione estinzione del reato (art. 464-*quinquies*).

C’è il pericolo che l’adesione al programma riparativo avvenga in modo riflesso e a scopi puramente utilitaristici⁴⁶. In sostanza, una volta rappresentata come concreta la possibilità di sfuggire alla pena, la giustizia riparativa potrebbe manifestarsi come occasione particolarmente propizia per l’autore del reato, il quale, proprio in vista di quel risultato, è portato a valutare comunque con favore ogni opportunità che gli viene offerta. Senza che da ciò consegua un reale cambiamento fondato sulla presa di coscienza della dimensione anche morale della propria responsabilità, e senza quindi che la frattura relazionale provocata dal reato possa ritenersi giunta ad un’effettiva ricomposizione.

La possibilità che la G.R. venga *imposta*, può, dunque, nel caso concreto, snaturare, per così dire, lo spirito più autentico della giustizia riparativa come incontro all’insegna dell’empatia e del riconoscimento reciproco, degradandola a strumento pragmatico di soluzione della “controversia” destinato a perdere, con buona probabilità, la potenziale funzione emancipatrice per la vittima⁴⁷. Una logica compositiva che non può non ripugnare, «anche per il solo sospetto di accordi transattivi coltivati all’ombra di eventuali pressioni ad opera del *partner* ‘forte’ del rapporto»⁴⁸.

L’invito a riflettere su un “nodo” specifico, ovvero sul modo di intendere la ‘volontarietà’ nell’adesione ai programmi di G.R. è servito. Il problema non è affatto di poco conto, trattandosi del cardine attorno al quale deve ruotare tutto il processo riparativo e attorno al quale, nel caso specifico, si costruisce l’accesso al programma di riparazione, a meno di non ammettere che, nell’economia generale di un percorso ci si possa accontentare, nella fase di esordio, di una adesione semplicemente consensuale – una sorta di ‘consenso informato’ – ad un programma di trattamento, non ancora pienamente consapevole e profondamente motivata⁴⁹. Anche se poi resta da chiedersi se questo modo

⁴⁶ Per G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo*, cit., 19, soluzioni del genere «rendono labile e precaria la correlazione con i bisogni specifici della vittima, mentre difficilmente riescono a celare l’attenzione pur sempre rivolta alla persona del giudicabile, in vista di obiettivi di maggiore efficienza per il tramite dell’‘offerta’ di un’eventuale impunità unita ad una valutazione favorevole in termini di prevenzione della recidiva».

⁴⁷ Parla di «rischi[o] di ‘snaturare’ l’indole più autentica del percorso mediatorio» G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo*, cit., 19. Sulla stessa linea, tra i tanti, R. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *DPP* 2014, 670; C. Grandi, *L’estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13.11.2017, 10 ss.; E. Lanza, *La messa alla prova processuale*, Milano 2017, 361 ss. e 377 ss.; P. Maggio, *Mediazione e processo penale: i disorientamenti del legislatore italiano*, in *Dialogo e modelli di mediazione*, a cura di A. Pera, Padova 2016, 38 ss.; E. Mattevi, *La giustizia riparativa nel procedimento penale a carico degli imputati adulti: un’introduzione*, in *Giustizia riparativa. Responsabilità*, cit., 198; M. Miraglia, *La messa alla prova dell’imputato adulto*, Torino 2020, 173 ss.; R. Muzzica, *Il ruolo della vittima negli istituti riparativi*, in www.lalegislazionepenale.eu, 22.11.2019, 15.

⁴⁸ In questi termini esatti G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo*, cit., 14.

⁴⁹ Sul punto, cfr. G. Grandi, *Liberato consenso e volontarietà. Aspetti della “partecipazione attiva” ai processi riparativi*, in *Paradoxa* 2017, XI, 4, 93 e 96, il quale si sofferma sul modo di intendere la volontarietà nell’adesione ai programmi di Giustizia Riparativa, precisando che «non si tratta di un passaggio qualunque ma, per un verso, della *porta di ingresso* rispetto ai percorsi concreti e, per un altro, del *nucleo centrale* di tutto il processo riparativo: aderire a un processo di trasformazione del proprio modo di vivere la relazione con l’altro», a meno di non intendere la partecipazione in due

di frazionare la partecipazione, “debole” al momento dell’entrata nel circuito della M.A.P., “forte”, verrebbe da dire, in uscita possa ritenersi compatibile col paradigma stesso della *R.J.*

C’è comunque da dire che, laddove la volontarietà non venga massimizzata *in itinere*, con buona probabilità il giudice, chiamato a valutare i risultati della M.A.P., non considererà assolto il programma riparativo ma che ciò non toglie che l’effetto estintivo del reato sia comunque raggiunto⁵⁰ sulla base di una valutazione positiva degli altri “adempimenti” prescritti nel programma di trattamento eseguito durante la sospensione del procedimento per M.A.P e legati ad iniziative unilaterali del soggetto sottoposto al procedimento. E resta anche da dire che simili perplessità ben potevano (e possono tuttora) esprimersi anche riguardo al requisito inflessibile del lavoro di pubblica utilità, nonché delle attività di volontariato di rilievo sociale che continuano ad essere imprescindibilmente richiesti dal legislatore (art. 464-*bis* co. 4 lett. *b* Cpp) e che certamente non orientano l’istituto verso le esigenze di natura socio-personologica tipiche del dialogo riparativo e della mediazione penale ma piuttosto verso una ‘riparazione’ realizzata nei confronti dello Stato che rinuncia così alla sua pretesa punitiva⁵¹.

Ragion per cui il bilancio non può, sotto questo aspetto, ritenersi pervaso da sole criticità. Così, se non si può escludere che, nonostante l’apertura dell’ordinamento verso spirito e tecniche dell’incontro, talvolta la M.A.P. possa essere messa a frutto solo nella sua prospettiva funzionale “indiretta” di strumento di pura deflazione – cosa che del resto è destinata ad accadere anche quando la via della conciliazione tra gli interessati non risulti praticabile per il diniego di taluno di essi o di entrambi –, non va sottovalutato che la più accentuata affermazione in questi casi della logica premiale giova alla economia processuale e genera comunque un’economia della pena, a cui si rinuncia insieme con l’accertamento completo del fatto; quasi un assaggio di quanto ha promesso la manovra Cartabia fin dalla sua intitolazione.

In altri termini, è vero che ciò che più conta è che la logica del paradigma riparativo sia stata introiettata dal sistema innovato della M.A.P., inglobata quale componente offerto dal legislatore per invogliare l’accesso al rito speciale. Ma è altrettanto vero che ciò non è mai avvenuto a discapito del generale proposito efficientistico perseguito: in nessun caso si è messa a repentaglio la capacità della M.A.P. di agevolare celerità e semplificazione del procedimento penale, così come in nessun caso può dirsi compromessa l’attitudine dell’istituto a segnare un ribaltamento dei tradizionali sistemi di intervento sanzionatorio. Gli obiettivi caldeggiati dalla riforma, dunque, si intersecano sinergicamente in questo luogo privilegiato, a niente rilevando la circostanza che – comunque a fronte del medesimo effetto dell’estinzione del reato – l’istituto possa concretarsi in due diverse modalità, fondata sulla comprensione totale della G.R. nella sua concreta capacità risolutiva-rielaborativa del conflitto sociale, l’una, praticabile ove le parti si mostrino indifferenti alla ricomposizione tramite le attività riparatorie nonché in relazione a reati senza vittima, a vittima indeterminata o diffusa, sempre più frequenti, l’altra, che viene a costituire il mezzo tecnico per dare ingresso alla più diversa tipologia di condotte unilaterali tutte indistintamente connotate dallo scopo di assicurare un nucleo forte di veri e propri trattamenti di contenuto formativo⁵².

Posto che la sospensione implica in ogni caso la non esecuzione della pena, è chiaro che il centro reale della M.A.P. sta nelle componenti del trattamento, di qualunque tipo esse siano, tanto riparatorie, quanto prescrittive, alle quali pertanto è affidata la vera risposta dell’ordinamento. È il

modi diversi «uno ‘debole’ e uno ‘forte’».

⁵⁰ ... non essendo «marginali i casi in cui permangono sentimenti ambiguità o di insoddisfazione da parte delle vittime»: M. Bouchard-G. Mierolo, *Offesa e riparazione*, cit., 220.

⁵¹ L’osservazione si deve a F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte I*, cit., 11. Per A. Ciavola, *La lenta affermazione della Giustizia riparativa*, cit. 46, «è [proprio] la natura obbligatoria del lavoro di pubblica utilità il segno della natura afflittiva e non riparativa della messa alla prova».

⁵² Per questo rilievo, A. Presutti, *Porte aperte al paradigma riparativo*, cit., 18, che aggiunge come «in nessun caso v[enga] compromesso il bene del risparmio processuale, ma certamente resta effetto solo accessorio del percorso conciliativo/riparativo e obiettivo sempre primario per l’alternativa riparatoria in senso lato».

trattamento *tout court* ad assicurare le esigenze di prevenzione generale. È il trattamento *tout court* che conserva i caratteri sanzionatori, seppure alternativi alla detenzione⁵³. Ecco dunque che la M.A.P. rivela, sempre e comunque, la propria vocazione di strumento funzionale al superamento della logica sanzionatoria tradizionale, di collegamento verso una visione più evoluta della risposta all'illecito.

4. In questo quadro d'insieme si rivelano significativi, nell'ottica di una ulteriore valorizzazione delle logiche compositive insite nella M.A.P., premessa non fittizia dell'auspicata riparazione, gli altri ritocchi operati dalla recente riforma, ritocchi che, nel contesto di un generale ripensamento del sistema sanzionatorio, mantengono fede anche agli impegni originari di riservare la detenzione solo ad ipotesi di *extrema ratio* e, contemporaneamente, di smaltire il flusso giudiziario.

In particolare, è ampliato l'ambito di applicazione con incremento dei titoli di reato per cui è possibile avanzare la richiesta di M.A.P. E ancora, la spinta a praticare questa alternativa processuale viene estesa al P.M. che può formulare una proposta di sospensione del procedimento con messa alla prova tanto nella fase procedimentale che in quella processuale.

L'equazione è semplice: la privazione della libertà personale, massima pena per l'individuo, deve rispecchiare nel contenuto l'adeguato disvalore del fatto. Chiaro come in tal modo la risposta carcerocentrica vada commisurata su condotte particolarmente lesive dei beni tutelati dalle regole penali mentre di fronte ad ipotesi espressive di un disvalore non elevato può, *in limine*, giustificarsi l'esenzione dalla pena e, in certo qual modo, dal processo⁵⁴. Un obiettivo di politica criminale e giudiziaria che – senza generalizzazioni legate alla pena edittale – viene realizzato in maniera “chirurgica” ma indiretta. Anziché intervenire sulle norme in materia di M.A.P., ci si serve del rinvio mobile contenuto nell'art. 168-*bis* co. 1 Cp (ovvero la disposizione che circoscrive dal punto di vista oggettivo l'area operativa della messa alla prova per adulti) al secondo comma dell'art. 550 Cpp, incrementando il novero delle fattispecie per cui si procede con citazione diretta davanti al tribunale in composizione monocratica⁵⁵. Così, fermo restando il limite ordinario di quattro anni di reclusione di cui al primo comma della disposizione appena citata che non è stato toccato dalla riforma, il risultato è l'estensione del modello del *probation* processuale ad ulteriori specifici reati compresi nell'attribuzione del giudice monocratico che proceda alla inedita udienza di comparizione predibattimentale di cui agli artt. 554-*bis* e ss. Cpp, introdotti, anch'essi, dal d.lgs. 150/2022⁵⁶, e che

⁵³ Questa sottolineatura si deve a Cass. S.U. 1.9.2016 n. 36272, Sorcinelli, cit., 46.

⁵⁴ Per M. D'Aiuto, *Messa alla prova da giudizio sul fatto a giudizio sull'imputato*, in PPG 2015, f. 6, 104, la M.A.P. « si colloca in linea con la necessità di un profondo ripensamento del sistema processuale e sanzionatorio proteso a realizzare “un'equilibrata de-carcerizzazione” e a conferire effettività al principio del minor sacrificio possibile per la libertà personale». In questi termini si sono espressi anche G. Tabasco, *La sospensione del processo con messa alla prova degli imputati adulti*, in AP 2015, 3, e R. Bartoli, *La sospensione del processo con messa alla prova*, cit., 663, per il quale l'introduzione dell'istituto della M.A.P. è da ricondurre alla questione drammatica del sovraffollamento carcerario ed alla condanna inflitta da C. eur. 8.1.2013, *Torreggiani e a. c. Italia*. Concorde sul punto, M. Miraglia, *Un processo penale diverso. Analisi e prospettive della messa alla prova*, Torino 2018, 21.

⁵⁵ L'estensione dell'area dei potenziali beneficiari della *probation* ha reso opportuna la creazione di una normativa transitoria che permettesse di non dilatare nel tempo gli effetti deflattivi della riforma, nonché evitare differenziazioni tra imputati, fondate esclusivamente sulla diversità della fase processuale in cui si trovano i rispettivi procedimenti, perlomeno quando il correttivo intertemporale sia compatibile con il principio di economia processuale. Con riguardo alle nuove fattispecie la sospensione del procedimento con messa alla prova ha potuto essere richiesta anche per i procedimenti che fossero già pendenti nel giudizio di primo grado e in grado di appello al 30.12.2022, data di entrata in vigore della nuova disciplina. Sul punto, v. G. Barrocu, *Sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato*, in PPG 2023, num. straord., 51 ss.

⁵⁶ L'udienza filtro è stata valutata uno snodo cruciale per il successo dell'impresa riformatrice, unitamente all'udienza preliminare, da G. Canzio, *Il modello “Cartabia”: una riforma di sistema tra rito e organizzazione*, in GD 2022, n. 42, dal momento che «a tale udienza è demandata, oltre l'esercizio di poteri di controllo sulla legalità delle indagini e sulla chiarezza e precisione delle imputazioni, la funzione strategica di temperare l'incontrollato dispiegarsi dell'obbligatorietà dell'azione penale, precludendo l'accesso ai processi inutili e superflui secondo il più rigoroso criterio prognostico di condanna dell'imputato, così da sollecitarne il ricorso ai riti alternativi».

Tra i tanti, condividono l'assunto E. Amodio, *Filtro “intraneo” e filtro “estraneo” nella nuova disciplina del controllo*

per il legislatore delegato vanno individuati nell'ambito dei delitti «puniti con la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni, anche se congiunta alla pena della multa» (art. 1 co. 9 lett. 1 l. 134/2021)⁵⁷. Un'apertura, dunque, ad una criminalità di medio-alto livello⁵⁸ che tuttavia non si traduce in una bagatellizzazione del diritto penale, dal momento che l'incremento applicativo della M.A.P. avviene anche sulla base di un criterio ulteriore rispetto a quello meramente formale; se il riferimento alla quantità di pena è prerequisite per far ricadere una determinata fattispecie nel campo di azione dell'istituto, il reato, prosegue la delega, deve comunque essere individuato tra quelli che «non presentino rilevanti difficoltà di accertamento».

Tra le tante fattispecie introdotte, meritano di essere segnalate: la falsa testimonianza (art. 372 Cp), l'intralcio alla giustizia mediante violenza (art. 377 co. 3 Cp), l'evasione aggravata da violenza e minaccia (385 co. 2, prima parte, Cp), istigazione a delinquere (art. 414 Cp), alcune fattispecie di falsità in monete (artt. 454, 460 e 461 Cp), determinate ipotesi di indebito utilizzo e di contraffazione

per il rinvio a giudizio, in *CP 2022*, 16, per il quale si tratterebbe di uno «snod[o] di grandissimo rilievo»; M. Bontempelli, *Udienza preliminare ed efficienza del sistema*, in *DPP 2021*, 1152-1153; A. Bassi-C. Parodi, *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*, Milano 2022, 37; G. Rossi, *Le novelle della riforma Cartabia*, cit., 74; 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, 5.1.2022, 3. Da altri si è posto in luce come la nuova udienza filtro rappresenti la vera «scommessa pragmatica» della riforma, per l'idea ad essa sottostante «di liberare il giudice, preposto [al giudizio] dal compito di occuparsi delle attività diverse da quelle istruttorie e decisorie», M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 65 e 69. Nello stesso senso, A. Gaito-R. Landi, *L'altare e le (forse inevitabili) vittime. Osservazioni sul processo penale à la Cartabia*, in www.archiviopenale.it, 23.9.2022, 15, per i quali «l'udienza filtro, introdotta in funzione decongestionante del sistema e plasmata in chiave puramente processuale, avulsa dal merito proprio per manifestare una netta presa di posizione in favore del processo penale accusatorio, sembra ormai proiettata, per cadenze e valutazioni, verso l'udienza dibattimentale». In modo approfondito, in argomento, si vedano, *ex multis*, N. Triggiani, *L'udienza predibattimentale monocratica*, in *PPG 2022*, f. 1, 143 ss.; Id., *Riflessioni sull'udienza predibattimentale monocratica prefigurata nella proposta di riforma della "Commissione Lattanzi"*, in www.archiviopenale.it, 15.7.2021; E.N. La Rocca, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, *ivi*, 1.12.2021, 34-35; C. Trabace, *L'udienza predibattimentale che verrà*, *ivi*, 22.7.2022; M. Daniele, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, in www.sistemapenale.it, 9.1.2023; Id., *La riforma della giustizia penale e il modello perduto*, cit.; E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali*, cit., 22 ss.; R. Ianniello, *Osservazioni critiche in merito alla udienza filtro per i procedimenti a citazione diretta*, in *QG 2021*, f. 4, 156 ss.; G. Spangher, *Riforma processo penale: l'udienza predibattimentale del rito monocratico*, in *QuotGiur* 6.9.2021; A. Cabiale-S. Quattrococo, *Un filtro più potente precede un bivio più netto: nuove possibili prospettive di equilibrio tra udienza preliminare, riti speciali e giudizio nel quadro della riforma Cartabia*, in www.giustiziainsieme.it, 9.1.2023; C. Naimoli, *Considerazioni sulla "ragionevole previsione di condanna" per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere*, in *DPP 2022*, 834 ss.; L. Forte, *L'udienza predibattimentale: tra "nuova" regola di giudizio ed efficienza nel "sistema Cartabia"*, *ivi*, 456 ss.

⁵⁷ Il Governo, nell'esercizio del potere legislativo delegatogli, ha esteso tale catalogo dell'art. 550 Cpp selezionando ed inserendovi specifiche figure di reato, senza generalizzazioni legate alla pena edittale, nel pieno rispetto del principio e criterio direttivo che a tal fine era stato fissato dalla legge delega 134/2021, che consentiva al legislatore delegato di estendere le ipotesi di citazione diretta ai delitti puniti con la pena edittale fino a 6 anni e che, contestualmente, non implicassero particolari difficoltà di accertamento. Infatti, secondo quanto stabilito testualmente dall'art. 1 co. 9 lett. 1 l. 134/2021, il governo ha avuto delega per: «estendere il catalogo dei reati di competenza del tribunale in composizione monocratica per i quali l'azione penale è esercitata nelle forme di cui all'articolo 552 del codice di procedura penale a delitti da individuare tra quelli puniti con la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni, anche se congiunta alla pena della multa, che non presentino rilevanti difficoltà di accertamento». Ritiene eccessivamente limitata l'estensione della M.A.P. ai soli delitti puniti fino a sei anni di reclusione nel massimo, auspicando così un successivo intervento legislativo di modifica, A. Sanna, *La messa alla prova riformata*, cit., 13.12.2022, 3.

⁵⁸ V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa*, cit., 11, sottolinea che a fronte della proiezione della M.A.P. verso una criminalità medio-alta «elevato è il rischio di una costruzione di programmi in cui le prescrizioni intensificano i connotati afflittivi, alla ricerca di una proporzionalità che impropriamente guardi a parametri sanzionatori» e che perciò «a contenere questa preoccupante prospettiva dovrebbe intervenire *in primis* una robusta cultura del valore della presunzione di innocenza come criterio di trattamento della persona sottoposta a processo, con l'effetto di inibire qualsiasi architettura prescrittiva che imiti una anticipata risposta sanzionatoria».

di strumenti di pagamento diversi dai contanti (artt. 467 e 468 Cp) e di falsità personale (artt. 495, 495-ter, 496, 497-bis e 497-ter Cp), gli atti osceni in luoghi abitualmente frequentati da minori (art. 527 co. 2 Cp), la bigamia (art. 556 Cp), la violenza o minaccia per costringere a commettere un reato (art. 611 Cp), la violazione di domicilio con violenza sulle cose, alle persone o commessa da soggetto palesemente armato (art. 614 co. 4 Cp), il danneggiamento in occasione di manifestazioni pubbliche (art. 635 co. 3 Cp), la truffa aggravata commessa ai danni dello Stato, ovvero provocando una sensazione di pericolo nella vittima, o, ancora, commessa nei confronti di soggetti particolarmente deboli e con poche armi di difesa (art. 640 co. 2. Cp), il fraudolento danneggiamento di beni assicurati (art. 642 Cp), l'appropriazione indebita (art. 646 Cp). Per quanto riguarda i reati previsti da leggi speciali, possono ricordarsi l'istigazione, il proselitismo e l'induzione all'uso illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 82 co. 1 del d.p.r. 9.10.1990 n. 309, c.d. "Testo Unico sugli stupefacenti"), la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con obbligo o il divieto di soggiorno (art. 75 co. 2 del Codice antimafia di cui al d.lgs. 6.9.2011 n. 159), le false attestazioni o certificazioni di presenza del lavoratore dipendente della P.A. (i c.d. "furbetti del cartellino" di cui all'art. 55-quinquies del Testo Unico sul pubblico impiego di cui al d.lgs. 30.3.2001 n. 165), il reato tributario di omessa dichiarazione (art. 5 del d.lgs. 10.3.2000 n. 74, recante la "Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto").

Una vasta gamma di reati, anche colposi, sicuramente di rilevante incidenza statistica, caratterizzati da un regime di procedibilità non omogeneo, che possono prevedere pene diverse o circostanze aggravanti ad effetto speciale⁵⁹ e che, in punto di verifica probatoria concreta, esattamente come richiesto dalla legge delega, si presentano simili⁶⁰, trattandosi – ha chiarito la Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022 – di delitti che «almeno nella norma non richiedono indagini complesse» in quanto accomunati da caratteristiche ricorrenti e caratterizzanti, quali possono essere, ad esempio, per alcuni, la condotta tenuta in pubblico, dinnanzi ad una pluralità di soggetti potenziali testimoni⁶¹. Per altri, la considerazione che l'accertamento si basi essenzialmente su circostanze di fatto⁶². Per altri ancora, il fatto che il procedimento "innescato" da quei reati veda molto spesso coinvolti attivamente i querelanti nella produzione di documenti e nell'indicazione di persone informate dei fatti⁶³.

Ma c'è un altro dato sostanziale che accomuna tutte le infrazioni introdotte nell'art. 550 co. 2 Cpp, ossia la loro riconducibilità a fenomenologie criminali sostanzialmente uniformi per coefficiente di gravità ed allarme sociale. Ed il disvalore manifestato dallo spessore criminale delle singole fattispecie è tale da offrire più di qualche ragione per investire su un reinserimento che passi essenzialmente attraverso un serio tentativo di intervento rieducativo-riparativo. Il che significa – questo è il punto e l'imperativo – cercare in modo più razionale una soluzione su un terreno diverso. Il cambio di paradigma che tali reati dimostrano è dunque evidente. Al di là, infatti, dell'ontologica diversità dei settori in cui sono destinati ad operare, presentano un comune denominatore: risultano

⁵⁹ «Nei casi di disposizioni incriminatrici contenute nel medesimo articolo che prevedano pene diverse o circostanze aggravanti ad effetto speciale, per fattispecie sostanzialmente uniformi in punto di difficoltà di accertamento, il legislatore delegato ha giustamente cercato di razionalizzare il trattamento processuale dei reati, uniformandone la procedura attraverso l'estensione dell'ambito della citazione diretta, quando ciò fosse consentito dal criterio di delega»: è il caso, ad esempio, dell'esercizio abusivo di una professione aggravata per chi determina/dirige l'attività (art. 348 co. 3 Cp), della procurata inosservanza di pena in caso di delitto (art. 390 Cp), e, ancora, della violazione di domicilio aggravata (art. 614 ultimo comma Cp)»: M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 65.

⁶⁰ Così, C. Pansini, *Osservazioni a prima lettura sui nuovi ambiti operativi del procedimento a citazione diretta dinnanzi al tribunale in composizione monocratica*, in www.sistemapenale.it, 21.2.2023, 4.

⁶¹ Come sottolineato dalla *Relazione illustrativa*, 313, il riferimento, si intuisce, è agli atti osceni in luogo pubblico aggravati (art. 527 co. 2 Cp), al danneggiamento di cose mobili o immobili in occasione di manifestazioni pubbliche (art. 635 co. 3 Cp), all'apologia di delitto (art. 414 Cp) e all'istigazione a disobbedire alle leggi (art. 415 Cp).

⁶² È il caso, ad esempio, per restare sulle fattispecie codicistiche, delle falsità in monete (artt. 454, 460, 461 Cp), delle contraffazioni di pubblici sigilli (artt. 467 e 468 Cp) e dell'indebito utilizzo, falsificazione, detenzione o cessione di carte credito (art. 493-ter Cp). V. la *Relazione illustrativa*, 313.

⁶³ Al riguardo, vengono in considerazione la truffa aggravata (art. 640 cpv. Cp), la frode in assicurazione (art. 642 Cp) e l'appropriazione indebita (art. 646 Cp). Cfr., ancora, la *Relazione illustrativa*, 313.

sintomatici di metodiche comportamentali rispetto alle quali la respiscenza per il comportamento illecito posto in essere – da raggiungere attraverso l’accesso *ante poenam* a percorsi di risocializzazione e di riconciliazione tra le parti – diviene il fulcro valoriale sul quale far ruotare l’intero percorso trattamentale, a dispetto di una pena detentiva che va applicata con parsimonia ed equilibrio. Almeno tendenzialmente, il rilievo penale della condotta suggerisce di porre quel “segmento di vita” a base di un diverso modo di intendere la risposta alla commissione di un reato.

Del resto, è proprio questa la prospettiva che ha ispirato la delega in vista di un potenziamento della M.A.P. e che a tal proposito ha impegnato il Governo a estendere l’area di operatività della M.A.P. oltre ai casi previsti dall’art. 550 co. 2 Cpp, ricomprendendovi «ulteriori specifici illeciti penali, puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell’autore» (art. 1 co. 22 lett. a l. 134/2021), sebbene poi, come appena sopra delineato, si sia ceduto ancora una volta al ricorrente vizio di cercare la sponda di norme vigenti.

Così l’art. 168-*bis* Cp continua a rivelare una struttura naturalmente “incompiuta” e inutilmente farraginoso, dopo che il criterio di delega si è in sostanza piegato alle preminenti esigenze di tecnica legislativa e di opportunità sistematica che hanno guidato l’intervento attuativo e che hanno “imposto” di percorrere la via del richiamo indiretto con la sovrapposizione dell’area della messa alla prova a quella della citazione diretta a giudizio.

Alla Relazione illustrativa, pertanto, non resta che affermare recisamente che l’ampliamento del catalogo dei reati di cui all’art. 550 co. 2 Cpp «è stato [...] realizzato dal Governo includendovi reati che, oltre a non presentare particolari difficoltà di accertamento, si prestano a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell’autore, compatibili con l’istituto di cui all’art. 168-*bis* Cp»⁶⁴, senza soffermarsi, invece, sul profilo della verifica di attuabilità specifica di quei percorsi, rappresentati come meri “scenari possibili” che potrebbero maturare nel corso del procedimento penale⁶⁵.

Basta questo brevissimo rilievo per dimostrare che utilizzare la tecnica del rinvio comporta sempre qualche inevitabile ricaduta; e non solo sulla limpidezza descrittiva. Anche a non voler considerare che, comunque, dal punto di vista politico criminale, ed in particolare da quello che rimanda a funzioni simbolico espressive, una disposizione generale che fissasse del tutto autonomamente la sfera operativa della M.A.P. e che non si confondesse con altre collocate altrove – e a fini diversi – avrebbe avuto probabilmente un maggiore impatto; e anche a voler considerare, per converso, che il legislatore ha abituato l’interprete alla necessità di cimentarsi con attività ricostruttive multilivello, soprattutto quando si tratta di interventi globali di sistema, qualcosa non quadra. Manca infatti qualcosa; un *quid pluris* la cui assenza rischia di sminuire, per certi versi, la portata dirompente della M.A.P. quale ambito di elezione per la diffusione dei metodi della G.R., e la cui assenza è verosimilmente da spiegare con l’intento di economia e razionalizzazione normativa perseguito dalla riforma Cartabia.

C’è infatti da dire che la riforma – e ciò emerge chiaramente già dalla definizione che l’art. 42 d.lgs. 150/2022 dà del concetto di giustizia riparativa – ha compiuto una precisa scelta di campo a favore di un sistema di riparazione declinato sul paradigma del dialogo e dell’intesa reciproca che consenta, da un lato, attenzione alla vittima ed alla sua reale tutela, dall’altro, promozione ed incoraggiamento dell’autoresponsabilizzazione del reo (o meglio, della persona indicata come autore dell’offesa, secondo la definizione datane dall’art. 42 co. 1 lett. c d.lgs. 150/2022), marginalizzando, invece, i profili meno autenticamente riparativi, quelli cioè del ristoro economico della vittima, del lavoro socialmente utile, della prestazione di attività a favore della collettività, tutti contemplati invece

⁶⁴ Relazione illustrativa, 471.

⁶⁵ Al riguardo, cfr. E. Mattevi, *La sospensione del procedimento con messa alla prova dopo la riforma Cartabia - Profili sostanziali*, in *DPP* 2023, 46, la quale prontamente sottolinea come un approfondimento sul punto – a beneficio dell’interprete – sarebbe stato opportuno «anche solo per ricordare che i programmi di giustizia riparativa sono stati ora previsti come accessibili per ogni fattispecie di reato, senza esclusioni».

dall'art. 168-bis co. 2 e 3 Cp quali componenti – talvolta indefettibili⁶⁶ – della prova. I profili, in pratica, che, fermo restando il presupposto dell'assoluta volontarietà dell'adesione ai suoi programmi, presentano gli aspetti più contraddittori rispetto ai canoni della giustizia riparativa in ragione della loro obbligatorietà in punto di esecuzione, ma ancor prima a causa della estromissione della persona offesa dalla definizione del contenuto delle prescrizioni volte a “rimediare” alle conseguenze del reato.

In altri termini, con la giustizia riparativa si immette nella dinamica del sistema penale un programma modellato sull'archetipo della mediazione diretta, dove il “riparare” si fonda essenzialmente sul «conferire spessore ad una vicenda esistenziale»⁶⁷. Tutti gli altri interessi determinati dall'aver subito un'offesa costituente reato rimangono dunque impregiudicati⁶⁸: come si evince chiaramente dal dettato dell'art. 53 del decreto 150/2022, non si riparano, per l'appunto, le conseguenze del reato che costituiscono il danno e il pregiudizio subito.

Ora, il punto è che non per tutti i reati di nuova introduzione nell'area della M.A.P. la scelta di rispondere al fatto illecito secondo una logica progettuale piuttosto che di corrispettività retributiva, agendo alla radice della questione che ha scatenato il conflitto, si traduce necessariamente in una restaurazione diretta del rapporto agente-vittima. Non sempre l'incontro diretto tra le parti in carne ed ossa, al fine di promuovere una responsabilità “verso” l'altro⁶⁹, risulta possibile, potendo venire in considerazione ipotesi delittuose in cui al soggetto agente fa da “antagonista” lo Stato come espressione della collettività organizzata, ovvero illeciti penali a soggetto passivo indeterminato in cui si assiste, in termini di politica criminale, ad un'anticipazione della soglia di tutela modellata sul carattere diffusivo dell'aggressione e sulla genericità del suo ambito di incidenza e, per l'appunto, delle sue potenziali vittime⁷⁰. Non tutti i reati sono «delitti di relazione», pertanto la prospettiva del *Restorative Justice Paradigm* nella sua accezione più “autentica”⁷¹ – coincidente con l'effettiva ripresa del dialogo tra reo e persona offesa, a coronamento di un percorso che si snoda tra rielaborazione del conflitto e dei motivi che lo hanno causato, riconoscimento del disvalore soggettivo

⁶⁶ È il caso dell'affidamento in prova al servizio sociale e del lavoro di pubblica utilità.

⁶⁷ L'osservazione si deve a G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo*, cit., 9.

⁶⁸ ... come informazioni, consigli, assistenza in materia di diritti di accesso ai sistemi nazionali di risarcimento e preparazione in vista di un eventuale processo, informazioni e invio presso servizi specialistici, sostegno emotivo e psicologico, consigli su aspetti finanziari e pratici, consigli sul rischio di vittimizzazione. Per questa precisazione, M. Bouchard, *Commento al titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 3.

⁶⁹ «L'incontro diretto tra le parti, fulcro della mediazione, è fondamentale per promuovere l'empatia. È il “faccia a faccia” che [...] può ridestare il colpevole, anche colui che abbia commesso reati gravissimi, e può aiutare la vittima a sentirsi riconosciuta, compresa nella sofferenza. L'incontro con il volto dell'altro, l'ascolto reciproco [...] finiscono con il ricondurre la legge alla sua radice, la morale, intesa [...] come responsabilità “per l'altro”: l'autore del reato non è “fissato” nella colpa così come la vittima non è inchiodata al ruolo di vittima “eterna” Questa possibilità di promuovere una responsabilità “verso” l'altro è il motore del cambio di orizzonte: da quello della colpa a quello, appunto, della responsabilità»: G. Mannozi, voce *Giustizia riparativa*, in *ED Annali X*, Milano 2017, 467, la quale richiama E. Lévinas-A. Peperzak, *L'Étique comme philosophie première*, Paris 1998, trad. it. *Etica come filosofia prima*, Milano 2001, 56. Negli stessi termini, G. Mannozi-R. Mancini, *La giustizia accogliente*, cit., 105; F. Occhetta, *Le radici morali della giustizia riparativa*, in *La Civiltà Cattolica* 2008, 448 e ss.

⁷⁰ «Il legislatore presume – *iuris et de iure* – che al verificarsi di certi fatti si origini la possibilità di un pregiudizio di estensione indefinita»: S. Canestrari-L. Cornacchia, *Lineamenti generali del concetto di incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale, Parte Speciale*, a cura di A. Cadoppi-S. Canestrari- A. Manna- M. Papa, vol. IV, *I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, Torino 2010, 12. Quanto all'opportunità di riservare «alla discrezionalità del legislatore anche il livello e il modulo di anticipazione della tutela», evitando i giudici costituzionali di «problematizzare la stessa tecnica di pericolo astratto o del pericolo presunto», si rinvia a V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005, 234-235. Con riguardo, poi, alla distinzione tra pericolo comune presunto e concreto, si veda, per tutti, A. Gargani, *Il danno qualificato da pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino 2005, 115 ss.

⁷¹ Parla di «accezione nobile» della G.R., alludendo non solo ad una tecnica privilegiata per ricomporre le relazioni tra le parti in causa, ma, anche e soprattutto, al risultato ideale dell'*iter*, coincidente con la ricostruzione di un rapporto tra le parti, A. Sanna, *Procedimenti contratti e attività riparative dell'imputato*, in *PPG* 2020, f. 3, 562.

dell'evento causato e percezione della necessità della riparazione – non appare praticabile quando i reati generano un sentimento di offesa collettiva, producono una vittimizzazione diffusa⁷². Ne mancherebbero i presupposti perché per invocarla dovrebbero individuarsi (quali beni giuridici “presidiati” dalla norma incriminatrice) interessi riconducibili ad entità soggettive determinate, laddove invece il significativo impatto del danno “aggregato” derivante dall'illecito risulta “spalmato” su una platea di destinatari ampia, alle volte al punto da risultare di difficile esatta definizione.

Si pensi a tal proposito, a titolo di esempio, alla falsa testimonianza ed alle false dichiarazioni all'autorità giudiziaria (artt. 372 e 374-*bis* Cp), entrambi delitti che tutelano il bene giuridico dell'ordinato svolgimento dell'attività giudiziaria, e ai delitti contro la fede pubblica di contraffazione e conseguente uso del sigillo dello Stato (art. 467 Cp), in cui persona offesa è, pertanto, esclusivamente lo Stato-collettività. Ma lo stesso vale per i vari delitti topograficamente collocati nella legislazione speciale *extra codicem*, come l'inottemperanza alle prescrizioni che conseguono all'applicazione della sorveglianza speciale di cui al c.d. Codice Antimafia, i reati concernenti le esigenze di identificazione personale previsti dal Testo Unico sull'immigrazione, il contrabbando di tabacchi lavorati esteri *ex art.* 291-*bis* del Testo unico doganale d.p.r. 23.1.1973 n. 43, nonché i reati di istigazione pubblica, proselitismo e induzione all'utilizzo di stupefacenti di cui all'art. 82 co. 1 t.u.l.stup.

Quel che ora si vuol brevemente argomentare è che, ove si tratti di reati in cui, secondo costruzione normativa, è l'intera collettività ad essere offesa, è a suo favore che deve essere necessariamente diretta la riparazione, attraverso un impegno assunto dal “reo” che ne soddisfi le aspettative, ma sempre in qualche modo correlato al bene giuridico protetto dalla norma penale violata.

In gioco c'è molto di più che la rinnovata (e auspicata) centralità della M.A.P.: c'è il funzionamento di tutto il sistema riparativo, fruibile, come è adesso, rispetto a qualsiasi reato, come anche in ogni stato e grado del procedimento penale (art. 44 d.lgs. 150/2022).

Il pensiero corre ai programmi comunitari di orientamento, lasciati sullo sfondo dagli artt. 42 e 53 del decreto 150/2022 ma – come dapprima evidenziato – contemplati dall'art. 168-*bis* Cp quale struttura portante della M.A.P. e, dunque, quale reazione al comportamento deviante. Programmi in cui la comunità viene considerata non solo come contesto all'interno del quale le dinamiche riparative individuali devono collocarsi in quanto la riparazione e la successiva riabilitazione possono avvenire solamente all'interno della comunità, ma come portatrice di per sé di una funzione facilitante, al pari dei protagonisti della vicenda criminosa (art. 45 d.lgs. 150/2022). È proprio grazie al richiamo all'appartenenza comunitaria che si realizza l'incoraggiamento e la promozione dell'autoresponsabilizzazione del reo, che però stavolta viene a fondarsi su un percorso psicologico di riconoscimento dell'offesa che il reato ha cagionato alla comunità in termini di *vulnus* alla percezione sociale del senso di sicurezza collettiva⁷³.

Del resto, è lo stesso scenario delineato dal legislatore a svelare con chiarezza che anche favorire la ricostruzione dei legami con la comunità (art. 43 co. 2 d.lgs. 150/2022) è opzione che muove verso l'affermazione della G.R.⁷⁴ La riparazione può avvenire solamente all'interno della comunità, perciò, laddove la mediazione *stricto sensu* intesa non sia possibile, la valenza terapeutica dell'intervento riparativo si deve tradurre – in una logica che coniuga paradigmi di giustizia riparativa ed istanze di intervento sociale – in un *modus operandi* necessariamente bidirezionale. Perché il problema è

⁷² In questo senso, E. Venafro, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 14.

⁷³ F. Brunelli, *La giustizia riparativa nei reati senza vittima*, in www.giurisprudenzapenale.com, 28.7.2023, 3-6, offre alcuni esempi di programmi comunitari di orientamento, quali esperienze che «intreccian[o] la voce delle persone che hanno commesso il reato e la voce delle persone che rappresentano la comunità lesa dal reato», soffermandosi in particolare sulle forme di *family group conferencing* e *community group conferencing*. In argomento, cfr. pure E. Venafro, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 46-47.

⁷⁴ ... reale obiettivo della giustizia riparativa secondo R. Orlandi, *Giustizia penale riparativa*, cit., 88.

circolare: da un lato, indurre il reo a prendersi carico dell'offesa nella sua dimensione globale, tanto dunque del senso d'insicurezza collettivo generato dal reato quanto della necessità di contenere l'allarme sollevato nella società con la sua condotta *post factum* conforme all'orientamento complessivo della strategia politico-criminale nel cui ambito dovrebbe inserirsi; dall'altro, portare i consociati – investiti del duplice ruolo di destinatari degli interventi di riparazione e di promotori concreti del progetto dell'azione riparativa – a maturare la percezione che il comportamento deviante non è giusto e, come tale, non può essere tollerato dall'ordinamento.

In questa prospettiva comunitaria del conflitto, anche laddove l'incontro tra i principali protagonisti non possa avvenire, l'autore del reato può comunque impegnarsi nel suo progetto responsabilizzante volto alla riparazione del bene giuridico tutelato dalla norma penale violata attraverso un *facere* – preferibilmente “modellato” sul tipo di offesa arrecata – che stavolta soddisfa le aspettative della collettività.

Un'ulteriore conferma, se si vuole, di come la giustizia riparativa proponga innovazioni fondamentali rispetto alla capacità di riconoscere e valorizzare la complessa dinamica intersoggettiva che si sviluppa intorno a comportamenti a rilevanza penale. Si delinea anche la possibilità di lavorare allo sviluppo di contesti facilitanti che possano offrire alla vittima occasioni di incontro con forme differenti di partecipazione, elaborazione e narrazione all'interno delle quali la persona possa compiere le proprie scelte. Così accanto al lavoro di pubblica utilità – che costituisce il naturale strumento “relazionale” per rigenerare le connessioni spezzate tra persona e comunità – sono pensabili formule, come quelle dei gruppi allargati alla cittadinanza, per fare un esempio, che tendano a realizzare un dialogo esteso, finalizzato a decidere collettivamente le modalità di gestire il conflitto acuito ed esasperato dal reato⁷⁵.

Dunque, la G.R. resta pervicacemente orientata a promuovere la “conciliazione”, solo che è la società (con un soggetto esponenziale dei beni aggrediti) con il ruolo di rappresentante del contesto in cui è avvenuto il reato e che indirettamente ne ha subito le conseguenze ad essere protagonista, insieme all'offensore, in questo processo di gestione del conflitto⁷⁶. Così, è per l'appunto la collettività ad essere ristorata, rassicurata; ma la vicenda innescata dal delitto non troverà risposte unicamente negli effetti concreti degli interventi riparativi, assunti quale base per ricostruire il legame sociale infranto dalla commissione del reato. Essa si trasformerà nell'opportunità per rinnovare istanze sociali di responsabilizzazione rispetto ai profili più significativi della realtà *lato sensu* criminale. Dall'attività di riparazione, attraverso la quale la comunità acquisisce la capacità di gestire accadimenti che hanno un impatto considerevole in termini di percezione del senso di sicurezza, dovrebbero infatti emergere ed essere apprese indicazioni concrete in ordine alla condotta da tenere in conformità a quanto prescritto dal modello astratto di comportamento, favorendo così un rafforzamento degli *standard*

⁷⁵ E. Mattevi, *La sospensione del procedimento con messa alla prova dopo la riforma Cartabia*, cit., 48, auspica che i programmi dialogici guidati mediatori di cui all'art. 53 co. 1 lett. c d.lgs. 150/2022 «poss[a]no essere utilizzati anche in ipotesi di reati a vittima sfumato o diffusa, con la partecipazione di rappresentanti della comunità che i Centri [di giustizia riparativa] dovranno riuscire ad intercettare». Si veda anche, sul punto, S. Tarantino, *Probation dell'imputato maggiorenne*, cit., 85 ss.

⁷⁶ M. Iannuzziello, *La disciplina organica della giustizia riparativa*, cit., 12 e 13, sottolinea che la riforma Cartabia (il riferimento è all'art. 45 d.lgs. 150/2022) introduce in via indiretta il concetto di comunità nel diritto penale, in contrapposizione a quello di vittima e di reo (e dei relativi gruppi parentali), cosicché i suoi appartenenti ad essa, in qualità di gruppi esponenziali, vengono considerati «quale soggetto unitario con il diritto di partecipare ai programmi di giustizia riparativa al pari dei protagonisti della vicenda criminosa». L'A. aggiunge che se tale scelta si mostra coerente con il ruolo di rappresentante del contesto in cui è avvenuto il reato e che indirettamente ne ha subito le conseguenze «esprime – di converso – un rimando a esperienze passate dove alla comunità era assegnato un ruolo preminente sull'individuo, legittimando così scelte di politica criminale autoritarie». Sul punto, cfr. anche G. De Francesco, “*Interpersonalità dell'illecito penale: un 'cuore antico' per le moderne prospettive di tutela*”, in *CP* 2015, 872 ss.; S. Manacorda-I. Gasparini, *Corporate Victims in European Union Law: the 'Sound of Silence'*, in *Victims and Corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, a cura di G. Forti-C. Mazzucato-A. Visconti-S. Giavazzi, Milano 2018, 89 ss.; A. Cavaliere, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e la libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *RIDPP* 2016, 1008 ss.

morali collettivi, e, di conseguenza, una prevenzione generale positiva declinata in prospettiva solidaristica⁷⁷.

Quanto appena illustrato rende plasticamente l'idea di come l'istanza di controllo possa esercitarsi molto più efficacemente attraverso la ricostruzione del senso di comunità. Esattamente l'opposto delle procedure formali di conoscenza e repressione della tradizione penale⁷⁸. Una "proiezione sociale", quindi, in cui la comunità si pone come attore in un percorso che si fonda sulla concreta azione riparativa dell'autore dell'offesa.

Ecco allora che è a queste condizioni – che possono anche fornire l'*occasione* per sperimentare inedite forme di relazione con la società⁷⁹ – che gli interessi a titolarità diffusa riescono a filtrare nel "contesto" intersoggettivo della G.R. e che anche rispetto a reati senza vittima, a vittima indeterminata o diffusa, sempre più frequenti, diventa possibile attuare una giustizia "diversa" con riguardo al reato perché, in tale contesto, la maggiore considerazione della posizione della vittima è destinata ad esprimersi nella aggregazione dei consensi dei consociati⁸⁰.

La G.R. come modello di riduzione del crimine. C'è spazio, quindi, per interventi che anche al di fuori di una mediazione *vis-à-vis* tra le parti – probabilmente la più nota tra le possibili pratiche riparative – sappiano comunque valorizzare la forza rivitalizzante della riparazione. Tutto sta, anche con riferimento precipuo all'istituto della M.A.P., nel riuscire ad andare oltre la limitazione «almeno apparente» contenuta nell'art. 53 del decreto 150/2022 della G.R. concepita solo come dispositivo dialogico, insistendo invece sul suo caratteristico "orientamento *progettuale*"⁸¹ strutturato su tre livelli: quello del "dare", attraverso la riparazione materiale delle restituzioni e del risarcimento; quello del "fare", attraverso l'attività socialmente utile avente lo scopo di corrispondere ai bisogni individuali e collettivi e alle responsabilità delle parti e di realizzare la reintegrazione sociale della vittima e del colpevole, e, ancora, quello del "dire", attraverso lo scambio comunicativo, la partecipazione "attiva" nella gestione degli effetti "distruttivi" prodotti dal reato⁸². Ognuno di questi tre livelli è indispensabile nella progettualità della G.R.⁸³, pena il rischio di considerare la G.R. stessa come un sistema di valori "gerarchizzato" piuttosto che come un campo aperto – e, soprattutto, aperto nel tempo – alla piena soddisfazione dei bisogni e degli interessi delle vittime⁸⁴, degli autori di reato e, ovviamente, della comunità, come tale non delimitato in rigidi confini prestabiliti nella fissità di un testo, ma ricco di spazi per un processo di riparazione effettivo.

⁷⁷ In questo senso, più di vent'anni or sono, A. Ceretti, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Esperienze pratiche a confronto*, in *Il coraggio di mediare*, a cura di F. Scaparro, Milano 2001, 307 ss.

⁷⁸ M. Pavarini, *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, in *Dei delitti e delle pene*, 111-3, *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, a cura di A. Baratta, Napoli 1985, 544.

⁷⁹ E. Mattevi, *La sospensione del procedimento con messa alla prova dopo la riforma Cartabia*, cit., 48. Sulle esperienze, allo stato solo sperimentali ma virtuose, di percorsi dialogici che hanno impegnato gruppi di imputati interessati alla M.A.P., v. S. Tarantino, *Probation dell'imputato maggiorenne*, cit., 85 ss.

⁸⁰ «La maggiore considerazione della posizione della vittima rappresenta un potenziale fattore di aggregazione dei consensi dei consociati, soprattutto di quelle fasce di popolazione più propense, a causa delle loro predisposizioni vittimogene specifiche, ad autoqualificarsi come potenziali vittime piuttosto che come potenziali autori di reato»: così, R. Muzica, *Il ruolo della vittima negli istituti riparativi*, cit., 10.

⁸¹ L'espressione si deve a L. Eusebi, *Qualcosa di meglio della pena retributiva. In margine a C.E. Paliero, il mercato della penalità*, in *www.sistemapenale.it*, 9.5.2023; Id., *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *RIDPP* 2021, 851. L'idea è poi ripresa da E. Mattevi, *La sospensione del procedimento con messa alla prova dopo la riforma Cartabia*, cit., 48.

⁸² M. Bouchard-F. Fiorentin, *Sulla giustizia riparativa*, cit., 14.

⁸³ Ancora M. Bouchard-F. Fiorentin, *Sulla giustizia riparativa*, cit., 14, sostengono che si dovrebbe ipotizzare «una "scala progressiva" di programmi riparativi anziché dei modelli puri. In altri termini bisognerebbe pensare a programmi che sviluppino componenti riparative adattabili all'istituto processuale, alla fase e, eventualmente, anche al tipo di sanzione». Sulla stessa linea G. Mannozi, *Metodologie della giustizia riparativa*, cit., 220.

⁸⁴ Sulla centralità della presa in carico dei bisogni e degli interessi della vittima nelle dinamiche della giustizia riparativa v. G. Mannozi, *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di restorative justice*, in *www.discrimen.it*, 23.4.2020, 15 ss.

E, da questo punto di vista, la M.A.P. ha già ampiamente dimostrato di essere un “prodotto” dinamico, capace di modellarsi secondo le mutevoli evoluzioni della prassi o, comunque, di adattarsi all’uso che della G.R. si intende fare.

Anche perché merita di essere sottolineato che quanto detto finora è destinato a valere pure per le ipotesi tutt’altro che residuali in cui un’interazione con la controparte manchi perché l’offeso non acconsente a partecipare al procedimento di giustizia riparativa, sebbene in questi casi la riforma Cartabia faccia coincidere comunque i programmi di G.R. anzitutto con la prioritaria logica dialogante, dal momento che l’art. 53 co. 1 lett. a ult. parte favorisce chiaramente gli incontri con vittime “aspecifiche” o “surrogate”, ovvero di un altro reato lesivo del medesimo bene giuridico, laddove quelli tra le parti “vere” del conflitto siano impraticabili⁸⁵. Un dispositivo, invero, collaudato sul piano internazionale⁸⁶ ed in effetti idoneo a soddisfare le aspettative riparative di autori e vittime che ha il pregio di rendere flessibili le categorie soggettive coinvolte ma che ciononostante è stato fortemente criticato per la sua inadeguatezza a rispondere alle finalità della G.R. proprio per il suo approccio ideologico che antepone l’auspicabile prospettiva del dialogo all’esigenza primaria del riconoscimento dell’offesa, della riconciliazione e del rafforzamento del senso di sicurezza⁸⁷.

⁸⁵ In tema, diffusamente, G. Mannozi-G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti*, cit., 142 ss.; M. Bouchard-F. Fiorentin, *Sulla giustizia riparativa*, cit., 17 e 18; M. Bouchard, *Una nuova definizione di giustizia riparativa*, in www.retedafne.it, 10.1.2022, 5 ss. Al riguardo, v. anche le *Linee di indirizzo del Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità in materia di giustizia riparativa e tutela delle vittime di reato*, DGMC n. 1123 del 17.5.2019, reperibili in www.giustizia.it.

⁸⁶ V., per tutti, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, II ed., United Nations, Wien 2020, 37 ss.

⁸⁷ Tra le tante spicca l’aspra critica di M. Bouchard-F. Fiorentin, *Sulla giustizia riparativa*, cit., 17, che nell’esaminare le questioni che il legislatore delegato ha poi affrontato per costruire percorsi di giustizia riparativa effettivi e autenticamente coerenti con la natura dello strumento e rispettosi delle norme poste a tutela delle vittime di reato hanno escluso che si possa parlare di giustizia riparativa per le vittime quando si faccia ricorso alle vittime cd. aspecifiche o surrogate giacché tali dispositivi ripropongono una dinamica “sostitutiva” tipica della giustizia tradizionale – dove il ruolo di offeso è sostituito dall’accusa pubblica – e rivelano una cultura fondamentalmente “reocentrica” che contrasta con la filosofia riparativa. Al riguardo, v. anche A. Ciavola, *L’estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., spec. 54-55, e V. Bonini, *Evoluzioni della giustizia riparativa*, cit., 116, per la quale il coinvolgimento di una vittima indiretta, specifica o surrogata «[può] far perdere di vista il particolare significato che assume la vittima nelle dinamiche riparative: queste non possono smarrire la loro dimensione di concretezza, annacquando il confine tra una giustizia che rieduca attraverso preconfezionate prestazioni utili alla collettività e una giustizia che ripara l’offesa tramite condotte individuate a valle di un confronto dialogico tra l’autore dell’offesa e il gruppo sociale che di quella abbia patito le conseguenze». Sul punto, cfr. anche F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte I*, cit., 6, per il quale la previsione di confronti con vittime-altre costituisce, nell’ambito della Riforma Cartabia, «un’innovazione di non poco conto, specie ove si consideri che simili forme di mediazione, proprio per il loro carattere a-specifico, stentavano talvolta a trovare riconoscimento (anche) in fase esecutiva della pena, giacché considerate scarsamente indicative del percorso di rieducazione del condannato» e a tal riguardo l’A. cita, a mo’ di esempio, la sentenza Cass. 23.3.2021 n. 19818, Vallanzasca, in *RP* 2021, 1030, in cui sarebbe emerso con chiarezza che «lo strumento della mediazione penale con una “vittima a-specifica” risulta scarsamente indicativo del percorso e dei risultati eventualmente raggiunti» (*op. cit.*, 7, nota 16). Nel dettaglio, quella decisione ha riguardato la valutazione del “sicuro ravvedimento” ai fini della concessione della liberazione condizionale, ed al riguardo, nel confermare la decisione del Tribunale di Sorveglianza che aveva respinto l’istanza del prevenuto, la Suprema Corte ha evidenziato: «l’avviato percorso di mediazione penale ha un carattere piuttosto astratto e a-specifico, in quanto caratterizzato da manifestazioni formali e senza un reale, pur possibile, confronto con le vittime dei reati, che è stato raccolto dall’*équipe* con eccessiva accondiscendenza alla prospettazione del condannato che, in realtà, allo scopo di non confrontarsi con la dolorosa realtà del male arrecato, si è trincerato dietro il timore che la tardiva ricerca di un effettivo contatto con le persone offese potesse essere strumentalizzato». Simili perplessità sono state di recente espresse ancora dalla dottrina in relazione ai primi interventi giurisprudenziali concernenti l’applicazione della «disciplina organica della giustizia riparativa»: il riferimento è a P. Maggio-F. Parisi, *Giustizia riparativa con vittima “surrogata” o “aspecifica”: il caso Maltesi-Fontana continua a far discutere*, in www.sistemapenale.it, 19.10.2023; F. Brunelli, *La giustizia riparativa nei reati senza vittima*, cit. Le ordinanze che hanno disposto l’invio *ex art. 129-bis* Cpp del caso al Centro per la giustizia riparativa (Cgr) al fine di verificare la fattibilità di un programma di giustizia riparativa, anche con vittima aspecifica, sono ad oggi C. Ass. Busto Arsizio, ord. 19.9.2023, Fontana, in www.sistemapenale.it, 19.10.2023, riguardante un delitto di femminicidio; C. Ass. Monza, ord. 8.11.2023, X, in www.sistemapenale.it, 25.1.2024, riguardante un parricidio seguito da distruzione di cadavere; Trib. Milano, 9.10.2023, X, inedita, per un caso di omicidio colposo plurimo. Hanno invece rigettato l’istanza

Con la vittima aspecifica o surrogata il conflitto viene relegato al di fuori della società laddove, invece, la coesione sociale nell'individuazione e nella definizione di forme per la composizione dei conflitti è fondamentale nella dinamica della riparazione⁸⁸. E non si fa che ripetere l'originario meccanismo simbolico-sacrificale della giustizia penale. Si prende una vittima "compiacente" che rappresenta in qualche misura un bersaglio fittizio, un inganno per soddisfare il bisogno di giustizia rappresentato dalla vittima reale e per permettere al responsabile – anche se non mosso da vera risipiscenza – di giovare del beneficio assicurato dal dispositivo riparativo⁸⁹. L'esperienza viene così, ad ogni modo, realizzata ma tutto ciò non garantisce l'uscita dalla condizione di conflittualità sia in termini di prevenzione delle recidive da parte dell'autore che di attivazione di percorsi di autoaffermazione da parte della vittima⁹⁰.

5. Parzialmente diverso, ma non meno problematico, e, stavolta, sul fronte concettuale, può essere il discorso quando si tratti di reati per i quali il ruolo di parte offesa è ascrivibile alle persone giuridiche che hanno subito un pregiudizio direttamente causato dal reato. Tra le nuove ipotesi introdotte nell'art. 550 co. 2 Cpp, questo è il caso della frode in assicurazione *ex art.* 642 Cp, la cui tutela è da riconoscersi al solo patrimonio delle imprese assicurative ed all'interesse di quest'ultime alla corretta gestione dei sinistri al fine di evitare un depauperamento del patrimonio a causa di false denunce, di talché è la compagnia assicuratrice l'unico soggetto che può considerarsi "vittima"⁹¹. Una persona

di accesso a percorsi di G.R. C. App. Milano, ord. 12.7.2023, X, in www.giurisprudenzapenale.com, 28.7.2023, in un caso di reato in materia di sostanze stupefacenti, l'istanza di accedere a percorsi di G.R. non è stata invece accolta sul presupposto che «in un reato privo di vittima – quale è l'art. 73 D.P.R. 309/1990 – non è ontologicamente ipotizzabile un dialogo di alcun tipo, mancando la parte con cui intrattenere tale dialogo», nonché Trib. Genova, ord. 21.11.2023, Orrala Tejena, in *GP web* 2024, f. 1,

in cui il rigetto della richiesta viene giustificato con la mancanza di Centri di giustizia riparativa che rispondano alle prescrizioni stabilite nel d.lgs. 150/2022. Con riferimento a quest'ultima ordinanza, v. i commenti critici di V. Alberta, *Giustizia riparativa: niente da salvare?*, cit., e R.A. Ruggiero, *La giustizia riparativa messa alla prova*, cit., che evidenziano come quell'ordinanza sia in realtà stata l'occasione per manifestare tutta la diffidenza nei confronti della disciplina della G.R., ricorrendo, a tale scopo, «alla costruzione di una (discutibile) questione di legittimità che, non potendo essere sollevata perché irrilevante, stante il rigetto della domanda, si traduce in un inutile *obiter*» (*op. ult. cit.*, 1).

⁸⁸ Prontamente G. Mannozi, *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia*, cit., 11, sottolinea che «il tempo della giustizia riparativa è *kairos*: circolare, carico di opportunità, paziente e attento. È il tempo dell'ascolto, del rispetto, della premura e del recupero; della parola e del silenzio; della vulnerabilità e della resilienza; della responsabilità e del coraggio», di talché, come rilevano P. Maggio-F. Parisi, *Giustizia riparativa con vittima "surrogata" o "aspecifica"*, cit., spec. par. 5, «un "freddo" provvedimento giudiziale che si limiti a prendere atto dell'indisponibilità dei familiari a partecipare a un percorso riparativo e contempra *de plano*, come equivalente funzionale, la rapida sostituzione delle vittime dirette con quelle aspecifiche "brucia" i tempi del dialogo, e probabilmente la disponibilità futura dei familiari della vittima a riporre fiducia nel sistema di giustizia».

⁸⁹ «La vittima aspecifica o surrogata non fa che confermare la vittima nel suo ruolo più antico e tragico proprio della dinamica sostitutiva del sacrificio. Si prende una vittima disponibile – dunque sacrificabile e complice – per mettere a tacere il sentimento d'ingiustizia espresso dalla vittima reale e per permettere al responsabile di guadagnare il beneficio promesso dal dispositivo riparativo. Possiamo ancora riconoscere in una tale dinamica sostitutiva una funzione riparativa? Può essere riparativo ciò che non è stato per nulla riparato? Una riparazione unilaterale non è un'aperta violazione del principio affermato in sede di definizione della giustizia riparativa?»: così ancora M. Bouchard-F. Fiorentin, *Sulla giustizia riparativa*, cit., 18. Per L. Parlato, *Verso un dialogo*, cit., par. 4, si pone un problema concreto dal momento che si tratta di stabilire «fino a che punto il programma sia da considerare come "riparativo" e possa influire su esiti processuali o aspetti esecutivi della pena» dato che «si tratta di altra vittima e non di "quella"». Critica anche V. Bonini, *Evoluzioni della giustizia riparativa*, cit., 116.

⁹⁰ Di altro avviso è P. Maggio, *La riforma organica della giustizia riparativa nel d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 263-264, secondo cui «la vittima del reato differente non è un 'sostituto' della vittima 'diretta' e non è meno vittima di quest'ultima; si tratta comunque di una vittima, ancorché vittima di un reato e non del reato. L'apertura alla vittima di un reato diverso [...] esprime uno specifico valore aggiunto della GR rispetto alla giustizia penale 'convenzionale', poiché si rapporta soggettivamente pure al *tempus commissi delicti* e al differente scorrere della clessidra ai fini dell'ariparazione».

⁹¹ E a proposito, con una recente sentenza, il giudice di legittimità (Cass. 7.6.2023 n. 24495, Anna D.D., in www.sistemapenale.it, 12.6.2023) ha stabilito che l'unico soggetto legittimato a presentare la querela è la compagnia

giuridica, quindi, e come tale non più estranea all'ambito proprio della giustizia riparativa che l'art. 42 co. 2 d.lgs. 150/2022 ha esteso – quanto a «diritti e [...] facoltà attribuite alla vittima del reato» – ad enti con o senza personalità giuridica⁹².

Ebbene, va osservato che, astrattamente, la G.R. potrebbe rappresentare uno strumento utile per promuovere la collaborazione dell'ente in funzione di una sua partecipazione al recupero della cultura della legalità nonché per mitigare, ad esempio, l'impatto negativo che il processo penale potrebbe sortire all'immagine/reputazione dell'impresa coinvolta e, di riflesso, sul tessuto sociale ed economico in cui essa opera per l'incapacità dimostrata nel “prevenire” il reato di cui è stata vittima. Pertanto, va senz'altro accolta positivamente l'opportunità di valorizzare in questa prospettiva il paradigma riparativo e, di conseguenza, l'istituto della M.A.P. con riferimento alle persone giuridiche.

Tuttavia, va rimarcata la necessità di ragionare attentamente su come implementare in concreto la portata dell'art. 42 co. 2 d.lgs. 150/2022, in quanto un'estensione “meccanica” delle garanzie da attivare nel contesto del processo riparativo dalla vittima-persona fisica a quella giuridica non appare praticabile⁹³.

La norma, infatti, muove da una prospettiva poco realistica, che non tiene conto del fatto che lo statuto della vittima in seno alla giustizia riparativa è quello delineato dallo schema codicistico in attuazione della Direttiva 2012/29/UE «che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato», ritagliandole sulla persona in *soul and body*⁹⁴. Gli artt. 47-52 del decreto,

assicuratrice.

⁹² Secondo P. Maggio, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II*, cit., 10, «nel concetto di vittima, ricomprensivo anche gli enti, oltre alle ampie derivazioni criminologiche, si riflette un'accezione lata del danno derivata dalla prospettiva transnazionale, desumibile dalla lett. b) dell'art. 1, comma 18 della legge delega, che a sua volta riproduce *in toto* l'art. 1, comma 1, lett. a), alinea i) e ii) della Direttiva 2012/29/UE)». Per M. Bouchard-F. Fiorentin, *Sulla giustizia riparativa*, cit., 4, «con la piena introduzione nel nostro ordinamento della definizione di “vittima” voluta dalla direttiva 2012, avremo certamente delle ripercussioni nell'interpretazione giurisprudenziale dei poteri e delle facoltà attribuite dalla nostra procedura penale, rispettivamente, ai soggetti indicati come persona fisica offesa o alla persona fisica danneggiata, posto che la direttiva 2012 non riconosce uno statuto vittimario alla persona giuridica»: in questi termini. Le stesse perplessità sono sollevate da E. Mattevi, *La sospensione del procedimento con messa alla prova dopo la riforma Cartabia*, cit., 48.

⁹³ Per M. Bouchard-F. Fiorentin, *Sulla giustizia riparativa*, cit., 5, inoltre, con quella previsione il decreto rivela un vistoso slittamento semantico che conduce a interpretare il termine “vittima” in senso stretto, giuridico, quale coincidente in larga misura con quella delle tradizionali figure processuali della persona offesa e del danneggiato dal reato.

⁹⁴ Recita infatti l'art. 2 co. 1 lett. a i della Direttiva che per vittima si intende «una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato». Sulla nozione di vittima delineata dalla direttiva, v. M. Bouchard, *Giustizia riparativa, vittime e riforma penale. Osservazioni alle proposte della Commissione Lattanzi*, in www.questionegiustizia.it, 13.6.2021; M. Bouchard-F. Fiorentin, *Sulla giustizia riparativa*, cit., 3; M. Venturoli, *La “centralizzazione” della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, in www.archiviopenale.it, 6.5.2021, 8; E. Venafro, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 34. Per un quadro di sintesi della direttiva, v. S. Civello Conigliaro, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato. Una prima lettura della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio*, in www.penalecontemporaneo.it, 22.11.2012. In argomento, tra i molti, cfr. P. Maggio, *Lo sguardo alle fonti internazionali*, in *PPG* 2023, f. str. 5, 13 ss.; M. Bargis-H. Bellùta, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, in *Vittime di reato e sistema penale*, cit., 15 ss.; E. Catalano, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29 UE e nella giurisprudenza delle Corti Europee*, in *RIDPP* 2014, 1789 ss.; P.P. Rivello, *Il ruolo attribuito alla vittima del reato dalla normativa processuale italiana in rapporto a quello ad essa spettante innanzi alle Corti penali internazionali*, in *Crim* 2016, 507 ss.; V. Bonini, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Milano 2018, 21 ss.; L. Filippi, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il d.lgs. n. 212/2015*, in *DPP* 2016, 845 ss.; T. Rafaraci, *Vittime dei reati nella nuova disciplina dell'Unione europea*, in *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, a cura di R. Mastroianni-D. Savy, Napoli 2013, 73 ss.; L. Lupária, *L'Europa e una certa idea di vittima (ovvero come una Direttiva può mettere in discussione il nostro modello processuale)*, *ivi*, 91 ss.; S. Allegrezza, *Il ruolo della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato: modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di L. Lupária, Padova 2015, 2 ss.; F. Delvecchio, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, in www.penalecontemporaneo.it, 11.4.2016. Rilevano che, in realtà, la direttiva 2012/29/UE non contiene alcuna disciplina

infatti, oltre alla volontarietà dell'accesso ai programmi, garantiscono i diritti difensivi, la confidenzialità e la riservatezza, i diritti informativi, l'assistenza linguistica protendendosi verso una vittima dotata di consistenza corporea⁹⁵, di talché il richiamo dell'art. 42 co. 2 rischia di rimanere ambiguo nel suo significato e di complicare ulteriormente il lavoro esegetico dando adito a interpretazioni fuorvianti⁹⁶.

È su questo aspetto preliminare che si concentra il problema. Ma la Relazione illustrativa del d.lgs. 150/2022 mostra di non apprezzarlo nella sua interezza quando giustifica l'equiparazione, in punto di diritti, alla vittima persona fisica per «consentire la partecipazione ai programmi di giustizia riparativa agli enti con o senza personalità giuridica, giusta l'ampiezza del criterio di delega che apre la giustizia riparativa potenzialmente ad ogni reato, quindi anche, per esempio, agli illeciti penali con vittima 'sfumata' o diffusa»⁹⁷.

Invero, la questione non riguarda solo la possibilità di coinvolgere nel processo di riparazione – dato che una vittima in senso proprio non è individuabile – l'organizzazione complessa in qualità di destinataria della concreta azione riparativa dell'*offender* e in quello cruciale di rafforzamento delle istanze di controllo sociale provenienti dalla collettività verso cui «muove finalmente le legge»⁹⁸, al fine di ricostruire l'osservanza futura dei precetti penali, di evitare di reiterare le violazioni. Cosa che avviene, in pratica, quando – come appena sopra esposto – negli illeciti in cui si assiste ad una *spersonalizzazione* del soggetto passivo del reato⁹⁹ – sono gli enti esponenziali di diritti e interessi diffusi, in quanto riferibili ad una molteplicità di soggetti, a prendersi carico delle conseguenze negative prodotte dal fatto di reato «nell'intento di promuovere la rigenerazione dei legami a partire dalle lacerazioni sociali e relazionali che l'illecito ha originato»¹⁰⁰. È chiaro infatti che nell'economia del d.lgs. 150/2022, quell'ente, che è rappresentativo di tutta la comunità (art. 45 d.lgs. 150/2022), contribuisce sì a ridurre il conflitto all'interno delle dinamiche sociali però non acquista alcun ruolo

della giustizia riparativa essendo più propriamente riferita ai diritti della vittima nel processo penale, V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa*, cit., 19, e ancora M. Bouchard, *Giustizia riparativa, vittime e riforma penale*, cit., 4.

⁹⁵ I diritti informativi «sono personalizzati dovendo tenere in adeguata considerazione le caratteristiche peculiari del destinatario della medesima (anagrafiche, socio-culturali, intellettive e di scolarizzazione)»: in questi termini P. Maggio, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II*, cit., 16.

⁹⁶ Per M. Bouchard, *Commento al titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 6, l'individuazione di un soggetto giuridico offeso che diventi titolare degli stessi diritti e facoltà previsti per la vittima persona fisica «complica solo ulteriormente il lavoro esegetico e introduce una nozione di vittima a geometria variabile, a seconda dei servizi o delle procedure alle quali abbia accesso».

⁹⁷ V. la *Relazione illustrativa*, 532.

⁹⁸ Così P. Maggio, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II*, cit., 7, che sottolinea come l'innegabile punto di svolta del decreto n. 150 consista nella circostanza che «l'epocale trasformazione muov[er]a finalmente dalla legge. È la legge, infatti, a farsi carico della disciplina; è il precetto a gestire il cortocircuito provocato dal processo deviante; è la legge a divenire il primo mediatore del conflitto creato dal reato. Verso la legge tende la reintegrazione del reo e della vittima nella comunità, al fine di ricostruire l'osservanza futura dei precetti penali, di evitare di reiterare le violazioni». Nello stesso senso già C. Mazzucato, *Ostacoli e "pietre d'inciampo" nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami*, a cura di G. Mannozi-G.A. Lodigiani, cit., 119 ss.

⁹⁹ Per G. Tranchina, *La vittima del reato nel processo penale*, in *CP* 2010, 4053, «la vittima del reato diventa, in un certo senso, lo Stato e la lesione diretta subita dal soggetto privato perde valore. In quest'ottica, la vittima viene anzi percepita come un soggetto ingombrante, se non addirittura pericoloso, suscettibile di rievocare con la sua intrusione nel processo nostalgie per istituti più vicini alla faida e alla giustizia sommaria che non all'autorità dello Stato, 'unico titolare del potere sanzionatorio'. Sottolinea, poi, M. Venturoli, *La "centralizzazione" della vittima*, cit., 3, che «l'oggettività del paradigma classico del diritto penale si riproduce sul carattere spersonalizzato del soggetto passivo del reato esibito dalla larga maggioranza degli illeciti penali» in cui gli interessi della vittima «vengono assorbiti, sotto il profilo sostanziale, nel concetto di bene giuridico protetto dalle norme incriminatrici, mentre, sotto il profilo processuale, nell'alveo dell'esercizio pubblico dell'azione penale».

¹⁰⁰ Così M. Cartabia, *Linee programmatiche sulla giustizia*, in <https://dpei.it/wp-content/uploads/2021/03/Cartabia-Linee-programmatiche-sulla-giustizia-15-marzo-2021.pdf>, 15; Ead., *Una parola di giustizia. Le Eumenidi, dalla maledizione al logos*, Roma 2021, 37 ss.

processuale né tantomeno la possibilità di essere considerato vittima nell'ambito del paradigma riparativo¹⁰¹.

Ciò detto, è ben evidente che il problema che emerge per il delitto di danneggiamento fraudolento dei beni assicurati *ex art. 642 Cp* sia più a monte, dal momento che una vittima identificata a cui attribuire il ruolo di comprimaria, insieme al reo, del programma riparativo c'è. Solo che si tratta di una vittima dotata di una consistenza diversa rispetto a quella attorno alla quale sono plasmate le prerogative informative e partecipative, indispensabili ad una valutazione individualizzata dei bisogni connessi all'esperienza di vittimizzazione.¹⁰² L'ente, in pratica, viene considerato quale soggetto unitario con il diritto di partecipare al percorso di giustizia riparativa al pari dell'autore della condotta criminosa. Così, ad esempio, guardando alle modalità del programma riparativo ed alle relative prescrizioni, esclusa la possibilità di ricorrere ai principali modelli riparativi, costituiti dal dialogo, dalla mediazione autore-vittima, dal *restorative conferencing* e dal *circles*¹⁰³, il lavoro di pubblica utilità ed il programma possono essere declinati tenendo conto dell'ambito operativo dell'ente e del tipo di reato commesso e con il sostegno ad associazioni con cui il settore produttivo di riferimento dell'ente presenti elementi di collegamento.

Tuttavia, come si vede, è solo sul piano dell'esecuzione del programma che l'attribuzione dello *status* di vittima alle persone giuridiche non presenta, particolari difficoltà, trattandosi, in pratica, di riproporre lo schema già operante per gli appartenenti alla comunità, in qualità di gruppi esponenziali, cosicché di volta in volta si renderà necessario riflettere su come riempire di contenuti pregnanti la soddisfazione dell'impresa, presupposto indefettibile per accedere all'esito riparativo. Ma chiaramente, in un ragionamento simile, non possono essere dimenticate le questioni spinose che si stagliano sul versante *stricto sensu* processuale, ovvero gli ostacoli congeniti che in questi casi incontra l'affermazione della *R.J.* nel garantire il rispetto delle condizioni richieste per la protezione della vittima, per la sua partecipazione "cosciente" nel percorso riparativo¹⁰⁴, per l'effettivo soddisfacimento delle sue aspettative riparative, giusta l'assenza di adeguate regole di completamento procedurale che tengano in adeguata considerazione le istanze di valorizzazione della tutela di questa vittima "atipica". Difficile, dunque, se non praticamente impossibile, allo stato, intercettare tale soggetto, informarlo e sensibilizzarlo in merito alle possibilità di accesso ai percorsi riparativi.

E non si tratta di ritrosie derivanti semplicemente da un timore per il nuovo, da un arroccamento sull'esistente¹⁰⁵. Tali obiezioni trovano sostegno nell'art. 12 della Direttiva UE, nel quale si afferma che l'accesso alla giustizia riparativa avviene «nell'interesse della vittima» e sulla base del suo consenso informato e libero. In tale contesto, dunque, si inserisce in modo del tutto distonico la previsione "isolata" dell'art. 42 co. 2 d.lgs. 150/2022¹⁰⁶, e a niente vale che il legislatore glissi sulle

¹⁰¹... secondo la definizione che di "vittima" viene data dalla recente disposizione *ad hoc* di cui all'art. 42 co. 1 lett. b d.lgs. 150/2022 (art. 90-bis 1 Cpp), distinta da quella riferita alla persona offesa (art. 90-bis.1 Cpp). Al riguardo, sottolinea come tuttavia «l'art. 42 comma 2 del decreto rivel[er] uno slittamento concettuale della nozione di "vittima" su quella di persona offesa e/o danneggiata», M. Bouchard, *Commento al titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 5.

¹⁰² Basti considerare, a mo' di esempio, la recente disposizione di cui all'art. 42 co. 1 lett. b d.lgs. 150/2022 (art. 90-bis.1 Cpp) – distinta da quella riferita alla persona offesa (art. 90-bis Cpp) – in ossequio alla quale, nell'ambito della GR, «la vittima del reato [...] sin dal primo contatto con l'autorità procedente viene informata in una lingua a lei comprensibile della facoltà di svolgere un programma di giustizia riparativa».

¹⁰³ In argomento, cfr., per tutti, G. Mannozi, *La giustizia senza spada*, cit., 2; G. Mannozi-G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa*, cit., 217 ss.

¹⁰⁴ ... perché previamente informata in modo compiuto del percorso e sui possibili esiti e implicazioni, ivi incluso l'eventuale impatto sui futuri procedimenti penali.

¹⁰⁵ D'altra parte, in dottrina si è autorevolmente affermato, con riferimento alla mediazione, che il «vizio d'origine» della stessa sarebbe proprio «il difficile rapporto con le garanzie processuali», cfr. G. Mannozi, *La giustizia senza spada*, cit., 240.

¹⁰⁶ Definisce, senza indugio alcuno, «acrobatica» e «stonata» l'equiparazione V. Bonini, *Una riforma organica della giustizia riparativa tra attese decennali e diffidenze contemporanee. Definizioni, principi e obiettivi (artt. 42-46)*, in *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, cit., 731.

difficoltà oggettive di quella estensione forzata, come fa nella Relazione illustrativa quando, a commento della disposizione *de qua*, aggira il problema e lo accantona riconducendo la necessità che sussista «l'interesse, la volontà ed il consenso libero e informato» al fine della partecipazione a programmi di giustizia riparativa solo all'ipotesi diversa della *surrogate victim*¹⁰⁷.

Il generale ripensamento operato dalla riforma Cartabia degli strumenti riparativi concreti e, in parallelo, del ruolo dell'offeso all'interno dei percorsi di tipo *restorative* rischia da tale angolo visuale di rimanere svilito, privo di effettività, in mancanza di riferimenti chiari volti ad adattare gli aspetti prodromici dei diritti e delle facoltà procedurali alle qualità di un soggetto privo di sostrato psicofisico.

Lo sforzo legislativo profuso lascia dunque sul campo alcune lacune consegnate all'opera dell'interprete, e si tratta di passaggi giuridici esiziali per le sorti del procedimento, precondizioni che devono essere assolte affinché la "persona" possa consapevolmente orientarsi e prestare, se del caso, la propria adesione per procedere poi ad una strutturazione dello spazio riparativo che possa rispondere ai suoi interessi¹⁰⁸. La previsione dell'art. 42 costituisce dunque una soluzione escogitata "tra le righe" della normativa sulla G.R. e in via di necessità, per consentire l'utilizzo più ampio possibile del nuovo paradigma positivo. Ma la *R.J.*, si sa, si svolge attraverso un processo inclusivo, in cui offensore e offeso, insieme al facilitatore, partecipano all'elaborazione del programma riparativo e ne condividono i risultati ed in mancanza di quegli elementi di fondo, si rischia un impegno riparativo *sic et simpliciter*, senza alcun coinvolgimento attivo della vittima¹⁰⁹.

6. A ulteriore suffragio dell'intento di ampliare l'ambito di operatività del nuovo paradigma riparativo innestato nel sistema agendo sugli strumenti che si modellano perfettamente agli obiettivi della *R.J.*, si pone un'altra importante novità che però stavolta interessa la sospensione del processo con messa alla prova sul piano procedurale; si allude all'attribuzione al P.M. del potere di attivarsi per primo ai fini dell'instaurazione del rito, dando impulso alla prova fin dalla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

Lo statuto generale della M.A.P. risulta assolutamente arricchito. Ma si badi bene, non si deve pensare che l'estensione sottintenda una duplice configurazione dell'istituto a seconda che il P.M. si avvalga di quella prerogativa ovvero aderisca (come finora previsto) all'iniziativa dell'*offender*. Infatti – sebbene la modifica alteri lo schema procedimentale che inevitabilmente «reclama» l'adeguamento del meccanismo sospensivo per tenere conto dell'*input* dell'organo dell'accusa – ciò avviene senza comunque mutarne l'impianto originario

Pertanto, se è vero che si allarga la platea dei soggetti legittimati ad attivare il meccanismo di "transito" dal procedimento ordinario a quello speciale, tuttavia il legislatore delegato ha costruito l'iniziativa del P.M. *sub specie* di «proposta» volta pur sempre a sollecitare l'imputato/indagato, la cui manifestazione di volontà rappresenta la base per la deviazione del processo dal suo *iter* ordinario.

¹⁰⁷ V. la *Relazione illustrativa*, 532.

¹⁰⁸ Per V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa*, cit., 21, il riferimento all'interesse della vittima «non segna un connotato funzionale della giustizia riparativa, ma piuttosto ne individua un limite modale. In altri termini, la giustizia riparativa non può dirsi servente soltanto l'interesse della vittima, con l'effetto di creare una sperequazione rispetto alla posizione dell'accusato; piuttosto, è a dirsi che la giustizia riparativa non può coinvolgere la vittima se questa non vi trova tutela dei propri interessi. A differenza del processo penale, dove la vittima interviene in posizione ancillare quella del pubblico accusatore e ottiene voce nella misura in cui questa risponda alla finalità di accertamento, il processo riparativo accoglie, ascolta e tutela gli interessi di tutti i partecipanti in modo equilibrato».

¹⁰⁹ Efficacemente V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa*, cit., 22, sottolinea come «la costruzione di un quadro delle garanzie di contesto in seno alla giustizia riparativa si present[*i*] come un'operazione necessaria e alla quale troppo a lungo il legislatore italiano si è sottratto, abbozzando solo in modo molto parziale e deficitario uno "statuto processuale della mediazione penale" in seno all'art. 29 d.lgs. n. 274/2000». L'Autrice continua, poi, ascrivendo tale ritrosia «anche alle incertezze generate dalla mancanza di riferimenti normativi che assicurino – pur con modalità in linea con le specificità del paradigma di cui si parla – diritti informativi, diritti difensivi, presunzione di non colpevolezza» (*op. cit.*, 22).

La M.A.P. è, e rimane, una *chance*; non può diventare mandatoria perché il magistrato d'accusa si sostituisce all'iniziativa del reo¹¹⁰.

Si sa che l'effettività del programma riparativo dipende dalla decisione unilaterale e autonoma dell'indagato/imputato sorretta dall'interesse a favorire esiti conciliativi con la vittima del reato. Ed il tenore delle novelle previsioni non lascia dubbi al riguardo: sebbene da ora in avanti possa comunque essere anche sollecitato dal P.M., l'accesso al rito dipende sempre dalla sola volontà del soggetto attivo del reato che deve garantire una fattiva collaborazione al programma rieducativo secondo le indicazioni della Corte costituzionale, non potendosi prefigurare l'istituto *de quo* senza una specifica adesione dell'interessato¹¹¹. Il consenso, costituendo elemento funzionale e strutturale del *probation*, deve trovare ingresso in ogni singolo segmento dell'*iter* procedurale dell'istituto perché è attraverso di esso che il reo diviene il soggetto che, consapevole del disvalore della sua azione, è disposto a risolvere, secondo le finalità programmate, il conflitto insorto dal reato. Dunque, da qualsiasi angolazione si esamini la messa alla prova, ad emergere sempre quale dato incontestabile deve essere la necessità della manifestazione dell'intenzione del deviante di volere procedere in tale direzione. D'altronde a fondamento di tale ricostruzione sta il fatto che il progetto di prova – dunque il documento che costituisce la manifestazione dell'interiorizzazione dell'impegno di riparazione assunto nei confronti della vittima – viene redatto non solo “per”, ma anche e soprattutto “con” l'interessato, che, come come si dirà a seguire, partecipa attivamente all'elaborazione di ciò che diverrà la sua futura guida comportamentale, a riprova di quanto sia (o, perlomeno, dovrebbe essere) radicata in lui la consapevolezza circa il disvalore sociale del proprio comportamento.

L'obiettivo di agevolare l'impiego della procedura è dunque irrobustito senza che la *ratio* dell'istituto ne risulti vulnerata perché l'anima umanistica, trattamentale, vittimo-centrica che ispira la G.R. e, quindi, la M.A.P, non viene in alcun modo inficiata, semmai valorizzata dall'interessante prospettiva di una competenza specifica del P.M. che vada al di là dell'avviso che questi, ai sensi dell'art. 141-*bis* co. 1 NAttCp, può rendere all'interessato anche prima dell'esercizio dell'azione penale, informandolo che ha la facoltà di chiedere di essere ammesso alla prova. Nello stesso tempo, il ricorso alla pena detentiva è limitato e l'auspicata riduzione *in itinere* del carico giudiziario pare di più facile realizzazione poiché la fisiologica sospensione legata al periodo di prova «consente di liberare risorse ed energie per la trattazione di altri procedimenti penali»¹¹². E se poi l'attivazione della M.A.P. con la nuova modalità si colloca in *limine* alla fase investigativa, quando la pubblica

¹¹⁰ *Relazione illustrativa*, 472. Posizione unanime: tra gli altri, E.N. La Rocca, *Il modello di riforma “Cartabia”*, cit., 32; A. Marandola, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *DPP* 2014, 677; N. Triggiani, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, cit., 61, e anche M. Miraglia, *Un processo penale diverso*, cit., 182; G. Varraso, *La legge “Cartabia” e l'apporto dei procedimenti speciali al recupero dell'efficienza processuale*, in *www.sistemapenale.it*, 8.2.2022, 38. Per un'attenta analisi del “valore “della richiesta nella M.A.P., in un'ottica di comparazione con il ruolo assunto dalla manifestazione di volontà dell'imputato nel patteggiamento, v. V. Bonini, *La progressiva sagomatura*, cit., 19, che evidenzia come nella richiesta ex art. 464-*bis* Cpp «si registr[i] un oggetto implicito, anche in questo caso rappresentato dalla rinuncia alle garanzie dibattimentali, e un oggetto esplicito, identificabile nella sottoposizione al programma di prova, che, con le sue peculiarità contenutistiche, presenta profili di dirompente novità rispetto alle tradizionali logiche sanzionatorie ed esige, per il raggiungimento degli obiettivi prefissati, una piena e costante adesione al progetto da parte dell'imputato», di talché «la centralità dell'espressione di volontà che evidenzia la comune riconducibilità agli schemi della negozialità processuale, viene ad assumere nella messa alla prova il carattere della necessaria immanenza, dovendo non solo essere presente in occasione dell'innesco della procedura speciale, ma accompagnarne tutti gli sviluppi (esecutivi e modificativi) sino alla chiusura della stessa».

¹¹¹ Il riferimento è C. cost., 27.4.2018 n. 91, in *GC* 2018, 76 ss. con nota di C. Cesari, *La Consulta supera le perplessità e la messa alla prova si radica nel sistema penale*. V. anche V. Maffeo, *La costituzionalità della messa alla prova tra vecchi modelli premiali e nuovi orizzonti sistematici*, in *RIDPP* 2018, 953; L. Parlato, *La messa alla prova dopo il dictum della Consulta: indenne ma rivisitata e in attesa di nuove censure*, in *DPenCont* 2019, f. 1, 89; A. Sanna, *La messa alla prova non è una pena: la Corte costituzionale salva il confine tra cognizione ed esecuzione*, in *CP* 2019, 688, O. Mazza, *La presunzione d'innocenza messa alla prova*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9.4.2019, 7-10, nonché, di recente, G. Barrocu, *La procedura penale messa alla prova*, cit., 69.

¹¹² *Relazione illustrativa*, 470.

accusa ha appena terminato di svolgere le indagini, quella finalità deflativo-efficientista è ancora più evidente, dato che a quel punto per l'indagato l'accesso alla M.A.P. che gli viene prospettato potrebbe essere un'opzione molto allettante perché contestuale all'adempimento di cui all'art. 415-bis Cpp che rappresenta un vero e proprio preludio all'imputazione, con sostanziale anticipazione di quelle che saranno le determinazioni del P.M.¹¹³.

Gli elementi per ritenersi soddisfatti della novità introdotta ci sono, dato che, agendo sulla iniziativa, si è cercato, almeno sulla carta, di incrementare il potenziale (quantitativo) della M.A.P.

Al contempo, però, questa apertura – vista anche la laconicità del dettato normativo, di cui si avrà modo di dire a breve – si rivela foriera di perplessità sul piano pratico attuativo. Se l'intento di incentivare l'adozione del rito *de quo* è evidente, meno immediate sono infatti le soluzioni processuali che il legislatore delegato ha escogitato per innestare la proposta del P.M. nel procedimento.

Procedendo per gradi, due sono gli schemi, ed in entrambi la sequenza procedimentale viene a fondarsi sui momenti essenziali della proposta e dell'adesione dell'indagato/imputato, senza che alcun spazio sia purtuttavia dato in quel frangente ad un eventuale accordo tra le parti sugli impegni da assumere per favorire la realizzazione del “futuribile” programma riparativo¹¹⁴.

Il primo caso è quello della proposta formulata dopo l'esercizio dell'azione penale (*id est*, all'udienza preliminare e in dibattimento), per la cui eventualità il legislatore ha operato attraverso interpolazioni modeste sul già vigente art. 464-bis Cpp. Così, una volta integrato il primo comma della norma con l'inserimento di un esplicito riferimento al potere generale del P.M. di stimolare l'iniziativa del reo, il nuovo secondo periodo della disposizione aggiunge che laddove la sollecitazione avvenga all'interno del contesto giurisdizionale l'imputato ha diritto a che gli venga assegnato un termine non superiore a venti giorni per decidere se fare propria quella proposta e preparare la richiesta di sospensione del procedimento. Qualora l'esito di tale disamina sia positivo, così come stabilito per

¹¹³ Per la *Relazione illustrativa*, 474, il limite temporale, dato dalla chiusura delle indagini preliminari, risponde ad una *ratio* di garanzia: la completezza delle indagini preliminari assicura, da un lato, la possibilità per la persona ad esse sottoposta di operare scelte processuali con piena cognizione di causa; dall'altro, la serietà del lavoro inquirente, scongiurando il rischio di prassi che possano svuotare di contenuto il principio di obbligatorietà dell'azione penale; dall'altro ancora, consente al G.I.P. di assolvere – con piena cognizione di causa – alla sua funzione di controllo sulla ammissibilità della richiesta, sull'insussistenza di elementi che impongano il proscioglimento ai sensi dell'art. 129 Cpp, sulla idoneità della proposta di sospensione del procedimento messa alla prova a perseguire gli obiettivi di special-prevenzione che appartengono alla finalità dell'istituto *de quo*. Puntuale la sottolineatura di A. Presutti, *La giustizia riparativa alla prova*, cit., 10, che rileva come in realtà il potere “conquistato” dal P.M. non possa sottintendere «un gran risparmio di attività investigativa specie a fronte dell'esigenza di procurarsi una provvista di risultanze accusatorie in grado di convincere l'indagato che gli è prospettata la soluzione per lui più conveniente». Esprime dubbi sulla tenuta costituzionale (sotto il profilo dell'eccesso di delega) della disciplina che autorizza il P.M. a proporre la M.A.P. già in fase procedimentale A. Madeo, *Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 24: per l'A., infatti, quel potere contrasterebbe con la previsione della legge delega che «almeno in un'interpretazione letterale» non contemplava questa opzione giacché «l'art. 1 co. 22 lett. b) l. 134/2021 richiedeva [...] di prevedere la proposta del P.M. in riferimento alla “richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato” e non, in senso più ampio, “del soggetto interessato”, espressione che avrebbe incluso anche l'indagato. Considerata la struttura bifasica del rito ordinario – procedimento e processo – e la previsione nel codice di procedura penale della disciplina della richiesta di sospensione con messa alla prova in due disposizioni separate, una per ciascuna delle due fasi, è difficile sostenere che il Governo non abbia ecceduto i limiti della delega nell'introdurre, con l'art. 464-ter.1 Cpp, la proposta della sospensione con messa alla prova da parte del pm all'indagato nel momento dell'avviso della conclusione delle indagini preliminari».

¹¹⁴ «Non è stato espressamente contemplato lo sviluppo di una fase di negoziazione formale tra tali soggetti [...]. L'esperienza insegna, peraltro, che, nonostante tale lacuna, non è affatto detto che spazi per trattative tra tali soggetti [...]. Ed è proprio per questo motivo che [...] che il legislatore delegato avrebbe fatto meglio a prevenire direttamente tale eventualità, regolandola *ex ante* nel codice»: M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 58. In senso ugualmente critico, A. Cabiale-S. Quattrocchio, *Un filtro più potente precede un bivio più netto*, cit., spec. par. 4.5, parlano di «interlocuzioni, più o meno informali, sulla messa alla prova [che] già avvengono fuori e dentro le aule d'udienza» di cui il legislatore non ha tenuto minimamente conto «cosicché que[ll]a minimale formalizzazione del ruolo del pubblico ministero rischia di non aggiungere nulla a ciò che già accade e, dunque, di non incrementare significativamente il numero di richieste presentate».

l'istanza di sospensione "in via principale", la domanda formulata "in via adesiva" può essere avanzata, oralmente o per iscritto, innanzi al G.I.P., al G.U.P., al giudice del dibattimento, al giudice della direttissima e durante la celebrazione della nuova udienza predibattimentale nel corso del procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica a citazione diretta, a conferma di quanto sia stata radicata nel riformatore l'idea che l'opzione per l'accesso alla M.A.P. debba trovare il più ampio grado di apprezzamento possibile¹¹⁵.

Queste le poche novità introdotte *in parte qua*, dal momento che ad adesione dell'imputato avvenuta lo schema normativo a cui rifarsi sarà quello tratteggiato dagli artt. 464-*quater* e ss. Cpp già vigenti¹¹⁶. Più capillari e significative, invece, le innovazioni messe a punto per il secondo scenario delineato dall'intervento di riforma.

Il caso è quello della proposta avanzata in una fase di poco anticipata rispetto all'esercizio dell'azione penale; ed infatti è proprio per l'eventualità che la M.A.P. promani dal P.M. incline a esercitare l'azione penale al momento della conclusione della fase investigativa che la sagomatura originaria della M.A.P. viene in parte alterata.

Per il termine delle indagini si introduce pertanto una procedura insolita, come singolare è del resto anche la numerazione dell'art. 464-*ter*.1 Cpp¹¹⁷.

A differenza di quanto accade per la richiesta (munita del consenso del P.M.) formulata "in via principale" durante le indagini preliminari (art. 464-*ter* Cpp), ed il cui esito viene valutato nelle forme previste dagli articoli 464-*quater* e ss. Cpp al termine di un'udienza camerale, il legislatore delegato ha previsto che l'ineliminabile vaglio del giudice sulla istanza sollecitata di M.A.P. si svolga, di norma, all'esito di un procedimento cartolare.

Giunti a questo punto, è importante comprendere il perché di tale *modus procedendi*. Ed una cosa è certa: dopo aver scorto nella M.A.P. lo strumento per emanciparsi dalla tradizionale dimensione sanzionocentrica del diritto penale¹¹⁸ non si corre certo il rischio di essere censurati quando si afferma che, di fronte ad una direttiva ambigua («prevedere che la richiesta di sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato possa essere proposta anche dal pubblico ministero»), la scelta del legislatore delegato di interpretarla nel modo che consente di addivenire rapidamente e proficuamente alla sospensione del processo risponde all'esigenza di fondo di implementare il potenziale ancora largamente inesplorato della giustizia riparativa. La procedura *de plano* insita nella M.A.P. è destinata

¹¹⁵ L'art. 464-*bis* co. 2 Cpp fissa termini di preclusione con riferimento ad ogni singola fase stabilendo che in udienza la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova può essere avanzata fino a che non siano formulate le conclusioni nell'udienza preliminare o fino a quando non sia dichiarato aperto il dibattimento di primo grado nel giudizio direttissimo, oppure, nel procedimento di citazione diretta a giudizio, occorre che non si sia celebrata la nuova udienza predibattimentale prevista dall'art. 554-*bis*. Se è stato notificato il decreto di giudizio immediato, si seguono le regole valide per l'eventualità che in seguito alla sua notifica l'imputato chieda di accedere all'abbreviato, mentre nel procedimento per decreto, la richiesta è presentata con l'atto di opposizione.

¹¹⁶ Al di là dei passi in avanti compiuti al fine di incrementare ulteriormente il potenziale della M.A.P., restano sul tappeto alcuni problemi "di tipo operativo" segnalati con preoccupazione da A. Cabiale-S. Quattrococo, *Un filtro più potente precede un bivio più netto*, cit. Per gli Autori le interpolazioni sull'art. 464-*bis* co. 1 Cpp lascerebbero aperte almeno due questioni: la prima sarebbe legata alla "consistenza" della proposta «ossia se il pubblico ministero abbia almeno l'obbligo di abbozzare contenuti e tempi del periodo di prova, oppure possa sterilmente limitarsi a suggerirne l'utilizzo da parte dell'imputato». Mentre l'altra questione riguarderebbe il carattere vincolante (o meno) della proposta del P.M.: si tratterebbe in pratica di capire se «un'eventuale proposta strutturata costituisca un qualche vincolo per l'imputato, oppure egli rest[i] libero di presentare al giudice una richiesta con tutt'altro genere di caratteristiche». Sulla stessa linea si pone M. Miraglia, *La sospensione del procedimento con messa alla prova dopo la riforma Cartabia - Profili processuali*, in *DPP* 2023, 52.

¹¹⁷ Per questa sottolineatura v. M. Miraglia, *La sospensione del procedimento con messa alla prova dopo la riforma Cartabia*, cit., 50.

¹¹⁸ Parla di atteggiamento sanzionocentrico, che cioè assume la pena come «principale e ineluttabile 'dimensione di senso' cui orientare la [...] attività di elaborazione concettuale», prediligendo piuttosto una riflessione «guidata dalla 'precomprensione' che la pena non è lo scontato punto di partenza e di arrivo, ma è e non può non essere il problema (iniziale e finale) che pone le domande fondamentali», G. Fiandaca, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, in *Crim* 2010, 202.

dunque a iscriversi all'interno del complesso pensiero della recente riforma, quale ricerca, sul terreno della devianza, di percorsi che, in uno con l'obiettivo di una maggiore speditezza del rito penale, diano pratica attuazione a quella che fino a poco tempo fa sembrava ancora rimanere solo una massima elaborata dalla dottrina, ossia che la ragione del penale è anche la riconciliazione e non solo l'inflizione della pena.

Così, l'inusuale congegno delineato dall'art. 464-ter.1 Cpp si apre con l'emissione dell'avviso *ex art. 415-bis* Cpp il cui contenuto tradizionale è stato arricchito dalla possibilità concessa al P.M. di proporre all'indagato un percorso di messa alla prova, indicando – a differenza di quanto previsto nell'art. 464-*quater* – durata e contenuti essenziali del programma trattamentale, anche avvalendosi dell'U.E.P.E.¹¹⁹. Anche la “reazione” dell'indagato è specificamente regolamentata: egli ha venti giorni per esprimere un consenso pieno e consapevole alla *probation* aderendo alla proposta personalmente o per mezzo di procuratore speciale (art. 464-ter.1 co. 2). Si tratta, all'evidenza, di un primo livello necessario affinché l'interessato possa sondare la fattibilità del percorso nei suoi aspetti generali, tenuto conto peraltro che l'avviso di conclusione delle indagini prevede la *discovery* degli atti di indagine. Il processo di responsabilizzazione inizia già a partire da questo momento, in quanto ciò che viene richiesto è anzitutto un atteggiamento propositivo nell'esame dell'iniziativa del P.M.

A proposta accolta prende avvio il vero e proprio rito cartolare in cui il requirente *in primis* è tenuto a formulare l'imputazione (in analogia a quanto già prevedeva l'art. 464-ter co. 3 *ante* riforma)¹²⁰, ad avvisare la persona offesa – che ha facoltà di depositare memorie entro dieci giorni, presso la cancelleria del giudice – ed a trasmettere gli atti al G.I.P.

La decisione in merito alla misura non è facile. Il sistema impone l'esercizio di un potere valutativo da parte del giudice che deve inquadrarsi non solo nel più ampio quadro della situazione personale dell'imputato ma, in questo caso, anche in quello del “momento” procedimentale nel quale verrebbe a operare la sospensione del procedimento. Subentra così un giudizio che non può non tenere conto del frangente temporale in cui si colloca la richiesta. Nell'ipotesi in esame, quest'ultimo aspetto ha infatti una ripercussione diretta sulla decisione circa l'accesso al beneficio, non potendosi ignorare il rischio che possa non esserci corrispondenza tra il consenso prestato ed il favorevole evolversi del processo di revisione critica del trascorso criminoso nel momento in cui si realizza, a favore del soggetto, la piena conoscenza degli atti di indagine. Anzi, l'eventualità che l'interessato si mostri disponibile per valutazioni di opportunità e non in forza di un atteggiamento orientato alla responsabilizzazione è di non improbabile verifica pratica, tanto che il legislatore ne prende atto prevedendo un'ipotesi di rimodulazione dell'*iter* accelerato di M.A.P.

Si proceda con ordine.

Il giudice dovrebbe compiere una triplice valutazione. Un sindacato preliminare sulla presenza dei presupposti di cui all'art. 168-*bis* Cp (titolo di reato, anche in relazione alla pena edittale prevista, esclusione di determinate tipologie delinquenziali) e sulla insussistenza di elementi e circostanze di fatto che possono portare alla pronuncia di una sentenza di proscioglimento immediato; un vaglio sulla natura informata e libera del consenso prestato dall'imputato; infine, un giudizio prognostico sull'idoneità delle linee programmatiche abbozzate dal P.M. cui il neo imputato ha aderito a compensare l'interesse pubblico incrinato dall'illecito penale. E si tratta di una prognosi “multidimensionale”, che guarda cioè sia alla personalità dell'autore sia agli effetti special- preventivi della risposta al reato.

¹¹⁹ Per A. Cabiale-S. Quattrocchio, *Un filtro più potente precede un bivio più netto*, cit., «questo meccanismo sembra aver tratto ispirazione dalla prassi: in diverse Procure, all'interno dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, è infatti uso comune inserire anche l'eventuale disponibilità al patteggiamento» ed «il senso della nuova regolamentazione in materia di messa alla prova appare sostanzialmente il medesimo».

¹²⁰ A tal riguardo la giurisprudenza di legittimità ha precisato che l'imputazione formulata dal P.M. ai sensi dell'art. 464-ter co. 3 Cpp ha la stessa natura di esercizio dell'azione penale di quella prevista dall'art. 405 Cpp: cfr., *ex multis*, Cass. 22.6.2018 n. 29093, in *CEDCass*, m. 273721-01.

Così, in forza del rinvio al terzo comma dell'art. 464-*quater* Cpp, il giudice – alla luce dei parametri indicati all'art. 133 Cp¹²¹ – deve prevedere che l'imputato non sia esposto al rischio di recidiva e deve compiere una prealutazione favorevole sulla adeguatezza del programma provvisorio a fronteggiare le conseguenze del reato, e laddove ritenga che alla luce degli elementi emersi la proposta di sospensione del processo con M.A.P. non presenti profili problematici dare incarico all'U.E.P.E. «di svolgere a pieno il suo compito»¹²², elaborando nel termine di 90 giorni la proposta dettagliata di M.A.P., stavolta però d'intesa con l'imputato (art. 464-*ter*.1 co. 4 Cpp). La manifestazione di volontà di quest'ultimo si rivela perciò decisiva anche ai fini di una migliore calibratura del progetto sul caso di specie quanto a contenuti e presupposti di fruizione. Quello che è certo, dunque, è che l'itinerario di *probation*, per essere ipotizzato, per potersi configurare in tutti i suoi aspetti e, come si vedrà, talvolta perfino per attivarsi in concreto necessita dell'adesione dell'imputato tanto alla M.A.P. quanto al progetto di cui essa si compone. Tutto a dimostrazione di come l'esistenza di un percorso riparatorio condiviso costituisca la premessa indispensabile della decisione e della messa alla prova, senza il quale non possono esserci né l'una né l'altra. Il che accentua ulteriormente il carattere volontario e pattizio insito nel progetto e, in senso più ampio, nel *probation*, demandandosi al giudice di pronunciarsi sull'utilità della prova e sull'adeguatezza del progetto senza però alcun potere decisionale in ordine al contenuto che quest'ultimo deve presentare¹²³; tant'è vero che, una volta ricevuto il programma elaborato dall'U.E.P.E., che a questo punto deve essere completo in tutti i suoi aspetti, il G.I.P. – con ordinanza, senza fissare udienza – dispone l'inizio del periodo di prova¹²⁴.

Ma il programma non può essere elaborato in termini così chiari da non ammettere alcuna incertezza nella sua applicazione o da eliminare *a priori* lo spazio per un chiarimento in ordine al messaggio comportamentale di ravvedimento che con esso l'*offender* intende veicolare. Così, laddove il G.I.P. ritenga che debbano essere apportate modifiche o integrazioni al programma o, comunque, in generale, necessiti di acquisire elementi utili la decisione – che ragionevolmente potrebbero anche attenersi ai profili dell'individuazione del trattamento più adeguato al caso specifico – si abdiccherà dal modulo cartolare finora seguito celebrando un'apposita udienza in camera di consiglio (art. 464-*ter*.1 co. 6 e 7 Cpp).

Ecco la preannunciata “rimodulazione” del rito.

La normativa è alquanto laconica, tuttavia il richiamo ad un'udienza che segue le cadenze dell'art. 127 Cpp lascia intendere che, dopo aver ricevuto avviso dell'udienza, «il P.M., gli altri destinatari dell'avviso nonché i difensori s[ia]no sentiti se compaiono» (art. 127 co. 3 Cpp). E non sussistendo ragioni ostative all'applicabilità *in toto* del modello camerale¹²⁵, il rinvio alle sue regole va

¹²¹ «In virtù di questa norma lo sguardo del giudice si spinge oltre i rigidi confini della fattispecie legale, fino a guardare nella concretezza e – staremmo per dire – nella irripetibilità della persona in carne ed ossa dell'autore. Ma la “rilevanza” giuridica di questi elementi, dati, caratteristiche concrete oltre lo stretto monopolio legale della fattispecie è molto limitata, poiché non può influire sull'esistenza della responsabilità, sull'*an* della risposta sanzionatoria, ma solo sul *quantum* e sul *quomodo*»: così, F. Palazzo, *Plaidoyer per la giustizia riparativa*, cit., 5.

¹²² ... ricorrendo a tutti gli strumenti a disposizione, *in primis* l'indagine socio-familiare che non pare trovare spazio prima dell'adesione dell'indagato»: M. Miraglia, *La sospensione del procedimento con messa alla prova dopo la riforma Cartabia*, cit., 51.

¹²³ Per accurate considerazioni sulla discrezionalità del giudice nella definizione dei contenuti e dei tempi della prova, cfr., per tutti, M. Miraglia, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, cit., 279-284.

¹²⁴ Cfr., ampiamente, M. Miraglia, *La sospensione del procedimento con messa alla prova dopo la riforma Cartabia*, cit., 52-53, sui molteplici dubbi interpretativi sollevati dalle nuove disposizioni in punto, tra gli altri, di rapporto esistente tra la proposta del P.M. ed il programma predisposto dall'U.E.P.E., ovvero di perimetrazione dello spazio riservato all'indagato che, non aderendo alla proposta del P.M., voglia presentare una propria istanza di sospensione, ovvero ancora di individuazione della procedura da adottare qualora si consenta alla richiesta dell'indagato di “prevalere” su quella del pubblico ministero.

¹²⁵ Sulle variegate forme di attuazione del contraddittorio nei procedimenti camerale, per tutti, G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerale*, Milano 1994, *passim*.

interpretato nel senso che il giudice, fissata l'udienza, sia tenuto a decidere in merito all'opportunità di applicare la prova, ascoltando le parti e la persona offesa che hanno deciso di intervenire. Ed in questa stessa logica, le dichiarazioni raccolte in quella sede rappresenteranno poi strumenti di convincimento ai fini della scelta processuale da intraprendere, fermo restando, comunque, che laddove da quell'udienza emerga la necessità di modificare le prescrizioni che accompagnano e condizionano l'esito positivo della prova – e di ridefinire perciò gli impegni secondo le indicazioni del giudice – come anticipato ciò potrà ovviamente avvenire solo con lo specifico consenso dell'imputato alla nuova configurazione (art. 464-ter.1 co. 7 Cpp), a riprova della costante immanenza di questo all'interno della procedura della M.A.P.

In una prospettiva volta a dare piena, totale e, soprattutto, rapida soddisfazione alle istanze della persona destinataria del trattamento in un periodo temporale più prossimo alla verificazione del reato, viene da chiedersi, allora, se una tanto generosa esaltazione del contraddittorio – ancorché previsto solo come eventuale nella sua forma piena – fosse davvero necessaria. Sotto tale profilo va peraltro segnalata anche la novità contenuta nell'ultima parte dell'art. art. 464-ter.1 co. 6 Cpp, costituita dalla eventualità di una formalizzazione del consenso dinanzi al giudice. E così talora succede che non solo il consenso sia indispensabile, ma per potersi concedere la messa alla prova si renda necessario esplicitarlo formalmente all'organo giurisdizionale, dichiarandosi passaggio fondamentale in questi casi l'instaurazione del contraddittorio, giusto il dettato dell'ultima parte dell'art. 464-ter.1 co. 6 Cpp per il quale il G.I.P. «se ritiene opportuno verificare la volontarietà della richiesta [...] dispone la comparizione dell'imputato».

Quali allora le ragioni di questo appesantimento all'interno di un *iter* la cui struttura è invece stata approntata con l'obiettivo di perseguire la celerità della decisione? La spiegazione appare lineare.

La fuoriuscita della gestione del conflitto scaturito dalla commissione del reato dal canale procedimentale ordinario attraverso la M.A.P., non può che basarsi su un autentico ravvedimento *post factum*. Non è il consenso *ex se* ad assicurare il raggiungimento degli obiettivi che attraverso i contenuti del trattamento si intendono perseguire ma il coinvolgimento nella vicenda umana sussunta nella fattispecie incriminatrice oggetto del procedimento. Altrimenti detto, la dimostrazione della capacità della prova di attagliarsi in concreto alla personalità del soggetto e di perseguire gli scopi rieducativi/risocializzanti non è mai *in re ipsa*, neppure dinanzi ad un'istanza di M.A.P. già presentata.

Di talché, quando il giudice nutra dubbi in ordine – per così dire – alla propensione della personalità del soggetto ad essere “plasmata” da un percorso trattamentale alternativo rispetto alla pena, l'unico modo per uscire dall'*impasse* consiste nell'introdurre un meccanismo di ascolto da parte dell'autorità giudiziaria; un assunto che peraltro trova già una conferma normativa nel disposto dell'art. 464-*quater* co. 1. *A fortiori* nel caso di specie, quando il trattamento viene programmato nella fase preliminare del procedimento e a *discovery* effettuata, dato che, come preannunciato, più alta è la probabilità che il soggetto richieda la sospensione del procedimento solo perché ha convenienza a farlo di fronte alla minaccia concreta e ormai incombente del processo.

Perché un dato è certo: la messa alla prova, proprio per la *chance* premiale che assicura all'imputato, non può rischiare di alimentare prassi di accesso al rito dettate da necessità prettamente utilitaristiche; altrimenti è come se si dicesse che quella della deflazione è l'angolazione giusta per cogliere il valore della M.A.P. e dei suoi programmi. Sebbene il suo effetto decongestionante sull'intero sistema della giustizia penale sia indubitabile, ormai è chiaro che essa nella sua essenza più autentica costituisce una valida opportunità perché il reo prenda consapevolezza dell'azione commessa e – se il programma include percorsi di giustizia riparativa – perché si riconcili con la vittima. Di conseguenza, prescindere da una sua collaborazione vera frustrerebbe proprio queste esigenze e vanificherebbe lo stesso scopo dell'istituto. La prova è l'occasione processuale per manifestare tale disponibilità verso la comunità e verso l'offeso. Sicché l'effettività della M.A.P. non può non essere tutelata proprio quando l'opzione per essa avviene prima che sia “ufficializzata” la richiesta di rinvio a giudizio, dunque in un momento in cui l'indagato, messo in condizione di attivarsi *cognita causa*,

interagisce con l'antagonista in modo consapevole, visto che la sua strategia difensiva non viene più elaborata al buio come, invece, di solito accade nella fase preimputativa. Un momento in cui alto è il rischio che l'adesione dell'indagato possa essere tesa prioritariamente alla soddisfazione della contingente necessità – sorta su circostanze risultanti dalla completezza della *disclosure* degli atti di indagine – di evitare l'imminente atto di accusa. E quell'effettività è assicurata dal giudice e dalla valutazione che lo stesso è chiamato a compiere.

Ed in tale contesto l'audizione di chi è intervenuto all'udienza insieme con l'eventuale adesione espressa *ab iudicem* dell'imputato possono rappresentare elementi determinanti ai fini della valutazione della prognosi di successo della prova, fermo restando che comunque nessun potere di veto può essere esercitato in quella sede. Questi "contatti" divengono infatti fondamentali sotto un duplice profilo. Da un lato, il giudice attraverso le riflessioni di quei soggetti può avere contezza dell'utilità concreta della prova, dell'idoneità del programma trattamentale da approvare e di eventuali timori, tentennamenti ed esitazioni alla *probation*, sintomatici del rischio che il prevenuto, al di là del consenso formalmente manifestato ed acquisito, non abbia intimamente aderito al nuovo percorso di vita che si dovrebbe accingere ad intraprendere. Dall'altro, è attraverso l'incontro con le parti interessate che il giudice può trarre elementi utili a valutare se quella volontà sia, in verità, dettata da ragioni di convenienza della prova quale espediente processuale ottimale volto alla rapida fuoriuscita dal circuito penale con l'aggiunta di una promessa di impunità. Ed è facile intuire che in entrambi i casi il percorso alternativo debba essere negato in ossequio all'aspirazione special-preventiva dell'istituto che non può non fondarsi che su una reale autodeterminazione dell'imputato. Ad ogni modo, è alla luce delle evidenze emerse in sede di contraddittorio che il giudice – ricorrendo ancora una volta ai criteri di commisurazione della pena (art. 133 Cp) – potrà esprimere un giudizio positivo sull'evoluzione della personalità dell'imputato e sull'idoneità del trattamento e pronunciarsi con ordinanza sull'applicazione della misura di *diversion*.

Il legislatore delegato non aggiunge nient'altro. E infatti, sebbene non scritto, da quel momento in avanti – quale che sia il modulo procedimentale seguito per accedere alla M.A.P. – la procedura dovrebbe seguire le regole già esistenti (artt. 464-*quater* e ss.), con la presa in carico da parte dell'U.E.P.E. e l'avvio del *probation* che genererà conseguenze dirette sull'accertamento penale e sulla relativa sanzione¹²⁶ quando l'imputato abbia compiutamente (e fruttuosamente) percorso l'*iter* alternativo alla pena prevista dalla cornice edittale.

Ci si ferma qua. Le considerazioni appena svolte su meccanismi che dovranno essere attentamente studiati nella loro dimensione pratico-operativa non possono che essere spunti per una riflessione più approfondita; spunti che di certo si possono valorizzare nel contesto del modello "efficientistico"¹²⁷ a cui ha voluto puntare la riforma Cartabia e nel tentativo – apprezzabile anche in questo caso – di armonizzare l'auspicata diminuzione del numero dei dibattimenti di primo grado con il mutamento (altrettanto auspicato) di paradigma dell'intervento punitivo classico¹²⁸.

Questo è sicuramente l'intento: s'intravede l'idea di non rendere eccessivamente complessa la dimostrazione processuale delle condizioni su cui la M.A.P. si basa. Ed è indubbiamente un'idea moderna che trasforma il momento processuale in un intermezzo verso la direzione di un arretramento della pena intesa in termini tradizionali e di una valorizzazione del momento conciliativo e dell'esito riparativo in senso ampio.

È, al contempo, un'idea, che – come appena verificato – non può trovare un'esatta e costante corrispondenza nell'itinerario semplificato pensato dal legislatore. Si dà per scontata la possibilità di regolare in modo meccanicistico questa tappa del processo di "traghetamento" verso l'uscita dal circuito penale, irreggimentando spazi in cui, però, opera un inevitabile presupposto il cui

¹²⁶ In argomento, P. Maggio, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022. Parte II*, cit., 5.

¹²⁷ M. Daniele, *La riforma Cartabia del processo penale: pretese algoritmiche ed entropia sistemica*, in www.sistemapenale.it, 17.7.2023, 20.

¹²⁸ M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 255

accertamento è e rimane difficilmente ponderabile in termini precisi. Si allude, come intuibile, all'autenticità del consenso. Certo, dalla volontà dell'imputato non discende un automatismo applicativo; tant'è che sono proprio i dubbi sulla consistenza della componente volontaristica di adesione al programma di trattamento a consentire al giudice di abbandonare l'*iter* normale di esame della richiesta di M.A.P. a favore dell'opportunità, sancita a livello normativo, di una interlocuzione con i soggetti interessati, al fine di escludere il rischio che il *probation* cali all'interno del processo penale per ragioni squisitamente economicistiche piuttosto che come naturale veicolo per un preciso e convinto obiettivo di riparazione e di soluzione del conflitto¹²⁹. Ecco quindi che il problema scivola verso soluzioni che inevitabilmente complicano e rallentano invece di snellire.

Le novelle previsioni lasciano trasparire pertanto il disagio del legislatore di fronte alla necessità di coordinare l'imprescindibile gestione *ex auctoritate* della M.A.P. nel suo segmento giurisdizionale con la necessaria immanenza della componente volontaristica che deve sostenere la prova in ogni aspetto della disciplina come elemento sintomatico della razionale adesione al progetto riparatorio e non come mero presupposto che condiziona *ex se* lo sviluppo procedimentale¹³⁰.

La sensazione, dunque, è che quel legislatore, consapevole di penetrare in un territorio in cui la manifestazione di volontà si pone in stridente contrasto con alcuni capisaldi (ritenuti) intangibili del sistema penale, nel disciplinare gli aspetti processuali della M.A.P. non sia riuscito ad attuare i propri propositi in modo sufficientemente deciso, ma abbia assunto un atteggiamento prudente, adottando alcune inevitabili soluzioni di compromesso, suscettibili di indebolire l'impatto concreto del rito *de quo* implementato sul sistema di giustizia penale.

Certo, è tutto da dimostrare; tuttavia già oggi non mancano opinioni che ridimensionano la portata che le novità processuali appena esaminate possono produrre sul sistema della M.A.P. Così, se taluno¹³¹, statistiche alla mano¹³², con atteggiamento flessibile intravede e supporta, nella prassi futura, un auspicabile incremento delle proposte del P.M. all'atto della conclusione delle indagini a fronte della bassa percentuale finora rilevata di istanze depositate dall'indagato *ex art. 464-ter* Cpp, viceversa vi è anche chi riflettendo sul potenziale del nuovo art. 464-ter.1 Cpp ridimensiona la valenza innovativa e l'importanza di un sollecito di M.A.P. contestuale all'avviso di conclusione delle indagini, riducendone l'impatto in termini di incremento significativo delle richieste di prova da parte degli imputati «p[otendosi] in fondo immaginare che chi vi aderirà in que[l] momento avrebbe formulato la propria richiesta più avanti, senza dover nemmeno necessitare di un *placet* formale della parte pubblica»¹³³.

¹²⁹ Sottolinea questo rischio anche A. Ciavola, *La lenta affermazione della Giustizia riparativa*, cit., 46.

¹³⁰ Si veda V. Bonini, *La progressiva sagomatura*, cit., 20, che, assunta come termine di paragone la disciplina del patteggiamento, efficacemente sottolinea il differente valore che l'elemento volontà assume nella M.A.P.

¹³¹ M. Miraglia, *La sospensione del procedimento con messa alla prova dopo la riforma Cartabia*, cit., 52.

¹³² Il riferimento è, da ultimo, ai dati riportati nella *Relazione sullo stato di attuazione delle disposizioni in materia di messa alla prova dell'imputato (anno 2021)*, 5 ss.

¹³³ Così A. Cabiale-S. Quattrocchio, *Un filtro più potente precede un bivio più netto*, cit., per i quali il vantaggio che ci si può effettivamente attendere dal nuovo art. 464-ter.1 Cpp è invero un altro, nel senso che «l'iniziativa dell'accusa, più che orientare la difesa verso una soluzione altrimenti ignorata, potrebbe invece convincerla ad accedervi prima di quanto avrebbe fatto in precedenza», di talché «l'effetto deflattivo deriverà, nella maggior parte di casi, dalla mancata instaurazione dell'udienza preliminare, o del dibattimento, sedi in cui la messa alla prova sarebbe stata un tempo richiesta».

LAVORO MINORILE, SFRUTTAMENTO DEL LAVORO, MALTRATTAMENTI, RIDUZIONE IN SCHIAVITÀ O SERVITÙ E LE PECULIARI QUESTIONI RELATIVE ALL'ACCATTONAGGIO CON MINORI: INCERTEZZE E AMBIGUITÀ, PROSPETTIVE *DE IURE CONDITO* E *DE IURE CONDENDO*

di Andrea Di Landro (*Ordinario di Diritto penale, Università "Kore" – Enna*)

Il presente contributo, partendo da un'analisi critica della normativa extracodicistica in tema di lavoro minorile, si propone di ricostruire in modo organico il più ampio e complesso quadro normativo in argomento, quadro che vede l'intersecarsi di diversi illeciti, da quelli amministrativi, ai reati contravvenzionali *ex l. 977/1967*, alle ipotesi delittuose rappresentate dai reati di sfruttamento del lavoro (eventualmente aggravato dalla violenza o minaccia), maltrattamenti, riduzione o mantenimento in schiavitù/servitù e tratta. Il contributo cerca di delineare i confini tra tali reati e di affrontare in prospettiva *de iure condito* e *de iure condendo* i principali problemi emergenti al riguardo, ed in particolare con vittime minorenni. Il presente studio si propone di trattare anche il tema specifico dell'accattonaggio con minori, che pone questioni e responsabilità peculiari: il *climax* degli strumenti di tutela da prendere in considerazione a tal proposito è rappresentato non solo dalle citate fattispecie penali di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, e maltrattamenti, ma anche dai meno gravi reati di impiego di minori nell'accattonaggio, accattonaggio molesto o fraudolento, oltre che dai provvedimenti municipali a tutela della sicurezza urbana ai sensi del TUEL e dalle misure di prevenzione *ex d.lgs. 159/2011*.

This paper, starting from a critical analysis of the Italian extra-*codicem* regulations on child labour, proposes to reconstruct in an organic manner the broader and more complex regulatory framework on the subject, a framework that sees the intersection of different offences, from administrative offence, to misdemeanors pursuant to Law 977/1967, to the delicts represented by the offences of labour exploitation (possibly aggravated by violence or threats), mistreatment, slavery/servitude and trafficking. The paper seeks to delineate the boundaries between these offences and to address, at the current state of the legislation and in prospect of reform, the main problems emerging in this regard, and in particular with child victim. This study also aims to address the specific issue of begging with minors, which poses peculiar questions and responsibilities: the *climax* of the protection instruments to be considered in this regard is represented not only by the aforementioned offences of slavery/servitude and mistreatment, but also by the less serious offences of employing minors in begging, harassing or fraudulent begging, as well as by the municipal measures to protect urban security under the TUEL and the prevention measures under d.lgs. 159/2011.

SOMMARIO: 1. Statistiche relative all'Italia e ad altri Paesi. Cause, conseguenze e rischi del lavoro minorile. Una strategia complessiva ed integrata di contrasto. Il quadro normativo, tra diritto penale e amministrativo: introduzione - 2. La disciplina penale extra-codicistica sul lavoro minorile del 1967 e le successive modifiche, espresse ed implicite, di tale normativa (d. lgs. 345/1999, l. 296/2006 e d.l. 69/2013). Criticità e prospettive *de iure condito* e *de iure condendo* - 3. La normativa codicistica. Il delitto d'intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603 *bis* Cp) ed il suo problematico rapporto coi reati extra-codicistici in tema di lavoro minorile; gli indici e la loro diversa pregnanza o "forza connotativa"; indici di sfruttamento specificamente ritagliati sul lavoro minorile? la questione del consenso della vittima... - 4. (segue)...lo «stato di bisogno» nello sfruttamento del lavoro, la sua complessa interpretazione e la questione dello «stato di bisogno» dei minorenni; il rapporto con la categoria della vulnerabilità... - 5. (segue)...l'«approfittamento»; la questione del lavoro minorile

svolto nel contesto familiare - 6. Il delitto di sfruttamento del lavoro aggravato dalla violenza o dalla minaccia ed il suo problematico rapporto col più grave delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù/servitù. Il concetto, di matrice convenzionale, di lavoro forzato od obbligatorio; il lavoro forzato minorile. La possibile incongruenza della normativa italiana; soluzioni *de iure condito* e *de iure condendo* - 7. (segue)...in particolare, il soggetto passivo minorenni, tra sfruttamento del lavoro aggravato dalla violenza o minaccia, e riduzione o mantenimento in schiavitù/servitù; le questioni della percezione della propria condizione da parte della vittima e della possibile rilevanza, a favore del reo, del fattore culturale - 8. (segue)...la riduzione o il mantenimento in schiavitù/servitù di minorenni in assenza di violenza o minaccia. La cessione di minori. L'elemento dello sfruttamento. La posizione del soggetto cessionario e la più complessa posizione del soggetto cedente. L'anticipazione della tutela offerta dal reato di tratta. - 9. L'applicabilità della legge penale italiana ai fatti di sfruttamento del lavoro e alle pratiche di schiavitù e di tratta commesse all'estero. La responsabilità delle persone fisiche e delle persone giuridiche. Prospettive *de iure condendo*: il reato di "ricorso consapevole" ai servizi prestati da persona vittima di lavoro forzato, servitù, schiavitù, sfruttamento di attività illecite; i doveri di verifica preventiva da parte delle imprese - 10. Il reato di maltrattamenti. La para-familiarità. L'evento. Il ruolo dei fattori culturali. Ipotesi di confine, tra riduzione in schiavitù, maltrattamenti ed altre meno gravi forme di responsabilità penale. Il tema specifico dell'accattonaggio con minori - 11. (segue)...il tema specifico dell'accattonaggio con minori: tra le fattispecie di riduzione o mantenimento in schiavitù/servitù, maltrattamenti, impiego di minori nell'accattonaggio, esercizio molesto o fraudolento dell'accattonaggio e gli strumenti amministrativi di controllo sociale (provvedimenti municipali a tutela della sicurezza urbana e misure di prevenzione) - 12. (segue)...L'accattonaggio e le risposte di natura amministrativa. I provvedimenti contingibili e urgenti del Sindaco, quale ufficiale del Governo *ex art. 54 TUEL*, e quale rappresentante della comunità locale *ex art. 50 co. 5 TUEL*. I regolamenti comunali *ex art. 50 co 7-ter TUEL*. Le innovazioni ed i limiti del decreto c.d. "Minniti" - 13. (segue)...l'applicabilità delle misure di prevenzione personali *ex d. lgs. 159/2011*?

1. Il lavoro minorile appare un fenomeno in preoccupante crescita negli anni recenti. Lontano dai riflettori, e tuttavia molto diffuso, secondo le più recenti indagini¹, anche nel nostro Paese (come si vedrà *infra* alla luce di alcuni dati statistici), tale fenomeno non solo mette in pericolo i beni della salute e del benessere psicofisico dei minori, ma può compromettere, o peggio interrompere il loro percorso di apprendimento e sviluppo, e così alimentare un circolo vizioso di povertà ed esclusione, anche in età adulta; studi recenti sottolineano anche le relazioni tra lavoro minorile e coinvolgimento nel circuito della giustizia minorile.

I dati raccolti dall'*International Labour Organization* (Organizzazione Internazionale del Lavoro, d'ora in poi *ILO*²) evidenziano che i progressi realizzatisi dagli anni '90 in poi, nel contrasto al lavoro minorile, paiono essersi arrestati, a livello globale, a far data dal 2016: dal 2016 al 2020, il numero dei bambini e degli adolescenti (concetto che, nel nostro sistema giuridico, è da riferire al minore che ha compiuto quindici anni e non è più soggetto all'obbligo scolastico) coinvolti in diverse forme di lavoro minorile, anche pericoloso, è significativamente aumentato, non solo nei Paesi in cui tale fenomeno è in proporzione più diffuso (Africa subsahariana e Africa in generale, Asia e Pacifico), ma anche in altre zone, in cui tale fenomeno, pur meno diffuso in termini assoluti, ha visto segnare

¹ V. Save the Children, *Non è un gioco. Indagine sul lavoro minorile in Italia*, Roma 2023, 64 ss., cui si rinvia per una puntuale rassegna di dati statistici, alcuni dei quali saranno riportati anche nel presente contributo; K. Scannavini – A. Teselli (a cura di), *Game over. Indagine sul lavoro minorile in Italia*, Roma 2014.

² Nota anche con l'acronimo OIL, è un'agenzia specializzata dell'ONU, volta a promuovere i principi fondamentali e i diritti sul lavoro, opportunità di lavoro dignitose, il rafforzamento della protezione sociale e il dialogo sociale sulle questioni inerenti al lavoro.

un incremento maggiore, a livello percentuale, negli anni recenti (in Europa e Asia centrale, il lavoro minorile dal 2016 al 2020 appare essere cresciuto di quasi il 50%). Si tratta di una realtà riguardante non solo i Paesi del Sud del Mondo, ma anche i Paesi industrializzati³, in cui si vanno estendendo sacche di povertà ed emarginazione. La pandemia da covid 19 sembra aver contribuito al peggioramento della situazione negli anni 2020-2022, avendo determinato un'estensione di tali situazioni di povertà ed un aumento dell'abbandono scolastico⁴. E la crisi economica ed energetica, legata anche al conflitto in Ucraina, può verosimilmente far crescere ulteriormente il numero di minori che intraprendono percorsi lavorativi prima dell'età minima, accettando anche condizioni di sfruttamento, per far fronte ai bisogni economici delle famiglie⁵.

Va detto che la povertà è non solo causa, ma anche effetto del lavoro minorile, potendosi assistere a tal riguardo allo sviluppo di un circolo vizioso: la compromissione o interruzione dei percorsi educativi non permette infatti l'acquisizione di un titolo di studio o l'investimento in competenze che possano favorire una buona occupazione, e dunque il lavoro minorile contribuisce al mantenimento delle ineguaglianze, a perpetuare condizioni di povertà, anche per le generazioni future.

Lo sfruttamento rimane ad ogni modo un fenomeno nascosto, invisibile, e tale invisibilità è favorita dagli interessi economici e, in molti Paesi, pure europei, anche dagli interessi politici, in particolare in tempi di crisi⁶.

Con specifico riferimento all'Italia, i dati statistici più noti fino a qualche mese fa risalivano ad un'indagine del 2014 ed erano di 260.000 lavoratori infra-sedicenni⁷, ancora soggetti all'obbligo scolastico (innalzato da quindici a sedici anni con la l. 27.12.2006 n. 296, c.d. l. finanziaria 2007, art. 1 co. 622), e dunque in età non lavorativa. Secondo una nuova indagine del 2023, il dato dei minorenni di età compresa tra i sette e i quindici anni che hanno avuto esperienze lavorative è notevolmente cresciuto, arrivando ad una stima di 336.000, ovvero il 6,8% della popolazione di quell'età⁸.

Un quattordicenne-quindicenne su cinque (20%) svolge o ha svolto un'attività lavorativa prima dell'età legale consentita. Tra i quattordici-quindicenni che lavorano, il 27,8% (circa 58.000 minorenni) ha svolto lavori particolarmente dannosi per il proprio sviluppo educativo e per il benessere psicofisico, lavori in orari notturni, o ancora svolti in maniera continuativa durante il periodo scolastico⁹.

La crisi economica, l'aumento della povertà – si contano ad oggi, in Italia, 1 milione 382 mila minori che vivono in condizioni di povertà, il 14,2% del totale – e grandi sfide globali come le migrazioni rischiano di far crescere ancora il numero di minori che svolgono attività lavorative, prima dell'età legale consentita, spingendone molti anche verso le forme più intense di sfruttamento, anche dietro costrizioni. Il mancato inserimento in percorsi scolastici e la mancata intercettazione di tali soggetti da parte dei servizi sociali espone alle forme peggiori di sfruttamento, quando non all'immissione dei minori in circuiti criminali (spaccio di droga e/o furti *in primis*); con una particolare criticità relativamente ai minori stranieri che non possiedono adeguate competenze in lingua italiana¹⁰.

Un dato importante è frutto di una recente indagine svolta attraverso i Servizi della Giustizia Minorile: quasi il 40% dei minori e giovani adulti presi in carico dai Servizi della Giustizia Minorile ha

³ V. R. C. Akhtar, C. Nyamutata, *International Child Law*, Abingdon 2020, 275.

⁴ V. International Labour Organization, *Lavoro minorile. Stime globali 2020, tendenze e percorsi per il futuro*, in ilo.org; Id, *General observation on the application of the Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182), Adopted by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) at its 91° session (Nov-Dec. 2020)*, *ivi*; C. Foressi, L. Costa, C. Morano, *Child labour and family dynamics*, *ivi*, 4.

⁵ V. Save the Children, *op. cit.*, 58.

⁶ V. l'accurato rapporto dell'Agenzia dell'Unione Europea per i diritti fondamentali, European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Severe labour exploitation: workers moving within or into European Union. States' obligations and victims' rights*, 2015, 45, con particolare riferimento a Portogallo, Spagna e Grecia.

⁷ K. Scannavini – A. Teselli (a cura di), *op. cit.*, *passim*.

⁸ V. Save the Children, *op. cit.*, 20.

⁹ V. Id, *op. cit.*, 26.

¹⁰ V. Id, *op. cit.*, 41 ss.

affermato di aver svolto attività lavorative prima dell'età legale consentita; il 62,4% di questi ha dichiarato di aver lavorato più o meno tutti i giorni; ed anche molti di coloro che non svolgevano l'attività lavorativa con questa assiduità dichiarano di aver avuto difficoltà nel conciliare tale impegno con la scuola e lo studio¹¹: il lavoro prima dell'età consentita sembra dunque un fenomeno, per i ragazzi inseriti nei percorsi di giustizia minorile, particolarmente significativo, anche per la quantità di tempo dedicato a tale tipo di esperienza.

L'aver vissuto, da parte di questi minori, l'esperienza del lavoro in nero, in condizioni spesso vessatorie, pare avvantaggiare la criminalità organizzata in cerca di manovalanza da reclutare per le proprie attività illecite¹².

Nel quadro dei Paesi europei, l'Italia si colloca al poco invidiabile terzo posto con riferimento all'evasione dell'obbligo scolastico, fenomeno anch'esso strettamente connesso al lavoro minorile: secondo i più recenti dati disponibili in materia, relativi all'anno 2021 (fonte Eurostat), il 12,7% dei giovani tra i diciotto e i ventiquattro anni ha completato al massimo la scuola media e non è coinvolto in percorsi formativi di livello superiore, obbligatori nel nostro Paese per almeno un triennio, ai sensi della l. n. 296/2006, art. 1 co. 622¹³; dati peggiori si registrano solo in Romania (tasso di abbandono scolastico precoce: 15,3%) e Spagna (13,3%).

Nel nostro ordinamento, i soggetti infra-quindecenni o ancora soggetti all'obbligo scolastico (*i.e.* i «bambini») possono essere impiegati unicamente «in attività lavorative di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario e nel settore dello spettacolo, purché si tratti di attività che non pregiudicano la sicurezza, l'integrità psicofisica e lo sviluppo del minore, la frequenza scolastica o la partecipazione a programmi di orientamento o di formazione professionale» (art. 4 co. 2 l. 17.10.1967, n. 977¹⁴); e purché tale particolare impiego lavorativo dei soggetti in questione sia autorizzato dalla direzione provinciale del lavoro, «previo assenso scritto dei titolari della potestà genitoriale».

Forme lecite di lavoro minorile in Italia sono, dunque, possibili solo per il soggetto che ha compiuto i sedici anni, oltre che per i soggetti più giovani in quest'ultima particolare tipologia di impiego sopraccitata.

Il lavoro minorile illecito è sanzionato in via amministrativa o penale.

Più facile ricostruire il quadro degli illeciti amministrativi in materia.

Gli strumenti penali di contrasto al lavoro minorile sono invece rappresentati da un coacervo di ipotesi di reato, stratificatesi nel tempo, disomogenee, non ben coordinate le une con le altre, e che non sembrano offrire un quadro organico e adeguato di tutela. Sembra profilarsi un disallineamento con le più aggiornate indicazioni internazionali, che con riferimento al lavoro minorile richiedono di innalzare, anche in sede penale, gli standard normativi di tutela e le capacità concrete del sistema-giustizia di assicurare tali tutele¹⁵.

L'attuale molteplicità degli illeciti, amministrativi e penali, che si intersecano gli uni con gli altri in tale materia, va a detrimento della chiarezza e della consapevolezza relative a tale fenomeno,

¹¹ V. Save the Children, *op. cit.*, 66 ss.

¹² V. Id, *op. cit.*, 71, 80. È, poi, appena il caso di rilevare che, anche al di fuori dei contesti di criminalità organizzata, sembra potersi assistere negli ultimi anni ad un generale abbassamento dell'età degli autori di reato, che si traduce, in alcuni casi, anche in un incremento delle segnalazioni di minori infra-quattordicenni ai Servizi da parte delle Procure.

¹³ Ai sensi dell'art. 1 co. 622, della l. n. 296/2006 (c.d. finanziaria 2007), «L'istruzione impartita per almeno dieci anni è obbligatoria ed è finalizzata a consentire il conseguimento di un titolo di studio di scuola secondaria superiore o di una qualifica professionale di durata almeno triennale entro il diciottesimo anno di età. L'età per l'accesso al lavoro è conseguentemente elevata da quindici a sedici anni».

¹⁴ Su tale legge, nonché per una ricostruzione storica della normativa penale in tema di lavoro minorile, v. V. Valentini, *Lavoro dei minori e femminile, lavoro notturno, apprendistato*, in *Il diritto penale del lavoro*, a cura di Mazzacava – E. Amati, VI Commentario *Diritto del lavoro*, diretto da F. Carinci, Torino 2007, 288 ss.

¹⁵ V. il recente documento congiunto, International Labour Organization (ILO) – Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), International Organization for Migration (IOM) – United Nations Children's Fund (UNICEF), *Ending child labour, forced labour and human trafficking in global supply chains*, 2019, 58.

caratterizzato da forme innegabilmente differenti, che sembra tuttavia opportuno sistematizzare entro un quadro più semplice ed organico, onde evitare l'attuale rischio di polverizzazione-dispersione in una miriade di possibili "rivoli" teorico-applicativi.

È bene chiarire sin da subito che un'efficace risposta nei confronti del lavoro minorile non può essere affidata solo a norme penali e/o amministrative. Occorre, a tal proposito, una strategia complessiva ed integrata di contrasto¹⁶: essa richiede elevati standards legali di tutela, non solo sul piano penale e amministrativo, ma anche sul piano lavoristico, con riferimento al lavoro degli adulti e dei minori in età lavorativa (libertà di associazione dei lavoratori, assenza di discriminazioni e di sfruttamento, ecc.), giacché recenti indagini a livello internazionale sembrano avere individuato una stretta connessione tra radicamento del lavoro minorile e violazione di altri fondamentali diritti dei lavoratori¹⁷. Tale strategia complessiva ed integrata, poi, richiede anche un sistema educativo di qualità¹⁸, all'insegna dell'inclusione e dell'uguaglianza; ed infine, adeguati strumenti di protezione sociale, che svolgano, da un lato, una funzione preventiva nei confronti del lavoro minorile, e dall'altro, una funzione rimediale¹⁹. Sanzionare gli sfruttatori è necessario, ma evidentemente non sufficiente: occorrono anche servizi di supporto alle vittime, in termini di possibilità di effettivo reinserimento e di supporto educativo²⁰.

Se adeguate tutele legali, da sole, non sono sufficienti ad eliminare il lavoro minorile, un livello inadeguato di tutela legale, tuttavia, rappresenta certamente uno dei fattori che contribuiscono a tale pernicioso fenomeno; il lavoro minorile, dunque, non può essere eliminato senza efficaci risposte a livello normativo.

Un adeguato assetto normativo deve essere logicamente accompagnato anche dalla capacità, a livello istituzionale, di vigilare e far rispettare la normativa. Recenti studi internazionali segnalano come le riforme legislative introdotte, nei vari Paesi, per contrastare le forme di sfruttamento lavorativo non siano spesso sorrette da un'adeguata capacità istituzionale nell'implementarle²¹. In Italia, come in altri Paesi europei²², i sistemi ispettivi nel contesto lavorativo sono piuttosto deboli, per via di inadeguate capacità e dotazioni finanziarie²³. Inoltre, anche quando tali sistemi ispettivi esistono, essi raramente raggiungono i luoghi dell'economia informale, dove si svolge la maggior parte del lavoro minorile.²⁴

I seguenti dati sembrano evidenziare come, nel nostro Paese, l'attività ispettiva condotta dagli organi preposti paia intercettare solo una piccola parte del lavoro minorile sommerso: nel 2019, i casi

¹⁶ V. ILO, *Ending child labour by 2025: A review of policies and programmes*, Ginevra 2018, 5.

¹⁷ V. ILO – OECD – IOM – UNICEF, *Ending child labour*, cit., 33; ILO, *Ending*, cit., 11.

¹⁸ Sul punto v. Amnesty International – Coordinamento Bambini/Minori, *Sfruttamento del lavoro minorile*, 2014, in *amnesty.it*

¹⁹ Sugli strumenti rimediali attivabili a livello sociale, v. ILO – OECD – IOM – UNICEF, *Ending child labour*, op. cit., 70; con riferimento alla protezione ed all'assistenza delle vittime di sfruttamento lavorativo, recentemente, cfr. F. Delvecchio, *L'efficacia della strategia anti-caporalato a cinque anni dalla l. n. 199/2016*, in *SP* 2022, 38 ss.

²⁰ V. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Severe labour exploitation: workers moving within or into the European Union. States' obligations and victims' rights*, Vienna 2015, 41, dove si suggerisce di collocare le vittime in diverse regioni, così da creare un'adeguata distanza fisica dagli sfruttatori o dalle loro reti.

²¹ V. ILO – OECD – IOM – UNICEF, *Ending child labour*, cit., 34; R.C. Akhtar, C. Nyamutata, op. cit., 325. Spesso l'adeguamento agli standard normativi è promosso attraverso l'intervento di organizzazioni non governative o intergovernative.

²² Il tema della limitatezza delle risorse umane e materiali impiegate per le attività ispettive, con riferimento alla situazione di Paesi come Germania, Grecia, Polonia, Slovacchia e Regno Unito, è preso in considerazione da European Union Agency for Fundamental Rights, *Severe labour exploitation*, cit., 65.

²³ V. International Labour Organization (ILO) - Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) – International Organisation for Migration (IOM) – United Nations Children's Fund (UNICEF), *Ending child labour, forced labour and human trafficking in global supply chains*, 2019, in *ilo.org*, 18.

²⁴ V. ILO, *Ending*, cit., 11.

accertati di occupazione irregolare di minori di età inferiore ai sedici anni sono stati 243, e nel 2020 solamente 127²⁵.

Oltre ad una maggiore quantità di risorse volte a potenziare l'attività ispettiva, anche rendere più efficaci il coordinamento e la collaborazione tra ispettorati del lavoro, forze di polizia, organizzazioni di supporto delle vittime e sistema della giustizia penale rappresenta una delle indicazioni maggiormente caldegiate dagli organismi internazionali²⁶.

Passando ad osservare il quadro normativo italiano, gli illeciti amministrativi in tema di lavoro minorile sono sei; sembra qui opportuno tratteggiarli rapidamente, soprattutto al fine di delimitare i confini tra la disciplina sanzionatoria amministrativa e quella (più ampia e complessa) penale in argomento:

1. con riferimento alla visita medica preventiva e periodica, la mancata comunicazione al datore, al lavoratore ed ai titolari della potestà genitoriale del giudizio sull'idoneità/inidoneità del minore al lavoro (art. 8 co. 6 l. n. 977/1967);
2. in tema di lavoro notturno, la violazione della disposizione secondo cui a tale tipologia di lavoro possono essere adibiti solo «gli adolescenti che hanno compiuto 16 anni», «eccezionalmente e per il tempo strettamente necessario, [...] quando si verifica un caso di forza maggiore che ostacola il funzionamento dell'azienda, purché tale lavoro sia temporaneo e non ammetta ritardi, non siano disponibili lavoratori adulti e siano concessi periodi equivalenti di riposo compensativo entro tre settimane. Il datore di lavoro deve dare immediata comunicazione alla direzione provinciale del lavoro indicando i nominativi dei lavoratori, le condizioni costituenti la forza maggiore, le ore di lavoro» (art. 17 co. 2 della stessa legge);
3. in tema di orario di lavoro, l'adibire adolescenti «al trasporto di pesi per più di 4 ore durante la giornata, compresi i ritorni a vuoto» (art. 19 co. 1), o «a lavorazioni effettuate con il sistema dei turni a scacchi; ove questo sistema di lavorazione sia consentito dai contratti collettivi di lavoro, la partecipazione dei bambini e degli adolescenti può essere autorizzata dalla Direzione provinciale del lavoro» (art. 19 co. 2).
4. in tema di riposi intermedi, il mancato rispetto di un'interruzione obbligatoria dell'orario di lavoro per «un riposo intermedio della durata di un'ora almeno», «qualora l'orario di lavoro giornaliero superi le 4 ore e mezza» (art. 20 co. 1); ora di riposo intermedio che può, invero, essere anche ridotta a mezz'ora dai contratti collettivi (art. 20 co. 2).
5. con riferimento ai bambini (definiti normativamente come infra-quindicenni o minori che hanno già compiuto i quindici anni ma sono comunque ancora soggetti all'obbligo scolastico), l'impiego in assenza di autorizzazione della direzione provinciale del lavoro «in attività lavorative di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario e nel settore dello spettacolo, purché si tratti di attività che non pregiudicano la sicurezza, l'integrità psicofisica e lo sviluppo del minore, la frequenza scolastica o la partecipazione a programmi di orientamento o di formazione professionale» (art. 4 co. 2);
6. con riferimento agli adolescenti (minori che hanno compiuto quindici anni e non sono più soggetti all'obbligo scolastico), lo svolgimento, in assenza di autorizzazione preventiva della direzione provinciale del lavoro, di attività pericolose (elencate all'allegato I della l. n. 977/1967), «fatta eccezione per gli istituti di istruzione e di formazione professionale» (art. 6 co. 3).

La sanzione, in tutti i sei casi di cui sopra, è quella amministrativa pecuniaria, fino a cinque milioni delle vecchie lire (importi da convertire ovviamente in euro); il minimo edittale non è indicato con riferimento agli illeciti succitati ai punti 5 e 6, mentre è un milione di lire per le altre quattro ipotesi.

²⁵ V. Fondazione Studi Consulenti del Lavoro, *Il lavoro minorile in Italia. Caratteristiche e impatto sui percorsi formativi e occupazionali*, 2020, in *consulentidellavoro.fc.it*, nota 1.

²⁶ V. European Union Agency for Fundamental Rights, *Severe labour exploitation*, cit., 70 s.

Da un'angolazione politico-criminale, non appare chiaro il criterio di selezione tra area amministrativa e area penale: accanto a violazioni amministrative che sembrano avere natura tendenzialmente più formale, quali la mancata comunicazione dell'esito della visita medica preventiva e periodica (n. 1 *supra*), figurano inosservanze che sembrano poter rappresentare un pericolo concreto per gli interessi della sicurezza, dell'integrità psicofisica, della formazione scolastica e/o dello sviluppo del minore, quali lo svolgimento da parte degli adolescenti di attività pericolose non autorizzate (n. 6 *supra*), così come la violazione della disciplina in tema di lavoro notturno o di riposi intermedi.

Passando all'esame della normativa penale in tema di lavoro minorile, la complessità della ricostruzione del quadro dei reati in materia deriva dal fatto che alcune ipotesi sembrano sovrapporsi le une con le altre, già all'interno della legge del 1967 (che annovera ben quindici ipotesi di reato); e soprattutto dal fatto che al contrasto del lavoro minorile concorrono anche altre, ben più gravi, ipotesi codicistiche, in un *climax* crescente di gravità, dal delitto di sfruttamento del lavoro *ex art. 603 bis Cp*, a quello di maltrattamenti *ex art. 572 Cp*, per finire con la riduzione in schiavitù/servitù *ex art. 600 Cp*; ipotesi alle quali può aggiungersi la specifica fattispecie dell'impiego di minori nell'accattonaggio *ex art. 600 octies Cp*, oltre ad altre fattispecie, penali ed amministrative, volte specificamente a contrastare l'accattonaggio con minori, molesto o fraudolento, o che impedisca l'accesso e la fruizione di determinati luoghi urbani (v. *infra*, parr. 12-13): e i confini tra tali ipotesi, sul piano teorico ed anche alla luce delle applicazioni giurisprudenziali, non appaiono chiari.

2. La normativa extra-codicistica del 1967 prevede una vasta, e già non ben coordinata all'interno di tale atto legislativo, congerie di reati, suddivisi nel quadro dell'art. 26 essenzialmente in due commi, dedicati, da un lato, alle ipotesi più gravi (co. 1), sanzionate con pena esclusivamente detentiva; dall'altro lato, alle ipotesi meno gravi (co. 2), sanzionate con pena alternativa; con un'ultima disposizione di natura penale consistente in una circostanza attenuante ad effetto speciale (co. 6), applicabile a tre dei reati ivi disciplinati, e nello specifico al soggetto che, rivestito di autorità o incaricato della vigilanza sul minore, consenta l'avvio di quest'ultimo al lavoro nelle ipotesi illecite ivi previste.

Volendo utilizzare un criterio di sistematizzazione degli illeciti in ordine crescente di gravità (criterio che ci è parso più funzionale), e dunque iniziando dalle ipotesi sanzionate con pena alternativa, esse raggiungono il numero di dodici, tutte raggruppate all'interno della medesima disposizione, costruita con la poco funzionale tecnica del rinvio, tipica di una normativa speciale caratterizzata da assoluta accessorietà al diritto amministrativo; mentre quelle sanzionate con pena esclusivamente detentiva sono tre, anch'esse del tutto prive di coordinate autonomamente penalistiche.

Un'"amministrativizzazione" della disciplina penale, una proliferazione di reati ed un'espansione della normativa penale stessa; in tendenziale contrasto coi fondamentali principi penalistici di *extrema ratio* e tassatività.

Sembra il caso di cominciare con l'ipotesi della violazione dei requisiti di età e d'istruzione.

L'art. 3 della citata legge sul lavoro minorile del 1967 prevede che «L'età minima per l'ammissione al lavoro è fissata al momento in cui il minore ha concluso il periodo di istruzione obbligatoria e comunque non può essere inferiore ai 15 anni compiuti»; ma tale disposizione non sembra coordinarsi con la più recente l. n. 296/2006 (c.d. finanziaria 2007), art. 1 co. 622, ove si dispone che «L'istruzione impartita per almeno dieci anni è obbligatoria ed è finalizzata a consentire il conseguimento di un titolo di studio di scuola secondaria superiore o di una qualifica professionale di durata almeno triennale entro il diciottesimo anno di età. *L'età per l'accesso al lavoro è conseguentemente elevata da quindici a sedici anni*» (corsivo nostro).

Disposizione, quest'ultima, che evidentemente prevale in quanto più recente.

Con conseguente divieto di ammissione al lavoro dell'infra-sedicenne (come espressamente prevede il periodo finale della norma da ultimo citata), nonché del minore di età compresa tra sedici e diciotto anni che non abbia concluso il periodo di istruzione obbligatoria (a parte le peculiari ipotesi di «attività lavorative di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario e nel settore pubblicitario», consentite anche al di fuori dei requisiti di età e di istruzione, «previo assenso scritto dei titolari della potestà genitoriale» e previa autorizzazione della direzione provinciale del lavoro, «purché si tratti di attività che non pregiudicano la sicurezza, l'integrità psicofisica e lo sviluppo del minore, la frequenza scolastica o la partecipazione a programmi di orientamento o di formazione professionale»).

La *ratio* della disciplina sui requisiti di età e di istruzione è, principalmente, preservare il sano sviluppo intellettuale del minore, la sua identità personale e sociale, favorendo la crescita e la valorizzazione della persona nell'età evolutiva²⁷; prima ancora che tutelare l'integrità fisica del minore stesso.

La sanzione è, alternativamente, l'arresto fino a sei mesi o l'ammenda fino a dieci milioni di lire.

La fattispecie penale di cui sopra pare sovrapporsi, a seguito delle poco meditate modifiche apportate alla legge del 1967 con d. lgs. 4.8.1999 n. 345 (“Attuazione della direttiva 94/33/CE relativa alla protezione dei giovani sul lavoro”), con quella sul divieto di adibire bambini al lavoro *ex art.* 4 co. 1 della stessa legge n. 977/1967: quest'ultima fattispecie, nella sua attuale versione frutto delle modifiche del 1999, dispone che «È vietato adibire al lavoro i bambini, salvo quanto disposto dal comma 2»²⁸, e pare dunque ricalcare, sul piano del precetto, la fattispecie (vista sopra) *ex art.* 3 della stessa l. n. 977/1967, posto che, secondo la norma definitoria contenuta nella stessa l. n. 977/1967, si intende per «bambino: il minore che non ha ancora compiuto 15 anni di età o che è ancora soggetto all'obbligo scolastico» (art. 1 co. 2 l. n. 977/1967).

La fattispecie penale di cui all'art. 4 co. 1 della legge del 1967, pur avendo un contenuto precettivo quasi identico a quello della fattispecie *ex art.* 3 precedentemente analizzata, è tuttavia più grave di quest'ultima, essendo sanzionata con una pena esclusivamente detentiva (arresto fino a sei mesi), anziché alternativa (pena prevista dalla fattispecie *ex art.* 3 della l. del 1967); con tutto ciò che ne consegue anche ai fini dell'esperibilità della procedura c.d. di “regolarizzazione” di cui al capo II del d. lgs. 758/1994, procedura estintiva non ammessa per le contravvenzioni sanzionate con pena esclusivamente detentiva.

L'unica, molto limitata, area di applicabilità della meno grave fattispecie *ex art.* 3 (e dunque di inoperatività della fattispecie più grave *ex art.* 4 co. 1) parrebbe relativa al minore che, pur avendo solo quindici anni, non è più soggetto all'obbligo scolastico, avendo già completato il ciclo di istruzione obbligatoria, con l'ottenimento di una qualifica professionale (tesi frutto di un'interpretazione sistematica della l. 977/1967 e della più recente l. 296/1996, la quale prevede espressamente che «L'età per l'accesso al lavoro è [...] elevata da quindici a sedici anni»²⁹); se il minore non ha ancora compiuto quindici anni o li ha compiuti ma non ha ancora assolto l'obbligo scolastico pare infatti trovare applicazione la più grave fattispecie di cui all'art. 4 della stessa l. del 1967 (la quale utilizza il termine «bambino», definito normativamente come «minore che non ha ancora compiuto 15 anni di età o che è ancora soggetto all'obbligo scolastico»).

²⁷ Così, L. Tarasco, *Minori e lavoro: profili della tutela penale*, Napoli 2012, 91.

²⁸ Co. 2 dell'art. 4 della l. 977/1967, secondo il quale «La direzione provinciale del lavoro può autorizzare, previo assenso scritto dei titolari della potestà genitoriale, l'impiego dei minori in attività lavorative di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario e nel settore dello spettacolo, purché si tratti di attività che non pregiudicano la sicurezza, l'integrità psicofisica e lo sviluppo del minore, la frequenza scolastica o la partecipazione a programmi di orientamento o di formazione professionale».

²⁹ Sul generale divieto di lavoro degli infra-sedicenni e sul nesso tra art. 3 l. 977/1967 e art. 1 co. 622 l. 296/1996, cfr. Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale – Direzione generale per l'Attività Ispettiva, *Istruzioni operative al personale ispettivo: articolo 1, comma 622 della L. n. 296 del 2006 (Finanziaria 2007) – Età minima di accesso al lavoro*, in *olympus.uniurb.it* (Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza sul lavoro).

Altri tentativi di impostare differentemente il rapporto tra le due ipotesi criminose in oggetto non sembrano sortire esiti convincenti.

La soluzione della Circolare n. 86 del 2000 del Ministero del lavoro, Direzione Generale degli Affari Generali e del Personale – Divisione VII Coordinamento Ispezione del Lavoro, *Modifiche al sistema sanzionatorio in tema di part time, tutela della maternità e paternità, lavoro notturno e lavoro minorile. Chiarimenti operativi*, secondo cui «affinché la condotta criminosa [ex art. 3 l. del 1967] possa assumere autonoma rilevanza, occorre ritenere che gli estremi del reato siano integrati dall'ammissione al lavoro del minore che, pur avendo assolto all'obbligo scolastico, non ha ancora compiuto il quindicesimo anno d'età» pare, infatti, non più in linea con la successiva estensione ad un decennio (almeno) del ciclo di istruzione obbligatoria, operata con la succitata l. 296/1996, non sembrando possibile che un soggetto infra-quindicenne abbia già completato tale ciclo³⁰.

Procedendo con l'analisi dei reati in tema di lavoro minorile, anche con riferimento al lavoro del minore adolescente («adolescente» definito normativamente all'art. 1 co. 2 lett. b della l. del 1967 come il «minore di età compresa tra i 15 e i 18 anni di età e che non è più soggetto all'obbligo scolastico»), sono previste due distinte figure criminose: una meno grave, sanzionata con pena alternativa; ed una più grave, sanzionata con pena esclusivamente detentiva. Anch'esse, tuttavia, non chiaramente distinte nei loro presupposti applicativi.

La fattispecie meno grave è riferita ai lavori pericolosi (elencati all'Allegato I della l. del 1967), in linea generale vietati per gli adolescenti, ma che sono consentiti a questi ultimi laddove svolti con finalità formativa, (per citare la norma) «in deroga al divieto [...] per indispensabili motivi didattici o di formazione professionale e soltanto per il tempo strettamente necessario alla formazione stessa svolta in aula o in laboratorio adibiti ad attività formativa, oppure svolte in ambienti di lavoro di diretta pertinenza del datore di lavoro dell'apprendista, purché siano svolti sotto la sorveglianza di formatori competenti anche in materia di prevenzione e di protezione e nel rispetto di tutte le condizioni di sicurezza e di salute previste dalla vigente legislazione» (art. 6 co. 2 l. del 1967). La fattispecie penale meno grave consiste nella violazione della citata disposizione.

La fattispecie più grave è riferita *tout court* ai lavori pericolosi, vietati secondo il regime ordinario (cioè non quello derogatorio di cui alla fattispecie precedente) agli adolescenti (art. 6 co. 1 l. del 1967: «È vietato adibire gli adolescenti alle lavorazioni, ai processi e ai lavori indicati nell'Allegato I»).

Anche con riferimento al lavoro degli adolescenti, non sembra chiaro quali violazioni integrino quest'ultima più grave fattispecie, e quali l'ipotesi meno grave di reato, analizzata precedentemente. Come possibile ricostruzione dei rapporti tra i due reati, si potrebbe proporre di far rientrare nella fattispecie meno grave le violazioni di ordine formale, che non pongono a rischio la sicurezza e la salute del lavoratore, e di ritenere invece applicabile l'ipotesi più grave laddove vengano posti in pericolo tali fondamentali beni del lavoratore.

Tale ricostruzione, che valorizza i profili sostanziali e di pericolo per la sicurezza e la salute del lavoratore, appare in linea con la normativa internazionale, ed in particolare con la Convenzione n. 138 del 1973 sull'età minima di assunzione al lavoro, che fissa a diciotto anni l'età per lavori che possano compromettere la salute; e con la Convenzione n. 182 del 1999, relativa alla proibizione delle forme peggiori di lavoro minorile, che impone agli Stati che l'hanno ratificata di «prendere misure immediate ed efficaci atte a garantire la proibizione e l'eliminazione delle forme peggiori di lavoro minorile, con procedura d'urgenza» (art. 1 di quest'ultima Convenzione); includendo tra tali

³⁰ Altre soluzioni interpretative distinguono tra la condotta di «ammettere», in un primo momento, al lavoro il minore (art. 3) e quella di «adibire» al lavoro, che richiederebbe una certa durata nel tempo (art. 4): v. V. Valentini, *La tutela penale di particolari categorie di lavoratori*, cit., 299 ss.; a parte la non del tutto univoca, né chiara, differenza di significato tra i due verbi «ammettere» e «adibire», la proposta scissione in due sotto-condotte di un fatto normalmente unitario appare, per quanto possibile sul piano teorico, abbastanza artificiosa, o comunque non particolarmente utile sul piano pratico, giacché anche nelle ipotesi in cui il soggetto che avvia, in una prima, «embrionale» fase, il minore al lavoro, sia diverso dal soggetto che poi utilizza lavorativamente il minore stesso, appare difficile che il primo soggetto non sia comunque concorrente con il secondo nella (più grave) condotta di utilizzo del minore.

«forme peggiori di lavoro minorile», proprio i lavori pericolosi, *i.e.* «qualsiasi altro tipo di lavoro che, per sua natura o per le circostanze in cui viene svolto, rischi di compromettere la salute, la sicurezza o la moralità del minore» (art. 3, lett. d della medesima Convenzione); mentre la connessa Raccomandazione relativa alla proibizione delle forme peggiori di lavoro minorile e all'azione immediata per la loro eliminazione, del 7.6.1999, prevede ipotesi assolutamente eccezionali di possibile svolgimento, a partire dall'età di sedici anni, di lavori classificati astrattamente tra quelli pericolosi, a patto che tale assunzione o lavoro siano autorizzati dalla legislazione nazionale o dall'autorità competente, «previa consultazione con le organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro interessate», oltre che «a condizione che la salute, la sicurezza e la moralità dei minori interessati siano perfettamente tutelate e che il minore abbia ricevuto un'istruzione specifica adeguata o una formazione professionale nel settore d'attività pertinente».

Con riferimento sia al lavoro dei bambini in violazione della normativa sopra riferita, sia al lavoro degli adolescenti che ponga a rischio la sicurezza e/o la salute di questi ultimi, si prevede la responsabilità penale non solo a carico del datore di lavoro, in forma attiva, ma anche in forma eventualmente omissiva, a carico di un soggetto garante, *i.e.* a carico di «chi, rivestito di autorità o incaricato della vigilanza sopra un minore, ne consente l'avvio al lavoro» (art. 26, co. 6, l. del 1967) violando appunto le disposizioni appena citate (artt. 3, 4 co. 1, 6, co. 1): con una sanzione penale, in quest'ultima ipotesi, diminuita «in misura non inferiore alla metà del massimo».

Proseguendo con la disamina dei reati meno gravi in materia di lavoro minorile, sanzionati con pena alternativa, si incontrano l'omessa comunicazione al titolare della potestà genitoriale dei rischi per la sicurezza e la salute del lavoratore (art. 7 co. 2 l. n. 977/1967); ed altri reati omissivi relativi alle visite mediche, quali l'omissione di visita medica preventiva/pre-assuntiva, che riconosca l'idoneità del minore all'attività lavorativa (art. 8 co. 1, stessa legge), l'omissione di visita medica periodica che confermi, ad intervalli non superiori ad un anno, l'idoneità lavorativa del minore (art. 8 co. 2), e la mancata effettuazione di tali visite mediche a cura e spese del datore di lavoro, presso un medico del Servizio sanitario nazionale (art. 8 co. 3).

Mentre gli ulteriori due reati in materia di visite mediche, pertinenti alla certificazione delle visite stesse, da parte dei medici autori di queste ultime, e precisamente la fattispecie di omessa certificazione dell'esito delle visite mediche (art. 8 co. 4) e quella di omessa indicazione, nel certificato medico, dei lavori ai quali il lavoratore adolescente visitato risulta inidoneo, sono state depenalizzate, con riferimento alle lavorazioni non a rischio, dal d.l. 21.6.2013 n. 69, conv. in l. con modif. dalla l. 9.8.2013 n. 98, all'art. 42 in tema di soppressione di certificazioni sanitarie, co. 1 lett. b: «Fermi restando gli obblighi di certificazione previsti dal decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, per i lavoratori soggetti a sorveglianza sanitaria, sono abrogate le disposizioni concernenti l'obbligo dei seguenti certificati attestanti l'idoneità psico-fisica al lavoro: [...] b) limitatamente alle lavorazioni non a rischio, certificato di idoneità per l'assunzione di cui all'articolo 9 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 dicembre 1956, n. 1668, e all'articolo 8 della legge 17 ottobre 1967, n. 977, e successive modificazioni» (corsivo nostro).

Più grave, sanzionata con pena esclusivamente detentiva, la fattispecie di adibizione al lavoro del minore risultato inidoneo alla visita medica, che appare formulata in termini restrittivi, con riferimento alla sola inidoneità *sopravvenuta* del minore: «I minori che, a seguito di visita medica, risultano non idonei ad un determinato lavoro non possono essere *ulteriormente* adibiti allo stesso» (corsivo nostro).

È la presenza dell'avverbio «ulteriormente» che sembra limitare l'operatività di tale fattispecie alle ipotesi di prosecuzione di un lavoro per il quale il minore, inizialmente idoneo, diviene successivamente inidoneo.

Quid iuris nelle ipotesi di prima adibizione al lavoro di minore risultato inidoneo alla visita preventiva/pre-assuntiva?

Se per quanto concerne i bambini impiegati in attività lavorative di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario e nel settore dello spettacolo, all'adibizione al lavoro di minore inidoneo sul piano psico-fisico pare applicabile il reato di adibizione di bambini al lavoro *ex art. 4* della l. del 1967, di gravità analoga alla fattispecie di prosecuzione del lavoro nonostante la sopravvenuta inidoneità del minore, una lacuna di tutela sembra potersi registrare a proposito dell'adibizione al lavoro di un adolescente che sia stato ritenuto in concreto inidoneo sul piano psico-fisico a tale lavoro: il reato di adibizione di adolescenti al lavoro *ex art. 6* della l. del 1967, sopra analizzato, pare infatti riferito tassativamente ai singoli lavori espressamente menzionati come pericolosi dall'Allegato I della legge stessa; ma potrebbe ben darsi l'ipotesi di un lavoro non rientrante tra quelli astrattamente classificati dal legislatore come pericolosi ai sensi dell'Allegato I, e per il quale tuttavia un adolescente possa risultare in concreto inidoneo, a seguito di visita medica.

A quest'ultima ipotesi pare applicabile la meno grave fattispecie *ex art. 8 co. 1 l. n. 977/1967*³¹ ovvero il reato di ammissione al lavoro senza il riconoscimento dell'idoneità lavorativa del minore, ipotesi criminosa di ordine formale (che pare, difatti, configurabile anche laddove il minore, non sottoposto a visita medica preventiva, sia in concreto idoneo al lavoro in questione).

La distinzione tra il reato di prosecuzione del lavoro in caso di inidoneità sopravvenuta del minore, qualificato come più grave dal legislatore *ex art. 8 co. 6* della l. del 1967, e l'ipotesi di prima adibizione del minore in partenza inidoneo, ipotesi meno grave in quanto rientrante unicamente nella fattispecie di natura formale *ex art. 8 co. 1* (della l. del 1967), sopra analizzata, non appare ragionevole, giacché tali ipotesi appaiono caratterizzate dal medesimo disvalore: non potendo l'interprete ovviare a tale *vulnus* di tutela attraverso soluzioni ermeneutiche non rispettose del fondamentale principio di tassatività in materia penale, è possibile auspicare al riguardo un intervento correttivo del legislatore; e segnalare come tale intervento possa essere di facile realizzazione, bastando a tal fine eliminare l'avverbio «ulteriormente» dal corpo dell'*art. 8 co. 7* della l. del 1967.

Altre due ipotesi criminose pertengono al lavoro notturno, e sono sanzionate con pena alternativa.

La prima consiste nell'adibire i minori al lavoro notturno (*art. 15 co. 1* della l. del 1967), ovvero ad un lavoro svolto nell'intervallo dalle ore 22 alle ore 6, o dalle 23 alle ore 7 (definizione normativa di «notte» data dal *co. 2* del medesimo articolo); pur ammettendosi che il periodo notturno possa essere interrotto in caso di «attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati o di breve durata nella giornata» (*art. 15 co. 2* della l. del 1967).

La seconda fattispecie criminosa in tema di lavoro notturno appare più specifica, e riguarda in particolare la prestazione lavorativa del minore impiegato nelle attività di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario, per il quale il lavoro notturno è eccezionalmente ammesso, ma non oltre le ore 24; con obbligo di riconoscere al minore, dopo la prestazione lavorativa notturna, un periodo di riposo di almeno quattordici ore consecutive: la responsabilità penale appare ricollegata alla violazione anche di una soltanto di tali condizioni per lo svolgimento del lavoro notturno.

Le ultime fattispecie criminose previste dalla legge sul lavoro minorile, e sanzionate con pena alternativa, sono relative all'orario di lavoro, ai riposi intermedi ed al riposo settimanale.

Con riferimento all'orario di lavoro, sono presidiate da sanzione penale le disposizioni secondo cui «per gli adolescenti l'orario di lavoro non può superare le 8 ore giornaliere e le 40 settimanali» (*art. 18 co. 2* della l. del 1967); mentre per i bambini impiegati in attività di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario, tali attività devono svolgersi al di fuori degli orari scolastici e con un orario di lavoro che «non può superare le 7 ore giornaliere e le 35 settimanali» (*art. 18 co. 1* stessa legge).

³¹ Norma così formulata: «I bambini nei casi di cui all'articolo 4, comma 2, e gli adolescenti, possono essere ammessi al lavoro purché siano riconosciuti idonei all'attività lavorativa cui saranno adibiti a seguito di visita medica».

Una norma che appare anch'essa non ben congegnata, attestata su di un livello troppo basso di tutela, in ragione della possibile estensione, ampia e poco confacente con gli obblighi scolastici, dell'orario di lavoro del bambino.

In tema di riposi intermedi, «nei casi in cui il lavoro presenti carattere di pericolosità o gravosità», la Direzione provinciale del lavoro «può prescrivere che il lavoro dei bambini e degli adolescenti non duri senza interruzione più di 3 ore, stabilendo anche la durata del riposo intermedio» (art. 21 della l. del 1967); ed anche per la violazione di tale norma si prevede la sanzione della pena alternativa.

Ultima disposizione presidiata dalla medesima sanzione penale alternativa è quella sul riposo settimanale, che per i minori deve essere «di almeno due giorni, se possibile consecutivi, e comprendente la domenica» (art. 22 co. 1 della l. del 1967).

La domenica può essere esclusa dal riposo settimanale, nel senso che quest'ultimo «può essere concesso anche in un giorno diverso dalla domenica», con l'obbligo che i giorni di riposo settimanale siano comunque due, per i minori impiegati in attività lavorative di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario o nel settore dello spettacolo, «nonché, con esclusivo riferimento agli adolescenti, nei settori turistico, alberghiero o della ristorazione» (art. 22 co. 3 stessa legge).

La disposizione sul riposo settimanale, la cui violazione è penalmente rilevante, prevede poi che, «per comprovate ragioni di ordine tecnico e organizzativo, il periodo minimo di riposo può essere ridotto, ma non può comunque essere inferiore a 36 ore consecutive. Tali periodi possono essere interrotti nei casi di attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati o di breve durata nella giornata» (art. 22 co. 2 stessa legge). Con riferimento al lavoro a tempo parziale (*part-time*), la Cassazione precisa che il periodo di riposo settimanale può essere ridotto, ma non può essere inferiore a 24 ore settimanali³².

Il disegno repressivo e preventivo della legge del 1967, come successivamente modificata dai d. lgs. 9.9.1994 n. 566 e n. 345/1999, appare nel complesso caratterizzato da: una capillare penalizzazione, pene complessivamente blande (a dispetto delle raccomandazioni degli organismi internazionali³³), facile estinzione dei reati (attraverso i meccanismi dell'oblazione e della "regolarizzazione" ex artt. 19 ss. d. lgs. 19.12.1994 n. 758) sanzionati con pena alternativa, ed un peculiare meccanismo di «definizione» (come denominato dall'art. 302 del d. lgs. 3.8.2009 n. 106) o, meglio, di sostituzione della pena (prevista in astratto come esclusivamente detentiva) con il pagamento di una somma di denaro. Un assetto che non pare condurre ad esiti soddisfacenti per la tutela dei beni, di alto valore, in gioco *in subiecta materia*, principalmente la sicurezza, la salute (intesa come insieme delle funzioni psico-fisiche), la personalità, la dignità e financo la vita di soggetti vulnerabili come i minori, cui si associano i beni, anch'essi di tenore costituzionale, dell'istruzione, della formazione e del lavoro dei minori (artt. 30, 31, 34, 35, 36, 37 Cost.; nell'ambito dei principi fondamentali della Costituzione, può citarsi anche l'art. 4).

Il ricorso *de iure condendo* a sanzioni di natura interdittiva o alla responsabilità da reato degli enti potrebbe, probabilmente, tradursi in una maggiore effettività e funzionalità della disciplina sul lavoro minorile.

3. Il legislatore, negli anni recenti, non è più intervenuto sulla normativa in tema di lavoro minorile, ma ha introdotto, potenziato ed esteso nei confini applicativi alcune fattispecie codicistiche, che si pongono in rapporto problematico sia tra loro, sia coi reati extra-codicistici finora esaminati.

Le figure codicistiche che intercettano forme gravi di illegalità nel contesto lavorativo e dedicano specifica attenzione alla persona-minore sono, in linea di massima, le seguenti quattro: seguitando ad utilizzare il criterio ordinatore del livello crescente di gravità del reato, che è parso funzionale ad una sistematizzazione della materia, si tratta dei reati di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro

³² Cass. 9.6.2005 n. 26931, in *RP* 2006, 861.

³³ V. European Union Agency for Fundamental Rights, *Severe labour exploitation*, 89.

(art. 603 *bis* Cp), maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 Cp), riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 Cp); con l'ulteriore, specifica ipotesi, meno grave delle precedenti, e che appare utile collocare alla fine in quanto circoscritta ad una peculiare forma di impiego del minore, nello specifico non imputabile: l'impiego di un minore nell'accattonaggio (art. 600 *octies* Cp).

Quale il rapporto tra la fattispecie, di introduzione relativamente recente, di sfruttamento del lavoro, aggravata dal fatto che la vittima è un minorenne in età non lavorativa (art. 603 *bis* co. 4 n. 2), cioè di età inferiore a sedici anni, ed i reati extra-codicistici in materia di lavoro minorile analizzati sopra? Il delitto di sfruttamento del lavoro, rispetto alle contravvenzioni prima esaminate, è punito in modo molto più grave, *i.e.* con la pena congiunta della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 500 a 1.000 per ogni soggetto reclutato (pene per l'ipotesi base, non aggravata), da aumentare da un terzo alla metà in ragione della vittima-minorenne in età non lavorativa.

Sul piano dell'elemento oggettivo, la fattispecie delittuosa di sfruttamento del lavoro minorile prevede espressamente che «la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro», così come «la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie», costituiscano «indici di sfruttamento» (art. 603 *bis* co. 3 Cp).

Posto che le norme in tema di lavoro minorile di cui alla l. 977/1967, specie quelle di natura penale sopra esaminate, ma anche alcune norme configuranti illeciti amministrativi (si pensi alla norma sull'orario del lavoro consistente nel trasporto di pesi – art. 19 co. 1 della l. del 1967), sono poste a tutela prevalentemente del bene giuridico della sicurezza, si può ritenere che le violazioni di tali norme rappresentino «indice di sfruttamento» (ai sensi dell'art. 603 *bis* co. 3 n. 3 Cp). Così come la violazione di norme non direttamente connesse alla tutela della sicurezza, come ad es. quelle relative al godimento delle ferie, ove tale violazione sia «reiterata», costituisce «indice di sfruttamento» *ex* art. 603 *bis* co. 3 n. 2.

Va ricordato che, anche in assenza di violazioni della normativa speciale sul lavoro minorile, altri indici, alternativi, di sfruttamento, pertengono alla retribuzione (art. 603 *bis* co. 3 n. 1 Cp)³⁴, alle condizioni lavorative, di sorveglianza od alloggiative «degradanti» (n. 4 della stessa disposizione), a possibili violazioni di norme in materia di sicurezza ed igiene differenti da quelle previste dalla normativa speciale sul lavoro minorile, o ancora alla reiterata violazione della normativa relativa all'aspettativa obbligatoria (non disciplinata nella legge sul lavoro minorile) *ex* art. 603 *bis* co. 2 n. 2 Cp.

Va detto che il legislatore, nel codificare il delitto di «intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro», non definisce il concetto di «sfruttamento», centrale nel quadro della tipicità di tale reato, ma lo «indicizza», per l'appunto, così ponendo il problema della natura di tali indici: orientamento probatorio o elementi del fatto tipico?

La prima soluzione, maggioritaria in dottrina ed in giurisprudenza, attribuisce agli indici la funzione di linee-guida del ragionamento probatorio, di elementi indiziari, da valutarsi ad opera del giudice, che potrebbe anche ritenere in concreto insussistente lo sfruttamento, nonostante la presenza di una delle condizioni descritte dagli indici; e per converso, potrebbe ritenere sussistente lo sfruttamento pur in assenza degli elementi indicizzati³⁵.

³⁴ Il primo «indice di sfruttamento» (art. 603 *bis* co. 3 n. 1 Cp) è «la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato».

³⁵ V. Cass. 4.3.2022 (ud. 11.11.2021) n. 7861, in *SP* 5.4.2021, 7, con nota di F. Vitarelli, *La Cassazione sull'ambito di operatività del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro* (art. 603 *bis* c.p.); Cass. 22.12.2021 n. 46842, in *olympus.uniurb.it* (Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza sul lavoro); Cass. 7.7.2021 (ud. 12.5.2021) n. 25756, Zinzeri, *ivi*; e Cass. 18.3.2021 (ud. 9.3.2021) n. 10554, De Giorgio, in *Giur. pen.*, 2022, con nota di M. Riccardi, *Dai sintomi alla patologia. Anamnesi del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*; A. Di Martino, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*,

Tale soluzione interpretativa appare preferibile dal punto di vista dell'offensività, rifuggendo dagli automatismi, ma pone il problema di precisare il significato del concetto di «sfruttamento».

Nell'ambito degli indici sembrano ricomprese, invero, situazioni dotate di una differente "pregnanza", di un differente "valore connotativo" dello sfruttamento.

Con riferimento all'indice "retributivo", ed in particolare alla sproporzione tra retribuzione corrisposta e valore quantitativo-qualitativo della prestazione lavorativa: vero è che, da un lato, appare connaturato all'economia imprenditoriale l'impiego del lavoratore per ottenere, da parte del datore di lavoro, un plusvalore, dato dalla differenza tra il valore del prodotto del lavoro e la remunerazione del lavoro stesso, ed è vero che tale plusvalore concorre fisiologicamente alla formazione del guadagno dell'imprenditore; dall'altro lato, tuttavia, appare difficile ipotizzare che la corresponsione «reiterata» di una retribuzione «palesamente difforme dai contratti collettivi», o comunque «sproporzionata rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato» possa non integrare, in concreto, un patologico «sfruttamento» del lavoratore; pur non potendosi nascondere le difficoltà di determinazione del concetto di «proporzione» tra lavoro e retribuzione, in assenza di contratti collettivi o di un reddito minimo garantito normativamente.

Si potrebbe far riferimento alle retribuzioni medie relative alla tipologia di lavoro in questione, nelle diverse aree territoriali; anche se tale soluzione comporta il rischio di legittimare prassi sociali talvolta scorrette; sicché appare comunque preferibile valorizzare il dato per cui la retribuzione del lavoratore deve essere «in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé ed alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa», secondo il dettato costituzionale (art. 36 co. 1 Cost.).

Pure la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro «degradanti», anche con riferimento a «metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative», pare difficilmente dissociabile dal concetto di «sfruttamento».

Va detto che quand'anche tali condizioni retributive, o di degrado sul piano della personalità del lavoratore, fossero espressamente accettate da quest'ultimo, non sembra potersi configurare un consenso scriminante³⁶; ciò perché il reato in oggetto, nel suo insieme considerato, non pare possedere connotati meramente patrimoniali, l'offesa concretandosi sotto un profilo personalistico-esistenziale, con riferimento sia alla dignità sia alla salute del lavoratore.

Ed anzi, il consenso della vittima nel reato di sfruttamento del lavoro nella sua forma base o semplice appare normalmente sussistente, sembrando da configurare, in assenza di consenso, le più gravi ipotesi dello sfruttamento del lavoro aggravato dalla violenza o dalla minaccia (art. 603 *bis* co. 2 Cp), dell'estorsione (art. 629 Cp), o anche della riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 Cp: sui rapporti tra tali ipotesi, v. *infra*, parr. 7-8).

Il tema della non ammissibilità della scriminante del consenso sembra porsi, in particolare, per soggetti passivi stranieri, per i quali lo sfruttamento lavorativo nel Paese di impiego possa rappresentare, o essere ad ogni modo percepito, in ragione delle personali situazioni degli stessi, una condizione comunque migliore rispetto alla perdurante disoccupazione, o anche al lavoro regolare nel loro Paese di origine. Un lavoro pur notevolmente al di sotto delle condizioni standard nel Paese di impiego può essere, ciononostante, attrattivo per soggetti provenienti da altri Paesi.

Poiché tale fattore rischia di aggravare la spirale dello sfruttamento, il cui mercato si accrescerebbe a dismisura ove lo sfruttamento possa ritenersi giustificato dal consenso della vittima, sembrano da

Bologna 2019, 123 ss.; A. Merlo, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al "caporalato" dai braccianti ai riders. La fattispecie dell'art. 603 bis c.p. e il ruolo del diritto penale*, Torino 2020, 69 ss.; F. Vitarelli, *Lo sfruttamento del lavoro dei "riders" tra prevenzione e repressione*, in *Le Società* 2023, fasc. 1, 91 ss. *Contra*, autorevolmente, sulla natura sostanziale degli indicatori, T. Padovani, *Un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa*, in *GD* 26.11.2016, n. 48, p. 50.

³⁶ Cfr. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Severe labour exploitation: workers moving within or into European Union. States' obligations and victims' rights*, 2015, 31; C. Cucinotta, *Il ruolo del consenso e lo stato di bisogno del lavoratore nell'art. 603-bis c.p.*, Nota a App. Palermo 26.2.2021 (ud. 26.1.2021) n. 408, in *AP* 2021, fasc. n. 2, p. 2 ss.

contrastare penalmente anche possibili forme consensuali, libere e consapevoli, di rinuncia ai diritti fondamentali nel contesto lavorativo.

Con riferimento all'indice relativo al riposo settimanale o alle ferie annuali retribuite, può segnalarsi come la non-rinunciabilità, da parte del lavoratore, sia espressamente disposta da una norma costituzionale (art. 36 co. 3 Cost.). E analoghe considerazioni sembrano potersi svolgere a proposito del riposo giornaliero e dell'orario di lavoro.

Laddove la violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie, sia «reiterata», pare difficile all'atto pratico escludere che la componente dello «sfruttamento», il primo elemento costitutivo del fatto tipico del reato in oggetto, sia in concreto integrata; restando da accertare la seconda componente della tipicità del reato *ex art. 603 bis Cp, i.e.* l'appropriamento dello stato di bisogno del lavoratore.

Le violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene sul lavoro sembrano da porre sullo stesso piano delle altre violazioni sin qui analizzate con riferimento all'esclusione di un possibile consenso scriminante.

Laddove le norme in materia di sicurezza ed igiene abbiano un contenuto esclusivamente formale, non essendo ad esse associabili profili di rischio per la salute del lavoratore, eventuali violazioni paiono tuttavia possedere una minore pregnanza, o una minore “forza connotativa” dello sfruttamento.

Coerentemente con la rilevanza processuale-probatoria (e non sul piano sostanziale) degli indici, occorre poi segnalare come l'interprete possa individuare anche altri elementi, diversi da quelli previsti dal legislatore, che integrino in concreto uno sfruttamento del lavoratore³⁷: agli indici pare, dunque, da attribuire carattere esemplificativo, e non tassativo.

Con riferimento al lavoro degli adulti, la natura pressoché onnicomprensiva degli indici sembra rendere rara l'evenienza di una situazione di sfruttamento non riconducibile agli indici stessi: può pensarsi, a titolo di es., al mancato versamento dei contributi previdenziali, o al trattenimento a vario titolo di somme, attraverso la previsione di penali di natura strumentale³⁸.

Considerazioni leggermente diverse possono forse essere svolte per il lavoro minorile. Specie laddove si ritenga che il divieto di lavoro per i minorenni soggetti agli obblighi scolastici non sia posto a tutela della sicurezza e dell'igiene sui luoghi di lavoro, e dunque non si ritenga che la violazione di tale divieto rilevi come «indice di sfruttamento» *ex art. 603 bis co. 3 n. 3 Cp*, sembrano potersi utilmente prendere in esame altri elementi, non espressamente ricompresi a livello legislativo tra gli indici di sfruttamento, ma che appaiono rilevanti nell'attribuzione ad un illecito lavoro minorile della più grave qualifica di «sfruttamento».

Anche laddove il lavoro non appaia, in concreto, pericoloso per la salute del minore, potrebbero essere valutati, ai fini dell'integrazione dello «sfruttamento», con particolare riferimento al minore: lo svolgimento di un lavoro che impedisca od ostacoli l'istruzione o lo studio³⁹, o lo svolgimento di un lavoro in fasce orarie serali o notturne.

Altro dubbio sorto in relazione al reato di sfruttamento del lavoro è: gli indici di sfruttamento sono “cumulativi”? Posto che l'accertamento della sussistenza in concreto di uno degli indici di sfruttamento espressamente previsti dal legislatore non sembra necessario, pare *a fortiori* da escludere la necessaria “cumulatività” degli indici: anche la sussistenza di un solo indice, così come l'insussistenza di alcun indice espressamente previsto dal legislatore, accompagnata tuttavia da altre,

³⁷ V. Cass. 11.11.2021 n. 7861, Cirigliano, in *SP* 5.4.2021, 7, con nota di F. Vitarelli, *La Cassazione sull'ambito di operatività del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603 bis c.p.)*.

³⁸ Come avvenuto nel noto caso *Uber*: v. G.u.p., T. Milano 15.10.2021 n. 2805, in *SP* 31.3.2022, con nota di P. Brambilla, *Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo al banco di prova della prassi: spunti di riflessione sui confini applicativi della fattispecie alla luce della prima condanna per caporalato digitale nel caso Uber*.

³⁹ Criterio già indicato, con riferimento al lavoro minorile comportante “sfruttamento”, dal Comitato Esecutivo dell'UNICEF nel 1986; v. anche, più recentemente, Amnesty International, *Sfruttamento del lavoro minorile*, 2014; e con riferimento alla situazione italiana, Associazione B. Trentin, *op. cit.*, 9 s.

differenti condizioni lesive del lavoratore, può condurre a ritenere integrato l'elemento dello sfruttamento⁴⁰.

È necessario, infine, che i lavoratori sfruttati siano più d'uno, oppure il reato potrebbe essere integrato anche da una condotta realizzata ai danni di un solo lavoratore? Il dubbio pare legittimo, dal momento che la norma declina al plurale la controparte del datore di lavoro: «sottoponendo *i lavoratori* a condizioni di sfruttamento ed approfittando del *loro* stato di bisogno» (corsivi nostri).

La giurisprudenza, anche di legittimità, più recente sembra tuttavia considerare superabile tale indice letterale, affermando che la condotta tipica può essere realizzata anche nei confronti di un solo lavoratore⁴¹. Ciò probabilmente attraverso un'interpretazione teleologica, che valorizza il bene giuridico protetto dalla fattispecie incriminatrice: non un bene collettivo, ma la «personalità individuale» (questo, precisamente, l'oggetto della Sezione I del Capo III – Delitti contro la libertà individuale, all'interno del Titolo XII – Delitti contro la persona, del Libro II del Cp), la dignità della singola persona.

4. Elementi costitutivi del fatto tipico del delitto in oggetto sono, oltre allo sfruttamento, anche lo «stato di bisogno» della vittima e l'approfittamento di tale stato di bisogno da parte del datore di lavoro⁴², entrambi da accertarsi autonomamente e separatamente.

Circa lo «stato di bisogno», appare preferibile un'interpretazione oggettiva, che lo ricolleggi ad una situazione di debolezza del soggetto passivo, prescindendo dalla percezione soggettiva di quest'ultimo: laddove il soggetto passivo in questione, come sovente accade nel caso in cui sia straniero, sia pagato con retribuzioni palesemente inferiori agli standard minimi italiani, e tuttavia il guadagno appaia alla stessa vittima significativamente superiore a quanto potrebbe ricevere nel suo paese di origine, tale soggetto potrebbe considerarsi non già sfruttato, ma anzi in una situazione vantaggiosa. Anche in tal caso lo stato di bisogno, e più in generale il reato di sfruttamento del lavoro sembrano tuttavia da considerare sussistenti, pena il ricadere in logiche discriminatorie per etnia e classiste. A parte i problemi pratici di accertamento degli stati psicologici, immateriali, il diritto penale non sembra poter connettere a dati meramente interiori la selezione dei fatti punibili⁴³, pena la violazione del principio costituzionale di tassatività-determinatezza.

Né lo stato di bisogno sembra potersi identificare in una semplice condizione psicologica di insoddisfazione, derivante dal desiderio di acquisire un bene o una prestazione⁴⁴: ne sortirebbe, infatti, una pressoché totale “neutralizzazione” di tale elemento selettivo della responsabilità, nel senso questa volta dell'ampliamento, eccessivo, della fattispecie criminosa, giacché tale aspirazione-bisogno pare alla base di tutti o quasi i rapporti di prestazione d'opera.

Interpretazione oggettiva dello stato di bisogno – soluzione ermeneutica che sembra da preferire – non pare, tuttavia, significare accezione meramente patrimoniale del concetto in questione: il concetto di stato di bisogno, in questa sede, sembra infatti esprimere una dimensione dell'esistenza umana intesa in senso più ampio, personalistico⁴⁵.

⁴⁰ V. Cass. 2.2.2021 n. 6905; Cass. 20.4.2018 (ud. 12.1.2018) n. 17939, Svolazzo, inedita; Cass. 19.12.2018 n. 5081.

⁴¹ V. Cass. 11.11.2021 n. 45615, e Cass. 11.11.2021 n. 7861, Cirigliano, entrambe in *SP* 5.4.2022 (rispettivamente) 17 e 7, con nota di F. Vitarelli, *La Cassazione sull'ambito di operatività del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603 bis c.p.)*; App. Palermo, 26.2.2021 (ud. 26.1.2021) n. 408, in *AP*, fasc. n. 2, con nota di C. Cucinotta, *Il ruolo del consenso e lo stato di bisogno del lavoratore nell'art. 603-bis c.p.*

⁴² Sulla valorizzazione di questi ultimi elementi del reato, nella giurisprudenza meno recente svuotati di attitudine selettiva e considerati *in re ipsa* sussistenti in presenza di sfruttamento, v. da ultimo Cass. 11.11.2021 n. 7861, p. 7, in *SP* 5.4.2022, con nota di F. Vitarelli, *La Cassazione sull'ambito di operatività del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603 bis c.p.)*.

⁴³ V. A. di Martino, *Sfruttamento del lavoro*, cit., 157 ss.

⁴⁴ Cfr. S. Braschi, *Il concetto di “stato di bisogno” nel reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *DPenCont.* 2021, 127 ss.

⁴⁵ V. A. di Martino, *op. cit.*, 164 ss.

Lo stato di bisogno non sembra poter essere circoscritto a situazioni di assoluta indigenza, né connesso unicamente alla mancanza di mezzi idonei a sopperire ad esigenze primarie, materiali della vita fisica. Non può essere, in altri termini, ridotto allo «stato di necessità», come rigorosamente definito dall'art. 54 Cp (quest'ultima categoria figurava nella più restrittiva, originaria formulazione del reato in oggetto, successivamente modificata in senso ampliativo dalla l. 29.10.2016 n. 199, con passaggio al concetto di «stato di bisogno»), né ai contenuti esclusivamente patrimoniali dell'interpretazione civilistica (ai sensi dell'art. 1448 Cc, lo «stato di bisogno» che è alla base di una «sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra» è uno dei presupposti dell'«azione generale di rescissione per lesione»).

Più utile pare il riferimento alla nozione di «bisogno», ricorrente nel furto c.d. privilegiato *ex art.* 626 n. 2 Cp, laddove il bisogno appare inteso in un'accezione oggettiva, e non sembra da restringere, secondo le più autorevoli interpretazioni, nei limitati confini segnati dalle condizioni di indigenza, o dalle esigenze esclusivamente materiali della persona, potendo essere ampliato anche alle esigenze riconducibili alla sfera morale della persona stessa⁴⁶; con esclusione delle azioni motivate dall'intento di soddisfare desideri voluttuari o non meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento. Il che varrebbe, *a fortiori*, per il reato di sfruttamento del lavoro, non essendo in quest'ultimo prevista l'aggettivazione, limitativa, di «grave ed urgente bisogno», presente invece nel c.d. furto lieve per bisogno.

Altra fattispecie penale in cui ricorre il concetto di «stato di bisogno» è, sempre nel quadro dei delitti contro il patrimonio, l'usura, dove è prevista l'aggravante ad effetto speciale «se il reato è commesso in danno di chi si trova in stato di bisogno» (art. 644 co. 5 n. 3 Cp).

La riforma operata con l. 7.3.1996 n. 108, nell'ambito del reato di usura, ha distinto lo «stato di bisogno» dalle «condizioni di difficoltà economica o finanziaria» della vittima, che figurano invece nel quadro dell'ipotesi-base della c.d. usurarietà in concreto, collocate dunque ad un livello inferiore di disvalore rispetto allo «stato di bisogno».

La «difficoltà finanziaria» è comunemente intesa come carenza di liquidità, mentre la «difficoltà economica» riguarda, più ampiamente, l'insieme delle attività patrimoniali del soggetto passivo⁴⁷. Tali ultimi concetti sembrano da intendere, in ogni caso, in un'accezione più prettamente economica, e possono essere riferiti a qualsiasi tipo di esigenza, anche non strettamente legata alla persona, o solo momentanea, potendo tale difficoltà sussistere pur a fronte di una condizione patrimoniale di base nel complesso sana⁴⁸.

Lo stato di bisogno pare, invece, nozione più ristretta, da ricostruire in senso tendenzialmente più personalistico, riferendola cioè ad esigenze di natura personale (non meramente economiche) della vittima; senza allontanarsi tuttavia da un'interpretazione oggettiva⁴⁹, che appare preferibile per tale concetto, pena le disfunzioni sopra evidenziate con riferimento all'impostazione soggettiva.

⁴⁶ V. G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, Bologna 2023, 99 s.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, Milano 2018, 100.

⁴⁷ V. G. Fiandaca – E. Musco, *op. ult. cit.*, 234 ss.

⁴⁸ In questi termini, v. Cass. 29.3.2017 n. 26214, G., in *Rep. FI* 2017, voce *Usura*, n. 44, ed in *CEDCass.*, m. 269962; Cass. 7.5.2014 (ud. 25.3.2014) n. 18778, Nomura International Plc. e altri, in *Rep. FI* 2014, voce *Usura*, n. 21, ed in *AP* 2014, 1002 (m), con nota di S. Sartarelli, *La prima volta (in Cassazione) della c.d. usura in concreto*.

⁴⁹ V. Cass. 8.3.2000 (8.3.2000), Paonessa, in *Rep. FI* 2000, voce *Usura*, n. 13, ed in *GI* 2001, 505 (con nota di M. C. Bisacci, *Lo stato di bisogno tra «vecchia» e «nuova» formulazione del reato di usura*): «Lo “stato di bisogno” della persona offesa, già costituente requisito per la configurabilità del reato di usura, secondo l'originaria formulazione dell'art. 644 c.p., ed attualmente rilevante come causa di aggravamento della pena, ai sensi del 5° comma, n. 3, stesso art. 644, nella formulazione introdotta all'art. 1 l. 7 marzo 1996 n. 108, non può essere ricondotto ad una situazione di insoddisfazione e di frustrazione derivante dall'impossibilità o difficoltà economica di realizzare qualsivoglia esigenza avvertita come urgente, ma deve esser riconosciuto soltanto quando la persona offesa, pur senza versare in stato di assoluta indigenza, si trovi in una condizione anche provvisoria di effettiva mancanza di mezzi idonei a sopperire ad esigenze definibili come primarie, cioè relative a beni comunemente considerati come essenziali per chiunque».

Inteso in senso oggettivo-personalistico, lo stato di bisogno sembra da ricollegare alla difficoltà di assicurare a sé e alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa, di realizzare esigenze univocamente ritenute essenziali al pieno sviluppo della personalità umana. Con conseguente limitazione (non annientamento assoluto, tipico invece dello stato di necessità⁵⁰) della libertà di autodeterminazione del soggetto.

Lo stato di bisogno sembra avere dei contenuti in parte comuni col concetto di “vulnerabilità”, frequentemente utilizzato nel diritto internazionale convenzionale; anche se i due concetti non paiono *de plano* assimilabili.

La “vulnerabilità” pare, infatti, da intendere come assenza di reali e accettabili alternative esistenziali, mancanza o perdita di controllo sul complesso della propria dimensione personale: la dir. 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5.4.2011, «concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI», con riferimento ai «reati relativi alla tratta di esseri umani» prevede che «per posizione di vulnerabilità si intende una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima» (art. 2 co. 2 della sopracitata dir.).

Si possono individuare dei “fattori tipizzati” di vulnerabilità?

Nel nostro Paese, il d. lgs. 4.3.2014 n. 24, di attuazione della succitata dir. 2011/36/UE, nell'ambito dei *principi generali*, prevede che «Nell'attuazione delle disposizioni del presente decreto legislativo, si tiene conto, sulla base di una valutazione individuale della vittima, della specifica situazione delle persone vulnerabili quali i minori, i minori non accompagnati, gli anziani, i disabili, le donne, in particolare se in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le persone con disturbi psichici, le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica, sessuale o di genere» (art.1 co. 1 del d. lgs. 24/2014).

Oltre a tali ipotesi espressamente menzionate dal legislatore italiano, vi è un largo consenso nell'includere all'interno della categoria della vulnerabilità fattori legati allo stato di irregolare/migrante (anche con riferimento all'isolamento, alla mancanza di reti di supporto, alla non conoscenza della lingua), situazioni di malattia, precarietà e “dipendenza”⁵¹.

I singoli fattori di vulnerabilità, espressamente menzionati dal legislatore, possono determinare uno stato di bisogno; ma non paiono, di per sé, coincidere automaticamente e necessariamente con lo stato di bisogno. Vi potrà essere un fattore indicativo di vulnerabilità, senza che vi sia uno stato di bisogno (si pensi ad un anziano che versi in condizioni economiche agiate); e viceversa uno stato di bisogno, anche in assenza di una situazione “tipica” di vulnerabilità.

Con riferimento allo «stato di bisogno» dei minorenni, in particolare, pare essersi affermata una sorta di logica “presuntiva”, talvolta delineata in termini troppo rigidi dalla giurisprudenza, anche di legittimità, nelle forme di uno «stato di bisogno» *in re ipsa*⁵². Una presunzione che a tal riguardo

E più recentemente, Cass. 13.10.2011 (ud. 27.9.2011) n. 36909, ric. G. e M. Circo in c. Salonia, in *FI* 2012, II, 302: «Ai fini del delitto di usura, non costituisce stato di bisogno il semplice approssimarsi delle nozze del soggetto che ha ricevuto un prestito o di un familiare».

⁵⁰ Sulla distinzione tra stato di bisogno e stato di necessità, cfr. Cass. 15.3.2016 n. 10795, in *CEDCass.*, m. 266162-01, nonché Cass. 7.5.2014 n. 18778, in *www.penalecontemporaneo.it* 15.4.2015 (con nota di I. Gittardi, *La prima pronuncia della cassazione in materia di usura in concreto*), che in tema di usura ricostruiscono lo stato di bisogno come «impellente assillo», il quale «compromette fortemente la libertà contrattuale del soggetto», ma non significa «stato di necessità tale da annientare in modo assoluto qualunque libertà di scelta».

⁵¹ V. A. di Martino, *op. cit.*, 175 ss.

⁵² Con riferimento al reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare *ex art. 570 co. 2 n. 2 Cp.*, ove lo stato di bisogno, pur non espressamente menzionato dal legislatore, è univocamente ritenuto elemento implicito della fattispecie, v. Cass. 29.4.2019 (ud. 27.2.2019) n. 17766, in *GI* 2019, 1004; Cass. 4.5.2018 (ud. 23.3.2018) n. 19508, M. G., in *QuotGiur*, 2018 ed in *onelegale.wolterskluwer.it*: «Nel caso in cui beneficiari di tali mezzi di sussistenza siano dei minori la condizione di stato di bisogno è sempre sussistente *ex lege*»; Cass. 12.11.2015 n. 47287, F., *ibidem*: «In materia di violazione degli obblighi di assistenza familiare, la minore età dei discendenti, destinatari dei mezzi di sussistenza,

sembra potersi ammettere, in realtà, solo nelle forme della presunzione semplice, vincibile laddove si dimostri che il minore goda di condizioni di benessere e agiatezza di natura ad es. familiare, precedenti ovviamente all'attività lavorativa illecita (condizioni di benessere non frutto, cioè, dell'attività lavorativa in questione).

Sembra, infine, il caso di segnalare come lo stato di bisogno possa essere anche di durata temporanea, e tuttavia in grado di limitare comunque la libertà della vittima⁵³.

5. Elemento distinto dallo stato di bisogno, da accertarsi separatamente, nel quadro dello sfruttamento del lavoro *ex art. 603 bis Cp*, è l'«approfittamento» od abuso dello stato di bisogno stesso, che presuppone logicamente la sussistenza dello stato di bisogno, ma non sembra poter essere appiattito o assorbito nella prova dello stato di bisogno, o dello sfruttamento, trattandosi di un requisito ulteriore della fattispecie, sorretto da un peculiare elemento psicologico, non consistente nella mera consapevolezza dello stato di bisogno⁵⁴.

Occorre un trarre profitto dallo stato di bisogno, che viene strumentalizzato a fini economici dalla persona che impiega la vittima, con un corrispondente dolo.

Non sono necessarie modalità violente o minacciose (non più elementi costitutivi del reato di sfruttamento del lavoro, bensì circostanze aggravanti, alla luce della riforma del 2016), e neppure pare necessaria una qualche forma di prevaricazione o coazione della volontà.

L'elemento dell'approfittamento appare problematico da riscontrare laddove tra soggetto attivo e vittima vi sia una comunanza di vita domestica ed una confusione di sostanze, come spesso accade nel contesto familiare. Contesto familiare in cui sembra svolgersi invero una parte consistente del lavoro minorile: secondo l'indagine già citata dell'Associazione Trentin, quasi tre su quattro dei lavoratori quattordici-quindicenni prestano tale attività lavorativa nel contesto familiare, la maggior parte (41%) collaborando coi genitori nelle attività professionali di questi ultimi (in Italia, soprattutto negli ambiti della ristorazione, della vendita in negozio e come ambulante, delle aziende agricole), ed il dato pare confermato dalle più recenti indagini svolte a livello internazionale dall'ILO (Organizzazione Internazionale del Lavoro: secondo le stime globali 2020, il lavoro minorile, a livello mondiale, è diffuso prevalentemente in aziende agricole familiari o microimprese familiari⁵⁵).

Laddove il minore partecipi all'attività lavorativa del genitore e fruisca in modo proporzionato dei proventi di tale attività, pare difficile ritenere integrato l'elemento dell'approfittamento dello stato di bisogno, giacché tale elemento sembra richiedere, da parte del soggetto attivo, la realizzazione di un

rappresenta in re ipsa una condizione soggettiva dello stato di bisogno, che obbliga i genitori a contribuire al loro mantenimento, assicurando i predetti mezzi di sussistenza; ne deriva che il reato di cui all'art. 570, 2° comma, c.p. sussiste anche quando uno dei genitori ometta la prestazione dei mezzi di sussistenza in favore dei figli minori o inabili ed al mantenimento della prole provveda in via sussidiaria l'altro genitore».

Più recentemente, in termini meno rigorosi e più condivisibili, v. tuttavia Cass. 28.4.2022 n. 21026, B.P., in *onelegale.wolterskluwer.it*: «Può ritenersi insussistente il reato *ex art. 570, 2° comma, n. 2)*, cod. pen solo ove sia dimostrato che, malgrado l'accertato inadempimento dell'imputato all'obbligo di contribuzione a suo carico nei confronti dei figli minori, costoro non versassero in stato di bisogno, stante il mantenimento loro fornito dall'altro genitore tale da comprendere e superare l'approvvigionamento dei mezzi di sussistenza che includono non solo quanto necessario per la sopravvivenza vitale, ma anche gli strumenti che consentano un sia pur contenuto soddisfacimento di altre complementari esigenze della vita quotidiana».

⁵³ V. Cass. 22.6.2021 (ud. 16.3.2021) n. 24441, Sanitrasport, in *olympus.uniurb.it* (*Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza sul lavoro*).

⁵⁴ V. A. di Martino, *op. cit.*, 192 ss.

⁵⁵ Va detto, tuttavia, che anche il lavoro svolto a livello familiare è spesso pericoloso per il minorenne: maggiore è l'età del lavoratore minorenne, più probabile il suo impiego, anche in ambito familiare, in attività pericolose; v. ILO, *Lavoro minorile: Stime globali 2020, tendenze e percorsi per il futuro*, 2: secondo tali dati, raccolti a livello mondiale, più di un quarto dei bambini di età compresa tra i cinque e gli undici anni, e quasi la metà di quelli compresi tra i dodici e i quattordici anni, che lavorano all'interno della famiglia, svolgono un lavoro pericoloso.

profitto strumentalizzando un altro soggetto (passivo), che di tale profitto non beneficia o beneficia in modo non proporzionato.

A livello familiare, l'approfittamento potrebbe sussistere laddove non vi sia confusione di sostanze tra il minore ed il familiare che impiega quest'ultimo, nelle ipotesi in cui, ad es., il familiare datore di lavoro non conviva o non abbia una comunanza di vita domestica col minore (si pensi al minore che lavori per parenti diversi dai genitori), o comunque utilizzi "per conto proprio" i frutti dell'attività lavorativa, disinteressandosi della cura del minore.

6. Appare non semplice distinguere, da un lato, le ipotesi di sfruttamento del lavoro, in cui l'uso della violenza o minaccia costituisce circostanza aggravante ad effetto speciale (peraltro di notevole impatto sul piano sanzionatorio, soprattutto con riferimento al minimo edittale della pena detentiva, che aumenta da uno a cinque anni *ex art. 603 bis co. 2 Cp*⁵⁶); e dall'altro lato, la fattispecie, decisamente più grave (in quanto punita con la reclusione da otto a vent'anni), di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, in cui tra le possibili modalità di realizzazione del fatto figura il «costringere» una persona - per riportare le parole del legislatore - «a prestazioni lavorative [...] ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento» (art. 600 co. 1 Cp), fattispecie in cui il legislatore definisce la condizione di servitù «uno stato di soggezione continuativa», e precisa che «La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità [...]» (art. 600 co. 2 Cp).

Al netto di uno scarso coordinamento tra i più recenti interventi di riforma, relativi in particolare al reato di sfruttamento del lavoro, ed il più ampio, preesistente quadro dei delitti contro la personalità individuale, e dunque al netto di una tecnica legislativa perfettibile, che sembra aver dato luogo ad una certa sovrapposibilità tra le due ipotesi criminose di cui sopra, per (provare a) tracciare una distinzione, sembra necessario prendere in considerazione la diversa intensità e durata dell'offesa al bene giuridico della libertà individuale, che entrambe le fattispecie tutelano.

Lo sfruttamento del lavoro aggravato dalla violenza o dalla minaccia comporta una compressione di portata inferiore alla libertà del soggetto, che non viene totalmente privato della possibilità di autodeterminazione e dello *status libertatis*, come avviene nella riduzione o nel mantenimento in servitù⁵⁷.

Potrebbe tornare di una qualche utilità, ai fini esplicativi, la distinzione, ormai consolidata nel diverso contesto dei delitti contro il patrimonio, tra reato di cooperazione artificiosa con la vittima e reato di usurpazione unilaterale. Anche l'estorsione (come lo sfruttamento del lavoro aggravato dalla violenza o dalla minaccia) prevede come elementi costitutivi, in alternativa, la violenza o la minaccia, ritenute compatibili con una limitata, residua possibilità di autodeterminazione della vittima, e dunque con un

⁵⁶ Il massimo edittale della reclusione, nell'ipotesi aggravata, aumenta da sei a otto anni; e la multa per ciascun lavoratore reclutato raddoppia.

⁵⁷ Cfr. Cass. 10.4.2013 (ud. 8.2.2013) n. 16313, A.A. e B.E., ricorrenti, in *GI* 2013, 2333 (con nota di M. A. Federici, *Sugli elementi costitutivi del delitto di riduzione in schiavitù*): «L'evento di riduzione o mantenimento di persone in stato di soggezione consiste nella privazione della libertà individuale [...] Pertanto, nel caso dello sfruttamento delle prestazioni altrui, la condotta criminosa non si ravvisa per sé nell'offerta di lavoro implicante gravose prestazioni in condizioni ambientali disagiate verso un compenso inadeguato, poi neanche versato, sol che la persona si determini liberamente ad accettarla, ma possa, al contempo, sottrarsi una volta rilevato il disagio concreto che ne consegue. Invece, la condizione sussiste quando si impedisce alla persona di determinarsi liberamente nelle sue scelte esistenziali, per via od in costanza di una situazione di soggezione come sopra definita»; ed in dottrina, A. Di Martino, *op. cit.*, 275 ss.; L. Bin, *Problemi "interni" e problemi "esterni" del reato di intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro (art. 603-bis c.p.)*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 10.3.2020, 20 ss.; più recentemente, V. Giordano, *Il bene giuridico tutelato nel reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Caporalato e sfruttamento del lavoro. Un'indagine di diritto penale, processuale penale e del lavoro*, a cura di M. Ferraresi – S. Seminara, Modena 2022, 67 ss.

rapporto interattivo, in cui la vittima, pur coartata, “coopera” al processo lesivo dei suoi diritti: di qui il concetto di (reato di) cooperazione artificiosa con la vittima; mentre nella rapina, reato di usurpazione unilaterale, violenza o minaccia sono (come noto) tali da privare completamente la vittima della capacità di formare ed attuare liberamente la propria volontà.

Mutatis mutandis, la violenza o la minaccia nel quadro del reato di sfruttamento del lavoro costituiscono elementi (eventuali) i quali, ove presenti, non sembrano comunque annullare completamente la volontà della vittima, che pur coartata, conserva una residua possibilità di scelta, la possibilità di far cessare il rapporto lavorativo, ad es. non presentandosi più sul luogo di lavoro. Nel caso della riduzione o del mantenimento in servitù, invece, la violenza o la minaccia, elementi necessari del reato (in alternativa con l’inganno, l’abuso di autorità o l’approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità), realizzano il totale assoggettamento della vittima.

E inoltre, sempre ai fini della distinzione tra queste due ipotesi criminose: lo sfruttamento del lavoro sembra un reato non richiedente necessariamente una significativa dimensione di durata; il delitto di riduzione o mantenimento in servitù, invece, richiede espressamente «uno stato di soggezione continuativa», che si protrae per un certo lasso di tempo⁵⁸.

La Corte EDU, nel caso *Chowdury ed altri c. Grecia*, afferma che «l’elemento fondamentale, che distingue la servitù dal lavoro forzato od obbligatorio in base all’art. 4 della Convenzione, consiste nella percezione nelle vittime della immutabilità della loro condizione e dell’insuscettibilità di evoluzione della situazione»⁵⁹. Nella specie, è stata esclusa la riduzione in servitù di quarantadue bengalesi reclutati, in assenza di permesso di soggiorno, in Grecia, per la raccolta delle fragole tra l’ottobre 2012 ed il febbraio 2013, sottoposti a turni quotidiani di diciannove ore, senza giorni di riposo, sotto il controllo di guardie armate, posti in alloggi fatiscenti, privi di acqua e di servizi igienici, minacciati dell’integrale perdita della retribuzione in caso di interruzione anticipata del rapporto da parte dei lavoratori, privati comunque della retribuzione nonostante l’effettuazione delle prestazioni previste, ed anzi feriti gravemente (ventuno di loro) con armi da fuoco, di fronte alle loro rimostranze.

Secondo la C. eur., la stagionalità dell’attività e la possibilità di recesso unilaterale del lavoratore sfruttato, recesso che comportava la perdita integrale della retribuzione, ma non era precluso con la

⁵⁸ Va detto che la giurisprudenza in tema di riduzione o mantenimento in schiavitù/servitù ha talvolta configurato il requisito della «continuatività», ovvero della durata temporale della soggezione, in termini abbastanza ristretti, ritenendo che anche un lasso di tempo di «dieci giorni» costituisca «un periodo assolutamente sufficiente a configurare la condotta in discussione», se «l’assoggettamento e la finalità di sfruttamento hanno avuto modo», pur in tale periodo invero contenuto, «di manifestarsi in maniera tendenzialmente stabilizzata, tale da porre la vittima in una condizione che non è stata semplicemente quella di chi è privato temporaneamente della libertà personale o è costretto ad esercitare il meretricio ma di chi viene asservito come una merce all’altrui posizione dominante per venire sfruttato in modo continuativo. La prospettiva dello sfruttamento è stata realizzata, dunque, in modo effettivo e a nulla rileva che l’intervento delle forze dell’ordine possa essere giunto a sovvertire il progetto criminoso ormai compiuto» (Cass. 1.10.2010, ud. 7.6.2010, n. 35479, in *unodc.org* – sito dell’*United Nations Office on Drugs and Crime*. Nella specie, giovanissime donne rumene, molte delle quali minorenni, venivano dapprima reclutate nel Paese d’origine, venendo scelte in base alle difficilissime condizioni economiche e familiari in cui versavano; alle stesse erano in taluni casi prospettati lavori di badante o baby-sitter ma, in numerosi casi, anche l’attività di prostituzione, cui sarebbero state avviate; venivano quindi illegalmente introdotte, a mezzo auto o bus, in Italia, dopo essere state private, ancor prima della partenza, dei passaporti, e in qualche caso anche violentate, per annullare ogni residua resistenza; esse venivano poi “vendute” o “distribuite” a Torino, tra i vari sfruttatori interessati; in alcuni casi, venivano poste sulla strada per il commercio del loro corpo senza poter percepire alcun guadagno). In tale ipotesi, sembra potersi segnalare come la riduzione o mantenimento in schiavitù/servitù, più che sulla «soggezione continuativa», possa fondarsi invero sulla *cessione con finalità di sfruttamento* (v. *infra*, par. 8), quale «esercizio su una persona di poteri corrispondenti al diritto di proprietà» ex art. 600 Cp.

⁵⁹ C. eur. 30.6.2017 n. 21884/15, *Chowdury ed altri v. Grecia*, § 99. Sulla servitù come forma «aggravata» di lavoro forzato od obbligatorio, cfr. C. eur. 11.1.2013, *C.N. e V. c. Francia*, §§89-91. Nella dottrina più recente, sull’art. 4 Cedu, v. F. Vitarelli, *La Grande Camera estende l’ambito di operatività dell’art. 4 CEDU: verso una sempre maggiore tutela delle vittime vulnerabili in contesti di sfruttamento*, in *RIDPP* 2020, 2118 ss.

forza, escludevano la configurabilità della «servitù» (art. 4 co. 1 Cedu) e portavano ad inquadrare invece la situazione dei ricorrenti nella meno grave ipotesi del «lavoro forzato» (art. 4 co. 2 Cedu). Da un lato, dunque, l'assoggettamento permanente del lavoratore, integrante la più grave ipotesi della servitù; dall'altro lato, una condizione temporanea di coercizione, qualificabile come «lavoro forzato od obbligatorio», ipotesi formalmente non presente nel sistema penale italiano con tale *nomen iuris*, con cui è nota a livello internazionale⁶⁰, e che *de iure condito* pare avvicinarsi alla nostra fattispecie di sfruttamento del lavoro aggravato dalla violenza o dalla minaccia (*ex art. 603 bis co. 2 Cp*); pur nella consapevolezza che il «lavoro forzato od obbligatorio» non richiede necessariamente la strumentalizzazione di uno «stato di bisogno» del soggetto passivo; sicché sarebbe probabilmente più opportuno disciplinare *de iure condendo* il lavoro forzato od obbligatorio non come ipotesi aggravata dello sfruttamento del lavoro, ma come fattispecie autonoma, di gravità intermedia tra lo sfruttamento del lavoro «semplice» e la servitù.

Dalle fonti sovranazionali in materia di «lavoro forzato od obbligatorio» sembra univocamente desumersi che non tutto quanto costituisce «lavoro forzato» assurge al più elevato, grave e prolungato stadio di compressione della libertà rappresentato dalla «servitù».

La Cedu distingue le due ipotesi all'art. 4 in tema di «proibizione della schiavitù e del lavoro forzato», trattandole separatamente, in commi distinti:

«1. Nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù.

2. Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato od obbligatorio».

La norma della Cedu da ultimo citata non contiene definizioni e si limita a prevedere quattro eccezioni al concetto di lavoro forzato, al co. 3: «Non è considerato “lavoro forzato od obbligatorio” ai sensi del presente articolo:

(a) il lavoro normalmente richiesto a una persona detenuta alle condizioni previste dall'articolo 5 della presente Convenzione o durante il periodo di libertà condizionale;

(b) il servizio militare o, nel caso degli obiettori di coscienza nei paesi dove l'obiezione di coscienza è considerata legittima, qualunque altro servizio sostitutivo di quello militare obbligatorio;

(c) qualunque servizio richiesto in caso di crisi o di calamità che minacciano la vita o il benessere della comunità;

(d) qualunque lavoro o servizio facente parte dei normali doveri civici».

Il concetto di lavoro forzato o obbligatorio è invece definito all'art. 2 co. 1 della Convenzione ILO (*International Labour Organization*, Organizzazione Internazionale del Lavoro) sul lavoro forzato del 1930 n. 29, ratificata dall'Italia con r.d. 29.1.1934 n. 274: «il termine lavoro forzato o obbligatorio indica ogni lavoro o servizio estorto a una persona sotto minaccia di una punizione e per il quale detta persona non si sia offerta spontaneamente» (corsivo nostro)⁶¹. Con la precisazione che deve trattarsi di un lavoro o un servizio di una certa entità⁶².

⁶⁰ Recentemente, per un'analisi di respiro internazionale, v. Organizzazione Internazionale del Lavoro, *Stime globali sulla schiavitù moderna. Lavoro forzato e matrimonio forzato. Sintesi del rapporto*, in *ilo.org*, settembre 2022; sugli apporti delle fonti internazionali alla delimitazione dei concetti di lavoro forzato e sfruttamento lavorativo, v. V. Mongillo, *Forced labour e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione*, in *RTrimDPenEc* 2019, 632 ss.

⁶¹ Si segnala che la versione in italiano, non ufficiale, pubblicata sulle pagine in lingua italiana del sito dell'ILO, traduce impropriamente la congiunzione inglese «and» con «o», anziché con «e», come è invece corretto (corsivo nostro nel testo riportato sopra).

⁶² V. C. eur. 11.10.2012 n. 67724/09, *C. N. e V. c. Francia*, § 74: «Al fine di chiarire la nozione di "lavoro" ai sensi dell'art. 4 co. 2 della Cedu, la Corte precisa che non tutto il lavoro richiesto a un individuo sotto la minaccia di una "pena" è necessariamente "lavoro forzato o obbligatorio", ai sensi di questa disposizione. Tra i fattori che devono essere presi in considerazione vi sono il tipo e la quantità di lavoro svolto. Questi fattori aiutano a distinguere tra il "lavoro forzato" e l'aiuto che ci si può ragionevolmente aspettare da altri membri della famiglia o da persone che condividono l'alloggio. In questo senso, nel caso *Van der Musselle c. Belgio* (23.11.1983, § 39, Serie A n. 70), la Corte ha utilizzato la nozione di "onere sproporzionato" per determinare se un avvocato fosse stato sottoposto a lavoro forzato, quando gli era stato richiesto di difendere gratuitamente i clienti come avvocato d'ufficio».

La «minaccia» di cui sopra non riguarda necessariamente un danno grave all'integrità fisica, ma un qualsiasi danno o penalizzazione per il lavoratore, quale ad es. la minaccia di non corresponsione del salario, di denuncia alle autorità nel caso di immigrati irregolari⁶³, o ancora la minaccia di non restituzione del documento d'identità o del passaporto del singolo lavoratore.

Tra gli indici di lavoro forzato si annoverano, secondo l'ILO:

1. violenza fisica,
2. restrizione/limitazione alla circolazione dei lavoratori⁶⁴,
3. assoggettamento per debiti,
4. rifiuto di corrispondere la retribuzione e/o parziale trattenuta,
5. sequestro di documenti di identità e/o passaporto,
6. minaccia di denuncia alle autorità⁶⁵.

Va detto che, con riferimento alle vittime minori, tali indici sembrano da ricalibrare, ed in particolare paiono integrare il «lavoro forzato od obbligatorio» anche comportamenti che, se realizzati nei confronti di un adulto, non assurgerebbero a tale più elevato livello di gravità: un impiego in condizioni non libere del minorenne può, infatti, essere facilmente realizzato approfittando del suo fisiologico stato di vulnerabilità, anche in assenza di una minaccia o violenza in senso stretto, ed apparire comunque meritevole di essere inquadrato nella fattispecie di «lavoro forzato od obbligatorio».

Così come il semplice fatto di rendere difficile per il minorenne contattare i suoi genitori può creare una situazione di isolamento da cui può derivare la coazione del minorenne; mentre una condotta di tal genere non sarebbe sufficiente a determinare una coazione in un adulto⁶⁶.

Può definirsi, inoltre, lavoro forzato minorile, anche un lavoro prestato dai minori quale diretta conseguenza del lavoro forzato prestato da uno o entrambi i genitori⁶⁷. Oggetto della coercizione da parte dei terzi, nel lavoro forzato minorile, possono essere dunque anche uno o entrambi i genitori del minore.

Una riformulazione del reato di sfruttamento del lavoro in grado di garantire una maggiore tutela, anche ai minorenni, oltre che più in linea con la Cedu, potrebbe essere ottenuta trasformando l'aggravante della violenza o minaccia di cui all'art. 603 *bis* co. 2 Cp in una fattispecie autonoma di «lavoro forzato od obbligatorio», in grado di abbracciare anche forme di coercizione (temporanea) realizzate in assenza di «stato di bisogno» del soggetto passivo, o in assenza di minaccia o violenza in senso stretto, come nell'ipotesi della vittima minorenne.

⁶³ Orientamento consolidato espresso, *ex multis*, da C. eur. 7.1.2022 n. 20116/12, *Zoletic e altri c. Azerbaijan*, § 147; C. eur. GC 25.6.2020 n. 60561/14, *S.m. c. Croazia*, §§ 142 e 281.

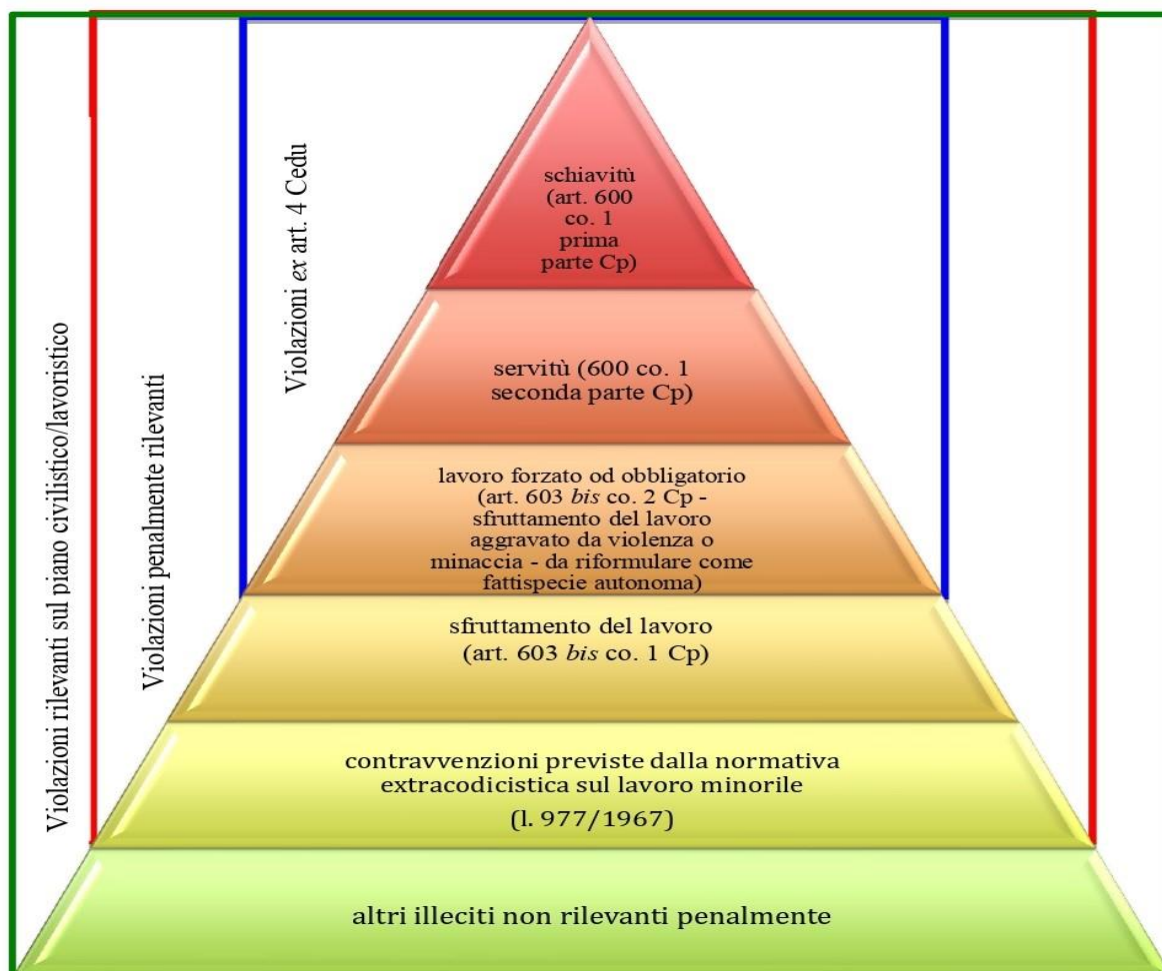
⁶⁴ Per un caso giurisprudenziale di sfruttamento del lavoro aggravato dalla violenza/minaccia (art. 603 *bis*, co. 2 Cp), in cui al lavoratore era fatto assoluto divieto di allontanarsi dalla postazione di lavoro per potersi rifocillare, v. recentemente F. Marchetti - C. M. Rovati, *L'esperienza della giurisprudenza penale sui reati di caporalato e sfruttamento del lavoro in Lombardia*, in *Caporalato e sfruttamento del lavoro. Un'indagine di diritto penale, processuale penale e del lavoro*, a cura di M. Ferraresi - S. Seminara, Modena 2022, 226 s.

⁶⁵ V. ILO, *Human Trafficking and Forced Labour Exploitation. Guidelines for Legislation and Law Enforcement*, 2005, 20 s.

⁶⁶ V. P. Southwell, M. Brewer, B. Douglas-Jones QC, *Human Trafficking and Modern Slavery Law and Practice*, London 2020, 400 ss.; ILO, *Harder to see, harder to count: Survey guidelines to estimate forced labour of adults and children*, in *ilo.org*, 2012, 16 ss. e 29 ss.

⁶⁷ V. R. C. Akhtar, C. Nyamutata, *op. cit.*, 291 s.

Volendo raffigurare “plasticamente” i diversi gradi e forme di offesa, differenziandoli a seconda del livello di gravità, si può ricorrere al seguente schema.



Alla base della piramide di cui sopra troviamo le ipotesi meno gravi di offesa agli interessi del lavoratore, che violano i diritti di quest’ultimo, ma rilevano solo sul piano civilistico/lavoristico, e non penale.

Al livello superiore di gravità si collocano le violazioni della normativa penale extracodicistica del 1967 (l. 977/1967), integranti reati contravvenzionali, puniti in modo blando (v. *supra* par. 2).

Ad un livello ancora superiore di gravità vi sono offese più gravi, integranti il delitto d’intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro *ex art. 603 bis Cp*.

Ai gradini successivi della “piramide” si collocano le forme di sfruttamento, penalmente rilevanti, che integrano anche una violazione dell’art. 4 della Cedu, equivalente all’art. 5 della Carta europea sui diritti fondamentali.

Il «lavoro forzato od obbligatorio», nel sistema penale italiano oggi inquadrabile (come detto) nell’ambito del reato di sfruttamento del lavoro aggravato dalla violenza o dalla minaccia *ex art. 603 bis co. 2 Cp*; ipotesi aggravata che potrebbe essere *de iure condendo* riformulata (v. *supra*) in modo più comprensivo ed in linea con la Cedu, nei termini di un’autonoma fattispecie di «lavoro forzato od obbligatorio».

Ad un livello più elevato, la «servitù».

Ed infine, al livello massimo di gravità, la «schiavitù», disciplinata insieme con la «servitù», nel quadro di un’unica norma incriminatrice, nel codice penale italiano, all’art. 600; e trattata separatamente, con differenti livelli sanzionatori, in altri sistemi penali (come ad es. quello francese,

laddove la schiavitù e lo sfruttamento di schiavi sono puniti con la reclusione fino a vent'anni *ex artt.* 224-1A e 224-1B *Code pénal*; la servitù, con la reclusione fino a dieci anni, *ex art.* 225-14-2 Cp francese).

Che il lavoro forzato od obbligatorio sia punito meno severamente della servitù (e della schiavitù, a maggior ragione) non appare di per sé irragionevole, trattandosi di un'offesa alla libertà individuale di minore intensità, in termini sia di durata, sia di compressione dell'autodeterminazione, ridotta ma non totalmente annullata.

Anche nel Cp francese il reato di lavoro forzato od obbligatorio (art. 225-14-1) è sanzionato con la reclusione fino a sette anni, pena meno grave rispetto a quella prevista per la servitù (reclusione fino a dieci anni, come visto sopra), e molto meno grave rispetto a quella per le pratiche di schiavitù (punte con la reclusione fino a vent'anni)⁶⁸.

E pure nel Cp spagnolo si prevede, coerentemente, per il reato di sfruttamento lavorativo realizzato con violenza o minaccia, ovvero per il lavoro forzato, una pena superiore rispetto all'ipotesi-base di sfruttamento lavorativo "semplice" (la pena-base della reclusione da sei mesi a sei anni è aumentata in caso di violenza o minaccia: art. 311 co. 5 Cp spagnolo), ed inferiore rispetto alla schiavitù, punita come «reato contro l'umanità», con la reclusione da quattro a otto anni (art. 607 *bis* co. 10 Cp spagnolo).

Un altro Cp, di introduzione relativamente recente, quello lituano, distingue nettamente il trattamento sanzionatorio del reato di lavoro forzato, punito con la reclusione fino a tre anni (art. 147 co. 1 Cp lituano); ed il lavoro schiavile o in «altre condizioni inumane», punito con la reclusione fino a otto anni (art. 147 co. 2 Cp lituano).

Nel sistema italiano, può forse apparire discutibile il livello sanzionatorio previsto per lo sfruttamento del lavoro con modalità violente o minacciose, punito con la reclusione da cinque a otto anni e con la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato, se si pongono a confronto tali conseguenze sanzionatorie con quelle, più elevate, previste per il reato di estorsione; quest'ultimo reato pare anch'esso prestarsi invero ad intercettare simili gravi violazioni nel contesto lavorativo, è stato in effetti utilizzato più volte in tal senso dalla giurisprudenza, anche di legittimità⁶⁹, ed è punito con la più grave (a confronto dello sfruttamento del lavoro) sanzione della reclusione da cinque a dieci anni e della multa da euro 1.000 a euro 4.000 (art. 629 co. 1 Cp italiano), che salgono alla reclusione da sette a venti anni ed alla multa da euro 5.000 a euro 15.000 laddove sia presente taluna delle aggravanti speciali (artt. 628 co. 3 – 629 co. 2 Cp), come quella, che appare di facile verifica nel contesto lavorativo, della commissione ad opera di «più persone riunite».

Al reato di estorsione è stato fatto ricorso, a tutela del lavoratore sfruttato, soprattutto prima dell'introduzione del reato di sfruttamento del lavoro *ex art.* 603 *bis* Cp, col presupposto che la «minaccia», elemento costitutivo del reato di estorsione, può avere ad oggetto il licenziamento, o la mancata assunzione, o ancora la denuncia alle autorità di immigrati in condizioni di irregolarità⁷⁰; e

⁶⁸ *Contra*, nel senso dell'inquadramento del lavoro forzato nell'ambito di un'unica fattispecie di «riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù e lavoro forzato», equiparando sul piano sanzionatorio le tre ipotesi, v. S. Seminara, *L'incriminazione che non c'è: il lavoro forzato*, in www.penalecontemporaneo.it 12.12.2023, 30 s.

⁶⁹ V. le tre note successive.

⁷⁰ V. Cass. 5.5.2016 (ud. 14.4.2016) n. 18727, ric. Carpentieri, in *FI* 2016, II, 345: «Integra il reato di estorsione la condotta del datore di lavoro che, approfittando della situazione di debolezza dei dipendenti a causa del difficile contesto occupazionale, anteriormente alla conclusione del contratto e durante lo svolgimento del rapporto di lavoro, impone al lavoratore di accettare condizioni di lavoro deteriori a fronte della minaccia di mancata assunzione o di licenziamento (nella specie, le condizioni imposte riguardavano, in particolare, la sottoscrizione di una lettera di dimissioni in bianco, la corresponsione di una retribuzione inferiore a quella risultante dalla busta paga, nonché il prolungamento non dichiarato dell'orario di lavoro)»; e sulla stessa linea, Cass. 1.7.2010 (ud. 1.7.2010) n. 32525, Tramontana, in *Lavoro giur.* 2010, 1085, con nota di A. Piovesana, ed in *FI* 2011, II, 100: «Correttamente viene configurato il reato di estorsione nella condotta del datore di lavoro il quale, minacciando il licenziamento o la mancata assunzione, faccia accettare condizioni di lavoro contrarie alla legge o alla contrattazione collettiva, quali lavoro in nero, trattamenti economici inferiori rispetto al pattuito, sottoscrizione di lettere di dimissioni in bianco, rinuncia a congedi per malattia o per infortunio, così

che l'ulteriore elemento rappresentato dall'«altrui danno» può consistere in trattamenti economici inferiori rispetto a quanto pattuito⁷¹, o non adeguati rispetto alle prestazioni effettuate, oppure nella sottoscrizione di lettere di dimissioni in bianco, nella rinuncia a congedi per malattia o per infortunio⁷², nel lavoro in nero, o più in generale in condizioni di lavoro contrarie alla legge o alla contrattazione collettiva.

Dunque, il recentemente introdotto delitto di sfruttamento del lavoro, se nell'ipotesi-base di tale reato, realizzato in forma non violenta o minacciosa, comporta un avanzamento di tutela rispetto al preesistente *statu quo* dei diritti del lavoratore, può rischiare di tradursi irragionevolmente in una minor tutela del lavoratore laddove lo sfruttamento sia commesso con violenza o minaccia, essendo tale ipotesi già sussumibile nel più grave reato di estorsione; il quale potrebbe però veder ridotti i suoi margini applicativi, proprio alla luce dell'introduzione del più specifico reato di sfruttamento del lavoro *ex art. 603 bis Cp*⁷³.

Va detto, tuttavia, che il concorso di quest'ultima norma con quella in tema di estorsione non appare pianamente risolvibile alla luce del principio di specialità, e dunque nel senso dell'applicazione dell'art. 603 *bis c.p.*; ciò perché il concetto di «altrui danno», nell'estorsione, sembra avere una dimensione spiccatamente patrimoniale, a differenza dello sfruttamento del lavoro, reato caratterizzato in senso più personalistico, e dunque da questo punto di vista più ampio, non interamente contenuto in quello di estorsione, e quindi non necessariamente prevalente sull'estorsione in ragione del criterio della specialità. Risolvendo il concorso apparente tra le due norme in oggetto (art. 629 e art. 603 *bis co. 2 Cp*) alla luce del differente criterio dell'assorbimento, è da considerare norma *c.d.* prevalente quella operante il trattamento penale più severo, ovvero quella in tema di estorsione⁷⁴. Sicché quest'ultimo reato parrebbe tuttora teoricamente applicabile laddove siano presenti, oltre alla condotta violenta o minacciosa, gli elementi dell'ingiusto profitto in senso patrimoniale, a favore datore di lavoro, e del danno patrimoniale (anche eventualmente nelle forme del lucro cessante) al lavoratore; elementi (questi ultimi) non richiesti, invece, nel quadro del reato di sfruttamento del lavoro aggravato dalla violenza o minaccia.

La fattispecie di estorsione sembra porsi ad un livello intermedio di gravità tra il reato di sfruttamento del lavoro e quello di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù; e tuttavia, se pure il reato di estorsione parrebbe tuttora, *de iure condito*, astrattamente applicabile, la soluzione preferibile sembra prevedere *de iure condendo* una fattispecie specifica a tutela del lavoratore, quale il reato di lavoro forzato, ad un livello intermedio di gravità: *i.e.* ad un livello superiore allo sfruttamento del

procurandosi l'ingiusto profitto rappresentato dalla mancata erogazione di somme legalmente dovute, anche per oneri contributivi e previdenziali o per prestazioni straordinarie di lavoro, con pari danno per i dipendenti».

⁷¹ V. Cass. 21.9.2010 n. 36276, in *FI* 2010, II, 576 (nella specie, il datore di lavoro, in concorso col consulente del lavoro, imponeva ai propri dipendenti la firma di prospetti paga per importi superiori a quelli effettivamente corrisposti, a fronte della minaccia, poi attuata, del licenziamento). Sulla stessa linea, Cass. 4.11.2009 n. 656, in *CP* 2011, 587; Cass. 5.10.2007 (ud. 21.9.2005) n. 36642, Levanti, in *FI* 2007, II, 662, ed in *DPP* 2008, p1022, con nota di C. Sella, *Grave disagio occupazionale: l'imprenditore che ne trae vantaggio pone in essere un'estorsione?*; e più recentemente, Cass. 26.2.2019 n. 8477, in *CEDCass*, m. 275613-01; Cass. 8.3.2017 (ud. 14.2.2017) n. 11107, Tessitore, *ivi*, m. 269905; Cass. 12.1.2015, n. 677, *ivi*, m. 261553.

⁷² V. Cass. 1.7.2010 n. 32525, in *FI* 2011, II, 100.

⁷³ È forse un esempio di tale riduzione dei confini applicativi del reato di estorsione, Cass. 17.5.2019 n. 21798, in *CEDCass*, m. 275783-01: «In tema di estorsione, non integra il reato la condotta del datore di lavoro che, al momento dell'assunzione, prospetti agli aspiranti dipendenti l'alternativa tra la rinuncia a parte della retribuzione e la perdita dell'opportunità di lavoro, in quanto, pur sussistendo un ingiusto profitto per il primo, costituito dal conseguimento di prestazioni d'opera sottopagate, non v'è prova che l'ottenimento di un impiego rechi un danno ai lavoratori rispetto alla preesistente situazione di disoccupazione. (In motivazione, la Corte ha precisato che deve invece ritenersi sussistente il reato nel caso in cui il datore di lavoro, nella fase esecutiva del contratto, corrisponda ai lavoratori, sotto minaccia della perdita del posto di lavoro, uno stipendio ridotto rispetto a quanto risultante in busta paga, essendo in tal caso evidente il danno recato ai predetti)».

⁷⁴ Sull'assorbimento del reato di sfruttamento del lavoro nel più grave reato di estorsione, cfr. S. Orlando, *Il delitto di "caporalato" tra diritti minimi della persona e tutela del mercato del lavoro*, in *RTrimDPenEc* 2020, 652.

lavoro, anche all'attuale sfruttamento del lavoro aggravato dalla violenza o minaccia, e (ad un livello) inferiore alla servitù/schiavitù.

Perché sussista quest'ultimo più grave delitto non pare sufficiente il ricorso alla violenza od alla minaccia, previsto nello sfruttamento aggravato del lavoro e nell'estorsione, ma sembrano in sostanza necessari due ulteriori requisiti: la violenza o la minaccia realizzate ai danni della vittima devono determinare una soggezione caratterizzata da una dimensione significativa di durata; e in aggiunta, la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo deve essere annichilita, non soltanto compressa in modo parziale.

7. Con riferimento a vittime minorenni, più vulnerabili rispetto agli adulti sul piano della libertà di autodeterminazione, va detto che una condotta violenta o minacciosa pare difficilmente compatibile con una residua libertà di autodeterminazione della vittima, e dunque dei due elementi discretivi della servitù/schiavitù, da accertarsi cumulativamente – annullamento della libertà di autodeterminazione e durata dell'assoggettamento – sembra quest'ultimo quello più rilevante ai fini della distinzione con altre meno gravi ipotesi di reato, quali appunto lo sfruttamento del lavoro aggravato dalla violenza o minaccia e l'estorsione.

Pare il caso di precisare che l'offesa alla libertà di autodeterminazione necessaria per integrare le pratiche di servitù/schiavitù non deve tradursi necessariamente nella compressione della libertà di movimento della vittima; libertà di movimento che potrebbe essere consentita al soggetto passivo, proprio in quanto funzionale alla realizzazione del più grave reato di servitù/schiavitù.

Si pensi alla costrizione della vittima all'accattonaggio, attestata con una certa frequenza nei repertori giurisprudenziali, relativamente proprio a vittime minorenni⁷⁵.

Una certa libertà di movimento appare compatibile con l'assoggettamento continuativo della vittima, tenuta comunque sotto rigida sorveglianza⁷⁶.

La libertà del soggetto passivo potrebbe residuare in ambiti di nessuna rilevanza rispetto alla soggezione che di lui è fatta, con l'effetto di ridurre comunque la vittima ad essere, in tutto o quasi, una "cosa" di proprietà dell'agente⁷⁷.

Né appare determinante, specie laddove il reato di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù sia realizzato a danno di minorenni, la percezione che questi ultimi abbiano della propria condizione⁷⁸; percezione che potrebbe difettare, ad es., nell'ipotesi in cui le vittime siano figli dei soggetti attivi, ipotesi anch'essa attestata drammaticamente con una certa frequenza, nella casistica⁷⁹.

Nel quadro del reato di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, ed in particolare nell'ipotesi di sistematica e continuativa costrizione di minorenni all'accattonaggio o ad altro tipo di prestazione lavorativa, totalmente assorbente o comunque tale da impedire al minore un'istruzione ed uno sviluppo psichico adeguati, non pare potersi concedere spazio alla causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto, con riferimento alle consuetudini o alle tradizioni culturali delle popolazioni zingare, o rom, per le quali le attività di accattonaggio, o *mangel*, assumono come noto valore significativo⁸⁰, né alle consuetudini di altre popolazioni che attribuiscono al padre poteri

⁷⁵ V. Cass. 29.1.2016 n. 23590, S. M., in *Fam. e Dir.* 2016 ed in *Quot. Giur.* 2016. Più recentemente, nel senso che «per la configurabilità del delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù non è necessaria un'integrale negazione della libertà personale», v. Cass. 14.4.2021 (ud. 4.2.2021) n. 13815, ric. Proc. gen. App. Firenze e C. M., in *GI* 2022, 739, con nota di F. Ceccaroni, *Il delitto di schiavitù tra "tipicità postuma" e reviviscenza del plagio*, ed in *onelegale.wolterskluwer.it*.

⁷⁶ V. C. eur. 31.7.2012 (ud. 3.7.2012) n. 40020/3, *M. e altri c. Italia e Bulgaria*, in *onelegale.wolterskluwer.it*, p. 30.

⁷⁷ Così, Cass. 29.1.2016 n. 23590, cit.; Cass. 24.9.2013, n. 44385, in *CEDCass*, m. 257564.

⁷⁸ V. Cass. 19.2.2016 n. 15632, K. H., in *Fam. e Dir.* 2016; Cass. 8.4.2014 n. 44017, N., in *CEDCass*, m. 26098.

⁷⁹ *Ex multis*, v. Cass. 8.4.2014 n. 44017, N., in *CEDCass*, m. 26098; Cass. 15.4.2010, n. 18072, S., *ivi*, m. 247149.

⁸⁰ V. Cass. 28.9.2012 (ud. 15.6.2012) n. 37638, L. V., in *onelegale.wolterskluwer.it*; e sulla stessa linea, Cass. 25.1.2007 (ud. 26.10.2006) n. 2841, D., in *DPP* 2007, 583, ed in *CP* 2007, 4587, con nota di F. Carcano, *L'accattonaggio dei minori: tra delitto e contravvenzione*.

totalizzanti sulla vita del figlio, poteri contrastanti con principi fondamentali di diritto e civiltà vigenti nel territorio nazionale in cui si siano svolti i fatti⁸¹. La consuetudine può, infatti, avere efficacia scriminante solo quando sia richiamata da una legge, secondo il principio di gerarchia delle fonti *ex art. 8 dpCc*⁸².

Né tale fattore culturale può ritenersi operante a livello di colpevolezza (*v. infra par. 10*)⁸³.

8. Laddove il soggetto passivo si trovi fisiologicamente in una situazione di vulnerabilità o di inferiorità fisica o psichica rispetto al soggetto attivo, come nel caso del rapporto figli minori-genitori, la riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione continuativa potrebbero realizzarsi anche col mero «approfittamento» di tale stato del soggetto passivo, ovvero con l'«abuso di autorità», in assenza di violenza, minaccia o inganno: queste ultime modalità di attuazione della condotta sono, infatti, previste dal legislatore come alternative a quella di «abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica o psichica» (il concetto di «vulnerabilità», assente nella prima importante riforma dell'art. 600 Cp, operata con l. 11.8.2003 n. 228, recante misure contro la tratta di persone, è stato successivamente aggiunto con d. lgs. 4.3.2014 n. 24); ed altre modalità, sempre alternative, di assoggettamento continuativo sono l'approfittamento di «una situazione di necessità», o ancora «la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona» (art. 600 co. 2 Cp).

E anche al di fuori dei rapporti familiari, la riduzione o il mantenimento del minore in uno stato di soggezione continuativa potrebbero realizzarsi in assenza di violenza, minaccia od inganno, mediante il mero approfittamento della situazione di inferiorità fisica o psichica del minore.

In tali ipotesi, non sembra necessario il dispiegarsi di una condotta volta ad annullare la libertà di autodeterminazione del minore, che appare comunque insussistente in ragione della vulnerabilità di quest'ultimo, di per sé privo, *ratione aetatis*, della possibilità di compiere una scelta effettiva, diversa dal sottostare all'abuso.

Elemento necessario ai fini dell'integrazione del delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù appare, invece, lo «sfruttamento» della vittima, sul piano lavorativo, oppure (in altri contesti, che esulano dal presente studio) sessuale, o ancora come fonte di organi da prelevare. Lo sfruttamento deve adeguatamente rispecchiarsi nell'elemento psicologico, in un corrispondente dolo di lucro o altra utilità, anche non economica⁸⁴.

Proprio in ragione della mancanza dell'elemento dello sfruttamento, sembra potersi escludere che l'inserimento di un minore, *uti filii*, nel proprio nucleo familiare, anche dietro pagamento di una somma di denaro, in assenza di prestazioni lavorative (o di altro genere, ad es. sessuali, in contesti ovviamente diversi da quello che qui ci occupa) imposte al minore, possa di per sé integrare il reato di riduzione o mantenimento in schiavitù/servitù *ex art. 600 Cp*⁸⁵, ovvero la fattispecie di acquisto od

⁸¹ V. Cass. 19.9.2008 (ud. 4.6.2008) n. 36058, M. S. H., in *onelegalewoltersklower.it*.

⁸² In questi termini, v. M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano 2004, 39.

⁸³ V. Cass. 15.4.2010 n. 18072, S., in *CEDCass*, m. 247149.

⁸⁴ V. M. Bertolino, *Il minore vittima di reato*, Torino 2010, 142; A. Peccioli, "Giro di vite" contro trafficanti di esseri umani: le novità della legge sulla tratta di persone, in *DPP* 2004, 39.

⁸⁵ V. Cass. 18.1.2016 (ud. 14.7.2015) n. 1797, in *CEDCass*, m. 265884; Cass. 24.9.2015 n. 43084, Pmt e altri, *ivi*, m. 265229; sulla stessa linea, Cass. 6.6.2008 (ud. 6.6.2008) n. 32986; Cass. 6.10.2004 (c.c. 10.9.2004) n. 39044, Braidich, in *DPP* 2006, 66 (con commento di A. Peccioli), in *CP* 2007, 160 (con nota di A. Rossetti, *Riduzione in schiavitù e nuovo art. 600 c.p.: riflessioni in tema di selezione delle condotte punibili*), ed in *GI* 2008, 1234 (con nota di D. Martinelli): «La nozione di riduzione in schiavitù, alla base del reato di cui all'art. 600 cod. pen., come modificato dalla legge n. 228 del 2003, è connotata non solo e non tanto dal concetto di proprietà in sé dell'uomo sull'uomo, ma dalla finalità di sfruttamento di tale proprietà, per il perseguimento di prestazioni lavorative forzate o inumane, di prestazioni sessuali pure non libere, di accattonaggio coatto, obblighi "di fare" imposti mediante violenza fisica o psichica. La detta finalità di sfruttamento è quella che distingue la fattispecie dell'art. 600 da ogni altra forma di inibizione della libertà personale, considerata quest'ultima come facoltà di spostamento nel tempo e nello spazio e tutelata dagli artt. 605-609 decies cod. pen.

alienazione di una persona in condizioni di schiavitù/servitù *ex art. 602 Cp*⁸⁶, punita allo stesso modo della riduzione o mantenimento in schiavitù/servitù.

Ciò a meno che non si voglia considerare l'adozione illegale, di per sé, una forma di sfruttamento, al pari del matrimonio forzato: soluzione recentemente prospettata dalla Commissione europea, nella *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, laddove all'art. 1 si propone di includere tra le forme di sfruttamento «il matrimonio forzato o l'adozione illegale» (corsivo nostro), insieme con le già previste forme di sfruttamento, quali «lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, compreso l'accattonaggio, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù, lo sfruttamento di attività illecite o il prelievo di organi».

Un'assimilazione, quella tra adozione illegale, matrimonio forzato ed altre forme di sfruttamento della persona già da tempo espressamente riconosciute, che pare condivisibile con riferimento al matrimonio forzato, il quale sembra potersi includere già *de iure condito*, senza particolari difficoltà, nel concetto di sfruttamento, ma che appare più problematica relativamente all'adozione illegale: a quest'ultima condotta non sembra, infatti, univocamente associabile un disvalore pari alle altre forme di sfruttamento citate, potendo essa anzi caratterizzarsi in senso umanitario, o comunque tradursi talvolta in un beneficio, anziché in un danno per il minorenne.

De iure condito, nel sistema giuridico italiano, l'acquisto di un neonato seguito dalla falsa attestazione della paternità, in assenza di sfruttamento in senso stretto, ovvero in assenza di obblighi di natura lavorativa, sessuale o di dazione di organi, a carico del minore e a vantaggio del soggetto attivo o di terzi, pare da ricondurre non nei gravissimi reati c.d. di schiavitù/servitù *ex artt. 600 ss. Cp*, ma nella meno grave ipotesi di alterazione di stato *ex art. 567 Cp*⁸⁷.

Oppure nell'ancor meno grave ipotesi di affidamento abusivo di minore *ex art. 71 co. 5 l. 4.5.1983 n. 184*, qualora il soggetto affidatario non consolidi sul piano legale, mediante falsità, il suo rapporto col minore, ma accolga comunque il minore «in affidamento, con carattere di definitività», «in violazione delle norme di legge in materia di adozione», «consegnando o promettendo denaro od altra utilità a terzi»⁸⁸.

Nel caso in cui il minorenne sia, invece, acquistato e sfruttato, a livello ad es. lavorativo, o peggio ancora nell'attività delinquenziale, per perpetrare furti nella casistica più diffusa al riguardo (c.d. bambini argati), le fattispecie in tema di schiavitù o servitù paiono invece configurabili⁸⁹; in concorso

(Fattispecie nella quale è stato affermato che la cessione di neonato "*uti filius*", verso il pagamento di una somma di denaro od altra utilità, non poteva essere inquadrata nella fattispecie di cui all'art. 600 in quanto il fine di lucro, nel caso concreto, era rimasto nell'ambito della "riserva mentale")».

Occorre segnalare, però, che quest'ultima posizione della Cassazione appare discutibile nella parte in cui ricostruisce l'elemento dello «sfruttamento» non quale evento del reato, ma come oggetto di un dolo specifico dell'agente.

⁸⁶ Sul reato di acquisto o alienazione di una persona in condizioni di schiavitù o servitù, la cui autonoma funzionalità non appare chiara, v. (per limitarsi alle principali opere monografiche) G. Caruso, *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice Penale. Contributo all'interpretazione della l. 11 agosto 2003, n. 228*, Milano 2005, 14 s.; P. Scevi, *Nuove schiavitù e diritto penale*, Milano 2014, 73 ss.

⁸⁷ Cfr. Cass. 16.10.2012 (ud. 9.10.2012) n. 40610, in *dirittoegiustizia.it*; Cass. 18.1.2016 (ud. 14.7.2015) n. 1797, cit.: in quest'ultimo caso, per riportare le parole della Corte, «l'introduzione nel territorio nazionale del piccolo R. non era mirata all'espletamento di una irregolare pratica di adozione, né altra forma di affidamento del predetto ai coniugi C.N., ma [...], a fargli assumere l'identità del figlio (mai nato) della predetta coppia. R. non doveva dunque divenire figlio adottivo dei C.N. ma doveva figurare come loro figlio naturale».

⁸⁸ Recentemente, sull'affidamento illecito di minore *ex art. 71 l. 184/1983*, v. M. Bertolino, *Tutela penale della famiglia adottiva*, in *Reati contro la famiglia*, a cura di M. Bertolino, Torino 2022, 290 ss.; sui rapporti, in particolare, tra reati in materia di adozione, alterazione di stato e riduzione in schiavitù, C. Candiotti, *Delitti in materia di adozione*, in *Diritto penale della famiglia e dei minori*, a cura di E. Palermo Fabris, A. Presutti, S. Riondato, Milano 2019, 194 s.

⁸⁹ Cass. 13.7.2010 n. 35923. Cfr., con riferimento alla fattispecie *ex art. 600 Cp* prima della riforma del 2003, Cass. S.U. 20.11.1996, ric. Ceric, in *FI* 1997, II, 313, con nota di C. Visconti, *Riduzione in schiavitù: un passo avanti e due indietro*

col reato di violenza o minaccia per costringere a commettere un reato *ex art.* 611 Cp, laddove sia riscontrabile la finalità di costringere o determinare il soggetto passivo a commettere un fatto di reato, e tale finalità sia perseguita dal soggetto attivo attraverso una condotta violenta o minacciosa⁹⁰.

Nelle ipotesi di cessione di minore, appare determinante il tipo di trattamento cui viene destinato tale soggetto, indipendentemente dalla previsione di un pagamento per la cessione stessa: se la cessione si traduce nello sfruttamento del minore, in termini di prestazioni lavorative, di accattonaggio, di compimento di attività illecite, o anche (in contesti che esulano dal presente studio) in termini di prestazioni sessuali, o di sottoposizione del minore al prelievo di organi, il reato di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù *ex art.* 600 Cp appare configurabile in capo al *cessionario* che imponga al minore tali prestazioni.

Più complessa, e da articolare in relazione al suo stato psicologico, appare invece la posizione del *cedente*: per attribuire la responsabilità a carico anche di quest'ultimo per il reato di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, sembra necessario accertare, in capo al cedente, la consapevolezza del trattamento vessatorio ai danni del minore.

Pare il caso di segnalare che, a carico del soggetto il quale «recluti», «trasferisca», «ceda» od «ospiti» il minore destinato alle vessazioni di cui sopra, sembra configurabile anche il reato di tratta (punito, nell'ipotesi-base, allo stesso modo della riduzione o del mantenimento in schiavitù o in servitù, e con un'aggravante speciale laddove commesso dal «comandante o l'ufficiale della nave nazionale o straniera» *ex art.* 601 co. 3 Cp); reato per la cui integrazione è sufficiente la mera condotta di reclutare, o far circolare, od alloggiare il soggetto passivo⁹¹, col dolo specifico di «indurre o costringere» quest'ultimo «a prestazioni lavorative», «ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento» (art. 601 co. 1 Cp), o ancora (in contesti che esulano ovviamente dal lavoro minorile) di indurlo o costringerlo «a prestazioni sessuali», «o a sottoporsi al prelievo di organi»; senza la necessità che tali eventi di sfruttamento si siano già realizzati.

In assenza di sfruttamento o di finalità di sfruttamento del soggetto passivo nei termini di cui sopra, paiono invece configurabili a carico del cedente i meno gravi reati di affidamento abusivo di minore, o di avvio all'estero del minore perché sia definitivamente adottato, *ex art.* 71 co. 1 l. 4.5.1983 n. 184⁹²; o ancora, il reato di introduzione in Italia di minori stranieri a scopo di affidamento a cittadini italiani⁹³, ipotesi punibile in presenza di dolo specifico di utilità, economica o non, frutto della cessione, a favore del soggetto cedente, *ex art.* 72 della stessa legge, con le stesse sanzioni.

Ci si potrebbe domandare: al cedente che non abbia agito col fine specifico di indurre o costringere il minore alle vessazioni di cui sopra (cedente al quale non pare, dunque, applicabile il reato di tratta), ma possa prefigurarsi questa possibile destinazione del minore, il reato di riduzione in schiavitù o in servitù è applicabile solo nel caso in cui lo sfruttamento del minore nelle forme tipiche di cui sopra

delle Sezioni unite?, ed in *CP* 1998, 36, con nota di E. Amati, *Sul concetto di "condizione analoga alla schiavitù"*; Cass. 19.5.1998 n. 7929, in *DPP* 1998, 1085; Cass. 9.2.1990 n. 4852.

⁹⁰ V. Cass. 1.7.2011 n. 30570, in *CEDCass*, m. 250589; Cass. 20.3.1990 (ud. 7.12.1989) n. 3909, Iret Elmar, in *CEDCass*, m. 183777.

⁹¹ Nel caso di soggetto passivo minorenni, alla luce della riforma di cui al d. lgs. 24/2014 (attuativo della dir. 2011/36/UE), la tratta si perfeziona con una condotta di reclutamento, trasferimento od alloggio, di persona asservita o a scopo di asservimento, indipendentemente dalle modalità ingannatorie, violente, minacciose, ecc., di cui al co. 1 dell'art. 601 Cp; modalità richieste, dunque, oggi, solo per la tratta di soggetti adulti. Nella dottrina penalistica, sul reato di tratta, v. (per limitarsi alle opere monografiche) G. Caruso, *op. cit.*, 10 ss.; P. Scevi, *op. cit.*, 65 ss.

⁹² Rispetto alla fattispecie di affidamento abusivo, che può considerarsi reato di danno, l'ipotesi di avvio del minore all'estero a scopo di affidamento sembra caratterizzarsi per un'anticipazione di tutela, nelle forme del reato di pericolo: v. sul punto M. Bertolino, *op. cit.*, 293 s., ove viene trattato anche il differente e controverso tema se il reato di avvio di minore all'estero a scopo di affidamento richieda, ai fini della consumazione, l'effettivo espatrio del minore.

⁹³ Anche il reato di introduzione in Italia di minore straniero a fini di affidamento appare caratterizzato da un'anticipazione di tutela rispetto al reato di affidamento del minore. Discutibile appare la limitazione, operata dal legislatore, per cui destinatari dell'affidamento, nel quadro di quest'ultima ipotesi di reato, possono essere unicamente i cittadini italiani. V. M. Bertolino, *op. cit.*, 298.

sia in concreto avvenuto, oppure anche nel caso in cui il minore sia stato destinato a tale sfruttamento, ma lo sfruttamento non si sia ancora verificato?

Il reato di riduzione in schiavitù o servitù *ex art. 600 c.p.* sembra richiedere che le prestazioni/attività della vittima «comportanti lo sfruttamento» di quest'ultima si siano in concreto realizzate.

Si potrebbe però ritenere che il soggetto cedente il minore, già al momento in cui “commercializza” il minore stesso, alienandolo ad un terzo, «eserciti sulla persona poteri corrispondenti al diritto di proprietà»⁹⁴ – questa la formulazione della norma sulla riduzione in schiavitù *ex art. 600 Cp*, come derivante dalla Convenzione di Ginevra del 1926, art. 1, che definisce la schiavitù «lo stato o la condizione di persone su cui sono esercitati alcuni o tutti i poteri del diritto di proprietà».

La cessione di minore, di per sé considerata, in assenza di elementi ulteriormente offensivi della personalità del minore, difficilmente sembra poter essere qualificata, *de plano*, come pratica di schiavitù, o di servitù (apparendo piuttosto, quella di cessione, una condotta “plurivoca”, che può essere anche lontana dal concetto di sfruttamento del minore stesso, il quale potrebbe talvolta trarne persino un beneficio); ove però lo sfruttamento del minore si profili, sullo sfondo, come possibile esito della cessione, anche se il cedente non ha agito col fine specifico d'indurre o costringere il minore alle vessazioni di cui sopra, ma è consapevole che il minore è avviato a tale percorso di sfruttamento, il comportamento del cedente non sembra meritevole di una “considerazione privilegiata”, *i.e.* di essere inquadrato nell'ambito delle meno gravi fattispecie di affidamento abusivo di minore *ex l. 184/1983*, ma pare riconducibile alle pratiche di schiavitù.

Anche la Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi, e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù, adottata a Ginevra nel 1956, con riferimento alla cessione di minori sembra utilizzare una formula che, pur non del tutto perspicua, pare in linea con le conclusioni di cui sopra: all'art. 1 lett. c n. 4 di tale Convenzione si prevede, infatti, che la cessione di minorenni rientri tra le «istituzioni o pratiche analoghe alla servitù», indipendentemente dalla previsione o meno di un compenso per la cessione stessa, laddove tale cessione avvenga «*with a view to the exploitation of the child or young person or of his labour*», ovvero (traducendo letteralmente) «nella prospettiva dello sfruttamento del minore o del suo lavoro». Quest'ultima formula pare riguardare non solo le condotte che hanno il fine specifico di indurre o costringere il soggetto passivo alle attività/prestazioni vessatorie, ma anche ogni condotta che, pur volta ad altri fini, come quello di profitto, sia accompagnata tuttavia dalla consapevolezza che il minore è destinato a tali prestazioni vessatorie.

9. I reati contro la personalità individuale vedono un ampliamento della giurisdizione extraterritoriale italiana, rispetto alla disciplina-base sull'ambito di validità spaziale della nostra legge penale *ex artt. 7 ss. Cp*. Le ipotesi prese in considerazione dalla disposizione speciale relativa ai fatti commessi all'estero – l'art. 604 Cp – sono tre:

- 1) fatto commesso da cittadino italiano;
- 2) fatto commesso in danno di cittadino italiano;
- 3) fatto commesso in concorso di persone da uno straniero ed un cittadino italiano: in quest'ultima ipotesi, la punibilità dello straniero è condizionata alla richiesta del Ministro di grazia e giustizia.

⁹⁴ Cfr., con riferimento però alla diversa ipotesi della cessione di donna destinata ad essere sfruttata come prostituta, Cass. 1.4.2015 (ud. 13.2.2015) n. 13908, A. G., in *AP* 2015, n. 3 (con nota di S. Treglia, *Art. 600 c.p.: nuova dimensione del bene giuridico protetto e profili di “incidentale” attualità anche alla luce del recente caso Cestaro c. Italia*): «Integra il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù colui che proceda alla vendita ad altri di un essere umano, atteso che, in tal modo, egli esercita sullo stesso un potere corrispondente al diritto di proprietà. [...] Ne discende, pertanto, la sussistenza del reato suddetto nel caso di colui che sfrutta la prostituzione della persona offesa eccedendo il normale rapporto di meretricio».

Laddove il fatto sia, invece, commesso all'estero esclusivamente da uno o più soggetti stranieri, la legge penale italiana incontra logicamente limiti più stringenti alla sua applicabilità, possibile ai sensi dell'art. 10 co. 2 Cp, solo laddove ricorrano i seguenti presupposti:

richiesta del Ministro della giustizia;

il colpevole si trova nel territorio dello Stato italiano;

si tratta di delitto punito con l'ergastolo o con la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni;

l'extradizione del colpevole non è stata concessa ovvero non è stata accettata dal Governo dello Stato in cui egli ha commesso il delitto o da quello dello Stato cui egli appartiene.

Quid iuris per quanto riguarda la responsabilità delle persone giuridiche per fatti commessi all'estero? Nei confronti delle persone giuridiche, l'applicabilità della legge italiana per i reati di sfruttamento del lavoro e le pratiche di servitù, schiavitù e tratta commessi interamente all'estero è prevista, ai sensi dell'art. 4 del d. lgs. 8.6.2001 n. 231, con limiti ancora più stringenti, unicamente laddove:

- per quel fatto sia punibile la persona fisica ai sensi delle disposizioni codicistiche sopra evocate;
- l'ente abbia la sede principale in Italia;
- nei confronti dell'ente non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto.

Con l'ulteriore condizione rappresentata dalla richiesta del Ministero della giustizia, che ove necessaria per la punibilità della persona fisica, deve essere formulata anche nei confronti dell'ente, perché possa sorgere la responsabilità anche di quest'ultimo.

A fronte di fenomenologie di sfruttamento, lavoro forzato, pratiche servili, schiavili e di tratta aventi spesso una dimensione transnazionale, e realizzate nelle catene di fornitura delle imprese, una tutela penalistica più incisiva potrebbe conseguirsi, *de iure condendo*, attraverso l'introduzione del reato di "ricorso consapevole" ai servizi, prestati da persona vittima di lavoro forzato, servitù, schiavitù, sfruttamento di attività illecite, nonché (in contesti logicamente diversi da quelli della presente indagine) di prelievo di organi e sfruttamento sessuale.

L'introduzione di tale reato di "ricorso consapevole" ai servizi delle vittime delle sopracitate forme sfruttamento è da tempo caldeggiata a livello europeo, in disposizioni prive tuttavia di valore vincolante, quali l'art. 19 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, nota anche come Convenzione di Varsavia (16.5.2005)⁹⁵, e più recentemente l'art. 18 co. 4 della dir. 2011/36 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5.4.2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime (che sostituisce la DQ del Consiglio 2002/629/GAI), laddove in tema di *prevenzione* si prevede che «Per far sì che la prevenzione e il contrasto della tratta di esseri umani diventino più efficaci scoraggiando la domanda, gli Stati membri valutano la possibilità di adottare misure che dispongano che costituisca reato la condotta di chi ricorre consapevolmente ai servizi, oggetto dello sfruttamento di cui all'articolo 2, prestati da una persona che è vittima di uno dei reati di cui al medesimo articolo» (corsivo nostro), cioè i reati relativi alla tratta di esseri umani. Con la precisazione che «Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, compreso l'accattonaggio, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù, lo sfruttamento di attività illecite o il prelievo di organi».

La valutazione intorno alla perseguibilità del ricorso consapevole ai servizi delle vittime di tali forme di sfruttamento, nell'ottica di prevenirle riducendo la domanda che alimenta le forme di sfruttamento in questione, non sembra essere stata effettuata adeguatamente da parte degli Stati membri dell'UE.

⁹⁵ Secondo tale Convenzione, art. 19 – *Reato di utilizzo dei servizi di una vittima*, «Ciascuna delle Parti provvede ad adottare le misure legislative e le altre misure necessarie per definire reato, in conformità alla propria legge nazionale, l'utilizzo di servizi che sono oggetto dello sfruttamento di cui all'articolo 4 della presente Convenzione, se c'è la consapevolezza che la persona in questione è una vittima della tratta di esseri umani». In tema di *definizioni*, l'art. 4 lett. a della stessa Convenzione prevede che «Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù o l'espianto di organi».

Il tema è stato successivamente ripreso nella Comunicazione del 2017 della Commissione europea, volta ad intensificare l'azione dell'UE di lotta contro la tratta di esseri umani: in tale Comunicazione più decisamente e chiaramente la Commissione europea, come azione-chiave, incoraggia gli Stati membri a configurare come reato il ricorso consapevole ai servizi imposti alle vittime delle forme di sfruttamento di cui alla sopracitata dir.

Vi sono Stati membri che hanno previsto, per tutte le forme di sfruttamento in oggetto, il reato di ricorso consapevole ai servizi delle vittime: così è nella normativa bulgara, greca, croata, cipriota, lituana, maltese, portoghese, rumena, slovena, estone, lussemburghese, svedese, irlandese, ungherese e inglese⁹⁶ (già prima dell'uscita dall'UE, Inghilterra e Galles avevano adottato misure in tal senso). Negli ordinamenti degli altri Stati membri non sembrano rinvenirsi, tuttavia, previsioni normative esplicite in tal senso, o sono previste forme di criminalizzazione limitata e selettiva del ricorso consapevole ai servizi di vittime delle forme di sfruttamento in oggetto.

In Italia ad es., come in altri Stati membri, è previsto il reato di ricorso al lavoro o ai servizi di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (art. 12 co. 22 TuImm), così come sono previsti altri reati in materia sessuale e di prostituzione minorile (artt. 609 *quater* e 600 co. 2 Cp), che si prestano ad essere utilizzati nell'ottica della riduzione della domanda dei servizi di minori, vittime di sfruttamento sessuale; ma manca una disposizione che criminalizzi l'uso dei servizi di vittime di altre perniciose forme di sfruttamento; con modalità simili – adeguatamente riviste – a quelle del reato di ricettazione. La soluzione adottata dalla dir. attualmente in vigore, lasciare agli Stati membri la decisione finale circa la criminalizzazione del ricorso consapevole ai servizi di vittime delle più gravi forme di sfruttamento, ha portato ad un panorama giuridico molto eterogeneo nell'UE. Un panorama nel quale i datori di lavoro e gli utenti affrontano conseguenze nettamente diverse, da Stato a Stato, quando impiegano o utilizzano manodopera e servizi di persone vittime delle forme di sfruttamento in oggetto.

Il livello di recepimento della disposizione della dir. in questione oscilla tra: una totale mancanza di recepimento, un recepimento limitato esclusivamente ad alcune forme di sfruttamento, un completo recepimento e l'adozione di misure ancor più severe da parte di alcuni Stati membri.

Questa mancanza di armonizzazione rischia di ripercuotersi sulla cooperazione transfrontaliera tra Stati membri, adottanti approcci diversi.

Considerando poi che alcuni dati statistici, recentemente posti in luce dagli organismi europei, mostrano un numero crescente delle vittime in oggetto⁹⁷, sembra opportuna una risposta più forte e armonizzata, per ridurre la domanda illecita di servizi ottenuti dallo sfruttamento delle vittime.

Anche il Parlamento Europeo ha recentemente preso posizione sul punto, con ancor più decisione rispetto alla Commissione.

La *Risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2021 sull'attuazione della direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione*

⁹⁶ V. Commissione Europea, *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Relazione sui progressi compiuti nella lotta alla tratta di esseri umani*, COM (2022) 736 final, Bruxelles 19.12.2022, in *eur-lex.europa.eu*; e precedentemente Id, *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, Seconda relazione sui progressi compiuti nella lotta alla tratta di esseri umani (2020) a norma dell'articolo 20 della direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, COM (2020) 661 final, Bruxelles 20.10.2020, *ivi*; Id, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council assessing the impact of existing national law, establishing as a criminal offence the use of services which are the objects of exploitation of trafficking in human beings, on the prevention of trafficking in human beings, in accordance with Article 23 (2) of the Directive 2011/36/EU*, COM(2016) 719 final, Bruxelles 2.12.2016, *ivi*.

⁹⁷ Secondo i dati più recentemente comunicati dalla Commissione Europea, nell'UE-27, 13.461 vittime negli anni 2015 e 2016, 14.145 negli anni 2017 e 2018: v. Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Strategia dell'UE per la lotta alla tratta degli esseri umani 2021- 2025*, COM (2021) 171 final, Bruxelles 14.4.2021, pag. 7.

delle vittime⁹⁸ prende espressamente in considerazione l'efficienza dei sistemi di giustizia penale, con particolare riferimento al *perseguimento penale del ricorso ai servizi delle vittime*, osservando come l'eterogeneità degli scenari giuridici relativamente alla criminalizzazione dell'utilizzo dei servizi delle vittime ostacoli gli sforzi per ridurre la domanda; rammaricandosi dell'esiguità dei tassi di perseguimento e condanna nell'UE negli Stati in cui è punito l'utilizzo consapevole dei servizi delle vittime⁹⁹; e ribadendo l'invito urgente del Parlamento europeo agli Stati membri a stabilire che la condotta di ricorso consapevole ai servizi delle vittime della tratta di esseri umani costituisca reato. Conclusivamente, nelle *Raccomandazioni* di tale recente Risoluzione, il Parlamento europeo invita *expressis verbis* la Commissione a modificare la dir. anti-tratta, al fine di garantire che gli Stati europei criminalizzino esplicitamente l'uso consapevole di tutti i servizi, forniti dalle vittime di tratta, che comportano sfruttamento; come suggerito dall'art. 18 dell'attuale dir. a livello solo facoltativo. Il Parlamento europeo però si spinge anche oltre: osserva che circoscrivere la responsabilità penale unicamente alla situazione in cui l'utilizzatore ha consapevolezza diretta ed effettiva del fatto che la persona è vittima della tratta di esseri umani stabilisce una soglia molto alta per la responsabilità penale. Il Parlamento europeo ritiene che l'elemento psicologico pertinente a questo reato debba essere oggetto di un attento esame; e preferisce un diverso approccio per cui «l'utilizzatore debba dimostrare che sono state prese tutte le misure ragionevoli per evitare il ricorso ai servizi forniti da una vittima»; infine, «invita gli Stati membri a dedicare sufficienti risorse finanziarie e umane per affrontare adeguatamente questo crimine».

Se può certamente sottoscrivere l'invito finale in merito alle risorse finanziarie ed umane da devolvere al contrasto a tali reati, non altrettanto condivisibile sembra la prospettata soluzione di un'inversione dell'onere della prova, addossato in capo al soggetto attivo, in contrasto con gli ordinari canoni processual-penalistici.

Può valutarsi, piuttosto, l'imposizione alle imprese di doveri di diligenza relativamente alla catena produttiva, ovvero di doveri di preventiva verifica in merito al fatto che i beni ed i servizi utilizzati nella catena produttiva non siano frutto, in tutto o in parte, di sfruttamento¹⁰⁰: ipotizzando che il reato di ricorso ai servizi delle vittime delle forme di sfruttamento in oggetto possa essere punito non soltanto a titolo di dolo, ma anche a titolo di colpa; e conservando tuttavia i basilari principi processual-penalistici in tema di onere probatorio, gravante sull'accusa.

L'attribuzione al soggetto attivo dell'onere probatorio al riguardo appare possibile solo laddove si configuri a suo carico una responsabilità non penale, ma amministrativa.

La Commissione Europea, nella sua recente *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*¹⁰¹, accoglie solo in parte le sollecitazioni del Parlamento. La Commissione propone di sopprimere l'attuale art. 18 co. 4 della dir. 2011/36, che lascia alla discrezione degli Stati membri la possibilità di qualificare o meno come reato l'uso

⁹⁸ Attuazione della direttiva anti-tratta. Risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2021 sull'attuazione della direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, in *eur-lex.europa.eu*.

⁹⁹ Secondo le statistiche 2019-20, 11 Stati membri che prevedono il reato di ricorso ai servizi delle vittime della tratta hanno segnalato un totale di 159 indagati, 46 azioni penali e 51 condanne per tale reato: v. Commissione Europea, *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Relazione sui progressi compiuti nella lotta alla tratta di esseri umani*, COM (2022) 736 final, Bruxelles 19.12.2022, pag. 10 s., in *eur-lex.europa.eu*.

¹⁰⁰ V. ILO – OECD – IOM – UNICEF, *Ending child labour*, 45 ss., 68 s.; con riferimento al lavoro forzato (come forma di sfruttamento), sul punto, problematicamente, Mongillo, *op. cit.*, 669 s.

¹⁰¹ Commissione Europea, *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, COM(2022) 732 final, 2022/0426(COD), Bruxelles 19.12.2022, in *eur-lex.europa.eu*.

consapevole di servizi oggetto di sfruttamento; e di introdurre un nuovo art. 18 *bis* contenente l'obbligo per gli Stati membri di considerare penalmente rilevante tale condotta.

La nuova disposizione proposta, rubricata *Reati riguardanti l'uso di servizi oggetto di sfruttamento nella consapevolezza che chi presta tali servizi è vittima di un reato relativo alla tratta di esseri umani*, si compone dei seguenti due paragrafi:

«1. Per far sì che la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani diventino più efficaci scoraggiando la domanda, gli Stati membri adottano le misure necessarie per qualificare come reato l'uso consapevole di servizi oggetto dello sfruttamento di cui all'articolo 2, prestati da una persona che è vittima di uno dei reati di cui al medesimo articolo.

2. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché i reati istituiti conformemente al paragrafo 1 siano punibili con pene e sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive».

La Commissione Europea propone anche di introdurre l'obbligo di presentare una relazione riguardante il perseguimento penale dell'uso consapevole dei servizi oggetto di sfruttamento, aggiungendo all'attuale art. 23 della dir. anti-tratta un nuovo co. 3: «Entro cinque anni dal termine di recepimento la Commissione presenta al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione in cui valuta in che misura gli Stati membri abbiano adottato le misure necessarie per conformarsi all'articolo 18 bis e l'impatto di tali misure».

In prospettiva *de iure condendo*, il nuovo, possibile reato di “ricorso consapevole” ai servizi, prestati da persona vittima di lavoro forzato, servitù, schiavitù, sfruttamento di attività illecite, potrebbe comportare una responsabilità non soltanto per le persone fisiche, ma anche per gli enti.

10. A comporre il quadro della normativa penale a contrasto del lavoro illecito minorile concorre il delitto di «maltrattamenti contro familiari e conviventi» *ex art. 572 Cp*, reato le cui conseguenze sanzionatorie sono state recentemente inasprite con l. 19.7.2019 n. 69, c.d. “codice rosso”, non solo nell'ipotesi-base, ma anche attraverso l'introduzione della nuova specifica aggravante rappresentata dalla vittima minorenne, aggravante che comporta l'aumento fino alla metà della pena-base della reclusione da tre a sette anni; potendosi raggiungere, nell'ambito di tale reato, livelli sanzionatori significativamente più elevati rispetto a quelli dello sfruttamento del lavoro *ex art. 603 bis Cp*.

Il reato di maltrattamenti offre un'ampia tutela al minore, potendo realizzarsi, a dispetto della rubrica e della collocazione sistematica nell'ambito dei delitti contro la famiglia (contro l'assistenza familiare, nello specifico), anche al di fuori dei rapporti familiari o di convivenza, ovvero anche nell'ambito di rapporti di subordinazione o di affidamento «per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte» (art. 572 co. 1 Cp).

Un concetto ampio di “famiglia”, risalente alla tradizione romanistica, laddove tale nozione si estendeva a tutti i soggetti alle dipendenze (“*famuli*”, “*famulae*”, *lett. servi, ancelle*) di un unico padrone.

La giurisprudenza ricorre sovente alla fattispecie di maltrattamenti nel contesto lavorativo, laddove il soggetto passivo sia sottoposto all'autorità del soggetto attivo, o affidato a quest'ultimo per ragioni professionali.

Per rendere congruente l'inclusione, operata espressamente dal legislatore, di tali ipotesi di maltrattamento del lavoratore nel quadro dei delitti contro la famiglia, e segnatamente all'interno del reato di «maltrattamenti contro familiari e conviventi», si attribuisce natura para-familiare al rapporto, di subordinazione o di affidamento, sussistente tra autore del reato e lavoratore, laddove tra i due si costituisca un legame «di prossimità permanente», cronologicamente consistente o continuativo¹⁰².

¹⁰² Così, recentemente, Cass. 11.6.2021 (ud. 26.2.2021) n. 23104, S.G.A.B., in *La Tribuna Plus, banca dati*, 2021; cfr. Cass., 13.2.2018 n. 14754, M., in *Rep. FI*, voce *Maltrattamenti in famiglia o verso minori o sottoposti*, n. 13. Di «relazioni intense ed abituali» parla (con riferimento alla para-famillarità) Cass. 16.10.2014 n. 49545, P., in *FI* 2015, II, 461; v. anche Cass. 5.3.2014 n. 13088, B. C. e I. S., in *GD* 2014, n. 16, 107. Nella dottrina recente, v. L. Ferla, *Sfruttamento della persona a scopo lavorativo e strumenti di contrasto penale*, in *disCrimen* 11.9.2021, 16.

Nei tempi recenti, sul punto sembra anche potersi assistere al superamento di un precedente orientamento giurisprudenziale restrittivo, che escludeva l'applicabilità del reato di maltrattamenti sulla base del mero dato, quantitativo, del numero non esiguo dei soggetti operanti all'interno dell'organizzazione, e dunque riteneva configurabile tale reato unicamente nelle realtà lavorative di piccole dimensioni.

Secondo un più recente arresto della Cassazione, il requisito della para-familiarità non viene meno «nel caso di rapporti tra professionisti di elevata qualificazione, o *con riguardo al numero di soggetti operanti all'interno dell'organizzazione*» (corsivo nostro)¹⁰³.

Un rapporto stretto, al pari di quello familiare, caratterizzato dall'affidamento di un soggetto più debole nei confronti di un altro in posizione di supremazia, o caratterizzato dalla subordinazione, sembra poter invero sussistere anche all'interno di imprese di medie o grandi dimensioni, prese in considerazione non come realtà uniche e complesse, ma nelle loro più piccole articolazioni, reparti, settori o sedi, dove spazi lavorativi circoscritti sono gestiti da un preposto responsabile di un numero limitato di persone¹⁰⁴.

In realtà lavorative complesse, le funzioni ed i relativi poteri decisionali sono delegati a vari preposti, ed è tra questi ultimi ed i lavoratori posti in posizione subordinata che può intercorrere un rapporto para-familiare, personale, diretto e assiduo. Rapporto para-familiare che non sembra da confondere con la confidenza tra i due soggetti in questione, potendo sussistere anche in assenza di quest'ultima¹⁰⁵. Nelle strutture complesse, il requisito della para-familiarità sembra potersi riferire, in sostanza, ai singoli rapporti professionali esistenti all'interno dei reparti o settori delle strutture stesse.

I maltrattamenti consistono in vessazioni reiterate, determinanti una condizione di sofferenza psico-fisica del soggetto passivo, o in ogni caso un'oggettiva offesa alla sua personalità o dignità, anche in mancanza di prova di uno stato soggettivo di sofferenza¹⁰⁶; nel caso di vittima minorenni, con personalità in formazione, l'offesa consiste nel compromettere i processi di sviluppo psico-fisico della sua personalità¹⁰⁷. La valutazione di tale offesa sembra da operare non in astratto, ma con riferimento al singolo soggetto ed alle sue peculiari caratteristiche.

Nel caso del lavoro minorile, la condotta maltrattante operata dal genitore assume tipicamente forma omissiva¹⁰⁸: non ottemperare ai doveri di cura, educazione ed istruzione nei confronti del minore, espressamente previsti anche in Costituzione a carico dei genitori (art. 30 Cost.; v. anche art. 147 Cc).

¹⁰³ Cass. 7.10.2015 (ud. 23.6.2015) n. 40320, ric. M. V., in *DPP* 2016, 89 (con nota di A. Madeo, *La rilevanza penale del mobbing del primario nei confronti del medico sottoposto*): caso in tema di maltrattamenti, all'interno di un reparto ospedaliero pubblico, da parte del direttore nei confronti dell'aiuto, consistiti nell'esautorare quest'ultimo dal compito, precedentemente affidatogli, di effettuare consulenze cardiologiche – compito trasferito ad altro medico – e nel ridurre sempre più l'attività cardiocirurgica del medesimo medico, rispetto ad altri colleghi con minore anzianità di servizio, così da compromettere lo sviluppo professionale del medico in questione; sulla stessa linea, v. Cass. 22.12.2014 (ud. 22.10.2014) n. 53416, M. V. e altro, in *CP* 2016, 208, con nota di L. Alfani, *La rilevanza penale delle condotte di mobbing nelle aziende di grandi dimensioni*, in *www.penalecontemporaneo.it* 28.1.2015, con nota di L. Zoli, *Sulla rilevanza penale del mobbing: i maltrattamenti sono configurabili anche all'interno di imprese medio-grandi*, ed in *D&G online* 23.12.2014. *Contra*, nella giurisprudenza precedente, sull'incompatibilità del carattere della para-familiarità con una realtà aziendale caratterizzata da uno stabilimento di notevole entità spaziale e dalla presenza di circa cinquanta dipendenti, v. Cass. 5.3.2014 n. 13088, cit.

¹⁰⁴ Cfr. A. Madeo, *op. cit.*, 96 ss.

¹⁰⁵ V. Cass. 26.6.2014 n. 31713, L. P. e altri, in *D&G online* 18.7.2014.

¹⁰⁶ Chiarisce, condivisibilmente, come sia da considerare superfluo ed eventuale l'elemento "soggettivo" della sofferenza, Cass. 30.1.2007 (ud. 9.11.2006) n. 3419, Bel Baida, in *CP* 2007, 4593, con nota di F. Carcano, *L'accattonaggio dei minori: tra delitto e contravvenzione*. In dottrina, cfr. L. Miazzi, *Modelli educativi genitoriali in contesti interculturali: la prospettiva giuridica*, in *MinG* 2012, 169; P.I. Zanchetta, *Fazzoletti, spugnette, accendini e minori stranieri*, in *DirlmmCitt* 2007, 2, 105 s.

¹⁰⁷ V. M. Bertolino, *op. cit.*, 67.

¹⁰⁸ Sulla configurabilità dei maltrattamenti in forma omissiva, v. F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, Napoli 1979, 263; A. Spena, *Reati contro la famiglia*, Milano 2012, 365 s.; A. Giunti, *Maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.)*, in *Diritto penale della famiglia e dei minori*, a cura di E. Palermo Fabris, A. Presutti, S. Riondato, Milano 2019,

Autore del reato, tuttavia, sembra poter essere anche un soggetto diverso dal genitore. Ciò appare possibile sia nel caso in cui il minore sia affidato ad un soggetto diverso dal genitore, e dunque i doveri di accudirlo, educarlo ed avviarlo ad una istruzione incombono su tale affidatario¹⁰⁹; sia nel caso in cui tra autore e lavoratore minorenni sussista un rapporto non di ascendenza-discendenza familiare, ma comunque personale, diretto e assiduo, di natura para-familiare, ed il lavoro arrechi attivamente (non *per omissionem*) un danno alla personalità del minore, degradandola o compromettendone i processi di sviluppo psico-fisico.

Il bene giuridico protetto dal reato di maltrattamenti, inteso in una moderna dimensione personalistica-individuale¹¹⁰, non pare diverso da quello del reato di sfruttamento del lavoro, potendosi ritenere che entrambe le fattispecie abbiano come oggetto di tutela la personalità individuale.

Gli elementi caratterizzanti il reato di maltrattamenti verso sottoposti sembrano: *in primis*, la para-familiarietà tra autore e vittima (elemento non richiesto nel reato di sfruttamento del lavoro, che può essere realizzato anche da un autore che non entri in una relazione interpersonale con la vittima); e inoltre, l'evento di danno alla propria personalità, la quale subisce una degradazione¹¹¹.

Occorre, tuttavia, intendersi sulla prospettiva di valutazione di tale evento.

Secondo un orientamento più risalente, nei maltrattamenti, l'offesa alla personalità deve essere recepita da parte della vittima¹¹², che normalmente avverte, sia pure talvolta in modo confuso e sommario in caso di vittima minorenne, gli stimoli negativi derivanti dalla condotta dell'autore.

Il limite di tale tesi sembra, però, quello di un certo relativismo soggettivistico, che potrebbe portare all'esclusione dei maltrattamenti nei casi in cui la vittima, a ragione ad es. di una sua incapacità fisica o psichica, o per un *deficit* cognitivo, o per una sua immaturità, sia incapace di intenderli per quello che essi oggettivamente sono. Seguitando lungo questa china, si potrebbe pervenire persino a configurare un consenso scriminante: consenso che non pare, tuttavia, ammissibile nel quadro di delitti posti a tutela del bene della personalità individuale, quali il reato di sfruttamento del lavoro¹¹³, e *a fortiori* i maltrattamenti, delitto più grave rispetto al primo.

Senza dover rinunciare ad un evento, utile ad attribuire maggiore "pregnanza di disvalore" al reato di maltrattamenti, appare preferibile ricostruire tale evento in una prospettiva non soltanto soggettivistica, bensì affidandolo alla valutazione di una sorta di "osservatore esterno".

In quest'ottica di valutazione, la mancanza di prove dei patimenti del minore potrebbe anche essere il riscontro delle gravi conseguenze già prodottesi sullo sviluppo stesso di un'armonica personalità della vittima.

250, ed in giurisprudenza, Cass. 12.6.2007 (ud. 16.5.2007) n. 22850; problematicamente, R. Blaiotta, *Maltrattamenti nelle istituzioni assistenziali e dovere costituzionale di solidarietà*, in *CP* 1996, 514 ss.; T. Vitarelli, *Maltrattamenti mediante omissione?*, in *RIDPP* 1998, 190 ss.; e più recentemente Id, *La problematica rilevanza penale dei maltrattamenti mediante omissione*, in *GP* 2013, 333 ss.

¹⁰⁹ Per un caso siffatto, v. Cass. 30.1.2007 (ud. 9.11.2006) n. 3419, Bel Baida, in *CP* 2007, 4593, con nota di F. Carcano, *L'accattonaggio dei minori: tra delitto e contravvenzione*, ed in *GD* 2007, n. 11, p. 71.

¹¹⁰ Recentemente, sul bene oggetto di tutela nei maltrattamenti, v. A. Roiati, *La fattispecie dei maltrattamenti contro familiari e conviventi tra interventi di riforma, incertezze interpretative e prospettive de iure condendo*, in *www.penalecontemporaneo.it* 30.3.2023, 8 ss.

¹¹¹ Sull'evento come requisito implicito del reato di maltrattamenti, v. R. Bartoli, *Maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.)*, in *Reati contro la famiglia*, a cura di M. Bertolino, Torino 2022, 215; F. Coppi, *op. cit.*, 281 s.; A. Spina, *op. cit.*, 366. *Contra*, nel senso del reato di mera condotta, L. Monticelli, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *I reati contro la famiglia*, a cura di A. Cadoppi, Torino 2006, 652.

¹¹² V. Cass. 25.11.1992, in *RP* 1993, 925: «Dunque, è l'avvertire da parte del soggetto passivo la sopraffazione sistematica e programmatica, sì che gli viene resa l'esistenza particolarmente dolorosa se non impossibile, l'essenza della sofferenza che integra il delitto di maltrattamenti».

¹¹³ V. *supra*, par. 3.

Sembra in sostanza preferibile ritenere che, anche laddove la vittima non percepisca come maltrattante una determinata condotta, oggettivamente maltrattante, o vi abbia consentito, il reato possa comunque configurarsi¹¹⁴.

Il tema sembra ricollegarsi a quello della possibile valenza esimente di fattori culturali: alcuni comportamenti, considerati penalmente rilevanti nel Paese in cui sono realizzati, possono essere radicati nella sfera culturale e religiosa di soggetti ivi immigrati da altri Paesi, sì da poter essere percepiti, da parte sia degli autori, sia delle vittime, come comportamenti non maltrattanti.

Caso paradigmatico, al riguardo, è quello dell'accattonaggio, anche minorile, attività facente parte della tradizione culturale di alcuni gruppi etnici¹¹⁵.

Con riferimento ai fattori culturali, sembra porsi soprattutto un problema di colpevolezza del soggetto attivo.

L'impossibilità per il soggetto attivo di riconoscere il disvalore del fatto, in linea di massima, può escludere la colpevolezza nei reati c.d. "artificiali" (non nei reati "naturali").

Va detto che il delitto in questione – i maltrattamenti – non sembra tendenzialmente appartenere alla categoria dei reati artificiali, giacché offende un bene di elevato rango della persona¹¹⁶.

E tuttavia, i maltrattamenti possono consistere anche nella reiterazione di atti in sé leciti¹¹⁷: in quest'ultima ipotesi, sembrano esserci maggiori spazi per un ruolo del fattore culturale, nel senso dell'esclusione della colpevolezza del soggetto attivo.

Occorre però considerare che, nel contesto del presente studio, l'elemento oggettivo dei maltrattamenti è rappresentato da condotte di lavoro minorile, inteso (quest'ultimo) come fatto illecito, quando non penalmente rilevante, offensivo di "beni naturali" (la salute psicofisica e l'educazione dei minori), aventi un sostrato valoriale particolarmente importante, dal punto di vista etico-sociale e giuridico, nel nostro Paese (secondo il dettato costituzionale: v. artt. 30 e 32, soprattutto).

In tali ipotesi, in linea generale, non sembra dunque che il fattore culturale possa di per sé escludere la colpevolezza dell'autore.

Pare piuttosto da valutarsi attentamente, in questi casi, attraverso il giudizio di un osservatore oggettivo "neutrale", l'effettiva incidenza della condotta sulla personalità del soggetto.

Laddove, per via delle privazioni subite dal minore (cibo, vestiario, ecc.), tale profilo di offesa alla personalità sia in concreto riscontrabile, il reato di maltrattamenti sembra configurabile¹¹⁸.

Laddove l'impiego lavorativo del minore si realizzi invece, ad es., per poche ore al giorno, senza pregiudizio per il benessere psico-fisico, per il percorso formativo del minore e per le sue relazioni interpersonali, in assenza di violenza fisica o morale, di privazioni o condizioni degradanti, ma anzi in un contesto di armonia ed affetto familiare, il reato di maltrattamenti non pare configurarsi; e

¹¹⁴ Cfr. Cass. 10.10.2011 (ud. 23.9.2011) n. 3650315, in *www.penalecontemporaneo* 15.11.2011, con nota di V. Pusateri, *Maltrattamenti in famiglia: anche l'atteggiamento iperprotettivo della madre integra il reato*.

¹¹⁵ V. G. Crocco, *Sistema penale e dinamiche interculturali e interreligiose*, in *Dir. e Relig.* 2015, 125 ss.

¹¹⁶ Pur dovendosi riconoscere una certa rigidità della contrapposizione tra reati "naturali" ed "artificiali", specie ponendosi nell'ottica di soggetti appartenenti ad altri gruppi etnici, per i quali reati che sono, nella nostra cultura, "naturali", potrebbero apparire "artificiali" (v. C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa 2010, 236). E tuttavia, per fatti considerati gravemente lesivi di beni primari nel Paese in cui tali fatti si sono svolti, appare difficile che l'offensività possa essere esclusa, in base a parametri di valutazione diversi da quelli prevalenti nello stesso luogo di realizzazione del fatto (ne risulterebbe l'esclusione della colpevolezza per i c.d. autori di convinzione).

¹¹⁷ Orientamento pacifico in dottrina ed in giurisprudenza: v. R. Bartoli, *op. cit.*, 218; Cass. 10.3.2016 n. 13422, in *CEDCass*, m. 267270.

¹¹⁸ V. Cass. 28.11.2008 (ud. 17.9.2008) n. 44516, Vasile, in *Fam. e Dir.* 2009, n. 3, p. 235, con nota di P. Pittaro, *Impiego di minore nell'accattonaggio part-time: maltrattamenti in famiglia o riduzione in schiavitù?*, in *QuestGiust* 2009, 203, con nota di L. Miazzi, *Mendicare con il proprio figlio non significa renderlo schiavo*, ed in *Famiglia e minori*, 2009, fasc. 1, 51, con nota di C. Melzi D'Eril: nella specie, la Corte ravvisa il reato di maltrattamento di minori nel comportamento di una madre che si avvaleva del figlio di quattro anni per chiedere l'elemosina ai passanti ogni giorno, facendolo stare in piedi per quattro ore consecutive in periodo invernale, senza cibo e senza che fosse adeguatamente vestito. V. anche F. Vanorio, *Bambini che vendono fiori: povertà, maltrattamenti o schiavitù?*, in *Dir., imm. e cittad.* 2008, n. 1, 113.

sembrano piuttosto da vagliare altre possibili, meno gravi forme di responsabilità, ai sensi delle ipotesi di reato in tema di lavoro minorile analizzate nei precedenti paragrafi; oppure, nel caso in cui la condotta realizzata sia quella di accattonaggio, ai sensi del delitto di impiego di minori nell'accattonaggio (art. 600 *octies* co. 1 Cp), della "rinata" contravvenzione di esercizio molesto dell'accattonaggio (art. 669 *bis* Cp), o ancora applicando diverse misure, di natura amministrativa (v. *infra*, parr. 11-12-13).

Delineato il confine del delitto di maltrattamenti con tali, menù elevati livelli di risposta penale, prima di affrontare più nel dettaglio le specifiche ipotesi di accattonaggio con minori non integranti la più grave fattispecie di maltrattamenti, sembra opportuno cercare di chiarire, nel complesso *climax* degli strumenti penali di contrasto al lavoro minorile, il confine "superiore" del delitto di maltrattamenti col più grave delitto di riduzione o mantenimento in servitù/schiavitù.

Il reato di maltrattamenti è integrato laddove la condizione della vittima, pur degradata, non raggiunga la soglia dell'integrale asservimento e dell'esclusiva utilizzazione della stessa per fini di sfruttamento economico; configurandosi in quest'ultima ipotesi il più grave reato di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù.

La distinzione tra tali due reati sembra più semplice con riferimento a vittime adulte, di cui pare più facile valutare la possibilità o meno di autodeterminazione: se sussiste la possibilità di determinarsi liberamente sulle proprie scelte di vita, sottraendosi (nella casistica pertinente al lavoro) ad un iniquo regime lavorativo, sembra configurabile, in presenza di para-familiarità tra autore e vittima, il reato di maltrattamenti¹¹⁹; se tale possibilità di autodeterminazione della vittima è stata annullata, il fatto assurge a riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù.

Con riferimento a vittime minorenni, soggetti già in partenza vulnerabili sul piano della libertà di autodeterminazione, sembra necessario valutare il livello di compressione della personalità, la gravità delle privazioni subite dal soggetto passivo: laddove il minore non sia completamente asservito alle esigenze del soggetto attivo, la sua personalità e la sua libertà non siano totalmente compresse, le sofferenze e privazioni, in un contesto ad es. di mancanza di affettività familiare, sembrano integrare il reato di maltrattamenti. Laddove nella vita del minore non vi sia, invece, spazio per nient'altro al di fuori del lavoro o comunque dello sfruttamento, dell'utilizzo per un interesse personale di un altro soggetto, pare configurabile il reato di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù.

Laddove sia integrato quest'ultimo più grave delitto, il reato di maltrattamenti sembra potersi ritenere assorbito¹²⁰. L'argomentazione, talvolta addotta dalla Cassazione, a sostegno della diversa tesi del concorso formale di reati tra maltrattamenti e riduzione/mantenimento in schiavitù/servitù, *i.e.* la diversità dei beni giuridici tutelati dalle due ipotesi di reato in questione, pare superabile alla luce della necessaria rilettura "personalistica" del reato di maltrattamenti.

¹¹⁹ V. Cass. 9.6.2014 (ud. 11.4.2014) n. 24057, ric. Marcucci, in *FI online*: «[...] integra il delitto di maltrattamenti in famiglia la condotta del datore di lavoro consistente nell'aver tenuto alle proprie dipendenze lavorative alcuni cittadini rumeni in condizioni di estremo degrado materiale, nell'averli ospitati in locali fatiscenti, in pessime condizioni igienico-sanitarie, con somministrazione scarsa o nulla di cibo e privazione del compenso (nella specie, la Suprema Corte ha ritenuto che il giudice di appello avesse correttamente riqualificato la fattispecie di riduzione in schiavitù, originariamente contestata al datore di lavoro, come maltrattamenti in famiglia)».

¹²⁰ In tal senso, v. Cass. 19.2.2016 n. 15632, K. H., in *Wolters Kluwer One Legale*; Cass. 8.4.2014 n. 44017, cit.; Cass. 17.1.2007 (ud. 12.12.2006) n. 1090, Lakatos, in *CP 2007*, 4572, con nota di M. Provenzano, *La "nuova" nozione di schiavitù ed il possibile concorso col reato di maltrattamenti in famiglia*.

Contra, Cass. 1.7.2002, Dimitjievic Dragojub, in *D&G 2002*, 41, 80: «Non sussiste rapporto di specialità (art. 15 c.p.) tra il delitto di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) e quello di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), trattandosi di reati che tutelano interessi diversi - la correttezza dei rapporti familiari nella prima ipotesi, lo "status libertatis" dell'individuo nella seconda - e che presentano un diverso elemento materiale, in quanto nell'ipotesi dell'art. 572 c.p. è necessario che un componente della famiglia sottoponga un altro a vessazioni, mentre nel caso di riduzione in schiavitù è necessario che un soggetto eserciti su un altro individuo un diritto di proprietà, con la conseguenza che le due ipotesi di reato, sussistendone i presupposti, possono concorrere».

11. Il tema dell'accattonaggio dei minori, dei c.d. "minori di strada" (*street children*) è tra quelli recentemente presi in considerazione dall'ILO nelle sue *Osservazioni generali sull'applicazione della Convenzione sulle peggiori forme di lavoro minorile del 1999 (N. 182)*¹²¹, che pongono l'accattonaggio con minori sullo stesso piano delle più gravi forme di lavoro minorile.

Guardando il sistema normativo italiano, in ragione dei diversi possibili gradi di offesa alla personalità del minore, sembra potersi delineare, anche nel particolare contesto dell'accattonaggio con minori, un *climax* di strumenti di tutela: partendo dall'ipotesi più grave, rappresentata dal delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, per poi passare al delitto di maltrattamenti, ed arrivare alle più specifiche ipotesi del delitto di impiego di minori nell'accattonaggio, della contravvenzione di esercizio molesto o fraudolento dell'accattonaggio, ed infine alle varie misure amministrative di controllo sociale, suscettibili di tradursi in forme di responsabilità penale laddove inosservate.

Laddove la condizione del minore impiegato nell'accattonaggio raggiunga la soglia dell'integrale asservimento e dell'esclusiva utilizzazione dello stesso per fini di sfruttamento economico, la personalità e la libertà del minore siano totalmente comprese, non trovando spazio per potersi esplicare in modo adeguato alla sua età, pare configurarsi il reato di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (v. *supra*, par. 10).

Laddove il minore subisca delle privazioni che non raggiungono il livello sopra descritto, ovvero l'offesa alla sua persona sia di entità inferiore, e vi sia abitudine, sembra operare il reato di maltrattamenti (v. *supra*, par. 10).

Laddove il fatto abbia una connotazione episodica (non abituale), o pur reiterato non si traduca in un concreto pregiudizio per il percorso formativo del minore e per le sue relazioni interpersonali, realizzandosi, ad es., per poche ore al giorno, in un contesto comunque caratterizzato da armonia familiare, il maltrattamento non pare integrato, e sembra piuttosto configurabile il meno grave reato di impiego di minori nell'accattonaggio *ex art. 600 octies Cp* (introdotto con l. 15.7.2009 n. 94, c.d. "pacchetto sicurezza"), opportunamente collocato tra i delitti contro la personalità individuale, in luogo del precedente inquadramento *ex art. 671 Cp* nell'ambito delle «contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica», ed oggi punibile con la reclusione fino a tre anni.

Il reato di impiego di minori nell'accattonaggio non pare richiedere il danno alla personalità del minore (danno alla personalità in presenza del quale paiono integrate le più severe ipotesi dei maltrattamenti o della riduzione in schiavitù, a seconda della gravità del danno stesso), sembrando arrestarsi al meno grave livello del pericolo: il pericolo che il minore possa non godere dei diritti propri della sua età, quali il diritto di non lavorare, di frequentare la scuola, di «dedicarsi al gioco e ad attività ricreative proprie della sua età», come recita l'art. 31 co. 1 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20.11.1989 e ratificata dall'Italia con l. 27.5.1991 n. 176); complessivamente, il diritto del minore ad un sano sviluppo, ad un'educazione, anche alla luce dei diritti e doveri previsti in Costituzione.

Il reato di impiego di minori nell'accattonaggio pare segnare un'espressa presa di posizione contro la mendicizia minorile, anche non integrante un maltrattamento: una presa di posizione nel senso dell'esclusione della possibile rilevanza dei fattori culturali, a favore del reo, in questa ipotesi. E tale pare anche l'orientamento della più recente giurisprudenza di legittimità¹²².

¹²¹ V. ILO, *General observation on the application of the Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182)*. Adopted by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) at its 91^o session (Nov-Dec. 2020), in *ilo.org* 25.1.2021.

¹²² Recentemente, v. Cass. 1.3.2022 (ud. 14.12.2021) n. 7140, A., in *foroplus.it*: «In tema di impiego di minori nell'accattonaggio, non è necessario, ai fini della configurabilità del reato, che i minori siano sottoposti a sofferenze o mortificazioni, né assume rilevanza scriminante la connotazione culturale della pratica di chiedere l'elemosina, poiché in contrasto con i beni fondamentali riconosciuti dall'ordinamento costituzionale, quali il rispetto dei diritti umani e la tutela dei minori». Nel senso che la diversa cultura degli agenti tradizionalmente adusi ad impiegare i minori nell'accattonaggio

Il delitto di impiego di minori nell'accattonaggio è contestabile sia a chi «si avvale per mendicare» di un minore non imputabile, sia al soggetto avente autorità sul minore, o al soggetto alla cui custodia o vigilanza il minore sia affidato, il quale «permette che tale persona [...] mendichi o che altri se ne avvalga per mendicare».

L'«avvalersi» del minore per mendicare può consistere nel far sì che il minore elemosini autonomamente, o anche nel farsi semplicemente accompagnare dal minore nella pratica dell'accattonaggio¹²³.

Già prima che il reato trovasse la sua opportuna collocazione nell'ambito dei delitti contro la personalità individuale, così evidenziandosi l'attuale dimensione prettamente personalistica dell'offesa, la giurisprudenza ha ritenuto integrata la fattispecie di impiego di minori nell'accattonaggio soltanto laddove il minore in questione abbia raggiunto l'età della coscienza, ovvero «sia già in età di recepire, sia pure in modo sommario e confuso ([...]), gli stimoli negativi dell'attività in cui egli viene comunque coinvolto, e d'altra parte la sua presenza sia riconoscibile come strumentale ad un più efficace e proficuo esercizio della mendicizia. La presenza della prima di dette condizioni vale a distinguere il reato in questione da quello già previsto dall'ora abrogato art. 670, comma secondo, c.p.»¹²⁴, cioè dalla pregressa contravvenzione di «mendicizia» aggravata, commessa «in modo ripugnante o vessatorio, ovvero simulando deformità o malattie, o adoperando altri mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà».

A *fortiori* oggi, a seguito dell'inquadramento del reato di impiego di minori nell'accattonaggio non più nell'ambito delle contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica, ma nel contesto dei delitti contro la personalità individuale, sembra opportuno richiedere un (più) chiaro «spessore» offensivo per il reato (non più contravvenzionale), e declinare tale offesa in termini personalistici: ricostruendo l'offesa in termini personalistici, sembra difficile potersi prescindere dalla percezione o dalla possibilità di percepire, da parte della vittima, la condotta e gli stimoli negativi ad essa connessi.

Quanto al rapporto tra il reato d'impiego di minori nell'accattonaggio e la meno grave fattispecie di mendicizia/accattonaggio mediante mezzo fraudolento, ritenuta configurabile dalla Cassazione ove il

non può integrare neppure la circostanza attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale (di cui all'art. 62 n. 1 Cp), v. Cass. 30.1.2007 n. 3419, in *CEDCass*, m. 235337. In argomento, v. M.E. Scalia, *Le modifiche in materia di tutela dei minori*, in *DPP* 2009, 1207 ss.

¹²³ V. S. Riondato, voce *Accattonaggio e mestieri girovaghi*, in *Enc. giur.*, I, Roma 1988, 5.

¹²⁴ Cass. 8.1.2003 (ud. 3.12.2002) n. 197, Teodorovic, in *CP* 2004, 112. Nel caso di specie, trattavasi di un bambino di quattro anni, e la Cassazione ha ritenuto integrato il reato di impiego di minori nell'accattonaggio, anziché il meno grave reato di mendicizia aggravata. Sulla stessa linea, Cass. 27.2.1998 (ud. 13.11.1997) n. 2597, Di Rosa, *ivi* 1999, 858: «Premesso che la "ratio" delle incriminazioni di cui all'art. 671 c.p. (impiego di minori nell'accattonaggio) è di impedire l'impiego di minori in una attività che li sottrae all'istruzione e all'educazione, avviandoli all'ozio ed esponendoli al pericolo di cadere nel vizio e nella delinquenza, deve ritenersi che pur non essendo richiesta, ai fini della configurabilità del reato, la consapevolezza da parte del minore della natura dell'attività in cui viene coinvolto, occorre comunque che egli sia in grado di recepire gli stimoli negativi da essa dipendenti e abbia, quindi, raggiunto l'età della coscienza». Nella specie - accattonaggio posto in essere tenendo in braccio un infante - la Corte ha stabilito che non fosse ravvisabile il reato di impiego di minori nell'accattonaggio ma, semmai, quello di mendicizia mediante mezzo fraudolento volto a destare l'altrui pietà. Nella giurisprudenza precedente, in senso conforme, v. Cass. 4.12.1995 n. 11863, Hrustic, in *Wolters Kluwer One Legale*, secondo cui il reato di impiego di minori nell'accattonaggio «richiede che la persona minore o non imputabile presti una qualche, sia pur ridotta, collaborazione all'accattonaggio». Anche in questo caso, trattavasi di una madre che mendicava tenendo in braccio un figlio neonato; la donna viene ritenuta responsabile non del reato di impiego di minori nell'accattonaggio, ma del meno grave reato di mendicizia aggravata dal mezzo fraudolento per destare l'altrui pietà. Nella giurisprudenza più recente, in senso analogo, Cass. 28.12.2020 (ud. 27.10.2020) n. 37538, in *dejure.it*: «L'art. 600-octies c.p. punisce la condotta di chiunque si avvalga, per mendicare, di una persona minore degli anni 14 e comunque non imputabile, ovvero permetta che tale persona, ove sottoposta alla sua autorità o affidata alla sua custodia o vigilanza, mendichi o che altri se ne avvalga per farla mendicare. Perché la fattispecie in esame si configuri, non basta mendicare tenendo con sé un bambino, occorrendo che tale minore sia già in grado di recepire gli stimoli negativi derivanti dall'attività in cui viene suo malgrado coinvolto e, d'altra parte, la sua presenza sia riconoscibile come strumentale ad un più efficace e proficuo esercizio della mendicizia».

minore *non* abbia raggiunto l'età della coscienza, va detto che il reato di mendicizia, sia nella forma semplice, sia in quella aggravata, è stato abrogato, come noto, con l. 25.6.1999 n. 205; ma la sua versione aggravata è recentemente ritornata nel nostro sistema penale, con alcune leggere modifiche (espunzione del «modo ripugnante» e dell'inciso limitativo «in luogo pubblico o aperto al pubblico», presenti nel precedente art. 670 Cp), ad opera del d.l. 4.10.2018 n. 113, c.d. «decreto sicurezza», conv. in l. dalla l. 1.12.2018 n. 132, che ha introdotto il nuovo art. 669 *bis* Cp in tema di esercizio molesto dell'accattonaggio¹²⁵; quest'ultimo reato riproduce, in gran parte, gli elementi del pregresso reato di mendicizia aggravata: nello specifico, «modalità vessatorie o simulando deformità o malattie o attraverso il ricorso a mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà».

A prima vista, reintrodotta oggi tale fattispecie nei termini sopra descritti, sembrerebbe nuovamente riproponibile la soluzione, più volte percorsa dalla giurisprudenza, anche di legittimità, degli anni passati, per cui alla madre che esercita l'accattonaggio tenendo in braccio il figlio neonato o che comunque non abbia raggiunto l'età della coscienza, può essere applicata la fattispecie di mendicizia, oggi accattonaggio (la variazione lessicale non sembra importare conseguenze rilevanti sul piano contenutistico) con mezzo fraudolento.

L'inquadramento, *de plano*, nell'ambito del mezzo fraudolento, della condotta del tenere in braccio il figlio infante, in assenza di specifici accertamenti relativi alla condizione del soggetto attivo, appare però piuttosto frettoloso e discutibile.

Se la *ratio* dell'incriminazione della mendicizia/accattonaggio molesto o fraudolento è da rintracciare nell'inquinamento del principio solidaristico, nella lesione della libertà di autodeterminazione, ovvero della buona fede del destinatario della richiesta di elemosina, anche alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale nella sent. 28.12.1995 n. 519, che (respingendo le censure di incostituzionalità relative alla mendicizia fraudolenta o invasiva, ed accogliendole con riferimento alla mendicizia «semplice», ovvero non fraudolenta, né invasiva) ha ritenuto la fattispecie penale di mendicizia fraudolenta o invasiva conforme a Costituzione, ed in particolare al principio solidaristico *ex art. 2 Cost.*, sembra conseguentemente necessario incentrare i profili di offensività della mendicizia/accattonaggio fraudolento proprio sulla lesione della libertà di autodeterminazione, intesa come buona fede dei donatori.

Così interpretata, la fattispecie di accattonaggio fraudolento pare coprire un'area di rilevanza penale prossima a quella del reato di truffa, con alcune differenze: ai fini della consumazione della contravvenzione di accattonaggio fraudolento non sembra necessario l'atto dispositivo del *deceptus*, coprendo l'accattonaggio fraudolento anche l'area della truffa tentata; e inoltre, l'oggetto del reato di accattonaggio fraudolento sembra poter consistere anche in somme di denaro talmente irrisorie che difficilmente potrebbero innescare una reazione penale per truffa, consumata o tentata, reato procedibile a querela nella sua forma semplice; o in somme di denaro talmente irrisorie che potrebbero comunque portare a ritenere la truffa, consumata o tentata, non punibile per particolare tenuità del fatto *ex art. 131 bis Cp.*; causa di non punibilità che sembra più difficilmente applicabile all'accattonaggio fraudolento, in quanto caratterizzato, rispetto alla truffa, da una diversa connotazione dell'offesa, non incentrata sul patrimonio, ma sull'inquinamento del principio solidaristico.

Elemento comune tra la truffa e l'accattonaggio fraudolento sembra, invece, quello della frode, ovvero degli artifici e raggiri: un'attività simulatrice o dissimulatrice realizzata in modo insidioso, tale da poter ingannare un altro soggetto.

Ciò posto, non sembra che il tenere in braccio il figlio infante possa, di per sé, considerarsi una forma di frode, come pare invece prospettare il consolidato adagio giurisprudenziale.

¹²⁵ In dottrina, v. F. Curi, *Il reato di accattonaggio: "a volte ritornano"*. A proposito del nuovo art. 669-bis c.p., introdotto dal c.d. decreto sicurezza, in *www.penalecontemporaneo* 21.1.2019; M. Telesca, *La "riesumazione" dell'accattonaggio (art. 669-bis c.p. dopo la l. n. 132/2018) ovvero il continuum tra legislazione fascista e pacchetti sicurezza*, in *www.costituzionalismo.it* 2019, 1, 33 ss.

Diversamente, in ipotesi nelle quali non sussista realmente lo stato di bisogno, ovvero tale stato sia simulato, o il soggetto attivo abbia concretamente mezzi di sostentamento alternativi, o non sia il genitore, né sia comunque gravato di doveri relativamente al mantenimento e accudimento dell'infante, o ancora l'infante possa molto facilmente avere, sul piano "logistico", una più naturale ed agevole collocazione in altra sede, essendo dunque oggetto di una strumentalizzazione in linea di massima contraria ai valori dell'ordinamento, tale condotta sembra tradursi (anche) in una offesa alla libertà di autodeterminazione, alla buona fede dei destinatari della richiesta; profilo di offensività meritevole di essere preso in considerazione in sede penale.

L'impostazione pare coerente col recente arresto della Corte EDU, *Lacatus c. Svizzera*¹²⁶, secondo cui la punizione della mendicizia infrange il diritto al rispetto della vita privata e familiare ex art. 8 Cedu (e secondo una minoranza del consesso giurisprudenziale confrontatosi col caso di specie, anche il diritto alla libertà di espressione ex art. 10 Cedu ed il divieto di discriminazione ex art. 14 Cedu¹²⁷) ove sia presente uno stato di vulnerabilità, inteso come mancanza di reali e accettabili alternative (v. *supra*, par. 4).

Il concetto di vita privata, nel sistema Cedu, ricomprende aspetti dell'identità non solo fisica, ma anche sociale e psicologica di una persona, il diritto all'autodeterminazione, nonché ad instaurare e sviluppare rapporti con altri esseri umani¹²⁸.

Relativamente all'ipotesi del soggetto privo di alternative di sussistenza, per cui l'accattonaggio rappresenti l'unico mezzo di sostentamento, la C. eur. ha ritenuto non conducenti gli argomenti opposti dallo Stato convenuto, incentrati sugli interessi (1) al mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza e (2) a contrastare lo sfruttamento delle persone vulnerabili. Tali interessi sono ritenuti dalla Corte in sé legittimi; e tuttavia:

- (1) con riferimento al primo interesse citato, la protezione dell'ordine pubblico, dei diritti dei passanti, residenti o titolari di esercizi commerciali, tale interesse pare offeso unicamente da forme di accattonaggio aggressive o invadenti; la punizione della mendicizia "semplice", non molesta né fraudolenta, sembra fondarsi piuttosto sulla volontà dello Stato di "ripulire" le strade dalla povertà, anche con la finalità, chiarita dallo stesso Governo svizzero, di attrarre maggiori investimenti ed accrescere l'attrattiva turistica di alcune città (come Ginevra): interesse che, in sede di bilanciamento, sembra necessariamente cedere di fronte ad un diritto umano, intrinseco alla dignità, come quello della ricorrente, persona vulnerabile, priva di alternative di sussistenza;
- (2) quanto al secondo interesse, il contrasto allo sfruttamento, la punizione della mendicizia "semplice", non molesta né fraudolenta, non pare uno strumento adatto tal fine, potendo anzi rivelarsi controproducente, facendo ulteriormente aumentare la vulnerabilità e peggiorare le condizioni psicologiche del soggetto in questione.

Differente appare, invece, la posizione del soggetto che non eserciti in prima persona forme di accattonaggio "semplice", penalmente irrilevanti in quanto non moleste, né fraudolente, né svolte

¹²⁶ C. eur. 19.4.2021, *Lacatus c. Svizzera*.

¹²⁷ Come affermato anche nel rapporto in tema di *Povertà estrema e diritti umani*, destinato all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 4.8.2011 (A/66/265): «Le misure penali o le disposizioni amministrative (in particolare le ordinanze) che considerano illegali il vagabondaggio e la mendicizia sono sempre più numerose nei paesi sviluppati o in via di sviluppo [...] Queste leggi e regolamenti hanno un impatto sproporzionato sulle persone che vivono nella povertà. Quando queste persone non ottengono sostegno e aiuto da parte dello Stato, non possono far altro che chiedere l'elemosina per restare in vita [...] Il divieto di mendicizia o di vagabondaggio costituisce una violazione grave dei principi di eguaglianza e non discriminazione [...] Esso non fa altro che contribuire a perpetuare prassi sociali discriminatrici nei confronti delle persone più povere e più vulnerabili [...] Gli Stati devono adottare tutte le misure necessarie per eliminare ogni forma di discriminazione diretta o indiretta delle persone indigenti»

¹²⁸ V. F. Vitarelli, "Non è un delitto il mendicare quando si ha fame". La Corte EDU estende l'ambito di operatività dell'art. 8 CEDU riconoscendo il diritto alla mendicizia in assenza di alternative di sussistenza come intrinseco alla dignità umana, in *RIDPP* 2021, 746.

strumentalizzando dei minori, bensì a fine di profitto organizzati o favorisca tali forme di accattonaggio, in sé penalmente irrilevanti: per tali condotte di sfruttamento di soggetti deboli o vulnerabili appare ragionevole la recente previsione di una responsabilità penale, in forme più gravi rispetto all'accattonaggio molesto o fraudolento, *i.e.* nelle forme non della contravvenzione, ma del delitto di «organizzazione dell'accattonaggio», di cui al co. 2 dell'art. 600 *octies* Cp, introdotto con lo stesso d.l. 4.10.2018 n. 113, conv. in l. con modif. dalla l. 1.12.2018 n. 132, c.d. decreto “sicurezza”.

12. In molti Comuni si è cercato di contrastare la mendicizia attraverso provvedimenti emanati dal Sindaco, quale ufficiale del Governo, ai sensi dell'art. 54 - *attribuzioni del sindaco nelle funzioni di competenza statale*, d. lgs. 18.8.2000 n. 267, c.d. Testo Unico Enti Locali (o TUEL).

E più recentemente, anche attraverso provvedimenti emanati dal Sindaco, quale rappresentante della comunità locale, ai sensi dell'art. 50 co. 5, dello stesso TUEL; nonché attraverso regolamenti comunali, ai sensi dell'art. 50 co. 7 *ter* TUEL. Il campo d'azione di tali ordinanze del Sindaco come rappresentante della comunità locale, così come quello dei regolamenti comunali, è stato infatti significativamente ampliato con d.l. 20.2.2017 n. 14, decreto c.d. “Minniti”, conv. in l. con modif. dalla l. 18.4.2017 n. 48.

In tema di *attribuzioni del sindaco quale ufficiale del Governo*, la prima disposizione sopracitata, l'art. 54 TUEL, come sostituito con d.l. 23.5.2008 n. 92, conv. in l. con modif. dalla l. 24.7.2008 n. 125, prevede al co. 4 che: «Il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. I provvedimenti di cui al presente comma sono preventivamente comunicati al prefetto anche ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione».

Tale disposizione relativa al potere del Sindaco di emanare provvedimenti contingibili e urgenti a tutela dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana è frutto del netto ridimensionamento operato dalla Corte costituzionale con sent. 7.4.2011 n. 115.

La versione precedente di quest'ultima norma, come confezionata dal legislatore nel 2008, prevedeva che il Sindaco, quale ufficiale del Governo, potesse adottare «con atto motivato provvedimenti *anche* contingibili e urgenti» (corsivo nostro), e tendeva dunque a sganciare i poteri di ordinanza del Sindaco dai requisiti di contingibilità, necessità ed urgenza; consentendo al Sindaco di emanare anche provvedimenti permanenti, di natura non interinale¹²⁹.

Dubbi di costituzionalità, relativamente a tali ordinanze sindacali non contingibili e urgenti, erano stati sollevati dal Tar Veneto nel giudizio di annullamento proprio di un'ordinanza sindacale vietante le forme di accattonaggio molesto (allora non punibile) su tutte le aree non agricole del territorio comunale¹³⁰.

La Corte costituzionale accoglie tale questione e dichiara l'illegittimità costituzionale della norma «nella parte in cui comprendeva la locuzione “anche” prima delle parole “contingibili e urgenti”»¹³¹,

¹²⁹ Sulla repressione amministrativa delle condotte di mendicizia, per una ricostruzione della fase storica pre-decreto “Minniti” del 2017, v. D. Sciuttieri, *La repressione penale della mendicizia tra solidarietà e multiculturalismo*, in AP 2022, 22 ss.

¹³⁰ V. Tar Veneto, Sez. III, ord. 22.3.2010, in *QuestG* 2010, 4, 202, con nota di L. Pepino, *I sindaci, l'accattonaggio, la Costituzione*.

¹³¹ C. Cost. 7.4.2011 n. 115, in *GCos* 2011, 1581, con note di V. Cerulli Irelli, *Sindaco legislatore?*, e D. Morana, *La rivincita dell'art. 23 Cost., sulle ordinanze di sicurezza urbana (senza bisogno di invocare un principio supremo dello Stato di diritto)*; ed in *www.penalecontemporaneo.it* 8.4.2011, con nota di G. Leo, *La Consulta dichiara illegittima la norma che consentiva ordinanze dei sindaci, anche non contingibili e urgenti, in materia di sicurezza urbana. Sui poteri di ordinanza del sindaco*, v. A. Squazzoni, in C. Ruga Riva, R. Cornelli, A. Squazzoni, P. Rondini, B. Biscotti, *La sicurezza urbana e i suoi custodi (Il Sindaco, il Questore e il Prefetto)*, in *DPenCont* 2017, n. 4, 236. Sulle nozioni di

precludendo la possibilità di emanare ordinanze che non siano strettamente legate ai requisiti di necessità e urgenza; e precludendo, dunque, al sindaco, la possibilità di emanare ordinanze “ordinarie” in tema di accattonaggio.

Sempre relativamente alle attribuzioni del sindaco nelle funzioni di competenza statale, viene poi precisato, al comma successivo della stessa disposizione del TUEL (oggetto di intervento sempre da parte del noto decreto c.d. “Minniti” del 2017), che «I provvedimenti adottati ai sensi del comma 4 concernenti l'incolumità pubblica sono diretti a tutelare l'integrità fisica della popolazione, quelli concernenti la sicurezza urbana sono diretti a prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, la tratta di persone, *l'accattonaggio con impiego di minori e disabili*, ovvero riguardano fenomeni di abusivismo, quale l'illecita occupazione di spazi pubblici, o di violenza, anche legati all'abuso di alcool o all'uso di sostanze stupefacenti» (art. 54 co. 4 *bis* TUEL, come sostituito dal d.l. 14/2017, c.d. “Minniti”, conv. in l. con modif. dalla l. 48/2017; corsivi nostri).

Con riferimento alle attribuzioni del sindaco, quale ufficiale del Governo, ovvero alle attribuzioni del sindaco nelle funzioni di competenza statale, sembrano dunque ammissibili unicamente ordinanze municipali “*rafforzative*” di divieti già esistenti a livello di legge, quali il divieto di accattonaggio con impiego di minori, previsto *ex art.* 600 *octies* co. 1 Cp.

Con l'ulteriore limite che tali ordinanze sindacali devono essere contrassegnate dagli stringenti requisiti della contingibilità e dell'urgenza, e dunque dalla natura interinale, non permanente.

Oltre a tali ordinanze adottabili dal sindaco, come ufficiale governativo («attribuzioni del sindaco nelle funzioni di competenza statale») il quale, in tale veste, agisce a tutela di un'incolumità pubblica ed una sicurezza urbana che sembrano intese negli stringenti contorni della legalità penale, occorre tuttavia tenere in considerazione anche diverse, ulteriori competenze, attribuite dal citato d.l. 14/2017, c.d. “Minniti”, al sindaco, «quale rappresentante della comunità locale».

In quest'altra, diversa veste, il sindaco può adottare ordinanze contingibili ed urgenti «in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di *grave incuria o degrado del territorio*, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di *pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana*, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti» (art. 50 co. 5 TUEL, come modif. dal decreto “Minniti”, corsivi nostri); ed è in tale sede che sembrano profilarsi possibili spazi per risposte di natura amministrativa nei confronti dell'accattonaggio, anche non penalmente rilevante.

La «sicurezza urbana», in questa prospettiva, viene concepita in senso più ampio rispetto alla nozione di legalità penalmente rilevante: la definizione, generica, di «sicurezza urbana», ai fini del decreto “Minniti”, è quella di «bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città, da perseguire anche attraverso interventi di riqualificazione, anche urbanistica, sociale e culturale, e recupero delle aree o dei siti degradati, *l'eliminazione dei fattori di marginalità e di esclusione sociale*, la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio, la promozione della cultura del rispetto della legalità e l'affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile» (art. 4, decreto “Minniti”, corsivi nostri).

Un bene, quello della sicurezza urbana, in quest'ottica declinato in termini «soggettivo-emozionali»¹³² (la «vivibilità») ed «estetici» (il «decoro delle città»); una sicurezza urbana che idealmente abbraccia anche politiche di inclusione, di riduzione delle cause della marginalità, dell'esclusione sociale e del degrado, di contrasto alle disuguaglianze, ma che concretamente sembra

ordinanze “situazionali” e “comportamentali”, v. G. Tropea, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli 2010, 212 ss.

¹³² Si esprime efficacemente in questi termini C. Ruga Riva, in C. Ruga Riva ed al., *La sicurezza urbana*, cit., 226. Cfr. M. Pelissero, *Il potenziamento delle sanzioni punitive e delle misure di prevenzione personali nel nuovo decreto sicurezza*, in *SI* 2017, 1101; Id, *La sicurezza urbana: nuovi modelli di prevenzione?*, in *DPP* 2017, 846.

ad oggi tradursi soprattutto in strumenti reattivo-repressivi, poco attenti al benessere complessivo delle comunità locali, intese nel loro insieme.

Non più e non soltanto, dunque, provvedimenti municipali volti a contrastare fenomeni criminosi puniti per legge, ma anche provvedimenti municipali volti a generiche finalità di superamento di «situazioni di grave incuria o degrado del territorio», o a finalità di tutela «del decoro e della vivibilità urbana»: tali nuove finalità possono essere perseguite con ordinanze sindacali contingibili e urgenti *ex art. 50 co. 5 TUEL*, ed anche con regolamenti comunali *ex art. 50 co. 7 ter TUEL* (secondo le innovazioni del decreto “Minniti” del 2017).

I regolamenti comunali, strumenti normativi tendenzialmente più stabili, appaiono da un lato più confacenti alla tutela di beni, quali il decoro e la vivibilità, che sembrano richiedere provvedimenti c.d. “comportamentali”, di lungo periodo, piuttosto che meramente “situazionali”¹³³ e temporanei, quali le ordinanze contingibili e urgenti.

E tuttavia, dall’altro lato, i regolamenti comunali, strumenti normativi necessariamente ordinari e produttivi di disposizioni generali e astratte, proprio per tali loro caratteristiche sembrano generare maggiori criticità laddove contengano in via stabile misure che derogano espressamente alle norme primarie: come chiarito più volte dalla giurisprudenza costituzionale, anche nella sent. n. 115/2011, sopra citata, ciò può infatti tradursi in una violazione degli artt. 3 e 23 Cost.

L’autorità amministrativa può fronteggiare situazioni eccezionali e di carattere temporaneo, che richiedano anche deroghe «temporalmente delimitate»¹³⁴ alle disposizioni di legge e regolamenti. Si tratta di un potere straordinario, legittimato appunto dalla straordinarietà delle concrete situazioni da affrontare: tale potere si estrinseca in provvedimenti, quali le ordinanze contingibili e urgenti, ad effetto necessariamente temporaneo, che sono legittimi proprio in quanto privi di carattere normativo, derogatori solo in relazione al caso concreto e per il tempo necessario a superare la situazione straordinaria, contingibile e urgente¹³⁵.

Fino a dove possono spingersi i *regolamenti comunali* nella previsione di obblighi di fare o di non fare che la legge espressamente non contempla? Che rapporto ci deve essere tra legge e regolamentazione comunale? Basta che la legge indichi genericamente all’autorità amministrativa una finalità da realizzare? Oppure è necessario che il potere dell’autorità amministrativa sia dalla legge maggiormente determinato, nel contenuto e nelle modalità?

Con riferimento al potere conferito dalla legge ad un’autorità amministrativa, la Corte costituzionale chiarisce che «non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell’azione amministrativa»¹³⁶.

La giurisprudenza costituzionale afferma espressamente che anche gli obblighi di non fare costituiscono una «prestazione personale», e dunque sottostanno al divieto di imposizione «se non in base alla legge» (art. 23 Cost.).

Va detto che la riserva di legge *ex art. 23 Cost.* ha valore relativo, non assoluto, lasciando all’autorità amministrativa consistenti margini di regolazione.

E tuttavia, la Corte costituzionale precisa che il carattere relativo della riserva di legge in oggetto non può «costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto

¹³³ Sulle nozioni di ordinanze “situazionali” e “comportamentali”, v. G. Tropea, *op. cit.*, 212 ss.

¹³⁴ V. C. Cost. 7.4.2011 n. 115, cit., con nota di G. Leo, *op. cit.*, 13; ed in precedenza, C. Cost. sent. 127/1995 e sent. 418/1992.

¹³⁵ V. nota precedente.

¹³⁶ C. Cost. sent. 115/2011, cit., pag. 14. In dottrina, recentemente, anche con riferimento alle innovazioni del decreto c.d. “Minniti”, cfr. G. Pighi, *Spazi e destinatari delle politiche di sicurezza urbana: la città divisa*, in *DPP* 2019, 1518 ss.; A. Squazzoni, *I rimodulati poteri di ordinanza del sindaco*, in C. Ruga Riva, R. Cornelli, A. Squazzoni, P. Rondini, B. Biscotti, *La sicurezza urbana*, cit., 235 ss.; C. Forte, *Il decreto Minniti: sicurezza integrata e "d.a.spo. urbano"*. *Da una governance multilivello il rischio di una... "repressione multilivello"*, in *www.penalecontemporaneo.it* 22.5.2017, 204 s.

al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa “in bianco”, genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell’azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini».

Anche in altra sentenza la Corte chiarisce che, per rispettare la riserva relativa di cui all’art. 23 Cost., è quanto meno necessario che «la concreta entità della prestazione imposta sia desumibile chiaramente dagli interventi legislativi che riguardano l’attività dell’amministrazione»¹³⁷.

Venendo in gioco limitazioni della libertà personale, dunque, non sembra sufficiente che la legge si limiti ad assegnare agli organi comunali generiche finalità da perseguire, quali il «decoro», la «vivibilità urbana», o ancora il superamento di «situazioni di grave incuria o degrado del territorio». L’assenza di una base legislativa sufficientemente determinata incide negativamente, secondo la giurisprudenza costituzionale, non solo sulla garanzia di imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost), ma «a fortiori lede il principio di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, giacché gli stessi comportamenti potrebbero essere ritenuti variamente leciti o illeciti, a seconda delle numerose frazioni del territorio nazionale rappresentate dagli ambiti di competenza dei sindaci. Non si tratta, in tali casi, di adattamenti o modulazioni di precetti legislativi generali in vista di concrete situazioni locali, ma di vere e proprie disparità di trattamento tra cittadini, incidenti sulla loro sfera generale di libertà, che possono consistere in fattispecie nuove ed inedite, liberamente configurabili». Ciò determina, dunque, una violazione anche dell’art. 3 Cost.

Sembra derivarne che spazi per una risposta a livello municipale nei confronti della mendicizia non penalmente rilevante siano ravvisabili non nei regolamenti comunali, strumenti per loro natura generali ed astratti, ma unicamente all’interno di ordinanze contingibili e urgenti emanate dal Sindaco come rappresentante della comunità locale, le quali siano occasionate da *situazioni provvisorie realmente eccezionali*.

Escludendo la possibilità di emanare a livello municipale, in tema di accattonaggio non criminoso, provvedimenti “comportamentali” di lungo periodo, nelle forme dell’ordinanza sindacale “permanente” (cioè non contingibile ed urgente) o del regolamento comunale, ne deriva che tali strumenti locali anti-accattonaggio, adottati in alcuni Comuni, e in taluni casi contenenti previsioni sanzionatorie non solo nei confronti di chi riceve, ma anche di chi dà l’elemosina, non sembrano in linea col quadro legislativo e costituzionale.

I citati principi costituzionali della riserva di legge relativa (art. 23 Cost.), dell’imparzialità (art. 97 Cost.) e dell’uguaglianza (art. 3 Cost.) sembrano invece rispettati laddove, secondo le differenti e maggiormente determinate previsioni dell’art. 9 del d.l. “Minniti”, siano elevate sanzioni espressamente definite a livello legislativo, quali la «sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento di una somma da euro 100 a euro 300» e l’ordine di «allontanamento dal luogo in cui è stato commesso il fatto» (art. 9 co. 1 d.l. “Minniti”), nei confronti di chi realizzi le seguenti condotte, *determinate a livello legislativo*: «condotte che impediscono l’accesso e la fruizione» delle «infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, e delle relative pertinenze [...] in violazione dei divieti di stazionamento di occupazione di spazi ivi previsti» (art. 9 co. 1 d.l. “Minniti”); o che impediscono l’accesso ad «aree urbane», individuate dai regolamenti di polizia urbana, sulle quali «insistono presidi sanitari, scuole, plessi scolastici e siti universitari, musei, aree e parchi archeologici, complessi monumentali o altri istituti e luoghi della cultura o comunque interessati da consistenti flussi turistici, aree destinate allo svolgimento di fiere, mercati, pubblici spettacoli, ovvero adibite a verde pubblico».

Le modifiche apportate a quest’ultima disposizione in sede di conversione in legge del d.l. “Minniti”, col passaggio dalla formula «condotte che *limitano* la libera accessibilità e fruizione» a «condotte che *impediscono* l’accessibilità e la fruizione» (corsivi nostri), sembrano tuttavia rendere difficilmente applicabili la sanzione amministrativa pecuniaria e l’ordine di allontanamento (previsti dalla norma in questione) nelle ipotesi di accattonaggio semplice, non penalmente rilevante: tali condotte di

¹³⁷ C. Cost. sent. 190/2007.

accattonaggio non penalmente rilevanti possono infatti, in alcuni casi, *limitare* l'accessibilità e la fruizione dei luoghi oggetto di particolare protezione da parte della normativa "Minniti", ma difficilmente possono essere ritenute *impeditive* dell'accessibilità e fruizione di tali luoghi.

In assenza degli stringenti presupposti rappresentati dalle condotte impeditive dell'accessibilità e della fruizione dei luoghi oggetto di protezione, o da elementi eccezionali e provvisori tali da giustificare ordinanze sindacali contingibili e urgenti derogatorie *in peius* rispetto alla legge, il soddisfacimento di istanze di sicurezza, reali o presunte, connesse alla vivibilità ed al decoro urbano, o alla compromissione dell'assetto urbano e della realtà sociale, pare da perseguire con strumenti non sanzionatori, ma proattivi, anch'essi facenti capo agli enti locali¹³⁸: strumenti proattivi che appaiono anche più funzionali, avendo la possibilità di incidere sulle cause dei fenomeni, e dunque di prevenire in radice le criticità.

Sembra improprio che tali strumenti proattivi, legati a processi lenti di assimilazione, cedano frequentemente il passo, per ragioni strumentali di consenso elettorale, a strumenti meramente reattivo-repressivi, più economici da attuare, ma meno efficaci e di dubbia legittimità.

13. Un'altra delle risposte di natura amministrativa sperimentate nei confronti dell'accattonaggio è rappresentata dalle misure di prevenzione personali *ex d. lgs. 6.9.2011 n. 159* (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione), aventi tra i soggetti destinatari «coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, comprese le reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio di cui all'articolo 2, nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica» (art. 1 lett. c del d. lgs. 159/2011).

È significativo che l'integrazione più recente della disposizione sopra citata, dove sono espressamente ricomprese, tra gli elementi di fatto che consentono il ricorso alle misure di prevenzione personali, «le reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio di cui all'articolo 2, nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa», sia dovuta allo stesso d.l. "Minniti" del 2017, con l'obiettivo di disegnare una sorta di progressione della risposta sanzionatoria: dall'ordine di allontanamento (rivolto dall'organo accertatore), al divieto di accesso (competenza del questore), per finire con le misure di prevenzione personali *ex d.lgs. n. 159/2011*; dove misure amministrative via via più gravi sono applicabili a fronte dell'inosservanza delle misure, meno gravi, precedentemente applicate.

Per inasprire l'apparato sanzionatorio, successivamente è stato anche previsto, con d.l. 4.10.2018 n. 113 (c.d. "decreto sicurezza"), conv. in l. con modif. dalla l. 1.12.2018 n. 132¹³⁹, che la violazione del divieto di accesso, che già espone all'applicazione delle misure di prevenzione personali, integri pure una contravvenzione, punita con l'arresto da sei mesi ad un anno (art. 10 co. 2 del d.l. n. 14/2017, come integrato appunto con d.l. 113/2018).

La previa comminazione di un divieto di accesso non rappresenta ovviamente un prodromo necessario per l'applicazione delle misure di prevenzione personali, ma solo uno dei possibili «elementi di fatto» in base ai quali ritenere che la persona in questione rientri nelle categorie dei soggetti «dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica» *ex art. 1 lett. c del d. lgs. 159/2011*.

¹³⁸ V. Pighi, *op. cit.*, 1523 ss.

¹³⁹ Nella dottrina penalistica, per un commento di segno critico su tale più recente decreto "sicurezza", v. L. Risicato, *Il confine ed il confino: uno sguardo d'insieme alle disposizioni penali del "decreto sicurezza"*, in *DPP* 2019, 15; Id., *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019, 43.

L'applicazione delle misure di prevenzione personali *ex d. lgs. 159/2011* richiede, in ogni caso, l'offesa o la messa in pericolo dei beni giuridici sopracitati attraverso la commissione di reati, non pienamente accertati oltre ogni ragionevole dubbio, ma attestati dall'indizio o dal sospetto, oggettivamente suffragato, della commissione dei reati stessi: nell'ipotesi che ci occupa, i reati di impiego di minori nell'accattonaggio, organizzazione dell'accattonaggio, o ancora accattonaggio molesto o fraudolento.

L'offesa o la messa in pericolo dei beni dell'integrità fisica o morale dei minorenni, della sanità, della sicurezza o della tranquillità pubblica non possono, dunque, discendere da fatti che, quand'anche provati, siano comunque privi di rilevanza penale.

La recente giurisprudenza penale di legittimità si è più volte confrontata proprio con casi di applicazione di misure di prevenzione personali, quali il foglio di via obbligatorio, da parte del questore, nei confronti di soggetti dediti all'accattonaggio, estranei a qualsiasi genere di interesse lavorativo e sociale, senza fissa dimora; ed ha ritenuto tali «circostanze di per sé sole anodine e non significative sul piano della effettiva prognosi criminale imposta dall'art. 1, lett. c), nel difetto di elementi concreti dai quali desumere che le suddette attività, di per sé non costituenti reato, fossero svolte con modalità tali da mettere in pericolo la sicurezza e la tranquillità pubblica; mentre la condizione di marginalità sociale e lavorativa non può certamente fondare sul piano logico, oltre che giuridico, nessuna prognosi in ordine alla futura commissione di condotte di rilevanza penale»¹⁴⁰; conseguentemente, ha affermato l'illegittimità di tali misure di prevenzione, tradottesi in sanzioni penali per inottemperanza *ex art. 76 co. 3 d. lgs. 159/2011*.

Un esito applicativo che appare ragionevole, pena il ritorno alla già da tempo superata tipologia soggettiva degli «oziosi e vagabondi», quali possibili destinatari delle misure di prevenzione personali: tipologia soggettiva screditata sul piano criminologico ed empirico, ed espressamente abolita dal nostro sistema di prevenzione già con l. 3.8.1988 n. 327.

¹⁴⁰ Cass. 6.5.2020 (ud. 30.10.2019) n. 13723, in *onegale.wolterskluwer.it*.

LE NOVITÀ IN MATERIA DI STUPEFACENTI E FATTO DI LIEVE ENTITÀ INTRODOTTE DALLA L. N. 159 DEL 2023: RICADUTE PROCESSUALI E CRITICITÀ DI SISTEMA

di Emmanuele Penco (*Ricercatore di diritto penale, Università degli Studi di Genova*)

Con la legge di conversione del decreto “Caivano” il legislatore ha introdotto, quasi sottotraccia, talune modifiche alla disciplina del fatto di lieve entità di cui all’art. 73 co.5 t.u. stup., destinate a produrre rilevanti effetti sul piano del trattamento sanzionatorio e del circuito processuale nel quale sono destinate a confluire le ipotesi di “piccolo spaccio”. Il presente contributo, nel ripercorre questo specifico contenuto della l. 159/2023, pone in evidenza taluni profili critici dell’intervento normativo, legati alle ricadute processuali della novella, ad alcune aporie di sistema che quest’ultima finisce per generare, nonché alla dubbia compatibilità della stessa con i principi costituzionali in materia di ricorso alla decretazione d’urgenza.

With the law converting the d.l. “Caivano”, the legislator introduced, almost under the radar, some changes to art. 73 co. 5 t.u. stup., capable of producing relevant effects on the sanctioning treatment and the procedural circuit into which the small drug trafficking is bound to converge. The paper, in analyzing this specific content of l. 159/2023, highlights some critical points of the new regulation related to the procedural fallout, to some systematic inconsistencies, and to the relationship with the principle of art. 77 Cost.

SOMMARIO: Sommario: 1. Premessa. – 2. L’*iter* parlamentare e la proposta di emendamento relativa al “fine di lucro”. – 3. L’aumento del massimo di pena detentiva e le ricadute sul piano processuale. – 4. L’ipotesi più grave di condotte di spaccio “non occasionali”. – 5. L’estensione della confisca “allargata” all’ipotesi di fatto lieve. – 6. In conclusione: la stretta sul “piccolo spaccio” e il problematico ricorso alla decretazione d’urgenza.

1. Con la l. 13.11.2023 n. 159 di conversione (con modificazioni) del d.l. 15.9.2023 n. 123 (c.d. decreto “Caivano”), il legislatore, nel contesto di un intervento dichiaratamente volto a introdurre «misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale», ha ritenuto di modificare anche la disciplina del fatto di lieve entità di cui all’art. 73 co. 5 d.P.R. 9.10.1990 n. 309 (d’ora in poi, TuStup)¹.

Le novità in questo senso, contemplate dall’art. 4 del decreto, rubricato «Disposizioni per il contrasto dei reati in materia di armi od oggetti atti ad offendere, nonché di sostanze stupefacenti», attengono in particolare: all’aumento della pena massima da quattro a cinque anni di reclusione; alla previsione di un trattamento sanzionatorio più grave (con l’individuazione di una nuova cornice edittale di pena detentiva e pecuniaria) «quando la condotta assume caratteri di non occasionalità»; all’estensione anche ai casi di lieve entità del fatto della confisca c.d. allargata o per sproporzione di cui all’art. 240-bis Cp.

Quelli richiamati non costituiscono, invero, gli unici profili di intervento del d.l. 159/2023 in relazione alla materia degli stupefacenti, la quale è in effetti stata toccata anche dalle novità previste in materia

¹ Per un quadro generale delle novità in materia penale introdotte dalla l. 159/2023 v. G. Panebianco, *Sicurezza, criminalità minorile e urgenza a fronte del c.d. decreto “Caivano”*, in *DPP* 2023, 1554 ss.; S. Bernardi, *Convertito in legge il d.l. “Caivano” in tema di contrasto al disagio e alla criminalità minorili: una panoramica dei numerosi profili di interesse per il penalista*, in www.sistemapenale.it, 15.11.2023.

di prevenzione *praeter delictum* e di sospensione condizionale della pena². Non vi è dubbio, tuttavia, che l'intervento operato in relazione all'art. 73 co. 5 TuStup sia quello certamente più significativo per la disciplina penale sostanziale³, non solo in ragione degli inasprimenti sanzionatori operati sul piano del diritto positivo, ma anche e soprattutto per le ricadute "collaterali" che questi ultimi comportano nella dimensione processuale e "di sistema". È pertanto su questo particolare profilo che intendiamo soffermarci con il presente lavoro, con l'obiettivo di delineare le caratteristiche del "nuovo" fatto di lieve entità in materia di stupefacenti tratteggiato dalla legislazione emergenziale sollecitata dalle vicende di cronaca che hanno interessato il Comune di Caivano.

2. Di particolare interesse, per quanto concerne lo specifico aspetto che qui viene in rilievo, risulta l'analisi dell'*iter* parlamentare che ha caratterizzato il provvedimento in parola, posto che due delle tre innovazioni introdotte in materia di fatto di lieve entità sono state inserite in sede di conversione in legge del d.l. 123/2023, ove, in effetti, era in origine contemplata la sola modifica relativa all'innalzamento a cinque anni del massimo di pena per i fatti di cui all'art. 73 co. 5 TuStup.

Durante la discussione del d.d.l. di conversione dinanzi le commissioni Affari Costituzionali e Giustizia riunite del Senato veniva dapprima presentato un emendamento di maggioranza (il n. 4.12, primo firmatario On. Lisei) con il quale, al dichiarato fine di «risolvere un problema molto sentito dai cittadini, che è quello dello spaccio di strada», «reato di forte allarme sociale» al quale si intendeva «applicare [...] le pene più gravi già previste dall'articolo 73»⁴, veniva proposto di aggiungere al comma quinto dell'art. 73 un ulteriore periodo a mente del quale «non possono considerarsi di lieve entità i fatti con finalità di lucro».

Tale proposta emendativa, laconicamente giustificata dalla considerazione per la quale «è legittimo [...] ritenere che se la detenzione di sostanze stupefacenti è condotta con finalità di lucro sia esclusa la lieve entità del fatto»⁵, si rivelava invero come fortemente problematica.

In primis, il generico riferimento alla «finalità di lucro» quale circostanza ostativa all'applicabilità dell'art. 73 co. 5 TuStup, avrebbe di fatto estromesso dall'ambito operativo della fattispecie tutte quelle ipotesi di "piccolo spaccio" che costituiscono il tipo criminoso di riferimento della norma sulla lieve entità, le quali – come è stato opportunamente riconosciuto in giurisprudenza e in dottrina – si caratterizzano proprio per «una certa redditività dell'attività di vendita»⁶. In secondo luogo, la modifica proposta si dimostrava in evidente tensione con il canone dell'uguaglianza, posto che in presenza di un qualsivoglia "fine di lucro" la condotta sarebbe stata *tout court* attratta entro le più gravi figure delittuose dei commi primo e quarto, senza considerare che invero «la redditività del piccolo spaccio e quella del traffico in grande stile» sono profondamente diverse⁷. Ancora, l'ipotesi emendativa risultava parimenti critica alla luce del principio di proporzione, poiché il trattamento sanzionatorio previsto per le ipotesi non lievi di cui all'art. 73 si sarebbe manifestato eccessivamente

² Vengono in rilievo in questo senso, da un lato, le modifiche operate alle misure previste dagli artt. 13 e 13-bis d.l. 20.2.2017 n. 14 con riguardo al contrasto dello spaccio di sostanze stupefacenti, e, dall'altro, il potenziamento dei contenuti afflittivi della sospensione condizionale in caso di condanna per reati in materia di stupefacenti; in relazione ad entrambi i profili si rinvia a G. Panebianco, *op. cit.*, 1556 ss. e 1566 ss.

³ Così, soffermandosi sulle novità relative al «profilo sanzionatorio dei reati implicati dal sostrato empirico che (...) ha sollecitato l'intervento», G. Panebianco, *op. cit.*, 1566.

⁴ V. in questo senso le dichiarazioni dell'On. Lisei riportate nel resoconto sommario della seduta del 12 ottobre 2023 delle Commissioni Affari Costituzionali e Giustizia riunite (in www.senato.it)

⁵ *Ibidem*.

⁶ In questi termini, espressamente, F. Palazzo, *Il piccolo spaccio di stupefacenti può essere organizzato*, in *GI* 2014, 169, in relazione a quanto statuito da Cass. 4.10.2013 n. 41090, *ivi*, 163 ss.

⁷ In questo senso F. Palazzo, *op. cit.*, 169, ha puntualmente evidenziato come «la redditività del piccolo spaccio [...] consente più semplicemente il sostentamento del soggetto (ed eventualmente il suo consumo personale) nonché delle persone della sua famiglia, senza accumulo di ricchezza», laddove invece la redditività del traffico in grande stile «si risolve [...] in un vero e proprio arricchimento e accumulazione di ricchezza».

severo di fronte a casi di “piccolo spaccio” o “spaccio di strada”, ancorché caratterizzati da uno scopo lucrativo.

I predetti profili critici, immediatamente colti nel contesto del dibattito parlamentare⁸, portarono le forze di maggioranza firmatarie dell'emendamento in parola ad una profonda riformulazione dello stesso: così, ribadendo comunque l'esigenza di fornire «ai giudici strumenti più adeguati per la repressione dello spaccio di strada»⁹, è stata avanzata e infine approvata una terza versione della proposta emendativa n. 4.12, con la quale si è previsto un aggravio del trattamento sanzionatorio per quanto concerne i minimi di pena (innalzati a diciotto mesi per la reclusione e a 2.500 euro per la multa) in relazione alle ipotesi in cui la condotta si riveli “non occasionale”.

Come anticipato, anche la novità in materia di confisca “allargata” è stata inserita nel percorso di approvazione del d.d.l. di conversione di fronte alle commissioni Affari Costituzionali e Giustizia del Senato; in quella sede è stato infatti avanzato e poi definitivamente approvato un emendamento all'art. 4 del decreto, il n. 4.11 (prima firmataria On. Stefani), con il quale sono state soppresse le parole «esclusa la fattispecie di cui al comma 5» dall'art. 85-*bis* TuStup, così estendendo anche all'ipotesi del fatto di lieve entità la misura ablativa *ex art. 240-bis* Cp ivi disciplinata.

3. Il primo profilo di intervento, già oggetto del d.l. 123/2023, attiene – come si è visto – all'aumento del limite massimo della pena detentiva, che la novella ha portato da quattro a cinque anni di reclusione. In questo senso è da registrare innanzitutto un'inversione di tendenza rispetto alle ultime riforme, che avevano visto il legislatore modificare sempre “verso il basso” il trattamento sanzionatorio di cui all'art. 73 co. 5 TuStup: come noto, infatti, l'originaria cornice edittale da uno a sei anni di reclusione era stata portata da uno a cinque anni con il d.l. 23.12.2013 n. 146, e da sei mesi a quattro anni con il d.l. 20.3.2014 n. 36¹⁰.

La scelta di un siffatto trattamento sanzionatorio di maggior rigore comporta una serie di effetti collaterali che attengono principalmente alla dimensione processuale, e che costituiscono – a ben vedere – il vero obiettivo che il legislatore, consapevolmente, intendeva perseguire. Emblematico, in questo senso, è come i Dossier predisposti dal Servizio Studi del Senato, tanto sul d.l. 123/2023 quanto sulla l. 159/2023, evidenzino che «tale innalzamento della pena massima, da 4 a 5 anni, per lo spaccio di lieve entità, consentirà l'applicazione, anche nel caso di indagati-adulti, della misura della custodia cautelare»¹¹; a questa prima conseguenza si affianca, da un lato, la sopravvenuta impossibilità di accedere alla messa alla prova, stante il limite di quattro anni di pena massima richiamato all'art. 168-*bis* Cp, nonché, dall'altro, l'esclusione dell'ipotesi di cui all'art. 73 co. 5 TuStup dalla citazione diretta a giudizio *ex art. 550* Cpp.

È dunque chiaro come il ritocco “verso l'alto” della pena massima, sebbene in sé piuttosto contenuto, sia comunque sufficiente ad attrarre la fattispecie di lieve entità in un circuito processuale più

⁸ Si vedano a tal proposito le dichiarazioni rilasciate dagli esponenti politici delle principali forze di opposizione all'indomani della presentazione della proposta emendativa: *DI Caivano. Droga: blitz Fdi sull'attenuante per lieve entità, dietrofront del governo*, in www.avvenire.it, 25.10.2023; *Droghe, nuovi reati per piccoli spacciatori nel decreto Caivano*, in www.ilmanifesto.it, 26.10.2023.

⁹ Così l'On. Lisei nelle dichiarazioni riportate nel resoconto sommario della seduta del 25 ottobre 2023 delle Commissioni Affari Costituzionali e Giustizia riunite (in www.senato.it).

¹⁰ Per un quadro di sintesi degli interventi legislativi che hanno interessato l'art. 73 co. 5 t TuStup v. S. Bandini, G. Stallone, A. Zanacca, *Le condotte punite dall'art. 73 d.p.r. 309/1990. Le aggravanti e attenuanti*, in *I reati in materia di stupefacenti. Fattispecie monosoggettive. Criminalità organizzata. Profili processuali*, a cura di G. Insolera, G. Spangher, L. Della Ragione, Milano 2019, 298 ss.; M. Toriello, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, Milano 2021, 319 ss.; sul tema, più di recente, v. anche l'articolata relazione dell'Ufficio del Massimario, *Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in relazione al fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309*, pubblicata in www.sistemapenale.it, 27.4.2023, p. 2 ss.

¹¹ In questo senso, in termini analoghi, il Dossier del 25.9.2023, relativo al d.l. 123/2023, p. 31, e il Dossier del 30.10.2023, relativo alla l. n. 159/2023, p. 41, entrambi reperibili in www.senato.it. Sul punto, evidenziando come tali riferimenti nei richiamati Dossier rendano palese la *ratio* sottesa all'intervento in parola, v. M. Frisetti, *La modifica “silente” della fattispecie di lieve entità*, in *GiurPenWeb* 2023 (10), 3.

complesso e gravoso. In questo senso, la necessità di procedere con la fissazione dell'udienza preliminare anche per i procedimenti *ex art. 73 co. 5 TuStup*, comporterà ineluttabilmente un aggravio sul piano organizzativo per i Tribunali, con il rischio di incidere in termini negativi sulle tempistiche dei ruoli d'udienza; analoghe le conseguenze che si possono attendere dall'impossibilità di accedere al meccanismo di *diversion* costituito dalla messa alla prova, preclusione che è ragionevole ritenere andrà a riverberarsi tanto sul carico degli uffici giudiziari quanto sulle stesse modalità esecutive della pena, venendo a mancare un efficace strumento alternativo rispetto alla sanzione detentiva¹².

Ancora, la possibilità di irrogare la misura della custodia cautelare in carcere, oltre che emblematica di una mutata sensibilità politica rispetto all'esigenza (evidentemente non più avvertita) di «sottrarre comunque dal percorso carcerario i soggetti responsabili dei fatti di minore gravità»¹³, rischia di essere foriera di effetti negativi sui numeri della popolazione detenuta, già ad oggi costituita per quasi il 35% da soggetti ristretti in relazione alla commissione di uno dei reati contemplati dal *TuStup*.¹⁴ Occorre infine sottolineare come la novella, pur estendendo l'applicabilità della misura cautelare inframuraria ai fatti di lieve entità, abbia di contro lasciato immutato l'art. 380 co. 2 lett. *h* Cpp, il quale esclude per la (sola) ipotesi di cui all'art. 73 co. 5 *TuStup*, la possibilità di procedere con l'arresto obbligatorio in flagranza¹⁵. Sul piano delle misure precautelari, pertanto, la fattispecie in parola continua a beneficiare di un regime più favorevole rispetto agli altri delitti di cui all'art. 73, risultando applicabile il solo arresto facoltativo *ex art. 381 co. 1 Cpp*, con le evidenti conseguenze che derivano dalla scelta, operata nell'immediatezza del fatto dalle forze dell'ordine, di contestare i reati di cui ai commi primo o quarto dell'art. 73 *TuStup*, ovvero la fattispecie di cui al comma quinto¹⁶.

4. La seconda novità apportata dalla l. 159/2023 in relazione al fatto di lieve entità concerne l'aggiunta, in coda al quinto comma, di un ulteriore periodo, a mente del quale «chiunque commette uno dei fatti previsti dal primo periodo è punito con la pena della reclusione da 18 mesi a 5 anni e della multa da euro 2.500 a euro 10.329, quando la condotta assume caratteri di non occasionalità». La nuova disposizione, come anticipato, prevede sostanzialmente un aumento *de minimis* della pena detentiva e di quella pecuniaria per le ipotesi nelle quali la condotta risulti non occasionale. Mediante l'espresso richiamo alla «non occasionalità» della condotta il legislatore sembra voler fare riferimento ad uno specifico sotto-tipo criminoso riconducibile al fatto lieve, quello del piccolo

¹² In questo senso G. Panebianco, *op. cit.*, 1566 rileva come «l'intento repressivo, oltre a trovare immediato riscontro nelle nuove cornici edittali introdotte dalla riforma, produce il non secondario effetto di allontanare la prospettiva dell'applicazione degli istituti a beneficio del reo incentrati sulla pena commisurata in concreto dal giudice».

¹³ Così espressamente M. Toriello, *op. cit.*, 428, nel soffermarsi sull'*intentio legis* sottesa alla (previgente) disciplina relativa all'arresto in flagranza e alle misure cautelari per la fattispecie di lievità del fatto *ex art. 73 co. 5 TuStup*.

¹⁴ I dati aggiornati al 31.12.2022 sul rapporto tra popolazione detenuta e illeciti in materia di stupefacenti sono riportati ed esposti criticamente nel recente volume G. Zuffa, F. Corleone, S. Anastasia, L. Fiorentini, M. Perduca, M. Cianchella (a cura di), *La traversata del deserto. Quattordicesimo Libro Bianco sulle Droghe*, Lecce 2023, 10 ss., consultabile in www.sistemapenale.it, 11.7.2023, con nota di sintesi di B. Fragasso, *Normativa sugli stupefacenti ed esecuzione penale: pubblicato il XIII Libro Bianco sulle Droghe*.

¹⁵ Per le questioni legate alle misure precautelari applicabili all'ipotesi di cui all'art. 73 co. 5 *TuStup* v. M. Toriello, *op. cit.*, 425 ss.

¹⁶ In questo senso risulta problematica la prassi talora seguita dalla polizia giudiziaria di procedere all'arresto obbligatorio dei soggetti colti in flagranza di condotte di detenzione ai fini di spaccio o cessione anche in presenza di modesti quantitativi di sostanza, contestando immediatamente la fattispecie di cui ai commi primo e quarto dell'art. 73 *TuStup*, per la quale appunto l'arresto obbligatorio è contemplato: sul punto, in termini critici, v. K. Ponetti, *La lieve entità per spaccio di droghe e le modifiche necessarie*, in G. Zuffa, F. Corleone, S. Anastasia, L. Fiorentini, M. Perduca, M. Cianchella (a cura di), *op. cit.*, 47. La questione è evidentemente legata allo scarso tasso di determinatezza della fattispecie di lieve entità, che consegna all'interprete un importante spazio di discrezionalità: sul tema, proprio con riferimento alle ricadute problematiche legate alle misure precautelari applicabili a seconda della contestazione avanzata, v. G. Amato, *Il criterio del dato ponderale nella valutazione complessiva*, in *GD* 2022 (49), 31.

spaccio “organizzato”¹⁷. In questo senso occorre ricordare come la giurisprudenza abbia ormai espressamente riconosciuto che anche in presenza di condotte reiterate, continuative, non occasionali, e pur sussistendo una minima organizzazione dell’attività di spaccio, può comunque essere applicata l’ipotesi di cui all’art. 73 co. 5 TuStup, non essendo possibile attribuire efficacia di per sé ostativa alle predette caratteristiche del fatto concreto¹⁸.

Tale consolidato orientamento, frutto di un rinnovato approccio interpretativo alla fattispecie *de qua*, non più considerata come eccezionale rispetto al modello del fatto “non lieve”¹⁹, risulta a ben vedere confermato dalla novella normativa, la quale espressamente riconosce la possibilità che esista un fatto di lieve entità caratterizzato da condotte non occasionali²⁰. Laddove tuttavia si configuri quest’ultima ipotesi il legislatore ritiene di dover circoscrivere la cornice edittale di riferimento per il giudice, in particolare precludendo l’accesso ad una fascia di pena minima (quella dai sei ai diciotto mesi) considerata evidentemente incompatibile con il grado di offensività del fatto.

Si tratta, a ben vedere, di una scelta di politica criminale che, in astratto, non può essere ritenuta del tutto irragionevole, alla luce – da un lato – dell’ampiezza della cornice edittale contemplata dal primo periodo dell’art. 73 co. 5 TuStup (peraltro ulteriormente estesa dalla stessa l. 159/2023), di per sé «sintomatica della capacità della norma di ricomprendere nel suo alveo condotte caratterizzate da ben diverso grado di offensività»²¹, e in considerazione – dall’altro – del *disvalore minore*, ma di certo *non minimo*²², espresso dalle ipotesi di piccolo spaccio organizzato o “non occasionale”.

I profili problematici a nostro avviso attengono, piuttosto, alle modalità con le quali il legislatore ha configurato tale ipotesi più grave, modalità che – a noi pare – lasciano aperte talune questioni tanto in relazione alla natura giuridica della fattispecie quanto rispetto alla portata applicativa della stessa. Per quanto concerne il primo aspetto, a fronte della scelta di prevedere una nuova cornice edittale che risulta però aggravata soltanto nei minimi della sanzione detentiva e pecuniaria, occorre chiedersi se ci si trovi di fronte ad una circostanza aggravante indipendente del fatto di lieve entità, ovvero piuttosto ad una nuova fattispecie autonoma rivolta al sotto-tipo criminoso dello spaccio (pur sempre “piccolo”, ma) organizzato e non occasionale.

A favore della soluzione della fattispecie autonoma potrebbe militare l’espressa volontà del legislatore di introdurre un trattamento sanzionatorio *ad hoc* e più grave per il fenomeno dello “spaccio di strada”²³, così come la previsione di una cornice edittale formalmente autonoma rispetto a quella contemplata nella prima parte dell’art. 73 co. 5 TuStup²⁴.

¹⁷ Con riferimento alla riconducibilità anche delle ipotesi di piccolo spaccio “organizzato” alla fattispecie di cui all’art. 73 co. 5 TuStup, oltre al già richiamato contributo di F. Palazzo, *op. cit.*, 167 ss., v. S. Bandini, G. Stallone, A. Zanacca, *op. cit.*, 298 ss.; M. Toriello, *op. cit.*, 319 ss. Sul punto si sofferma anche la già richiamata relazione dell’Ufficio del Massimario, *Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in relazione al fatto di lieve entità di cui all’art. 73, comma 5, cit.*, 2 ss.

¹⁸ In questi termini, nel senso di disporre l’annullamento della pronuncia di condanna che aveva escluso la sussistenza del fatto lieve stante la presenza di condotte non occasionali o comunque reiterate, v. di recente Cass. 16.12.2022 n. 3327, in *ItalgireWeb*; Cass. 3.12.2021 n. 10733, *ivi*; Cass. 14.11.2022 n. 49245, *ivi*; Cass. 11.1.2022 n. 3338, *ivi*.

¹⁹ Su tale tendenza ermeneutica v. già F. Palazzo, *op. cit.*, 167, nonché più di recente S. Bandini, G. Stallone, A. Zanacca, *op. cit.*, 298; M. Toriello, *op. cit.*, 319; nello stesso senso anche la relazione dell’Ufficio del Massimario, *Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in relazione al fatto di lieve entità di cui all’art. 73, comma 5, cit.*, 84 ss.

²⁰ Secondo G. Panebianco, *op. cit.*, 1566, «la nuova ipotesi tiene conto dell’interpretazione che non esclude l’astratta compatibilità del fatto lieve con lo svolgimento di attività di spaccio non episodica e continuativa».

²¹ Così la relazione dell’Ufficio del Massimario, *Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in relazione al fatto di lieve entità di cui all’art. 73, comma 5, cit.*, 84.

²² *Ibidem*, ove viene evidenziato l’affermarsi di un orientamento della giurisprudenza di legittimità che «reputa minore – ma non necessariamente minimo – il disvalore dei fatti di lieve entità».

²³ V. *supra*, note nn. 4, 5 e 9.

²⁴ Con riferimento alla possibile rilevanza dell’ampiezza della cornice edittale per il fatto di lieve entità di cui al comma quinto dell’art. 73 TuStup nella prospettiva di riconoscere la natura autonoma di tale fattispecie v. già V. Manes, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, in *La disciplina penale degli stupefacenti*, a cura di G. Insolera, V. Manes, Milano 2012, 104-105.

Vi sono tuttavia talune caratteristiche del *novum* normativo che, a nostro avviso, consentono di concludere per la natura circostanziale dell'ipotesi di condotta "non occasionale": in questo senso possono essere richiamate tanto la collocazione topologica del periodo aggiunto in seno al comma quinto dell'art. 73, quanto l'espresso richiamo ai «fatti previsti dal primo periodo», così come – ancora – l'assenza di una clausola di sussidiarietà analoga a quella posta in apertura del medesimo comma²⁵. In relazione invece alla dimensione applicativa, viene in rilievo l'elemento della "non occasionalità" il quale, nella sua estrema sintesi descrittiva, costituisce un parametro piuttosto vago, specie in assenza di ulteriori specificazioni in ordine alle circostanze che il giudice può valorizzare nell'accertamento di tale requisito.

Ora, è ben vero che il riferimento in parola non è inedito nel contesto delle norme volte a disciplinare il fatto tenue o esiguo: basti pensare, in questo senso, alla «occasionalità» di cui agli artt. 27 d.P.R. 22.9.1988 n. 448 e 34 d. lgs. 28.8. 2000 n. 274, così come alla «non abitualità» di cui all'art. 131-*bis* Cp²⁶; è altrettanto vero, tuttavia, che in relazione all'art. 73 co. 5 TuStup la caratteristica della "non occasionalità" della condotta assume un significato specifico e peculiare, nella misura in cui – come si è già accennato – la stessa costituisce un parametro espressamente valorizzato dalla giurisprudenza nella verifica circa l'applicabilità dell'ipotesi di lievità del fatto²⁷.

Il profilo di scarsa determinatezza della norma sul piano eminentemente prasseologico deriva a nostro avviso dal fatto che il requisito in parola, di per sé riconducibile al parametro normativo delle «modalità dell'azione», non integra un indice concreto immediatamente percepibile dal giudice, costituendo piuttosto una caratteristica della condotta individuabile all'esito di un giudizio valutativo necessariamente condotto alla luce di peculiari circostanze concrete; in questo senso, la giurisprudenza ha tradizionalmente valorizzato – nel riconoscere la "non occasionalità" dell'attività di spaccio – elementi quali gli strumenti a disposizione, gli accorgimenti organizzativi, le modalità di conservazione della sostanza, la disponibilità di denaro contante, financo la sussistenza di precedenti penali specifici in capo all'agente²⁸.

La tecnica di normazione (estremamente) sintetica impiegata dal legislatore, a noi pare, non può dunque che impegnare il giudice ad un più marcato sforzo motivazionale laddove ritenga di applicare il più severo trattamento sanzionatorio introdotto dalla novella, attraverso un'indicazione in modo espresso nel provvedimento di condanna di quegli indici concreti, di per sé non evincibili dalla norma, che hanno portato alla valutazione in termini di non occasionalità della condotta.

5. Con riferimento, infine, alle modifiche apportate alla disciplina della confisca in materia di stupefacenti, si è detto di come la soppressione dell'inciso di cui all'art. 85-*bis* TuStup che escludeva

²⁵ Si tratta, fondamentalmente, di «indici formali normalmente assunti a corretti criteri di inquadramento» del tutto analoghi a quelli valorizzati, *ante* 2013, per sostenere la natura circostanziale dell'ipotesi di lievità del fatto: v. in tal senso ancora V. Manes, *op. cit.*, 105.

²⁶ Con riferimento a tali parametri di natura soggettiva, e alle reciproche differenze, v. G. Amarelli, *Particolare tenuità del fatto (diritto penale)*, in *ED*, Annali X 2017, 578; A. Gullo, *Art. 131-bis c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini, G.L. Gatta (t. I), Milano 2021, 1984 s.

²⁷ In particolare, se da un lato la giurisprudenza si è premurata di specificare come la non occasionalità (e così anche la reiterazione ovvero la continuatività) della condotta non sia un profilo di per sé sufficiente, in negativo, ad escludere la lievità del fatto, dall'altro tale requisito risulta per lo più valorizzato in sede applicativa al fine di riconoscere, in positivo, la sussistenza delle più gravi ipotesi delittuose di cui ai commi primo e quarto dell'art. 73; in questo senso sono particolarmente emblematici gli esiti della ricerca statistica condotta dall'Ufficio del Massimario sulla giurisprudenza del 2022, riportati nella già citata relazione del 2023, dai quali emerge con evidenza la descritta tendenza applicativa (in particolare, v. la rassegna di pronunce riportata da Ufficio del Massimario, *Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in relazione al fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5*, cit., pp. 12 ss.).

²⁸ In tal senso si rinvia ancora alla rassegna giurisprudenziale operata dall'Ufficio del Massimario e richiamata alla nota precedente. Più in generale, per gli indici concreti che possono essere presi in considerazione dal giudice con riferimento al parametro dei «mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione» v. S. Bandini, G. Stallone, A. Zanacca, *op. cit.*, 308 ss.; M. Toriello, *op. cit.*, 333 ss.

l'ipotesi del fatto lieve dall'ambito applicativo della confisca "allargata" ex art. 240-bis Cp abbia esteso quest'ultima misura ablativa anche all'ipotesi di cui all'art. 73 co. 5 TuStup.

Tale novità costituisce probabilmente il profilo di più immediato rilievo concreto sul piano delle conseguenze lato sensu sanzionatorie dell'intervento in materia di stupefacenti e lieve entità di cui alla l. 159/2023. In tal senso occorre ricordare come la confisca di cui all'art. 240-bis Cp costituisca, in generale e nel sistema del TuStup in particolare, lo strumento di ablazione di beni più incisivo nella misura in cui, prescindendo dall'esistenza di un nesso pertinenziale e di un qualsivoglia collegamento fra il profitto e l'illecito commesso, permette di sottoporre a confisca anche il denaro rinvenuto nella disponibilità del soggetto condannato per detenzione ai fini di spaccio, così come i proventi di altre e pregresse condotte di spaccio, laddove la disponibilità di tali somme non sia stata adeguatamente giustificata²⁹.

La novità in parola, la quale consente evidentemente di superare quell'orientamento giurisprudenziale che si era premurato di specificare come in caso di fatto lieve fosse possibile procedere alla confisca soltanto alle condizioni ex art. 240 co. 1 Cp, dunque laddove fosse dimostrata la sussistenza di un vincolo di pertinenzialità tra somme e reato³⁰, si inserisce nel già di per sé problematico percorso di progressiva espansione della confisca "per sproporzione" di là dalle ipotesi per le quali essa era stata originariamente pensata³¹. Tale espansione, tuttavia, assume in questo caso tratti di particolare criticità, nella misura in cui viene a interessare una fattispecie dichiaratamente rivolta a casi di «criminalità minore»³², la quale dovrebbe pertanto fungere da "valvola di sfogo"³³ per riequilibrare la risposta sanzionatoria in presenza di fatti di disvalore inferiore.

Deve peraltro essere evidenziato come il legislatore della novella, ancora una volta, non si sia preoccupato di garantire coerenza al sistema e abbia ommesso di intervenire sulle ipotesi di confisca obbligatoria per equivalente ex art. 73 co. 7-bis TuStup, norma nella quale è dunque rimasta l'espressa eccezione prevista «per il delitto di cui al comma 5». Nel caso di un soggetto imputato per un caso di "piccolo spaccio" pertanto, in modo affatto irragionevole, da un lato – quando non sia percorribile la confisca diretta – non possono essere confiscati beni per un valore equivalente al profitto dell'illecito commesso, ma dall'altro è ben possibile (anzi, è d'obbligo per il giudice) sottoporre a confisca "allargata" i beni o i denari derivanti da altre, diverse e pregresse condotte di cessione, non oggetto di contestazione, se posseduti in modo ingiustificato e sproporzionato rispetto al reddito.

²⁹ Con riferimento alle peculiarità della confisca ex art. 240-bis Cp nel sistema delle confische previste per le fattispecie in materia di stupefacenti v. in particolare L. De Martino, *Profili sanzionatori*, in G. Insolera, G. Spangher, L. Della Ragione (a cura di), *op. cit.*, 659 ss.; M. Toriello, *op. cit.*, 454 ss.

³⁰ In questi termini Cass. 15.10.2019 n. 45535, in *OneLegale*; Cass. 24.6.2020 n. 23600, *ivi*; in relazione a tale orientamento v. M. Toriello, *op. cit.*, 457, in particolare nota n. 75. Ad avviso di G. Panebianco, *op. cit.*, 1566, le novità introdotte dalla l. 159/2023 in materia di stupefacenti sottendono la «preoccupazione di contenere gli effetti degli orientamenti della giurisprudenza»; con riferimento all'estensione della confisca "allargata" a venire in rilievo sarebbe proprio l'indirizzo in parola, in base al quale «con riguardo al reato di (mera) detenzione ai fini di spaccio di sostanza stupefacente, non può procedersi alla confisca dei proventi di precedenti attività di traffico illecito, dal momento che difetta il nesso di pertinenzialità con il reato per il quale è stata pronunciata la condanna» (G. Panebianco, *op. cit.*, 1566).

³¹ Sul tema, per tutti, v. il quadro fornito di recente da A.M. Maugeri, *Voce confische: definizioni, questioni problematiche e prospettive*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, I, *Politica criminale e teoria della pena*, a cura di C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich, Milano 2022, 443 ss., ove a tal proposito si parla di un aumento «in maniera alluvionale» dell'ambito di applicazione del modello di confisca in parola.

³² Così espressamente F. Donelli, *Circostanze del reato e "tipicità negata" nella recente riforma del diritto penale degli stupefacenti*, in *RIDPP* 2016, 1878.

³³ Sull'idoneità della fattispecie di cui al quinto comma dell'art. 73 TuStup a sottrarre i fatti caratterizzati da minore gravità al severo trattamento sanzionatorio previsto per le figure delittuose di cui ai commi precedenti, in ossequio ai canoni dell'offensività e della proporzionalità sanzionatoria, v. fra gli altri S. Bandini, G. Stallone, A. Zanacca, *op. cit.*, 282; O. Di Giovine, *Stupefacenti: meglio "di tutta l'erba un fascio" oppure "un fascio per ogni erba"?*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 27.2.2020, 7; M. Toriello, *op. cit.*, 316. Negli stessi termini, in giurisprudenza, Cass. S.U. 9.11.2018 n. 51063, in *CP* 2019, 1975 ss., con nota di M. Toriello, *Il fatto di lieve entità è configurabile anche in caso di detenzione di sostanze stupefacenti di diversa specie: i principi di diritto affermati con la sentenza Murolo*.

6. Nel dichiarato intento di prevedere una risposta sanzionatoria più severa per le ipotesi di “spaccio di strada”, l’art. 4 d.l. 123/2023, con le modificazioni introdotte in sede di conversione l. 159/2023, è intervenuto su taluni profili di disciplina del fatto di lieve entità di cui all’art. 73 co. 5 TuStup che si candidano a produrre effetti concreti di non secondario momento. In questo senso abbiamo avuto modo di sottolineare le ricadute sul piano processuale dell’aumento del massimo di pena detentiva sino a cinque anni di reclusione, e le relative conseguenze sul tipo di circuito procedimentale e – soprattutto – detentivo nel quale rischia di rimanere coinvolto il “piccolo spacciatore”. Ancora, di particolare rilievo si dimostra l’estensione a quest’ultimo tipo criminoso dello strumento della confisca “allargata”, la cui implementazione anche in presenza di fatti minori e non riconducibili al grande traffico di stupefacenti denota una marcata finalità dissuasiva e di prevenzione generale, in conformità alla parallela misura ablativa di prevenzione di cui al d.lgs. 6.9. 2011 n. 159.

Meno incisiva invece, a noi pare, l’introduzione dell’ipotesi aggravata nel caso di condotte non occasionali, con conseguente riformulazione della cornice edittale e innalzamento dei minimi. Occorre in questo senso considerare come le ipotesi di spaccio continuativo, reiterato, financo organizzato, alle quali la disposizione sembra volersi riferire si collochino – come si è detto – entro un’area di disvalore *minore ma non minimo*, rispetto alla quale pertanto, già prima della novella, difficilmente il giudice, a fronte dell’ampia cornice edittale della fattispecie, avrebbe ritenuto applicabile una pena concreta ricompresa in quella fascia oggi preclusa (sei-diciotto mesi di reclusione).

Quand’anche, tuttavia, si ritenesse concretamente applicabile una sanzione collocata nel predetto intervallo “minimo” non è secondario sottolineare come, accedendo alla tesi della natura circostanziale dell’ipotesi di cui al periodo aggiunto in coda all’art. 73 co. 5 e in assenza della previsione di un meccanismo di “privilegio” della stessa, questa debba necessariamente essere sottoposta al giudizio di equivalenza *ex art. 69 Cp*, risultando così ben possibile che l’aggravamento sanzionatorio nei minimi venga evitato attraverso una valutazione di equivalenza delle concorrenti circostanze attenuanti, anche generiche.

Il legislatore, in definitiva, manifestando una chiara volontà politica, ancor prima che di politica criminale³⁴, ha inteso veicolare un messaggio di maggiore attenzione, rigore e severità rispetto al fenomeno del “piccolo spaccio”, specie laddove esso assuma caratteristiche di (seppur minima) organizzazione e continuità. Proprio in questa prospettiva, a noi pare, è dato cogliere il profilo maggiormente problematico della novella, la quale pretende di intervenire su di una realtà criminosa, per così dire, “ordinaria” e strutturale – quella dello “spaccio di strada” – mediante uno strumento straordinario e peculiare, quale è il decreto legge.

In tal senso, ci sembrano evidenti le tensioni rispetto al parametro di cui all’art. 77 Cost., le quali espongono la novità normativa a seri dubbi di legittimità costituzionale³⁵. Da un lato, infatti, non è dato cogliere le ragioni di straordinaria necessità e urgenza che deriverebbero dall’attuale temperie e che consentirebbero l’intervento per decreto a fronte di un fenomeno criminale per nulla “straordinario” quale è quello del “piccolo spaccio”; dall’altro – e soprattutto – le modifiche introdotte all’art. 73 co. 5 TuStup si rivelano del tutto eterogenee rispetto all’oggetto e alla finalità del decreto “Caivano”, che espressamente era rivolto a contrastare la criminalità e il disagio minorile. In questo senso, a noi sembra, neppure guardando ai più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale volti a interpretare in modo piuttosto ampio il collegamento fra il singolo intervento e gli obiettivi di fondo del provvedimento d’urgenza³⁶ pare possibile recuperare la compatibilità con l’art. 77 Cost. di

³⁴ Anche in questo caso, evidentemente, «istanze di politica criminale convivono e assecondano istanze di politica generale», decretando il «trionfo» di queste ultime: in questi termini, con riferimento in particolare agli interventi del legislatore pandemico in materia di colpa medica, M. Caputo, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in DPP 2021, 1179 s.

³⁵ Esprime analoghe perplessità M. Frisetti, *op. cit.*, 4.

³⁶ Il riferimento è, in questo senso, alla sentenza C. cost., 18.1.2022 n. 8, in GC 2022, 88 ss., con la quale la Consulta ha escluso la violazione dell’art. 77, secondo comma, Cost., in relazione alle modifiche alla fattispecie di abuso d’ufficio

norme penali destinate a riflettersi anche e soprattutto sui soggetti adulti, e sul sistema penale di contrasto al traffico di stupefacenti nel suo complesso³⁷.

introdotte con il d.l. 16.7.2020 n. 76 (c.d. decreto “Semplificazioni”). In relazione a tale pronuncia, con particolare attenzione alla questione di legittimità costituzionale relativa al preteso mancato rispetto dei requisiti per il ricorso alla decretazione d’urgenza, v. D. Chinni, *Un caso di sindacato sulla necessità relativa ex art. 77, secondo comma, della Costituzione*, in *GC 2022*, 111 ss.; 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 2022* (1), 1 ss.

³⁷ Occorre tuttavia riscontrare l’atteggiamento «giustificazionista» tradizionalmente seguito dalla Corte in relazione alle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento al parametro di cui all’art. 77 co. 2 Cost., anche «a fronte di un decreto *omnibus* tenuto assieme da un assai tenue comune nesso teleologico»: così, con particolare riguardo proprio a Corte cost. n. 8 del 2022, cit., D. Chinni, *op. cit.*, 117. Con riferimento all’abuso dello strumento del decreto legge in materia penale v., in generale, C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli 2012, 130 ss.

IL CONCETTO DI *MATERIALITY* (“COMUNE” E “TECNICO”) NEGLI ABUSI DI MERCATO E NEL FALSO IN BILANCIO: UN’INDAGINE COMPARATA

di Dalila Federici (*Dottoressa di ricerca in diritto penale, Sapienza Università di Roma*)

L’articolo si pone come obiettivo di indagare il significato da attribuire al concetto di *materiality* negli illeciti di abusi di mercato e di falso in bilancio (sia nell’ordinamento italiano sia in quelli del Regno Unito e degli Stati Uniti d’America). Viene messo in luce come la *materiality* – traducibile come *rilevanza* – può assumere in alcuni casi un significato “comune” e in altri un significato di tipo “tecnico” proprio della disciplina di settore (civile, amministrativa, contabile, ecc.). Lo scopo ultimo dell’indagine è quello di suggerire che nella tipizzazione delle fattispecie di reato – al fine di renderle più “accessibili” per i consociati – si faccia uso di locuzioni diversificate per indicare il concetto di *materiality* in senso “comune” ovvero in senso “tecnico”. Per un esempio del primo caso, si pensi all’abuso di informazioni privilegiate dove si è abbandonato l’impiego testuale del termine *material* e preferito una clausola che ne descrivesse gli effetti (informazione che l’investitore ragionevole userebbe per fondare le proprie scelte di investimento); invece, in senso “tecnico”, si pensi al falso in bilancio dove si è impiegata la locuzione «fatti materiali rilevanti».

The paper aims to investigate the concept of *materiality* in the Market Abuse and False Accounts offences. It compares the Italian legal system with the United Kingdom and the United States of America. It highlights how in some cases *materiality* has a “common” meaning, whereas in other cases has a “technical” meaning related to a specific discipline (e.g., civil, administrative, accounting). To make offences more “accessible”, the paper suggests to use diversified terms to indicate the concept of *materiality* in the “common” and “technical” sense when drafting offences. In the Italian legal system, the Insider Dealing offense is an example of the “common” case, whereas the False Accounting is an example of the “technical” case. The term *material* has been described through its effect in the former (the information that the reasonable investor would use to base their investment choices), whereas the term *material* is directly used in the latter («fatti materiali rilevanti»).

SOMMARIO: 1. I reati economici e i due possibili significati del concetto di “*materiality*”: in senso “comune” e in senso “tecnico”. – 2. La ragione delle incriminazioni: l’asimmetria informativa come male da combattere. – 3. Il concetto di *materiality* nel suo senso comune di “*rilevanza*”. – 3.1. L’ordinamento degli Stati Uniti d’America e le *Securities Fraud*. – 3.2. L’ordinamento del Regno Unito e l’*insider dealing*. – 3.3. L’ordinamento italiano e l’abuso di informazioni privilegiate. – 3.3.1 L’investitore “informato”. – 4. Il concetto di *materiality* nel suo senso “tecnico” come criterio di redazione del bilancio. – 4.1. Dalle origini alla Direttiva europea sui bilanci consolidati. – 4.2. L’ordinamento degli Stati Uniti d’America e il *Sarbanes-Oxley Act 2002*. – 4.3. L’ordinamento del Regno Unito e il *False Accounting*. – 4.4. L’ordinamento italiano e il falso in bilancio. – 5. Un diverso esempio: l’uso del concetto di *materiality* nel falso in attestazioni. – 6. Conclusioni.

1. Il diritto penale regola ormai da tempo immemorabile l’agire “economico”, ma nel finire del secolo scorso e negli anni 2000 le incriminazioni sono aumentate nel numero ed hanno assunto un’importanza più ampia.

L'organizzazione dell'impresa e del mercato¹ è divenuta sempre più complessa e il diritto commerciale e la scienza aziendalistica hanno cercato di adattarsi a tale complessità. Da ciò ne è conseguito in quei settori anche l'adeguamento, non sempre efficace e immediato, del diritto penale. L'evoluzione dell'impresa, della società e dei rapporti economici ha reso necessario individuare nuovi beni giuridici da tutelare che avessero una dimensione sovra-individuale e non empirica – come l'informazione societaria – e al tempo stesso la creazione di nuove forme di responsabilità – come quella degli enti – nonché l'ampliamento dei soggetti attivi dei reati².

A fronte di tale evoluzione, naturalmente conseguita alla modifica della struttura delle società e dello sviluppo del mercato mobiliare, bisogna però ricordare come tutte le figure di reato, che ad oggi tutelano o prendono in considerazione l'informazione societaria come elemento costitutivo o bene giuridico, sono in realtà delle forme di responsabilità penale assai antiche.

Risalenti nel tempo appaiono le matrici di tutti gli illeciti posti a tutela della veridicità dell'informazione societaria. Ad esempio, per quanto attiene alle false comunicazioni sociali, queste costituiscono indubbiamente una costante nel diritto penale societario³, trovando la loro disciplina già nel codice di commercio. Il legislatore ha invero avvertito l'esigenza di tutelare la veridicità dei bilanci proprio nel momento di massima espansione delle società.

A sembrare mutata nel tempo è l'attenzione del legislatore alla tutela di beni immateriali⁴, come il corretto funzionamento del mercato o le funzioni delle Pubbliche Autorità di Vigilanza⁵. Infatti, se le figure di false comunicazioni sociali – insieme ai reati di bancarotta – costituiscono il nucleo storico nel diritto penale societario, altrettanto non sembra potersi affermare, almeno apparentemente, per gli illeciti posti a tutela delle funzioni di controllo sia interne che esterne alla società. Ci si riferisce agli artt. 2638 e 2625 Cc, che presidiano, il primo, le funzioni di controllo delle Autorità pubbliche di Vigilanza, mentre il secondo quelle dei soci e degli organi sociali.

La finanziarizzazione dell'economia e il progresso tecnologico impongono, in un settore come quello del diritto penale economico, che questo si presenti come una legislazione "flessibile".

Infatti, l'evoluzione dell'economia e l'espansione del commercio mettono in luce la necessità di tutela di un bene nuovo: la trasparenza, la completezza e la veridicità dell'informazione societaria.

¹ Per una ricostruzione storica, seppur "risalente", dell'evoluzione dell'economia e dell'impresa cfr. J. Robinson, *Libertà e necessità. Un'introduzione allo studio della società*, Torino 1972, *passim*.

² In generale, sulla c.d. espansione del diritto penale, quale tendenza nella legislazione all'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici e alla creazione di nuovi beni giuridici da tutelare cfr. J-M. Silva Sanchez, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano 2004, 5 ss. Più nel dettaglio, l'Autore evidenzia come la criminalità scaturita dalla globalizzazione è di tipo economico, il che comporta la creazione di figure di reato generalmente sconosciute al diritto penale classico, che prendono il nome di *crimes of the powerfull* (cfr. 51 ss.). Sull'espansione del diritto penale, con particolare attenzione al diritto penale economico, cfr. M. Donini, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in CP 2003, 1808 ss.; M-E. Boursier, *La mondialisation du droit pénal économique. Le droit pénal au défi de la compliance*, in RSC 2017, 465 ss.; K. Volk, *Wirtschaftskriminalität: Kriminologische, kriminalpolitische und dogmatische Probleme*, in *JurZeit* 1982, 85 ss. in traduzione italiana di D. Pettinari-Germann, in *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Napoli 1998, 29 ss.; recentemente si veda, infine, L. Foffani, *La riforma dei reati fallimentari*, in AA.VV., *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*, Napoli 2023, 561 ss. ove l'Autore commentando la proposta di riforma della Commissione Bricchetti in tema di reati fallimentari afferma che la stessa rappresenterebbe il completamento del passaggio dalla tutela penale del patrimonio individuale quella di rapporti economici più complessi.

³ C. Pedrazzi, *Diritto penale III, scritti di diritto penale dell'economia, problemi generali di diritto penalesocietario*, Milano 2003, 767 ss. Sul punto cfr. anche V. Napoleoni, *I reati societari. III- Falsità nelle comunicazioni sociali e aggrottaggio societario*, Milano 1996, 19 ss.

⁴ Sulla creazione di nuovi beni giuridici nel diritto penale dell'economia cfr. ampiamente A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna 2009, 73 ss.; C. Pedrazzi, *Interessi economici e tutela penale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Napoli 1985, 295 ss. In generale cfr. M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, 140 ss.

⁵ In tema di ostacolo alle funzioni delle pubbliche Autorità di Vigilanza, con particolare attenzione a quella bancaria, cfr. M. Donini, *Il nodo gordiano della vigilanza bancaria. Aspetti problematici del rapporto tra sanzioni penali e amministrative*, in *RTrimDPenEc* 2023, 23 ss.

Nell'ordinamento italiano, i reati che prendono in considerazione come bene giuridico da tutelare quello della correttezza e della trasparenza dei flussi informativi in ambito economico o finanziario, contengono nella fattispecie parole (come “rilevante”) o locuzioni articolate che si riferiscono al concetto di *materiality* proveniente dai paesi anglosassoni.

Il termine *materiality/material* (e la sua traduzione nelle varie lingue) è polisemico: esprime cioè vari significati⁶. Ed i diversi significati dipendono, come noto, dal contesto di riferimento⁷. A ciò si aggiunga che la “lingua” nel diritto è specialistica, nel senso che non sempre i termini hanno un significato comune⁸.

Infine, bisogna tenere in considerazione come la traduzione di un termine ne modifichi in parte il significato (anche nella traduzione più fedele possibile)⁹. Basti pensare al celebre esempio di Hjelmslev riguardo ai diversi modi di esprimere l'ignoranza nelle varie lingue (“non so” in italiano): in base alla costruzione, ogni lingua pone l'enfasi su un elemento diverso e non si può individuare a priori una che abbia più senso dell'altra, ma per mezzo della comparazione si ricava che tutte hanno in comune la *materia del contenuto*; hanno cioè lo stesso senso¹⁰.

Premesso ciò, nel presente lavoro si cercherà di mettere in luce che il termine *material/materiality* può assumere due diverse accezioni, sia nel sistema giuridico di sua appartenenza (quello anglosassone), che nell'ordinamento italiano.

Una prima accezione, qui definita “comune”, la quale traduce *materiality/material* come “rilevante”, svolge negli abusi di mercato nell'ordinamento italiano la funzione di evidenziare che le condotte devono essere offensive del bene giuridico tutelato (§3.3)¹¹. In questi illeciti il ruolo di tale aggettivo

⁶ Nella manualistica G. Berruto, *Corso elementare di linguistica generale*, Torino 1997, 92.

⁷ Secondo gli studiosi di semiologia le parole in realtà hanno un ruolo secondario nella lingua e gli elementi davvero importanti vanno rintracciati nella fonologia, morfologia, sintassi ecc. Il significato delle parole è quindi comprensibile solo dal contesto in cui sono usate ed influenzate della provenienza socio-culturale dell'interprete. Invero, esiste una *abitudine interpretativa* che fa sì che in un determinato momento un *significante* viene eletto a *segno* ufficiale (ma anche la sua stabilizzazione è temporanea e soggetta al cambiamento della società). Cfr. sul punto G. Marrone, *Prima lezione di semiotica*, Roma-Bari 2018, 20 ss. e 49 ss.

⁸ Nella dottrina italiana cfr., tra i contributi più recenti, N. Irti, *Un “volo di storni” tra lingua e diritto*, in *RTrimDPC* 2022, 962 ss.; C. De Maglie, *Il linguaggio del diritto penale e principio di effettività: spunti di riflessione*, in *Discrimen*, 31.3.2023, 6 ss. ove si evidenzia come la natura specialistica del linguaggio penale comporta sia lati positivi che negativi. I lati positivi sono caratterizzati dalla “precisione” e dall’“economia”; il lato negativo risiede nella poca comprensibilità ai non tecnici. Su questo tema, si veda anche, della stessa Autrice, C. De Maglie, *La lingua del diritto penale*, in *Crim* 2018, 113 ss. Nella dottrina anglosassone si veda ampiamente G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, New York 1978, 396 ss. il quale evidenzia che uno dei problemi più caratteristici della terminologia legale è caratterizzata dall'uso in senso descrittivo e normativo dello stesso termine (ad esempio *malice* che ha un alto contenuto morale ma che quando è usato nel reato di omicidio è fatto in senso giuridico).

⁹ Sui problemi generali relativi agli aspetti linguistici della traduzione, cfr. ampiamente R. Jakobson, *Saggi di linguistica generale*, Milano 1963, 56 ss. il quale evidenzia come è ben possibile che, nel tradurre da una lingua all'altra, non esistano le stesse “categorie grammaticali” e che quindi bisogna utilizzare delle perifrasi (ad esempio in russo esistono forme duali come *brata* che in italiano può essere tradotto solo aggiungendo l'aggettivo numerale “due fratelli”). Però, osserva l'Autore, come la mancanza in una lingua di determinate forme grammaticali potrebbe creare problemi nelle traduzioni successive di una stessa frase o parola isolata, portando addirittura a privare del tutto la stessa del suo contenuto iniziale. A ciò si aggiunga che la categoria grammaticale che spesso viene giudicata come qualcosa di puramente formale assume in realtà un ruolo fondamentale nella società: ad esempio, Jakobson racconta come il pittore russo Repin era sorpreso che il *peccato* fosse rappresentato dagli artisti tedeschi come una donna, perché in russo è una parola maschile (*grex*), non rendendosi conto che invece in tedesco *Die Sünde* è una parola femminile.

¹⁰ Riporta l'esempio G. Marrone, *op. cit.*, 69 ss.

¹¹ La precisazione è necessaria perché *material* nella lingua inglese ha “comunemente” varie accezioni. Infatti, secondo l'*Oxford English Dictionary* il termine può corrispondere: nella filosofia, all'opposto del formale (quindi quello che noi tradurremmo materiale); nella logica, concerne la materia, come distinta dalla forma o dalla ragione; nel senso comune, di seria o sostanziale importanza, di grande conseguenza, importanza; nella legge, applicato all'evidenza o ai fatti che sono così significanti da influenzare o determinare una conseguenza, ecc. Come si può vedere nella sua accezione comune è traducibile come *rilevante*, così come anche in quella “legale”. In nessun caso è usata quindi nella sua traduzione italiana di “materiale” come opposto a “formale” o come “sostanza”. Per *materiality* si intende nel senso legale la qualità di essere *material* o *importante* per lo scopo contemplato.

sembra essere quella di guidare l'interprete nella selezione delle condotte concretamente offensive del bene giuridico tutelato dalla norma; serve a selezionare in concreto solo le condotte che mettono in pericolo il corretto funzionamento del mercato finanziario. Come si vedrà, il legislatore, negli abusi di mercato, lo ha consapevolmente trasposto nella definizione di informazione privilegiata per mezzo di un'articolata descrizione (§3.2. e 3.3.). Il termine *material* svolge una funzione importante negli Stati Uniti d'America (§3.1), dove non esiste un bene giuridico attorno al quale creare un reato, che possa fungere anche da parametro interpretativo¹². In tale sistema, il “minimo” dell'offesa dipende dalla descrizione dell'incriminazione¹³.

Un secondo significato, definibile “tecnico”, è invece quello proprio della scienza aziendalistica-contabile in materia di redazione dei bilanci, che ha fatto propria l'elaborazione del concetto di *materiality* nata in campo penale e l'ha trasformato in un principio contabile¹⁴ (§4).

In questo caso, nella fattispecie di falso in bilancio assume quale ruolo quello di delimitare in astratto le condotte penalmente rilevanti (§4 ss.). In tale ambito è spesso la giurisprudenza a suggerire che il significato di *materiality* non sia quello “comune” di *rilevanza* ma che invece vada legato alla disciplina tecnica di settore. Tale interpretazione è preferibile perché rende “accessibile” l'incriminazione, imponendo che quando le condotte insistono su documenti contabili, il concetto di *rilevante* vada inteso come informazione/dato rilevante in senso tecnico. Ciò è importante perché, come noto, l'“accessibilità” (insieme alla prevedibilità) costituisce il vero cuore della legalità, non solo nazionale ma anche sovranazionale¹⁵.

Nei reati societari il concetto di *material/materiality* non ha quindi solo la funzione di selezionare in concreto le condotte offensive del bene giuridico tutelato, ma anche quello di operare direttamente sul ritaglio delle condotte tipiche in astratto. In altre parole, è falsità in bilancio solo quella condotta che è contraria alle norme civilistiche in materia di redazione dei bilanci (ovviamente qualora ricorrano anche tutti gli altri elementi di fattispecie).

Si precisa che nelle conclusioni (§6) il senso “tecnico” è inteso in modo più ampio. Invero, senza voler anticipare nel dettaglio quello che si dirà nel proseguo, si metterà in risalto che lo schema di incriminazione delle false comunicazioni sociali è stato impiegato in altri illeciti “economici”. Anche in questi reati, la *rilevanza* delle informazioni omesse o falsificate è un elemento costitutivo della fattispecie. Poiché tali illeciti non hanno ad oggetto il bilancio societario come documento falsificato,

¹² Sul bene giuridico come canone ermeneutico si vedano *ex multis* V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale, canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005, 245 ss.; D. Pulitanò, *Offensività del reato (principio di)*, in *ED, Annali*, VIII, Milano 2015, 665 ss. Per un approfondimento sulla matrice storica dell'utilizzazione del bene giuridico come strumento metodologico nella fase interpretativa, vedasi, ampiamente, F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, 24 ss.

¹³ Sul “minimo dell'offesa” cfr. P. H. Robinson, *Criminal Law*, Boston 1997, 131 ss.

¹⁴ Si precisa fin da ora che nell'ordinamento italiano la *materiality* è tecnicamente non un “principio” ma una “clausola generale”. Nel presente lavoro si utilizza il termine principio poiché, essendo considerato tale nella normativa anglosassone di provenienza, in tal modo si rende più omogeneo il riferimento all'interno di tutti i paragrafi. Si segnala inoltre che solo quando è strettamente necessario per motivi di precisione tecnica si indicherà chiaramente che la *materiality* è una clausola generale. Sulla differenza tra “principio” e “clausola generale” cfr. E. Bocchini, *Diritto della contabilità delle imprese, Bilancio d'esercizio*, Milano 2021, 47 ss. In senso critico rispetto alla collocazione della *materiality* tra le clausole generali invece che nei principi vedi G.E. Colombo aggiornato da M.S. Spolidoro, *Aspetti giuridici della formazione e della natura del bilancio. Le clausole generali della rappresentazione veritiera e corretta e della chiarezza*, in *Il bilancio di esercizio. Profili aziendali, giuridici e principi contabili*, a cura di A. Palma, Milano 2022, 48 ss.

¹⁵ Per la dottrina inglese l'“accessibilità” si può a sua volta suddividere in quattro componenti: pubblicità, chiarezza e intellegibilità, valenza per il futuro e una ragionevole stabilità. Sul punto si veda J. Beatson, *The Rule of Law and the separation of power*, Londra 2021, 29 ss. Sulla prevedibilità cfr. F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti testi*, Bologna 2019, 40 ss.; A. Nappi, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'indagine sistemica*, Napoli 2020, *passim*; F. Palazzo, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale*, in *CP* 2022, 941 ss.; V. Manes, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *CP* 2017, 955 ss. In generale sul principio di legalità in Europa C. Peristeridou, *The principle of legality in European criminal law*, Bruxelles 2015 (305 ss. con particolare riferimento all'“accessibilità”).

la *rilevanza* in senso “tecnico” sarà, non quella ritenuta tale dalla scienza aziendalistica-contabile, ma parametrata comunque a discipline giuridiche e specifiche di settore civili o amministrative.

Lo scopo di questa indagine, in ultimo, è quello di suggerire che nella tipizzazione delle fattispecie di reato – al fine di renderle più “accessibili” per i consociati – si faccia uso di locuzioni diversificate per indicare il concetto di *materiality* in senso “comune” e in senso “tecnico”.

Si procederà, quindi, prima all’analisi del concetto di *materiality* come espressione “comune”, sia nel sistema anglo-americano (Stati Uniti d’America e Regno Unito¹⁶) che in Italia (§§ 3 ss.), poi, in un secondo momento, si metterà la luce il concetto nella sua accezione tecnica-contabile (§§ 4 ss.).

In ultimo, si prenderanno in considerazione altri illeciti che utilizzano nella tipizzazione la parola “*rilevante*”, al fine di mettere in luce come, in reati caratterizzati da discipline sottostanti di diritto civile o amministrativo, è preferibile che tale espressione assuma un significato “tecnico”, non nel senso di tecnica di redazione di bilancio, ma di richiamo alla disciplina giuridica civile o amministrativa di riferimento (§5).

A tal fine, è opportuno precisare che l’uso del termine *material* è assai risalente nel tempo ed è legato, in generale, al concetto di inganno e agli illeciti (sia civili che penali) aventi a che fare con la produzione di false rappresentazioni¹⁷. La presente indagine è circoscritta invece all’uso del vocabolo ai soli reati c.d. economici.

Prima di procedere è però opportuno premettere le ragioni per le quali le incriminazioni a tutela della veridicità e trasparenza dell’informazione societaria sono venute alla luce e si sono trasformate nel tempo, poiché al fine di valutarne il significato utilizzato di volta in volta nelle fattispecie delittuose è necessario conoscere la *ratio* di tali illeciti. Solo conoscendo l’oggetto di tutela e lo scopo dell’incriminazione risulterà possibile differenziare la funzione svolta dal concetto nelle singole fattispecie. Si tenga infine in considerazione che in Europa la disciplina civilistica/amministrativa della trasparenza dell’informazione è precedente alla normativa in materia di *insider trading*¹⁸, che si è aggiunta solo successivamente quale “sussidio”.

2. La ragione sottesa alla tutela della trasparenza e correttezza dell’informazione societaria sembra essere l’eliminazione, per quanto possibile, della c.d. asimmetria informativa tra gli operatori di mercato¹⁹. La tutela dell’informazione societaria è da considerarsi quale strumento principale attraverso cui l’ordinamento consente un’allocazione corretta ed efficiente delle risorse di mercato²⁰. Ed è il bilancio d’esercizio (unito alle comunicazioni obbligatorie) lo strumento mediante il quale la società diffonde informazioni su se stessa²¹.

¹⁶ Si precisa fin da subito che il Parlamento legifera sempre per l’intero Regno Unito ma frequentemente è necessario distinguere l’Inghilterra e il Galles, da un lato, e la Scozia dall’altro, poiché i sistemi legali sono largamente differenti (D.J. Baker, *Glanville Williams & Dennis Baker Treatise of Criminal Law*, New York 2021, 3 ss.). In merito all’oggetto della trattazione, per quanto riguarda gli abusi di mercato (§3.2) e il falso in bilancio (§4.2) la normativa è applicabile al Regno Unito nella sua interezza, non rintracciandosi alcuna normativa scritta specifica per la Scozia, per quanto riguarda invece le procedure concorsuali (§5) la Scozia ha alcune particolarità sotto il profilo civilistico che però non verranno approfondite e non necessitano in questa sede approfondimento (ad esempio ha un *Bankruptcy (Scotland) Act* del 1985). In generale, sul diritto penale scozzese, nella dottrina italiana, si veda A. Cadoppi– A. McCall Smith, *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*, Padova 1995, *passim*. Per il diritto inglese, sempre nella dottrina italiana, cfr. S. Vinciguerra, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Padova 1992, *passim*.

¹⁷ Per un ampio approfondimento cfr. P. MacDonald Eggers, *Deceit. The lie of the law*, Londra 2009, 88 ss.

¹⁸ In proposito è noto come la direttiva sull’informazione continua risale al 1979 mentre la prima direttiva in materia di *insider trading* è di 10 anni dopo, ovverosia del 1989.

¹⁹ Sul punto si veda *ex multis* S. Gilotta, *Le società quotate e l’informazione societaria*, in *Il Testo unico finanziario. Mercati ed emittenti*, diretto da M. Cera e G. Presti, Bologna 2020, 1474 ss.

²⁰ M. De Poli, *Informazione societaria nei mercati finanziari e responsabilità degli amministratori di banca*, in *Le Società*, 2022, 484 ss. Sull’importanza dell’efficienza del mercato finanziario cfr. P. Barnes, *Stock Market Efficiency, Insider Dealing and Market Abuse*, Londra 2016, § 1

²¹ Il bilancio in realtà ha due funzioni: la prima è sicuramente quella informativa sulla dimensione quantitativa e sulla composizione del patrimonio sociale, ed anche sugli utili conseguiti o le perdite di esercizio; la seconda è invece c.d.

Per quanto attiene al mercato mobiliare e alle società quotate, l'informazione è regolamentata al "massimo": essa è "continua", cioè deve essere fornita a cadenze determinate (es. bilanci); gli emittenti sono poi tenuti a dare specifiche informazioni ogni qual volta si verificano determinati eventi (es. il prospetto informativo); infine, le società devono comunicare "il prima possibile" le informazioni privilegiate²².

Il mercato, invero, costituisce un luogo dove vi sono delle parti in gioco, che nella negoziazione devono comporre ciascuno i propri interessi²³. In tale contesto è spesso possibile che una delle due possieda informazioni sconosciute all'altra, o non conosciute negli esatti termini, ragion per cui si è resa necessaria una regolamentazione. Se tale regolamentazione ai tempi del codice di commercio o del codice civile risultava improntata all'autonomia contrattuale, nei tempi più moderni la complessità del mercato ha richiesto una spiccata attenzione alla trasparenza dell'informazione²⁴. Ciò avviene attraverso la creazione di innumerevoli illeciti costituenti dei veri e propri microsistemi.

Da un lato, abbiamo i reati posti a presidio della veridicità del bilancio e più in generale delle comunicazioni sociali, che costituiscono, per l'appunto, il nucleo storico del diritto penale societario. Queste incriminazioni, seppur riformulate più volte dal legislatore ed ibridate di concetti non appartenenti all'esperienza giuridica italiana, sono costruite come delle ipotesi speciali di falso in scrittura privata²⁵.

Dall'altro lato, negli abusi di mercato, l'informazione, che viene definita come privilegiata, costituisce, come noto, un concetto chiave. Gli illeciti di *insider trading* e di manipolazione informativa sono accomunati da una particolare posizione che sfrutta il soggetto attivo, segnatamente il "dislivello informativo"²⁶. Si differenziano, però, perché nel primo caso, l'*insider* sfrutta una notizia vera²⁷; il manipolatore, invece, diffonde una notizia falsa.

Come detto, i reati a protezione della trasparenza ed efficienza dell'informazione societaria cercano di contrastare l'asimmetria informativa, ritenuta un "male" nel sistema economico (in senso ampio). Invero, la fiducia che gli investitori hanno nel mercato dipende dalla percezione degli stessi circa il suo corretto funzionamento; percezione che, a sua volta, dipende dalla sensazione di aver accesso equamente alle medesime informazioni degli altri²⁸.

Agli inizi degli anni '60 del secolo scorso due economisti statunitensi (P. Samuelson e E.F. Fama) hanno teorizzato, individualmente²⁹, la c.d. *Efficient Markets Hypothesis* secondo la quale i prezzi

organizzativa (in questo senso G.E. Colombo aggiornato da M.S. Spolidoro, *op. cit.*, 35).

²² Ancora M. De Poli, *Informazione societaria nei mercati finanziari e responsabilità degli amministratori di banca*, in *LS* 2022, 484 ss.

²³ A. Nisco, *op. cit.*, 26.

²⁴ Si veda sul punto di nuovo A. Nisco, *op. cit.*, 26 ss. In generale sulla regolamentazione del mercato cfr. anche A. Carmona, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia. Mercato, regole e controllo penale della postmodernità*, Padova 2002, 161 ss.

²⁵ Dai falsi mutuano la natura di reato di pericolo e la strumentalità della tutela di un bene ulteriore rispetto alla fede pubblica, nel caso di specie il patrimonio dei soggetti terzi; in questo senso v. S. Seminara, *Diritto penale commerciale. Volume II. I reati societari*, Torino 2021, 38 ss.

²⁶ Così M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino 2022, 404.

²⁷ Uno studio condotto dall'Ufficio Abusi di Mercato di Consob, con particolare riguardo all'uso dell'informazione privilegiata prima del lancio di un'OPA/OPS da parte di un *insider*, ha messo in luce che la maggior parte delle violazioni avviene circa due/tre settimane prima della pubblicazione della notizia. Lo studio è stato esposto durante il Convegno «Supervisione finanziaria e sistema sanzionatorio» tenutosi nelle giornate del 28 ottobre 2022 e 14 novembre 2022, organizzato dalla CONSOB e dall'Università Bocconi e pubblicato da C. Milla, *Market Abuse Regulation*, in *RdS* 2023, 159 ss.

²⁸ In questo senso cfr. S. T. Green, *I crimini dei colletti bianchi. Mentire e rubare tra diritto e morale*, Milano 2006, 281 ss.

²⁹ La tesi è stata sviluppata indipendentemente dai due economisti secondo separati progetti di ricerca. Per un approfondimento cfr. Lo. W. Andrew, *Efficient Markets Hypothesis*, in *The New Palgrave: a Dictionary of Economics*, a cura di L. Blume-S. Durlauf, Londra 2007, *passim.*; P. Barnes, *op. cit.*, § 3.

del mercato riflettono tutte le informazioni disponibili (generando non poche critiche rispetto alla razionalità dei comportamenti umani)³⁰.

Un operatore economico razionale è portato a non investire o ad investire in modo minore se ritiene che le informazioni che detiene non siano veritiere o che possano essere incomplete. Paradossalmente, in una condizione di asimmetria informativa si crea un vantaggio per titoli di “peggiore qualità” poiché, per quelli di “buona qualità”, si ritiene che il corrispettivo pagato per gli stessi sia iniquo³¹.

In realtà l’investitore non è mai totalmente razionale, nel senso che le decisioni dello stesso non sono fondate su meri dati economici, piuttosto sono influenzate da come questi si aspetta che si comportino gli altri operatori sul mercato³². Ciò significa che se alcuni soggetti agiscono in stato di vantaggio informativo, la loro condotta falsa la percezione degli altri³³.

Ciò spiega perché nel tempo si è cercato di combattere l’asimmetria informativa attraverso la regolamentazione del mercato, mettendo quindi al centro della tutela penalistica l’informazione societaria³⁴.

La trasparenza dell’informazione societaria è garantita secondo una “triade” di obblighi/divieti (*Trinity of Market Regulation*): obblighi di trasparenza (*obligation to disclose*), divieto di uso di informazioni non possedute da altri operatori (*ban on using any informational advantage*); divieto di diffusione di informazioni fuorvianti (*ban on misinformation*)³⁵.

La tutela è rafforzata, anche, dalla creazione di illeciti posti a tutela delle funzioni di controllo (i reati di ostacolo alle funzioni delle Pubbliche Autorità di Vigilanza).

³⁰ Si veda ancora ampiamente Lo. W. Andrew, *op. cit.*, *passim*.

³¹ Quanto all’asimmetria informativa, come noto, il maggior teorizzatore è il premio Nobel George Akerlof, che nel 2001 ha ricevuto, unitamente a Michael Spence e Joseph Stiglitz il premio proprio per la loro ricerca sull’asimmetria di informazioni. Il suo contributo più rilevante è l’articolo, pubblicato nel 1970, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*. Nell’articolo si evidenzia come si è in stato di asimmetria informativa quando una parte, in una trattativa, possiede più informazioni dell’altra. L’esempio è quello di un venditore di automobili usate che possiede informazioni sulle macchine, per la sua formazione e esperienza, più del potenziale acquirente. In questo caso la parte non informata ha un rischio, ovvero quello di pagare un prezzo non equo per l’automobile che deve acquistare. Per neutralizzare tale rischio, la parte meno informata potrebbe richiedere un “*risk premium*” (ad esempio chiedere uno sconto sul prezzo). L’abbassamento dei prezzi potrebbe quindi scoraggiare i venditori di prodotti qualitativamente alti a entrare nel mercato. In una situazione siffatta gli investitori sono quindi indotti ad abbandonare il mercato, secondo il fenomeno noto come “selezione avversa”. Cfr. J.L. Hansen, *The trinity of market regulation: Disclosure, insider trading and market manipulation*, in *IJDG* 21.1.2003, 64 ss.; A. Perrone, *Informazione al mercato e tutela dell’investitore*, Milano 2003, 2 ss.

³² Per una critica al comportamento razionale del c.d. *Homo oeconomicus* cfr. D. Fondaroli, *Homo oeconomicus*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich, Milano 2022, 1527 ss.; *Nudging. Il contributo di Thaler alla scienza economica e alcuni riflessi dell’economia comportamentale sulla valutazione delle politiche pubbliche*, Senato della Repubblica, Ufficio Valutazione Impatto, Esperienze n. 31, gennaio 2018, consultabile sul sito ufficiale del Senato della Repubblica.

³³ Non a caso la normativa in materia di abusi di mercato, come emerge dai considerando 2 e 12 della direttiva 2003/6/CE, ha come finalità di assicurare l’integrità dei mercati finanziari dell’Unione europea e di accrescere la fiducia degli investitori in tali mercati, fiducia che si fonda, in particolare, sul fatto che essi saranno posti su un piede di parità e tutelati dinanzi all’utilizzazione illecita di informazioni privilegiate (v., in tal senso, Corte di Giustizia, 23 dicembre 2009, *Spector Photo Group*, C-45/08). Sull’integrità dei mercati si veda J. Austin, *Insider Trading and Market Manipulation. Investigation and Prosecuting Across Borders*, Cheltenham 2017, 14 ss.

³⁴ In realtà la discussione in merito alla regolamentazione del mercato in Europa non è stata fin da subito pacifica. Per una ricostruzione cfr. H. Schmidt, *Insider Regulation and Economic Theory*, in AA.VV., *European Insider Dealing*, Oxford 1991, 21 ss.; con specifico riguardo all’*insider trading* v. K. Volk, *Strafrecht gegen Insider?*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 1978, 1 ss. in traduzione italiana a cura di D. Pettinari-Germann, in *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Napoli 1998, 129 ss. Per una ricostruzione approfondita del dibattito negli Stati Uniti d’America, a partire dagli anni 30 del secolo scorso, si veda ampiamente H.G. Manne, *Insider Trading and the Stock Market*, New York 1966, 4 ss. e 77 ss. per un approfondimento sulle varie ipotesi di regolamentazione o non regolamentazione del mercato.

³⁵ In questo senso J.L. Hansen, *op. cit.*, 66 ss.; per la dottrina italiana cfr. A. Nisco, *op. cit.*, 28.

È bene osservare come, stante la globalizzazione del mercato³⁶, anche il diritto penale ha risentito di tale effetto. Invero, tutti gli illeciti a tutela della trasparenza dell'informazione societaria vedono penetrare nella loro struttura di fattispecie un concetto appartenente alla cultura economica e giuridica anglosassone, risalente già agli anni '30 del secolo scorso: la *materiality*, traducibile come “necessaria rilevanza dell'informazione”. Da qui nasce l'opportunità della comparazione in questo settore che sarà condotta prendendo le mosse dagli illeciti a tutela del mercato finanziario negli Stati Uniti d'America e dalla disciplina federale.

3.1. Il concetto di *materiality* (traducibile come *rilevanza*), in quella che può essere l'accezione che si vuole intendere come “comune”, ha la sua matrice nel diritto statunitense e più precisamente nella normativa federale.

L'uso del termine per la prima volta si rintraccia nel *Securities Act* 1933 e nel *Securities Exchange Act* 1934, che costituiscono i due testi normativi nati dopo il crollo della Borsa di Wall Street, al fine di regolamentare il mercato finanziario³⁷, aventi quali obiettivi quelli di assicurare la trasparenza del mercato e di creare una normativa federale che vietasse le false rappresentazioni e le condotte fraudolente su titoli (c.d. *Securities Fraud* assimilabili agli abusi di mercato)³⁸.

La responsabilità per l'abuso di informazioni privilegiate, e più in generale per qualsiasi condotta manipolativa del mercato, è ricavabile dalla *sec. 10(b)* del *Securities Exchange Act* e dalla *Rule 10b-5*, che delincono degli schemi di tipo frodatario³⁹. Dalla combinazione del testo normativo e dalle

³⁶ È concetto noto che i mercati nazionali siano ormai influenzati reciprocamente e che le crisi si estendono ben oltre i confini nazionali (sul punto si veda per tutti J.E. Stiglitz, *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera*, Torino 2014, *passim*).

³⁷ Sul crollo della borsa, per un commento di un'economista, cfr. J. Robinson, *op. cit.*, Torino 1972, 92 ss.

³⁸ Si specifica che il *Securities Exchange Act* disciplina prevalentemente le transazioni dei titoli nei mercati secondari.

³⁹ Le Corti federali usano due schemi per applicare le regole suddette per il *trading* e il *tipping*, e questi sono: *the Classical Special Relationship of Trust and Confidence* (anche detta *The Classical Special Relationship Triangle*) e *the Misappropriation Theory*. La prima ha come *leading case* *Chiarella v. United States*. Il Sig. Chiarella lavorava per una stampa finanziaria e per tale ragione aveva accesso ad una serie di documenti, tra i quali rientravano anche cinque annunci di offerte d'acquisto senza i nomi in chiaro. Questi riusciva a capire a chi si riferissero tali annunci e sulla base di questa informazione acquistava i titoli di tali emittenti, che rivendeva sul mercato appena la notizia diventava pubblica. La Corte, nel caso di specie, dopo aver chiarito che non sempre il divieto di uso coincide con l'obbligo di *disclosure*, ha affermato che per ritenere la condotta illecita deve sussistere un *affirmative duty* basato su una *relationship of trust and confidence* tra le parti coinvolte nella transazione. Obbligo che nel caso di specie risultava mancante. Un secondo caso rilevante è rappresentato dalla pronuncia *Dirks v. Sec.* Il Sig. Dirks era un analista venuto a conoscenza di una frode all'*Equity Founding of America* da una fonte interna alla società. Questi comunicava quindi l'informazione al Fondo e al *Wall Street Journal* che a sua volta contattava la SEC, la quale interrompeva immediatamente le negoziazioni. Il Sig. Dirks trasmetteva altresì i risultati ad alcuni *insitutional investor* che per tale ragione vendevano le azioni del Fondo. La SEC intendeva quindi un'azione avverso questi, imponendo la sanzione della censura. La Suprema Corte, investita del ricorso, difformemente ha affermato che: un *tippee* (*insider* secondario, ovvero sia il soggetto che riceve la notizia da una fonte interna) non ha generalmente alcuna relazione fiduciaria con l'emittente; la responsabilità del *tippee* sussiste quando è a conoscenza della violazione degli obblighi fiduciari della fonte interna e se ne trae beneficio (c.d. *personal benefit test*). Nel caso di specie il Sig. Dirks non ha tratto alcun beneficio dalla sua condotta e non avendo alcun obbligo di *disclosure* non può violare né la *sec. 10(b)* né la *Rule 10b-5*. La teoria esposta, che consente di estendere la *fiduciary relationship* dalla fonte interna al *tippee* quando ne ricorrono le condizioni enunciate nella pronuncia *Dirks*, prende il nome di *The Classical Special Relationship Triangle*. Il limite di tale teoria, rispetto alla responsabilità dell'*insider* secondario, risiede nel fatto che questa presuppone necessariamente la negoziazione ed anche la conoscenza della posizione fiduciaria del *tipper*. Il divieto del *tipping* sussiste anche per l'*insider* secondario se dalla divulgazione ne trae un *personal benefit*. Inoltre, si segnala anche l'esistenza della *Rule 14e-3(01)(1)* che in caso di offerta pubblica vieta ad un *insider* di divulgare informazioni riguardo l'offerta. La seconda teoria, la c.d. *The Misappropriation Doctrine*, è pensata per i casi dove la fonte dell'informazione non è una fonte interna. In altre parole, il soggetto “B” è soggetto che si è appropriato dell'informazione fraudolentemente e la usa per negoziare o la comunica al *tippee*, che la utilizza. Il *leading case* è *United States v. O' Hagan*. Nell'agosto del 2000 la SEC ha adottato la *Rule 10b5-2* che fornisce una lista non esaustiva di tre circostanze che fondando il *duty* e, quindi, il divieto di uso dell'informazione. Queste sono: a) quando il soggetto viene a conoscenza della stessa in modo confidenziale; b) quando l'informatore e il ricevente hanno un rapporto tale che induce l'informatore a ritenere che l'informato mantenga il riserbo; c) quando si riceve l'informazione da un parente. Per un

interpretazioni dello stesso ad opera della Corte federale, si ricava, come elemento necessario dell'illecito, il fatto che il soggetto negozi su titoli sulla base di un'informazione *material*, in violazione di un rapporto fiduciario tra chi detiene le azioni e chi le compra.

L'informazione su cui il soggetto negozia deve quindi possedere il requisito indefettibile della *materiality*. Infatti, qualora l'informazione non possedesse tale caratteristica, la negoziazione e la *selective disclosure* sarebbero assolutamente lecite. Il concetto di *materiality* è quindi elemento costitutivo delle *Securities Fraud*, che l'accusa deve provare in giudizio, senza però trovare nel testo una sua definizione. Il legislatore non ha invero indicato esplicitamente quando un dato è rilevante o su cosa (o chi) parametrare la rilevanza.

La definizione prende forma attraverso le pronunce delle Corti secondo un approccio tipicamente casistico. I *leading case* in tale ambito sono *TSC Industries v. Northway Inc.*⁴⁰ e *Basic Inc. v. Levinson*⁴¹. Nella prima pronuncia, la condotta penalmente rilevante aveva ad oggetto la mancata diffusione di alcune informazioni esistenti⁴²; nella seconda, invece, la diffusione di notizie false riguardava un avvenimento incerto⁴³.

In *TSC* la Corte ha enunciato il famoso *TSC test* secondo il quale un'informazione può considerarsi *material* quando la mancata rivelazione della stessa potrebbe avere l'effetto di alterare significativamente il "total mix" di informazioni disponibili al soggetto modello⁴⁴. In tale pronuncia la giurisprudenza ha messo in luce che il concetto di *materiality* è oggettivo e per darne una definizione l'informazione va posta in relazione rispetto all'investitore ragionevole. Infatti, l'informazione sarà rilevante in base alla sua capacità di influenza del giudizio e delle scelte di un investitore modello⁴⁵.

Nella successiva pronuncia, *Basic Inc. v. Levinson*, al fine di valutare la *rilevanza* di un fatto incerto, la Corte, dopo aver analizzato e rigettato diverse teorie, ha ritenuto opportuno utilizzare gli approdi del *Second Circuit* in *Sec v. Texas Gulf Sulphur co.*⁴⁶. Nel dettaglio, i giudici federali hanno considerato non pregevole la teoria della *fraud-on-the-market*, secondo la quale l'informazione è *material* tutte le volte in cui è mendace (cioè la rilevanza è presunta esclusivamente sulla base della falsità della stessa). Tale approccio viene criticato poiché non ha il pregio di tenere adeguatamente separati tutti gli elementi di fattispecie. Infatti, la mendacità è un elemento a sé stante che non può essere indicativo della rilevanza dell'informazione. Come anticipato, la Corte ha invece condiviso quanto affermato in *Sec v. Texas Gulf Sulphur co.*, ove è stato teorizzato un test per la *materiality* –

approfondimento v. S. Bainbridge, *Research Handbook of Insider Trading*, Cheltenham 2013, 3 ss.; W. Wang – M. Stainberg, *Insider trading*, New York 2010, 451 ss.; D. Mills – R. Weisberg, *White-Collar Crime*, New York 2020, 193 ss.; S.P. Green, *op. cit.*, 283 ss. Sul punto si conceda un rimando anche a D. Federici, *Chi è l'insider? La cassazione ritorna sui soggetti attivi dell'abuso di informazioni privilegiate*, in *CP* 2022, 597 ss.; Sulla *Rule 10b-5* cfr. H.G. Manne, *Insider Trading and the Stock Market*, New York 1966, 33 ss. La responsabilità per *insider trading* è poi inserita anche nel Titolo 18 del U.S.C. (così come emendato dal *Sarbanes Oxley Act*). A prima vista la responsabilità ai sensi del Titolo 18 (e in modo specifico per *mail fraud e wire fraud*) sembra un mero doppione della *Rule 10b-5*. In realtà non è così, perché gli elementi di fattispecie non sono totalmente coincidenti. Inoltre, nel Titolo 18 l'*insider trading* non è più legato alla regolamentazione delle azioni quanto invece alle leggi sulle telecomunicazioni: il reato si perfeziona cioè per aver frodato il sistema informatico o delle telecomunicazioni. In tale ambito la frode non avviene avverso la controparte come per l'*insider trading* "classico" ma avverso il proprietario dell'informazione. Sul titolo 18 si veda Z. J. Lustbader, *Title 18. Insider Trading*, in *YLJ* Maggio 2021, 1875 ss.

⁴⁰ 426 U.S. 438 (1976).

⁴¹ 485 U.S. 224 (1988).

⁴² Nel dettaglio questo è un caso regolato dalla c.d. *proxy rule*, segnatamente una disciplina concernente l'accaparramento delle deleghe in assemblea. Per un approfondimento cfr. J. K. Strader – S. D. Jordan, *White collar crime, cases, materials, and problems*, New York 2015, 243 ss.; W. Wang – M. Stainberg, *op. cit.*, 107 ss.

⁴³ Riguardava una possibile fusione della società quotata con altra società.

⁴⁴ J.K. Strader, *Understanding White Collar Crime*, New York 2002, chapter 5, §5.09.

⁴⁵ Nel caso di specie l'informazione celata è stata ritenuta *material* poiché il soggetto l'avrebbe probabilmente utilizzata al momento del voto in assemblea; non è invece necessario accertare se il soggetto abbia o meno votato diversamente. Sul punto si veda J.K. Strader- S.D. Jordan, *op. cit.*, 244.

⁴⁶ 401 F.2d 833 (2d Circ. 1968).

il c.d. *probability magnitude test* – nei casi in cui è complesso valutare la rilevanza dell’informazione per il suo alto tasso di speculatività.

Il *test* prevede che per comprendere se un’informazione è *material*, è necessario operare un bilanciamento tra due fattori: a) la probabilità che l’evento si verifichi; b) la possibilità di impatto che l’evento avrebbe alla luce delle attività totali della società⁴⁷. Si anticipa fin da subito che tale *test* sarà poi utilizzato anche dalla Corte di Giustizia per valutare se una determinata informazione possa considerarsi privilegiata (§3.3.).

La *materiality* è elemento costitutivo anche di altri illeciti come, ad esempio, quello di *False Statement* (regolato nel *False Statement Accountability Act* alla *sec.* 1001)⁴⁸. L’analisi della giurisprudenza del concetto di *materiality* ai fini della configurazione di tale illecito appare utile, seppur esso non disciplina reati c.d. economici. Invero, il reato descrive comunque uno schema frodatorio e si caratterizza per la diffusione di una notizia falsa, così come gli abusi di mercato negli Stati Uniti.

La condotta illecita ha per l’appunto una connotazione di tipo frodatorio, prendendo in considerazione la falsificazione che però avviene tramite nascondimento di un *material fact*; mediante una condotta attiva mista omissiva. La *sec.* 1001 punisce l’omessa *disclosure* solo se il comportamento si è estrinsecato in *trick, scheme or device*. La seconda condotta, caratterizzata sempre da una componente fraudolenta, riguarda invece il dichiarare il falso, quindi una contegno totalmente attivo. L’ultima riguarda infine il c.d. falso documentale.

Il silenzio è rilevante qualora sulla persona gravi il dovere di informazione oppure quando il silenzio è *misleading* (ingannevole)⁴⁹.

Fondamentale è che la falsità concerna un fatto *material* ove per lo stesso si intende, secondo la celebre pronuncia *United States v. Gaudin*⁵⁰, una dichiarazione che possiede una naturale tendenza – o capacità – di influenzare la decisione del soggetto nei confronti del quale è rivolta («*a natural tendency to influence, or be capable of influencing, the decision of the decision-making body to which it was addressed*»). Si noti che non è necessario provare che la dichiarazione abbia veramente influenzato l’agire del soggetto, piuttosto è ritenuta sufficiente la semplice attitudine a fare ciò⁵¹.

Da quanto precede, emerge come il sistema statunitense utilizza il concetto di *material/materiality* per identificare una “soglia” oltre la quale la condotta risulta essere penalmente rilevante. Gli anglosassoni non costruiscono invero le fattispecie attorno ad un bene giuridico tutelato; quindi, nell’interpretazione della legge non possono giovarsi di questo.

Per quanto gli Stati Uniti d’America siano un paese di *common law*, deve evidenziarsi come viga nel loro sistema il principio di legalità ed in particolare il divieto di “vaghezza” delle disposizioni e quello di irretroattività (*ex post facto*)⁵².

⁴⁷ Cfr. ancora J.K. Strader- S.D. Jordan, *op. cit.*, 248; J.P. Anderson, *Insider Trading. Law, Ethics and Reform*, Cambridge 2018, 60 ss.

⁴⁸ Il vigente testo criminalizza l’azione di chi “*knowingly and willfully*” commette una delle seguenti condotte: “*falsifying, concealing, or covering up a material fact by any trick, scheme, or device; making any material false, fictitious, or fraudulent statement, or representation; making or using any false writing or document knowing it to contain any material false, fictitious, or fraudulent statement or entry.*” Sul tema cfr. K. Strader, *op. cit.*, chapter 10; O’Sullivan, *Federal White Collar Crime, Cases and Materials*, Eagan 2009, 281 ss.; S. Wickousky, *Bankruptcy crimes*, Bristol 2007, 108 ss.

⁴⁹ Si veda ampiamente J.K. Strader, *op. cit.*, chapter 10; O’Sullivan, *op. cit.*, 281 ss.

⁵⁰ 515 U.S. 506 (1995).

⁵¹ J. K. Strader, *Understanding White Collar Crime*, cit., §10.5.

⁵² L’art. 1 *sec.* 9 e 10 della Costituzione degli Stati Uniti proibisce che lo Stato o il governo costruiscano leggi *ex post facto*. Tale regola non si applica alle leggi che riguardano la giurisdizione, la competenza territoriale e la procedura (C.E. Torcia, *Wharton’s Criminal Law*, Vol. I, Rochester 1978, 64 e ss.). Sul punto si veda anche W.R. LaFave, *Criminal Law*, Eagan 2000, 103 ss. il quale specifica come sono vietate anche pronunce *ex post facto*. Invero, nonostante sia chiaro come il divieto costituzionale si applichi solo al legislatore e non ai giudici, è ovvio, allo stesso tempo, che la *ratio* sottostante tale divieto valga anche per le pronunce giurisprudenziali impendendo che queste possano essere applicate retroattivamente alla luce del principio del giusto processo (*Bouie v. City of Columbia*, 378 U.S. 347, 84 S.Ct. 1967, 12 L.Ed.2d 894 (1964)). Per un approfondimento sul tema si veda tra i più recenti W. A. Logan, *The Ex Post Facto Clause*.

Già nel 1820 in una pronuncia si affermava che, per sapere se un determinato fatto costituisce un illecito penale, il testo deve renderlo chiaro e che l'estensione dello scopo dello *Statute* deve essere ristretta al senso ordinario delle parole o di quello autorevolmente deciso in altre pronunce (c.d. *stare decisis*)⁵³. Da tale prima pronuncia deriva la teoria della “*Strict Construction*”, la quale, presupponendo che il testo debba essere chiaro, ritiene che l'interpretazione dello stesso debba limitarsi al significato delle parole⁵⁴. Infatti, un testo affetto da vaghezza è considerato incostituzionale per violazione del IV Emendamento⁵⁵.

Alla luce di ciò, concentrandoci solo sull'*insider trading*, va considerato che l'illecito è contenuto in uno *Statute*, quindi deve essere interpretato con precisione, anche considerati gli autorevoli precedenti giudiziari. Ed è proprio alla luce di ciò, che il termine *material* svolge la sua funzione pregnante: orienta l'interprete verso la sussunzione di quelle condotte che sono decettive secondo quanto stabilito dalla legge, perché cadono su fatti rilevanti.

Nonostante ciò, non sono mancate affermazioni ove si è sostenuto che la *Rule 10b-5* non vada interpretata restrittivamente ma che debba presentarsi flessibile allo scopo. Ad esempio, il giudice Rehnquist ha affermato come i *case law* sulla *Rule 10b-5* sono “querce giudiziarie” che crescono dalla piccola “ghianda” legislativa⁵⁶. Ma così facendo è evidente come le condotte punibili si rendono chiare solo *ex post* violando per l'appunto il principio di irretroattività e svelando un problema di legalità dell'illecito in esame⁵⁷.

Tra l'altro, nel caso dell'*insider trading* il problema è ancora più complesso perché il vero produttore di diritto *ex post facto* sembrerebbe ormai essere l'Autorità preposta alla vigilanza dei mercati finanziari (*Security Exchange Commission*)⁵⁸.

Questo perché nei casi in cui il testo non è così vago da essere incostituzionale, ma risulta comunque ambiguo, le Corti federali usano le interpretazioni delle *Agency* nei settori dove esse vigilano⁵⁹.

Generalmente però tale approccio si applica all'interpretazione degli illeciti civili, mentre quanto agli illeciti penali, la regola interpretativa è quella della *Rule of Lenity*, la quale si fonda sul ritenere che la legge sia costruita *strictly* dal legislatore⁶⁰.

Tale *Rule* prevede che il giudice, dopo aver ricostruito tutti i possibili significati attribuibili ad una disposizione, deve scegliere quello più favorevole al reo. Ma, poiché nel caso dell'*insider trading*

Its History and Role in a Punitive Society, Oxford 2023, *passim*. In generale sui principi della materia penale cfr. *ex multis* J. Hall, *General Principles of Criminal Law*, Indianapolis 1960, 27 ss.

⁵³ U.S. v. Wilterberg, 5 Weat. 76, 96 (1820).

⁵⁴ In questo senso cfr. J. Hall, *op. cit.*, 39 ss. Una delle prime pronunce in tal senso, seppur non richiamante esplicitamente la *Strict Construction* è da rintracciarsi negli anni '30 del secolo scorso (*Lanzetta et. Al. V. State of New Jersey*, 306 U.S. 451, 83 L. Ed. 888, 59 S. Ct. 618 (1939)). Sul tema si veda, in dottrina, W.R. LaFave, *op. cit.*, 83 ss.; C.E. Torcia, *Wharton's Criminal Law*, Vol. I, Eagan 2000, 59 ss. Gli Autori affrontano, anche, in generale le regole di interpretazione degli *Statutes*.

⁵⁵ Per un approfondimento sull'incostituzionalità in parola e sulla c.d. *the Void-For-Vagueness Doctrin* cfr. ampiamente per tutti W.R. LaFave, *op. cit.*, 97 ss.

⁵⁶ Affermazione contenuta in *Blue Chip Stamps v. Manor Drug Store*, citato da Z. J. Lustbader, *op. cit.*, 1880.

⁵⁷ Per un approfondimento sul problema di legalità dell'*insider trading* cfr. M. Baer, *Insider Trading's Legality Problem*, in *YLJF* 2017, 129 ss. Sulla tipicità c.d. postuma cfr. nella dottrina italiana F. Sgubbi, *Il diritto penale totale*, Bologna 2019, 45 ss.

⁵⁸ Per uno studio sull'attività di *enforcement* della SEC si veda S.J. Choi – A.C. Pritchard, *Securities law and its enforces*, in *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing*, a cura di J. Arlen, Cheltenham 2018, 219 ss.

⁵⁹ Arrivano a tale conclusione sia la c.d. dottrina *Chevron* che quella *Auer* (che prendono il nome dalle rispettive pronunce *Chevron U.S.A., In. v. NRDC*, 467 U.S. 844(1984) e *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452,461 (1997)).

⁶⁰ Il *leading case* è rappresentato da *United States of America v. Wilterberg* cit. Sul punto nella dottrina italiana cfr. A. Santangelo, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino 2022, 325 ss. Per la soluzione di tentare l'applicazione della *Rule of Lenity* proprio nel caso del delitto di *insider trading* in Italia si veda A. Santangelo, *Una soluzione “di favore” per l'insider di se stesso: la rule of lenity quale criterio di risoluzione dei casi difficili*, in *DPP* 2022, 1354 ss.

l'illecito civile e penale sono identici – o meglio si differenziano solo per l'elemento soggettivo⁶¹ – di fatto le Corti federali utilizzano indistintamente l'interpretazione della SEC in entrambi i casi⁶².

Da questo punto di vista appare pregevole la proposta di riforma dell'*insider trading* attualmente ferma in Senato⁶³ che, oltre a tipizzare in modo più chiaro l'illecito, lo avvicina anche all'esperienza europea, centrandolo non più sulla *frode* ma sulla necessità (generale) di parità di informazioni al mercato. La costruzione della fattispecie prevede il divieto di *trading* sulla base di informazioni *material* e non pubbliche, quando è ragionevole aspettarsi che l'informazione usata, se rivelata, avrebbe un *material effect* sul prezzo delle azioni⁶⁴.

3.2. Dopo aver affrontato la disciplina degli abusi di mercato negli Stati Uniti d'America e messo in luce il significato attribuito al concetto di *materiality* nel suo senso “comune” di *rilevanza*, avente la funzione di selezionare solo le condotte che possono mettere in pericolo la correttezza e la trasparenza del mercato finanziario, si procederà ora all'analisi del termine nel sistema britannico.

Il Regno Unito nella tipizzazione degli illeciti non ha utilizzato lo schema delle *Securities Fraud* visto poc'anzi, piuttosto ha posto l'accento sul divieto di uso o diffusione della notizia a prescindere dalla posizione di “garanzia” rispetto alla parte terza.

In particolare, nel *Company Securities (Insider Dealing) Act 1985* si proibiva alla persona che aveva accesso alla *material non-public information*, in virtù della posizione nella società, di negoziare su titoli della stessa mentre era in possesso di tale informazione. Era anche vietato suggerire di negoziare sulla base di tale notizia⁶⁵.

L'informazione definita testualmente *price sensitive* (e non *material*) era quella: riferita alla società (direttamente o indirettamente); non generalmente conosciuta dalle persone che usualmente negoziano su quei titoli, ma che se lo fosse, sarebbe capace di influenzare in modo rilevante (*materially affect*) il prezzo dei titoli.

Come si può notare l'aggettivo *material* era riferito non all'informazione ma all'impatto sui prezzi.

Successivamente, nella versione del reato di *Insider Dealing* disciplinato nel *Criminal Justice Act 1993* (CJA), l'informazione è definita *Inside* quando potrebbe avere un *significant effect*. Viene eliminata definitivamente dal testo la parola *material*, senza che però ne venga perso il “senso”, essendo sostituita dalla necessaria possibilità di avere un effetto significativo sui prezzi. Infatti, avere un effetto significativo sui prezzi significa, a ben vedere, che l'informazione è *material*, cioè un'informazione che un investitore ragionevole avrebbe utilizzato per fondare le proprie scelte di investimento.

Attualmente il sistema degli abusi di mercato nel Regno Unito è così diviso: da una parte vi sono gli illeciti penali disciplinati della Part V CJA 1993 e dalle *Sections 89, 90 e 91* del *FSA 2012*, che puniscono uno l'*insider dealing* e l'altro la *market manipulation*; dall'altra, gli illeciti civili/amministrativi previsti per la prima volta dalla *sec. 118* del *FSMA 2000*⁶⁶(ora abrogato). Infatti, a seguito della riforma europea degli abusi di mercato avvenuta attraverso il regolamento n. 596 del 2014 (MAR) – disciplinante gli aspetti amministrativi – e la direttiva 2014/57/UE (MAD II) –

⁶¹ L'illecito penale richiede come elemento soggettivo che la violazione avvenga intenzionalmente (*wilfully*).

⁶² Sul punto si veda Z.J. Lustbader, *op. cit.*, 1883 ss.

⁶³ La proposta di riforma nota come *Insider Trading Prohibition Act* è stata introdotta in Senato ad aprile 2022 e consiste in una modifica al *Securities Exchange Act* del 1934 inserendo una *sec. 16A*.

⁶⁴ La proposta di riforma è consultabile sul sito ufficiale del senato degli Stati Uniti d'America proposta n. S3990 e allo stato attuale (fine dicembre) non risulta che si sia espresso il voto in merito. Per un commento sulla necessità della riforma si veda K.R. Douglas, *How Fatal Ambiguity Undermines Effective Insider Trading Reform*, in *JCL* 2022, 354 ss.

⁶⁵ B. Rider – K. Alexander – S. Bazley – J. Bryant, *Market Abuse and Insider Dealing*, Londra 2022, §3.5.

⁶⁶ L'illecito amministrativo era prima contenuto nella *sec. 118(2)-(8)* del *FSMA 2000*. Prevedeva tre definizioni di condotte abusive nonché sei categorie che specificano le condotte vietate. La *sec. 118B* definiva *insider* il soggetto che è in possesso dell'informazione attraverso la professione. La *sec. 118C* definiva il concetto di *inside information* ai fini del FSA.

disciplinante gli aspetti penali –, il Regno Unito ha abrogato la disciplina originariamente contenuta nella *sec. 118 del FSMA 2000*, la quale prevedeva anche la definizione di informazione privilegiata⁶⁷. In ragione dell'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea (c.d. BREXIT), la disciplina europea è stata applicata nel territorio britannico nel seguente modo: la *Schedule 5 dell'European Union (Withdrawal) Act 2018*⁶⁸ ha imposto al Governo di pubblicare tutta la legislazione eurounitaria che è stata emanata fino alle ore undici del 30.12.2020⁶⁹, che a partire dal 31.12.2020 è diventata a tutti gli effetti legge domestica del Regno Unito. Ciò ha fatto sì che, nonostante lo Stato non sia più parte dell'Unione, si sia continuato in un primo momento ad applicare il MAR e, per quello che ci interessa, la definizione di informazione privilegiata contenuta all'art 7.

Negli anni successivi sono seguiti altri interventi volti a completare il processo legislativo di ratifica del *Brexit Withdrawal Agreement*⁷⁰. Con particolare riferimento al settore degli abusi di mercato è stato emanato il *Financial Services Act 2021* e l'*Insider Dealing (Securities and Regulated Markets) Order 2023*, aventi ad oggetto modifiche che non incidono sul tema della presente trattazione⁷¹.

Inoltre, come emerge dall'*Economic Crime Plan 2019-2022* il Governo e l'Autorità di vigilanza del mercato finanziario del Regno Unito (FCA) sono stati incaricati di rivedere la disciplina penale degli abusi di mercato, al fine di abrogare e sostituire il diritto dell'Unione Europea in materia di mercati finanziari che, come detto, è stato mantenuto anche dopo la BREXIT⁷². Il Regno Unito, in tale più ampio contesto, ha recentemente sostituito la regolamentazione civile degli abusi di mercato con una legislazione interna (*Financial and Service Market Act 2023*), che ha “revocato” la disciplina europea in materia di abusi di mercato⁷³. Tale riforma comporta anche la non applicabilità del reg. 596/2014/UE e, di conseguenza, la definizione di informazione privilegiata *ex art. 7*, con effetti di cui ancora non si conosce l'esatta portata.

Tornando alla trattazione degli abusi di mercato così come vigenti fino ad ora, per quanto riguarda la manipolazione del mercato, questa ha un'evoluzione diversa da quella dell'*insider dealing*.

⁶⁷ M. Simpson – R. Powell, *Insider Dealing and Market Abuse*, in *A Practitioner's Guide to the Law and Regulation of Financial Crime*, a cura di J. Peddie – C. Thomson – M. Simpson, Mytholmroyd 2018, 131 ss. Quanto all'*insider dealing* cfr. J. Russen – R. Kingham, *Financial Services Litigation*, Oxford 2020, 154 ss.; E. J. Swan – J. Virgo, *Market Abuse Regulation*, Oxford 2019, 11 ss.

⁶⁸ Tale *Act* in alcuni aspetti ribadisce la superiorità del diritto europeo a quello interno, converte le maggiori “leggi” europee in diritto domestico, preserva il diritto già recepito. L'*Act* ha anche previsto la possibilità di creare normativa secondaria funzionale a modificare il diritto EU, ormai diventato interno, che non risulta coerente con la particolare posizione del Regno Unito di non essere più uno Stato-membro.

⁶⁹ La legislazione è pubblicata su *legislation.gov.uk* in una separata sezione chiamata “*Legislation originating from EU*”. Per un approfondimento, in generale, si veda D. Sabalot Deane, *Preface*, in *Butterworths Securities & Financial Service Law Handbook*, Vol. I, New York 2022, VII ss.; M. Blair WC – G. Walker – S. Willey, *Financial Markets and Exchanges Law*, Oxford 2021, 49 ss.

⁷⁰ Ci si riferisce primariamente all'*European Union (Withdrawal Agreement Act) 2020* volto ad implementare quello del 2018.

⁷¹ Con il primo si è emendato il MAR e si sono innalzate le pene per i reati di *market abuse*. Sul punto si rinvia per una trattazione più completa a B. Rider – K. Alexander – S. Bazley – J. Bryant, *op. cit.*, §4.2. Il secondo contiene disposizioni di interpretazione del CJA ed estende il numero di mercati regolamentati e tipi di azioni alle quali può applicarsi il reato, così allineando l'illecito penale con quello civile prevista dal MAR.

⁷² In particolare, nel 2023 il Governo e l'Autorità hanno completato tale revisione: sono state identificate un numero di aree dove il Governo ritiene che sia necessario aggiornare il sistema penale. Ciò va di pari passo con l'accettazione delle raccomandazioni da parte del *Fair and Effective Markets Review (FEMR)*. La revisione è stata operata nel più ampio contesto delle riforme riguardanti i servizi finanziari conosciuta come *Future Regulatory Framework (FRF) Review*, la quale è stata attuata per valutare come adattare la regolamentazione dei servizi finanziari alla posizione del Regno Unito ormai fuori dell'Unione Europea. Cfr. *Building a Smarter Financial Service Framework* del 2022, in *www.gov.uk*.

⁷³ La *sec. 1* prevede la “revoca” della legislazione europea in materia di abusi di mercato indicata alla *Schedule 1*. La “revoca” include non solo la normativa direttamente proveniente dall'Unione Europea ma anche quella domestica che è stata emanata in attuazione o coordinamento della disciplina unionale.

Brevemente, prima dell'introduzione del vero e proprio illecito di *market manipulation* avvenuto con il *Financial Service Act 1986* (alla *sec. 46*)⁷⁴ si puniva attraverso i delitti di *fraud*⁷⁵.

L'illecito è stato riformato, prima nel 2000 con il FSMA, poi nuovamente modificato dalle *sec. 89, 90 e 91* del FSA 2012.

Ai fini della nostra indagine si segnala che solo nella *sec. 89* del FSA 2012 si rinviene il termine *material*, quando nel descrivere la condotta vietata di false informazioni al mercato, il legislatore utilizza la locuzione «*in a material respect*». Nonostante ciò, è necessario fin da subito chiarire che la giurisprudenza e la dottrina non hanno analizzato particolarmente il significato di *material* in tale illecito.

Sembrirebbe che nella manipolazione del mercato il termine svolga proprio la funzione di segnalare che la condotta di dichiarare il falso deve cadere su un dato *rilevante*, nel senso che questa deve essere sufficientemente offensiva per il mercato.

Venendo all'*insider dealing*, questo è sanzionato alla *sec. 52* del CJA 1993 e prevede tre tipi di condotte differenti: quella vera e propria di *dealing*, ossia di compravendita di titoli sul mercato finanziario sfruttando l'informazione privilegiata; quella di incoraggiare altri alla compravendita (*tipping*); infine, la *disclosure* dell'informazione suddetta⁷⁶.

I due requisiti fondamentali dell'illecito sono: il soggetto attivo possiede l'informazione in qualità di *insider*; la negoziazione sulla base di tale informazione su titoli che sono *price-affected* (influenzati) a causa dell'informazione stessa. L'informazione ha quindi il requisito della *c.d. price sensitivity*: è un'informazione che se resa pubblica avrebbe un effetto significativo sul prezzo degli strumenti⁷⁷. Deve sussistere altresì un nesso causale (*causal link*) tra l'informazione e il probabile effetto sui prezzi dei titoli.

Al fine di comprendere cosa sia un'*inside information* è opportuno analizzare le posizioni interpretative della dottrina e della giurisprudenza formatasi sulla definizione, tanto riguardo all'illecito penale che a quello civile, stante la loro quasi totale sovrapposibilità.

La definizione è contenuta alla *sec. 56* del CJA 1993 e, prima della sua abrogazione, era contenuta anche alla *sec. 118c* del FSMA 2000. Un'informazione può considerarsi *inside* se possiede le seguenti caratteristiche: a) riguarda una specifica azione o uno specifico emittente ovvero un'azione o un emittente in generale⁷⁸; b) è specifica o precisa⁷⁹; c) non è pubblica⁸⁰; d) qualora resa pubblica potrebbe avere un effetto significativo sul prezzo delle azioni (*would be likely to have a significant effect on the price of any securities*).

È bene fin da subito precisare che la definizione penale non indica alcun parametro per valutare quando un'informazione possa avere un effetto significativo sui prezzi. Questa è una rilevante

⁷⁴ Il *Financial Service Act 1986* ha introdotto una nuova *market abuse offence*: alla *sec. 47(2)* prevede il divieto di *market manipulation*; mentre il divieto sancito dalla *sec. 47(1)* che prevede la punizione per le false informazioni o il nascondimento di informazioni rilevanti (*misleading statement* o *concealing material information*), era condotta già sanzionata ai sensi della *sec. 13* del *Prevention of Fraud (Investment) Act 1958*. Per un approfondimento vedasi E. E. Avogouleas, *The Mechanics and Regulation of Market Abuse*, Oxford 2005, *passim*.

⁷⁵ Ad esempio, ai sensi della *sec. 12(1)* del *Prevention of Fraud (Investment) Act 1939* poi modificato dalla *sec. 13* *Prevention of Fraud (Investment) Act 1958*. I divieti, sanzionati penalmente, riguardavano la *disclosure*, mentre condotte dirette a falsare il mercato erano sanzionate già dal 1861 ai sensi della *sec. 84* del *Larceny Act*.

⁷⁶ J. Fisher – HHJ A. Milne – J. Bewsy – A. Herd, *Alridge and Parry on Fraud*, Mytholmroyd 2020, 260 ss. B. Rider – K. Alexander – S. Bazley – J. Bryant, *op. cit.*, §3.9 ss.; G. J. Durston – M. Zaidi, *The little book of Insider Dealing*, Hook 2020, 68 ss.

⁷⁷ B. Rider – K. Alexander – S. Bazley – J. Bryant, *op. cit.*, §3.9 ss.; J. Fisher – HHJ A. Milne – J. Bewsy – A. Herd, *op. cit.*, 261.

⁷⁸ G. J. Durston – M. Zaidi, *op. cit.*, 82 ss.

⁷⁹ G. J. Durston – M. Zaidi, *op. cit.*, 84 ss.; M. Simpson – R. Powell, *op. cit.*, 140 ss.

⁸⁰ Un'informazione può dirsi pubblica: quando è stata pubblicata secondo le regole del mercato regolamentato allo scopo di informare gli investitori e i loro *professional adviser*; se è contenuta in una scrittura contabile accessibile al pubblico; se può essere facilmente acquisita da chi lavora nel settore; infine, se deriva da informazioni che sono state rese pubbliche (cfr. in questo senso G.J Durston – M. Zaidi, *op. cit.*, 87 ss.); M. Simpson – R. Powell, *op. cit.*, 143.

divergenza tra la definizione contenuta nel CJA 1993, valevole per gli illeciti penali, e quella valevole per gli illeciti amministrativi (art. 7 MAR prima della “revoca”), che invece indica come parametro l’investitore ragionevole.

Stante l’assenza di qualsivoglia parametro, dottrina e giurisprudenza hanno dato soluzioni non sempre lineari. Ad esempio, si è affermato che la *price sensitivity* può essere determinata, per definizione, solo al momento della negoziazione quando non è nota al pubblico⁸¹. Una parte della dottrina sostiene che la giurisprudenza sembra parametrare tale effetto sull’investitore ragionevole⁸². In realtà, osservando le pronunce, sembrerebbe che l’accertamento si incentri unicamente sull’effetto concreto dell’informazione sul mercato⁸³.

Il parametro per valutare tale possibile impatto sui prezzi, per la *civil sanction*, sia secondo l’abrogato FSA, sia secondo il MAR, è invece il *reasonable investor*. Un’informazione è infatti considerata *price sensitive* quando un investitore ragionevole ne terrebbe conto nel procedere nella negoziazione. Nel celebre caso *Hannam v. Financial Conduct Authority*⁸⁴ tale investitore modello è descritto come colui che negozia come se conoscesse tutte le informazioni rilevanti disponibili. E quindi, specularmente, è un investitore che non prenderebbe in considerazione informazioni che non hanno alcun impatto sui prezzi⁸⁵.

Parte della dottrina ha criticato tale approdo giurisprudenziale perché non terrebbe debitamente in conto di tutti i fattori, ad esempio che l’investitore potrebbe non avere particolare esperienza in quello specifico settore⁸⁶.

Come si può vedere il legislatore non usa mai il termine *materiality/material* nella tipizzazione degli illeciti o nella definizione di informazione privilegiata, ma ne ha trasposto il significato nel requisito della *price sensitivity*. Nel descrivere le condotte rilevanti nell’illecito di *insider dealing* si è scelto di non impiegare tale parola nel testo senza però perderne il senso, anzi esplicandolo in locuzioni più ampie ed intelleggibili. Infatti, l’accertamento dell’idoneità ad alterare i prezzi consiste nella verifica se un investitore ragionevole avrebbe usato l’informazione al fine di fondare le proprie ragioni di investimento. Ne consegue che il tipo di indagine da svolgere è la stessa che viene fatta negli Stati Uniti d’America per verificare se un’informazione è *material*.

3.3. Conclusa l’analisi del concetto di *materiality* in senso “comune” nei paesi anglosassoni e, avendo rilevato, con le opportune diversità, che questo funge da guida per l’interprete nella sussunzione delle condotte concretamente offensive per il mercato finanziario, si procederà ora ad indagare se la *materiality* è stata impiegata nella tipizzazione delle fattispecie nell’ordinamento italiano e quale funzione svolge, a prescindere da un implicito richiamo terminologico nella configurazione delle ipotesi criminose.

Come noto, gli abusi di mercato sono una disciplina di derivazione europea e sono attualmente normati a livello sovranazionale da due corpi legislativi inscindibili: il MAR (reg. 596/2014/UE) e la MAD II (dir. 2014/57/UE)⁸⁷. L’Italia disciplina gli abusi di mercato nel Testo unico in materia di

⁸¹ B. Rider – K. Alexander – S. Bazley – J. Bryant, *op. cit.*, § 3.65; G. J. Durston – M. Zaidi, *op. cit.*, 94 ss.

⁸² B. Rider – K. Alexander – S. Bazley – J. Bryant, *op. cit.* § 3.66 ss.; al contrario altri ritengono che non sia sempre chiaro il parametro utilizzato dalle Corti (in questo senso G. J. Durston – M. Zaidi, *op. cit.*, 96).

⁸³ *R. v. Sanders and others*, Southwark Crown Court, 20/06/2012; *R. v. Mustafa and others*, Southwark Crown Court, 5/03-23/07/2012.

⁸⁴ *Ian Charles Hannam v. The Financial Conduct Authority*: [2014] UKUT 233 (TCC).

⁸⁵ M. Simpson – R. Powell, *op. cit.*, 144 ss.

⁸⁶ E. J. Swang – J. Virgo, *op. cit.*, 45 ss.

⁸⁷ Che hanno interamente sostituito la previgente disciplina contenuta nella direttiva MAD I e nelle sue direttive di esecuzione. Per un commento sulla disciplina europea cfr. C. Masucci, *La disciplina degli abusi di mercato*, in *L’incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, a cura di A. Cavalieri – V. Masarone, Napoli 2018, 141 ss.

intermediazione finanziaria (d.lgs. 24.2.1998 n. 58) agli art. 184 e ss. da ultimo modificati dall'art. 26 l. 23.12.2021 n. 238⁸⁸.

È bene dire subito che la parola “*material*” o “*materiality*” non è mai usata nei testi eurounitari rispetto all'abuso di informazioni privilegiate.

Per l'abuso di informazioni privilegiate si è scelto di definire l'informazione che non può essere adoperata o divulgata secondo una descrizione piuttosto dettagliata⁸⁹. La prima definizione è contenuta nella dir. 89/592/CEE, ed è qualificata come “privilegiata” in italiano, “*privilegé*” in francese, “*inside*” in inglese e “*Insider*” in tedesco, ponendo quindi sempre l'accento sulla fonte della stessa⁹⁰.

Deve essere poi un'informazione che non è stata resa pubblica, a carattere preciso, concernente emittenti o valori mobiliari, che se resa pubblica potrebbe influire in modo sensibile sul corso di tali valori.

La definizione non viene modificata particolarmente nelle varie riforme europee che si succedono negli anni, risultando sempre identica quanto al suo contenuto essenziale ed arricchendosi nel tempo in considerazione dell'avanzare della complessità del mercato.

La seconda definizione di informazione privilegiata è ricavabile dalla lettura in combinato disposto delle direttive 2003/6/CE (c.d. MAD I) e 2003/124/CE.

La vera novità introdotta con la direttiva n. 124 è l'aver specificato che per «un'informazione che può avere effetto sui prezzi» deve intendersi quella che presumibilmente un investitore ragionevole utilizzerebbe come uno degli elementi su cui fondare le proprie ragioni di investimento. Si tornerà successivamente sul concetto di “investitore ragionevole” (§ 3.3.1).

Come noto, le disposizioni del diritto dell'Unione devono essere lette alla luce delle pronunce della Corte di Giustizia⁹¹ e al fine di meglio definire che cosa sia un'informazione privilegiata è opportuno richiamare la celebre pronuncia, del 2012, *Markus Geltl vs. Daimler AG*⁹².

In tale pronuncia la Corte ha chiarito che i criteri per valutare cosa si intenda per informazione privilegiata, consistenti nella precisione e nella c.d. *price sensitivity*, contenuti ai paragrafi 1 e 2

⁸⁸ La disciplina degli abusi di mercato in Italia è stata dapprima riformata nel 2005 con il recepimento della c.d. MAD I. Con l'entrata in vigore del MAR e della MAD II il legislatore è intervenuto con il d.lgs. 107/2018 al fine di adattare la normativa interna “amministrativa” al regolamento e poi nel 2021 ove si è prevista una modifica degli illeciti penali. Tra le novità più rilevanti si segnala la criminalizzazione del c.d. *insider secondario* e l'innalzamento delle pene. Per un commento sulla riforma del 2021 cfr. ampiamente G. Martiello, *Il “ravvedimento comunitario” del legislatore in materia di repressione degli «abusi di mercato»: prime note di commento all'art. 26 della legge n. 238/2001 («Legge Europea 2019-2020»)*, in www.lalegitaliane.it 30.5.2022.

⁸⁹ Per una ricostruzione sulla disciplina dell'informazione privilegiata si veda uno per tutti S. Seminara, *L'informazione privilegiata*, in *Il Testo Unico Finanziario. Mercati ed emittenti*, diretto da M. Cera e G. Presti, Bologna 2020, 2124 ss.

⁹⁰ Sulla definizione di “*inside information*” contenuta nella direttiva cfr. E. Wymeersch, *The Insider Trading Prohibition in the EC Member States: A comparative Overview*, in AA.VV., *European Insider Dealing*, Oxford 1991, 11 ss.; K. J. Hopt, *The European Insider Dealing Directive*, in AA.VV., *European Insider Dealing*, Oxford 1991, 133 ss. In generale, quanto all'impatto della direttiva nei vari paesi europei, con particolare riferimento alla Germania cfr. H. J. Schwarze, *The European Insider Dealing Directive and its Impact on the Member States, Particularly Germany*, in AA.VV., *European Insider Dealing*, Oxford 1991, 151 ss.

⁹¹ *Ex multis* C.G.U.E., 20.9.2001, C-184/99, *Grzelczyk*, § 50 ove si afferma che «l'interpretazione di una norma di diritto comunitario fornita dalla Corte si limita a chiarire e precisare il significato e la portata della norma stessa, quale avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore».

In dottrina per un approfondimento si veda M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011, 92 ss. ove l'Autore, soffermandosi sulla vincolatività delle pronunce, sia della Corte di giustizia che della Corte Edu, rileva che l'interprete è vincolato da tali interpretazioni, che assumono il carattere di “norma”, facendo sì che suddette Corti fungano nel nostro sistema da “giurisprudenza-fonte”.

⁹² C.G.U.E. 28.6.2021, C-19/11, *Markus Geltl c. Daimler AG*. Per un commento sulla sentenza vedasi S. Lombardo, *Acquisto di partecipazione di controllo, fattispecie a formazione progressiva, informazione privilegiata e insider secondario*, in *LS* 2016, 706 ss.; H. Kraus – M. Brellocks, *Insider trading and the disclosure of inside information after Geltl v Daimler—A comparative analysis of the ECJ decision in the Geltl v Daimler case with a view to the future European Market Abuse Regulation*, in *CMLJ* 2013, Vol. 8, n. 3, 283 ss.

dell'art. 1 della direttiva n. 124 del 2003, sono condizioni minime, ciascuna delle quali deve essere soddisfatta indipendentemente una dall'altra. Infatti, non vi è alcuna consequenzialità logica nel ritenere che se un evento ha, probabilmente, un elevato impatto sui prezzi abbia anche più probabilità di verificarsi e viceversa. La Corte ha però osservato che, essendo i due requisiti particolarmente interconnessi, nei casi in cui l'idoneità ad influire sui prezzi sia particolarmente elevata, risulterà sufficiente che la verifica della circostanza non sia improbabile.

Nello specifico bisogna quindi operare un bilanciamento tra due fattori: la probabilità che l'evento si verifichi e l'impatto che avrebbe alla luce delle attività totali della società⁹³.

Tale approdo sembra assolutamente conforme a quello della giurisprudenza americana sul punto, teorizzatrice del c.d. *probability magnitude test*, ove questo è per l'appunto usato, non per valutare la precisione di un'informazione, ma la sua rilevanza (*materiality*). Tale test, come visto, enunciato per la prima volta dal *Second Circuit* in *Sec Texas Gulf v. Sulphur* e poi riaffermato nella celebre sentenza *Basic Inc. v. Levinson*, è utilizzato per comprendere quando un'informazione è *material* (cfr. § 3.1.). L'uso del *test* suddetto da parte della Corte di Giustizia per verificare se un'informazione può dirsi privilegiata, mette in luce come, seppur il termine *material* non sia stato utilizzato nella tipizzazione degli illeciti eurounitari, il suo significato sia stato opportunamente trasposto in locuzioni più ampie che ne descrivono gli effetti (ci si riferisce alla *price sensitivity*).

La pronuncia *Geltl*, che ha affermato la rilevanza anche delle tappe intermedie dei processi prolungati, qualora tali tappe abbiano le caratteristiche di precisione e *price sensitivity*, è stata poi cristallizzata nella nuova definizione di informazione privilegiata, contenuta nel Regolamento c.d. MAR all'art. 7⁹⁴.

Quanto alla disciplina degli abusi di mercato in Italia, con particolare attenzione alla definizione di informazione privilegiata, prima della riforma del 2018 (ad opera del d.lgs. 11.8.2018 n. 107), questa era interamente ricalcata su quella eurounitaria e disciplinata all'art 181 TuIntFin, (che conteneva una definizione "a cascata"). Ai sensi dell'art. 181 TuIntFin l'informazione era considerata privilegiata quando aveva carattere preciso, non era stata resa pubblica⁹⁵, concerneva direttamente o indirettamente uno o più strumenti finanziari, e che se fosse stata resa pubblica avrebbe potuto influire sul prezzo degli stessi.

⁹³ J.K. Strader – S.D. Jordan, *op. cit.*, 248 ss. Sul tema si permetta un rinvio a D. Federici, *Il mendacio bancario*, cit., 4059 ss.

⁹⁴ In questo senso v. R. Veil, *Insider Dealing*, in AA.VV., *European Capital Markets Law*, a cura di R. Veil, Londra 2022, §14.19 ss. In generale sull'art. 7 MAR cfr. C. Gerner – Beuerle, sub *Art. 7 MAR*, in *European Financial Services Law. Article-by-Article Commentary*, a cura di M. Lehmann – C. Kumpan, Oxford 2019, 675 ss. Le tappe intermedie sono considerate informazione privilegiata quando rispettano, di per sé, i criteri fissati dal regolamento (l'inciso "di per sé" non originariamente presente nel testo del Regolamento è stato poi inserito con la rettifica pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 21.10.2016). Quanto al recepimento della direttiva e/o l'adattamento al Regolamento nei vari paesi europei si veda R. Panasar – P. Boeckman, *European Securities Law*, Oxford 2021 come segue: per il Belgio, ove la normativa nazionale si è adeguata per mezzo del *Financial Supervision Statute*, la definizione di *inside information* contenuta in quest'ultimo è identica a quella dell'art. 7 MAR (674 ss.); in Danimarca, esiste un obbligo di *disclosure* simile all'art. 17 MAR (705); per quanto riguarda la Finlandia il reato di abuso di informazioni privilegiate (e di non *disclosure*) è contenuto nel loro codice penale (743 ss.); per la Francia e la Germania, in generale sulla *disclosure* e il controllo delle *inside information*, cfr. 788 ss. e 837 ss.; in Lussemburgo a regolare l'informazione continua al mercato è la *Transparency Law* (947 ss.); per il Portogallo 1011 ss.; per la Spagna 1048 ss.; per la Svezia, per identificare un *inside information* deve aversi riguardo al MAR e alle *Nasdaq Stockholm MAR Guidelines* (1094 ss.).

⁹⁵ Ai fini di verificare se una notizia è pubblica si deve operare un collegamento con la disciplina di cui all'art. 114 TuIntFin. Nello specifico, la notizia dovrebbe considerarsi pubblica quando la sua diffusione è avvenuta seguendo la regolamentazione secondaria Consob emanata in attuazione dell'art. 114 TuIntFin. Sul punto v. M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 386; F. Sgubbi, *Le disposizioni generali*, in *Diritto penale del mercato finanziario. Abuso di informazioni privilegiate, manipolazione del mercato, ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob, falso in prospetto. Lezioni*, a cura di F. Sgubbi-A. Tripodi-D. Fondaroli, Padova 2013, 15 ss.

Al comma 3 si definiva poi il concetto di precisione⁹⁶. Al comma 4 si esplicitava uno dei requisiti fondamentali dell'informazione privilegiata: la *price sensitivity*⁹⁷. Per informazione *price sensitive* si intende quell'informazione che presumibilmente un investitore ragionevole (*reasonable man*) utilizzerebbe per fondare le proprie ragioni di investimento.

In seguito, il d.lgs. 107/2018 ha abrogato l'art. 181 e ha contestualmente inserito la definizione di informazione privilegiata all'art. 180 lett. b-ter TuIntFin operando un rinvio diretto all'art. 7 MAR⁹⁸. La nuova definizione si presenta pressoché identica a quella precedente, ad eccezione di alcune precisazioni che non rilevano ai fini della presente indagine⁹⁹.

Stante la conformità tra la definizione eurounitaria e quella italiana, possono dirsi valide le stesse considerazioni già svolte poc'anzi circa la forte influenza – seppur non terminologica – della disciplina statunitense nel settore degli abusi di mercato.

Sembrirebbe, quindi, che nei *market abuse* il concetto di *material* vada letto nella sua accezione “comune”, come “*rilevante*”, avente la funzione primaria di richiamare l'interprete rispetto alla necessaria offensività in concreto delle condotte. Invero, la fattispecie di cui all'art. 184 TuIntFin è integrata dalla definizione normativa di informazione privilegiata che, come visto, contiene al suo interno una locuzione richiamante la *materiality/rilevanza*. Tale integrazione consente quindi di selezionare già sul piano astratto le informazioni potenzialmente pericolose del bene giuridico tutelato, ma introduce, al tempo stesso, la necessità che le condotte sussunte nella fattispecie astratta si presentino concretamente offensive, dovendo il giudice verificare se queste sono in grado di influenzare i prezzi di mercato e soprattutto se un investitore ragionevole le avrebbe probabilmente utilizzate per fondare le proprie ragioni di investimento.

Infatti, il reato di abuso di informazioni privilegiate ex art. 184 TuIntFin presenta la struttura del reato di mera condotta e di pericolo astratto¹⁰⁰. Come noto, però, il principio di offensività opera su due piani: in astratto, è consentito al legislatore creare incriminazioni di pericolo presunto purché la valutazione legislativa non sia irrazionale; in concreto, spetta all'interprete selezionare solo le condotte realmente offensive del bene giuridico tutelato¹⁰¹.

Quindi, in concreto, l'individuazione dell'informazione come “*rilevante*”, rispetto ad un investitore modello, consente di selezionare le condotte concretamente offensive del bene tutelato dalla norma

⁹⁶ Un'informazione è “precisa” se: a) si riferisce ad un complesso di circostanze esistente o che si possa ragionevolmente prevedere che verrà ad esistenza o ad un evento verificatosi o che si possa ragionevolmente prevedere che si verificherà; b) è sufficientemente specifica da consentire di trarre conclusioni sul possibile effetto del complesso di circostanze o dell'evento di cui alla lettera a) sui prezzi degli strumenti finanziari.

⁹⁷ Cfr. sul tema V. Napoleoni, *L'insider trading*, in *La disciplina penale dell'economia. Società, fallimento, finanza*, a cura di C. Santoriello – V. Napoleoni – V.S. Desistito, Torino 2008, 685 ss. Per l'accertamento della *price sensitivity* nella manipolazione del mercato si veda ampiamente M. Poggi d'Angelo, *L'accertamento del “pericolo concreto” nel delitto di manipolazione del mercato*, in *CP* 2017, 290 ss. e nella giurisprudenza la recente sentenza sul caso “Juventus” Cass. 6.6.2023, n. 43638, *CEDCass*, m. 285306-02.

⁹⁸ Per una più ampia ricostruzione si permetta il rinvio a D. Federici, “*Le parole fraintese*”: *la rilevanza delle tappe intermedie dei processi prolungati quali informazione privilegiata*, in *CP* 2021, 336 ss.

⁹⁹ Si prevede l'aggiunta esplicita della rilevanza delle tappe intermedie dei processi prolungati e delle informazioni relative a quote d'emissione o ai prodotti oggetto d'asta e correlati e l'ipotesi della trasmissione dell'informazione dal cliente alla persona incaricata dell'esecuzione di ordini relativi a strumenti finanziari. Sul punto cfr. M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 382; F. Annunziata, *Riflessi organizzativi della rinnovata disciplina di market abuse*, in *LS* 2016, 172. Cfr. in senso difforme E. Basile, *L'insider trading riformato ... ma non troppo: criticità e prospettive all'indomani del d.lgs. n. 107 del 2018*, in *LS* 2019, 573.

¹⁰⁰ S. Seminara, *Diritto penale commerciale, Il diritto penale del mercato mobiliare*, Torino 2022, 74 ss., M.A. Bartolucci, *Ultime notizie dall'insider trading e dal doppio binario punitivo dell'abuso di informazioni privilegiate nello specchio del ne bis in idem “europoeo”*, in *LS* 2022, 231, A. Parialò, *La tutela penale dell'informazione finanziaria fondamento e limiti dell'incriminazione degli abusi di mercato*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 27.6.2017, 20 ss.; in giurisprudenza v. Cass. 15.4.2019 n. 39999, in *CEDCass.*, n. 276963-01.

¹⁰¹ Cfr. C. cost. 7.6.2019 n. 141. In dottrina sul principio di offensività si vedano, tra i tanti, V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 245 ss.; D. Pulitanò, *op. cit.*, 665 ss.; G. Fornasari, *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?*, in *RIDPP* 2018, 1514 ss.

incriminatrice, ovverosia la trasparenza e il buon andamento del mercato finanziario. Solo le informazioni che siano *rilevanti/price sensitive/material* sono concretamente idonee ad alterare l'efficienza e la trasparenza del mercato.

In merito all'offensività, si tenga conto come la riforma “Cartabia” (d.lgs. 10.11.2022 n. 150) nel modificare l'art. 131-*bis* co. 3 Cp ha specificato come l'offesa non può mai considerarsi tenue quando si procede per uno dei due reati di *market abuse* (sia 184 TuIntFin sia 185 TuIntFin). A seguito della riforma, il reato di abuso di informazioni privilegiate (ora rubricato “Abuso o comunicazione illecita di informazioni privilegiate. Raccomandazione o induzione di altri alla commissione di abuso di informazioni privilegiate”), nonostante nel 2021 abbia visto innalzare la sua pena nel minimo da uno a due anni¹⁰², rientrerebbe astrattamente nei reati aventi una pena che consente l'applicabilità dell'art. 131-*bis* Cp.

Il legislatore a seguito di tale rimodulazione è stato costretto a dover escludere esplicitamente l'applicabilità dell'istituto a tali reati (e ad altri tassativamente indicati), mirando, come si legge nella relazione illustrativa, a bilanciare l'ampliamento dell'applicabilità della causa di non punibilità a figure di reato considerate di particolare gravità o allarme sociale (ad esempio i reati che hanno una forbice edittale molto ampia)¹⁰³.

Tale affermazione del legislatore, in merito alla impossibilità di considerare il fatto di particolare tenuità in concreto, appare coerente con il “tipo” di incriminazione in esame, che mette in pericolo il mercato comune europeo; va però allora coordinata con l'aggravante prevista dall'art. 184 TuIntFin¹⁰⁴. Infatti, al comma 4 dell'articolo citato è prevista un'aggravante quando il fatto sia di rilevante offensività, rilevanza che ora dovrà a maggior ragione essere parametrata su un'asserita offensività astratta della fattispecie già ritenuta particolarmente grave.

Tali brevi osservazioni sull'offensività del fatto mettono in luce che, porre l'accento sulla *materiality* dell'informazione usata, significa richiedere che la condotta sia in concreto offensiva del bene giuridico protetto (la non asimmetria dell'informazione).

A tal proposito, il contributo di maggior interesse ricavabile dall'esperienza statunitense è quello della delineazione del c.d. investitore ragionevole, che aiuta a selezionare le condotte penalmente rilevanti ed offensive del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice.

3.3.1. Avendo delineato il ruolo del concetto di *materiality* nel delitto di “Abuso o comunicazione illecita di informazioni privilegiate. Raccomandazione o induzione di altri alla commissione di abuso di informazioni privilegiate” come espressivo della necessaria offensività delle condotte, si è affermato come la maggior utilità della comparazione in tale settore può essere offerta dal modello di investitore ragionevole delineato negli Stati Uniti d'America.

Abbiamo anche visto come il termine *material* sia stato trasposto solo nella manipolazione del mercato e non anche (almeno letteralmente) nell'abuso di informazioni privilegiate. Si è però rilevato come la nozione di informazione privilegiata è stata descritta in modo tale da essere equivalente all'informazione su cui è inibito il *trading* negli Stati Uniti d'America (ovviamente seppur secondo schemi di incriminazione difforni, essendo quello statunitense di tipo eminentemente frodatario).

¹⁰² Il delitto è stato modificato con l'art. 26 legge 23.12.2021, n. 238 prevedendo una modifica della rubrica, un innalzamento di pena e la criminalizzazione del c.d. *insider* secondario. Per un primo commento alla riforma cfr. G Martiello, *Il “ravvedimento comunitario”*, cit.

¹⁰³ Cfr. Relazione Illustrativa alla riforma Cartabia, 343 ss. In generale sul tema si veda D. Brunelli, *La tenuità del fatto nella riforma “Cartabia”: scenari per l'abolizione del minimi edittali?*, in www.sistemapenale.it 13.1.2022; S. Riccardi, *La nuova disciplina dell'art. 131-bis nel quadro della riforma Cartabia*, in www.lalegislazionepenale.eu (speciale sulla riforma della giustizia penale). Per un commento critico alle nuove “eccezioni” all'applicazione del 131-*bis* Cp, si veda: M. Dova, *La “nuova” particolare tenuità del fatto: luci e ombre*, in *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*, a cura di D. Castronuovo – D. Negri, Napoli 2023, 442 ss.

¹⁰⁴ È noto come l'offensività che esclude la punibilità è una valutazione “in concreto” perché se mancasse l'offensività in astratto il fatto sarebbe atipico. Sul punto, seppur in materia ambientale, si veda M. Poggi d'Angelo, *La procedura estintiva ambientale: l'idea dell'inoffensività/non punibilità in ottica riparatoria e deflattiva*, in *LexAmb* 2022, 45 ss.

Ci si deve ora soffermare brevemente sulla figura dell'investitore modello. Invero, si è cercato di far emergere nella trattazione come l'informazione *material*/privilegiata è quella che è rilevante rispetto al soggetto verso il quale è rivolta, l'“investitore ragionevole”. Si è anche messo in luce che in Europa è stato “tradotto” il *test*, che serve per determinare la *materiality* negli Stati Uniti d'America, direttamente nella disposizione attraverso la formula «che un investitore presumibilmente userebbe». L'indagine rispetto a chi sia l'investitore ragionevole è necessaria perché, essendo la *rilevanza* un concetto di relazione, se cambia il modello di soggetto al quale parametrare la stessa, si modifica l'area del penalmente rilevante.

Bisogna quindi ora fare chiarezza su quali caratteristiche debba possedere l'investitore “modello” procedendo alla ricerca della risposta di tale quesito anche negli altri ordinamenti presi in considerazione in questo lavoro.

Occorre premettere che il momento in cui valutare se l'informazione è sufficientemente specifica da essere presa ragionevolmente in considerazione da un investitore modello è da individuarsi *ex ante*, tenendo in considerazione tutte le informazioni in possesso al soggetto al momento della negoziazione¹⁰⁵.

Invero, ai sensi del 14° considerando del MAR, l'impatto dell'informazione va valutato al momento della negoziazione (*ex ante*), e non *ex post*, alla luce di tutte le attività collegate all'emittente, alla credibilità della fonte e ogni altra variabile di mercato capace di influenzare i prezzi.

Quanto all'ordinamento statunitense, l'investitore modello è stato tipizzato per la prima volta nella pronuncia *Basic Inc. v. Levinson* e poi individuato nella pronuncia *Matrixx Initiatives Inc v. Siracusano*¹⁰⁶ come un soggetto particolarmente qualificato, avuto riguardo alla specifica porzione di mercato rispetto alla quale l'informazione si riferisce¹⁰⁷.

Nella giurisprudenza britannica, nel celebre caso *Hannam v. Financial Conduct Authority*, l'investitore modello è individuato in colui che negozia come se conoscesse tutte le informazioni rilevanti. Tale definizione è stata però criticata dalla dottrina perché non terrebbe debitamente in conto alcuni fattori, ad esempio che l'investitore potrebbe non avere particolare esperienza in quello specifico settore¹⁰⁸. Ai fini della nostra indagine, appare interessante la versione tedesca dei testi europolitani¹⁰⁹ che utilizza nella traduzione del termine “*reasonable*”, la parola “*verständiger*” che significa letteralmente “giudizioso, assennato”¹¹⁰. Tale aggettivo ha come radice il verbo “*verstehen*” che è

¹⁰⁵ Seppur sulle direttive previgenti cfr. C.G.U.E Grande Sezione 5.3.2022, C-302/20, Sig. A c. *Autorité des marchés financiers*, in LS 2022, 114 ss., con nota di S. Lombardo, *Articolo giornalistico su voce di mercato su opa e informazione privilegiata*; C.G. UE 28.6.2021, C-19/11, *Markus Geltl c. Daimler AG*.

¹⁰⁶ 563 U.S. 27 (2001).

¹⁰⁷ Per un approfondimento cfr. W. Wang – M. Steinberg, *op. cit.*, 107 ss. Si veda anche la pronuncia *Dirk v. SEC* 463 U.S. 646, 658 (1983) dove veniva rigettato il c.d. *Mosaich Approach* ovvero uno schema che vietava di comunicare o commerciare su informazioni non pubbliche che da sole non sono *material* ma lo diventano combinate con altre. Infatti, in una precedente pronuncia (*Elkind v. SEC*) la Corte aveva rilevato come un'analista ha capacità maggiori rispetto agli altri e, quindi, sarebbero da considerare *material* non solo le informazioni che lo sono in quanto tali, ma anche quelle che combinate con altre lo diventano. La pronuncia cioè sottintende che l'investitore modello non è quello “ordinario”, ma l'analista esperto. Sul punto cfr. ancora W. Wang – M. Stainberg, *op. cit.*, 136 ss.

¹⁰⁸ cfr. E.J. Swang– J. Virgo, *op. cit.*, 46 ss.

¹⁰⁹ Non ci aiuta a comprendere la tipizzazione dell'abuso di informazioni privilegiate in Germania. La legge sul commercio dei titoli (*Wertpapierhandelsgesetz – WpHG* del 26 luglio 1994, modificata da ultimo dall'art. 10 della legge del 19 dicembre 2022) al §119, contenente le disposizioni penali, si limita a punire chiunque violi il Regolamento n. 596 del 2014 praticando l'abuso di informazioni privilegiate in violazione dell'art. 14. In altre parole, effettua un rinvio diretto al MAR nulla aggiungendo. E al §2 non è contenuta alcuna definizione di informazione privilegiata. Prima era disciplinata al §13 del WpHG. Per un commento generale sul WpHG cfr. AA.VV., *Festschrift 25 Jahre WpHG. Entwicklung und Perspektiven des deutschen und europäischen Wertpapierhandelsrechts*, a cura di L. Klöhn – S. Mock, Berlino 2019, *passim*.

¹¹⁰ Quanto all'investitore modello in Germania si è discusso a lungo sul modello di investitore. Per un approfondimento sul tema si veda uno per tutti L. Klöhn, *Insiderinformation – Entwicklung und Lehren nach 25 Jahren*, in *Festschrift 25 Jahre WpHG. Entwicklung und Perspektiven des deutschen und europäischen Wertpapierhandelsrechts*, a cura di L. Klöhn – S. Mock, Berlino 2019, 547.

traducibile nella sua prima accezione come “*capire, comprendere*” ma può essere usato anche come sinonimo di *beherrschen* ossia “conoscere” o di *können* “sapere”. Alla stessa radice si collega anche il verbo “*verständigen*” (da dove ricaviamo quindi l’aggettivo “*verständig*”, giudizioso) che si traduce come “informare”.

Un’aggettivazione di un verbo che fa cogliere bene il senso: l’investitore giudizioso è quello “informato”.

Chi è quindi l’investitore informato?

Non c’è accordo in Europa sull’individuazione del “tipo” di investitore¹¹¹. L’investitore ragionevole secondo alcuni è inteso come un *retail investor* (privo di conoscenze ed esperienza) e non quindi come un soggetto istituzionale o professionale¹¹²; secondo altri si è affermato che l’investitore ragionevole è invece un individuo dotato di medie competenze nel mercato in cui l’*insider* opera¹¹³. È ovvio che scegliere un modello piuttosto che l’altro comporta conseguenze rispetto al perimetro del penalmente rilevante, perché determinate informazioni saranno *rilevanti (material)* per alcuni investitori e non per altri.

Se si dovesse seguire l’impostazione degli Stati Uniti d’America ove l’investitore modello è selezionato prendendo in considerazione un soggetto particolarmente qualificato, avuto riguardo al settore dove è svolta la negoziazione, si correrebbe il rischio di restringere eccessivamente dell’illecito. L’accertamento, però, al tempo stesso è opportuno che sia fatto in concreto. Anche usando un investitore dotato di medie competenze è preferibile che, in base al tipo di informazione e all’emittente alla quale è riferita, il modello possa essere personalizzato “in astratto”, selezionando un “modello” seppur non particolarmente qualificato comunque sufficientemente “informato” rispetto al settore nel quale sta compravendendo.

4.1. Nei paragrafi precedenti è stato messo in luce come la *materiality*, nella disciplina degli abusi di mercato, richiama l’interprete a porre attenzione sulla concreta offensività delle condotte delittuose. Tale funzione si è notato essere evidente soprattutto nella disciplina europea dell’*insider trading/dealing* ove nella definizione di informazione privilegiata è stato trasposto il concetto in questione attraverso una descrizione dettagliata che ne valorizza proprio la portata offensiva.

Il concetto di *materiality* è stato poi usato e fatto proprio dalla scienza contabile. Invero, oltre ad essere impiegato per la tipizzazione delle fattispecie illecite, il termine *material* o *materiality*, come abbiamo accennato, ha anche un significato “economico”, tanto che è stato adoperato dal legislatore

¹¹¹ Mette in luce la difficoltà di inquadramento dell’investitore ragionevole M. Venturuzzo, *Questioni varie in tema di abusi di mercato*, in *RdSoc.* 2023, 187 ss. Le difficoltà poi sono in aumento anche alla luce dell’uso delle nuove tecnologie come, ad esempio, le tecniche di negoziazione automatizzata (sul punto si veda ampiamente N. Abriani – G. Schneider, *Il diritto societario incontra il diritto dell’informazione. IT, Corporate governance e Corporate Social Responsibility*, in *RdSoc.* 2020, 1326 ss.

¹¹² C. Gerner-Beuerle, *op. cit.*, 687.

¹¹³ Cfr. S. Seminara, *Diritto penale commerciale. Il diritto penale del mercato mobiliare*, cit., 72 ss., secondo il quale poiché la direttiva n. 2004/39/CE distingue la clientela degli intermediari finanziari in controparti qualificate, clienti professionali e clienti *retail*, non vi è dubbio che l’investitore ragionevole vada individuato in quest’ultima categoria. Rileva altresì l’autore come la scelta di un investitore piuttosto che un altro modifica l’ampiezza della nozione di informazione privilegiata, poiché ad esempio per un investitore esperto saranno significative informazioni che non lo sono per un investitore non esperto. Si veda ampiamente altresì F. Sgubbi, *Le disposizioni generali*, cit., 18 ss., ove solleva critiche all’investitore ragionevole. Afferma l’Autore che il criterio del *reasonable man* risulta poco attendibile poiché è dubbio che un investitore sia dotato sempre di razionalità e che scelga orientato esclusivamente dalla razionalità. Osserva inoltre lo stesso come la formula legislativa che usa l’avverbio “presumibilmente” e l’aggettivo “ragionevole” «configuri una dimensione valutativa particolarmente estesa». Si consulti anche S. Seminara, *Informazione finanziaria e diritto penale. (Disclose or abstain? La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie)*, in AA.VV. *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano 2008, 238 ss. Da ultimo, sulla difficoltà di individuare chi sia l’investitore ragionevole, v. E. Amati, *L’abuso di informazioni privilegiate*, in *Diritto penale dell’economia*, a cura di N. Mazzacuva – E. Amati, Alphen aan den Rijn 2020, 356 ss.

eurounitario nella Direttiva VII sul bilancio consolidato (dir. 2013/34/UE) su cui si tornerà nel proseguo.

Prima di analizzare la normativa più recente si cercherà di ritracciare l'uso del termine nella disciplina contabile, sia in Italia che nei paesi anglosassoni.

Un primo uso dello stesso rispetto ai bilanci – e al fatto che questi devono dare una rappresentazione veritiera e corretta – si rinviene nel caso *Central Railway of Venezuela v. Kisch* e una prima definizione nella deliberazione di aggiornamento del *British Companies Act* del 1895, ove si legge che ogni contratto o fatto è *material* se può influenzare il giudizio di un investitore prudente nel determinarsi se sottoscrivere o no azioni offerte nel prospetto di vendita¹¹⁴.

Come si può notare, in principio, anche rispetto alla redazione dei bilanci, il concetto di *material* era legato alla capacità di influenza del dato rispetto ad un investitore “modello”.

Ma proprio per il suo uso “promiscuo” (sia nel diritto che nella scienza contabile), gli aziendalisti hanno cercato di distaccarsi dall'elaborazione giurisprudenziale – soprattutto quella statunitense in tema di *Securities Fraud* – e tentato di fornire una definizione della *materiality* in senso “contabile”, tanto che esiste un'autonoma e puntuale letteratura sul tema¹¹⁵.

Ebbene, secondo un primo orientamento sarebbe stato opportuno “codificare” il concetto così da garantire una applicazione di criteri di redazione del bilancio, per così dire, universali. A tale impostazione si è contrapposta quella di chi riteneva impossibile “oggettivizzare” o “codificare” la *materiality* e che riteneva più consono valutarla caso per caso¹¹⁶. Posizione che sembra poi essere prevalsa nella prassi, considerando che il principio della *materiality* non si configura come oggettivo ma da rapportare all'investitore “modello” di volta in volta individuato¹¹⁷.

Per molto tempo il principio è stato associato all'idea di un errore tollerabile; in pratica è stato fatto funzionare come una soglia, che determina errori considerati significativi e rilevanti per il processo decisionale di un'azionista. Il concetto è stato poi plasmato sulla logica di mercato del capitalista razionale¹¹⁸. Tanto che anche l'*International Standard on Auditing* (ISA) 320 ha redatto una guida pratica per gli operatori del settore per la *materiality*, senza però dare una definizione precisa, ma solo concentrandosi sulla caratteristica principale del dato: quella di essere capace di influenzare le decisioni economiche degli utilizzatori.

Alla luce di quanto affermato finora emerge come il concetto è di tipo relativo e dipende dalla natura e dal contesto dei dati.

Seppur il termine è considerato in modo unanime come “vago”, nel senso di non indicare esplicitamente cosa è rilevante o suggerire chi siano i soggetti rispetto ai quali parametrare la rilevanza, sembra però che possa riferirsi agli *shareholders* (azionisti) come gruppo¹¹⁹. Si segnala che nel Regno Unito, in occasione della *Company Law Review* dei primi anni duemila, si è pensato di muovere non dalla lente degli azionisti ma da quella dei c.d. *stakeholder* (la logica dei portatori di

¹¹⁴ E. G. Chewning – J.L. Higgs, *What does "materiality" really mean?*, in *JCA&F* May/June 2002, 61-71.; S. Maci, *Il giudizio di materiality nel bilancio d'esercizio*, in *GiurComm* 2023, 118 ss.

¹¹⁵ La ricerca sulla *materiality* in questo campo può dividersi in due maggiori aree di studio: da un lato, troviamo gli studi sull'operato e il giudizio dei revisori; dall'altro, quella che analizza le informazioni contenute nel bilancio per ricavare delle soglie di *materiality/rilevanza* implicita. Per una ricostruzione si veda E. G. Chewning – J.L. Higgs, *op. cit.*, 61-71). Un esempio del primo tipo di indagine è quella recentemente condotta da R. Quick – M. Zaman – G. Mandalawattha, *Auditors' application of materiality: insight from UK*, in *AccF* 2023, 24-26.

¹¹⁶ Nel 1975 il FASB (*Financial Accounting Standard Board*) preparò un documento informale di discussione dal titolo *Criteria for Determining Materiality* il cui documento finale che generalmente si pubblica non vide mai la luce. Il Board invero era arrivato alla conclusione che fosse impossibile presentare degli *standard* generali di *materiality* (v. E. G. Chewning – J.L. Higgs, *op. cit.*, 61-71).

¹¹⁷ Per una ricostruzione si veda S. Maci, *op. cit.*, 118 ss.

¹¹⁸ C. Edgley – M. J. Jones – J. Atkins, *The adoption of the materiality concept in a social and environmental reporting assurance: A field study approach*, in *BAccR* 2015, 4 ss.

¹¹⁹ Identifica così gli “agenti modello” C. Edgley – M. J. Jones – J. Atkins, *op. cit.*, 5 ss. Gli stessi evidenziano altresì come gli utilizzatori hanno rispetto ai *managers* una soglia “più bassa” di *materiality* perché sono mossi da motivazioni diverse.

interessi), ma l'idea non ha convinto. E quindi alla fine la *materiality* è rimasta associata alla logica di mercato dell'azionista¹²⁰.

Svolte tali premesse, il concetto di *material/materiality* è stato per l'appunto esplicitato nella direttiva eurounitaria del 2013.

Ci si riferisce cioè al principio della *true and fair view*, di cui all'art. 4 co. 3 Direttiva VII sul bilancio consolidato (dir. 2013/34/UE)¹²¹, riprodotto dal legislatore italiano all'art. 2423 Cc in «rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale, finanziaria ed economica della società e del risultato economico di esercizio».

Nella versione inglese, la direttiva impiega la locuzione *principle of materiality* o l'espressione *material*. In primo luogo, al considerando n. 17, afferma che il principio della *materiality* dovrebbe regolare, nella redazione del bilancio, la rilevazione, la valutazione, la presentazione, l'informativa e il consolidamento nei bilanci.

La locuzione *Principle of materiality* è tradotta in italiano come *principio della rilevanza*¹²², in francese come *principe dell'importance relative*, in tedesco come *Grundsatz der Wesentlichkeit*, in spagnolo come *el principio de importancia relativa*.

La parola *material* è invece tradotta in italiano come *rilevante*, in francese come *significatif*, in tedesco come *Wesentlich*, in spagnolo come *de importancia relativa significativa*.

Tutte le versioni traducono il termine *materiality* come significativo, essenziale o rilevante, ad eccezione dello spagnolo e del francese che usano il sintagma “importanza relativa”.

Il significato di *material* è chiarito poi dall'art. 2 n. 16 della direttiva citata. Esso esplicita che si intende per “*material*”, testualmente: «lo stato dell'informazione quando la sua omissione o errata indicazione potrebbe ragionevolmente influenzare le decisioni prese dagli utilizzatori sulla base del bilancio dell'impresa. La rilevanza [*materiality*] delle singole voci è giudicata nel contesto di altre voci analoghe»¹²³.

La versione francese merita attenzione. Questa traduce il termine *materiality* in due modi diversi: al considerando n. 17 con la locuzione «*importance relative*» e all'art. 2 con quella di «*importance significative*».

Mentre la seconda traduzione appare meno “interessante” in quanto analoga alla versione italiana e tedesca, la prima richiama l'idea di “relazione” tra un dato omesso o falsificato e l'importanza che questo ha per il soggetto verso il quale è rivolta.

Tale interpretazione, seppur suggestiva, probabilmente non è quella corretta. Invero, la traduzione di *relative*, se si analizza il sistema francese, corrisponde al significato italiano di “relativo” nel senso di “parziale”. Infatti, sembrerebbe che si è scelto semplicemente di mantenere la formulazione già usata a partire dal 1999 nel PCG all'art. 121-3. Non esiste una definizione esplicita del principio di *materiality*, ma secondo gli aziendalisti d'oltralpe si può affermare come: a) in applicazione di tale principio tutti gli eventi relativi all'impresa non devono necessariamente tradursi nella contabilità annuale; b) devono figurare solo quelli per i quali l'omissione sarebbe suscettibile d'influenzare la decisione economica o il giudizio fondato sulla contabilità; c) la nozione di soglia specifica di ogni impresa e per ciascuna situazione ne permette l'attuazione¹²⁴. Quindi a ben vedere il concetto di

¹²⁰ C. Edgley – M. J. Jones – J. Atkins, *op. cit.*, 5 ss. Infatti, secondo il *paper* citato, muovendo da tali premesse ha lo scopo di evidenziare come nel settore delle assicurazioni per danni ambientali il livello di *materiality* non può essere valutata con il parametro dell'azionista ma dovrebbe essere fatta con quello dei “portatori di interessi”.

¹²¹ In parte modificata, seppur in punti di non interesse per la presente indagine, da varie direttive (l'ultima versione aggiornata è quella derivante dagli emendamenti apportati con la direttiva 2022/2464).

¹²² Si specifica che seppur è stato tradotto con il termine “principio”, in Italia dalla scienza aziendalistica non è considerato tecnicamente un principio ma una clausola generale. Cfr. sul punto uno per tutti E. Bocchini, *op. cit.*, 47 ss.

¹²³ Nella versione inglese “*means the status of information where its omission or misstatement could reasonably be expected to influence decisions that users make on the basis of the financial statements of the undertaking. The materiality of individual items shall be assessed in the context of other similar items.*”

¹²⁴ B. Caspar – G. Enselme, *Manuel de comptabilité approfondie*, New York 2016-2017, 47 ss.

“relativo” non ha solo a che fare con l’idea di relazione, ma potrebbe invece richiamare il concetto di “parte/parziale” nel senso che non tutti i dati devono essere inclusi nel bilancio¹²⁵.

A conferma di tale interpretazione si può richiamare anche la disciplina aziendalistica-contabile del principio di *rilevanza*. Afferma infatti la dottrina contabile italiana come il principio di *rilevanza* (contenuto all’art. 2423 Cc) prevede che non è necessario rispettare gli obblighi di informazione o valutazione quando l’osservanza degli stessi ha effetti “*irrilevanti*” sulla rappresentazione veritiera e corretta dello stato patrimoniale e economico della società¹²⁶. La *materiality* ex art. 2423 Cc è invero diretta a soddisfare due finalità: da un lato, garantire una maggior chiarezza del bilancio evitando che lo stesso contenga dati non aventi importanza per le decisioni economiche da parte degli utilizzatori; dall’altro lato, ridurre gli oneri in capo ai redattori del bilancio¹²⁷.

Svolte tali premesse, sul significato “tecnico” di *materiality*, si procederà ora a verificare se negli ordinamenti anglosassoni prima, ed italiano poi, il concetto è stato utilizzato nella tipizzazione delle fattispecie che prendono in considerazione il bilancio. Si rivolgerà particolare attenzione all’indagine circa l’interpretazione del termine *material*, suggerendo che questa, al fine di rendere più “accessibile” l’incriminazione, sia ancorata alla disciplina aziendalistica-contabile.

4.2. Prendendo le mosse dall’ordinamento statunitense, la disciplina che tutela la trasparenza dell’informazione societaria, rispetto alla chiarezza ed intellegibilità dei bilanci, è contenuta nel *Sarbanes-Oxley Act* 2002, atto emanato a seguito dei numerosi fallimenti e frodi societarie intervenuti in quegli anni, al fine di regolamentare il monitoraggio delle società di revisione. A tal proposito si è previsto, al Titolo I, la creazione di un nuovo Board di matrice federale, responsabile del monitoraggio dell’operato delle società di revisione che prestano servizio presso società quotate¹²⁸.

Nel Titolo III, rubricato *Corporate Responsibility*, alla *sec. 302*, si prescrive che i *financial report* non devono contenere false dichiarazioni di un *material fact* od omissioni di un *material fact*, che se presenti rendono la dichiarazione, alla luce delle circostanze nelle quali questa è fatta, ingannevole. I *financial statements* e le altre informazioni finanziarie incluse nel *report* devono rappresentare equamente (*fairly*), in tutti gli aspetti fondamentali (letteralmente «*in all material respects*»), le condizioni finanziarie e i risultati delle operazioni della società.

Ed ancora, nel titolo IV rubricato “Migliore informazione finanziaria”, alla *sec. 401* si prevede che si rivelino determinate informazioni in *report* periodici, che devono avere le stesse caratteristiche dei *financial statements*, cioè non contenere informazioni false *material* o omissioni di fatti *material*.

Alla *sec. 303* è previsto che vengano stabilite delle regole per proibire agli apicali delle società di realizzare qualsiasi azione coercitiva, manipolativa, ingannatoria o che possa fraudolentemente influenzare l’*audit* sulle dichiarazioni finanziarie della società, se il soggetto sa o dovrebbe sapere che tale azione, qualora abbia successo, rende le dichiarazioni finanziarie sostanzialmente false (*materially misleading*).

Al titolo VIII è contenuta la disciplina della *Corporate and Criminal Fraud Accountability* anche conosciuta come *Corporate and Criminal Fraud Accountability Act of 2002*¹²⁹.

¹²⁵ A ciò si aggiunge che la tipizzazione del falso in bilancio sembra svincolarsi da tale lessico e non aiutarci nell’interpretazione. Invero, il *Code de Commerce* all’art. L. 242-6, comma 2, punisce i soggetti attivi qualificati apicali che non donano un’immagine fedele (*image fidèle*) del risultato delle operazioni di esercizio, della situazione finanziaria e dei profitti, in modo da dissimulare la vera situazione della società. Il riferimento è all’art. L. 123-14 del *Code de Commerce* che richiede che i conti donino un’immagine fedele del patrimonio, della situazione finanziaria e dei profitti d’impresa. D. Vidal, *Le faux en matière comptable ou financier*, in AA.VV., *Le faux, le dorit & le juste*, Bruxelles 2009, 47; sulle irregolarità contabili si veda anche S. Detraz – R. Salomon, *Précis de droit pénal fiscal*, Parigi 2021, 161 ss.

¹²⁶ E. Bocchini, *op. cit.*, 88.

¹²⁷ G.E. Colombo aggiornato da M.S. Spolidoro, *op. cit.*, 49.

¹²⁸ Per una ricostruzione storica del controllo contabile negli Stati Uniti in chiave comparata con il Regno Unito si veda A. Rowe, *Accounting Reports Today*, Surrey 1980, 164 ss.

¹²⁹ La *sec. 802* prevede le sanzioni penali per l’alterazione dei documenti ed emenda il chap. 73 del Titolo 18 del *United States Code*. La *sec. 906* emendando il chap. 63 del titolo 18 del US Code prevede sanzioni penali per le false certificazioni

Il concetto di *materiality* pur non essendo espressamente utilizzato nella tipizzazione della fattispecie, di fatto ne diviene elemento costitutivo attraverso un meccanismo di integrazione, derivante dalla lettura in combinato disposto delle varie disposizioni. Invero, la sanzione penale è comminata per il mancato rispetto dei criteri indicati nell'*Act* e di conseguenza di mancato rispetto dei requisiti richiesti dalle *Section* menzionate precedentemente. In altre parole, l'illecito penale consiste nell'aver falsificato i report od omesso informazioni in essi, informazioni che per esplicita previsione legislativa sono *material*.

In tale contesto il concetto di *materiality* dovrebbe essere interpretato in senso "tecnico" perché la fattispecie tipica sembra influenzata dalle tecniche di redazione dei bilanci. Infatti, sono penalmente rilevanti solo le condotte violative delle norme sulla compilazione dei *report* ed ancorate cioè a cosa l'*audit* considera *material*.

4.3. Dopo aver brevemente analizzato la normativa statunitense in materia di redazione dei bilanci e osservato come la sanzione penale è comminata per il mancato rispetto dei criteri legalmente fissati, l'indagine si concentrerà sull'ordinamento del Regno Unito, al fine di verificare se nei reati di false comunicazioni sociali il concetto di *materiality* viene utilizzato come "tecnico".

Il reato di *False Accounting* è disciplinato dalla *sec. 17 del Theft Act 1968*¹³⁰ e prevede la punizione per l'esibizione o l'uso di un documento contabile falso *in a material particular*. Invero, la *sec. 17 del Theft Act del 1968* sanziona il soggetto che, *dishonestly*, con l'intento di causare un danno al terzo: a) distrugge, scarabocchia, deturpa, nasconde o falsifica il bilancio o ogni altra contabilità, o documenti formati per fini contabili (*made or required for any accounting purpose*)¹³¹; b) nel fornire informazioni per qualsiasi motivo produce o crea della contabilità, o ogni altro documento contabile, la quale conoscenza è, o potrebbe essere, *misleading, false o deceptive in a material particular*. L'azione deve essere disonesta, con la prospettiva di ottenere un guadagno a danno di altri. È richiesta altresì la conoscenza che il documento sia o potrebbe essere fuorviante, falso o decettivo in modo particolarmente rilevante¹³².

Riguardo alla condotta di falsificazione è opportuno fare alcune precisazioni. Nella *sec. 17(1)(a)* il reato è commesso falsificando; mentre ai sensi della *sec. 17(1)(b)* usando la falsificazione.

Quanto a tale seconda azione, si richiede che il soggetto agente abbia la conoscenza, o possa avere la conoscenza, che il documento è *false or misleading in a material particular*. Sembrerebbe allora, da una prima lettura del testo, che il requisito della *materiality* non sia richiesto per concretizzare il reato di cui alla lettera a). Quindi che la *rilevanza* sia un espresso requisito solo per l'uso, ma non anche per la falsificazione.

In realtà, la norma viene completata da una definizione alla *sec. 17(2)*, che definisce in modo non esaustivo il concetto di *falsification*¹³³. Dalla lettura in combinato disposto delle due disposizioni emerge quale elemento di fattispecie il requisito della *materiality*. Infatti, è considerata "falsificazione" la condotta di chi, in un bilancio o in documento, inserisce un dato falso o decettivo

nei *report*.

¹³⁰ Tale disciplina ha sostituito le *sec. 82 e 83 del Larceny Act 1961* e il *Falsification of Accounts Act 1875*.

¹³¹ La locuzione è ambigua e oggetto di discussioni in dottrina e giurisprudenza. Evidenzia la dottrina come se il documento è fatto (*made*) per uno scopo contabile dipende dall'intento del creatore e lo stesso di può dire se è richiesto (*required*) per tale scopo (cfr. in questo senso e per una ricostruzione anche giurisprudenziale J. Fisher – HHJ A. Milne – J. Bewsy – A. Herd, *op. cit.*, 235 e ss.).

¹³² Cfr. J. Smith, *The Law of Theft*, London 1968, 91 ss.

¹³³ La definizione di *falsification* da alcuni Autori è stata definita "confusionaria", perché secondo falso significherebbe semplicemente non vero. Inoltre, *deceptive*, segnatamente l'intento ingannatorio, non aggiungerebbe nulla alla definizione poiché, assumendo che *misleading* significhi "far credere per vero ciò che è falso", non può esistere un dato o un documento *deceptive* senza che sia allo stesso tempo *false* o *misleading*. In questo senso v. J. Fisher – HHJ A. Milne – J. Bewsy – A. Herd, *op. cit.*, 264 ss.

in a material particular o omette o concorre ad omettere un dato *material particular* da un bilancio o da un altro documento¹³⁴.

Si deve notare come tale definizione oltre ad introdurre la necessaria rilevanza del falso, equipara l'omissione alla falsificazione. Nell'ultima parte della disposizione, infatti, statuisce chiaramente che omettere un elemento *material* equivale a falsificare il documento¹³⁵. L'omissione sarà rilevante se produce l'effetto di "alterare" il documento, nel senso che a causa della mancanza di quel dato, l'atto è capace di ingannare in modo significativo. Quando un'omissione è *material* o meno dipende dal documento e dal contesto specifico¹³⁶.

Per comprendere quando un bilancio può essere ingannevole è opportuno fare richiamo al principio secondo il quale le società devono presentare una "*true and fair view*" della situazione aziendale. Tale requisito, per parte della dottrina, però è particolarmente impreciso, soprattutto per il problema delle valutazioni. Ad esempio, si è sviluppato nel tempo un annoso dibattito su quali pratiche siano ammesse o meno: come il caso del c.d. *window-dressing*, consistente nell'accedere a dei finanziamenti poco prima della chiusura di bilancio, che crea impressione di liquidità. Alcuni la ritengono una pratica lecita perché sostengono che il bilancio non raffiguri la vita della società ma solo la situazione della stessa ad una particolare data. Altri, per comprendere se sia lecita o meno, pongono l'accento sul requisito del *dishonestly*, focalizzandosi esclusivamente sullo scopo. Tale, tuttavia, è un approccio sconsigliabile e criticato da parte della dottrina perché trasla il problema dall'*actus reus* alla *mens rea*¹³⁷.

Invece, il problema posto è comprendere se la pratica presa ad esempio del *window-dressing* rientri oggettivamente nella fattispecie descritta dalla *sec. 17(1)(a)*. In tale caso, per parte della dottrina sembra che sia sufficiente che il bilancio causi al lettore l'impressione di qualcosa che non sia vero. Nel nostro esempio, la pratica suddetta sembrerebbe causare un effetto distorsivo nella visione del lettore.

Infine, la dottrina inglese si è interrogata se il soggetto agente dovesse avere o meno consapevolezza della *materiality*. In proposito, in *Bowie and McVicar*, HH Judge Atherthon ha statuito che è necessario stabilire e provare anche questo ulteriore elemento (*materiality*) della *mens rea*. In realtà, in molti casi il problema si risolve facendo leva sulla necessità che il soggetto agisca *dishonestly*, poiché difficilmente chi agisce in tal modo non conosce la rilevanza del dato falsificato od omesso¹³⁸. Il reato di *False Accounting* va letto poi in combinato disposto con altre due fattispecie, di cui una è *False statements by Company Directors etc* prevista dalla *sec. 19*¹³⁹, l'altra è quella che prevede l'illecito di *False Reporting* contenuto nel *Companies Act 2006*.

¹³⁴ Nel testo originale «*For purposes of this section a person who makes or concurs in making in an account or other document an entry which is or may be misleading, false or deceptive in a material particular, or who omits or concurs in omitting a material particular from an account or other document, is to be treated as falsifying the account or document*».

¹³⁵ La dottrina ritiene che tale "significato esteso" del concetto di falsificare sia valevole solo per la *sec. 17(1)(a)* e non per la *sec 17(1)(b)* poiché il testo utilizza la parola omettere senza menzionare l'uso. In altre parole, poiché la *Section 17(1)(b)* punisce solo l'uso del documento e non la falsificazione, non risulta naturalisticamente possibile equiparare il significato esteso di falsificazione dell'omissione all'uso. Sul punto si veda: D. Ormerod – D.H. Williams, *Smith's Law of Theft*, Oxford 2007, 187 ss.

¹³⁶ Si veda ad esempio il caso *Lancaster*, per un approfondimento sul caso J. Fisher – HHJ A. Milne – J. Bewsy – A. Herd, *op. cit.*, 267.

¹³⁷ Tale approccio potrebbe però essere un diretto discendente dell'elaborazione della *materiality* nel generale *Tort of deceit* (illecito di inganno generico). Invero, è stato affermato come, nei reati ove la condotta produce una falsa rappresentazione della realtà, quando sussiste un'intenzione di ingannare non c'è la richiesta del requisito indipendente della *materiality* (per la giurisprudenza sul punto si veda quella citata in nota n. 144, P. MacDonald Eggers, *Deceit. The lie of the law*, Londra 2009, 88 ss.). Come si può osservare l'intenzione dell'inganno "assorbe" il requisito oggettivo della rilevanza. La posizione è però criticata dall'Autore, il quale evidenzia come lo scopo della *materiality* è quello di assicurare che oggettivamente la rappresentazione sia stata falsata secondo il parametro di una persona ragionevole.

¹³⁸ D. Ormerod – D.H. Williams, *op. cit.*, 193 ss.

¹³⁹ Tale articolo ha sostituito la *sec. 84 del Larceny Act 1891*.

Il primo reato punisce chiunque facente parte di una persona giuridica (quindi anche di una società) che, con l'intento di ingannare i membri o i creditori riguardo gli affari, pubblici o concorra a pubblicare affermazioni scritte o conti che sa essere o poter essere *misleading, false or deceptive in a material particular*¹⁴⁰.

Il secondo illecito si inserisce nella più ampia disciplina della redazione dei bilanci e dei *report* da parte delle società, che devono essere redatti annualmente. La contabilità è quindi sottoposta a controllo ed un revisore può richiedere spiegazioni in merito agli stessi in qualunque momento e a chiunque faccia parte della società¹⁴¹. Ai sensi della *sec. 501(1)* chiunque, anche *recklessly* (con colpa), fa una dichiarazione sia scritta che orale ad un revisore, che trasmetta o pretenda di trasmettere informazioni o spiegazioni richieste dal revisore stesso, o indirizzate a lui, e che sono *misleading, false or deceptive in a material particular*, commette un illecito penale. Se il *report* è approvato e le dichiarazioni risultano false, l'amministratore (*director*) commette un reato ai sensi della *sec. 418(5)*. Per quanto attiene in generale alla contabilità ai sensi della *sec. 386(2)* le società sono obbligate a tenerla. In particolare, devono essere in grado di dimostrare e spiegare le transazioni dell'azienda ed al tempo stesso la situazione finanziaria, assicurandosi che i *report* rispettino tutti i requisiti di legge. Se ciò non avviene, la società (e quindi non il singolo individuo) commette un reato ai sensi della *sec. 387(1)*¹⁴².

Come si può notare, anche nel sistema britannico, il concetto di *material* andrebbe legato alle tecniche di redazione dei bilanci e assumere un significato non solo di "offensività" ma soprattutto di selezionare sul piano della tipicità solo le falsificazioni che la scienza contabile ritiene *rilevanti*. Infatti, è la stessa dottrina che, come visto, richiama il principio contabile del *true and fair view*.

Tale soluzione interpretativa consentirebbe di non sovrapporre gli elementi di fattispecie (oggettivi e soggettivi) e di rendere più chiaro cosa è vietato e cosa è consentito.

Ciò permetterebbe anche di attenuare la confusione generata dall'interpretazione della locuzione «fatto o richiesto allo scopo contabile» nell'illecito di *false accounting*. Infatti, sono rilevanti le condotte di falsificazione non solo dei documenti contabili in senso stretto ma anche di quelli connessi con tale scopo. Ad esempio, nel caso *R. v. Mallet*¹⁴³, il reato è stato considerato integrato dalla condotta del soggetto che aveva falsamente dichiarato in un contratto di vendita a rate di aver ricoperto il ruolo di amministratore di una società per otto anni. Secondo la Corte non è importante che la falsità cada su un dato contabile purché sia il documento nel suo complesso ad avere tale scopo. La dottrina ha fortemente criticato tale approdo poiché la *ratio* dell'intera *Section* è di preservare l'integrità dei processi contabili¹⁴⁴. Se si accogliesse l'uso del concetto di *material* nel suo significato tecnico, sarebbe più difficile considerare penalmente rilevante le condotte che non cadono su un dato contabile e l'"accessibilità" della disposizione sarebbe maggiore per i consociati.

4.4. L'indagine riguardo l'opportunità di una interpretazione in senso "tecnico" del concetto di *materiality* vuole dimostrare come ciò consente alle incriminazioni di essere "accessibili", delimitando la fattispecie tipica in modo più preciso. Nella tipizzazione del falso in bilancio nell'ordinamento italiano, anche se il legislatore probabilmente non ha esplicitamente inteso richiamare il concetto tecnico, il tecnicismo è comunque emerso grazie alla giurisprudenza e al legame indissolubile di tale figura con il diritto civile. L'indagine circa il possibile significato da

¹⁴⁰ D. Ormerod – D.H. Williams, *op. cit.*, 194 ss.

¹⁴¹ La disciplina è contenuta alla *sec. 499(1)(b)* dell'*Act*.

¹⁴² Il soggetto agente ha però a disposizione una *defence* che consiste nel dimostrare che ha agito onestamente e che l'errore è scusabile. Per un approfondimento in generale sul *False reporting* si veda B. Rider – K. Alexander – S. Bazley – J. Bryant, *op. cit.*, § 6.92 ss.

¹⁴³ *Mallet [1978] 1 W.L.R. 820*, confermata anche dall'*Attorney General's Reference (No. 1 of 1980)*.

¹⁴⁴ In questo senso J. Fisher – HHJ A. Milne – J. Bewsey – A. Herd, *op.cit.*, 240 ss.; E. Griew, *The Theft Acts*, Mytholmroyd 1995, 201.

attribuire al vocabolo in esame si soffermerà solo sul più rilevante tra i possibili documenti oggetto della condotta delittuosa: il bilancio.

Si deve premettere, per meglio inquadrare la questione, una breve ricostruzione storica delle false comunicazioni sociali.

Come noto, l'antecedente storico dei reati societari è rinvenibile nel codice di commercio del 1882 ove era presente un capo dedicato alle disposizioni penali tra cui si rintracciavano anche illeciti, quali la falsità in bilanci¹⁴⁵. Nello specifico, l'art. 247 co. 1 Ccomm, puniva, i soggetti apicali delle società, che nelle relazioni o nelle comunicazioni fatte all'assemblea, dichiaravano "scientemente" fatti falsi sulle condizioni della società o "scientemente" nascondevano, in tutto o in parte, fatti riguardanti le condizioni suddette.

Il codice di commercio prevedeva altresì un'ulteriore ipotesi sanzionatoria all'art. 246 Ccomm. Tale illecito, costruito come un reato comune puniva, con le stesse pene della truffa (indicate all'art. 413 Cp 1889), i soggetti che simulavano o asserivano falsamente l'esistenza di sottoscrizioni o di versamenti ad una società per azioni ovvero che, presentandosi quali addetti alle società di persone alle quali invece non appartenevano, o commettendo simulazioni, ottenevano o tentavano di ottenere sottoscrizioni o versamenti¹⁴⁶.

Con la riforma avvenuta nel 1930 (r.d.l. 30.10.1930 n. 1459, convertito con modificazioni dalla l. 4.6.1931 n. 660) si è deciso di unificare i delitti contenuti nel codice di commercio in un'unica disposizione con alcune modifiche, tra cui la diversa collocazione del discusso avverbio «fraudolentemente»¹⁴⁷.

Dopo pochi anni dalla sua entrata in vigore, con l'emanazione del codice civile, per tramite dell'art. 1 n. 1 r.d.l. 16.2.1942 n. 107, l'illecito veniva trasposto nell'art. 2621 Cc con una serie di modifiche: veniva sostituita la locuzione «fatti falsi» con «fatti non rispondenti al vero»; venivano modificati i soggetti attivi passando dai «direttori generali» ai soli «direttori»; veniva eliminato il destinatario delle comunicazioni, qualificando le stesse come «sociali»; infine, veniva ristabilita la clausola di

¹⁴⁵ C. Pedrazzi, *Diritto penale III, scritti di diritto penale dell'economia, problemi generali di diritto penale societario*, Milano 2003, 767 ss. Sul punto cfr. anche V. Napoleoni, *I reati societari*, cit., 19 ss.

¹⁴⁶ Si legge nella relazione ministeriale al Senato come l'intento del legislatore era quella di sottrarre le condotte illecite dal paradigma della truffa. Inoltre, sembra palese come, seppur la matrice storica di tale reato è sicuramente il delitto di truffa, questo presentasse però delle peculiarità, principalmente in quanto a struttura; basti una per tutti l'equiparazione del reato consumato a quello tentato. Si veda sul tema ampiamente V. Napoleoni, *I reati societari*, cit., 23 ss. Cfr. sul punto altresì G.V. Amodini, *Disposizioni penali relative alle società di commercio*, Milano 1907, 48 ss. ove si analizzano anche gli altri criteri differenziali come, ad esempio, la mancanza tra gli elementi costitutivi dell'art. 246 c. comm. dell'ingiusto profitto con l'altrui danno. In generale su tali reati P. Mirto, *Il diritto penale delle società*, Milano 1954, 158 ss.

¹⁴⁷ La disposizione veniva trasposta nella legge di conversione del 4.6.1931 n. 660 senza alcuna modifica, tranne per la diversa collocazione dell'avverbio fraudolentemente. Esso veniva posto prima del verbo «espongono» andandosi quindi a riferire alla sola ipotesi di nascondere in tutto o in parte fatti concernenti le condizioni della società. In merito a tale scelta, nella Relazione della commissione alla Camera dei deputati, si giustificava la modifica del codice di commercio manifestando la volontà legislativa di punire in modo incisivo solo gli atti delittuosi che accompagnati dall'«intendimento malizioso» e che «si concretano in attentato alla buona fede o alla consistenza del patrimonio sociale» (Cfr. P. Mirto, *op. cit.*, 159 il quale cita la Relazione della commissione alla Camera dei deputati in occasione della riforma del 1931.). Si legge ancora nella Relazione citata che è necessario che il giudice accerti se «vi sia l'estremo della frode»; estremo che viene definito come «assolutamente necessario per integrare il reato» di false comunicazioni sociali. Nell'intento del legislatore del trenta l'idea era quella di escludere dall'area della tipicità tutte quelle condotte che si compivano nell'interesse della società, perfino se tali attività potevano danneggiare i singoli soci. Si deve però rilevare come il Ministro proponente la riforma, Alfredo Rocco, chiamato ad esprimere un parere sull'espressione fraudolentemente, affermava che tale avverbio può indicare sia una dimensione oggettiva sia una dimensione soggettiva. Lo stesso riteneva che nella Legge l'avverbio indicasse l'elemento soggettivo del reato, tanto che lo stesso è denominato falso in bilancio e non frode in bilancio (P. Mirto, *op. cit.*, 160). Aggiungeva Rocco che nel delitto citato l'avverbio indicava l'intenzione fraudolenta, il fine specifico, inteso come *consilium fraudis, animus nocendi e animus lucrandi*. Altra modifica rispetto all'art. 247 c. comm. era l'estensione del penalmente rilevante anche alle comunicazioni fatte al pubblico e non più solo ai soci; a ciò si aggiungevano anche le falsità relative alla costituzione della società (v. V. Napoleoni, *I reati societari*, cit., 26). Sul punto si veda anche M. Gambardella, *Il significato e contenuto dell'avverbio fraudolentemente nel reato di false comunicazione sociali (art. 2621 n. 1 c.c.)*, in *CP* 1998, 2529 ss.

salvezza, presente nel codice di commercio, che faceva salve le più gravi sanzioni del codice penale. La disposizione non richiedeva poi che la falsità fosse rilevante o che fosse idonea ad ingannare¹⁴⁸.

La norma incriminatrice non si presentava particolarmente determinata ed a ciò si accompagnava anche una disciplina dei bilanci non dettagliata come quella attuale, seppur molto più corposa di quella contenuta nel codice di commercio (che prevedeva un'unica disposizione).

Solo con il d.lgs. 9.4.1991 n. 127, che ha recepito le direttive comunitarie n. 78/660/CEE (nota come IV direttiva) e n. 83/349/CEE (nota come VII direttiva), si è arricchito il quadro normativo del bilancio¹⁴⁹.

La modifica del diritto contabile non ha però comportato alcuna modifica della fattispecie penale, tanto che la giurisprudenza ha utilizzato in quegli anni (durante Tangentopoli) il delitto di false comunicazioni sociali in modo abbastanza diffuso¹⁵⁰.

La giurisprudenza, seppur di merito, nella nota senza "Romiti e Mattioli", ha esplicitato come non esisteva un criterio per affermare quando un fatto fosse rilevante o meno, tanto che la disposizione penale parlava esplicitamente solo di fatti non veri¹⁵¹.

Alla luce di tanta indeterminatezza, è apparso pregevole lo sforzo della Corte di Cassazione di legare la normativa penalistica a quella civile¹⁵². Nella vicenda processuale sopra citata, la Corte ha affermato come le difformità dal vero nel bilancio possono integrare il reato in quanto presentino il requisito della rilevanza informativa sulle condizioni economiche di questa.

Al fine di valutare la rilevanza del dato omissivo o falsificato, secondo la Corte non è necessario rifarsi all'art. 49 Cp, come fatto inidoneo ad integrare la lesione all'interesse protetto, o al fatto conforme al tipo legale ma privo di necessaria offensività, oppure ancora all'elemento soggettivo del reato con riferimento all'avverbio fraudolentemente, in cui sarebbe insito il requisito della rilevanza del dato viziato.

Invece per valutare la rilevanza del dato omissivo è opportuno utilizzare gli approdi della giurisprudenza civilistica, che afferma come non un qualsiasi errore intacca l'architettura globale di un bilancio. Il richiamo appare necessario anche per ragioni di coerenza del sistema perché, altrimenti, sarebbe irragionevolmente possibile che uno stesso fatto non sia sanzionato dal diritto civile ma sottoposto all'applicazione della sanzione penale¹⁵³.

Nella formulazione ante riforma del 2002 non esisteva però un criterio o una soglia che consentisse di comprendere quando una falsificazione poteva considerarsi rilevante. Per valutare la rilevanza, secondo la giurisprudenza non doveva guardarsi solo all'importo contabile e alla sua incidenza percentuale sui conti, si doveva prendere in considerazione il significato che quell'operazione poteva assumere per ricostruire la rete di rapporti sociali ed economici dell'impresa¹⁵⁴. Infatti, anche cifre piccole in percentuale al valore dello stato patrimoniale dell'impresa possono essere rilevanti se esposte in specifiche voci o poste di bilancio, se quelle voci sono capaci di veicolare informazioni significative¹⁵⁵.

¹⁴⁸ Sul punto cfr. S. Seminara, *Diritto penale commerciale. Volume II. I reati societari*, cit., 33 ss. dove evidenzia come l'ampiezza della disposizione ha reso possibile nel tempo interpretazioni della stessa fin troppo estese.

¹⁴⁹ Per una ricostruzione delle novità cfr. G. Garesio, sub art. 2423 Cc, in *Il codice civile. Commentario. Il bilancio di esercizio*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. Busnelli, Milano 2018, 16 ss.

¹⁵⁰ Per una ricostruzione cfr. F. Giunta, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino 2004, 186 ss.; C. Visconti, *Amministratori di «holding» e «falso in bilancio consolidato»: note a margine della sentenza Romiti*, in *FI* 1998, 657 ss.

¹⁵¹ App. 28.5.1999 Romiti e Mattioli in *IP* 2000, 871 ss. con nota di G. Ciampa, *Tipicità e rilevanza dell'alterazione nel delitto di false comunicazioni sociali*.

¹⁵² Cass. 21.1.1998 n. 1245 Cusani in *RTrimDPenEc* 1998, 913 ss. con nota di A. Svampa, *Il reato di "false comunicazioni sociali": la lettura giurisprudenziale offerta nel caso Enimont*; in *FI* 1998, 517 ss. con nota di F. La Spina, *Questioni in tema di abusi patrimoniali degli amministratori di Società (in occasione della pronuncia definitiva sulle responsabilità penali di Sergio Cusani)*.

¹⁵³ Cass. 21.1.1998 n. 1245 Cusani, cit. che richiama Cass. 23.3.1993 n. 3458; Cass. 18.03.1986 n. 1839.

¹⁵⁴ Cass. 21.1.1998 n. 1245 Cusani, cit.

¹⁵⁵ Cass. 19.10.2000 191/2001 Mattioli ed altri in *CEDCass*, n. 218072-01.

Nonostante gli sforzi interpretativi della giurisprudenza che ha tentato di rendere più determinato il contenuto della fattispecie del falso in bilancio, agganciando il concetto di *rilevanza* alla normativa civile, si è pensato ad una riscrittura del reato, includendo le note soglie percentuali di rilevanza.

Nel 2002, con il d.lgs. n. 61, il falso in bilancio ha subito una delle più criticate modifiche legislative¹⁵⁶. Infatti, l'illecito (diventato addirittura una contravvenzione) di cui all'art. 2621 Cc veniva punito con l'arresto fino a due anni rendendo la sua applicazione praticamente impossibile anche a causa del breve termine prescrizione (*ex art. 157 Cp*)¹⁵⁷.

È però il 2002 l'anno in cui fa ingresso nella tipizzazione della fattispecie il discusso sintagma «fatti materiali» e, come detto, delle soglie di rilevanza penale nel caso in cui la falsità non alteri in modo sensibile la rappresentazione complessiva della società. Ed è proprio il 2002, l'anno in cui negli Stati Uniti d'America viene emanato il *Sarbanes Oxley Act* ove, come visto, si lega il concetto di *material* alle tecniche di redazione dei bilanci. Ma questa comunanza di anno non deve trarre l'interprete in inganno. La ragione dell'inserimento della locuzione «fatti materiali» non è stata quella di richiamare esplicitamente il concetto di *materiality*, ma quella di arginare l'uso indeterminato del reato come avvenuto durante “Tangentopoli”¹⁵⁸. Come si vedrà, il legame con tale termine anglosassone sarà valorizzato solo nella successiva giurisprudenza.

A fronte di una sostanziale depenalizzazione del falso in bilancio, dovuta all'essere stato trasformato in una contravvenzione, di particolare interesse appare la riformulazione del delitto ad opera del legislatore del 2015.

La riformulazione con la l. 27.5.2015 n. 69 ha ridato vita alle false comunicazioni sociali. Questa si accompagna anche alla riforma civilistica del bilancio con il quale l'Italia, con il d.lgs. 13.8.2015 n. 139, in attuazione della direttiva del 2013 citata, ha “modernizzato” il sistema e recepito tutte le sollecitazioni sovranazionali¹⁵⁹.

Attualmente, l'art. 2621 Cc (ed anche l'art. 2622 Cc riferito alle società quotate) è imperniato su due condotte penalmente rilevanti: l'esposizione di fatti non rispondenti al vero o il nascondimento degli stessi. Secondo autorevole dottrina, tale doppia modalità di realizzazione dimostra che il delitto è stato modellato sulla dimensione qualitativa e quantitativa del fenomeno, nel senso che l'informazione deve possedere il doppio carattere della veridicità e della completezza¹⁶⁰.

Sia la dichiarazione mendace che l'omissione devono essere inerenti alla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale quest'ultima appartiene e devono essere idonei a trarre in inganno terzi.

Si sceglie, quindi, da un lato, di mantenere in riferimento alle condotte di falsificazione e nascondimento la locuzione «fatti materiali», dall'altro, di eliminare l'inciso «ancorché oggetto di valutazione». I «fatti materiali» devono però essere *rilevanti*, ad eccezione del delitto di cui all'art. 2622 Cc nella forma commissiva dove la rilevanza sembra presunta dal legislatore a fronte del fatto

¹⁵⁶ S. Seminara, *Diritto penale commerciale. Volume II. I reati societari*, cit., 34; L. Foffani, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, in A. Giarda – S. Seminara (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova 2002, 247.

¹⁵⁷ Per un'analisi del “vecchio” art. 2621 Cc si veda L. Conti, *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna 2004, 61 ss. Sulla riforma del 2002 cfr. M. Donini, *Abolito criminis e nuovo falso in bilancio struttura e offensività delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 cc.) dopo il d.lg. 11 aprile 2022, n. 61*, in *CP* 2002, 1240 ss.; con specifico riguardo alla compatibilità con il diritto comunitario cfr. A. Crespi, *Studi di diritto penale societario*, Milano 2018, 157 ss.

¹⁵⁸ Nella Relazione illustrativa dello Schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario si leggeva invero che una parte della Commissione ha proposto l'inserimento di una precisazione circa la significatività delle informazioni falsificate od omesse così da meglio definire la fattispecie, che però non ha accolto i consensi della maggioranza. Si veda sul punto A. Crespi, *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, in *RSoc.* 2001, 1345 ss.

¹⁵⁹ Per un commento sull'evoluzione della normativa civilistica fino al d.lgs. 18.8.2015 n. 139 si veda E. Bocchini, *op. cit.*, 1 ss.; L. De Angelis, *Elementi di diritto contabile. Disciplina civilistica e principi contabili internazionali*, Milano 2019, 19 ss.; G. Garesio, *op. cit.*, 3 ss.; L. d'Altília, *Il nuovo reato di false comunicazioni sociali. Aspetti di criticità e profili di comparazione*, Napoli 2019, *passim*.

¹⁶⁰ Così V. Manes, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, cit., 3499 ss.

che le condotte insistono su un bilancio, relazione o comunicazione di una società quotata, che di per sé richiede una disciplina più rigorosa. In realtà la *rilevanza* in senso tecnico (come traduzione del concetto di *material*) va recuperata anche in tale fattispecie attraverso il termine “materiali” o comunque in via interpretativa per valutare le condotte sussumibili nella fattispecie astratta.

Si può ritenere quindi che “materiali” e “rilevanti” siano espressione del principio di *materiality*. Il sintagma «fatti materiali rilevanti» va letto come un *unicum*¹⁶¹.

I termini “materiali” e “rilevanti” vanno intesi come concetti tecnici che richiamano la c.d. *materiality* anglosassone, utilizzata, come visto, non solo per la tipizzazione degli illeciti penali ma anche in ambito economico come principio-guida che l’operatore deve seguire nella redazione del bilancio.

La fattispecie presenta un nucleo “civilistico”, nella misura in cui è agganciata alla disciplina dei bilanci, e degli elementi, invece, tipicamente penali (come l’inganno) che parrebbero allontanarla da un diritto penale meramente sanzionatorio di un’inosservanza civilistica.

In questa chiave, il termine “*rilevante*” (e materiale) va inteso come rilevante secondo i criteri di redazione del bilancio nazionali ed internazionali. Se si interpreta in tale modo risulta più semplice anche comprendere quando un fatto sia “falso” o meno. E qui, attuale più che mai, sembra essere la citata pronuncia degli anni 2000 quando ancora non era possibile avere un termine da interpretare tecnicamente.

Invero, ciò che rileva nei delitti di false comunicazioni sociali è il c.d. vero legale, ossia la corrispondenza delle valutazioni ai parametri normativamente fissati o dal codice civile o dal diritto dell’Unione od anche dalle prassi contabili generalmente accettate¹⁶².

Come noto, sul punto sono anche intervenute Sezioni Unite “Passarelli”¹⁶³ che hanno avallato l’orientamento di quella parte di giurisprudenza che riteneva come la nuova formulazione dell’art. 2621 Cc, introdotta dalla l. 69/2015, che ha soppresso l’inciso «ancorché oggetto di valutazioni» con riferimento ai «fatti materiali non rispondenti al vero», non esclude la rilevanza penale della esposizione in bilancio di enunciati valutativi falsi, che violano parametri normativamente determinati o tecnicamente indiscussi¹⁶⁴.

¹⁶¹ Ha precisato la Cassazione che i termini non sono due ripetizioni ma facce della stessa medaglia, così Cass. 12.11.2015 n. 890/16 in *GI* con nota di A. Rossi, *Il falso valutativo quale modalità del falso in bilancio nelle decisioni della Suprema Corte*, in *www.penalecontemporaneo.it* 18.1.2016, con nota di F. Mucciarelli, *Falso in bilancio e valutazioni: la legalità restaurata dalla Cassazione*, in *DPP* 2016, 310 ss. con nota di F. D’Alessandro, *Valutazioni mendaci e false comunicazioni sociali: la Cassazione si ricrede, e fa bene!*, in *CP* 2016, 1417 ss. con nota di M.N. Masullo, *Oltre il dato normativo: la ragionevole punibilità delle false valutazioni*, in *Giuda al diritto* 2016, 82 ss. con nota di A. Lanzi, *Un audace tentativo per rendere punibili le azioni insidiose*, in *IlFisc* 2016, 569 ss. con nota di C. Santoriello, *Rilevanza penale degli enunciati valutativi mendaci nel nuovo reato di falso in bilancio*. In senso contrario si era espressa altra parte della giurisprudenza Cass. 16.6.2015, n. 33774, in *RIDPP* 2015, 1498 ss. con nota di S. Seminara, *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*; in *GI* 2015, 2208 ss., con nota di F. D’Alessandro, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del Giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *GD* 2015, 68 ss. con nota di G. Amato, *Esentate solo le stime che rientrano nei limiti di ogni ragionevolezza*.

¹⁶² In questo senso si veda M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 141 ss.

¹⁶³ Cass. S.U. 31.3.2016 n. 22474, in *RIDPP* 2016, 1479 ss. con nota di A. Alessandri, *Le falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*.

¹⁶⁴ Cass. 12.11.2015 n. 890/2016, cit. Recentemente si è espressa in questo senso anche Cass. 19.6.2023 n. 37264 non massimata; Cass. 14.9.2022 n. 27970/2023 non massimata, Cass. 19.6.2023 n. 36807 in *LS* 2023, 1273 ss. con nota di C. Santoriello, *Il criterio del “vero legale” per giudicare le valutazioni di bilancio. Alcune considerazioni critiche*. In tale ultima sentenza, la Corte afferma in motivazione che le modifiche normative che incidono sulla rivalutazione dei beni d’impresa (ex art. 2426 Cc) non determinano in alcun modo una *abolito criminis*, non solo in quanto, comunque, non permettono una rivalutazione discrezionale ed indiscriminata, ma anche perché, modificando (parzialmente) i soli criteri di redazione del bilancio, non incidono su un elemento rilevante ai fini della descrizione del fatto tipico. Essendo la falsità (del dato valutativo), connessa alla coerenza della valutazione rispetto a criteri predeterminati e vincolanti ed essendo tali criteri funzionali ad assicurare, nell’interesse dei creditori e, in generale, dei terzi che entrano in contatto con l’imprenditore, una rappresentazione veritiera, corretta e trasparente del dato economico, ciò che rileva è la valutazione di congruità operata alla luce dei criteri di valutazione vigenti al momento della consumazione del fatto, non avendo

Anche la dottrina ha rilevato che il riferimento a «materiali» ha il solo scopo di escludere le valutazioni soggettive, le previsioni, i pronostici, le opinioni e non anche le valutazioni di bilancio in senso tecnico¹⁶⁵. Osserva, inoltre, la dottrina economista che, salvo poche eccezioni, quasi tutti i valori di bilancio si formano su fatti e valutazioni che concorrono a formare il valore iscritto. Da ciò consegue che, anche se la normativa fa riferimento a “fatti materiali” e non a giudizi, risultano rilevanti anche le valutazioni in quanto basate su fatti, la cui espressione numerica è frutto di una valutazione¹⁶⁶. Secondo gli economisti aziendali la mancata osservanza dei criteri normativamente fissati, dei principi contabili nazionali *ex artt.* 2423 Cc e seguenti e quelli internazionali IAS/IFRS, costituiscono un’oggettività verificabile secondo il giudizio vero/falso¹⁶⁷. Si aggiunga che seppur il bilancio è regolato anche da cc.dd. clausole generali (come la *materiality/rilevanza*) e dai cc.dd. principi, questi sono, in primo luogo, contenuti in disposizioni di legge e, in secondo luogo, rinviano sempre a giudizi di valore tecnici (elaborati alla luce della scienza aziendale) e pertanto, non esprimono giudizi valoriali o etici¹⁶⁸.

Allora è evidente come più utile appare il concetto di *materiality* quando se ne coglie la sua accezione “economico-contabile”, perché aiuta l’interprete a selezionare già sul piano della tipicità le condotte falsificatorie del bilancio capaci di mettere in pericolo il bene giuridico tutelato: la trasparenza e la correttezza dell’informazione societaria per mezzo dei documenti contabili¹⁶⁹.

Bisogna tener conto, inoltre, che a fronte della possibile vaghezza del concetto in questione, l’Organismo italiano di contabilità ha emanato nel tempo una serie di Principi contabili relativi alla clausola generale di rilevanza che, quindi, orientano il compilatore del bilancio nel comprendere cosa è permesso e cosa è vietato¹⁷⁰. A ciò si aggiunga che, anche qualora non si possa o non si ritenga opportuno seguire i criteri e i principi contabili (c.d. OIC), il redattore ne deve dare atto nella nota integrativa. E più in generale nella nota integrativa si indica il criterio che si ritiene opportuno seguire rendendo quindi verificabile il documento in termini di vero legale.

Le false comunicazioni sociali richiedono poi che la falsificazione o l’omissione di un dato rilevante sia idoneo ad ingannare “altri”.

Dobbiamo quindi rintracciare il soggetto modello su cui parametrare la *rilevanza* poiché essendo un concetto di relazione è necessario rapportarla con gli utilizzatori del dato omesso o falsificato¹⁷¹.

inciso la modifica dell’elemento normativo (peraltro mediata, realizzata attraverso una diversa disciplina dei criteri ai quali ancorare la valutazione di congruità della valutazione) sull’originario disvalore penale del fatto.

¹⁶⁵ Cfr. *ex multis* M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., 137 ss.; R. Catena – M. Fumo, *Le falsità valutative*, Piacenza 2023, 71.

¹⁶⁶ Così P. Gualtieri, *Le nuove false comunicazioni sociali: il punto di vista dell’economista aziendale*, in *DPenCont* 2016, 157 ss.

¹⁶⁷ Cfr. P. Gualtieri, *op. cit.*, 157 ss.

¹⁶⁸ E. Bocchini, *op. cit.*, 47 ss.

¹⁶⁹ In questo senso cfr. S. Seminara, *Diritto penale commerciale. Volume II. I reati societari*, cit., 51 il quale afferma come il pericolo concreto non va parametrato solo sulle modalità del falso ma anche rispetto alla significatività dello scostamento della reale situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società.

¹⁷⁰ Ci si riferisce al Principio OIC n. 19 relativo alla rilevanza dei debiti; Principio OIC n. 15 relativo ai crediti; Principio OIC n. 20 relativo ai titoli di debito; Principio OIC 13 relativo alle rimanenze; Principio OIC n. 16 relativo alle immobilizzazioni materiali.

¹⁷¹ Era ammesso dagli IAS che per giudicare la rilevanza dell’informazione questa dovesse tener conto delle caratteristiche degli utilizzatori della stessa. Invero, l’IAS n. 1, così come modificato dal Regolamento 2238/2004 CE della Commissione, che modifica il regolamento (CE) n. 1725/2003, il quale adotta taluni principi contabili internazionali conformemente al regolamento (CE) n. 1606/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, per quanto riguarda l’IFRS 1, gli IAS da 1 a 10, da 12 a 17, da 19 a 24, da 27 a 38, 40 e 41 e i SIC da 1 a 7, da 11 a 14, da 18 a 27 e da 30 a 33 prevedeva che per “Determinare se un’omissione o un errore relativo a una voce di bilancio possa influenzare le decisioni economiche degli utilizzatori, e quindi essere rilevante, richiede di prendere in considerazione le caratteristiche di tali utilizzatori. Il Quadro sistematico per la preparazione e presentazione del bilancio statuisce nel paragrafo 25 che «si presume che gli utilizzatori abbiano una ragionevole conoscenza dell’attività commerciale, economica e contabile e una disposizione a studiare l’informativa con ragionevole diligenza». Quindi, la valutazione necessita di considerare come si prevede che gli utenti con tali caratteristiche possano essere ragionevolmente influenzati nel prendere decisioni

Parte della dottrina ha evidenziato come, essendo un bilancio un atto tecnico, il suo destinatario debba essere individuato in un soggetto dotato di competenze di lettura di quel tipo di documento¹⁷². Se infatti i soggetti “modello” nei confronti dei quali è necessario indagare la capacità decettiva della falsità o dell’omissione sono da considerarsi l’uomo medio, il rischio è che venga neutralizzato il tecnicismo richiesto dalla norma¹⁷³.

Tale rischio può essere evitato tenendo distinti l’accertamento della rilevanza e quello dell’idoneità ingannatoria.

Il giudizio che concerne la *rilevanza/materiality* dovrebbe essere tecnico, nel senso di ritenere vero o falso un dato secondo un parametro legale aziendalistico-contabile; l’idoneità ingannatoria invece è un concetto interamente appartenente al diritto penale dove l’individuazione degli “altri” può anche non essere specialistica.

Il percorso di sussunzione, così come quello di accertamento giudiziario, andrebbe espletato in due fasi separate: 1) decidere cosa è rilevante secondo quanto stabilito dalla scienza economica-contabile; 2) accertare la capacità decettiva rispetto ai soggetti che entrano “naturalmente” in contatto con la società. Quindi, il soggetto “modello” sul quale parametrare l’idoneità dell’inganno può essere differente (in astratto), in base a dimensioni e tipo di società. Invero, l’idea sottostante alla criminalizzazione di tali condotte è la tutela alla ricezione di informazioni veritiere quando si entra in contatto con la società; e questo vale sia per i soci che per i possibili creditori o terzi interessati¹⁷⁴. Alla luce di quanto detto precedentemente si ribadisce come la *rilevanza/materiality*, come già affermava la Cassazione negli anni ’90, va intesa in senso civile/aziendalistico contabile, non solo perché l’incriminazione è più “accessibile” per il soggetto attivo, ma anche perché altrimenti si potrebbe produrre il paradosso di un fatto irrilevante per il diritto civile e rilevante per il diritto penale¹⁷⁵. Le caratteristiche tipicamente penali, come l’idoneità ingannatoria e il fine specifico, fanno sì che le false comunicazioni sociali non si pongano però quale mero duplicato delle invalidità civili del bilancio¹⁷⁶ o di un diritto penale meramente sanzionatorio, ma ne mettono in luce la sua matrice tipicamente penalistica di falso in scrittura privata.

5. Continuando l’indagine sul concetto di *materiality* e se questo possa assumere significati diversi nelle varie fattispecie a tutela dell’informazione societaria, è utile analizzare un reato presente nella normativa penal-fallimentare che presenta una struttura simile alle false comunicazioni sociali: il falso in attestazioni e relazioni¹⁷⁷.

economiche.” Tale Regolamento è stato implicitamente abrogato dal successivo Regolamento (CE) n. 1126/2008 della Commissione che adotta taluni principi contabili internazionali conformemente al regolamento (CE) n. 1606/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, che riprendeva pedissequamente la definizione. Il paragrafo 12 viene poi eliminato con il Regolamento (UE) n. 475/2012 della Commissione non rendendo quindi più possibile tale affermazione, o comunque rendendola più difficoltosa.

¹⁷² In questo senso si esprime A. Alessandri, *Le incerte novità del falso in bilancio*, in *RIDPP* 2016, 10 ss., che evidenzia come essendo una disciplina legata a quella civilistica sarebbe poco logico che lo strumento penale si prestasse a tutelare la comprensibilità dei dati nei confronti di soggetti non competenti.

¹⁷³ Si esprime in senso contrario S. Seminara, *Diritto penale commerciale. Volume II. I reati societari*, cit., 53 il quale ritiene che questo vada individuato come si fa per la truffa, ovverosia il tipo ideale di destinatario è da individuarsi nel soggetto di media competenza ed intelligenza.

¹⁷⁴ Cass. 28.2.1991 n. 3949, Cultrera, in *CEDCass*, n. 186895 non massimata sul punto.

¹⁷⁵ Cass. 19.10.2000 n. 191/2001 Mattioli ed altri, in *CEDCass*, n. 218072-01.

¹⁷⁶ Le norme sul bilancio sono di tipo imperativo seppur hanno un contenuto tecnico economico-contabile, pertanto, la loro violazione comporta la nullità della delibera di approvazione del bilancio *ex art.* 2379 Cc. In dottrina si veda uno per tutti E. Bocchini, *op. cit.*, 45 ss.

¹⁷⁷ Si prende in considerazione nella LFall le attestazioni eseguite nell’ambito: dei piani di risanamento (art. 67 co. 3 lett. d LFall); del concordato preventivo (artt. 161 co. 3 e 182-*quinquies* LFall); del concordato in continuità aziendale (art. 186-*bis* LFall); dell’accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis* LFall) e degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa (182-*septies* LFall). In merito a tale ultimo caso, prima del 2021 (e del D.L. 24.8.2021 n. 18 convertito con modificazioni in l. 21.10.2021 n. 254) l’art. 182-*septies* LFall disciplinava in realtà gli accordi di ristrutturazione con

Questo, introdotto con l'art. 33 d.l. 22.12.2012 n. 83 (c.d. Decreto Sviluppo) all'art. 236-*bis* LFall, è stato tipizzato in modo assai simile al falso in bilancio.

L'articolo sanziona il professionista attestatore che nelle attestazioni o relazioni previste dalla legge espone informazioni false o omette di riferire informazioni *rilevanti*.

Con la riforma del diritto fallimentare e l'introduzione del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il reato ha subito importanti modifiche e sanziona (ai sensi dell'art. 342 Cci) il professionista che nelle relazioni o attestazioni previste dalla legge espone false informazioni ovvero omette di riferire informazioni *rilevanti* in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati¹⁷⁸.

Senza entrare nel dettaglio delle modifiche e delle criticità sottese alla riformulazione del delitto¹⁷⁹, in questa sede si vuole solo valutare se il concetto di *rilevanza* vada inteso come *materiality* in senso "comune" oppure, come nel falso in bilancio, al fine di rendere "accessibile" la fattispecie, è opportuno che venga inteso in senso "tecnico". E, nel caso in cui si intenda in senso "tecnico", se è lo stesso di quello utilizzato dalla scienza aziendalistica contabile visto poc'anzi.

Preliminarmente si osserva che, seppur la *rilevanza* è riferita letteralmente solo alla condotta omissiva, la dottrina è unanime nel ritenere che questa vada riferita anche a quella attiva, non essendo possibile sanzionare condotte falsificatorie che ricadono su dati irrilevanti, alla luce del principio di offensività¹⁸⁰.

Al tempo stesso, è possibile sostenere che la condotta falsificatoria contenga già in sé un significato decettivo, al contrario della condotta omissiva, che potrebbe essere sostanzialmente neutra e che quindi necessita di tale specificazione.

Volgendo lo sguardo all'ordinamento del Regno Unito e al diritto penale fallimentare troviamo un interessante spunto di riflessione in tal senso. Esistono nell'ambito della c.d. *liquidation*, ossia la procedura assimilabile al nostro fallimento (ora liquidazione giudiziale)¹⁸¹, due illeciti distinti, che

intermediari finanziari e la convenzione moratoria, poi disciplinata, sempre con la riforma 2021, all'art. 182-*octies* LFall non richiamato dall'art. 236-*bis* LFall. Invece, nel Cci si considerano le attestazioni nell'ambito: del concordato preventivo (artt. 87 co. 3, 88 co. 1 e 2, 90 co. 5, 100 co. 1 e 2 Cci); del piano attestato di risanamento (art. 56 co. 4 Cci); dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (artt. 57 co. 4 e 58 co. 1 e 2 Cci); infine, della convenzione in moratoria (art. 62 co. 2 lett. d Cci).

¹⁷⁸ La riforma è entrata in vigore per la parte civilistica il 15.7.2022 e si applicherà solo alle procedure successive a tale data. Per la parte penalistica, ai sensi dell'art. 390 co. 3 Cci continuerà ad applicarsi la disciplina della legge fallimentare a tutti i fatti di reato commessi in relazione alle procedure aperte prima dell'entrata in vigore effettiva della riforma (15.7.2022).

¹⁷⁹ Sul punto si veda M. Gambardella, *Condotte economiche*, cit., 344 ss.; G. Pontepino, *Falso in attestazioni e relazioni: i labili confini della responsabilità penale del professionista attestatore*, in *SistPen* 2020, 29 ss.; in generale si veda S. Bruno – G.M. Caletti, *Il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Diritto penale dell'economia, tomo II*, diretto da A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa, Torino 2019, 2629 ss.; R. Catena – M. Fumo, *op. cit.*, 141 ss.

¹⁸⁰ A. Pantanella, *Il diritto penale della crisi d'impresa alla prova della sindemia: tra modelli di falso e ritorno allo stellionato*, in *CP* 2021, 2244 ss.; S. Bruno – G.M. Caletti, *op. cit.*, 2629 ss.

¹⁸¹ Nel Regno Unito (ed in particolare in Inghilterra e Galles) le procedure che in Italia possiamo definire "concorsuali" sono almeno quattro: *liquidation*, *bankruptcy*, *receivership* e *administration*. Le prime due procedure sono assai simili, con la differenza che la prima si riferisce alla società mentre la seconda alle persone fisiche e sono entrambe disciplinate dall'*Insolvency Act 1986*. La particolarità della *liquidation* è che non presuppone, come in Italia, che la società sia insolvente; è una procedura che si usa per dissolvere le società o addirittura per fare fusioni o in casi straordinari per chiudere una cattiva amministrazione che ha prodotto una lite tra gli azionisti. La *liquidation* può essere "volontaria" (ne esistono due tipi: *members voluntary liquidation* e *creditors voluntary liquidation*) o "coatta", c.d. *compulsory liquidation*, che parte da una *petition* ed ha carattere giudiziale. Il liquidatore in tale secondo caso è un *official receiver* (liquidatore pubblico) ma potrebbe anche essere scelto un soggetto privato. La liquidazione non distrugge la società ma disabilita il controllo dei membri interni sugli affari. La liquidazione termina: o quando il giudice ordina la sospensione della procedura; o con il dissolvimento della società (è possibile anche procedere ad un *earlier dissolution* quando la società non dispone più di alcuna risorsa e non vi sono ulteriori accertamenti da compiere). La *bankruptcy* è invece destinata alle persone fisiche, la differenza con la prima procedura è che mira alla riabilitazione del soggetto. L'*administrative receivership* (letteralmente amministrazione controllata) trova la sua disciplina nella *Schedule B1 Insolvency Act 1986* (inserita dall'*Enterprise Act 2002*). La procedura non è particolarmente disciplinata ed ha la

possono essere commessi dall'*officer* della società, caratterizzati dalla sanzione per falsità od omissione delle informazioni fornite sull'ente. Il primo reato è di tipo omissivo, contemplato alla *sec. 210 dell'Insolvency Act 1986*; il secondo di tipo attivo, previsto alla *sec. 211 dell'Act* citato¹⁸². Solo il primo illecito è caratterizzato dalla presenza, come elemento di fattispecie, della *materiality*, nella misura in cui è punito il soggetto che, in qualsiasi dichiarazione riguardante gli affari della società, omette informazioni *rilevanti*. Il secondo illecito, invece, non richiede tale requisito per la sua concretizzazione, punendo le false rappresentazioni ai creditori¹⁸³. L'elemento della *rilevanza* è però recuperato dall'inserimento nella fattispecie di uno scopo specifico, consistente nell'intento di ottenere il consenso dei creditori ad un accordo in merito alla liquidazione.

Tornando all'ordinamento italiano, al fine di rispondere all'interrogativo iniziale, circa l'interpretazione da dare al concetto di *rilevanza/materiality*, si deve osservare che la tipologia di attestazione presa in considerazione dall'incriminazione, così come riformata dal codice della crisi d'impresa e ricalcante quella presente nella legge fallimentare, è piuttosto ampia¹⁸⁴.

Nonostante la varietà di attestazioni, l'indagine circa il significato da attribuire al concetto di *rilevanza* sembra poter essere comune. Infatti, si tenga conto come il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili ha pubblicato i nuovi "Principi di attestazione dei piani di risanamento" nel 2020, aggiornando quelli del 2014, al fine di disporre linee guida e uno standard di relazione di attestazione che possa indicare modalità operative e costruire modelli virtuosi di comportamento, aventi ad oggetto tutte le attestazioni che il professionista deve svolgere ai sensi di legge¹⁸⁵. I "Principi" seppur redatti facendo riferimento alla disciplina contenuta nella legge fallimentare possono dirsi validi, con gli opportuni adattamenti, anche per il codice della crisi d'impresa.

Tale documento contiene modelli comportamentali condivisi ed accertati riguardanti le attività che l'attestatore deve svolgere, sia per verificare la veridicità dei dati, sia relativamente al giudizio di fattibilità del piano e, quando questo mira alla continuità di impresa, al fatto che la società possa

particolarità di non rispettare la parità tra creditori ma di essere portata avanti a vantaggio di alcuni, motivo per il quale il Governo ha anche pensato di abolirla. Infine, l'*administration* è la procedura con la quale si vuole salvare la società e può essere esperita anche stragiudizialmente. Per un approfondimento si veda A. Keay, *Mc Pherson e Keay. The law of Company Liquidation* Mytholmroyd 2021, 7 ss. Per la definizione di *insolvency v. A. Keay – P. Walton, Insolvency Law. Corporate and Personal*, New York 2020, 17 ss. Si segnala inoltre, che a seguito della Brexit e della pandemia dovuta al Covid-19 è stato emanato anche il *Corporate Insolvency and Governance Act 2020*. Con l'uscita dall'Europa il Regno Unito, come visto anche per gli abusi di mercato, non è più soggetto alla disciplina sovranazionale ad eccezione delle procedure iniziate prima del 31 dicembre 2020 alle quali continua ad applicarsi (in questo senso nella prefazione A.R. Keay, *op.cit.*). Sulla legislazione europea in materia si veda AA.VV., *Commentary on the European Insolvency Regulation*, edita da R. Bork – K. Van Zwieten, Oxford 2022, *passim*.

¹⁸² Per un commento sugli illeciti si rimanda a A. Keay, *Mc Pherson e Keay*, cit., 1141 ss.; L. Doyle – A. Keay – J. Curl, *Doyle, Keay and Curl: Annotated Insolvency Legislation*, New York 2021, 275 ss.; D. Milman – P. Bailey, *Sealy & Milman: Annotated guide to the Insolvency Legislation*, Mytholmroyd 2022, v. 1, 279 ss.

¹⁸³ Secondo L. Doyle – A. Keay – J. Curl, *op. cit.*, 276 ss. l'*offence* può essere commessa in forma omissiva solo se il silenzio, in determinate circostanze, può considerarsi una *misrepresentation*. Per determinare quando ciò si verifica gli Autori rimandano alla disciplina civile in tema di contratti, secondo la quale il silenzio costituisce *misrepresentation* in tre casi: quando distorce una rappresentazione; quando il contratto richiede la c.d. *uberrima fides*; infine, quando esiste una relazione "fiduciaria" tra le parti (sul punto si veda *ex multis* M. Furmston, *Cheshire, Fifoot, & Furmston's Law of Contract*, Oxford 2017, 349 ss.; R. Atkins, *Koffmann, Macdonald, & Atkins' Law of Contract*, Oxford 2022, 283 ss.).

¹⁸⁴ L'art. 342 Cci sanziona la condotta falsificatoria o omissiva del professionista nell'attestazione di una serie di documenti nelle seguenti procedure: concordato preventivo (artt. 87 co. 3, 88 co. 1 e 2, 90 co. 5, 100 co. 1 e 2 Cci); piano attestato di risanamento (art. 56 co. 4 Cci); accordo di ristrutturazione dei debiti (artt. 57 co. 4 e 58 co. 1 e 2 Cci); infine, convenzione in moratoria (art. 62 co. 2 lett. d Cci). La riforma lascia fuori invece le attestazioni dei piani di ristrutturazione soggetti ad omologazione (artt. 64-bis, *ter* e *quater* Cci) Segnala l'inopportunità di tale scelta A. Nigro – D. Vattermoli, *Diritti della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna 2023, 490, il quali sottolineano come tale tipo di "piani" sono una mera variante del concordato preventivo in continuità aziendale.

¹⁸⁵ Documento approvato con delibera del CNDCEC del 16.12.2020 che aggiorna quello approvato il 3.9.2014. Si precisa che i "principi" del 2020 sono integrati anche dai "Principi di redazione di piani di risanamento" approvati dal CNDED nell'ottobre del 2017.

riacquistare l'equilibrio economico-finanziario e patrimoniale¹⁸⁶. L'attestatore dovrà indicare esplicitamente se ha applicato i "Principi", cioè il rispetto integrale di quanto contenuto nel documento suddetto, evidenziando se e quando questi non risultino impiegabili rispetto al caso concreto.

La relazione di attestazione deve contenere un esplicito giudizio in ordine alla veridicità dei dati aziendali e il redattore deve indicare i documenti che ha utilizzato a tal fine. Si legge nei "Principi" che il giudizio di veridicità è strumentale al giudizio di fattibilità e attuabilità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o della proposta concordataria, nel senso che una "base dati contabili" non veritiera rende inattendibile il piano costruito su di essa e impedisce il giudizio di fattibilità. L'espressione verità poi va intesa non in senso oggettivo ma nel senso che la formazione dell'informazione si sia basata su un sistema amministrativo-contabile adeguato e che i redattori abbiano operato le stime in modo corretto, ricordando in altri termini quanto già affermato per il concetto di verità nel falso in bilancio. Suddetti "Principi" precisano poi come la procedura da svolgere è finalizzata all'espressione del giudizio di veridicità e fattibilità del piano nel suo insieme (e non una revisione contabile completa), non essendo quindi possibile richiamare totalmente i principi di revisione nazionali ed internazionali, che però possono essere usati quale "tecniche di revisione".

Si specifica poi che l'attestatore deve valutare il rischio di errori significativi in tale "base dati contabili" al fine di individuarli e segnalarli nel giudizio¹⁸⁷.

Ebbene, senza entrare nel merito della riformulazione dell'illecito nel codice della crisi d'impresa, che sembra aver ristretto la condotta penalmente rilevante alle omissioni o falsificazioni riguardanti solo la veridicità dei dati contenuti nel piano (e non anche più la fattibilità dello stesso)¹⁸⁸ ed esteso la sua portata, invece, anche ai documenti allegati ad esso, bisogna considerare come il concetto di *rilevanza/materiality* al fine di rendere più conoscibile e determinata la norma incriminatrice può essere inteso in senso "tecnico", ossia ancorato alla disciplina specifica di settore.

Seppur, come detto, il giudizio di veridicità del piano non costituisce un processo di revisione contabile vero e proprio, esso – essendo un giudizio su dati-contabili economici – è comunque guidato dai principi nazionali ed internazionali in materia. L'attività di verifica del professionista presuppone una conoscenza dell'impresa nella sua globalità e ha ad oggetto non tutti i dati contenuti nel bilancio ma solo quelli che si considerano rilevanti per la formazione del piano¹⁸⁹. Per asserire la veridicità dei dati si richiede poi un esame del patrimonio aziendale volto ad appurare l'effettivo volume dell'attivo e del passivo¹⁹⁰.

Se questo è il quadro di riferimento, se ne deduce come sia rilevante quell'omissione o quella falsificazione che rende falsa l'attestazione nel suo complesso e che, in quanto tale, inquina e rende inattendibile il giudizio di fattibilità, secondo le regole di valutazione del bilancio.

¹⁸⁶ Si specifica che, oltre alla veridicità, se il piano mira alla risoluzione dello stato di crisi e non alla liquidazione, l'attestatore deve anche verificare che l'estensore abbia correttamente individuato le cause, al fine di valutare se le misure sono idonee a rimuoverlo.

¹⁸⁷ I rischi sono di tre tipi: a) *control risk*, ossia la possibile inefficacia dei sistemi di controllo interni all'impresa; *inherent risk*, cioè il rischio che i valori rappresentati presentino alterazioni dovute o a situazioni oggettive o a scelte della direzione aziendale; *detection risk* ovvero il rischio che le procedure di verifica non evidenzino un errore significativo.

¹⁸⁸ In tal senso, un commento a parte meriterebbe l'attestazione nei casi di autorizzazione al pagamento di crediti pregressi (ex art. 100 co. 1 e 2 Cci), poiché in tale sede il professionista attesta non la veridicità dei dati ma, per espressa previsione legislativa, al comma 1, che il credito è essenziale per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionale ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori e, al comma 2, che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavo della liquidazione giudiziale del bene effettuata al valore di mercato e che il rimborso delle rate a scadenza non lede i diritti degli altri creditori. Giudizi quindi non di veridicità del dato ma totalmente valutativi.

¹⁸⁹ A. Ireneo Baratta, *La verifica sulla veridicità dei dati aziendali nell'attestazione del professionista*, in www.dirittodellacrisi.it 16.12.2022.

¹⁹⁰ A. Ireneo Baratta, *op. cit.*, il quale specifica che nel concordato in continuità deve avere ad oggetto anche la verifica delle componenti del conto economico allorché i dati reddituali consuntivi costituiscano un elemento fondamentale alla base delle proiezioni del piano.

In questo caso, il concetto di *materiality/rilevanza* non può essere direttamente quello del principio economico-aziendalistico (come per il falso in bilancio) perché, come visto, l'attestatore non deve utilizzare tutti i principi contabili in quanto non sta operando una revisione del bilancio ma attestando la veridicità del piano. Si tenga infatti presente che l'attestazione di veridicità dei dati deve essere parametrata allo scopo verso il quale è rivolta, ossia la valutazione di fattibilità del piano. Al tempo stesso, però, poiché l'operato del professionista è guidato da principi scritti (seppur di fonte secondaria), il concetto di *rilevanza* non può essere interpretato in senso totalmente atecnico o simile a quello degli abusi di mercato.

Da quanto affermato precedentemente si ricava che il giudizio di *rilevanza* non è il medesimo di quello da effettuare per il falso in bilancio, perché in tale contesto non rileva ogni falsità della scrittura contabile ma solo quella che, considerata alla luce dei "Principi", rende inattendibile il giudizio di fattibilità.

In altre parole, sarà condotta penalmente rilevante, ad esempio, quella del soggetto che non include tra i documenti consultati quello che, alla luce dei "Principi", modificherebbe l'attestazione di veridicità; oppure, la condotta del soggetto che individuato un errore significativo (secondo i "Principi") nella "base dati", ometta di indicarlo nella sua attestazione; infine, il professionista che indichi come veritieri dati contabili che, verificati secondo le regole dettate dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, si dimostrino invece falsi non trovando corrispondenza nella realtà aziendale.

Il tecnicismo della norma è poi ancora più evidente considerato che il documento così redatto ed attestato come veritiero, a differenza, tanto del bilancio, quanto più che mai di un'informazione privilegiata, subisce anche un processo di omologazione da parte del tribunale¹⁹¹.

6. Dopo aver analizzato i due diversi possibili significati del concetto di *materiality/rilevanza*, sia negli ordinamenti anglosassoni che in quello italiano, si è evidenziato come sia preferibile che questo assuma negli illeciti penali ove esiste una disciplina di settore, come ad esempio il falso in bilancio, un significato "tecnico" e, invece, che se ne mantenga un uso "comune" quando ciò non è consigliabile.

Anche nel diritto è infatti possibile che una parola, avente natura polisemica, possa assumere differenti significati in base al contesto nella quale è collocata. Alcune volte tale significato può essere "comune", mentre in altri casi appare preferibile che il significato sia di tipo "tecnico"¹⁹².

Non sono poi infrequenti i casi in cui accade che lo stesso termine in base a dove è adoperato assuma un significato talvolta "comune" talaltra "tecnico". Si pensi ad esempio al concetto di "cosa mobile" nella giurisprudenza civile e penale¹⁹³. Nel diritto civile la "cosa mobile" è definita *a contrario*

¹⁹¹ Sul giudizio di omologazione, tra i contributi più recenti, per il concordato preventivo cfr. *ex multis* S. Leuzzi, *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo: oggetto, regole, controlli*, in www.ildirittoellacrisi.it 9.10.2023; D. Burroni – A. Porcari – M. A. Di Gioia, *Il concordato preventivo*, in *Il Codice della crisi dopo il d.lgs. 17 giugno 2022*, n. 83, a cura di A. Sanzo, Torino 2022, 358 ss. Si specifica che il procedimento di omologazione ha ad oggetto la correttezza della procedura nel suo complesso e con riguardo all'attività dell'attestatore ha ad oggetto la fattibilità del piano di risanamento dell'azienda. Per altri procedimenti di omologazione cfr. A. Nigro – D. Vattermoli, *op. cit.*, *passim*.

¹⁹² Anche nell'esperienza di *common law* le parole possono assumere più significati. Ad esempio, in Gran Bretagna è applicata la c.d. *Golden Rule* secondo la quale i termini contenuti negli *Satutes* vanno interpretati secondo il loro significato "comune" secondo le regole linguistiche e semantiche (*plain meaning*). Solo qualora l'interpretazione del termine in tale modo risulti condurre ad un'assurdità logica è possibile attribuirgli un significato differente. Sul punto cfr. ampiamente A. Santangelo, *Precedente e prevedibilità*, cit., 283 ss. Anche negli Stati Uniti d'America si applica la c.d. *Plain Meaning Rule* (sul punto v. W.R. LaFave, *op.cit.*, 81).

¹⁹³ La definizione di cosa mobile tra il diritto penale e civile è differente. Invero, secondo il diritto penale il concetto di cosa mobile è talvolta più ampia (quando ad esempio comprende i beni che, originariamente immobili, poi divengano mobili e quindi idonei all'asportazione nel delitto di furto), talvolta più ristretta, quando non considera cosa mobile i beni immateriali. Sul punto si veda R. Mazzon, *I beni*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di P. Cendon, Milano 2015, 8 ss. In generale sulla distinzione, nel diritto civile, tra beni mobili e immobili cfr. *ex multis* C. Sganga, sub *art. 812 Cc*, in *Il codice civile. Commentario. Dei beni in generale*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano 2015, 107

dall'art. 812 Cc. Sono infatti mobili tutti i beni da non considerarsi immobili, dove per quest'ultimi intendiamo quelli che sono naturalmente o artificialmente incorporati al suolo. Nel diritto penale, invece, il bene mobile è talvolta interpretato in senso “non tecnico” ma “comune”: ad esempio, in materia di spazio minimo vivibile nelle celle carcerarie, dove lo spazio va calcolato anche tenendo conto delle cose “non mobili” (gli armadi) secondo una lettura delle statuizioni di Mursic c. Croazia¹⁹⁴. In questo caso la divergenza di interpretazione di un termine ha fondamento nella ragionevolezza e non necessariamente nell'intenzione esplicita del legislatore.

Altre volte, invece, l'interpretazione in senso “tecnico” è preferibile anche nel diritto penale per rendere “accessibile” una incriminazione: si pensi al caso del falso in bilancio.

In tale illecito, se il concetto di *materiality/rilevanza* è interpretato alla luce degli approdi della scienza aziendalista-contabile, il redattore del bilancio (uno tra i possibili soggetti attivi del reato) saprà prevedere e comprendere quale condotta è penalmente irrilevante. Si è infatti evidenziato che per gli aziendalisti-contabili le cc.dd. clausole generali non comportano affatto giudizi di valore o soggettivi (come potrebbe essere la buona fede), ma sono da legare a concetti tecnici rendendo la discrezionalità del soggetto di tipo “vincolata”.

Invece, in altre figure criminose, come negli abusi di mercato, il concetto di fatto *material/rilevante* richiede l'interpretazione non in senso “tecnico” legato alla scienza aziendalistica, perché in quei settori la condotta non insiste necessariamente su un dato contabile. Invero possono essere rilevanti informazioni che non sono di tipo strettamente economico come, ad esempio, le dimissioni di un noto amministratore. La soluzione ragionevole in questo caso è che si utilizzi il suo senso più comune quale dato “rilevante” che l'investitore utilizzerebbe per fondare una delle sue ragioni di investimento. In tale illecito il concetto più che ritagliare il fatto tipico in astratto, opera prevalentemente sull'offensività in concreto, imponendo all'interprete di selezionare esclusivamente le condotte concretamente offensive per il bene giuridico tutelato.

Concentrandoci solo sull'ordinamento italiano, si è visto che lo schema di incriminazione delle false comunicazioni sociali (*esporre od omettere informazioni rilevanti*) è stato impiegato in altri reati aventi ad oggetto dichiarazioni mendaci o decettive. A ben vedere, tali figure incriminatrici hanno la caratteristica di collegarsi ad una disciplina “tecnica” (di carattere civile od amministrativo) sottostante. Al fine di rendere “accessibile” la fattispecie e prevedibile la decisione giudiziaria, sarebbe preferibile che tale schema venga utilizzato dal legislatore solo ove il parametro della rilevanza possa essere di tipo “tecnico”.

Si pensi ad esempio al reato contenuto all'art. 1 d.l. 21.9.2019 n. 105, convertito in legge con modificazioni 18.11.2019, in materia di sicurezza nazionale cibernetica, seppur non rientrante tra i delitti economici in senso stretto. Tale illecito sanziona il soggetto che fornisce informazioni, dati o elementi di fatto non rispondenti al vero, rilevanti per la predisposizione o l'aggiornamento di cui agli elenchi di cui al comma 2 lettera *b*, o ai fini delle comunicazioni di cui al comma 6, o per lo svolgimento di attività ispettive di cui al comma 6.

O ancora al reato di false asseverazioni nelle attività legate al Superbonus edilizio e altri bonus minori, introdotto dal c.d. Decreto Sostegni-ter (d.l. 19.5.2020 n. 34, convertito, con modificazioni, nella l.

ss.; D. Cavicchi, sub *art. 812 Cc*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Cendon, Milano 2009, 15 ss.

¹⁹⁴ C. eur. GC, 20.10.2016, Mursic c. Croazia in *www.penalecontemporaneo.it* 13.11.2016, con nota di F. Cancellaro, *Carcerazione in meno di 3 metri quadri: la Grande Camera sui criteri di accertamento della violazione dell'art. 3 CEDU*. Per cosa mobile vengono intesi solo gli arredi oggettivamente spostabili da una stanza all'altra (es. tavoli, sedie, ecc.) e non anche il letto o l'armadio che non possono spostarsi. A parere della Cassazione tale conclusione è suffragata dall'etimologia della parola “mobile” (“*meuble*” nella versione francese, utilizzata dalla Corte Edu nella traduzione ufficiale). Il sostantivo indica un oggetto che può essere spostato, quindi, per i detenuti un letto o un armadio non può essere spostato a causa della pesantezza o del suo ancoraggio a suolo o pareti ed in generale alla difficoltà di portarlo fuori dalla cella (Cass. 26.4.2022 n. 18681, in *ilpen*, 21.9.2022, con nota di L. Cattelan, *Il concetto di “bene mobile” ai fini del calcolo della superficie detentiva goduta dal detenuto*). Come è agevole notare, le definizioni di cosa mobile non coincidono affatto tra il civile ed il penale, e soprattutto nel diritto penale, in questo caso, non è utilizzato in senso “tecnico” ma “comune”.

17.7.2020 n. 77)¹⁹⁵. Anche in tale reato è stato mutuato lo schema delle false comunicazioni sociali e introdotto il requisito della *rilevanza* collegato direttamente dal legislatore ai requisiti tecnici del progetto di intervento edilizio o sull'effettiva realizzazione dello stesso.

Questi due esempi mettono in luce che, quando il concetto di *materiality/rilevanza* è usato in reati che hanno alla base una disciplina civile o amministrativa particolarmente dettagliata, è lo stesso legislatore a curarsi di specificare che la *rilevanza* si riferisca a discipline specialistiche. In tali casi, a differenza delle false comunicazioni sociali è evidente che lo stesso legislatore abbia indicato all'interprete che il significato debba essere quello proprio del settore.

L'impiego del termine *materiality/rilevanza* in senso "tecnico" consente di rendere più "accessibile" un'incriminazione che del resto è destinata "per sua natura" a dei soggetti attivi specializzati (asservertori, redattori di bilancio ecc.). Anche la Corte costituzionale ha recentemente affermato che al legislatore non è affatto precluso l'uso di termini tecnici o di difficile comprensione per chi non possieda delle competenze specifiche¹⁹⁶. La complessità delle materie consente di adoperare un linguaggio complesso. È invero sempre più frequente che le leggi usino definizioni di tipo normativo che consentono all'interprete di attribuire significati precisi ad espressioni tecniche, a volte lontane da un linguaggio comune¹⁹⁷.

Se ciò è vero, è quindi ben possibile, ed anzi preferibile, che in settori specialistici, come quelli economici, si usino termini tecnici. Quando il legislatore non lo fa "direttamente", come ad esempio nel falso in bilancio ove non è specificato il parametro della *rilevanza*, è l'interprete a dover assegnare al vocabolo il significato proprio della normativa di settore.

In definitiva, poiché *materiality* significa «la qualità di qualcosa di essere rilevante od importante rispetto allo scopo contemplato»¹⁹⁸, è opportuno che in fattispecie "tecniche" si usi il suo significato "tecnico", nelle altre, invece, che se ne conservi il senso naturale di "rilevanza-importanza".

A ciò si può aggiungere che, in settori dove è possibile, si suggerisce di introdurre anche lo scopo verso il quale le false od omesse informazioni sono dirette, come avviene ad esempio, nel Regno Unito, nel reato di false rappresentazioni ai creditori previsto dall'*Insolvency Act* (§5). In tal modo la selezione delle condotte tipiche avverrebbe non solo sotto il profilo "oggettivo" ma anche sul versante soggettivo, consentendo così al diritto penale di porsi davvero quale ultima *ratio* e non come un diritto sanzionatorio di condotte "civilmente/amministrativamente" illecite¹⁹⁹.

Vista l'importanza della trasparenza e della correttezza dei flussi informativi provenienti dalle società ed in generale la simmetria informativa sul mercato finanziario, che coinvolge non solo l'economia nazionale ma anche quella internazionale, le fattispecie incriminatrici in tali ambiti devono presentarsi il più determinate possibili ed accessibili per il cittadino.

Alla luce di ciò, è pregevole che negli abusi di mercato, per quanto riguarda l'abuso di informazioni privilegiate, si sia abbandonato l'impiego testuale del termine *material* e preferito una clausola che ne descrivesse gli effetti (informazione che l'investitore ragionevole userebbe per fondare le proprie scelte di investimento).

Così come nel falso in bilancio è altrettanto apprezzabile che il concetto di *materiality* sia stato legato dalla giurisprudenza alla disciplina aziendalista-contabile di redazione dei bilanci.

¹⁹⁵ Sul tema cfr. A. Pantanella – D. Federici, *Profili penali del "Decreto Sostegni ter": dalla modifica dei reati di "frode" all'introduzione del delitto di false asseverazioni*, in www.discrimen.it 24.5.2022.

¹⁹⁶ Ci si riferisce a C. cost., 18.4.2023 n. 110. In dottrina si veda recentemente G. Martiello, «Vincolo testuale» ed interpretazione nel diritto penale la necessità di una riconciliazione, in www.discrimen.it 4.7.2023, 29.

¹⁹⁷ Anche nel diritto anglosassone, seppur gli *Statutes* usano spesso parole comuni per definire concetti legali, soprattutto nel Regno Unito dove il reato è giudicato da una giuria popolare, c'è sempre di più la tendenza a sostenere che le parole chiave, quelle su cui le questioni legali si incentrano di più, non sono "ordinarie", al contrario di quanto un soggetto non del settore è portato a pensare (D.J. Baker, *op. cit.*, 173).

¹⁹⁸ La definizione è tratta da *The Oxford English Dictionary*, seconda ed., IX – Look-Mouke, Oxford 1989, 466.

¹⁹⁹ Sul diritto penale quale *ultima ratio* si veda A. Gargani, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *RIDPP* 2018, 1488 ss.

È preferibile quindi che il legislatore nella costruzione delle fattispecie incriminatrici a tutela della veridicità dell'informazione, nell'ambito dei reati economici, preveda, se possibile, quale sia il parametro della rilevanza o quale sia lo scopo verso il quale l'azione è diretta. Quando ciò non sia possibile è opportuno che in fase interpretativa si faccia riferimento alla normativa tecnica di settore (civile, amministrativa, contabile, ecc.) al fine di rendere "accessibile" il reato e valorizzare il principio secondo il quale il diritto penale è l'ultimo degli strumenti da impiegare per sanzionare delle condotte illecite offensive in ambito economico.

In conclusione, seppur il dialogo tra diritto ed economia è notoriamente complesso²⁰⁰, è al tempo stesso necessario, e questo perché capitalismo e diritto hanno come esigenza comune la "calcolabilità"²⁰¹. Solo attraverso il dialogo è possibile creare, nel diritto penale economico, fattispecie aventi modelli di incriminazioni accessibili per i consociati e interpretazioni dei testi legislativi che consentano, grazie alla loro aderenza anche agli obblighi civili o amministrativi, il regolare funzionamento del mercato nazionale ed internazionale.

²⁰⁰ Per un'analisi sulla complessità del dialogo tra economia e diritto si veda M. Venturuzzo, *Spunti sul (difficile) dialogo tra economia e diritto*, in *RivSoc.* 2023, 213 ss.

²⁰¹ Il riferimento alla calcolabilità è tratto da N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, 3 ss.

PRETERINTENZIONE E CULPA IN RE ILLICITA. LA COSTRUZIONE DI UNO STATUTO DIFFERENZIATO QUALE ARGINE ALLO STRISCIANTE RICONOSCIMENTO DELLA RESPONSABILITÀ OGGETTIVA

di Gabriele Pontepino (*Assegnista di ricerca in diritto penale, Università di Genova*)

La giurisprudenza in tema di omicidio preterintenzionale rappresenta uno dei contesti in cui continua a riconoscersi diritto di cittadinanza alla responsabilità oggettiva. Al netto delle ambigue dichiarazioni di principio, l'orientamento prevalente nella prassi giudiziaria afferma la responsabilità per la causazione dell'evento morte sulla base del mero riscontro del nesso causale. Alcune recenti pronunce della Suprema corte ravvisano, invece, la necessità di un puntuale riscontro della colpa in concreto, procedendo a un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 584 Cp, che garantisce il rispetto dell'irrinunciabile principio di colpevolezza. Lo scritto si propone di ricostruire il contrasto giurisprudenziale in atto, di analizzare i suoi possibili sviluppi e, infine, di indagare sui contenuti e sulle problematiche modalità di riscontro della colpa in attività illecita.

This paper aims to investigate the delicate question of the subjective imputation of the event of death in cases of involuntary manslaughter, provided by art. 584 of the Criminal Code. In this context, most of the decisions continue to recognize liability for the additional event on a objective basis (c.d. strict liability): only an evaluation of the causal link between the voluntary act and the involuntary event is required, without examining the mens rea. On the other side, some recent decisions departed from the dominant approach and affirmed the need to proceed to a punctual verification of the foreseeability of the unintentional event, in a similar manner to what happens in art. 586 of the Criminal Code. The purpose of this essay is to reconstruct the current jurisprudential contrast, analyse its possible developments, and finally investigate the contents and problematic ways of ascertaining fault in illicit activity.

SOMMARIO: Sommario: 1. Prologo: una questione antica, mai definitivamente risolta. Delimitazione dell'indagine. – 2. Struttura e attuale declinazione giurisprudenziale dell'art. 584 Cp. – 2.1. Critiche all'impostazione prevalente: la problematica individuazione di una linea di confine con il più grave reato di omicidio volontario commesso con dolo eventuale. – 2.2. *Segue...*L'intollerabile ripiegamento su schemi presuntivi e l'incontrollata dilatazione del campo applicativo dell'art. 584 Cp. – 2.3. La discutibile compatibilità del concetto di «atti diretti a ledere o percuotere» con il dolo eventuale: i casi di Piazza San Carlo e Corinaldo. – 3. Verso la “presa d'atto” della necessità di superare la responsabilità oggettiva: i primi passi della Cassazione. – 3.1. L'esplicito riconoscimento della colpa in concreto: l'acuirsi di un contrasto giurisprudenziale. – 3.2. Quale sorte per l'omicidio preterintenzionale? I prossimi passi verso l'affermazione del principio di colpevolezza. – 4. Una strada obbligata: la definizione della *culpa in re illicita*. Cenni sulla giurisprudenza *post Ronci*. – 4.1. Il giudizio di prevedibilità nella giurisprudenza *post Ronci* e nel campo dell'art. 584 Cp: i rischi di vanificare il rispetto del principio di colpevolezza. – 4.2. *Segue...* Il *modus procedendi* per il riscontro della colpa in attività lecita. – 4.3. Bilancio conclusivo: la garanzia di un'adeguata personalizzazione del rimprovero. – 5. Un improbabile intervento legislativo: il “mantenimento in vita” dell'illecito preterintenzionale.

1. In queste pagine intendiamo sviluppare alcune riflessioni su due temi distinti ma, all'evidenza, intimamente connessi.

In primo luogo, ci soffermeremo sull'odierna dimensione applicativa del delitto previsto dall'art. 584 Cp, che è stato di recente oggetto di alcune interessanti pronunce di legittimità, in cui si è nuovamente palesato il risalente – e tutt'oggi irrisolto – contrasto intorno al criterio di imputazione soggettiva dell'evento ulteriore non voluto in capo all'autore della condotta base di lesioni o percosse dolose. Ed è proprio quello delle fattispecie preterintenzionali, *strictu* (omicidio e aborto preterintenzionale)¹ e *lato* (i c.d. delitti aggravati dall'evento)² *sensu* intese, il contesto nel quale più frequentemente ci si confronta con la c.d. *culpa in re illicita*³. La sua declinazione ha molto a che fare con l'esigenza di garantire il rispetto del fondamentale principio di colpevolezza in relazione ad ipotesi delittuose originariamente riconducibili alla responsabilità oggettiva, sulla base della logica espressa dall'antico (ed iniquo) brocardo latino *qui in re illicita versatur respondit etiam pro casu*. Logica che, nella prospettiva del legislatore del 1930, rappresentava un formidabile strumento di prevenzione generale, in quanto consentiva di punire l'autore di una condotta illecita anche per le conseguenze lesive non volute derivanti dalla sua azione, a prescindere dalla sussistenza di qualsivoglia coefficiente di rimproverabilità soggettiva⁴.

¹ In argomento si vedano le monografie di: S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova 1989; M. Caterini, *Il reato eccessivo. La preterintenzione dal versari in re illicita al dolo eventuale*, Napoli 2008; V. Plantamura, *L'omicidio preterintenzionale. Pure come species del genus "omicidio improvviso"*, Pisa 2016. Da ultimo, M. Mattheudakis, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna 2020, 137 ss.

² Intorno ai delitti aggravati dall'evento sorgono «grovigli e accavallamenti di teorie nei quali l'interprete rischia di smarrirsi». Così, G. Vassalli, *Concorso tra circostanze eterogenee e reati aggravati dall'evento*, in *RIDPP* 1975, 25. È però evidente che, sul piano empirico, non sussiste alcuna differenza sostanziale fra i delitti aggravati dall'evento non voluto – ritenuti, dalla prevalente giurisprudenza, circostanze aggravanti – e fattispecie preterintenzionali in senso stretto: in entrambe le ipotesi, il soggetto agente commette un reato doloso, e ne causa uno più grave, che si colloca lungo la stessa “catena causale” del primo. Su tale complessa categoria «dogmaticamente incerta e problematica», senza pretesa di esaustività: A. Bondi, *I reati aggravati dall'evento. Tra ieri e domani*, Urbino 1999; G. De Francesco, *Opus illicitum. Tensioni innovatrici e pregiudizi dommatici in materia di delitti qualificati dall'evento*, in *RIDPP* 1993, 994 ss.; Id., *I delitti aggravati dall'evento*, in *SI* 1996, 556 ss.; S. Ardizzone, *I reati aggravati dall'evento. Profili di teoria generale*, Milano 1984; F. Tagliarini, *I delitti aggravati dall'evento: profili storici e prospettive di riforma*, Padova 1979; C.F. Grosso, *Struttura e sistematica dei c.d. «delitti aggravati dall'evento»*, in *RIDPP* 1963, 443 ss.; A. Peccioli, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, 2010, 165 ss. Nella manualistica, G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Torino 2019, 695. Il legislatore fa ampio ricorso ai delitti aggravati dall'evento: basti ricordare l'ampio novero di disposizioni che puniscono, con pena più elevata di quella che sarebbe irrogabile in caso di applicazione dell'art. 586 Cp, la morte o le lesioni non volute scaturenti dalla commissione di un certo delitto doloso. La loro previsione sarebbe non di rado giustificata dall'esistenza di una pregnante connessione fra reato base e conseguenza ulteriore non voluta. Sul punto, il rimando è a G. Piffer, *Preterintenzione e delitti aggravati dall'evento. Proposta di riforma dei reati dolosi e preterintenzionali contro la vita e l'integrità fisica*, in www.sistemapenale.it, 18.7.2022, 15. Non va, però, trascurato il fatto che la tipizzazione dei c.d. reati aggravati dall'evento preterintenzionale, accompagnata dall'inserimento di cornici edittali particolarmente elevate, oltre all'indiscutibile funzione general-preventiva, può divenire “strumento” per dare soddisfazione a esigenze di giustizie contingenti, in chiave simbolica, moralistica o, peggio, propagandistica. Si pensi, da ultimo, al d.l. 10.3.2023 n. 20 (il c.d. decreto Cutro), che ha introdotto, nel Testo unico sull'immigrazione, l'art. 12 *bis*, punendo – con pene draconiane – la morte o lesioni non volute come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina. In proposito, L. Maserà, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023. Ancora un insensato inasprimento delle sanzioni in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in www.questionegiustizia.it, 3.4.2023; N. Granocchia, *L'imputazione dell'evento non voluto nella fattispecie di “morte o lesioni come conseguenza dell'immigrazione clandestina”*, in *AP* 3/2023, 8 ss. Per ampie riflessioni sul diritto penale simbolico e per gli imprescindibili riferimenti bibliografici sul punto, cfr. S. Bonini, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Trento, 2018, *passim* (specialmente, 118 ss.).

³ Per un chiaro inquadramento di tale problematica categoria concettuale, si rimanda alle pagine introduttive dell'imprescindibile lavoro di F. Basile, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano 2005, 1 ss.

⁴ M. Mattheudakis, *L'imputazione colpevole differenziata*, cit., 117 sottolinea che il principio del *versari in re illicita* suonava come una sorta di «monito general-preventivo» rivolto ai consociati, ai quali è imposto di tenersi il più lontano possibile «da sfere di rischio per interessi sensibili».

La compatibilità di un simile assetto con il dato costituzionale è stata progressivamente sconfessata dalla Consulta: basti ricordare, a tal proposito, la sentenza n. 42 del 1965 in tema di concorso anomalo, in cui la Corte ha fornito una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 116 Cp, imponendo che ai fini della sua integrazione venga dimostrato un rapporto di «causalità psichica, concepito nel senso che il reato diverso o più grave commesso dal concorrente debba potere rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto»⁵.

Ma l'autentico *turning point* è costituito dalle storiche sentenze nn. 364 e 1085 del 1988, in cui i giudici costituzionali hanno sostanzialmente sancito il divieto di responsabilità oggettiva, rinvenendo nell'art. 27 primo e terzo comma Cost. il fondamento della natura non solo personale, ma colpevole, della responsabilità penale. Con riguardo agli «elementi più significativi della fattispecie» è dunque imprescindibile procedere al riscontro «almeno della colpa» del soggetto agente: essa costituisce il «collegamento subiettivo minimo tra l'autore del fatto ed il dato significativo», in assenza del quale verrebbe meno la possibilità stessa di muovere un rimprovero per la commissione dell'illecito⁶.

A tale decisivo arresto ha fatto seguito, nel 1990, la riforma del regime di imputazione delle circostanze: anche in questo contesto viene superata la logica del *versari in re illicita* e della responsabilità obiettiva, in favore di una piena affermazione del principio di colpevolezza: per effetto delle modifiche dell'art. 59 co. 2, le aggravanti (e, quindi, i delitti aggravati dall'evento, se ammettiamo la loro natura circostanziale) sono, infatti, poste a carico dell'agente unicamente laddove siano da lui conosciute o ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa. Va poi ricordato che, sempre nel dato normativo, sono rinvenibili disposizioni che riconoscono una responsabilità colposa a un soggetto che si è già reso autore di un reato doloso: il pensiero corre, immediatamente, alle aggravanti previste dagli artt. 589 co. 2 e 590 co. 3 (omicidio e lesioni colpose commesse da chi abbia violato – finanche dolosamente – le norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro), nonché, rispettivamente, dal terzo e quarto comma dei medesimi articoli (l'omicidio e le lesioni colpose commesse da chi esercita abusivamente una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato o di un'arte sanitaria)⁷.

La possibilità di concepire e praticare una colpa in attività illecite è stata infine ribadita da una cruciale pronuncia delle Sezioni unite nel 2009 (la sentenza Ronci) in riferimento all'art. 586 Cp⁸. Anche qui, si è resa necessaria un'interpretazione adeguatrice del dato normativo, tale per cui l'evento non voluto (la morte o le lesioni della vittima) può essere imputato al responsabile del reato doloso base soltanto quando, oltre al nesso causale, si provi la colpa. Precisamente, si tratterebbe di una colpa generica e in concreto, che consiste nella violazione di una regola cautelare discendente da una valutazione di prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo⁹.

⁵ C. Cost. 31.5.1965 n. 42. In senso conforme, la dottrina precedente al pronunciamento della Corte: cfr. A. Pagliaro, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano 1966, 106 s.

⁶ Cfr. C. Cost. 24.3.1988 n. 364 e C. Cost. 13.12.1988 n. 1085. I medesimi principi sono stati ribaditi, più di recente in C. Cost. 24.7.2007 n. 322, che sottolinea la necessità di reperire un «coefficiente minimo indispensabile», un «limite estremo di rimproverabilità», il quale si risolve in un «collegamento psichico – almeno nella forma della colpa – tra l'agente e il nucleo significativo o fondante della fattispecie».

⁷ Cfr. G. Piffer, *Preterintenzione e delitti aggravati dall'evento*, cit., 8.

⁸ Cass. SU. 22.1.2009 n. 22676, in *DPP* 2010, 55 ss., commentata da S. Beltrani, *La responsabilità del cedente per la morte dell'assuntore di sostanza stupefacente*. Si vedano, inoltre, le notazioni di F. Basile, *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecite per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta alla luce della sentenza Ronci delle Sezioni unite sull'art. 586*, in *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di M. Bertolino-L. Eusebi-G. Forti, Napoli 2011, 701 ss.; A. Tesauro, *Responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente: le Sezioni Unite optano per la colpa in concreto*, in *FI* 9/2009, II, 450 ss. Per una visione di più ampio spettro, il rinvio è a R. Bartoli, *“Colpa” in attività illecite: un discorso ancora da sviluppare*, in *DPP* 2010, 1049 ss.

⁹ Cass. SU. 22.1.2009 n. 22676, cit.

Questa breve cronistoria è sufficiente per comprendere che ci troviamo di fronte a temi classici, dai sapori antichi – largamente approfonditi, in un passato più e meno recente, da molti autorevoli esponenti della dottrina penalistica¹⁰ – ma che, tuttavia, conservano una persistente attualità.

L'analisi del diritto vivente dimostra, infatti, come – al netto delle petizioni di principio – non manchino ipotesi in cui la responsabilità penale viene oggi riconosciuta su basi essenzialmente obiettive, per effetto del riscontro, molto spesso frettoloso, del mero rapporto eziologico. Emblematica è – per l'appunto – la casistica relativa all'omicidio preterintenzionale, fattispecie non a torto ritenuta una vera «roccaforte giurisprudenziale della responsabilità obiettiva»¹¹, in quanto – salvo sporadiche eccezioni – l'evento morte viene imputato all'autore delle lesioni e delle percosse dolose senza condurre alcuna valutazione in punto di colpevolezza¹².

Un secondo aspetto attualmente controverso è quello riguardante la fisionomia della colpa *in re illicita*¹³. Sebbene infatti le Sezioni unite Ronci abbiano affermato, perentoriamente, che essa consiste in una «colpa normale» – del tutto analoga, a livello di struttura e di contenuti, a quella operante in contesti di base leciti¹⁴ – sul piano applicativo permangono comunque notevoli incertezze intorno alla definizione dei suoi requisiti essenziali. A tale complementare questione verrà dedicata la parte finale del presente scritto¹⁵.

2. Delimitato il campo della nostra indagine, prendiamo le mosse dall'attuale declinazione giurisprudenziale dell'art. 584 Cp., fattispecie che ricalca perfettamente lo schema della preterintenzione tratteggiato dall'art. 42 co. 1 n. 3¹⁶: vi è infatti in essa «una parte dell'evento» – la morte del soggetto passivo – che è necessariamente «non voluta dall'agente» – per questo «oltre l'intenzione» – «ma gli è messa a carico come conseguenza della sua azione od omissione»¹⁷. Dalla lettura dei *Lavori preparatori* del Codice del '30 emerge che uno degli aspetti cui si registravano maggiori incertezze era proprio l'individuazione del criterio di imputazione subiettiva dell'evento ulteriore¹⁸: lo rilevava lo stesso Guardasigilli Rocco, il quale – nella *Relazione di accompagnamento al Progetto definitivo* – prendeva atto di come la disputa sul punto non fosse ancora sopita¹⁹. Se nella

¹⁰ In effetti, quello della responsabilità oggettiva e del suo superamento è stato ed è un argomento assai dibattuto fra i penalisti e – come si può facilmente intuire – il contesto dei delitti a struttura preterintenzionale rappresenta uno dei settori in cui la questione ha assunto un maggiore rilievo. La letteratura in materia è ampissima. Ci limitiamo qui a richiamare l'affresco tratteggiato da M. Mattheudakis, voce *Forme miste dolo-colpa*, in *Reato colposo. ED*, diretto da M. Donini, Milano 2021, 549 ss.; in precedenza, C.F. Grosso, *Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in *RIDPP* 1988, 409 ss., nonché E. Dolcini, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l'interprete in attesa di un nuovo codice penale*, in *RIDPP* 2000, 863 ss.

¹¹ Così si esprime L. Maserà, *Delitti contro la vita*, in *Reati contro la persona*, a cura di F. Viganò, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo-C.E. Paliero-M. Pelissero, Torino 2022, 112.

¹² Si veda diffusamente, *infra*, par. 2.

¹³ S. Canestrari-M. Mattheudakis, *Osservazioni su colpa in attività illecita, omicidio preterintenzionale e art. 586 c.p.*, in *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP*, Milano 2023, 89 s.

¹⁴ Cfr. Cass. SU. 22.1.2009 n. 22676, cit.

¹⁵ Cfr. *infra*, par. 4.

¹⁶ C.F. Grosso, *Struttura e sistematica dei c.d. «delitti aggravati dall'evento»*, cit., 446; M. Trapani, *La divergenza tra il voluto e il realizzato. Ristampa inalterata*, Torino 2006, 276, il quale incidentalmente osserva come molti degli studi sulla preterintenzione procedano a una discutibile inversione di metodo, perché attribuiscono una posizione preminente all'analisi dell'art. 584 Cp e non all'art. 43 Cp, «ribaltando lo stesso rapporto logico che dovrebbe intercorrere tra la definizione di un *genus* e l'esatta individuazione del contenuto di una sua *species* particolare».

¹⁷ Tale definizione si ritrova nei *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Relazione sul Libro I del Progetto*, Roma 1929, 88.

¹⁸ Non è questa chiaramente la sede per ripercorrere il complesso dibattito affrontato dai *conditores* con riguardo alla definizione dell'elemento soggettivo del reato (in particolare, sulla configurabilità del dolo eventuale e, di riflesso, anche sui suoi «confini» con la preterintenzione). In proposito si rinvia all'esaustiva trattazione di M. Caterini, *Il reato eccessivo*, cit., 175 ss., 209 ss.

¹⁹ Cfr. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., 89. Come rileva M. Caterini, *Il reato eccessivo*, cit., 241, in ottica politico-criminale, la preterintenzione era tesa alla

dottrina del tempo si dividevano il campo, seppur con diverse sfumature, due alternative ricostruzioni – evento morte addebitato a titolo di colpa²⁰ o sulla base del positivo riscontro del rapporto di causalità²¹ – la giurisprudenza era fermamente orientata nel senso di ritenere che la preterintenzione rappresentasse un misto fra dolo e responsabilità oggettiva²².

Al contrario di quanto fosse lecito pronosticare, nulla è sostanzialmente mutato in seguito al riconoscimento, per mano della Consulta, del valore costituzionale del principio del *nulla poena sine culpa* e nemmeno la netta presa di posizione delle Sezioni unite in relazione alla “fattispecie gemella” prevista dall’art. 586 Cp sembra aver scalfito l’impostazione secondo cui, nel caso di omicidio preterintenzionale, l’autore del reato doloso base risponde della morte della vittima al mero sussistere del nesso di causalità²³.

Il progressivo abbandono, da parte della giurisprudenza successiva al 1988, dell’esplicito richiamo alla responsabilità oggettiva si è rivelato un semplice artificio retorico, dietro cui non si cela alcuna reale valutazione in merito alla presenza di un qualche coefficiente di colpevolezza per la causazione dell’evento non voluto. Si è quindi assistito a un «processo di mimetizzazione»²⁴, a un *camouflage*²⁵ della responsabilità oggettiva, che – nelle sostanza – continua a vedersi riconosciuto un surrettizio “diritto di cittadinanza”, per lo meno in relazione all’art. 584 Cp. Alle pronunce che, senza mezzi termini, ribadivano la sufficienza della dimostrazione del solo nesso causale (il quale veniva poi tendenzialmente accertato in maniera alquanto sbrigativa)²⁶, si sono affiancate sentenze in cui compariva sì il riferimento alla colpa, ma a una colpa specifica, *per inosservanza di leggi*. Essa si fondava sulla violazione della norma che punisce le lesioni o le percosse ovvero sul mancato rispetto del più generico divieto del *neminem laedere*²⁷; l’affermazione della sua sussistenza non era però accompagnata da alcun effettivo riscontro in merito alla colpevolezza del reo, che veniva chiamato a rispondere della morte del soggetto passivo in maniera pressoché automatica, per il sol fatto di *versari in re illicita*.

Si trattava dunque di *colpa presunta*, che – sul piano pratico – non era altro che un raffinato espediente linguistico strumentale a un mascheramento della responsabilità oggettiva²⁸.

realizzazione di un bilanciamento «tra le esigenze dell’offensore, che vorrebbe essere punito in ragione di ciò che ha voluto, e quelle dell’offeso, che vorrebbe invece che il reo venisse punito per le conseguenze che di fatto ha provocato».

²⁰ Si trattava di colpa – si badi bene – presunta: impostazione che – lo si vedrà tra breve – riecheggia in alcune più recenti pronunce di legittimità. Tra gli altri: G. Delitala, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova 1930, 98.; G. Leone, *Il reato aberrante*, Napoli 1940, 150 ss.

²¹ In tal senso si esprimevano, tra gli altri, C.F. Grosso, *Struttura e sistematica dei c.d. «delitti aggravati dall’evento»*, cit., 448; M. Spasari, *Osservazioni sulla natura giuridica del cosiddetto delitto preterintenzionale*, in *AP* 1957, 288 s.

²² Recessiva era una terza linea interpretativa – quella del c.d. dolo lambente (sostenuta, ad esempio, da A. De Marsico, *Colpa per inosservanza di leggi e reato aberrante*, in *AnnDPP* 1940, 237) – che, come vedremo meglio nel prosieguo del testo – sembra implicitamente riproporsi nell’attuale giurisprudenza.

²³ Si dice sorpreso dal radicamento della tesi della responsabilità oggettiva, che sarebbe, peraltro, contraria alla lettera della legge, oltre che al canone espresso dall’art. 27 Cost. ed a «stringenti ragioni di giustizia, M. Ronco, *La preterintenzione*, in Id., *Il reato*, Tomo I, Bologna 2011, 578 s.

²⁴ Così, P. Pisa, *Responsabilità oggettiva nell’omicidio preterintenzionale e per morte conseguente ad altro delitto doloso*, in *DPP* 1997, 319. Analogamente, G. Civello, voce *Prevedibilità e reato colposo*, in *Reato colposo. ED*, cit., 1023.

²⁵ L’espressione è di S. Canestrari, voce *Preterintenzione*, in *DigDPen* 1995, 701.

²⁶ Cfr. Cass. 16.3.2010 n. 16285, in *CEDCass*, m. 247267: «l’elemento psicologico del delitto preterintenzionale non è infatti costituito da dolo misto a colpa, ma unicamente dalla volontà di infliggere percosse o provocare lesioni, a condizione che la morte dell’agredito sia causalmente conseguente alla condotta dell’agente, il quale dunque risponde per fatto proprio, sia pure in relazione a un evento diverso da quello effettivamente voluto che, per esplicita previsione legislativa, aggrava il trattamento sanzionatorio». Cfr. altresì Cass. 6.4.2022 n. 13114, in www.onelegale.wolterskluwert.it.

²⁷ Così, nitidamente, Cass. 27.6.2012 n. 35582, in *CEDCass*, m. 253536, nella quale si afferma che – mediante l’art. 584 Cp – «il legislatore ha voluto che la violazione del principio del *neminem laedere* si estendesse fino a coprire gli eventuali sviluppi che l’aggressione alla sfera fisica della vittima possa aver cagionato». In senso conforme, ad esempio, Cass. 11.12.2008 n. 4237, in *CEDCass*, m. 242965.

²⁸ Per una serrata critica a siffatta impostazione, già G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano 1965, ora

L'uso dell'imperfetto non è casuale.

Sin dai primi anni Duemila, gli orientamenti qui sinteticamente evocati hanno ceduto il passo a una terza impostazione, oggi seguita dalla giurisprudenza largamente maggioritaria. Ormai consolidata è, infatti, la massima secondo cui «l'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva né dal dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 Cp assorbe la prevedibilità di evento più grave nell'intenzione di risultato»²⁹.

Decifrare tale «formuletta del non pensiero»³⁰ – che viene pedissequamente riproposta nella prassi – è operazione piuttosto complessa. Certo è che la sua enunciazione comporta un notevole alleggerimento sul piano probatorio e motivazionale, poiché esonera pubblici ministeri e giudici dal dimostrare l'esistenza di un «collegamento psicologico» fra l'autore della condotta dolosa base ed il verificarsi della morte del soggetto passivo.

Ad avviso delle pronunce che si inscrivono in tale filone ermeneutico, sarebbe il legislatore ad avere valutato – una volta per tutte – come «assolutamente probabile che da una azione violenta contro una persona possa derivare la morte della stessa»³¹. Questa stretta relazione «non solo eziologica ma funzionale» giustificerebbe la scelta politico-criminale di punire, con un trattamento sanzionatorio molto aspro, la progressione «criminosa» e «causale» che dal compimento di *atti diretti a ledere e percuotere* porta al decesso della vittima. La fattispecie descritta dall'art. 584 Cp è, del resto, caratterizzata da una omogeneità dell'offesa, dal momento che già la condotta dolosa base si risolve in un'aggressione, seppur meno intensa, all'incolumità fisica dell'individuo³².

Argomentando in tal modo, la diversità di interpretazione rispetto all'art. 586 Cp è presto spiegata. In quel caso, il contegno dell'agente è indirizzato alla realizzazione di un qualsiasi delitto doloso, non per forza a base violenta; ecco perché, laddove dalla sua commissione derivi la morte (o una lesione) non voluta della vittima, è indispensabile procedere alla puntuale dimostrazione della colpa in concreto, come ben chiarito dalla sentenza Ronci.

Al contrario, nell'omicidio preterintenzionale, il rischio del verificarsi dell'*exitus* è insito nella realizzazione delle lesioni o delle percosse, e ciò rende superfluo ogni ulteriore riscontro in merito alla sua concreta prevedibilità³³. Una conclusione siffatta sarebbe comunque rispettosa del principio di cui all'art. 27 Cost., in quanto «chi provoca l'evento più grave ponendo in essere proprio quelle condotte lesive, [preventivamente] individuate come probabili cause di evento peggiore, non può [...] ritenerlo estraneo rispetto al proprio agire che si è posto in contrasto con la previsione che lo

in Id., *La colpa. Studi*, Milano 2013, 219 ss.; più di recente, v. F. Basile, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. Marinucci-E. Dolcini, Tomo III, Padova 2015, 199 ss.; M. Piccardi, *Riflessioni sul criterio di imputazione soggettiva nell'omicidio preterintenzionale*, in CP 2004, 877 s. Di un'autentica «truffa delle etichette» parla A. Nappi, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'indagine sistemica*, Napoli, 2020, 280.

²⁹ Richiamiamo, a mero titolo esemplificativo: Cass. 10.1.2024 n. 890, in www.onelegale.wolterskluwert.it; Cass. 31.8.2023 n. 36402, commentata da M. Nicolini, *Di nuovo sull'elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale: si acuisce il contrasto giurisprudenziale*, in www.sistemapenale.it, 19.1.2024 e, volendo, da G. Pontepino, *Elemento soggettivo nell'omicidio preterintenzionale: anatomia di un contrasto giurisprudenziale*, in DPP 2024, 45 ss.; Cass. 11.4.2023 n. 15207; Cass. 11.5.2022 n. 18716, reperibili in www.italgiure.giustizia.it; Cass. 21.9.2016 n. 44986, con nota di M. Pelissero, *Bondage e sadomasochismo: i limiti della responsabilità penale tra fine di piacere e libero consenso*, in DPP 2017, 347 ss.; Cass. 7.5.2012 n. 40389, in CEDCass, m. 253357; Cass. 14.4.2006 n. 13673, in CEDCass, m. 234552.

³⁰ Così, M. Donini, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una resa dei conti con la prevenzione generale*, in RIDPP 2018, 1607.

³¹ Cfr. *ex plurimis* Cass. 31.8.2023 n. 36402, cit.; Cass. 29.11.2018 n. 53729; Cass. 13.6.2018 n. 27164; Cass. 25.5.2018 n. 23606, in www.onelegale.wolterskluwert.it. In precedenza, Cass. 8.1.2016 n. 6918, *ivi*; Cass. 18.10.2012 n. 791, in CEDCass, m. 254386.

³² *Ibidem*. Di «diversi gradi di lesione allo stesso interesse protetto» parlava F. Grosso, voce *Preterintenzione*, in EG, Milano 1990, 2.

³³ *Ibidem*.

contempla»³⁴. Ora, siamo chiaramente al cospetto di una prevedibilità *in re ipsa*, cristallizzata nel dato normativo, e che legittima l'operare di una presunzione assoluta di colpevolezza. Col risultato che la responsabilità *ex art. 584 Cp* viene riconosciuta sol che sussista – oltre al rapporto eziologico fra condotta ed evento morte – il dolo, ancorché eventuale, di lesioni o di percosse.

2.1. L'orientamento qui esaminato sembra riconoscere una struttura unitaria all'elemento subiettivo della preterintenzione, collocandolo a mezza via tra il dolo e la colpa; un approccio di questo tipo appare coerente alla notevole severità del trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 584 Cp, che risulta di molto superiore a quello irrogabile in presenza di un concorso formale fra i reati di lesioni o percosse dolose e omicidio colposo e molto vicino, nel suo massimo edittale (diciotto anni di reclusione), al minimo di pena stabilito per l'omicidio volontario (ventun anni)³⁵.

Quando la Cassazione richiama il concetto di «assorbimento della prevedibilità nell'intenzione di risultato» sembra rievocare la *doctrina Bartoli*, così come interpretata dalla penalistica tedesca sul finire dell'Ottocento³⁶, nonché la figura del *dolus indirectus* di Carpzov³⁷. In una prospettiva siffatta, il soggetto agente risponderebbe a titolo di dolo non solo per il reato voluto, ma anche per le conseguenze non direttamente volute, in tanto in quanto la condotta iniziale «rechi in sé la tendenza» verso la produzione dell'evento ulteriore e «la stessa sia tale da implicar[ne] la previsione»³⁸. Ecco, allora, che, nella fattispecie di cui all'art. 584 Cp, il dolo non investirebbe il reato più grave, ma lo lambirebbe soltanto. Un «quasi dolo», «un dolo preterintenzionale»³⁹ – o, per usare le parole di una recente pronuncia, «un dolo di risultato»⁴⁰ – in cui è immanente la «previsione» dell'evento più

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano 2004, 449 sottolinea che, nell'ottica dei compilatori, la presenza di «una progressione criminosa omogenea secondo una linea di sviluppo statisticamente frequente (di normalità del pericolo)» giustificava il fatto che il delitto preterintenzionale fosse sottoposto a pene assai più rigide del reato colposo e piuttosto vicine a quelle previste per il reato doloso. F. Bellagamba, *Maltrattamenti in famiglia - I diversi criteri di imputazione tra maltrattamenti aggravati dalla morte ed omicidio preterintenzionale*, in *GI* 2023, 1391 ss., rinviene la cifra identitaria dell'omicidio preterintenzionale nella «progressione disvaloriale», dal momento che la causazione dell'evento non voluto consisterebbe in un «approfondimento dell'offesa» originaria.

³⁶ Per una lettura critica dell'interpretazione della *Doctrina Bartoli* offerta dalla dottrina penale tedesca, il rinvio corre a R. Sorice, *La rilevanza penale della colpa nel Medioevo. Ricerche sulla Doctrina Bartoli*, in *Riv. int. dir. com.* 2020, 199 ss. L'A. osserva come, in realtà, l'illustre giurista marchigiano affrontasse la «spinosa questione» in termini problematici, cercando di conciliare ricerca il principio di volontarietà dell'azione con la punibilità di un evento estraneo alla sfera del dolo, «commesso *praeter intentionem*». Cfr. altresì G. Demuro, *La combinazione dolo-colpa nella preterintenzione: contro il regresso al dolus indirectus*, in *Diritto@Storia* 14/2016, nonché l'imprescindibile saggio di G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza*, in *RIDPP* 1991, 37 s., il quale ossera come – a ben vedere – i commentatori medievali mantenessero le ipotesi del *versari in re illicita* nell'area della colpa: «chi cagionava eventi non voluti come conseguenze di attività-base lecite» vedeva applicarsi le pene previste per la colpa; al contrario, oggi, il pericolo è che «quelle ipotesi siano ricondotte nell'area della responsabilità oggettiva», venendo punite con una pena «normalmente più grave di quella prevista per gli eventi colposi».

³⁷ Stando a quanto sostenuto da Benedict Carpzov, giurista tedesco del XVII secolo, il *dolus indirectus* è una forma di «volontà imperfetta», *indirecta*, che investe le «conseguenze» che, di norma, scaturiscono da una certa azione. Argomentando in tal modo, il dolo di omicidio viene equiparato a quello di lesioni o percosse. Per una esaustiva ricostruzione sul punto, si legga G. Demuro, *Il dolo. Svolgimento storico del concetto*, Milano 2007, 134 ss.

³⁸ Cfr. R. Sorice, *La rilevanza penale*, cit., 204.

³⁹ Così, M. Caterini, *Il reato eccessivo*, cit., 221. G. Demuro, *La combinazione dolo-colpa, un modello generalizzabile a partire dalla preterintenzione*, in *RIDPP* 2020, 549 parla, in proposito, di «dolo base rafforzato».

⁴⁰ Torna alla mente il c.d. *dol dépassé*, che connota le eccezionali ipotesi di *infraction praeterintentionnelle* (ad esempio, quella prevista dall'art. 222-7 Pc, il quale punisce con quindici anni di reclusione «*les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner*»): si tratta, nella sostanza, di forme di responsabilità obiettiva, la cui tipizzazione risponde all'esigenza di soddisfare la domanda di giustizia a fronte di condotte destanti forte allarme sociale. Cfr. J.Y. Maréchal, *Élément moral de l'infraction*, in *JurisClasser Pénal Code*, ult. agg., par. 45. Nella manualistica, X. Pin, *Droit pénal général*¹⁰, Paris 2019, 207; B. Bouloc, *Droit pénal général*²⁵, Paris 2019, 263.

grave⁴¹: chi realizza un'aggressione fisica non può non avere contezza del fatto che i suoi colpi «possono oltrepassare il segno a cui sono diretti» conducendo alla morte del soggetto passivo⁴².

L'idea del dolo “lambente” presta il fianco a rilievi critici di non poco conto.

L'immagine è senza dubbio suggestiva: si tratta di un'elegante figura retorica, che appalesa, tuttavia, un'evidente contraddizione in termini, perché non ci pare realisticamente ipotizzabile l'idea di una volontà che “sfiora” ma non “tocca” la produzione di un certo reato. Quest'ultima c'è o non c'è – *tertium non datur* – e, in relazione all'evento preterintenzionale, risulta per definizione mancante⁴³. La giurisprudenza sul punto è pacifica e distingue nitidamente fra omicidio preterintenzionale e omicidio doloso: nel primo caso, la volontà dell'agente «è diretta a percuotere o a ferire la vittima, con esclusione assoluta di ogni previsione dell'evento morte», al contrario di quanto invece accade nella diversa ipotesi di cui all'art. 575 Cp.⁴⁴.

In linea di principio *nulla quaestio*.

Sul piano pratico, invece, l'operazione è assai più complessa: alle difficoltà che inevitabilmente porta con sé il riscontro – tutto di fatto – in merito alla sussistenza dell'*animus necandi* o dell'*animus laedendi*, si aggiungono le incertezze generate dal ricorso ad espressioni aventi significato ambiguo e ambivalente. Come infatti abbiamo visto poc'anzi, molte pronunce, nel descrivere la fisionomia dell'omicidio preterintenzionale, parlano di «assoluta probabilità», se non addirittura di «previsione» del verificarsi del decesso della vittima. Affermazioni di questo tipo non fanno che accrescere le criticità nella definizione dei “confini superiori” dell'art. 584 Cp, rendendo più sfuggente il discrimine con il più grave delitto di omicidio volontario, specie quando commesso con dolo eventuale.

Ciò, in particolar modo, laddove si continuasse ad applicare l'impalpabile e «tentacolare» criterio dell'accettazione del rischio⁴⁵, mai definitivamente accantonato dalla giurisprudenza, nonostante la netta censura da parte delle Sezioni unite *Thyssenkrupp*⁴⁶. Se si riconosce agli atti diretti a ledere o percuotere una carica offensiva innata – tale da mettere sempre e comunque in pericolo la vita dell'individuo – non vediamo come si possa distinguere l'atteggiamento psicologico dell'autore di omicidio preterintenzionale da quello di chi abbia agito con volontà omicida, perché, al cospetto di «un evento ritenuto altamente probabile», ha «accettato il rischio di significativa possibilità di sua verifica»⁴⁷.

In alcune recenti pronunce, la SC sembra peraltro accontentarsi di *qualcosa di meno* dell'accettazione del rischio, e conclude per la sussistenza del dolo (eventuale) di omicidio allorché sia dimostrata la

⁴¹ Testualmente, Cass. 31.8.2023 n. 36402, cit. Di «ultrattivismo» del dolo di lesioni o percosse parla F. Bellagamba, cit., 1391 ss., il quale osserva giustamente che a tale forma di «attualizzazione» del *dolus indirectus* non è possibile «riservare alcuno spazio nel contesto di un diritto penale liberale a matrice costituzionale».

⁴² F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*¹⁶, Milano 2003, 392. Seguendo tale concezione, la «conseguenza ulteriore» non sarebbe voluta «ma neppure rifiutata» dal soggetto agente. Cfr. M. Caterini, *Il reato eccessivo*, cit., 220. Di stessa opinione anche M. Gallo, *Preterintenzione e prevedibilità*, in *CD 2006*, 12, il quale riteneva che lo sforzo profuso nell'elaborare la teoria del dolo lambente, per quanto ingegnoso, conducesse a risultati imbarazzanti, totalmente in contrasto con la volontà normativa.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ex plurimis*: Cass. 5.12.2013 n. 4425, in *De Jure*; Cass. 4.7.2007 n. 35369, in *CEDCass*, m. 237685

⁴⁵ L. Risicato, *Dolo eventuale e colpa con previsione - Silenzio colpevole: colpa con previsione o dolo omissivo?*, in *GI 2023*, 167 ss.

⁴⁶ Cfr. Cass. SU 24.4.2014 n. 38343. Tra i moltissimi commenti a tale cruciale pronuncia, segnaliamo quelli di R. Bartoli, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso “Thyssenkrupp”*, in *GI 2014*, 2566 ss.; G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il “mistero” del dolo eventuale* e M. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *RIDPP 2014*, 1935 ss.; L. Eusebi, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass., S.u., 24 aprile 2014 (Thyssenkrupp)*, in *RIDPP 2015*, 630 ss.

⁴⁷ Cfr. ad esempio Cass. 30.4.2021 n. 16523, in *CEDCass*, m. 281385-02, in cui si afferma che «Il dolo eventuale è costituito dalla consapevolezza che l'evento, non direttamente voluto, ha probabilità di verificarsi in conseguenza della propria azione, nonché dall'accettazione di tale rischio, che potrà essere graduata a seconda di quanto maggiore o minore l'agente consideri la probabilità di verifica dell'evento [...]».

mera eventualità che dal comportamento dell'agente possa derivare la morte del soggetto passivo⁴⁸. Un approccio di questo tipo postula l'abbandono della dimensione psicologica e naturalistica del dolo, in favore di un giudizio meramente normativo⁴⁹. Viene completamente omessa l'indagine in merito alla componente volitiva e si guarda soltanto al profilo della rappresentazione dell'evento, nemmeno effettiva ma potenziale⁵⁰. L'accertamento dell'*animus necandi* si esaurisce in un confronto tra l'imputato e un ipotetico agente modello, in possesso di ciò che – secondo non meglio precisate regole di esperienza – è il «normale bagaglio di conoscenze dell'uomo medio»⁵¹. Se, all'esito di tale raffronto, si ritenesse che l'agente concreto aveva a disposizione «tutti gli elementi per poter prevedere l'evento-morte», sarebbe integrato il dolo di omicidio⁵². Simile *modus procedendi* sostituisce con «schemi presuntivi», «astratti» e «oggettivati» la dimostrazione, complessa ma imprescindibile, di un atteggiamento interiore – qual è in definitiva il dolo – disattendendo *in toto* gli insegnamenti delle Sezioni unite *Thyssen*⁵³. Per quanto a noi più interessa, tale impostazione – quando, in riferimento al delitto di cui all'art. 575 Cp, allude alla possibile prevedibilità dell'evento morte – rende, nella sostanza, indistinguibile l'omicidio commesso con dolo eventuale e l'omicidio preterintenzionale.

Certamente, il ricorso agli indicatori del dolo elaborati proprio dalla sentenza *Thyssen* impone al giudicante un sforzo probatorio e motivazionale ulteriore, che dovrebbe comportare un restringimento del perimetro applicativo dell'art. 575 Cp, espungendo dal suo alveo tutte quelle ipotesi in cui dalle risultanze processuali non emerga la prova – in termini BARD – di un atteggiamento psicologico «ragionevolmente assimilabile alla volontà»: una «volontà indiretta, per analogia»⁵⁴. Tuttavia – se anche si aderisce a tale più restrittiva impostazione – risulta comunque arduo sostenere che la causazione di un evento bollato come «assolutamente probabile» non possa ritenersi investita da dolo⁵⁵.

A fronte di queste ambigue formule concettuali, il giudicante sembra aver gioco facile nel pervenire all'una o all'altra conclusione (responsabilità *ex art. 584 Cp* ovvero *ex art. 575 Cp*) sulla base della sua personale sensibilità, giustificando a posteriori la bontà della scelta da lui operata. Il pericolo di derive intuizionistiche è solo in parte ovviabile mediante una prudente e ragionata declinazione dei menzionati parametri *Thyssen*. Del resto, tali indicatori – che, peraltro, rappresentano un catalogo

⁴⁸ Cfr. Cass. 10.4.2020 n. 11946, in www.onelegale.wolterskluwert.it; Cass. 15.9.2022 n. 34032, commentata da G. Civello, *Dolo eventuale senza accettazione dell'evento: per la Corte di Cassazione è sufficiente la prevedibilità secondo il normale "bagaglio di conoscenze dell'uomo medio"*, in *RIDPP* 2023, 1090 ss.

⁴⁹ Di questo avviso, in dottrina, G. Cocco, *Va finalmente in soffitta la prima formula di Frank*, in *RespCivPrev* 2021, 1515 s., che, in riferimento al dolo eventuale, predica l'abbandono di una «volontà in senso psicologizzante» e l'impiego di criteri di tipo «normativo-ascrittivo».

⁵⁰ Lo rileva, criticamente, G. Civello, *Dolo eventuale senza accettazione dell'evento*, cit., 1098.

⁵¹ Cfr. Cass. 15.9.2022 n. 34032, cit.

⁵² È interessante riportare un significativo passaggio motivazionale della sentenza *de qua*: «L'utilizzo della regola di esperienza del normale bagaglio di conoscenze dell'uomo medio, comportando l'utilizzo di una presunzione, comporta anche che la rappresentazione e volontà dell'evento-morte appartenga non più in senso naturalistico all'agente in concreto, ma al modello di agente, e comporta, inoltre, che l'indagine sul dolo si risolva in definitiva nella indagine sulla mera rappresentazione dell'evento-morte, pretermettendo la verifica sulla componente volitiva del dolo, e quindi sul se l'agente, che quell'evento morte aveva tutti gli elementi di giudizio per poter prevedere, quell'evento-morte lo abbia anche effettivamente voluto (pur nella forma minima dell'accettazione dello stesso). Questo approdo, però, non è anomalo, ma è coerente con la sistematica del dolo eventuale, in cui la decrescita del coefficiente di volontà dell'agente nei confronti dell'evento comporta che lo spazio dell'indagine psicologica venga occupato proprio da parte della componente rappresentativa del dolo». Cfr. Cass. 15.9.2022 n. 34032, cit.

⁵³ Per una netta censura della tendenza a una iper normativizzazione del dolo, che porta allo «svuotamento» della dimensione volitiva si veda, per l'appunto, Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, cit., in cui si ribadisce, nondimeno, la necessità di ricorrere al «paradigma indiziario», che costituisce l'unica via attualmente percorribile per indagare «un dato così poco estrinseco come l'atteggiamento interiore».

⁵⁴ Cfr. Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, cit.

⁵⁵ Ha ragione G. Demuro, *La combinazione dolo-colpa nella preterintenzione: contro il regresso al dolus indirectus*, cit. quando afferma che un'impostazione del genere rischia di distruggere lo «spartiacque tra dolo e colpa».

aperto, di volta in volta integrabile in ragione delle peculiarità di contesto – non esprimono una regola inferenziale rigida e immutabile e non possono, di certo, assumere valore di prova legale rispetto alla sussistenza o meno del dolo⁵⁶. Essi sono, per loro stessa natura, flessibili e falsificabili: non si tratta che di indizi, il cui impatto non può essere “misurato” isolatamente, ma soltanto a seguito di una razionale valutazione di insieme, condotta alla luce dell’intero quadro probatorio e compiutamente esplicitata in motivazione⁵⁷.

Ecco, allora, che il loro virtuoso impiego – lungi dal costituire un ostacolo alla formazione del libero convincimento del giudice – dovrebbe favorire la controllabilità del ragionamento decisorio ed accrescere il rispetto della regola BARD sul versante del riscontro dell’elemento soggettivo⁵⁸. Gli indicatori *Thyssen* rappresentano, tuttavia, una garanzia piuttosto debole contro il pericolo di scivolamenti verso l’arbitrio giudiziale⁵⁹. Non va, infatti, taciuto il rischio che di essi venga fatto un “cattivo utilizzo”, che siano, cioè, interpretati in maniera strumentale al raggiungimento di una «soluzione preconfezionata»⁶⁰ ritenuta *ex ante* più confacente⁶¹. Un rischio a nostro avviso tangibile⁶², dal momento che tali parametri non hanno significato univoco e, in concreto, possono vedersi attribuire un’opposta valenza indiziaria⁶³. D’altra parte, siamo pur sempre di fronte ad «argomenti di natura retorica, probatoria e processuale»⁶⁴ – a massime di esperienza prive di valenza assiomatica – che non coincidono con l’essenza del dolo, ma rappresentano soltanto un “sintomo” della sua possibile esistenza nella sfera interiore del soggetto agente⁶⁵.

⁵⁶ A. Cappellini, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le Sezioni Unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, in www.penalecontemporaneo.it, 4.6.2015, 30; diffusamente, P. Astorina Marino, *L’accertamento del dolo. Determinatezza, normatività e individualizzazione*, Torino 2018, 349 ss.

⁵⁷ Il punto è ben colto nel saggio di M. Romano, *Dolo eventuale e Corte di cassazione a Sezioni unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *RIDPP* 2015, 559 ss., il quale raccomanda «grande cautela» nell’impiego degli indicatori e ribadisce la necessità di valutare la loro affidabilità, la loro coerenza e «la consonanza della interazione fra essi», con un «atteggiamento di totale disinteresse, di purezza intellettuale, di equanimità».

⁵⁸ Sul problematico rispetto della regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio con riguardo ai fatti psichici, C.E. Paliero, *Il “ragionevole dubbio” diventa criterio*, in *GD* 2006 (10), 73, che non a torto li ritiene una autentica «spina nel fianco» al suo corretto operare. G. Losappio, *Formula BARD e accertamento del dolo eventuale*, in www.penalecontemporaneo.it, 23.5.2017, 1 ss.

⁵⁹ Di «garanzia soft» parla A. Cappellini, *Dolo in ambito medico - Chirurgia inutile per denaro con morte del paziente: dolo o preterintenzione?*, in *GI* 2018, 2484 ss. G. Losappio, *Formula BARD*, cit., 14 osserva come tali indicatori «più che criteri probatori si propongono quali *check point* della motivazione», in quanto forniscono al giudicante una «traccia» non tanto per assumere la decisione, quanto piuttosto per spiegarla».

⁶⁰ A. Cappellini, *Dolo in ambito medico*, cit., 2484 ss.

⁶¹ Per alcuni esempi sull’impiego prasseologico di tali indicatori, si leggano: G. Salcuni, *Il dolo eventuale fra determinatezza e colpevolezza*, in www.lalegislazionepenale.eu, 15.3.2018; P. Astorina Marino, *La prova del dolo eventuale di omicidio nell’attività medica: la Cassazione rilegge il caso Brega Massone*, in *CP* 2018, 1016 ss.; G.P. Demuro, *Dolo eventuale - Ubriachezza e dolo eventuale nella guida spericolata*, in *GI* 2017, 942 ss. Si ricordi poi, il caso “Vannini”, su cui F. Piergallini, *Il “caso Ciontoli/Vannini”: un enigma ermeneutico multichoice*, in *Discrimen* 25.5.2020 e, in tema di contagio da virus HIV, la recente pronuncia Cass. 17.2.2023 n. 6911, in www.onelegale.wolterskluwert.it.

⁶² Ha d’altronde ragione D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*³, Torino 2019, 150 quando rileva l’intrinseca difficoltà nello stabilire se un individuo «ha voluto solo una porzione del fatto» ovvero l’intero. Difficoltà che, ineluttabilmente, si traduce in un’espansione del dolo eventuale.

⁶³ Lo rilevano, tra gli altri, G. De Vero, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto*, in *RIDPP* 2015, 88 ss.; M. Romano, *Dolo eventuale*, cit., 563; G. Civello, *Dolo eventuale senza accettazione dell’evento*, cit., 1102 ss. che sottolinea come ciascuno dei menzionati indicatori può risultare sintomatico, pur con intensità variabile, della presenza del dolo, ma «mai in modo univoco e insuperabile».

⁶⁴ G. Civello, *Dolo eventuale senza accettazione dell’evento*, cit., 1107.

⁶⁵ Così M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *DPenCont-Riv. trim.* 1/2014, 95, il quale riconosce la notevole utilità pratica degli indicatori, ma osserva altresì, come «l’esistenza di una condotta esteriormente dolosa [...] sia [comunque] la conseguenza del dolo interno [e] non la sua prova oggettivata». Sul pericolo che il ricorso a tali parametri conduca a una «normativizzazione» del dolo, privando di una sua “dimensione psicologica effettiva”, L. Eusebi, *Formula di Frank*, cit., 630 ss. In precedenza, già G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *DPenCont-Riv. trim.* 1/2012, 154 ss. In senso contrario, W. Hassemer, *Kennzeichen des Vorsatzes*, in *Gedächtnisschrift für Arm.*

2.2 Al netto della problematica distinzione fra *animus necandi* e *animus laedendi*, il *punctum dolens* dell'orientamento che riconosce una struttura unitaria all'elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale risiede nel grave e irrimediabile pregiudizio al principio di colpevolezza.

Le tensioni, come si può intuire, si registrano con riguardo alle modalità di imputazione subiettiva dell'evento morte, che viene attribuito al soggetto agente sulla scorta di una presunzione assoluta «di probabilità che dalle “azioni violente” integranti le fattispecie di percosse e lesioni derivi la morte» dell'agredito⁶⁶.

Ora, di regola, l'accertamento della responsabilità dell'imputato deve essere condotto secondo la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, senza inversioni dell'onere probatorio o semplificazioni di alcun genere, perché – in caso contrario – si recherebbe un grave *vulnus* alla presunzione di innocenza⁶⁷. In quest'ottica, sebbene non radicalmente precluso, il ricorso a presunzioni assolute nel diritto penale – specie «quando limitano un diritto fondamentale della persona»⁶⁸ o la piena realizzazione di un principio garantistico, qual è appunto la colpevolezza⁶⁹ – necessita di particolare cautela e di un attento vaglio in merito al fondamento che giustifica la loro operatività. Lo ha ribadito, a più riprese, la Consulta, la quale ha censurato quelle presunzioni giudicate *irrazionali o arbitrarie*, perché non rispondenti a «dati di esperienza generalizzati riassunti della formula dell'*id quod plerumque accidit*»⁷⁰. L'irragionevolezza di una presunzione assoluta è tanto più evidente quanto più agevole risulta l'elaborazione di «ipotesi di accadimenti reali» che ne smentiscono la validità⁷¹. Ebbene, nel caso dell'art. 584 Cp, la presunzione secondo cui dal compimento di atti diretti a ledere o percuotere derivi, non di rado, la morte dell'agredito⁷² – che consente alla giurisprudenza maggioritaria di affermare l'assorbimento della prevedibilità dell'*exitus* nel dolo del reato-base – è sprovvista di un adeguato corredo empirico e appare, anzi, in contrasto con evidenti dati di realtà. Basta un fugace sguardo alla casistica in materia di lesioni e di percosse per comprendere l'irrazionalità di tale automatismo. In effetti, le condotte integranti il segmento doloso del delitto di cui all'art. 584 Cp – se isolatamente considerate – esprimono, molto spesso, un contenuto offensivo trascurabile, che di certo non autorizza a pronosticare – in via generale, astratta e non passibile di smentita – la probabile verifica di conseguenze nefaste. Si prendano, ad esempio, le percosse, che consistono nella «manomissione dell'altrui persona», nella produzione di apprezzabili sensazioni

Kaufmann, Köln-Berlin-Bonn-München 1989, 304; Id., *Caratteristiche del dolo*, in *IP* 3/1991, 498, che evidenzia come «gli indicatori del dolo non possono essere separati dal concetto di dolo, perché soltanto loro lo rendono applicabile», facendo essi stessi parte di tale concetto.

⁶⁶ Cass. 13.12.2023 n. 49667, in www.onelegale.wolterskluwert.it.

⁶⁷ F. Caporutundo, *Presunzioni legali e onere della prova nel processo penale*, in www.giurisprudenzapenale.com 1/2014, 1.

⁶⁸ C. cost 23.7.2015 n. 185, commentata da M. Pelissero, *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*, in *GCos* 2015, 1412 ss.; si vedano, altresì, C. cost 22.7.2011 n. 231; C. Cost 16.4.2010 n. 139. Il ricorso alle presunzioni di pericolosità è peraltro a base della tipizzazione dei reati di pericolo presunto, che la stessa Consulta giudica rispettosi dei principi costituzionale di ragionevolezza ed offensività, a patto che «la valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato non risulti irrazionale e arbitraria, ma risponda all'*id quod plerumque accidit*». Cfr., ad esempio: C. Cost 10.5.2023 n. 139; C. Cost. 6.3.2014 n. 141.

⁶⁹ Cass. 13.12.2023 n. 49667, cit. Il punto è perfettamente colto D. Pulitanò, *Sulla formula e sulla legittimità di “presunzioni assolute” di colpevolezza*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di A.M. Stile, Napoli 1989, 557 ss. il quale che il ricorso a presunzioni assolute abbia una «funzione ideologica» e rischi di risolversi in un mascheramento o in una falsa rappresentazione della realtà, che sacrifica la compiuta realizzazione del principio di colpevolezza.

⁷⁰ C. cost 23.7.2015 n. 185, cit.

⁷¹ *Ex plurimis*: C. cost 23.7.2015 n. 185, cit.; C. Cost 14.7.2020 n. 191.

⁷² A ben vedere, sono le stesse pronunce che adoperano tale presunzione a smentire la sua assoluta validità, quando affermano che «non raramente» - *id est* solo talvolta – «da atti diretti a ledere o percuotere» deriva la morte del soggetto passivo. L'affermazione si ritrova in: Cass. 31.8.2023 n. 36402, cit.; Cass. 29.11.2018 n. 53729, cit.; Cass. 8.1.2013 n. 791, cit.

di dolore (ad esempio lievi spinte, sculaccioni, schiaffi, capelli tirati), da cui però non scaturisce neanche una malattia⁷³.

L'irragionevolezza della presunzione in esame è a nostro avviso manifesta se consideriamo che la condotta-base descritta dall'art. 584 Cp non consiste nella realizzazione del reato di lesioni o percosse nella forma consumata, ma nel compimento di *atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli art. 581 e 582 Cp*.

Assistiamo a una ragguardevole anticipazione «del momento in cui la condotta dell'agente assume rilevanza ai fini della responsabilità» ex art. 584 Cp e non è peregrino ipotizzare che l'agente venga chiamato a risponderci pure a fronte di condotte obiettivamente prive di potenzialità offensiva, così «lontane» dal verificarsi dell'evento, da non recare, di per sé, «alcuna nota di concreto pericolo» al bene giuridico tutelato⁷⁴.

Ciò, a maggior ragione, laddove si seguisse l'orientamento che ricomprende nel novero degli «atti diretti a» quei comportamenti nemmeno integranti gli estremi del tentativo dei delitti di cui agli artt. 581 e 582 Cp⁷⁵. Tuttavia, anche l'auspicabile adesione all'opposto e più restrittivo indirizzo – che impone di dimostrare la sussistenza dei requisiti indicati dall'art. 56 Cp⁷⁶ – non permette di arginare la notevole *vis expansiva* dell'art. 584 Cp. I benefici in termini di maggior materialità e pregnanza offensiva rischiano di essere vanificati da una lettura ampia ed «elastica» della fattispecie di percosse fornita da una parte della giurisprudenza, la quale, talvolta, si spinge a riconoscere il tentativo del delitto *de quo* in presenza di comportamenti soltanto minacciosi ed aggressivi⁷⁷.

2.3 La tendenza del diritto vivente a dilatare il raggio applicativo dell'art. 584 Cp si registra anche sul diverso versante dell'elemento soggettivo del delitto-base; non sono, infatti, isolate le pronunce che affermano la sufficienza del mero dolo eventuale rispetto alla realizzazione del reato meno grave. Senonché, un'interpretazione del genere si pone in contrasto con la *littera legis*, nella parte in cui allude al compimento di «atti diretti a ledere o percuotere».

⁷³ Nella variegata casistica, si vedano, *ex plurimis*: Cass. 28.6.2018 n. 48322; Cass. 14.9.2015 n. 4272, reperibili in www.onelegale.wolterskluwert.it; Cass. 6.5.2021, in *CEDCass*, m. 281767-03.

⁷⁴ S. Seminara, *I delitti contro la persona*, in R. Bartoli-M. Pelissero-S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino 2022, 83.

⁷⁵ Cfr. Cass. 16.3.2010 n. 16285, cit.; Cass. 6.2.2004 n. 15004, in *CEDCass*, m. 228497-01. Dello stesso avviso C.F. Grosso, voce *Preterintenzione*, cit., 2, il quale dubita seriamente «della necessità di richiedere la realizzazione di un delitto di percosse o lesioni personali tentate»; Anche G. Insolera, *Riflessioni sulla natura soggettiva della preterintenzione*, in *IP* 1981, 763 e V. Plantamura, *L'omicidio preterintenzionale*, cit. 129 escludono, quantomeno a livello letterale, che occorra la dimostrazione del tentativo di lesioni o percosse.

⁷⁶ In questo senso, espressamente, Cass. 13.5.2004 n. 26657, in www.onelegale.wolterskluwert.it; Così anche la dottrina maggioritaria. Si leggano, per tutti: F. Basile, *I delitti contro la vita*, cit., 182 ss.; S. Seminara, *I delitti contro la persona*, cit., 83; S. Canestrari, voce *Preterintenzione*, cit., 701 ss., che non vede come si possa accertare la «prevedibilità oggettiva» del verificarsi dell'*exitus* laddove gli atti compiuti dall'aggressore non siano nemmeno idonei alla causazione di percosse o di lesioni personali. In senso contrario, potrebbe tuttavia sostenersi che accertare il requisito dell'idoneità (che, ricordiamo, è causalità in potenza) risulta superfluo, perché, nel caso dell'art. 584 Cp. gli «atti diretti a ledere e percuotere» risultano effettivamente connessi alla realizzazione dell'evento più grave non voluto. Sul punto, A. Merlo, *La tragedia di Piazza San Carlo come banco di prova per l'omicidio preterintenzionale*, in *FI*, 1/2023, II, 56. In una prospettiva più ampia, le analogie strutturali fra la categoria della causalità e quella dell'idoneità sono messe in luce da F. Angioni, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*², Milano 1994, 23 s. La calzante definizione dell'idoneità come «causalità in potenza» è invece di M. Donini, *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, in Id., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova 2003, 334.

⁷⁷ F. Basile, sub art. 584, in E. Dolcini-G.L. Gatta, *Codice penale commentato*⁵, Milano 2021, 1051 rileva, realisticamente, che la «soluzione di molti casi controversi» dipende, prima che dal significato attribuito alla locuzione *atti diretti a*, «dall'estensione che si voglia effettivamente riconoscere» al reato di percosse. Un esempio emblematico della tendenza ad allargare il perimetro di tipicità dell'art. 581 Cp è rinvenibile in Cass. 1.8.2017 n. 38392, in www.onelegale.wolterskluwert.it, in cui si afferma che essendo, quello di percosse, un «reato di mera condotta, per il suo perfezionamento è sufficiente l'idoneità della condotta di violenta manomissione dell'altrui persona fisica a produrre un'apprezzabile sensazione dolorifica».

L'impiego dell'aggettivo "diretti" dovrebbe indurre l'interprete a negare la rilevanza di quelle condotte prive di una connotazione finalistica pregnante, in cui non sia, cioè, ravvisabile una chiara «corrispondenza tra il fatto tipico e l'oggetto del dolo»⁷⁸. L'opzione più restrittiva appare del resto in linea con la prevalente giurisprudenza in materia di tentativo⁷⁹ (a cui, come rilevato *supra*, viene di frequente equiparato il segmento-base dell'art. 584 Cp), la quale tende a escludere la sua integrazione a fronte di comportamenti non investiti, per lo meno, da dolo diretto⁸⁰.

La tesi favorevole alla compatibilità dell'art. 584 Cp con il dolo eventuale rispetto alla realizzazione del reato meno grave depura, invece, il concetto di «atti diretti» di ogni connotazione soggettiva: la locuzione starebbe soltanto a indicare «la dismisura dell'evento cagionato rispetto all'originaria proiezione finalistica dell'azione»⁸¹, senza nulla dire in merito all'atteggiamento psicologico del reo, che può agire spinto da dolo intenzionale, diretto od eventuale.

Se si aderisce a un'impostazione siffatta, si ripresentano i problemi di accertamento e i rischi di incontrollata espansione che, quasi inevitabilmente, porta con sé tale più tenue forma di colpevolezza dolosa; con il conseguente rischio di dilatare a dismisura il campo applicativo dell'art. 584 Cp.

Prova ne siano due recenti sentenze di legittimità, che hanno segnato l'epilogo di due vicende dall'ampia eco mediatica, conclusesi entrambe con la condanna dei responsabili (anche) per omicidio preterintenzionale: quella di Piazza San Carlo a Torino⁸² e quella della discoteca di Corinaldo⁸³.

I fatti in imputazione, simili nella loro drammaticità, consistevano nella realizzazione di plurime azioni predatorie in luoghi particolarmente affollati – una piazza con un maxischermo in cui veniva proiettata la finale di *Champions League* tra Juventus e Real Madrid e un locale chiuso ed affollato prima di un concerto di un noto *trapper* – precedute, però, dallo spargimento di uno *spray* urticante, allo scopo di accrescere la confusione e agevolare, così, il compimento di furti e rapine. La diffusione della sostanza nociva generò grande panico tra la folla, innescando una serie causale sfociata nella morte, rispettivamente, di due e sei persone, non direttamente investite dallo spruzzo. Ebbene, in ambo i casi, la Cassazione – dopo aver escluso la configurabilità di un omicidio preterintenzionale aberrante⁸⁴ (figura, invero, controversa⁸⁵, ottenuta dal combinato disposto con l'art. 82 co. 2 Cp) – ha

⁷⁸ Chiaramente, M. Pelissero, *Bondage e sadomasochismo*, cit., 354: «se la condotta consiste in atti diretti a ledere o a percuotere, è necessario che questa direzione sia oggetto di rappresentazione e volizione, il che rende compatibile tale fattispecie solo con il dolo intenzionale o con il dolo diretto».

⁷⁹ Per tutte, Cass. 19.3.2014 n. 25031, in www.onelegale.wolterskluwert.it; Cass. 26.2.2015 n. 24704, in www.dejure.it.

⁸⁰ Assunto comunque non pacifico, come emerge dalla lettura di Cass. 29.1.2009 n. 4237, in *CEDCass*, m. 242965, la quale, se da un lato equipara il compimento di atti diretti a ledere a percuotere al delitto tentato, dall'altro lato ammette che tali condotte possano essere investite solamente da dolo eventuale. In senso conforme, Cass. 8.1.2015 n. 301, in www.onelegale.wolterskluwert.it. Rileva l'incoerenza di una tale impostazione, M. Mattheudakis, voce *Forme miste dolo-colpa*, cit., 557 ss.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Cass. 20.4.2022 n. 15269, in *CEDCass*, m. 283016-01, commentata da M. Mattheudakis, *Ancora un'aberrazione applicativa dell'omicidio preterintenzionale*, in *GI* 2022, 2228 ss.; M. Nicolini, *La Cassazione riafferma e sviluppa l'orientamento consolidato in tema di imputazione soggettiva dell'omicidio preterintenzionale*, in www.sistemapenale.it, 5/2023, 223 ss.; A. Soriente, *In tema di omicidio preterintenzionale e comparazione di circostanze*, in *CP* 2023, 2386 ss.; A. Merlo, *La tragedia*, cit., 56.

⁸³ Cass. 20.2.2023 n. 7213, in www.onelegale.wolterskluwert.it.

⁸⁴ Con riguardo al caso torinese, segnaliamo che, in sede cautelare, la Cassazione riconobbe la validità della qualificazione dei fatti operata dal Tribunale del Riesame, applicando «in sinergia» l'art. 584 e l'art. 82 co. 2 Cp e chiamando dunque il ricorrente a rispondere «dell'evento arrecato alla vittima "come se" quest'ultima fosse stata l'effettiva destinataria» della sua azione lesiva. Cfr. Cass. 26.3.2019 n. 13192, commentata da S. Zirulia, *Morte per 'effetto domino' innescato dall'utilizzo di spray urticante: configurabile l'omicidio preterintenzionale c.d. aberrante? La cassazione sui fatti di Piazza San Carlo a Torino*, in www.penalecontemporaneo.it, 15.4.2019.

⁸⁵ La configurabilità dell'omicidio preterintenzionale aberrante risulta quanto meno dubbia: la giurisprudenza – seppure di rado – ne riconosce, pacificamente, l'integrazione. Cfr. Cass. 6.7.2006, n. 1796, con nota di F. Arrigoni, *L'offesa a persona diversa dalla vittima designata può integrare l'omicidio preterintenzionale*, in *DPP* 2007, 762 ss.; Cass. 14.12.1999 n. 2183, con nota di D. Brunelli, *Omicidio preterintenzionale aberrante: un disinvolto impiego delle finzioni normative di dolo da parte della Cassazione*, in *CP* 2001, 2379 ss. In maniera sostanzialmente condivisibile la dottrina

comunque affermato la responsabilità degli imputati per il reato di cui all'art. 584 Cp, facendo per l'appunto leva sulla compatibilità tra il dolo eventuale ed il compimento di «atti diretti a ledere o percuotere».

Le due pronunce, con un *iter* motivazionale per larga parte sovrapponibile, hanno, infatti, sostenuto che anche i soggetti non direttamente attinti dallo *spray* – ma deceduti per effetto della situazione di caos ingenerata dal suo spargimento⁸⁶ – vanno ritenuti vittima di un'aggressione *diretta*⁸⁷. L'offesa recata a tali individui «non discende da un errore nell'uso nei mezzi di esecuzione [...] o da altra causa [...] ma dalla adesione volontaria all'evento [...] come costo "accettato" dell'azione realizzata per conseguire il fine perseguito»⁸⁸. Poste queste premesse, la conclusione appare scontata: la condotta degli imputati rivela – seppur nella forma del dolo eventuale – la «piena e consapevole volontà» di recare lesioni anche a soggetti terzi, trattandosi di un fisiologico effetto collaterale rispetto al compimento dell'impresa criminosa⁸⁹.

Sulle modalità attraverso cui le due richiamate sentenze pervengono al riconoscimento della responsabilità per la causazione dell'evento morte diremo tra breve. Basti per ora esprimere qualche perplessità in merito all'inquadramento della vicenda delittuosa nel perimetro applicativo dell'art. 584 Cp.: esito a cui i giudici di merito e di legittimità sono pervenuti fornendo un'interpretazione decisamente ampia della nozione di «atti diretti a ledere», tanto sul piano obiettivo, quanto su quello subiettivo. Ci pare, infatti, che tali forzature ermeneutiche finiscano con il tradire l'essenza stessa dell'imputazione preterintenzionale, la cui cifra caratteristica risiede nella realizzazione di una «progressione lesiva omogena tra l'azione dolosa e la conseguenza non voluta»⁹⁰, in uno «sviluppo lungo una comune linea di offesa giuridica»⁹¹. È, tuttavia, chiaro che tale rapporto di «stretta connessione» è ineluttabilmente destinato ad affievolirsi – se non a scomparire del tutto – laddove l'imputazione per il reato voluto venga svuotata di ogni «pregnanza», «privandola di quel minimo di proiezione finalistica che già manca rispetto all'evento più grave»⁹². Ecco perché sarebbe stato forse preferibile contestare – oltre al delitto di rapina – il concorso formale fra le lesioni personali dolose commesse ai danni dei soggetti direttamente raggiunti dallo *spray* urticante e l'omicidio colposo delle persone decedute nella fuga e in alcun modo attinte dall'azione predatoria⁹³.

3. L'analisi sin qui svolta conferma che, dietro il riconoscimento dell'irragionevole presunzione assoluta di colpevolezza su cui ripiegano molte recenti pronunce, si cela l'ennesimo nascondimento

prevalente è incline a negarne l'ammissibilità, se non altro perché la severità del trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 584 Cp sarebbe difficilmente giustificabile se si sostituisse il dolo del reato base con una mera *fictio*. Sul punto, pur con diversi argomenti: G. De Francesco, *Aberratio. Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza dell'esecuzione del reato*, Torino 1998, 156 s.; D. Brunelli, *Omicidio preterintenzionale*, cit., 2375 s.; S. Zirulia, *op cit.* *Contra*: P. Pisa, *Giurisprudenza commentata di diritto penale. Delitti contro la persona e contro il patrimonio*⁶, Padova 2018, 100; più prudente, F. Arrigoni, *L'offesa*, cit., 765. Per un'efficace sintesi dello stato dell'arte del dibattito, il rinvio corre a: M. Lanzi, *Preterintenzione e reato aberrante, tra vecchi paradigmi e nuove esigenze di tutela*, in *Discrimen* 11.9. 2019, 9 ss.

⁸⁶ Segnatamente, nella vicenda di Piazza San Carlo, lo spruzzo della sostanza al peperoncino provocò una situazione di incontrollabile caos, dovuto anche all'enorme moltitudine di spettatori (circa trentamila persone) venute ad assistere alla proiezione della finale Juventus-Real Madrid. Gli improvvisi e scomposti movimenti della folla in tumulto – che, nel tentativo di fuggire da un luogo affollatissimo ed angusto, travolse tutto ciò che aveva davanti – produssero gravi eventi lesivi e, appunto, la morte di tre persone. Nel caso di Corinaldo, invece, le sei giovani vittime persero la vita a causa del cedimento di una balaustra laterale del locale, presa d'assalto in seguito al panico generato dalla diffusione dello *spray* irritante.

⁸⁷ Cass. 20.4.2022 n. 15269, cit.; Cass. 20.2.2023 n. 7213, cit.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Cfr. S. Canestrari, voce *Colpa e preterintenzione*, in *Reato colposo*, cit., 91.

⁹¹ Così, C.F. Grosso, voce *Preterintenzione*, cit., 2.

⁹² Ravvisa un tale pericolo anche M. Mattheudakis, *Ancora un'aberrazione*, cit., 2228.

⁹³ Suggerzioni in tal senso in M. Lanzi, *Preterintenzione*, cit., 29 ss.; M. Mattheudakis, *Ancora un'aberrazione*, cit., 2232.

di una censurabile forma di responsabilità oggettiva. Se a ciò si aggiunge la propensione della giurisprudenza a includere nel novero degli atti diretti a ledere o percuotere anche condotte investite dal dolo eventuale (talora accertato secondo il censurabile criterio dell'accettazione del rischio), e nemmeno integranti gli estremi obiettivi del tentativo del reato-base, il quadro non può che destare notevole allarme. Il rischio tangibile è che la responsabilità per il grave omicidio preterintenzionale venga riconosciuta su basi davvero fragilissime, specialmente sotto il profilo della rimproverabilità soggettiva.

Un'ulteriore conferma dell'irrazionalità di un simile assetto può trovarsi in un confronto con la giurisprudenza sull'art. 586 Cp o sugli altri reati aggravati dall'evento (si pensi alla casistica in tema di maltrattamenti contro familiari e conviventi seguiti dalla morte del maltrattato). In quei contesti è pacificamente richiesta la dimostrazione della concreta prevedibilità dell'evento non voluto da parte dell'autore dell'illecito doloso base. Bisogna però rilevare come, non di rado, tali delitti siano caratterizzati da un livello di pericolosità per l'incolumità altrui ben superiore a quello espresso da alcune condotte riportabili negli «atti diretti a ledere o a percuotere» ex art. 584 Cp, in relazione alle quali la giurisprudenza continua, paradossalmente, a riconoscere quel “nesso di derivazione” rispetto al verificarsi dell'evento morte su cui si fonda la presunzione in parola.

Un implicito sentimento di disagio verso l'operare di un automatismo siffatto sembra, per il vero, trasparire in alcune sentenze di legittimità, fra cui proprio quella riguardante i fatti di Piazza San Carlo, che in qualche modo tenta di «riempire di contenuto»⁹⁴ la “vuota” formula del dolo di risultato. Nelle motivazioni di queste sentenze si afferma, infatti, che «l'evento morte deve costituire il prodotto della specifica situazione di pericolo generata dal reo con la condotta intenzionale volta a ledere o percuotere una persona»; al contrario, se il verificarsi del decesso «della vittima è del tutto estrane[o] all'area di rischio attivato con la condotta iniziale [...] non può essere imputato a titolo preterintenzionale, ma deve essere punito a titolo di colpa»⁹⁵. La prevedibilità *ex lege* “degraderebbe” qui a mera presunzione semplice, in quanto sarebbe comunque richiesta una verifica, caso per caso, in merito alla collocazione dell'evento morte «nell'area di rischio innescata dalla condotta lesiva: collocazione normalmente ravvisabile ma astrattamente suscettibile di essere messa in discussione»⁹⁶. In tali affermazioni riecheggia la teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento, che – di norma – viene proposta quale correttivo al criterio condizionalistico nell'accertamento del nesso eziologico, volto a selezionare – già in base a una valutazione *ex ante* – il novero delle condotte penalmente rilevanti⁹⁷. Ragionando in tal modo, la relazione casuale potrebbe dirsi sussistente solo quando l'*exitus* sia «conseguenza di una specifica situazione di pericolo cagionata dalla condotta intenzionale del reo, volta a percuotere o ledere il soggetto passivo»⁹⁸. Orbene, con il richiamo al “rapporto di rischio” si

⁹⁴ L'espressione è di M. Nicolini, *La Cassazione riafferma*, cit., 230.

⁹⁵ Testualmente Cass. 20.4.2022 n. 15269, cit.; in precedenza: Cass. 18.11.2019 n. 5515, commentata da L. Barile, *L'omicidio preterintenzionale tra versari in re illicita e ineludibili esigenze di garanzia*, in www.sistemapenale.it, 29.5.2020.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ La teoria, che affonda le sue radici nella dottrina tedesca (v. per tutti G. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin, 1991, 213 ss.; C. Roxin-L. Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5 Aufl., München 2020) ha trovato ampio riconoscimento nella dottrina italiana. Cfr., nella sterimata bibliografia: A. Pagliaro, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *RIDPP* 1992, 779 ss.; A.R. Castaldo, *La concretizzazione del «rischio giuridicamente rilevante»*, in *RIDPP* 1995, 1096 ss.; G. De Francesco, *Modelli scientifici e cultura dei principi nel rapporto di causalità in diritto penale*, in *St. iuris* 2002, 456 s.; A. Perin, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della “diminuzione di chances”*, in *AP* 2/2018. Criticamente, G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 3 ss.

⁹⁸ Cfr. Cass. 20.4.2022 n. 15269, cit. Medesime affermazioni in Cass. 3.12.2002 n. 3946, in *CEDCass*, m. 224903, commentata da C. Pongiluppi, *Dolo generale e preterintenzione: la realizzazione del rischio come criterio risolutivo nelle indicazioni della Cassazione*, in *CP* 2004, 36 ss. Nel caso di specie, un uomo aveva aggredito una donna, spingendola e lasciandola priva di sensi sul letto. Credendola morta, questi aveva poi tentato di simulare il suicidio, mediante soffocamento con un cuscino e accensione del gas metano. Ebbene, la SC ha escluso sia la responsabilità per omicidio doloso (in quanto ciò avrebbe significato ripiegare sulla controversa categoria del dolo generale), sia quella per omicidio

realizza una singolare sovrapposizione fra il piano dell'elemento oggettivo e quello dell'elemento soggettivo, una «confusione dei piani»⁹⁹ a cui però, in realtà, non corrisponde un riscontro più «stringente» e «intenso» del legame tra il contegno doloso-base e l'evento non voluto¹⁰⁰. In pratica, la responsabilità *ex art. 584 Cp* continua ad essere riconosciuta all'esito di una ricostruzione, finanche disinvolta, della sequenza causale che lega la condotta dell'agente alla morte della vittima dell'azione lesiva¹⁰¹.

3.1 A fronte di una giurisprudenza di legittimità che, in maniera pressoché granitica, imputa l'evento morte di cui all'art. 584 Cp a seguito del mero riscontro del nesso causale, e di una dottrina che ormai altrettanto graniticamente denuncia l'incompatibilità di un simile assetto con i valori costituzionali, la svolta – a lungo attesa – può essere forse segnata da due innovative pronunce, nelle quali la SC disattende il suo consolidato orientamento¹⁰².

Più nel dettaglio, la sentenza n. 46467/2022 – con una motivazione puntuale e al contempo prudente – ha ritenuto che il solo antidoto capace di sgomberare il campo dal pericolo di una re-introduzione, sotto mentite spoglie, della responsabilità oggettiva sia costituito da una rilettura dell'elemento soggettivo della preterintenzione come dolo accompagnato da colpa in concreto¹⁰³. Un appiglio a favore di tale *revirement* viene individuato in quelle decisioni, evocate poc'anzi, che – pur allineandosi all'impostazione prevalente – facevano menzione del concetto di «area di rischio». Ebbene, la sentenza *de qua* ripropone e mostra di condividere l'assunto secondo cui «la prevedibilità dell'evento morte deve essere verificata anche alla luce della sua collocazione nell'area di rischio innescata dalla condotta lesiva»¹⁰⁴, ma ne fornisce una diversa interpretazione, tesa a suffragare l'auspicata rilettura dell'art. 584 Cp. Il richiamo all'area di rischio non opererebbe, dunque, sul piano del nesso eziologico, bensì a livello soggettivo e varrebbe «ad orientare il ragionamento nel senso di ritenere che di omicidio preterintenzionale» si può rispondere unicamente laddove «un uomo ragionevole poteva rappresentarsi l'intervento del fattore causale che ha fatto degenerare le percosse

preterintenzionale, proprio perché il sopraggiungere dell'*exitus* non risultava il «prodotto della specifica situazione di pericolo generata dal reo». Si conclude, pertanto, per il concorso formale tra il delitto di lesioni e l'omicidio colposo. Sulla correttezza della scelta di «spezzare giuridicamente l'imputazione», in quanto essa «attiene a due rischi distinti», M. Donini, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, in *ED 2010*, Annali III, 642. Cfr. inoltre L.D. Cerqua, *Il criterio di imputazione dell'evento non voluto nell'omicidio preterintenzionale. Brevi osservazioni*, in *GM 2009*, 1058 ss.
⁹⁹ Il punto è colto da M. Nicolini, *La Cassazione riafferma*, cit., 230; L. Barile, *L'omicidio preterintenzionale*, cit. Del resto, una delle principali critiche che viene mossa alla teoria dell'imputazione obiettiva è quella di «spostare» sul piano della causalità problemi che possono essere risolti a livello di elemento soggettivo. Si veda, nella manualistica recente, M. Pelissero, *Rapporto di causalità*, in C.F. Grosso-M. Pelissero-D. Petrini-P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*³, Milano 2023, 262 s.

¹⁰⁰ Cfr. S. Canestrari, voce *Preterintenzione*, cit., 701 ss.

¹⁰¹ Peraltro, L. Barile, *L'omicidio preterintenzionale*, cit. mette in guardia dal rischio che l'utilizzo del parametro della «collocazione nell'area di rischio» e, comunque della teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento finisca con «alleggerire» ulteriormente il riscontro del nesso causale, ammettendo intollerabili deroghe al paradigma condizionalistico.

¹⁰² Ci riferiamo a: Cass. 13.12.2023 n. 49667, in www.onelegale.wolterskluwert.it; Cass. 27.9.2022 n. 46467, in *CEDCass*, m. 283892, su cui V. Badalamenti, *Il criterio di imputazione colpevole dell'omicidio preterintenzionale: la Cassazione segna un ritorno ai binari costituzionali*, in www.sistemapenale.it, 13.12.2023. Su posizioni simili si erano attestate, nel recente passato, alcune isolate pronunce di merito: cfr. Corte d'Assise di Sassari, 14.2.2022, commentata da M. Nicolini, *La Corte d'assise di Sassari supera la prevedibilità in astratto e apre alla colpa in concreto nell'omicidio preterintenzionale*, in www.sistemapenale.it, 13.4.2022; Corte d'Assise di Brescia, 12.7.2019, con nota di B. Fragasso, *Una spinta causa la morte di un uomo: l'omicidio preterintenzionale, in un caso di scuola, tra responsabilità oggettiva e dolo misto a colpa*, in www.sistemapenale.it, 17.12.2019; Corte d'Assise di Reggio Emilia, 12.1.2015, commentata da S. Finocchiaro, *Anche nell'omicidio preterintenzionale il criterio di imputazione dell'evento è la colpa in concreto? Una pronuncia della Corte d'assise di Reggio Emilia*, in www.penalecontemporaneo.it, 24.12.2015.

¹⁰³ Cfr. Cass. 27.9.2022 n. 46467, cit.

¹⁰⁴ Cfr. Cass. 27.9.2022 n. 46467, cit., che riprende testualmente Cass. 20.4.2022 n. 15269, cit., precisando tuttavia che «l'evento letale deve essere non solo causalmente derivato dalla condotta dolosa diretta a ledere o percuotere ma deve anche essere riconducibile allo specifico rischio *concretamente prodotto* dall'azione lesiva» (corsivi nostri).

o le lesioni [...] nella morte della vittima»¹⁰⁵. Simile lettura – prosegue la SC – avrebbe, peraltro, il pregio di tracciare un più netto confine tra la *previsione effettiva* dell'*exitus*, indubbiamente sintomatica del dolo omicidiario – e la sua *concreta prevedibilità*, che affianca, invece, una volontà solo diretta a ledere o percuotere¹⁰⁶.

Una seconda – e più evidente – breccia nella consolidata giurisprudenza di legittimità è stata aperta dalla sentenza n. 49667/2023. La Corte muove sferzanti critiche all'operare della presunzione assoluta che giustificerebbe l'assorbimento della prevedibilità dell'evento morte in un "fantomatico" dolo di risultato. Tale inaccettabile automatismo – smentito, come già detto, da inconfutabili dati di realtà – reca un irreparabile *vulnus* al principio di colpevolezza, che non può, in alcun caso, essere «sacrificato dal legislatore in nome di una più efficace tutela di altri valori, ancorché di rango costituzionale»¹⁰⁷.

L'irragionevolezza emerge in maniera palese volgendo lo sguardo al profilo della risposta sanzionatoria. L'indirizzo prevalente, come ricorderemo, sosteneva che gli elevati limiti edittali previsti dall'art. 584 Cp rispetto all'ipotesi di omicidio colposo erano giustificati da un'asserita "relazione funzionale" tra lesioni/percosse e causazione morte e dalla conseguente presenza di un «dolo rinforzato»¹⁰⁸ nel delitto-base¹⁰⁹. Una volta appurata la fallacia di una ricostruzione siffatta – che, alla prova dei fatti, si rivela un "vuoto guscio" per giustificare l'imputazione dell'evento ulteriore a fronte del riscontro del nesso eziologico – la diversità di pena fra l'art. 584 Cp e art. 589 Cp (anche in eventuale concorso con il reato di lesioni), già di per sé enorme, risulterebbe «del tutto sproporzionata»¹¹⁰.

La conclusione – suffragata da ampi rimandi alla giurisprudenza della Consulta – appare quindi obbligata: la preterintenzione è una combinazione tra dolo e colpa in concreto perché – e qui citiamo testualmente – «tale orientamento è il solo in grado di assicurare [...] un elemento psicologico in linea con la nozione di colpevolezza nella pregnante accezione delineata e individuata come costituzionalmente necessaria dal giudice delle leggi» nelle sentenze del 1988¹¹¹.

3.2 Le due sentenze da ultimo esaminate si pongono nel solco tracciato dalle Sezioni unite nella sentenza Ronci, ravvisando una sorta di analogia di struttura fra art. 584 e art. 586 Cp, dal momento che, in entrambi i casi, viene incriminata una progressione criminosa. La Cassazione abbandona la concezione unitaria dell'elemento subiettivo della preterintenzione, che viene così scomposto in due "segmenti" distinti, da accertare separatamente in sede processuale.

Ebbene, non si può negare che tale duplice arresto abbia il pregio di far riemergere un contrasto giurisprudenziale da anni latente e renda palese la crescente sensibilità della giurisprudenza nella valorizzazione del principio di colpevolezza, ponendo fine alla perdurante incomunicabilità fra dottrina e diritto vivente con riguardo all'art. 584 Cp. E, tuttavia, l'impatto di queste innovative

¹⁰⁵ Cfr. Cass. 27.9.2022 n. 46467, cit.

¹⁰⁶ *Ibidem*. È doveroso menzionare anche la sentenza che ha segnato l'epilogo della vicenda di Corinaldo (cfr. Cass. 20.2.2023 n. 7213, cit.). In questo caso, la S.C., seppure in termini meno nitidi, sembra dare continuità a quanto affermato in Cass. 27.9.2022 n. 46467, cit.: tale pronuncia – lungi da contrapporsi all'orientamento tradizionale – ribadisce che la fattispecie di cui all'art. 584 Cp «è costruita sulla sola volontà di infliggere percosse o provocare lesioni» e che la prevedibilità dell'evento ulteriore è «intrinseca» alla previsione normativa, salvo poi affermare la necessità di una verifica in concreto in merito alla collocazione dell'evento non voluto «nell'area di rischio innescata dalla situazione lesiva». Orbene – nonostante la SC non faccia richiamo, ma, al contrario, escluda espressamente la sussistenza di un «segmento colposo» nel reato previsto dall'art. 584 Cp – essa nondimeno procede a una valutazione, tutto sommato puntuale, della concreta prevedibilità della morte dei sei avventori datisi alla fuga in seguito allo spargimento dello *spray* urticante, seguendo un *modus procedendi* simile a quello adottato dalla sent. n. 46467/2022.

¹⁰⁷ Cfr. Cass. 13.12.2023 n. 49667, cit.

¹⁰⁸ G. Demuro, *La combinazione dolo-colpa. un modello generalizzabile a partire dalla preterintenzione*, cit., 552.

¹⁰⁹ In questo senso, si esprimeva Cass. 27.6.2012 n. 35582, cit.

¹¹⁰ Cfr. Cass. 13.12.2023 n. 49667, cit.

¹¹¹ *Ibidem*.

pronunce non va a nostro avviso sopravvalutato: se è vero che esse si discostano dall'impostazione maggioritaria, è vero anche che tale inversione di rotta si arresta alle petizioni di principio. In ambo le ipotesi, infatti, non è stata messa in dubbio la sussistenza della concreta prevedibilità dell'evento morte e la SC ha agevolmente concluso per il rigetto dei ricorsi, confermando il verdetto di condanna pronunciato nei gradi di merito¹¹².

Tanto premesso, sorge spontaneo interrogarsi su quali potrebbero essere i prossimi passi per ricomporre la persistente frizione tra interessi general-preventivi e colpevolezza ravvisabile nel contesto dell'omicidio preterintenzionale¹¹³.

In seguito al riacuirsi del contrasto, non è peregrino ipotizzare una rimessione alle Sezioni unite¹¹⁴, esattamente come accaduto per l'art. 586 Cp. Con l'avvertenza, però, che un loro eventuale intervento potrebbe non avere gli esiti da noi sperati, tanto radicato è, nelle aule di giustizia, l'indirizzo che ricostruisce unitariamente l'elemento soggettivo dell'art. 584 Cp, ed afferma la piena compatibilità di un'impostazione siffatta con l'art. 27 Cost. In effetti, la giurisprudenza sembra ancora troppo incline a cedere al fascino della responsabilità oggettiva: sebbene, in un ordinamento fondato sul principio di colpevolezza, essa rappresenti un autentico anacronismo, il suo implicito riconoscimento consente una più agevole soddisfazione delle contingenti esigenze punitive, perché si risolve in una notevole semplificazione probatoria, che esonera il giudicante dall'addentrarsi nella complessa dimostrazione della *culpa in re illicita*¹¹⁵.

Tale atteggiamento di ritrosia ci induce a riflettere sull'opportunità di un intervento della Corte costituzionale. La proposta di certo non è nuova: in questo senso si era mossa una parte della dottrina, che – sul finire degli anni Novanta – aveva sollecitato una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 584 Cp nella parte in cui non prevede che la «responsabilità dell'evento morte sia subordinata all'accertamento della colpa»¹¹⁶. In alternativa, potrebbe ipotizzarsi una sentenza interpretativa di rigetto, che censurasse nondimeno l'orientamento prevalente, e procedesse a una rilettura *secundum constitutionem* della disposizione in parola¹¹⁷. Per onore del vero, la q.l.c. è stata, in più occasioni, portata all'attenzione della SC, la quale non ne ha però mai investito la Consulta e ha sempre concluso per la sua manifesta infondatezza: basti ricordare, da ultimo, la sentenza n. 36402/2023 che – non senza un velo di ipocrisia – ha negato ogni profilo di contrasto con l'art. 27 Cost.¹¹⁸, facendo per l'appunto leva sull'evanescente concetto di “dolo di risultato”¹¹⁹.

¹¹² Osserva F. Basile, sub art. 584, cit., 1063, come l'affermazione del dolo misto a colpa nell'ambito dell'art. 584 Cp – pregevolissima – rimanga unicamente «sulla carta», in quanto formulata in casi dove l'esistenza di un coefficiente di rimproverabilità soggettiva rispetto alla causazione dell'evento morte è incontrovertibile.

¹¹³ Cfr. A. Castaldo, *La struttura dei delitti aggravati dall'evento tra colpevolezza e prevenzione generale*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, cit., 308.

¹¹⁴ Di questa opinione anche M. Nicolini, *Di nuovo sull'elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale: si acuisce il contrasto giurisprudenziale*, cit.

¹¹⁵ Da ultimo, G. Piffer, *Preterintenzione e delitti aggravati dall'evento*, cit., 7 s.; F. Basile, *I delitti contro la vita*, cit., 212, il quale ricorda come la responsabilità obiettiva – che ancora «ammalia e lusinga i giudici» - rimandi a una concezione primordiale dello *ius terribile*, «basata sul mero nesso di causalità [...], mai definitivamente sepolta, nella coscienza individuale e collettiva, [specie] quando si tratta di delitti di sangue».

¹¹⁶ Questa la soluzione caldeggiata, sul finire degli anni Novanta, da P. Pisa, *Responsabilità oggettiva*, cit., 320.

¹¹⁷ Cfr. D. Pulitanò, *Diritto penale*¹⁰, Torino 2023, 282.

¹¹⁸ Tale atteggiamento è perentoriamente rilevato da S. Canestrari-M. Mattheudakis, *Osservazioni su colpa in attività illecita, omicidio preterintenzionale e art. 586 c.p.*, cit., 89 ed emerge, paradigmaticamente, proprio in Cass. 31.8.2023 n. 36402, cit., laddove afferma, a nostro avviso apoditticamente, che «l'art. 584 c.p. non addebita all'agente la responsabilità dell'evento-morte sulla sola base del rapporto di causalità, essendo l'evento della morte comunque soggettivamente collegato all'agente tramite la previsione *ex lege* che lo contiene e che l'agente medesimo non può ignorare, sicché esso non contrasta col principio costituzionale secondo cui è necessaria quantomeno la colpa per l'integrazione di una fattispecie penale (infatti, per poter giustificare la funzione rieducativa della pena è indispensabile che la condotta dell'agente, oltre ad essere eziologicamente collegata all'evento, sia sorretta dall'elemento soggettivo della colpa o del dolo), dovendosi riconoscere che l'art. 584 c.p. contempra una fattispecie che implica qualcosa di più della colpa, il dolo di risultato».

¹¹⁹ Cfr. Cass. 31.8.2023 n. 36402, cit.; Cass. 14.4.2006 n. 13673, cit.; Cass. 18.10.2012 n. 791, cit.

4. In attesa di comprendere se il contrasto giurisprudenziale in atto si risolverà nel senso di una reinterpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 584 Cp, non possono trascurarsi le incertezze che s'incontrano nella definizione dei contenuti della colpa in attività illecita e delle sue modalità di riscontro.

Vengono qui alla mente le parole di Giorgio Marinucci, che – in un noto saggio di ormai trent'anni fa – riteneva la strada verso la compiuta affermazione del principio di colpevolezza «lastricata di ostacoli» veri o presunti: taluni di matrice politico-criminale, talaltri di natura dogmatica¹²⁰. Fra questi rientrerebbe, proprio, l'antico retaggio secondo cui chi versa *in re illicita* non può rispondere per colpa, in quanto essa sarebbe configurabile soltanto con riguardo alle attività *ab origine* lecite. Le scelte normative – anche molto recenti – e l'evoluzione della giurisprudenza dimostrano, tuttavia, l'esatto contrario: la «ripugnanza della colpa ad occupare l'area degli eventi conseguenti» a fatti-base illeciti o penalmente rilevanti non è un'alternativa realmente predicabile¹²¹.

Le conclusioni cui pervenne l'illustre studioso risultano, per gran parte, condivisibili. Ciò non significa, però, che la colpa *in re illicita* debba necessariamente assumere connotati in tutto e per tutto identici a quella operante in contesti originariamente leciti¹²².

Il punto merita una riflessione più attenta.

Prendiamo nuovamente le mosse dall'analisi del diritto vivente. La sentenza Ronci – lo abbiamo accennato in premessa – parificava, per lo meno sul piano delle dichiarazioni di principio, colpa in attività lecita e colpa in attività illecita, definendo quest'ultima come “colpa normale” o “colpa comune”¹²³.

Le Sezioni unite, nondimeno, tradiscono un certo imbarazzo nell'individuare il precetto cautelare violato assumendo a metro di paragone un ipotetico *delinquente modello* (nel caso di specie, uno *spacciatore modello*) e fanno, piuttosto, ricorso alla figura dell'*individuo medio e razionale*, una persona ragionevole posta nella stessa situazione in cui si è trovato l'agente reale¹²⁴. Al di là dell'etichetta formale, poco cambia. La pronuncia del 2009 ravvisa la necessità di reperire una regola profilattica, diversa dalla norma penale che punisce il delitto doloso-base, alla luce della quale condurre l'accertamento della colpa, operazione che richiede l'impiego di un parametro di riferimento, comunque lo si voglia denominare¹²⁵.

Sul piano pratico, la Corte – lungi da prodigarsi nel reperimento del precetto cautelare violato – si limita, tuttavia, ad effettuare un giudizio sulla concreta prevedibilità dell'evento ulteriore. Tale valutazione si basa su un'attenta disamina delle circostanze di fatto (o, se preferiamo, di un catalogo

¹²⁰ Cfr. G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 36, il quale sottolineava come il «bisogno di punizione» costituisca un ostacolo di non poco conto al «libero dispiegarsi» del principio di colpevolezza e ravvisava la necessità di restituire a «impoverita» categoria «succo e sangue».

¹²¹ G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 36.

¹²² Di questo avviso, tra gli altri: F. Basile, sub *art. 584*, cit., 1062; G. De Francesco, *In tema di colpa. Un breve giro di orizzonte*, in www.laegislazionepenale.eu, 5.1.2020, 25; E. Gallo, *Delitti aggravati dall'evento e delitti di attentato*, in *GI* 1990, 409 ss.; G. Civello, voce *Prevedibilità e reato colposo*, in M. Donini (diretto da), *Reato colposo. Enc. Dir.*, Milano 2021, 1004 ss. In precedenza, F. Antolisei, *La colpa per inosservanza di leggi*, in *GP* 1948, 11; L.D. Cerqua, *Il criterio*, cit., 1058 ss. Nella manualistica, si veda P. Pisa, *Ipotesi di responsabilità anomala*, in C.F. Grosso-M. Pelissero-D. Petrini-P. Pisa, *Manuale*, cit., 442. *Contra*, con diverse sfumature: M. Gallo, *Preterintenzione e prevedibilità*, cit., 14; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*⁹, Milano 2020, 363; A. Castaldo, *La struttura dei delitti aggravati dall'evento*, cit., 312 ss.; R. Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino 2005, 131; Id., “*Colpa*” in *attività illecita*, cit., 1049 ss.; A. Carmona, *Il versari in re illecita colposo*, in *IP* 2001, 237 ss.; Id., *La “colpa in concreto” nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, in *CP* 2009, 4591.; G. De Vero, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino 2020, 582. Da ultimo, F. Consulich, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino 2023, 75 ss.

¹²³ Cfr. *supra* par. 1.

¹²⁴ Cass. SU. 22 gennaio 2009 n. 22676, cit. Forti critiche in A. Carmona, *La “colpa in concreto”*, cit., 4595.

¹²⁵ Correttamente, M. Pelissero, *Bondage e sadomasochismo*, cit., 353.

aperto di indicatori elaborati alla luce dell'esperienza maturata in un certo contesto socio-criminologico), che – ponendosi in una prospettiva *ex ante* – avrebbero o non avrebbero dovuto mettere l'agente in condizione di prevedere i possibili sviluppi della sua azione criminosa. Così, nel caso passato al vaglio delle Sezioni unite (quello del cedente di sostanze stupefacenti), la responsabilità *ex art.* 586 Cp sussisterebbe – ad esempio – laddove lo spacciatore avesse consapevolmente venduto una miscela particolarmente pericolosa per quantità o natura; o, ancora, quando fosse a conoscenza del fatto che l'acquirente intendesse procedere a un *mix* di alcol e droghe, o che quest'ultimo fosse particolarmente fragile o di giovane età e, pertanto, maggiormente esposto ai rischi di overdose¹²⁶. Di converso, la colpa andrebbe esclusa allorché il decesso della vittima non fosse una conseguenza ragionevolmente pronosticabile, ad esempio perché verificatosi a causa di una reazione allergica del tutto ignota al soggetto agente¹²⁷.

4.1. Se in linea teorica la sentenza Ronci ha riconosciuto una nozione unitaria di colpa penale, alla prova dei fatti, il suo riscontro *in re illicita* si esaurisce in una verifica – più o meno accorta – della concreta prevedibilità dell'evento ulteriore¹²⁸. L'evoluzione della giurisprudenza successiva al cruciale arresto delle Sezioni unite ha sostanzialmente confermato siffatta impostazione¹²⁹, tanto con riguardo all'art. 586 Cp¹³⁰, quanto in relazione agli altri delitti aggravati dall'evento a struttura preterintenzionale¹³¹. Nello stesso senso si orientano anche le ultime pronunce in tema di concorso anomalo¹³², che identificano il coefficiente di colpevolezza necessario ai fini dell'integrazione

¹²⁶ Cass. SU. 22 gennaio 2009 n. 22676, cit.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Nella stessa direzione si muove anche la giurisprudenza tedesca che, a fronte di un dato normativo che richiede il riscontro della colpa *in re illicita* (cfr. la previsione contenuta nel § 18 *StGB*), si accontenta – nel migliore dei casi – di una valutazione sulla prevedibilità in concreto. Cfr. la panoramica di D. Sternberg-Lieben, § 227, in *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Auf. 30, bearbeitet von A. Schönke-H. Schröder, München 2019, 2294; H.U. Paeffgen-M. Bose, § 227, in *Strafgesetzbuch*, bearbeitet von U. Kindhauser-U. Neumann-H.U. Paeffgen, Baden-Baden 2017, 2250 ss.; si vedano, a mero titolo di esempio, BGH 15.3.2022 - 2 StR 302/21; BGH 23.2.2021 - 3 StR 488/20, in www.openjur.de. Per un ampio confronto sull'approccio in tema di preterintenzione in Italia e in Germania, il rinvio corre a L. Staffler, *Präterintentionalität und Zurechnungsdogmatik. Zur Auslegung der Körperverletzung mit Todesfolge im Rechtsvergleich Deutschland und Italien*, Berlin 2015, 137 ss., 181 ss.

¹²⁹ In proposito è interessante il recentissimo studio di E. Ammanato, *La colpa in attività illecita: il ruolo "straordinario" della prevedibilità nella personalizzazione del giudizio colposo*, in *DPenCont-RivTrim.* 2/2023, 103 ss., in cui l'A. esamina le sentenze di legittimità concernenti l'art. 586 Cp successive al 2009 (circa 140 fino al 2020), ravvisando come in tredici occasioni si sia pervenuti a una pronuncia di annullamento per carenza di motivazione in punto di elemento soggettivo. In questo solco, si pone Cass. 24.1.2022 n. 2572, in *CEDCass*, m.282827, che ha annullato le sentenze di merito per il mancato riscontro della prevedibilità in concreto dell'evento morte della vittima di un tentativo di rapina, in quanto – ad avviso della SC – l'età elevata della persona offesa (settantacinquenne) non è sufficiente a prevenire l'esistenza delle patologie cardiache che hanno innescato il decorso causale culminato con l'*exitus*.

¹³⁰ Molto peculiare, ma emblematica, Cass. 4.4.2019 n. 38060, in *CP* 2020, 1995 ss. che riguardava un caso di estorsione che culminò nel suicidio della vittima: qui la Corte riconobbe la responsabilità *ex art.* 586 Cp in capo agli autori dell'estorsione in ragione della nota «fragilità della giovanissima vittima, tossicodipendente, ridotta dalla pesante e violenta condotta degli imputati in uno stato di profonda prostrazione»; similmente, *ex plurimis*: Cass. 1.4.2019, n. 14063, in www.onelegale.wolterskluwert.it. Con riguardo alla morte conseguente al delitto in materia di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina: Cass. 7.6.2019 n. 25356, *ivi*, la quale ha concluso per la responsabilità degli scafisti *ex art.* 586 Cp all'esito di un giudizio di prevedibilità in concreto: «la pericolosità per la vita dei migranti, derivante dalla loro costrizione in un ambiente non avente spazio sufficiente a contenerli, la cui aria era anche dall'esterno contaminata, era fattore che gli imputati, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, conosciute o conoscibili, erano certamente in grado di rappresentarsi». Ricordiamo, incidentalmente, che tale casistica sarebbe oggi riconducibile nell'alveo del nuovo art. 12 *bis* d.l. 25.7.1998 n. 286, come modificato dal c.d. decreto Cutro.

¹³¹ Piuttosto ampia la casistica in tema di maltrattamenti seguiti dalla morte non voluta del soggetto maltrattato: da ultimo Cass. 18.1.2023 n. 1948, in www.onelegale.wolterskluwert.it; Cass. 7.3.2022 n. 8097, *ivi* (riguardante, nuovamente, il suicidio della vittima del reato); Cass. 16.11.2021 n. 41744, *ivi*.

¹³² Cfr. Cass. 7.1.2021 n. 306, in *CEDCass*, m. 280489-01; Cass. 18.3.2015 n. 44359, in *CEDCass*, m. 265728; Cass. 19.11.2013, n. 9770, commentata da F. Basile, *Sempre più "colpa" nel concorso c.d. anomalo di persone*, in *GI* 2014, 1484 ss. Sul punto, altresì, E. Basile, *Condotta atipica e imputazione plurisoggettiva: alla ricerca del coefficiente di*

dell'art. 116 Cp¹³³ proprio nella concreta prevedibilità del reato diverso da quello voluto, tenuto conto «di tutte le particolarità del caso di specie». Tale interpretazione è stata incidentalmente avallata dalla Consulta, nella pronuncia che, nel 2021, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 69 comma 4, Cp «nella parte in cui stabilisce il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 116, comma 2, sulla recidiva di cui all'art. 99 comma 4»¹³⁴.

Torniamo ora a concentrarci sull'art. 584 Cp: anche la sentenza n. 46467/2022 (quella che ha «riaperto» il contrasto giurisprudenziale di cui ci occupiamo) rinviene l'epicentro dell'accertamento della colpevolezza per l'evento non voluto nel riscontro della sua concreta prevedibilità. Nonostante l'adesione formale ai *dicta* delle Sezioni Ronci, essa se ne discosta parzialmente e riconosce immediata valenza preventiva alle norme che incriminano le lesioni e le percosse. Tali disposizioni – oltre a definire il campo del penalmente rilevante imponendo ai consociati un inderogabile dovere di astensione – avrebbero una funzione sussidiaria, «di riserva», che entra in gioco laddove il precetto sia stato violato¹³⁵. Una funzione – per l'appunto – cautelare, volta ad indurre chi abbia comunque «infranto la legge ad attuare le condotte con modalità che risultino [...] le meno lesive possibili»¹³⁶. La colpa, sempre da intendere quale «colpa comune», si fonderebbe, allora, sul generico divieto di compiere attività illecite, a cui deve fare seguito un'accurata dimostrazione della prevedibilità in concreto dell'evento ulteriore, sulla base del parametro del «comune uomo giudizioso»¹³⁷.

Alla luce di questa breve panoramica, possiamo osservare come, nella prassi, il riferimento a una vera e propria colpa venga non di rado sostituito con un «meno impegnativo» richiamo al giudizio di prevedibilità, senza confrontarsi con problematica figura dell'agente modello e con gli altri elementi su cui si fonda la responsabilità colposa¹³⁸. Si consideri poi che anche le sentenze che – sulla scorta dei principi enunciati (ma non effettivamente applicati) dalle Sezioni unite Ronci – ribadiscono la necessità di individuare una norma cautelare diversa dal precetto penale, non ne definiscono in alcun modo i contenuti e si concentrano – nel migliore dei casi – sul riscontro della concreta prevedibilità

colpevolezza del concorrente "anomalo", in *RIDPP* 2015, 1336 ss. Optano, ancora di recente, per una valutazione sulla prevedibilità in astratto, che preclude nondimeno una compiuta realizzazione del principio di colpevolezza: Cass. 29.10.2018, n. 49443, in *CEDCass*, m. 274467-01; Cass. 6.10.2016 n. 45446, in *CP* 2017, 1967 ss.

¹³³ Doveroso ricordare la rilettura operata da C. Cost. 31.5.1965 n. 42, in *GC* 1965, 639 ss. la quale precisò che «il reato diverso o più grave commesso dal concorrente deve poter rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto». Deve in altri termini rinvenirsi un «coefficiente di partecipazione anche psichica» in capo al soggetto che volle il reato meno grave. In senso analogo, A. Pagliaro, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano 1966, 106 s.

¹³⁴ Cfr. C. cost. 31.5.2021 n. 55, con nota di A. Melchionda, *Diminuzione di pena per il "concorrente anomalo" ed illegittimità costituzionale dei limiti di bilanciamento con la recidiva aggravata*, in *GC* 2021, 725 ss. e di D. NOTARO, *Partecipazione anomala del recidivo reiterato nel reato altrui: non può escludersi l'applicazione dell'attenuante consuetudinaria*, in *DPP* 2021, 1315 ss.

¹³⁵ Ad avviso di M. Ronco, *La preterintenzione*, cit., 585, in *re illicita* sarebbe configurabile una colpa grave, poiché l'autore del reato doloso base non viola una semplice regola cautelare ma «una regola universale, con valenza assoluta»: la colpa si innesta, cioè, su un «comportamento rischioso per la vita individuale, che costituisce già, in sé e per sé considerato, violazione della legge penale». A una «iper-violazione» allude anche G. Civello, voce *Prevedibilità e reato colposo*, cit., 1024; nello stesso senso, nella dottrina di lingua tedesca L. Staffler, *Präterintentionalität und Zurechnungsdogmatik*, cit., 249 ss. secondo cui la responsabilità per l'illecito preterintenzionale potrebbe riconoscersi solo all'esito di una valutazione circa la «elevata prevedibilità» dell'evento ulteriore.

¹³⁶ Cass. 27.9.2022 n. 46467, cit. In dottrina, G. Civello, voce *Prevedibilità e reato colposo*, cit., 1024. Per una fittante critica a una impostazione siffatta F. Basile, *La colpa in attività illecite*, cit., 791, il quale mette in guardia dal pericolo che il richiamo alla valenza cautelare di tali disposizioni possa divenire una mera «operazione estetica» dietro cui si celano mere presunzioni di colpevolezza. Altresì, S. Ardizzone, *I reati aggravati dall'evento*, cit., 791.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Si veda, però, Cass. 20.4.2023 n. 16930, in www.onelegale.wolterskluwert.it, che – in un caso di cessione di stupefacenti analogo a quello affrontato dalla sentenza Ronci – conduce il giudizio sulla sussistenza della colpa secondo il parametro dell'agente modello «ideato mentalmente come coscienzioso ed avveduto e che si trovi nella concreta situazione e nel concreto ruolo sociale dell'agente reale».

del reato non voluto, trascurando gli ulteriori requisiti di cui si compone la colpa ordinaria (su tutti, quello dell'evitabilità dell'evento)¹³⁹.

L'atteggiamento della giurisprudenza è, in un certo senso, comprensibile, considerate le difficoltà di ambientamento della colpa in contesti intrinsecamente criminosi, ma non scevro da implicazioni critiche. Il rischio è, infatti, che la verifica sulla prevedibilità dell'evento ulteriore venga condotta in modo sbrigativo o che si faccia inconsciamente ricorso all'intuizionismo, ripiegando sulla fallace logica del *senno del poi*, tale per cui ciò che si è in effetti avvenuto risulta sempre e comunque prevedibile *ex ante*¹⁴⁰. Non è, inoltre, da escludersi che tale giudizio si esaurisca in una valutazione logico-normativa (*rectius*: in astratto) della prevedibilità e si riveli, nella sostanza, un duplicato del riscontro eziologico¹⁴¹: si tornerebbe, così, a una mera responsabilità obiettiva, compromettendo il processo di personalizzazione del rimprovero.

4.2. Resta dunque da chiarire quali cadenze debba seguire il giudizio di imputazione subiettiva dell'evento preterintenzionale cagionato da chi *versa in re illicita* affinché possa in effetti assicurarsi la massima aderenza al principio di colpevolezza. La dottrina – sebbene fundamentalmente concorde nell'affermare l'indefettibilità di una reinterpretazione dell'art. 584 Cp – si attesta su posizioni distinte. In estrema sintesi, si dividono il campo due diverse posizioni: la prima – lo si è visto – riconosce una sostanziale identità della colpa, indipendentemente dal contesto in cui viene declinata¹⁴². A tale impostazione si contrappone quelle di chi – in linea con la giurisprudenza *post* Ronci – ritiene che, in ambito illecito, il rimprovero colpevole si risolva in un giudizio sulla concreta prevedibilità dell'evento non voluto¹⁴³.

A supporto di un tale conclusione, si è addotta la ritenuta impossibilità di elaborare regole cautelari per colui che consapevolmente intraprende un'azione delittuosa¹⁴⁴. In effetti, a ben guardare, *in re illicita* non esiste un *rischio consentito*, non vi è alcun margine di tolleranza verso i danni eventualmente procurati dall'agente¹⁴⁵; ragione per cui la formulazione di regole comportamentali

¹³⁹ Sul punto, E. Ammanato, *La colpa in attività illecita*, cit., 103 ss. la quale prende atto di come nelle pronunce successive alla sentenza Ronci, la struttura del giudizio sia «molto diversa» da quella prospettata in linea teorica». Saremmo quindi al cospetto di una «colpa speciale», la cui essenza risiede appunto nella prevedibilità dell'evento non voluto. Similmente, G. Piffer, *Preterintenzione e delitti aggravati dall'evento*, cit., 11.

¹⁴⁰ Ci riferiamo alla distorsione cognitiva dipendente dall'*hindsight bias*, ossia la propensione dell'essere umano ad affermare la prevedibilità di un accadimento poi verificatosi. In proposito, diffusamente, A. Di Landro, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida: la responsabilità penale dell'operatore sanitario dal decreto "Balduzzi" alla l. "Gelli-Bianco"*, in www.la legislazione penale.eu, 17.1.2018, 12 ss.; S. Grosso, *Il giudizio di prevedibilità dell'evento e l'incidenza dell'hindsight e outcome bias sul giudizio di responsabilità colposa*, in *Riv. it. med. leg.* 2016, 584 ss.

¹⁴¹ Il rischio è che «sotto l'egida della prevedibilità e perfino della colpa» venga, in realtà, «applicato il canone della responsabilità causale». Così A. Carmona, *La "colpa in concreto"*, cit., 4596, il quale mette in guardia dai rischi che la valutazione della prevedibilità sia effettuata su basi logico-normative, senza considerare le peculiari risultanze di fatto. In proposito, altresì, S. Canestrari, *La fisionomia dell'illecito preterintenzionale tra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *Liber amicorum Adelmo Manna*, Pisa 2020, 79, il quale sottolinea come il ricorso a «criteri di imputazione dimidiati» – quale sarebbe quello che fa leva sulla mera prevedibilità in concreto – «potrebbe continuare a veicolare forma di responsabilità oggettiva».

¹⁴² Si veda *supra* per i necessari riferimenti bibliografici.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Così si esprime anche Cass. 10.2.2022 n. 4854, in www.onelegale.wolterskluwert.it quando afferma che «il contesto illecito dell'azione e le modalità volontarie della stessa [...] impediscono, alla base, la stessa configurabilità di una osservanza di regole cautelari, chè altrimenti si verserebbe in una sorta di ossimoro logico, consistente in una regola di condotta che imponga l'osservanza di regole cautelari nell'ambito di un'attività illecita; una norma di comando che prescriverebbe l'osservanza della diligenza e della prudenza nell'esercizio di un'attività illecita».

¹⁴⁵ In altri termini, la presenza di una volontà lesiva è logicamente incompatibile con il perseguimento di interessi meritevoli di tutela (o comunque non vietati), che giustificano la definizione di un livello di rischio tollerato. Ecco, dunque, che alludere a un «rischio consentito doloso» – per usare la calzante espressione di F. Consulich, voce *Rischio consentito*, in *Reato colposo*, ED, cit., 1111 ss. – apparirebbe una sorta di «ossimoro giuridico». In argomento, altresì, C. Piergallini, voce *Colpa (diritto penale)*, ED, Annali, Milano 2017, 250.

diverse dall'assoluto dovere di astensione risulterebbe in radice preclusa¹⁴⁶. Per muovere un rimprovero colpevole sarebbe allora sufficiente verificare se – alla luce della «situazione presente» e delle circostanze di fatto – fosse ravvisabile, in capo all'autore del reato doloso-base, il *potere di prevedere*, ossia la «possibilità pratica di pronosticare», gli eventuali sviluppi deteriori della propria condotta delittuosa¹⁴⁷.

Se concepito in tal modo, il giudizio sulla prevedibilità in concreto rappresenta un indubbio «guadagno» in confronto all'approccio seguito dalla giurisprudenza ancor oggi prevalente in tema di omicidio preterintenzionale¹⁴⁸.

Ora, a nostro parere, l'opzione tesa ad ammettere l'esistenza di una vera e propria colpa *in re illicita* non incontra ostacoli davvero insuperabili: una sua corretta declinazione potrebbe anzi scongiurare il ritorno a forme di responsabilità oggettiva “nascosta” ed arginare il rischio di incorrere in distorsioni cognitive, che – come rilevato *supra* – comprometterebbero gli esiti del giudizio di prevedibilità¹⁴⁹. Tuttavia, se di colpa intendiamo parlare, è necessario avere piena contezza del fatto che essa assume connotati assolutamente peculiari. Sembra del resto tramontata l'illusoria chimera di una “colpa unitaria”, che rimane uguale a se stessa nei più disparati contesti della vita di relazione in cui viene declinata: gli studiosi più avveduti parlano ormai di “colpe” e non di “colpa”¹⁵⁰, consapevoli della necessità di adottare «criteri di imputazione differenziati» a seconda dei diversi ambiti «di rischio e di responsabilità»¹⁵¹.

Se dunque *prima facie* può destare un certo grado di stupore, la formulazione di una regola cautelare che recita «attenzione a commettere l'illecito di percosse o lesioni personali, perché se non usi cautela risponderai altresì dell'eventuale conseguenza morte, benché tu non l'abbia voluta» non dà luogo ad alcun cortocircuito logico¹⁵². La portata del colorito precetto “picchia o ledi, ma con cautela” deve però essere meglio chiarita: si tratta di una norma cautelare “subordinata” o “sussidiaria” – che opera solo in seconda battuta, quando il soggetto abbia già deliberatamente intrapreso un'azione delittuosa – ma non per questo priva di valenza deontica¹⁵³. Non è affatto irragionevole sostenere che chi –

¹⁴⁶ Come puntualizza F. Consulich, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 79 «le regole cautelari *simul stabunt simul cadent* con un'attività in sé lecita e produttiva di utilità, preceduta o meno da un'attività dolosa». L'A. distingue i casi in cui si individuano «due condotte legate consequenzialmente tra loro», una dolosa e una colposa, in relazione alle quali è, appunto, ipotizzabile una combinazione tra dolo e colpa, dalle «situazioni a condotta monofasica» (si prenda l'omicidio preterintenzionale), dove invece non può concepirsi una «colpa in senso ordinario». *Contra* G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 25, il quale condivisibilmente osserva che la condotta dell'agente, dolosa rispetto al compimento del reato-base, assume un diverso «significato tipico» in relazione all'evento non voluto; esse deve quindi essere valutata in maniera distinta e separata, proprio in virtù della connessione con quel determinato accadimento ulteriore.

¹⁴⁷ Richiamando nuovamente F. Consulich, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 79 saremmo al cospetto dell'«ultima Thule del rimprovero colpevole». Anche R. Bartoli, “Colpa” in attività illecita, cit., 1052 esclude che possa elaborarsi una «regola comportamentale da osservare, normativamente imposta» e intende la colpa *in re illicita* come «mero potere» di conoscere e di impedire la verifica dell'evento ulteriore.

¹⁴⁸ S. Canestrari, voce *Colpa e preterintenzione*, cit., 98.

¹⁴⁹ Si vedano le notazioni di S. Canestrari, *La fisionomia dell'illecito preterintenzionale*, cit. 79, il quale invita a «non accontentarsi di criteri di imputazione dimidiati, che rischiano di non sgombrare sufficientemente il campo da ambiguità le quali potrebbero continuare a veicolare forme di responsabilità oggettiva». Analogamente, G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 25.

¹⁵⁰ Cfr. tra gli altri S. Canestrari, *La fisionomia dell'illecito preterintenzionale*, cit., 82 che ravvisa l'impossibilità di una *reductio ad unitatem* della colpa penale; M. Donini, *Teoria del reato. Una Introduzione*, Padova 1996, 334 ss.; Id., *L'elemento soggettivo della colpa. garanzie e sistematica*, in *RIDPP* 2013, 124 ss., il quale osserva come sia stato proprio la giurisprudenza sul *versari in re illicita* a dimostrare «l'impossibilità, nei fatti, di un modello colposo ermeneuticamente unitario»; F. Giunta, *Culpa, Culpa*, in *Discrimen*, 4.6.2019; D. Castronuovo, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato*, in *DPenCont-Riv. trim.* 3/2016, 223; sulla plasmabilità della colpa nei molteplici contesti socio-relazionale, diffusamente, Id., *La colpa penale*, Milano 2009, 291 ss.

¹⁵¹ D. Castronuovo, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo*, cit., 223.

¹⁵² E. Gallo, *Delitti aggravati dall'evento e delitti di attentato*, cit., 414.

¹⁵³ M. Mattheudakis, *L'imputazione colpevole differenziata*, cit., 155: se la punizione per l'evento ulteriore si incentrasse sull'esistenza di un “potere di prevedere” non sfruttato, il rimprovero – sprovvisto di una dimensione deontica – avrebbe connotati essenzialmente morali, «in contrasto con i più consolidati principi del diritto penale liberale».

venendo meno al dovere di astensione – realizza un’aggressione fisica nei confronti di un altro individuo sia comunque tenuto ad adoperarsi affinché dalla sua condotta illecita non scaturiscano altre e peggiori conseguenze¹⁵⁴. Ad ammettere il contrario, il messaggio general-preventivo risulterebbe depotenziato e verrebbe meno quella «necessaria tutela ad oltranza» che va garantita ai beni giuridici offesi dalla progressione criminosa¹⁵⁵.

Quanto alle modalità attraverso cui individuare i contenuti del precetto cautelare violato, non è logicamente ipotizzabile – per lo meno con riguardo alle «situazioni a condotta monofasica»¹⁵⁶ – l’ausilio di regole positivizzate: non esiste – e non potrebbe essere altrimenti – un “manuale del perfetto aggressore”, cui dovrebbe attendersi chi realizzi un delitto di lesione o percosse per evitare che la sua azione produca conseguenze ulteriori.

Al tempo stesso, è impensabile fare ricorso all’agente modello, figura entrata ormai irrimediabilmente in crisi anche nel suo fisiologico “terreno di elezione”¹⁵⁷, quello delle attività lecite ma pericolose¹⁵⁸. Senza addentrarci in questioni che meriterebbero ben altro approfondimento¹⁵⁹, basti qui rilevare come il confronto con un utopistico e, invero, inesistente agente modello – individuo massimamente cauto e dotato di tutte le qualità di cui una persona “in carne e ossa” è giocoforza sprovvista – non rappresenta, affatto, uno «strumento di inveroamento della colpevolezza», ma si rivela, semmai, strumentale alla soddisfazione di esigenze general-preventive¹⁶⁰. Quasi scontato è, infatti, che attraverso il ricorso a questa figura ideale e archetipica si pervenga a una pronuncia di condanna, semplificando – e non poco – i compiti motivazionali del giudicante¹⁶¹: al cospetto dell’agente modello, ciascun individuo, fallibile per natura, è ineluttabilmente destinato a risultare negligente,

¹⁵⁴ Rilievi in tal senso in S. Canestrari, voce *Colpa e preterintenzione*, cit., 96; M. Mattheudakis, *L'imputazione colpevole differenziata*, cit., 162 ss.

¹⁵⁵ Cfr. S. Canestrari, *La fisionomia dell'illecito preterintenzionale*, cit., 79.

¹⁵⁶ Tra cui rientrerebbe grandissima parte della casistica sull’omicidio preterintenzionale, in cui dalla condotta dolosa di base deriva causalmente l’evento morte. Richiamiamo, ancora, l’efficace categorizzazione di F. Consulich, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 79.

¹⁵⁷ Come ben spiegato in G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 453 ss. «l’agente modello diviene [...] la cristallizzazione di un bilanciamento di interessi sociali, da cui scaturisce l’area del rischio consentito». In quest’ottica, agente modello e rischio consentito sono due facce della stessa medaglia: l’unto «emerge in controluce» guardando all’altro. Cfr. S. Preziosi, *Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, in *CP* 2011, 1952 ss.

¹⁵⁸ Forti le critiche mosse dalla SC nella pronuncia riguardante il disastro ferroviario di Viareggio, la quale afferma perentoriamente che la figura dell’agente modello è «foriera di un esercizio di discrezionalità giudiziale confliggente con la necessità di determinatezza della norma incriminatrice e di affermazione di responsabilità solo in presenza di colpevolezza». Cfr. Cass. 8.1.2021 n. 32899, in *CEDCass.*, m. 281977, con nota di V. Mongillo, *Disastro colposo - Imputazione oggettiva e colpa tra "essere" e normativismo: il disastro di Viareggio*, in *GI* 2022, 953 ss. e do P. Brambilla, *Disastro ferroviario di Viareggio: le motivazioni della sentenza di Cassazione*, in *www.sistemapenale.it*, 9.11.2021. Su posizioni similari, in tema di lesioni sportive, Cass. 21.10.2021 n. 3284, con nota di E. Florio, *La Cassazione alle prese con le lesioni in ambito sportivo: l'eclissi della scriminante del rischio consentito?*, in *www.sistemapenale.it*, 15.3.2022; Cass. 28.10.2021 n. 8609, commentata da F. Consulich, *L'analogia dai mille volti. Tramonto dell'agente modello e alba del principio di lealtà sportiva*, in *CP* 2023, 2764 ss.

¹⁵⁹ La letteratura in materia è sterminata. Per un efficace affresco: F. Giunta, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *DPP* 1999, 1295 ss.; V. Attili, *L'agente modello nell'era della complessità: tramonto, eclissi o trasfigurazione*, in *RIDPP* 2006, 1240 ss.; F. Basile, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13.3.2012; M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017, 52 ss.; A. Canepa, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino 2011, 188 ss.; più recentemente: A. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli 2020, 68 ss. Imprescindibile, infine, la risalente monografia di G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano 1965.

¹⁶⁰ In proposito, da ultimo, F. Consulich, *L'analogia dai mille volti*, cit., 2775.

¹⁶¹ Il suo richiamo, a mo’ di formula magica, finisce non di rado con l’agevolare l’accertamento della responsabilità colposa, rendendo tuttavia sfuggenti i parametri di cui si avvale il giudicante, il quale si basa – in definitiva – sulle sue personali conoscenze ed intuizioni. Cfr. M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino 2012, 145.

imprudente o imperito¹⁶². Inoltre, l'agente modello nulla dice in merito alla prevedibilità dell'evento lesivo da parte dell'imputato, non ha niente a che vedere con l'agente concreto, il quale viene completamente estromesso dal giudizio¹⁶³. In definitiva, il suo impiego – lungi dal portare benefici al processo di personalizzazione del rimprovero¹⁶⁴ – potrebbe comportare un nuovo sconfinamento nella responsabilità oggettiva¹⁶⁵.

Maggiore aderenza al principio di colpevolezza sembra, invece, garantita dall'utilizzo del parametro c.d. agente modello differenziato, l'*homo eiusdem professionis et condicionis*¹⁶⁶, ossia la persona che svolge un'attività analoga all'agente reale e opera nel medesimo contesto in cui si sviluppa la vicenda delittuosa¹⁶⁷.

Per quanto concerne la definizione dei contenuti della pretesa doverosa, non si può negare che questi ultimi risentano delle peculiarità del *versari in re illicita*. L'evento delittuoso non voluto non è stato realizzato nelle more di un'attività meritevole di tutela, ancorché pericolosa – lavoro, sport, pratica medica – ma è il prodotto di una condotta già di per sé penalmente illecita.

Sulla scorta di tali premesse, una parte della dottrina paventa l'adozione di un criterio più rigoroso, prendendo a metro di paragone un «uomo mediamente avveduto», un «agente razionale» avente un maggior grado di astrattezza rispetto all'*homo eiusdem*¹⁶⁸. Altri autori ipotizzano, invece, di individuare la «cautela subordinatamente doverosa» a seguito di una «mappatura oggettiva dei rischi»

¹⁶² Sul punto è iconico F. Giunta, *Culpa, Culpa*, cit., 19. L'A. riprende, parafrasandola, una nota frase pronunciata nel film di Sergio Leone "Per un pugno di dollari" e sostiene che «quando un uomo imputato incontra l'agente modello, l'imputato è un uomo condannato». Sferzante anche V. Coletti, *L'agente modello: una sineddoche pericolosa?*, in *Discrimen*, 25.5.2023, 10, che descrive l'agente modello come «un tipo astratto e regolato a priori e per sempre, che sembra il Cavaliere inesistente di Calvino: impeccabile, continuamente in funzione, ma vuoto, assente, tutto procedure e niente anima». Feroci critiche all'agente modello anche in Id., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di M. Donini e R. Orlandi, Bologna 2013, 69 ss.; su posizioni analoghe si attesta D. Micheletti, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli 2021, 117 ss. Gli AA. rinviengono negli usi sociali o nelle consuetudini la fonte delle regole cautelari, che coinciderebbero con la prassi sciatta ma con regole prudenziali tratte dall'esperienza e dalla consuetudine, diffuse nel consesso sociale di riferimento, e pertanto doverose per chiunque svolga un determinato tipo di attività. Senonché, tale criterio di matrice socio-prasseologico risulta di ancor più difficile declinabilità in contesti *ab origine* illeciti: a fronte di un agire intrinsecamente criminoso risulta davvero arduo reperire delle "prassi cautelari"

¹⁶³ Cfr. R. Bartoli, *"Colpa" in attività illecita*, cit., 1052 e F. Consulich, *L'analogia dai mille volti*, cit., 2773. Come precisa F. Giunta, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, cit., 1297, l'agente modello incarna «una pura idealità» e il giudice che lo consulta ricorda «il soliloquio del ventriloquo che anima un fantoccio, la cui saggezza - nel dubbio - sconsiglia ogni assunzione di rischio». Si vedano anche: A. Manna, *Prevedibilità-evitabilità dell'evento o prevedibilità-evitabilità del rischio nei delitti colposi di danno?*, in *AP* 3/2013, 9, nonché D. Cerqua, *Il criterio*, cit., 1058 ss. il quale lo considera alla stregua di una «metafora concettuale di comodo», strumentale alla affermazione della colpevolezza dell'imputato.

¹⁶⁴ Cfr. A. Gargani, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *DPP* 2020, 888 osserva poi come il parametro dell'agente modello rischi di andare incontro a una «declinazione estraniante», essendo «tuttora in attesa di essere adeguato alle istanze costituzionali di personalizzazione e individualizzazione della responsabilità penale».

¹⁶⁵ Così V. Coletti, *L'agente modello: una sineddoche pericolosa?*, cit., 7, nonché M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13.5.2019, 3 che sottolinea come la colpa venga talvolta «riempita» di prevenzione generale attraverso il parametro dell'agente modello, divenendo responsabilità oggettiva.

¹⁶⁶ Così M. Pelissero, *Bondage e sadomasochismo*, cit., 353. Si richiamano inoltre i plurimi scritti di Fabio Basile, fra cui da ultimo la voce *Colpa in attività illecita*, in *Reato colposo. ED*, cit., 133 ss.

¹⁶⁷ In sostanza, «lo standard della diligenza, della perizia e della prudenza dovute sarà quella del modello di agente che "svolga" la stessa professione, lo stesso mestiere, lo stesso ufficio, la stessa attività, insomma dell'agente reale, nelle medesime circostanze concrete in cui opera quest'ultimo». Questo *modus procedendi* viene oggi largamente impiegato in giurisprudenza: Cass. 22.3.2016 n. 12223, in www.dejure.it; Cass. 3.5.2010 n. 16761, in *CEDCass.*, m. 247016.

¹⁶⁸ Così S. Canestrari, voce *Colpa e preterintenzione*, cit., 96; Id., voce *Preterintenzione*, cit., 710; D. Cerqua, *Il criterio*, cit., 1058 che, a tal riguardo, parla di una «colpa generica oggettivata».

correlati a un determinato agire illecito¹⁶⁹. In sostanza, si tratterebbe di un giudizio di «prevedibilità oggettiva», condotto alla luce delle «peculiarità pericolose del singolo contesto criminoso»¹⁷⁰.

Quale che sia l'opzione prescelta, ci pare che le differenze siano per lo più di tipo lessicale. Quel che è certo è che, *in re illicita*, la soglia del rischio consentito (espressione che suona, invero, come un ossimoro)¹⁷¹ risulta logicamente più bassa: è del resto lecito attendersi che chi commette un reato sia in grado di governare i pericoli da lui stesso creati, così da scongiurare la produzione di eventi ulteriori. Appare pertanto del tutto ragionevole che su questo soggetto gravi «un impegno conoscitivo» particolarmente pregnante, proporzionale all'importanza dei valori in gioco, e ineluttabilmente condizionato dall'aver dolosamente intrapreso un'azione delittuosa¹⁷². In quest'ottica, assumerebbero rilievo pure le conoscenze superiori eventualmente possedute dall'imputato o le sue eccezionali abilità: a fronte di un'azione *ab origine* illecita, non vi è alcun motivo razionale per non pretendere il massimo sforzo possibile affinché un contegno deliberatamente criminoso non rechi più gravi lesioni al bene giuridico offeso¹⁷³.

In definitiva, l'interprete dovrebbe compiere quello che, in sostanza, è un giudizio di prognosi postuma a base parziale. Attento a non cadere nella fallacia del senno di poi, questi è tenuto a collocarsi in una prospettiva analoga al soggetto agente, in modo da valutare se le peculiari circostanze di fatto avrebbero dovuto consentirgli di «riconoscere il pericolo» di causazione dell'evento non voluto¹⁷⁴.

In altre parole, occorre valutare se quello specifico evento, *hic et nunc* verificatosi, fosse annoverabile tra conseguenze *ex ante* prevedibili di quella determinata condotta¹⁷⁵. La colpa sussisterà qualora tra i due termini della catena causale – oltre al rapporto eziologico – sia ravvisabile un nesso di rischio, in ragione del quale la produzione dell'*exitus* rappresenta la concretizzazione di un pericolo specificamente connesso alla condotta dolosa base¹⁷⁶.

Si prenda, ad esempio, il caso affrontato dalla sent. n. 36402/2023: un individuo nel corso di una colluttazione, aveva sferrato un pugno al volto di un'altra persona, che era caduta sbattendo la testa.

¹⁶⁹ La peculiarità è che il contenuto della pretesa cautelare sarebbe definito *in negativo*, indicando «cosa non fare» per evitare conseguenze peggiori; M. Mattheudakis, *L'imputazione colpevole differenziata*, cit., 166 ss.

¹⁷⁰ Cfr. l'interessante tesi di M. Mattheudakis, *L'imputazione colpevole differenziata*, cit., 188 s.

¹⁷¹ D'altronde – come osservano C. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano 2010, 39 ss. e G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, 251 – il concetto di *erlaubtes Risiko* ha la precipua funzione di «delimitare l'oggetto del divieto penale» in contesti di generale liceità, «rendendo possibile l'esplicazione di attività socialmente rilevanti».

¹⁷² Tale parametro non coincide con quello dell'uomo eletto, esperto universale in ogni settore (si pensi a un ipotetico «accoltellatore modello», che sia in possesso di nozioni di anatomia equiparabili a quelle di un chirurgo toracico): andrebbero, infatti, assunte a paradigma le conoscenze «semplificate» di un «uomo razionale» c.d. laico. In proposito, M. Mattheudakis, *L'imputazione colpevole differenziata*, cit., 188 s.

¹⁷³ *Amplius* F. Basile, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello*, cit., 26, che riprende quanto già affermato da G. Stratenwerth, *Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt*, in *Festschrift für H.H. Jescheck*, Berlin 1985, 300 ss.

¹⁷⁴ Si badi bene: il dovere di riconoscere coincide con «la possibilità di riconoscere rapportata al punto di vista» dell'*homo eiusdem*, il quale – nel corso del giudizio – incarna «il punto di vista del diritto nella situazione concreta». Chiaramente, G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 234. A tal proposito, la dottrina richiama talora il concetto di *Anlass*. Si tratta delle «condizioni di innesco del rimprovero per colpa», ossia dell'insieme delle «circostanze che, in un dato quadro di vita reale, concretizzano l'obbligo di adottare la cautela doverosa». In argomento, tra i molti, F. Giunta, *Culpa, Culpa*, cit., 15; M. Caputo, *Colpa penale*, cit., 116; di recente, L. Carraro, *Spazi teorici di autoresponsabilità e colpa "stradale" nell'investimento di un pedone: rigidità giurisprudenziale e prospettazioni dogmatiche*, in *AP* 2/2023, 17.

¹⁷⁵ A conclusioni nella sostanza similari perviene S. Canestrari, voce *Colpa e preterintenzione*, cit., 96, il quale sostiene che le condotte dolose base dovrebbero, quantomeno, integrare gli estremi del pericolo astratto verso il bene giuridico protetto dalla «complessiva fattispecie preterintenzionale». Sulla cruciale importanza del momento della «descrizione dell'evento prevedibile», oggi completamente trascurato dalla giurisprudenza sull'art. 584 Cp, si veda, invece, G. Piffer, *Preterintenzione e delitti aggravati dall'evento*, cit., 10 ss.

¹⁷⁶ Deve, cioè, rinvenirsi quello che una parte della giurisprudenza d'Oltralpe chiama *spezifischer Gefährdungszusammenhang*, un «nesso di rischio specifico». Cfr. BGH 23.2.2021 - 3 StR 488/20; BGH 10.01.2008 - 5 StR 435/07, in www.openjur.de. A riguardo, H.U. Paeffgen-M. Bose, § 227, cit., 2256.

Quest'ultimo, colpito da un lieve trauma cranico, si era immediatamente ripreso, salvo poi aggravarsi cinque giorni dopo e morire per uno scompenso da ipertensione endocranica, in quanto affetto da una rara patologia tumorale al sistema nervoso, ignota al soggetto agente e scoperta solo dopo gli accertamenti effettuati durante il ricovero ospedaliero. Ebbene, qui la SC ha sbrigativamente concluso per la responsabilità dell'imputato ai sensi dell'art. 584 Cp, avvalendosi dell'ormai nota formula del dolo di risultato.

Se si fosse però proceduto a un riscontro della colpa nei termini poc'anzi riferiti, gli esiti del giudizio sarebbero apparsi tutt'altro che scontati. Per quanto il colpire al volto un individuo rechi di per sé un grave *vulnus* all'incolumità fisica, sarebbe stato comunque necessario verificare se i dati presenti nella situazione concreta avrebbero dovuto mettere l'aggressore in condizioni tali da prevedere le conseguenze ulteriori del suo contegno illecito. Soltanto all'esito di tale verifica, eventualmente condotta con l'ausilio di «indicatori di prevedibilità»¹⁷⁷ ricavati dall'esperienza passata, avrebbe potuto affermarsi, oltre ogni ragionevole dubbio, l'integrazione del delitto in parola.

4.3. Così declinato, l'accertamento della colpa *in re illicita* nelle fattispecie preterintenzionali sembra in grado di assicurare una buona «capacità di rendimento»¹⁷⁸ nell'ottica di favorire un recupero di una dimensione di colpevolezza in ipotesi originariamente concepite come forme di responsabilità oggettiva.

Tirando le fila del discorso, il giudizio consiste: a) nell'individuazione di una regola cautelare subordinata, operante in caso di fallimento del divieto di astensione; b) nel riscontro della concreta prevedibilità dell'evento *hic et nunc*; c) nella verifica dell'esistenza di un nesso di rischio fra quella tipologia di condotta e quella tipologia di evento.

Appare, invece, una forzatura procedere alla dimostrazione dell'evitabilità; o meglio, tale requisito sussisterebbe *in re ipsa*: se l'agente si fosse comportato lecitamente, senza avventurarsi nell'impresa delittuosa, non avrebbe di certo dato avvio alla serie causale sfociata nella morte della vittima¹⁷⁹. Per ragioni analoghe, non sembra residuare alcuno spazio per una valutazione in merito all'inesigibilità del comportamento alternativo lecito¹⁸⁰.

A ben vedere, il riscontro della colpevolezza colposa – *id est* della c.d. misura soggettiva della colpa – si esaurisce nella valutazione della prevedibilità in concreto: già in quella sede si tiene conto delle circostanze di fatto e dei dati di contesto, e ciò consente di costruire un rimprovero sufficientemente individualizzato. Si è d'altronde rilevato come la forte attenzione di alcune delle pronunce che ammettono la configurazione di una colpa *in re illicita* verso le peculiarità del caso concreto rischi di dar luogo a una sorta di «paradosso culturale»¹⁸¹, in ragione del quale si assiste a un più elevato grado di «personalizzazione» del rimprovero rispetto a quanto tendenzialmente accade *in re licita*¹⁸².

¹⁷⁷ Sulla bontà di un simile approccio, E. Ammanato, *La colpa in attività illecita*, cit., 106.

¹⁷⁸ L'espressione è di F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit., 790.

¹⁷⁹ In tal senso, C. Piergallini, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 250 ss.; G. Demuro, *La combinazione dolo-colpa, un modello generalizzabile a partire dalla preterintenzione*, 564; G. Piffer, *Preterintenzione e delitti aggravati dall'evento*, cit., 11. Ammette invece la possibilità di procedere a una valutazione sull'evitabilità dell'evento F. Basile, voce *Colpa in attività illecita*, cit., 133 ss.

¹⁸⁰ Più possibilisti: V. Plantamura, *L'omicidio preterintenzionale*, cit., 272; S. Canestrari, *La fisionomia dell'illecito preterintenzionale*, cit. 80, che non ritiene radicalmente precluso l'apprezzamento della misura soggettiva della colpa anche *in re illicita*.

¹⁸¹ Così testualmente M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 17. Anche C. Piergallini, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 250 ss. osserva come *in re illicita* il canone della prevedibilità assume una dimensione prettamente psicologica, privilegiando «una ricostruzione in concreto, di dettaglio».

¹⁸² In relazione ai contesti di originaria liceità, va nondimeno dato conto di come un filone giurisprudenziale in progressiva espansione (specialmente la Quarta sezione della SC in materia di sicurezza sul lavoro) mostri una crescente attenzione verso i fattori «soggettivi» e «psicologici» della colpa, aprendo le porte alla valutazione sulle effettive possibilità dell'autore del reato di «uniformarsi al precetto cautelare». Si leggano, ad esempio, Cass. 10.6.2022 n. 22628; Cass. 6.3.2019 n. 20270. Per una diffusa analisi di tali tendenze, S. Dovere, voce *Giurisprudenza della Corte suprema sulla colpa*, in *Reato colposo. ED*, cit., 581, nonché D. Castronuovo, *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa*:

Al tempo stesso, è innegabile che il giudice disponga di margini di discrezionalità davvero ampi, e si trovi peraltro costretto a un difficile bilanciamento tra le pressanti esigenze punitive – particolarmente avvertita nei confronti di *qui in re illicita versatur* – e gli ineludibili principi garantistici. A fronte di questo quadro, non si può escludere che i parametri su cui si fonda l'accertamento della colpa in attività illecita – per natura elastici e, dunque, malleabili – vengano (più o meno consciamente) impiegati in maniera strumentale e preconcepita, così da favorire sbrigative affermazioni di colpevolezza, in aperto contrasto con l'art. 27 Cost.¹⁸³. I rischi di simili derive sono parzialmente arginabili imponendo al giudicante uno stringente onere motivazionale: proprio in quest'ottica, andrebbe salutata con favore l'elaborazione, da parte del diritto vivente, di “indicatori della colpa” rispetto alla causazione dell'evento morte a seguito di lesioni o percosse. Riteniamo, infatti, che – nonostante i limiti ed i problemi sottesi a un tale *modus procedendi* – il vaglio critico di questi parametri (*id est* indizi) nella struttura dialogica della motivazione, potrebbe rendere più controllabile il percorso logico-argomentativo seguito dal giudice di merito nell'accertamento della responsabilità *ex art. 584 Cp*.

5. All'esito della nostra disamina, s'impone un'ultima riflessione in una – pur realisticamente improbabile – prospettiva di riforma.

Sul punto la dottrina è divisa. Alcuni autori ritengono che la preterintenzione non sia «suscettibile di imbellettamenti ermeneutici»¹⁸⁴. Il suo destino sarebbe, allora, segnato: l'evidente inconciliabilità della logica del *versari in re illicita* con il principio costituzionale di colpevolezza¹⁸⁵ renderebbe tale criterio di imputazione anacronistico, oltre che «inutile» e «complicatorio»¹⁸⁶. A supporto di tale conclusione, si richiama un ulteriore argomento: se si reinterpretasse l'art. 584 Cp in termini di dolo misto a colpa, non si comprenderebbe più quali ragioni giustificerebbero l'asprissima risposta sanzionatoria, a fronte di quello che – in sostanza – non sarebbe altro che un concorso formale tra un reato di lesioni (o di percosse) dolose e l'omicidio colposo. Sicché, delle due l'una: cancellare l'omicidio preterintenzionale e dare applicazione ai principi generali o rassegnarsi a condividere la logica seguita dal legislatore del 1930, che ravvisava nella «determinazione dolosa di un rischio illecito un criterio di imputazione di gravità superiore alla colpa»¹⁸⁷.

Altri autori, a cui intendiamo allinearci, propendono, al contrario, per il mantenimento in vita dell'imputazione preterintenzionale. Si considerino, innanzitutto, i possibili effetti avversi di una scelta abolizionista (ripetiamo, davvero improbabile nell'attuale temperie politico criminale): la cancellazione dell'art. 584 Cp comprometterebbe, almeno in parte, le esigenze di prevenzione generale, ma soprattutto rischierebbe di pregiudicare le contingenti pretese punitive. Il loro soddisfacimento verrebbe, con ogni probabilità, garantito da un ulteriore allargamento del perimetro di tipicità dell'art. 575 Cp: operazione che – come visto – risulterebbe piuttosto agevole laddove si

passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa, in *GI* 2021, 2218 ss. Sulla “riscoperta” della misura soggettiva della colpa C. Piergallini, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 240, la quale da «inutile orpello» è destinata ad assumere una fondamentale «funzione de-oggettivizzante», dando rilievo a elementi soggettivi, psicologici e situazionali non standardizzabili.

¹⁸³ Mentre *in re licita*, uno dei possibili rischi connaturati a una «iper-personalizzazione» del rimprovero per colpa è l'eccessiva benevolenza del giudicante nei confronti del reo (così, M. Caputo, *Colpa penale*, cit., 86), in ambito illecito, il pericolo sarebbe esattamente opposto: potrebbe valorizzare le componenti psicologiche e motivazionali nell'ottica di una repentina affermazione di responsabilità. In proposito, C. Piergallini, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 250 ss.

¹⁸⁴ Perentorio, T. Padovani, *Diritto penale*¹³, Milano 2023, 273 s., secondo cui il delitto preterintenzionale «sta e cade col criterio di imputazione che l'ha generato». Nel senso dell'abrogazione dell'art. 584 Cp, altresì: F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*¹¹, Padova 2020, 391; S. Seminara, *I delitti contro la persona*, cit., 82; in precedenza, già, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., 394.

¹⁸⁵ Diffusamente, D. Pulitanò, *Responsabilità oggettiva e politica criminale*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, cit., 77.

¹⁸⁶ F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 391.

¹⁸⁷ T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 274.

sfruttasse la *vis expansiva* del dolo eventuale, magari riproponendo il criterio dell'accettazione del rischio o strumentalizzando "alla bisogna" gli indicatori Thyssen.

E, tuttavia, la sopravvivenza della preterintenzione è necessariamente subordinata a una sua rilettura compatibile con il volto costituzionale del reato: essa non andrebbe più considerata una situazione psicologica autonoma – rivelatrice di un «terzo e inafferrabile grado di colpevolezza»¹⁸⁸ – bensì il connubio tra il dolo (intenzionale o, quanto meno, diretto) per il reato voluto e la colpa per il reato ulteriore¹⁸⁹. Saremmo al cospetto di una fattispecie complessa, la cui ragion d'essere risiede nell'esistenza di una «saldatura pregnante» tra il contegno base e la produzione dell'evento finale non voluto. Coglierebbe, dunque, nel segno l'intuizione di un attento studioso, ad opinione del quale nell'alveo dell'art. 584 Cp dovrebbero ricomprendersi solo quelle condotte già isolatamente espressive di un elevato disvalore d'azione, che integrino, cioè, gli estremi di una sorta di reato di pericolo rispetto all'offesa al bene vita¹⁹⁰. Sarebbe proprio tale robusta saldatura a giustificare la maggiore asprezza del trattamento sanzionatorio, il quale andrebbe comunque rimeditato: se pure ammettiamo che l'agire illecito di base giustifichi un inasprimento della pena, risulta nondimeno irragionevole infliggere una sanzione così vicina, nel massimo, ai minimi edittali dell'omicidio doloso e così tanto superiore a quella irrogabile nelle ipotesi di concorso (formale ma anche materiale) tra i reati di lesioni dolose e di omicidio colposo. Un intervento legislativo sul punto appare davvero ineludibile. In caso di perdurante (e prevedibile) inerzia, non è peregrino ipotizzare una pronuncia della Consulta, che censuri i limiti edittali dell'art. 584 Cp, ravvisando un difetto di proporzionalità, sia a livello estrinseco – se paragonati a quelli previsti dall'art. 586 Cp¹⁹¹ o dal delitto di aborto preterintenzionale¹⁹² – sia a livello intrinseco¹⁹³, in quanto la ragguardevole severità della pena non corrisponderebbe al grado di colpevolezza del reo¹⁹⁴.

¹⁸⁸ Cfr. S. Canestrari, voce *Colpa e preterintenzione*, cit., 100.

¹⁸⁹ S. Canestrari, *L'illecito penale*, cit., 35. Anche i Progetti di riforma della parte generale del codice penale, elaborati a cavallo tra vecchio e nuovo Millennio, ipotizzavano una cancellazione dell'imputazione preterintenzionale, assicurando (in varia forma) la previsione di un aumento di pena laddove l'evento non voluto – e addebitato per colpa – scaturisca da una condotta lesiva o violenta. Per un'analisi di dettaglio del sistema adottato nei diversi progetti abortiti si rimanda a V. Plantamura, *L'omicidio preterintenzionale*, cit., 179 ss.

¹⁹⁰ S. Canestrari, voce *Colpa e preterintenzione*, cit., 100 s.

¹⁹¹ Si ricordi nondimeno Cass. 19.3.1993 n. 2634, in *CEDCass.*, m. 194325-01, che aveva dichiarato la manifesta infondatezza di una q.l.c. di questo tipo, ravvisando una diversità di *ratio* e struttura tra art. 584 e art. 586 Cp.

¹⁹² La q.l.c. – proposta in relazione all'art. 18, co. 2 e 4 l. 22.5.1978 n. 194 (oggi art. 593 *ter* Cp) – venne dichiarata infondata, in quanto – a fronte «della pluralità di fattispecie in cui la morte del soggetto passivo, non voluta dall'agente, costituisce elemento costitutivo o circostanza aggravante del reato da cui essa deriva» – la previsione di cornici edittali differenti «esprime strutturalmente e sul piano sanzionatorio una opzione legislativa che a sua volta implica una scelta di valore, rientranti l'una e l'altra nella discrezionalità del legislatore; discrezionalità il cui esercizio è sindacabile da questa Corte - in riferimento al principio costituzionale di eguaglianza - nella sola ipotesi della palese irragionevolezza». Ragione per cui «l'aspirazione, sottesa alle ordinanze di remissione, a una più generale iniziativa di riforma, nel campo penale, per meglio conformare la normativa vigente ai valori ed ai fini costituzionalmente affermati, può trovare ascolto ed accoglimento soltanto nella sede parlamentare». Cfr. C. Cost. 16.7.1982.

¹⁹³ Un intervento di questo tipo non è più così improbabile se consideriamo l'attuale tendenza della Corte a procedere a un controllo pregnante della proporzionalità della pena, anche a livello "intrinseco". Sulla «nuova stagione del giudizio di proporzionalità», per tutti: M. Pelissero, *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti eurounitarie sul principio di legalità delle pene*, in *DPP* 2023, 1359 ss.; R. Bartoli, *Il sindacato di costituzionalità sulla pena tra ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità*, in *RIDPP* 2022, 1441 ss. Imprescindibili, poi, le monografie di F. Viganò, *La proporzionalità della pena*, Torino 2021; N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino 2020. Sull'importanza, anche in ottica eurounitaria del principio di proporzione, A.M. Maugeri, *Il principio di proporzione delle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Tratto di Lisbona*, Milano 2011, 67 ss.

¹⁹⁴ La necessità di un intervento della Consulta viene caldeggiata in F. Basile, *I delitti contro la vita*, cit., 213, 223 ss., il quale non ravvisa alcuna rispondenza fra la pena prevista dall'art. 584 e «la misura di colpevolezza espressa dal fatto concreto».

Quanto ai contenuti di una riforma che si muovesse nel senso auspicato, riteniamo in primo luogo essenziale introdurre, nel testo dell'art. 584 Cp, l'esplicito riferimento alla colpa quale criterio di imputazione soggettiva dell'evento morte¹⁹⁵. Fortemente raccomandabile appare poi una modifica della locuzione «atti diretti a ledere e percuotere», in modo da favorire l'affermarsi di prassi interpretative più stringenti. Un minimo correttivo potrebbe essere rappresentato dall'introduzione del requisito dell'idoneità: il che comporterebbe l'esclusione della rilevanza di comportamenti che non concretizzano nemmeno un tentativo di lesioni o percosse. A nostro parere, sarebbe preferibile un intervento più incisivo, che rendesse palese l'intrinseca consistenza offensiva di cui dovrebbero essere dotate le condotte poste a base del reato di cui all'art. 584 Cp. In una prospettiva siffatta, andrebbe eliminato il riferimento al meno grave delitto di percosse, prevedendo soltanto l'incriminazione degli «atti idonei e diretti a ledere»; inoltre, potrebbe aggiungersi l'avverbio «intenzionalmente», così da escludere dal perimetro di tipicità soggettiva dell'art. 584 Cp gli atti investiti dal dolo eventuale. Sempre nell'ottica di “accentuare” il disvalore d'azione del “segmento base” della fattispecie *de qua*, un'alternativa più radicale potrebbe consistere nella tipizzazione di un “catalogo aperto” di modalità di realizzazione della condotta giudicate *ex lege* come particolarmente pericolose per l'altrui incolumità (come, ad esempio, l'uso di un'arma, di strumenti pericolosi, di una sostanza nociva)¹⁹⁶. Il ricorso a una tecnica legislativa di stampo casistico, improntata sull'uso di indicatori non tassativi, avrebbe il pregio di fornire all'interprete delle «linee guida» di carattere probatorio, che dovrebbero però essere contestualizzate e valutate alla luce delle peculiarità del caso di specie¹⁹⁷.

Peraltro, anche laddove si pervenisse all'approvazione di una sperata novella, resta fondamentale il ruolo giocato dal diritto vivente: l'introduzione del requisito della colpa nell'art. 584 Cp non è sufficiente a garantire l'affermazione del principio di colpevolezza, se tale scelta legislativa non è accompagnata dal consolidarsi di prassi ermeneutiche virtuose, che – lungi dal ripiegare su clausole di stile o su artifici retorici privi di portata dimostrativa – procedano a un riscontro dovizioso e motivato, senza cedere alla tentazione di intollerabili “scorciatoie probatorie”¹⁹⁸.

¹⁹⁵ In una direzione parzialmente simile si muoveva la proposta di Riforma dei delitti contro la persona dell'AIPDP (segnatamente, da Stefano Canestrari e Giovannangelo De Francesco; cfr. *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP*, cit., 13). Il “nuovo” delitto di omicidio preterintenzionale sarebbe così tipizzato: «chiunque, commettendo violenza alla persona, tale da rendere prevedibile un'offesa più grave, cagiona per colpa la morte di un uomo, è punito...» (accompagnata dalla previsione di una pena minore di quella attuale). Un intervento legislativo di questo tipo avrebbe l'indubbio pregio di esplicitare l'indefettibilità di un accertamento della colpa per la causazione dell'evento morte; qualche perplessità residua invece, con riguardo all'impiego della locuzione «violenza alla persona»: essa potrebbe essere oggetto di una interpretazione estensiva da parte della giurisprudenza, portando a una nuova riesplorazione del perimetro applicativo della fattispecie. Per alcuni rilievi critici, G. Piffer, *Preterintenzione e delitti aggravati dall'evento*, cit., 15.

¹⁹⁶ Potrebbe ipotizzarsi l'impiego di un catalogo simile a quello che compare nel § 224 *StGB* (il reato di “lesioni personali pericolose”, la *Gefährliche Körperverletzung*), che sanziona più gravemente le lesioni commesse secondo le modalità *ivi* descritte.

¹⁹⁷ Sull'impiego della tecnica degli indicatori (con particolare riguardo all'art. 603 *bis*), sui suoi pregi e sui suoi limiti: F. Consulich, *Manuale di diritto penale*, Torino 2024, 396; A. Merlo, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al “caporalato” dai braccianti ai riders. La fattispecie dell'art. 603 bis c.p. e il ruolo del diritto penale*, Torino 2020, 75; A. Cavaliere, *Il furore casistico nella recente legislazione penale. In particolare: circostanze e soggettivismo*, in *PenDP* 27.2.2023 (nota 34); A. Di Martino, *Tipicità di contesto a proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, in *AP* 3/2019, 1 ss.; Id., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna 2019, 59 ss.

¹⁹⁸ Questo rischio è ravvisato da F. Basile, voce *Colpa in attività illecita*, cit., 151 s. all'esito di un'accurata disamina del sistema tedesco e austriaco. L'A osserva come anche in questi ordinamenti – nonostante l'esplicita tipizzazione del requisito della colpa – la giurisprudenza finisca non di rado per presumere la sua sussistenza rispetto alla causazione del reato non voluto, o meglio per affermarla tramite apodittiche e generiche affermazioni, come quella secondo cui l'evento ulteriore non era «estraneo alla normale esperienza di vita» o «poteva verificarsi in base all'esperienza quotidiana».

L'ADEGUAMENTO (TARDIVO) DEL LEGISLATORE ITALIANO ALLA DIRETTIVA MAD II E L'OGGETTO DELLA CONFISCA IN MATERIA DI ABUSI DI MERCATO

di Dario Guidi (*Professore associato di diritto penale, Università di Siena*)

L'articolo prende in esame i profili di iniziale contrasto tra la disciplina italiana dell'*insider trading* e la Direttiva c.d.tta MAD II, illustrando poi sinteticamente i punti qualificanti dell'intervento normativo con cui il nostro legislatore si è adeguato, sia pure tardivamente, a tale Direttiva (l. 238/2021). Inoltre, viene analizzata la rilevante modifica apportata dalla predetta legge di adeguamento alla disciplina della confisca in tema di abusi di mercato, con particolare riferimento all'oggetto della misura ablatoria.

The article examines the profiles of initial conflict between the Italian regulation of insider trading and the so-called MAD II Directive, then briefly illustrating the qualifying points of the regulatory intervention with which our legislator has adapted, albeit belatedly, to this Directive (law no. 238/2021). Furthermore, the significant modification made by the aforementioned law to adapt to the confiscation regulations regarding market abuse is analysed, with particular reference to the object of the ablation measure.

Per molti anni la Direttiva c.d.tta MAD II (acronimo di *Market Abuse Directive II*) non ha ricevuto piena e coerente attuazione nell'ordinamento italiano¹. Anche dopo l'emanazione del d.lgs. 10.8.2018 n. 107, recante «Norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014»², permanevano profili di contrasto con tale Direttiva, soprattutto in relazione a due aspetti di fondo. In primo luogo, la “grande riforma” della disciplina degli abusi di mercato avvenuta nel 2005 con la l. 18.4.2005 n. 62 (“legge comunitaria 2004”), il cui art. 9 contemplava le norme di recepimento della c.d.tta MAD I³, aveva espunto gli *insiders* “secondari”⁴ dal novero dei possibili soggetti attivi del reato di abuso di informazioni privilegiate. Questa legge aveva infatti eliminato dalla previgente norma incriminatrice di tale reato il comma che estendeva la punibilità anche a chiunque avesse, direttamente o indirettamente, ottenuto le informazioni privilegiate con la consapevolezza del carattere riservato delle stesse. A seguito di detta modifica, quindi, le condotte tradizionalmente riconducibili all'abuso di informazioni privilegiate (*trading, tipping e tuyautage*) commesse da *insiders* secondari potevano assumere rilievo soltanto a titolo di illecito amministrativo. La situazione in Italia non è mutata fino alla riforma del 2021 (l. 23.12.2021 n. 238, di cui si dirà tra breve), ma nel frattempo la MAD II, che è stata emanata nel 2014 ai sensi dell'art. 83 del TFUE⁵ e

¹ Sui profili di divergenza tra le fonti sovranazionali e la normativa interna *in subiecta materia* v., per tutti, S. Seminara, *Diritto penale commerciale, III, Il diritto penale del mercato mobiliare*, 59 ss. (in part. 95 ss.).

² Si allude al c.d. MAR, acronimo di *Market Abuse Regulation*, che ha abrogato la Direttiva 2003/6/CE (c.d. MAD I) e le Direttive 2003/124/UE, 2003/125/CE e 2004/72/CE.

³ Si tratta della *Direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato - abusi di mercato - e delle direttive della Commissione di attuazione 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE*. Sul processo di recepimento di tale Direttiva nell'ordinamento italiano e sul quadro interno di disciplina in materia di agiotaggio, v. A. Melchionda, *Il reato di agiotaggio nel diritto penale italiano. Abusi dei mercati finanziari e recepimento della direttiva 2003/6 CE*, in AA.VV., *IV Convegno Italo-Spagnolo di Diritto penale dell'economia* (Trento, 7/9 ottobre 2004), Padova 2004, 1281 ss.

⁴ Si definiscono *insiders* secondari coloro che non hanno appreso la notizia privilegiata “direttamente”, in ragione del ruolo rivestito all'interno della società emittente gli strumenti finanziari o di un rapporto di collaborazione lavorativa e/o professionale con l'emittente stesso e/o di uno specifico incarico loro assegnato, bensì l'hanno ricevuta da un *insider* primario.

⁵ Acronimo, com'è noto, di *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*. Tale trattato è stato firmato a Lisbona il

contiene dunque «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni», avrebbe dovuto essere recepita entro 3 luglio 2016. Essa obbligava (ed obbliga tuttora) gli Stati membri ad estendere la norma che contempla il reato di *Abuso di informazioni privilegiate* «a chiunque abbia ottenuto informazioni privilegiate anche in ragione di circostanze diverse da quelle indicate al primo comma e sia a conoscenza del carattere privilegiato di tali informazioni» (art. 3 par. 3 co. 2 della Direttiva). Si allude qui chiaramente agli *insiders* secondari, cioè a coloro che hanno appreso la notizia riservata per ragioni diverse da quelle indicate nel primo comma dello stesso art. 3 (che descrive le varie tipologie di *insider* “primario”, sia *istituzionale* che *temporaneo*)⁶. Per un lungo arco temporale, dunque, l'Italia è rimasta inadempiente rispetto agli obblighi eurounitari di criminalizzazione delle condotte di abuso di informazioni privilegiate commesse dagli *insiders* secondari.

In secondo luogo, la disciplina contemplata dall'art. 184 TUF per le ipotesi in cui la condotta tipica fosse realizzata su piattaforme di scambio diverse dai tradizionali “mercati regolamentati” non risultava conforme a quella contenuta nella Direttiva MAD II. In particolare, l'art. 1 co. 17 del d.lgs. 17.7.2009 n. 101 aveva introdotto nel predetto art. 184 una nuova figura contravvenzionale *ad hoc*, aggiungendo al testo della norma un comma 3-*bis*, che poi è stato ulteriormente modificato dall'art. 4 co. 7 lett. *b* del d.lgs. 107/2018, e infine eliminato con la sostituzione dell'art. 184 ad opera dell'art. 26 della già menzionata l. 238/2021. Con tale fattispecie si intendeva ampliare l'oggetto materiale della condotta di *insider trading*, includendo nell'alveo applicativo del reato (sia pure in forma contravvenzionale) anche i titoli negoziati su piattaforme MTF (acronimo di *Multilateral Trading Facilities*).

In seguito, con la riforma del 2018, il raggio di presione punitiva di questa contravvenzione era stato esteso anche alle operazioni relative a strumenti finanziari negoziati su un *Sistema Organizzato di Negoziazione* (OTF: *Organized Trading Facilities*), italiano o di altro Paese dell'Unione europea (art. 180 lett. *a* n. 2-*bis*), e a strumenti finanziari “derivati”, compresi, non in via esclusiva, i *credit default swap* e i contratti differenziali (art. 180 lett. *a* n. 2-*ter*), nonché alle operazioni «relative alle aste su una piattaforma d'asta autorizzata come un mercato regolamentato di quote di emissioni»⁷. La figura contravvenzionale in esame si caratterizzava dunque per l'oggetto materiale della condotta, rappresentato da peculiari *species* di strumenti finanziari che venivano individuate mediante rinvio alla norma definitoria di cui all'art. 180 TUF.

Ebbene, ciò risultava incoerente (se non incompatibile) con l'assetto di disciplina delineato dal legislatore eurounitario sotto due ulteriori aspetti. Anzitutto, in base al combinato disposto degli artt. 1⁸ e 7⁹ della MAD II, gli Stati membri erano tenuti ad adottare le misure necessarie affinché le condotte di *insider trading* fossero punite con pene non inferiori nel massimo ad una determinata

13.12.2007 ed è entrato in vigore in data 1.12.2009.

⁶ La locuzione *insiders* “istituzionali” (o *corporate insiders*) designa coloro che sono entrati in possesso dell'informazione privilegiata in quanto membri di organi amministrativi, di direzione o di controllo dell'emittente o in ragione della partecipazione al capitale dell'emittente medesimo. Gli *insiders* “temporanei” (o *temporary insiders*) sono coloro che hanno appreso l'informazione privilegiata nell'esercizio di un'attività lavorativa, di una professione ovvero di una funzione o ufficio. Vi è poi una terza *species* di *insiders*, quella degli *insiders* c.d.tti “criminali”, che sono entrati in possesso di una notizia privilegiata in ragione del coinvolgimento in attività delittuose.

⁷ Ai sensi dell'art. 1 § 1 n. 22 della MIFID II, per “sistema multilaterale di negoziazione” deve intendersi «un sistema multilaterale gestito da un'impresa di investimento o da un gestore del mercato che consente l'incontro, al suo interno e in base a regole non discrezionali, di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, in modo da dare luogo a contratti conformemente al titolo II della presente direttiva». Il titolo II della Direttiva disciplina le Condizioni per l'autorizzazione e l'esercizio delle attività applicabili alle imprese di investimento. A mente del successivo art. 1 § 1 n. 23 della stessa Direttiva, per “sistema organizzato di negoziazione” deve intendersi «un sistema multilaterale diverso da un mercato regolamentato o sistema multilaterale di negoziazione che consente l'interazione tra interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a obbligazioni, strumenti finanziari strutturati, quote di emissione e strumenti derivati, in modo da dare luogo a contratti conformemente al titolo II della presente direttiva».

⁸ Tale articolo, rubricato “oggetto e ambito di applicazione”, individua (con grande ampiezza) le tipologie di strumento finanziario a cui si applica la Direttiva MAD II.

⁹ Recante “sanzioni penali per le persone fisiche”.

soglia quantitativa (quattro anni di reclusione per il *trading* ed il *tuyautage* e due anni di reclusione per il *tipping*) senza operare alcuna distinzione con riguardo alle *trading venues* di riferimento. In altri termini, alla luce di tale Direttiva la piattaforma di scambio in cui avvengono le transazioni non si riverbera in alcun modo sul disvalore del fatto e non incide sulla natura né sull'entità della pena da irrogare.

Nell'ordinamento italiano, viceversa, era stato previsto un "regime differenziato", configurando una fattispecie delittuosa solo in relazione ai fatti commessi sui mercati regolamentati (considerati evidentemente più gravi) e facendo confluire nell'alveo punitivo della contravvenzione le condotte realizzate in altri sistemi di negoziazione. In secondo luogo, la rilevanza di tali ultime tipologie di condotta solo alla stregua di ipotesi contravvenzionali precludeva ovviamente la configurabilità del tentativo, mentre la MAD II impone di incriminare anche questa forma di manifestazione del reato (art. 6 par. 2), in generale e a prescindere dalla piattaforma di scambio di volta in volta utilizzata dal soggetto attivo del reato.

Il lungo periodo di mancato adeguamento della legislazione italiana agli obblighi previsti dalla MAD II si spiega presumibilmente con l'erroneo convincimento, da parte dei nostri organi di governo, di aver già introdotto una disciplina pienamente conforme a tali obblighi. Al riguardo, basti pensare che, nella Relazione illustrativa al disegno di legge di Delegazione europea¹⁰, si affermava che la MAD II era stata espunta dal novero delle Direttive da attuare «poiché, come comunicato dal Ministero della giustizia successivamente all'approvazione preliminare, non risultano necessarie misure nazionali per la sua adozione in quanto l'ordinamento nazionale è già conforme». Su questo punto vi era però stata una "correzione di rotta" in sede parlamentare, con l'inserimento nell'ambito della l. 9.7.2015 n. 114 ("Legge di delegazione europea 2014") di apposita disposizione (l'art. 11) che recava i "Principi e criteri direttivi" per l'attuazione della Direttiva MAD II, ma il Governo aveva lasciato spirare il relativo termine senza dare attuazione alla delega legislativa. Anche in sede di lavori preparatori della successiva legge di delegazione europea, e precisamente nella *Relazione illustrativa* allo Schema di disegno di legge recante «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2016» (poi divenuto l. 25.10.2017 n. 163), si trova ribadito che «Nell'ordinamento interno, le condotte dolose previste dalla direttiva [si allude alla MAD II – n.d.s.] risultano già oggetto di previsione sanzionatoria».

Com'era prevedibile, la Commissione europea, a seguito del "non corretto recepimento" della Direttiva MAD II da parte dell'Italia, in data 26 luglio 2019 ha avviato una procedura di infrazione (n. 2019/2137) a carico del nostro Paese, elencando nella relativa lettera di costituzione in mora numerosi motivi di contestazione. Per superare tali motivi e conseguire l'archiviazione della procedura, nella legge europea 2019-2020 (appunto: l. 238/2021) è stato inserito l'art. 26, che introduce alcune modifiche "strutturali" al fine di "adeguare" la disciplina italiana degli abusi di mercato alle disposizioni della MAD II¹¹. Segnatamente, l'articolo in esame ha interamente sostituito il testo dell'art. 184 TUF, cancellando la disposizione di cui al comma 3-*bis*, e dunque eliminando la fattispecie contravvenzionale, ed ha esteso il raggio di prensione punitiva dell'abuso di informazioni privilegiate a tutti gli strumenti finanziari indicati nell'art. 1 della Direttiva MAD II attraverso la riformulazione dell'art. 182.

Inoltre, è stato inserito nel nuovo testo dell'art. 184 un apposito comma terzo che estende l'incriminazione ivi prevista per tutte le modalità realizzative dell'abuso di informazioni privilegiate (*trading*, *tipping* e *tuyautage*) anche agli *insiders* secondari (sia pure con una pena di minore entità rispetto agli *insiders* primari). A tale ultimo riguardo, merita sottolineare che la scelta operata dal

¹⁰ *Relazione illustrativa al del d.d.l. d'iniziativa governativa n. S-1758*, recante «Delega al governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione Europea – Legge di delegazione europea 2014», in www.senato.it.

¹¹ Una prima disamina di questo intervento di novellazione e adeguamento si trova in G. Martiello, *Il "ravvedimento comunitario" del legislatore nazionale in materia di repressione degli «abusi di mercato»: prime note di commento all'art. 26 della legge n. 238/2021 («legge europea 2019-2020»)*, in www.legislazionepenale.eu, 30.5.2022.

legislatore del 2005 di espungere gli *insiders* secondari dal novero dei possibili soggetti attivi del reato era legata (almeno in parte) ad un modello di tipizzazione dell'*insider trading* incentrato sul concetto di “abuso di posizione”, secondo lo schema del “reato proprio”. La *ratio* di fondo dell'incriminazione veniva infatti ravvisata nello sfruttamento di una posizione di “privilegio informativo” da parte di un soggetto apicale all'interno della società emittente gli strumenti finanziari, che poteva estrinsecarsi nell'effettuazione di operazioni di *trading* sulla base di notizie riservate o nella “trasmissione” di tale posizione privilegiata ad un terzo mediante condotte di *comunicazione* illecita (*tipping*) o di *raccomandazione* o *induzione* al compimento di operazioni finanziarie (*tuyautage*).

La Direttiva MAD II, però, appare ispirata ad una logica molto diversa, atteso che la previsione di una clausola estensiva dell'incriminazione a tutti coloro che sono entrati in possesso dell'informazione privilegiata con la consapevolezza del carattere privilegiato dell'informazione stessa, a prescindere dalla “qualifica” rivestita all'interno della società emittente, si discosta radicalmente dall'idealtipo del “reato proprio” ed allarga lo spettro applicativo del reato fino ad abbracciare tutte le condotte che, sfruttando un privilegio informativo comunque conseguito, alterano il già fragile equilibrio dei mercati finanziari e ledono la fiducia degli investitori nel regolare funzionamento di essi. I due rispettivi modelli di configurazione del reato apparivano quindi tra loro incompatibili e ciò ha richiesto l'intervento di adeguamento operato, appunto, con la novella del 2021. Tuttavia, il legislatore italiano ha mostrato ancora una volta di considerare il fatto degli *insiders* secondari meno grave rispetto a quello degli *insiders* primari. Ed invero, ai sensi del nuovo terzo comma dell'art. 184 TUF le condotte di *trading*, *tipping* e *tuyautage* commesse dagli *insiders* secondari sono punite con la reclusione da un anno e sei mesi a dieci anni e con la multa da euro ventimila a euro due milioni e cinquecentomila. La comminatoria edittale, sia con riguardo alla pena detentiva che in relazione alla pena pecuniaria, è inferiore a quella prevista dal primo comma per i fatti commessi dagli *insiders* primari (reclusione da due a dodici anni e multa da euro ventimila ad euro tre milioni). Evidentemente il nostro legislatore ritiene che il fatto commesso da chi è entrato “direttamente” in possesso della notizia riservata in ragione della propria “qualifica” all'interno della società emittente, o dei rapporti intrattenuti con essa, sia più grave dello stesso fatto commesso da chi ha appreso la notizia da altri (*id est*: dagli *insiders* primari). Questa graduazione sanzionatoria non è però presente nella Direttiva MAD II. In ogni caso, ciò non rende l'Italia inadempiente dal momento che risultano ampiamente rispettate, anche in relazione all'ipotesi meno grave, le soglie minime di pena stabilite dal legislatore eurounitario (che indica, come abbiamo visto, l'entità di pena sotto cui non deve scendere il massimo edittale previsto per l'abuso di informazioni privilegiate nelle sue varie modalità realizzative).

Un altro aspetto di particolare rilievo, ai fini che qui interessano, è che l'art. 26 co. 1 lett. e della l. 238/2021, ha introdotto anche una modifica in materia di “confisca penale”, riformulando il primo comma dell'art. 187 TUF onde circoscrivere l'oggetto della misura ablatoria al solo profitto del reato. In tal modo il nostro legislatore ha colto l'occasione per allineare la disciplina della confisca penale a quella della confisca amministrativa, atteso che l'oggetto di quest'ultima risultava già circoscritto al solo profitto dell'illecito a seguito di una pronuncia della Corte costituzionale intervenuta alcuni anni or sono. Segnatamente, con la sentenza n. 112 del 2019 la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*sexies*, sia nel testo originariamente introdotto dall'art. 9 co. 2 lett. a della l. 62/2005, sia, in via consequenziale ai sensi del predetto art. 27 della l. 11.3.1953 n. 87, nel testo attuale così come modificato dall'art. 4 co. 14 del d.lgs. 107/2018, «nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito, e non del solo profitto»¹².

¹² C. cost., 10.5.2019 n. 112, in www.giurcost.org (Consulta online). Per un commento a tale sentenza, cfr.: R. Acquaroli, *La confisca e il controllo di proporzionalità: una buona notizia dalla Corte costituzionale*, in *DPP* 2020, 197 ss.; N. Madia, *La Consulta dichiara la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 187-*sexies* del d.lgs. n. 58 del 1998 sia nel testo introdotto dalla l. n. 62 del 2005 sia in quello modificato dal d.lgs. n. 107 del 2018*, in *RIDPP* 2019, 1636 ss.; V. Mongillo, *Confisca proteiforme e nuove frontiere della ragionevolezza costituzionale. Il banco di prova degli abusi di*

La questione sottoposta al vaglio della Corte verteva in quel caso sulla sospetta incompatibilità con la Costituzione dell'art. 187-*sexies* TUF nella parte in cui quest'ultima disposizione assoggettava a confisca per equivalente, non soltanto il profitto dell'illecito, ma anche i mezzi impiegati per commetterlo (ossia il denaro o le altre utilità impiegate dall'agente per finanziare dette operazioni di *trading*). Il carattere innovativo di questa pronuncia è consistito nell'affermazione secondo cui il principio costituzionale di proporzionalità si estende, in generale e anche al di fuori delle ipotesi di "automatismo sanzionatorio", a tutta la materia delle sanzioni amministrative¹³. Con la precisazione però che in tale ambito «il principio in parola non trae la propria base normativa dal combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost., bensì dall'art. 3 Cost. in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione».

Ad avviso dei giudici costituzionali, mentre l'ablazione del "profitto" ha una mera funzione ripristinatoria della situazione patrimoniale precedente in capo all'autore¹⁴, la confisca del "prodotto" – identificato in relazione agli abusi di mercato nell'intero ammontare degli strumenti finanziari acquistati dall'autore, ovvero nell'intera somma ricavata dalla loro alienazione – ha un effetto "peggiorativo" rispetto alla situazione patrimoniale del trasgressore. Lo stesso vale, ovviamente, per la confisca dei "beni utilizzati" per commettere l'illecito, identificati nelle somme di denaro investite nella transazione, ovvero negli strumenti finanziari alienati dall'autore. La confisca amministrativa del prodotto dell'illecito, inteso nei termini di cui sopra, assume pertanto «una connotazione punitiva, infliggendo all'autore dell'illecito una limitazione al diritto di proprietà di portata superiore (e, di regola, assai superiore) a quella che deriverebbe dalla mera ablazione dell'ingiusto vantaggio economico ricavato dall'illecito».

Ne consegue che, nel vigente sistema sanzionatorio degli abusi di mercato, la (prevalente) componente "punitiva" insita nella confisca del "prodotto" dell'illecito e dei "beni utilizzati" per commetterlo si aggiunge alla già gravosa afflizione determinata dalle altre sanzioni previste dal TUF e, in particolare, dalla sanzione amministrativa pecuniaria. Una sanzione, quest'ultima, la cui cornice editale è essa pure di eccezionale severità, potendo giungere sino ad un massimo (oggi) di cinque milioni di euro, aumentabili in presenza di particolari circostanze fino al triplo, ovvero fino al maggiore importo di dieci volte il profitto conseguito ovvero le perdite evitate per effetto dell'illecito. Ecco dunque che, secondo il nostro Giudice delle leggi, «la combinazione tra una sanzione pecuniaria di eccezionale severità, ma graduabile in funzione della concreta gravità dell'illecito e delle condizioni economiche dell'autore dell'infrazione, e una ulteriore sanzione anch'essa di carattere "punitivo" come quella rappresentata dalla confisca del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l'illecito, che per di più non consente all'autorità amministrativa e poi al giudice alcuna modulazione quantitativa, necessariamente conduce, nella prassi applicativa, a risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati».

La sentenza della Corte costituzionale sull'art. 187-*sexies* TUF riveste notevole importanza ed "attualità" sotto un duplice profilo. In primo luogo, in essa si trova affermata, per la prima volta in termini generali con riferimento alle sanzioni amministrative di carattere "punitivo", la piena operatività del principio costituzionale di "proporzionalità". Il raggio applicativo di questo principio,

mercato, in *GCos* 2019, 3343 ss.; L. Roccatagliata, *Dichiarata (probabilmente invano) la illegittimità dell'articolo 187 sexies T.U.F., nella parte in cui prevede la confisca amministrativa obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito, e non del solo profitto*, in *Giur. pen. web*, 12.5.2019; A. Anzon Demmig, *Applicazioni virtuose della nuova "dottrina" sulla "doppia pregiudizialità" in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2019, 179 ss.

¹³ Sul complesso tema dell'applicazione del principio di proporzionalità alla confisca, cfr., da ultimo, V. Mormando, *Il principio di proporzionalità della confisca: alcune brevi riflessioni a margine della sentenza 24 giugno 2021, n. 36959 delle SS.UU.*, in *Arch. pen. web*, 2/2023, 1 ss. Più in generale, sul tema del sindacato di costituzionalità alla luce dei principi di proporzione e ragionevolezza, v., in particolare, R. Bartoli, *Il sindacato di costituzionalità sulla pena tra ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità*, in *RIDPP* 2022, 1441 ss.

¹⁴ Sulla nozione di profitto confiscabile v., *amplius*, M. Maugeri, *La nozione di profitto confiscabile e la natura della confisca: due inestricabili e sempre irrisolte questioni*, in www.lalegislazionepenale.eu, 17.1.2023.

peraltro, non viene tracciato richiamando il combinato disposto dell'art. 3 Cost. con i principi enunciati in materia penale dall'art. 27 – con particolare riguardo alla personalità (*sub specie* di “individualizzazione”) e alla funzione rieducativa della pena – dal momento che tali canoni appaiono, secondo la ricostruzione operata dalla Corte, «strettamente connessi alla logica della pena privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale, attorno alla quale è tutt'oggi costruito il sistema sanzionatorio penale»¹⁵, ma si incentra sul combinato disposto dello stesso art. 3 con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione (nel caso di specie veniva in rilievo la tutela del diritto di proprietà).

In secondo luogo, con questa presa di posizione in tema di necessaria proporzionalità delle sanzioni “sostanzialmente punitive”, la Consulta ha fatto emergere l'esigenza di delimitazione dell'oggetto della confisca anche con riguardo all'art. 187 TUF, atteso che, come da più parti è stato osservato, il problema del difetto di proporzionalità della confisca amministrativa si riproponeva in termini esattamente analoghi con riguardo alla confisca penale, anche perché circoscrivere la confisca al “profitto” in relazione agli illeciti amministrativi e non a quelli penali avrebbe comportato un'irragionevole e macroscopica disparità di trattamento, rilevante *ex art.* 3 Cost.¹⁶.

Tali istanze di ridefinizione dell'oggetto della confisca penale sono state infine recepite dal legislatore italiano che, come abbiamo visto, con l'art. 26 co. 1 lett. *e* della l. 238/2021, ha sostituito il primo comma dell'art. 187 TUF, circoscrivendo, appunto, l'oggetto della confisca ai beni che costituiscono il “profitto” del reato ed escludendo quindi “il prodotto” dall'ambito applicativo della misura ablatoria. Il legislatore della novella ha quindi colto l'occasione di un intervento di adeguamento alla disciplina eurounitaria degli abusi di mercato per riformare la confisca penale *in subiecta materia* e renderla compatibile con il principio costituzionale di proporzionalità. Oggi, dunque, la confisca prevista nel TUF per gli abusi di mercato può avere ad oggetto solo il *profitto* dell'illecito, sia nel caso di illecito penale che di illecito amministrativo. In tal modo, sia pure tardivamente, l'assetto di disciplina della confisca nel campo di materia degli abusi di mercato è stata resa intrinsecamente più razionale e soprattutto più coerente con il dettato costituzionale e con la normativa sovranazionale.

¹⁵ In argomento v., tra i tanti, R. Bartoli, *Non più carcere-centrico l'attuale volto della pena*, in *DPP*, 6/2023, 745 ss.; A. Menghini, E. Mattevi, *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Trento 2022; A. Averardi, *La Costituzione «dimenticata». La funzione rieducativa della pena*, in *Riv. trim. dir. pubblico* 2021, 145 ss.

¹⁶ Così, in particolare, G.L. Gatta, *Confisca “amministrativa” per l'insider trading: verso una limitazione al solo profitto? La parola alla Corte costituzionale, in attesa dell'attuazione (mancata?) della legge delega per l'adeguamento alla disciplina europea del market abuse*, in *DPenCont*, 5/2018, 295 ss. (in part. 301); L. Roccatagliata, *Dichiarata (probabilmente invano) la illegittimità costituzionale dell'articolo 187 sexies, cit.*, 5 s., che pone una domanda, da lui stessa definita “inevitabile e provocatoria”: «se il cumulo tra una sanzione amministrativa pecuniaria e una confisca amministrativa del prodotto dell'illecito va considerato contrario al principio costituzionale di proporzionalità, va invece ritenuto conforme a siffatto principio un cumulo, imposto dalla legge alle sole persone fisiche, tra: i) la sanzione penale detentiva e pecuniaria (artt. 184, 185 T.U.F.); ii) le sanzioni penali accessorie (art. 186 T.U.F.); iii) la sanzione amministrativa pecuniaria (artt. 187-bis, 187-ter T.U.F.); iv) le sanzioni amministrative accessorie (187-quater T.U.F.)?». In tal senso anche F. Mucciarelli, *Riforma penalistica del market abuse: l'attesa continua*, in *DPP*, 1/2018, 5 ss., il quale, nel commentare la legge delega ancora non attuata con il decreto n. 107/2018, nella quale era previsto di limitare la confisca al solo profitto nell'art. 187-sexies, sottolineava come, pur essendo tale criterio direttivo «condivisibile nella sua ragione di fondo (da tempo in dottrina era stata segnalata la sproporzione di una misura che poteva riguardare risorse ingentissime anche a fronte di un accrescimento patrimoniale modesto per il responsabile), la mancata corrispondente modifica dell'art. 187 T.U.F. (che contempla la confisca da reato anche per i beni strumentali alla sua commissione) importa un irrimediabile *vulnus* ai superiori canoni dell'eguaglianza e della ragionevolezza» (11).

LA RILEVANZA DEI “FATTORI CONTESTUALI” AI FINI DELLA LIMITAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ COLPOSA DEL MEDICO. LA PANDEMIA DA COVID-19 COME BANCO DI PROVA PER LA COLPA PENALE*

di Laura Notaro

(*Dottoressa di ricerca in diritto penale, Università di Pisa*)

Il contributo parte dall’esigenza, emersa da ultimo in occasione dell’emergenza legata al virus SarsCov2, di limitare la responsabilità penale dell’operatore sanitario alla luce delle peculiarità del contesto in cui è chiamato a operare. Dopo aver ripercorso le possibili risposte giuridiche proposte nell’ambito del dibattito italiano, tra cui quelle che valorizzano il grado della colpa, si prendono in considerazione alcuni ordinamenti stranieri che danno rilievo alla gravità della colpa per delimitare l’area di rilevanza penale. Infine, si formulano alcune osservazioni di sintesi, individuando alcuni interrogativi aperti in merito alla soluzione incentrata sul grado della colpa e al tema generale della rilevanza dei fattori di contesto ai fini di una limitazione della responsabilità penale.

The paper starts from the need – which was also recently pointed out during the SarsCov2 pandemic – to limit the criminal liability of health care professionals by considering the peculiarities of the context in which they work. After retracing the possible regulatory solutions proposed in the context of the Italian debate, including those that enhance the “degree of negligence”, the comparative legal framework is synthetically taken into account, with specific reference to legal systems that use the concept of “gross negligence” in order to reduce the area of criminal liability. The final remarks highlight some open questions regarding both the proposal focused on the “degree of negligence” and the general issue of the relevance of the contextual factors for the purpose of limiting criminal liability.

SOMMARIO: 1. Il problema emerso in occasione dell’emergenza legata alla diffusione del SarsCov2: l’esigenza di una limitazione della responsabilità penale del medico alla luce delle peculiarità del contesto. – 2. Possibili risposte giuridiche nel dibattito dottrinale e negli interventi del legislatore. – 3. Proposte di riforma generale dello statuto penale dell’attività sanitaria. – 4. Uno sguardo al quadro comparato. – 5. Bilanci e interrogativi aperti.

1. La pandemia legata alla diffusione del virus SarsCov2 ha fatto emergere in termini drammatici il tema del rischio penale delle professioni sanitarie.

In tale peculiare contingenza, infatti, l’attività medica si è dovuta svolgere in un contesto di particolare difficoltà, per due ordini di fattori.

In primo luogo, dal momento che ci si trovava di fronte a una *malattia sconosciuta*, mancavano linee guida accreditate o buone pratiche consolidate a cui affidarsi nella scelta delle procedure da seguire. Gli operatori sanitari si sono quindi trovati costretti a utilizzare *farmaci e procedure sperimentali*, in assenza di qualsivoglia dato o studio sulla patologia da trattare.

In secondo luogo, il dilagare del contagio ha generato un *aumento improvviso della domanda di cura*, che si è dovuto scontrare con una relativa *scarsità di risorse materiali e umane*¹, in rapporto ai casi

* Il testo riproduce, con note bibliografiche essenziali, i contenuti della relazione presentata nell’ambito del convegno conclusivo del Progetto di ricerca di Ateneo (PRA) 2020-2022 dell’Università di Pisa, dal titolo “Malattie infettive, salute, sviluppo: implicazioni economiche e risposte giuridiche”, svolto a Pisa il 14.12.2022.

¹ Di recente, nelle more della pubblicazione del presente contributo, il legislatore ha introdotto una clausola di limitazione

da trattare. Per fornire assistenza al sempre più alto numero di pazienti, è stato necessario impiegare *risorse umane qualitativamente inadeguate*: medici non specialisti o addirittura neolaureati “arruolati” sull’onda dell’emergenza. A ciò si aggiunga, peraltro, che i professionisti sanitari sono stati costretti a operare in condizioni di stress elevato, a causa dell’ingente carico di lavoro e dei turni prolungati che sono stati chiamati a sostenere per far fronte al crescente numero di pazienti e all’urgenza.

In questo quadro, è emersa con forza l’esigenza di dare rilevanza alle *peculiarità del contesto* emergenziale ai fini di una limitazione della responsabilità colposa del medico. In quel drammatico frangente, l’attualità aveva evidenziato, infatti, l’insufficienza degli strumenti giuridici previsti a livello normativo e l’inadeguatezza del diritto vivente.

Lo strumento normativo dell’art. 590-sexies Cp risultava, evidentemente, del tutto inadatto a fronteggiare il problema: la sua operatività, infatti, si fonda su un presupposto – l’esistenza di linee guida e buone pratiche consolidate – contrario, per definizione, rispetto a quello di fronte al quale si sono trovati a operare i sanitari nel corso della pandemia, in assenza di qualsiasi procedura diagnostica e terapeutica condivisa a cui affidarsi.

Anche i possibili strumenti interpretativi, quali il riferimento alla norma civilistica dell’art. 2236 Cc, come pure alle opposte teorizzazioni della misura soggettiva della colpa o della categoria generale dell’inesigibilità, risultavano scarsamente utilizzati dalla giurisprudenza.

2. Il dibattito dottrinale in materia non ha mancato di riaccendersi di fronte all’attualità della pandemia. Al di là delle diverse soluzioni proposte, l’orientamento metodologico comune è stato quello di fare ricorso alle categorie generali proprie della responsabilità colposa², senza la necessità di congegnare istituti di carattere eccezionale per far fronte alle circostanze emergenziali.

Per un verso, una parte della dottrina ha suggerito di fare riferimento al grado della colpa come confine del penalmente rilevante in ambito medico. A legislazione invariata, si potrebbe dare rilievo all’art. 2236 Cc anche in ambito penale, limitando la responsabilità colposa dei professionisti sanitari ai soli casi di colpa grave³, quando essi si siano trovati di fronte a problemi «di speciale difficoltà». *De iure condendo*, si è proposto di introdurre una clausola normativa di limitazione della responsabilità colposa in ambito medico, fondata su una nozione di colpa grave che tenga conto dei fattori di contesto.

Per altro verso, si è parlato di recuperare le teorie in materia di misura soggettiva della colpa o, in alternativa, la categoria generale dell’inesigibilità⁴.

della responsabilità dell’operatore sanitario incentrata sulla carenza di risorse umane (cfr. l. 23.2.2024 n. 18, di conversione del d.l. 30.12.2023 n. 215). Secondo la nuova disposizione, «la limitazione della punibilità ai soli casi di colpa grave prevista, per la durata dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dall’articolo 3-bis del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, si applica altresì ai fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale commessi fino al 31 dicembre 2024 nell’esercizio di una professione sanitaria in situazioni di grave carenza di personale sanitario». Per un commento a prima lettura, cfr. P. Piras, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, in www.sistemapenale.it, 23.4.2024.

² Per chiare indicazioni in tal senso, cfr. R. Bartoli, *Il diritto penale dell’emergenza “a contrasto del Coronavirus”*: problematiche e prospettive, in www.sistemapenale.it, 24.4.2020, 13; M. Caputo, *Logiche e modi dell’esonazione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in www.lalegislazionepenale.eu, 22.6.2020, 3.

³ Per alcune proposte in tal senso, sin dalle prime fasi della pandemia legata al virus SarsCov2, cfr. M. Caputo, *Logiche e modi dell’esonazione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, cit., 6; A. Roiati, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell’emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 19.5.2020, 19; L. Risicato, *La metamorfosi della colpa medica nell’era della pandemia*, in *disCrimen*, 25.5.2020, 9.

⁴ Auspica una «corretta valorizzazione degli elementi della colpa professionale e soprattutto del profilo soggettivo della colpa» M. Pelissero, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitto contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell’emergenza sanitaria*, in *RIDPP* 2020, 540.

Il legislatore, invece, sull'onda dell'emergenza, ha introdotto strumenti, quali quelli previsti dal d.l. 1.4.2021 n. 44, convertito con modificazioni dalla l. 28.5.2021 n. 76, presentati come "scudi penali" di natura eccezionale⁵: l'art. 3 del decreto-legge ha previsto una causa di limitazione della punibilità del medico vaccinatore⁶ e l'art. 3-*bis*, aggiunto in sede di conversione, ha inserito una clausola (temporanea) che limita ai soli casi di colpa grave la punibilità degli operatori sanitari per i fatti «commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza»⁷.

A ben vedere, sebbene tali norme appaiano confezionate *ad hoc* per la specifica emergenza sanitaria legata alla diffusione del virus Sars-Cov2 (la seconda addirittura configurata come norma temporanea, destinata ad applicarsi «durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 e successive proroghe»), sembrerebbe trattarsi, in realtà, di strumenti niente affatto eccentrici rispetto alla logica generale della responsabilità colposa.

La clausola di cui all'art. 3-*bis*, in particolare, si avvale del grado della colpa al fine di perimetrare l'area di rilevanza penale delle condotte dell'operatore sanitario, la cui responsabilità colposa risulta limitata alle ipotesi di colpa grave. Particolarmente interessante è il secondo comma dell'articolo, che offre una definizione normativa di «colpa grave», che fa riferimento a una serie di "fattori contestuali" capaci di escludere la gravità della colpa⁸: a) la limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto; b) la scarsità di risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero di casi da trattare; c) il minore grado di specializzazione del personale impiegato per far fronte all'emergenza. Sembrerebbe trattarsi di elementi in grado di incidere sull'*esigibilità* in concreto del comportamento osservante.

3. Come si accennava, per la dottrina penalistica, la pandemia ha rappresentato un laboratorio⁹, un'occasione per sperimentare e discutere soluzioni a problemi generali dello statuto penale dell'attività sanitaria¹⁰, quando non – addirittura – di tutte le attività lecite¹¹. La sfida posta al penalista è quella di predisporre categorie generali «per far fronte *anche* alle situazioni di emergenza»¹².

⁵ In proposito, cfr. M. Caputo, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, cit., 3.

⁶ Cfr. art. 3 del d.l. 44/2021, conv. dalla l. 76/2021: «Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione». In proposito, cfr. A. Massaro, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino anti Sars-CoV-2: gli "anticorpi" dei principi generali in materia di colpa penale*, in *RIML* 2021, 122 ss.

⁷ Cfr. art. 3-*bis* del d.l. 44/2021, come modificato dalla legge di conversione 76/2021: «1. Durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave. 2. Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza».

⁸ In proposito, cfr. C. Cupelli, *La colpa penale e la gestione penale dell'emergenza pandemica. Nuovi spunti per una riforma dell'art. 590-sexies c.p.*, in *disCrimen*, 28.4.2022, 11 ss.

⁹ Così M.L. Mattheudakis, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomenti per una tesi*, Roma 2021, 149.

¹⁰ In termini analoghi, A. Roiati, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19*, cit., 15.

¹¹ Sul tema dell'estensione di forme di limitazione della responsabilità ad altri settori di attività, cfr. M. Caputo, voce *Colpa medica*, in *EncDir*, I Tematici, vol. II, Milano 2021, 189.

¹² Così A. Perin, *La ridefinizione della colpa penale in ambito sanitario nelle proposte di riforma della AIPDP*, in *Rivista di Biodiritto* 2022, 375.

Un importante tentativo di costruire una proposta di respiro generale si può rinvenire nel secondo articolato presentato dal 3° Gruppo dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale¹³, composto da Sergio Seminara, Domenico Pulitanò e Matteo Caputo.

Si trattava di una *clausola di limitazione della responsabilità del medico* alle ipotesi di *colpa grave*¹⁴, applicabile ai fatti «commessi nell'esercizio delle professioni sanitarie», riconducibili alle fattispecie colpose che più frequentemente possono venire in rilievo nell'ambito dell'attività medica: omicidio colposo (art. 589 Cp), lesioni colpose (art. 590 Cp) e interruzione colposa di gravidanza (art. 593-bis Cp).

La definizione di colpa grave (co. 2) proposta dal Gruppo è articolata intorno a due fattori: *a)* una deviazione particolarmente rilevante dalle regole cautelari; *b)* la creazione di un rischio irragionevole concretizzatosi nell'evento¹⁵.

Vengono individuati, inoltre, in negativo, alcuni indici in grado di escludere la gravità della colpa (co. 3): *a)* la speciale difficoltà dei problemi affrontati; *b)* le condizioni di lavoro e risorse disponibili; *c)* il livello di esperienza e di conoscenze tecnico-scientifiche; *d)* le motivazioni della condotta; *e)* la presenza di gravi carenze organizzative.

A sua volta, la carenza organizzativa grave è definita dagli autori della proposta (co. 4) attraverso il riferimento *a)* alla mancata adozione o inefficace attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi; *b)* alla creazione di un rischio incompatibile con un livello elevato di sicurezza delle cure.

In sostanza, secondo l'efficace rappresentazione sintetica offerta in dottrina da Andrea Perin, la nozione di colpa penale rilevante in ambito sanitario richiederebbe, oltre alla violazione di una regola cautelare, un «*quid pluris* di gravità penale»¹⁶, costituito dalla rilevanza della deviazione dalla regola, dalla produzione di un rischio irragionevole e dall'*esigibilità contestuale*.

4. È intorno al concetto di colpa grave, dunque, che sembrerebbero ruotare le più recenti e autorevoli proposte che hanno ipotizzato possibili tecniche di limitazione della responsabilità penale del medico, capaci di tenere conto dei fattori contestuali incidenti sulla concreta *esigibilità* del comportamento conforme alla regola cautelare.

Può risultare utile, pertanto, gettare uno sguardo agli ordinamenti stranieri che fanno leva sul grado della colpa per delimitare – oltre che graduare – la responsabilità colposa.

Non sono poche, infatti, le esperienze giuridiche che danno rilievo alla gravità della colpa per delineare il perimetro della responsabilità penale. In molti contesti ordinamentali, peraltro, una

¹³ Per un'analisi delle proposte del Gruppo, cfr. A. Perin, *La ridefinizione della colpa penale in ambito sanitario nelle proposte di riforma della AIPDP*, in *Rivista di Biodiritto* 2022, 353 ss.

¹⁴ Si riporta, per comodità di chi legge, il testo proposto dal Gruppo: «1. Se i fatti di cui agli articoli 589, 590 e 593-bis sono commessi nell'esercizio delle professioni sanitarie, la responsabilità penale è esclusa salvo che la colpa sia grave. 2. La colpa è grave quando la deviazione dalle regole cautelari è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento. 3. Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della speciale difficoltà dei problemi affrontati, delle condizioni di lavoro e delle risorse disponibili, del tipo di rischio da gestire e della concreta situazione operativa, del livello di esperienza e di conoscenze tecnico-scientifiche possedute, delle motivazioni della condotta, delle gravi carenze organizzative. 4. La carenza organizzativa è grave quando l'ente nel quale si svolge l'attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure».

¹⁵ Si veda la nozione di colpa grave proposta dalla Commissione Pisapia nel 2006 (art. 13 co. 1 lett. *e* dell'articolato), secondo il quale la colpa è grave «quando, tenendo conto della concreta situazione psicologica dell'agente, sia particolarmente rilevante l'inosservanza delle regole ovvero la pericolosità della condotta, sempre che tali circostanze oggettive siano manifestamente riconoscibili».

¹⁶ In questi termini A. Perin, *La ridefinizione della colpa penale in ambito sanitario nelle proposte di riforma della AIPDP*, in *Rivista di Biodiritto* 2022, 369.

valorizzazione del grado della colpa in senso delimitativo dell'area del penalmente rilevante può osservarsi anche al di fuori dell'ambito sanitario.

Negli ordinamenti legati alla tradizione di *common law*, come quelli di Inghilterra e Stati Uniti, si può constatare, infatti, una rilevanza *generale* del grado della colpa come confine della responsabilità penale¹⁷.

In Spagna, la Ley n. 1/2015 ha sostituito il previgente binomio «*imprudencia grave/leve*» con una nuova classificazione che vede, da un lato, una «*imprudencia grave*» e, dall'altro lato, una «*imprudencia menos grave*». Con tale riforma, secondo la lettura prevalente, il legislatore avrebbe realizzato una depenalizzazione delle ipotesi *minori* di «*imprudencia leve*»¹⁸. Pertanto, ad oggi, il grado della colpa assume un duplice ruolo sul piano della qualificazione giuridica dei fatti: oltre a costituire l'elemento differenziale tra alcune fattispecie¹⁹, caratterizzate dalla sussistenza di una *imprudencia grave* o *menos grave*²⁰, il grado della colpa sembrerebbe infatti disegnare il confine della responsabilità penale, sulla base della distinzione tra *imprudencia menos grave* e *imprudencia leve*.

In Austria, è stata introdotta una definizione generale di colpa grave (*grobe Fahrlässigkeit*), che sembra fondarsi sul carattere «non comune» (*ungewöhnlich*) e «vistoso» (*auffallend*) dell'inosservanza della regola cautelare, vale a dire sulla sua gravità, data dalla distanza tra il comportamento osservante richiesto dalla norma violata e quello colposo posto in essere²¹.

La colpa grave, così definita, risulta avere, nell'ordinamento austriaco, almeno due spazi di rilevanza sul piano della qualificazione giuridica dei fatti: a livello generale, il grado della colpa consente di distinguere i reati di *omicidio gravemente colposo* (§ 81, Abs. 1 StGB)²² e di *lesioni gravemente colpose* (§ 88, Abs. 3-4 StGB)²³ dalle corrispondenti fattispecie generali di omicidio colposo e lesioni colpose; con specifico riferimento all'attività medica, inoltre, il grado della colpa rappresenta il confine della rilevanza penale, a seguito della reintroduzione di una limitazione della responsabilità penale del personale sanitario (§ 88 Abs. 2, n. 3 StGB), che si applica nelle ipotesi di lesioni *non gravi*, in presenza di *colpa non grave* (*nicht grobe Fahrlässigkeit*)²⁴.

In Germania, può segnalarsi la figura della *Leichtfertigkeit*²⁵, termine che può tradursi come «sconsideratezza» e che può esser fatta coincidere, nella sostanza, con la nozione di colpa grave, alla

¹⁷ In proposito, nella dottrina italiana, cfr. A. Di Landro, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della "gravità" ex art. 2236 c.c. alle prospettive della gross negligence anglosassone*, in *IP* 2004, 733 ss.; M.L. Mattheudakis, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit., 187.

¹⁸ In proposito, cfr. A. Daunis Rodriguez, *La imprudencia menos grave*, in *InDret* 2018, 29 ss.

¹⁹ È il caso dell'art. 142, in materia di omicidio colposo, e dell'art. 152, in materia di lesioni colpose.

²⁰ Sul punto, cfr. S. Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, X ed., Barcelona 2016, 296, nt. 13.

²¹ Cfr. § 6 StGB austriaco, come modificato da una riforma del 2015: «*wer ungewöhnlich und auffallend sorgfaltswidrig handelt, sodass der Eintritt eines dem gesetzlichen Tatbild entsprechenden Sachverhaltes als geradezu wahrscheinlich vorhersehbar war*».

²² Cfr. § 81, Abs. 1 StGB austriaco: «*Wer grob fahrlässig (§ 6 Abs. 3) den Tod eines anderen herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen*».

²³ Cfr. § 88, Abs. 3-4 StGB austriaco: «*3. Wer grob fahrlässig (§ 6 Abs. 3) oder in dem in § 81 Abs. 2 bezeichneten Fall einen anderen am Körper verletzt oder an der Gesundheit schädigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. 4. Hat die Tat nach Abs. 1 eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs. 1) zur Folge, so ist der Täter mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. Hat die Tat nach Abs. 3 eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs. 1) zur Folge, ist der Täter mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren, hat sie jedoch eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs. 1) einer größeren Zahl von Menschen zur Folge, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen*».

²⁴ Cfr. § 88 StGB austriaco: «*Handelt der Täter nicht grob fahrlässig (§ 6 Abs. 3) und ist 1. die verletzte Person mit dem Täter in auf- oder absteigender Linie verwandt oder verschwägert oder sein Ehegatte, sein eingetragener Partner, sein Bruder oder seine Schwester oder nach § 72 Abs. 2 wie ein Angehöriger des Täters zu behandeln, 2. aus der Tat keine Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit einer anderen Person von mehr als vierzehntägiger Dauer erfolgt oder 3. der Täter ein Angehöriger eines gesetzlich geregelten Gesundheitsberufes und die Körperverletzung in Ausübung seines Berufes zugefügt worden, so ist der Täter nach Abs. 1 nicht zu bestrafen*».

²⁵ In argomento, nella dottrina italiana, cfr. D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 347 ss.

luce della giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* che la definisce attraverso il riferimento alla particolare gravità della violazione della regola cautelare²⁶.

Nel codice penale tedesco, la *Leichtfertigkeit* viene in rilievo o come coefficiente di imputazione soggettiva dell'evento aggravatore in alcune fattispecie di reato aggravate dall'evento²⁷, o come limite della rilevanza penale di alcune fattispecie colpose²⁸.

Con riferimento al dibattito tedesco, inoltre, può ricordarsi la proposta dell'*Alternativ-Entwurf* (§ 16, Abs. 2), che suggeriva di escludere, a livello generale, la punibilità della colpa lieve (*gering fahrlässiges Verhalten*).

5. Non resta che tentare di tratteggiare, a questo punto, alcune osservazioni di sintesi, seppur sommarie e provvisorie, a partire da quanto ricordato nei paragrafi che precedono, nell'ottica di individuare alcune domande aperte che occorre affrontare nell'ambito del dibattito in corso all'interno della dottrina penalistica.

Come si è visto, la pandemia ha evidenziato l'esigenza di dare rilevanza ai *fattori contestuali* ai fini di una limitazione della responsabilità colposa in ambito medico che possa funzionare (anche) di fronte a situazioni di emergenza.

Di fronte al problema di quale collocazione sistematica dare a tali fattori – vale a dire, la questione di quale strumento tecnico-giuridico utilizzare per farvi fronte – si è registrata una rinnovata spinta alla valorizzazione del *grado della colpa*, attraverso una limitazione della responsabilità del medico ai casi di colpa grave: oltre al “laboratorio normativo” dell'art. 3-bis d.l. 44/2021, che introduceva una norma temporanea di esclusione della responsabilità dell'operatore sanitario in presenza di una serie di fattori tali da elidere la gravità della colpa, si segnalano le proposte dottrinali volte all'introduzione di una clausola (permanente) di limitazione della responsabilità penale in ambito medico fondata sui fattori di contesto.

Nella norma temporanea del 2021, così come nell'ipotizzata riforma, il fattore contestuale (*incidendo sull'esigibilità* della condotta osservante) escluderebbe la gravità della colpa e, con essa, la responsabilità penale dell'operatore sanitario.

Facendo un passo indietro, pare opportuno chiedersi, anzitutto, se la nozione di “grado della colpa” sia effettivamente chiara e condivisa.

Secondo la nozione rinvenibile nella dottrina italiana²⁹, il grado della colpa dipenderebbe da due fattori: *a)* il *quantum* di divergenza (tra comportamento tenuto e comportamento osservante); *b)* il *quantum* di esigibilità (dell'osservanza).

Entrambi gli elementi sembrano trovare spazio nella nozione di “colpa grave” ricavabile dalla proposta dall'AIPDP, che fa esplicito riferimento alla misura della violazione della regola cautelare e menziona poi, per escludere la gravità della colpa, una serie di fattori che possono ricondursi al piano dell'esigibilità del comportamento osservante (per esempio, le condizioni di lavoro, le risorse disponibili o la speciale difficoltà dei problemi affrontati). La nozione di grado della colpa inclusa nella proposta della Commissione Pisapia del 2006 sembrava dare prevalente rilievo alla divergenza tra comportamento tenuto e comportamento osservante³⁰, ma richiedeva comunque che questa fosse valutata tenendo conto «della concreta situazione psicologica dell'agente».

²⁶ Cfr. BGH, Urteil vom 01.07.2010, Az.: I ZR 176/08: «*ein besonders schweren Pflichtverstoß, bei dem der Handelnde sich in krasser Weise über die gebotene Sicherheit hinwegsetzt*».

²⁷ Ad esempio, in caso di morte seguita alla commissione dei reati di violenza sessuale e stupro (§ 178 StGB), incendio doloso (§ 306c StGB) o rapimento a scopo di estorsione (§ 239a, Abs. 3 StGB) o di aborto con conseguente morte della donna (§ 218, Abs. 2 StGB).

²⁸ Ad esempio, le fattispecie di rivelazione di segreto di Stato (§ 97, Abs. 2 StGB), riciclaggio (§ 261, Abs. 6 StGB), truffa in sovvenzioni pubbliche (§ 264, Abs. 5 StGB).

²⁹ In argomento, cfr. T. Padovani, *Il grado della colpa*, in *RIDPP* 1969, 819 ss.; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2019, 603; M. Caputo, *Misura e grado della colpa*, in *disCrimen*, 16.12.2021, 7 ss.

³⁰ Nello stesso senso, in dottrina, cfr. G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2021, 407.

Nell'ordinamento spagnolo, mentre una parte della giurisprudenza del *Tribunal Supremo* e della dottrina tendono a riferirsi alla divergenza tra comportamento tenuto e comportamento doveroso³¹, vale a dire al *quantum* dell'inosservanza, un diverso orientamento riconduce il grado della colpa al carattere più o meno elementare della norma cautelare violata³², quindi al *quantum* di esigibilità: tanto più elementare è la regola violata, quanto più esigibile è la condotta doverosa³³.

Le nozioni di colpa grave che possono rinvenirsi nel codice penale austriaco e nella giurisprudenza tedesca, invece, sembrerebbero fare riferimento al solo *quantum* di divergenza.

Stando a tale sommaria panoramica comparatistica, non solo parrebbe mancare una nozione di grado della colpa sufficientemente condivisa nei diversi ordinamenti, ma nemmeno nel contesto italiano potrebbe affermarsi un chiaro consenso al riguardo.

Un secondo interrogativo da affrontare è quello relativo al rapporto tra il grado della colpa e gli altri mezzi tecnico-giuridici chiamati a far fronte all'esigenza, dianzi segnalata, di dare rilevanza ai "fattori contestuali" ai fini di un contenimento della responsabilità colposa. Con ciò ci si vuole riferire agli strumenti che consentono di valorizzare i fattori contestuali ai fini dell'esclusione *tout court* della colpevolezza colposa, vale a dire, per un verso, l'esclusione della c.d. misura soggettiva e, per altro verso, il riconoscimento di una categoria generale dell'inesigibilità, dotata di efficacia scusante³⁴. La domanda che sembra necessario quantomeno porsi è la seguente: laddove il fattore contestuale intacchi l'esigibilità del comportamento osservante, non verrebbe già a mancare *del tutto* la colpevolezza colposa, senza bisogno di ricorrere al più favorevole criterio di imputazione soggettiva della colpa grave per escludere la rilevanza penale del fatto?

Una terza questione che sembrerebbe utile considerare è quella riguardante il momento in cui opera il "fattore contestuale"³⁵.

Prendendo come esempio l'elemento di contesto dato dalla "speciale difficoltà dei problemi affrontati", ci si può chiedere, infatti, se questo operi *a*) a monte, quale *presupposto* che fa "scattare" il più favorevole criterio di imputazione della sola colpa grave, come nell'art. 2236 Cc, che presuppone "problemi di speciale difficoltà"; oppure *b*) a valle, quale fattore che *incide* sull'esigibilità escludendo la gravità della colpa, come nella definizione normativa del 2021 e in quella dell'AIPDP, o, secondo altra prospettiva, quale elemento che esclude la colpa *tout court* (per inesigibilità in concreto del comportamento osservante o per assenza della c.d. misura soggettiva, a seconda dell'impostazione sistematica cui si aderisce).

Resta aperta, infine, la questione di politica criminale relativa all'opportunità di prevedere statuti differenziati della colpa³⁶ e all'ambito di applicazione di eventuali forme di limitazione della responsabilità penale colposa: si tratta di scegliere se circoscrivere tale particolare statuto all'ambito medico, se estenderlo ad altri settori di attività³⁷ oppure conferirgli portata generale.

³¹ A. Daunis Rodriguez, *La imprudencia menos grave*, cit., 2 ss.; J. Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español. Parte general*, vol. II, VI ed., Madrid 2004, 176; F. Muñoz Conde-M. García Arán, *Derecho penal. Parte general*, IX ed., Valencia 2015, 308; J.A. Choclán Montalvo, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona 1998, 81.

³² Cfr. S. Mir Puig, *Derecho penal*, cit., 296.

³³ In proposito, nella dottrina italiana, P.F. Poli, *La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema penale spagnolo: un modello da imitare?*, in *RIDPP* 2018, 911.

³⁴ In proposito, cfr. G. De Francesco, *In tema di colpa. Un giro d'orizzonte*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2021, 21 ss.

³⁵ Per una riflessione sulla «doppia valenza» del contesto in cui il sanitario è chiamato a operare, cfr. G.M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in *www.sistemapenale.it* 2020, 15.

³⁶ In argomento, A. Perin, *La ridefinizione della colpa penale in ambito sanitario nelle proposte di riforma della AIPDP*, cit., 373 ss.

³⁷ Per una riflessione al riguardo, cfr. M. Caputo, *Colpa medica*, in *EncDir*, I Tematici, vol. II, Milano 2021, 189.

I “NUOVI” OBBLIGHI COSTITUZIONALI DI TUTELA PENALE: DALL’AN AL QUOMO DO DELL’INCRIMINAZIONE

di Lorenza Grossi (Dottoranda di ricerca in diritto penale, Università degli Studi ‘Roma Tre’)

Il tema degli obblighi costituzionali di incriminazione, assai discusso tra gli anni Settanta ed Ottanta, vive oggi una “seconda giovinezza”, dovuta all’emersione di obblighi di tutela penale di matrice europea e convenzionale. Gli effetti che questi vincoli producono sul piano interno interessano, in via diretta, la riserva di legge, aggravandone lo stato di crisi che si registra da ormai molti anni. Muovendo dalla individuazione del reato, da un punto di vista sostanziale, come illecito di modalità di lesione, il contributo valorizza il ruolo centrale svolto dal legislatore statale, che attiene non tanto all’*an* dell’incriminazione, quanto piuttosto al *quomodo* della stessa. L’idea è quella per cui, in effetti, l’obbligo di tutela penale richiede inevitabilmente la descrizione per note interne dell’offesa penalmente rilevante, rimessa al legislatore nel rispetto dei principi costituzionali che regolano la materia penale.

The theme of criminal constitutional obligations, widely discussed between the 1970s and 1980s, is undergoing a ‘revival’ today due to the debate about criminal protection obligations deriving from European and international law. The effects of these criminal obligations on domestic criminal law directly involve the principle of legality, exacerbating a crisis that has persisted for many years. Starting with the idea of the offense from a substantive perspective as an infraction described per internal notes, the essay underlines the crucial role that the national lawmaker, despite everything, still retains. This role is not so much about the ‘whether’ of criminalization but more about the ‘how.’ The main argument is that the obligation of criminal protection necessitates, in any case, the specific description of the relevant offense: that is a responsibility delegated to the national legislator, following constitutional principles governing criminal matters.

SOMMARIO: 1. La riserva di legge ai tempi della crisi “fisiologica”. – 2. Gli obblighi di incriminazione costituzionali “puri”. – 2.1. Il volto “costituzionale” dell’illecito penale. – 2.2. Il paradigma costituzionale dell’illecito penale: la funzione critico-selettiva dei principi generali che regolano la materia penale. – 2.3. L’art. 13 co. 4 Cost. come unico obbligo di incriminazione costituzionale: la (ir)rilevanza della questione di legittimità costituzionale nella dialettica tra norme favorevoli o di favore. – 2.3.1. Segue. Le sentenze della C. eur. per violazione dell’art. 3 Cedu nei confronti di persone sottoposte a restrizioni di libertà personale. – 2.3.2. Segue. “Prevedibilità” e (parziale) “evitabilità” delle condanne da parte della Corte EDU. – 2.4. Il “nuovo” reato di valore costituzionale: l’art. 613-bis Cp. – 3. Gli obblighi di incriminazione *para*-costituzionali: l’art. 83 TrFUE. – 4. Gli obblighi *sub*-costituzionali: le indicazioni da Strasburgo

1. Ogni discorso relativo alla riserva di legge in materia penale sembrerebbe ormai incanalarsi lungo un tracciato che ne individua come immediato elemento descrittivo la “crisi”, sviluppatasi – secondo una comune classificazione – sul tronco di fattori “endogeni” ed “esogeni”¹. Tra i primi si è soliti

¹ Con particolare riguardo alla letteratura penalistica italiana: *ex multis*, O. Di Giovine, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli 2011, 2250-2251; A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli 2020, 103; C. Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano 2010, 24; C. Cupelli, *Il problema della legalità penale segnata in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *GC*, 1, 2015, 181; V. Napoleoni, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, in V. Manes, V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino 2019, 517. Cfr. F. Mantovani, *Erosione del principio della riserva di legge, interrogativi e rimedi*, in *Crim* 2017, 126-131, spec. 131, il quale, con riferimento ai “fattori condizionanti” la crisi della riserva di legge, utilizza, in

collocare la crisi del Parlamento e della volontà rappresentativa, con contestuale svuotamento della *ratio* di garanzia della riserva di legge, cui si aggiunge una più generale crisi della fattispecie²; nei secondi, invece, assumerebbe centralità la crisi del sistema delle fonti³, che, reso più complesso dal diritto europeo e internazionale, ha ormai dovuto abbandonare la solida, perfetta e rassicurante forma della “piramide”, frantumata in un “arcipelago”⁴, il quale sovente assume le forme del “labirinto”⁵. I fattori endogeni, di natura patologica e secondo alcuni «astrattamente emendabili»⁶ – si è soliti ripetere – riguardano lo strumento attraverso cui è attuata la riserva, cioè la legge. La crisi della *riserva di legge*, detto altrimenti, è anzitutto l’effetto di una crisi che coinvolge primariamente la *legge*. Dopo aver puntato il dito contro il Parlamento, che ha perso credibilità con leggi malfatte, oscure, indecifrabili⁷, e chiamato in correità il giudice, che con la sua interpretazione creativa ha reso pietra angolare la norma a scapito della disposizione⁸, l’impressione che si ha è quella per cui risalire il flusso causale della crisi, esaminandone i fattori condizionanti, significhi molto spesso scivolare in un magma nel quale cause ed effetti si mescolano. D’altra parte, è forse attraverso una puntuale analisi dei fattori esogeni, di natura questa volta *non* emendabile, che è possibile cogliere, sia pur in filigrana, il disegno di una diversa dimensione della riserva di legge: si badi, non “nuova”, ma solo meno nota e forse non del tutto esplorata.

Il “nuovo” sistema delle fonti, come precisato, determina nel nostro ordinamento, come effetto diretto, una perdita di centralità della legge ordinaria, la quale sarà disapplicata (*rectius*: non applicabile) in caso di contrasto con una norma di diritto eurounitario ovvero dichiarata incostituzionale nelle ipotesi in cui non sia possibile un’interpretazione conforme (non alla

luogo della tradizionale distinzione fra cause esogene ed endogene, una classificazione più ampia: (i) cause indirette; (ii) cause dirette, queste ultime ulteriormente scomponibili in (a) cause endogene e (b) cause esogene nazionali, sovranazionali e internazionali.

² N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *RDPr*, 1, 2014, 36-44.

³ Sulla crisi dello Stato che si estende al sistema delle fonti, G. Pino, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzioni*, in *Ars int*, 1, 2011, 19 ss.

⁴ G. Zaccaria, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi*, in *RagP*, 1, 2004, 116: «più che dell’antica piramide, capace di conferire organicità, compattezza e coerenza al sistema delle fonti, si può forse parlare – con riferimento al panorama attuale – di un complesso e mobile arcipelago di fonti in competizione tra loro, condizionato da elementi di natura fattuale più che normativa, da tentativi di regolazione impressi da punti diversi, anche non giuridici, e perciò caratterizzato, nella sua evoluzione, da grande fluidità, variabilità e instabilità. Il sistema di produzione del diritto diviene notevolmente complesso: dal momento che ciascuna fonte tende fisiologicamente a dilatare il proprio spazio di intervento nel nuovo contesto solo parzialmente regolato, il conseguimento di equilibri pur sempre provvisori, è faticoso e problematico». Per una sintesi della letteratura sul punto v. G. Pino, *La gerarchia delle fonti del diritto*, cit., 21, nota 6; A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 5, nota 25.

⁵ V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 5 ss.

⁶ V. Napoleoni, *op. cit.*, 519. In senso conforme, G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge*, in *Crim*, 2011, 86; C.F. Grosso, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all’asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Crim*, 2011, 127-128; O. Di Giovine, *op. cit.*, 2250-2251.

⁷ G. Pecorella, *Law in action: per una nuova legalità*, in www.dirittodidifesa.eu, 17.11.2020, 3-4; Id., *La crisi della legalità come crisi della democrazia rappresentativa*, in *DPP*, 7, 2018, 945-946.

⁸ Il rinvio è chiaramente a V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *ED*, XII, 1964, 195 ss., intendendo per disposizione l’enunciato linguistico prescrittivo e per norma, invece, il prodotto dell’attività interpretativa che ha ad oggetto la disposizione: detto altrimenti, la regola deducibile una volta che sia stato attribuito ‘significato’ a lemmi, parole e sintagmi. Sulla dialettica fra disposizione e norma, che si traduce, nella prassi, in un ‘rapporto di forza’ tra giurisprudenza e legislazione, la letteratura è sterminata: si segnalano, tra i tanti, G. Gorla, *Giurisprudenza*, in *ED*, XIX, 1970, 493 ss.; E. Piola Caselli, *Giurisprudenza*, in *DI*, XII, 1900-1904, 844-847, che già oltre un secolo fa si domandava se potesse immaginarsi una giurisprudenza ‘fonte del diritto’; G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *RIDPP*, 2, 2001, 353 ss.; M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011, spec. 53 ss. e 101 ss.; Id., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in *DPenCont*, 3, 2016, 13 ss.; da ultimo, M. Trapani, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in www.archiviopenale.it, 1, 2017, 1 ss., che, muovendo da una piena parificazione fra interpretazione e creazione del diritto, ritiene che il giudice *crei* il diritto.

disposizione, ma) alla norma Cedu⁹. Proprio dall'apice della piramide, insomma, gemmerebbero i rami di un sistema delle fonti che assumerebbe una forma reticolare¹⁰.

L'effetto ulteriore che deriva, poi, dal "nuovo sistema delle fonti" dispiega i propri effetti anche sul piano politico e/o politico criminale: il diritto penale, ultimo dominio della (sola) sovranità statale, è ormai diventato terra di mezzo in cui si sovrappongono istanze sovranazionali e internazionali.

Uno degli aspetti più interessanti è quello relativo ai precisi limiti apposti, proprio per il tramite delle fonti "non nazionali", alla "libertà" del legislatore statale nelle scelte di incriminazione, che, pur mettendo a dura prova il principio della riserva di legge, ne rimarca l'assoluta attualità, non solo da un punto formale, ma soprattutto sostanziale. Sono, d'altronde, i momenti di crisi a gettare le basi per gli assetti futuri.

Il fondamento di questo nuovo sistema delle fonti, ad ogni modo, resta la Costituzione: tanto con riferimento alla "cessione di parte della sovranità statale" quanto all'individuazione dei controllimiti, sul versante del diritto eurounitario; tanto con riferimento all'individuazione della base legale di rango *sub*-costituzionale quanto alle conseguenze sul piano della disciplina. Sembrerebbe, altrimenti detto, che, nonostante il "multiforme" aspetto di volta in volta assunto dall'attuale sistema delle fonti, la gerarchia normativa resti un punto saldo¹¹, con la Costituzione che, anche nella definizione delle zone d'ombra, non ha perso la propria supremazia. Non viene, insomma, scalfito il «ruolo di chiusura del sistema svolto dalla Corte costituzionale»¹², come parrebbe confermato, fra l'altro, dalla parabola relativa al "grado" di vincolatività della norma Cedu, significativamente attenuata rispetto all'assetto delineato dalle prime gemelle¹³.

⁹ Si tratta delle conclusioni, poi parzialmente mitigate, cui è giunta la Corte costituzionale con le celeberrime (prime) "sentenze gemelle" (C. cost., 22.10.2007 n. 348 e C. cost., 22.10.2007 n. 349). La sentenza n. 348 del 2007, in particolare, individua nel "rinvio mobile" previsto dall'art. 117 co. 1 Cost. la base legale per offrire alla Cedu rango *sub*-costituzionale: attraverso questo meccanismo, la Cedu integra il parametro di legittimità costituzionale, sì che un eventuale contrasto con una norma interna comporta la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma sotto ordinata. Non è tuttavia il ricorso allo schema della "norma interposta" che sorprende nel ragionamento della Corte, quanto piuttosto le precisazioni circa il contenuto del rinvio: a confluire nel nostro ordinamento non sarebbe la Convenzione Edu, ma l'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo. C. cost., 22.10.2007 n. 348 § 4.6 del *Considerato in diritto*: «La CEDU presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa. Difatti l'art. 32, paragrafo 1, stabilisce: "La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa alle condizioni previste negli articoli 33, 34 e 47". Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia». Sul punto, A. Massaro, *Appunti di diritto penale europeo*, cit., 5-10, spec. 7-8, cui si rinvia anche per l'analisi della successiva giurisprudenza costituzionale, attraverso cui è stata stemperata la fermezza di queste affermazioni.

¹⁰ Il riferimento è a F. Ost, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, a cura di M. Vogliotti, Torino 2013, 29 ss.

¹¹ Per gerarchia normativa s'intende il rapporto tra almeno due norme, tale per cui una risulta sovra-ordinata all'altra e, di riflesso, l'altra sotto-ordinata rispetto alla prima. All'interno del *genus* "gerarchia normativa" si è soliti distinguere le gerarchie strutturali, quelle materiali e quelle assiologiche: *amplius* G. Pino, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena 2014, §2.1; R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano 2010, 241-254, che utilizza anche una quarta categoria: quella delle gerarchie logiche o linguistiche.

¹² A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 46.

¹³ È, in effetti, a partire dalle c.d. seconde gemelle (C. cost., 11.11.2009 n. 311 e C. cost., 30.11.2009 n. 319) che le conclusioni cui era giunta la precedente giurisprudenza costituzionale vengono mitigate, fino a giungere ad un "parzialmente limitato" grado di vincolatività con la sent. n. 49/2015, secondo cui il giudice comune è obbligato ad adeguarsi alle indicazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo solo quando risultino espressione di un «diritto consolidato» (Corte cost. 14.1.2015 n. 49, § 7 del *Considerato in diritto*). Come anticipato, il momento "discendente"

Limitandosi alla sola analisi del diritto penale di matrice “europea” e “convenzionale”, la “maggiore forza di resistenza” accordata, sia pur con i precisati (contro)limiti, a questi sistemi sottopone il legislatore a vincoli indubbiamente peculiari: il riferimento è tanto agli obblighi di incriminazione derivanti dall’art. 83 TrFUE – la cui portata “storica” è stata, in realtà, ben presto ridimensionata – quanto, soprattutto, agli obblighi convenzionali, derivanti (non tanto dalla Cedu, ma) dalla interpretazione offerta dai giudici di Strasburgo¹⁴.

Se è vero d’altronde – e lo è – che sia il diritto “eurounitario” sia quello “convenzionale” si inseriscono nel nostro sistema per il tramite della Costituzione, il fondamento ultimo degli obblighi in questione deve pur sempre individuarsi nella Carta fondamentale. Gli obblighi di tutela penale, allora, assumerebbero la consistenza, in ambo i casi, di obblighi costituzionali di incriminazione, trovando ragione e limite all’interno della Costituzione. Per quanto riguarda gli obblighi eurounitari di incriminazione si potrebbe fare riferimento ad obblighi “*para*-costituzionali” di incriminazione: il fondamento degli stessi andrebbe rivenuto nell’art. 11 Cost., nonché, dopo la modifica del titolo V della Costituzione (l. cost. 18.10.2001, n. 3), nell’art. 117 co. 1 Cost., mentre il loro limite sarebbe rappresentato dai principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale e dai diritti inalienabili della persona¹⁵. Gli obblighi convenzionali, viceversa, si inseriscono nella cornice costituzionale come norma interposta, arricchendo il parametro di legittimità costituzionale attraverso il rinvio contenuto nell’art. 117 co. 1 Cost.: collocandosi ad un livello “*sub*-costituzionale”, il limite è rappresentato dall’intera Costituzione. Per completezza, bisognerebbe affiancare a questi obblighi di incriminazione quelli che derivano direttamente dalla Costituzione: l’ipotesi, cioè, in cui è lo stesso tessuto costituzionale a richiedere espressamente la tutela penale di alcuni interessi, senza il necessario intervento di “fonti esterni”.

della parabola si sviluppa a partire dalla “seconde sentenze gemelle”, laddove la Corte costituzionale riconosce a sé stessa la possibilità di interpretare, a sua volta, la norma Cedu, nel segno di assicurare la massima espansione di garanzie al singolo. L’idea, cioè, è che, in tema di diritti fondamentali, l’interprete – in questo caso la Corte costituzionale – disponga di un margine di apprezzamento, inteso come spazio di manovra, nell’interpretazione e conseguente bilanciamento della norma convenzionale nel sistema costituzionale, col solo fine di aumentare il grado di tutela dei diritti fondamentali. V. C. cost., 30.11.2009 n. 319, §8 del *Considerato in diritto*. Sul tema, O. Pollicino, *Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in *Forum Qcost*, 16.12.2009, 1 ss.; A. Massaro, *Appunti di diritto penale europeo*, Torino 2020, 10-14, cui si rinvia anche con riferimento all’analisi della sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015.

¹⁴ Sul tema, *ex multis*, F. Viganò, *L’arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, cit., 2645 ss.; Id., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Milano 2011, 243 ss.; C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa 2009; G. de Vero, G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee*, Torino 2007, 24 ss., 95 ss.; G. Panebianco, *La variabile consistenza delle garanzie penali nella politica criminale europea*, in *RIDPP*, 4, 2016, 1724 ss.; R. Sicurella, *La tutela “mediata” degli interessi della costruzione europea: l’armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell’Unione europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. Grasso, R. Sicurella, Milano 2007, 245 ss.; Ead., «*Prove tecniche*» per una metodologia dell’esercizio delle nuove competenze concorrenti dell’Unione europea in materia penale, in *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Milano 2011, 3 ss.; A. Massaro, *Appunti di diritto penale europeo*, cit., 69 ss.; C. Grandi, *op. cit.*, 119; A. Bernardi, *La competenza penale accessoria dell’Unione Europea: problemi e prospettive. Testo, aggiornato e corredato di note, della relazione svolta il 9 maggio 2009 nell’Università Statale di Milano in occasione del Convegno di studi Diritto penale e fonti sovranazionali: i termini di una relazione problematica*, in *DPenCont*, 1, 2012, 43 ss.

¹⁵ *Ex multis*, C. cost. 19.03.2001 n. 73, § 3.1 del *Considerato in diritto*: «[i] “principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale” e i “diritti inalienabili della persona” costituiscono infatti limite all’ingresso tanto delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l’ordinamento giuridico italiano “si conforma” secondo l’art. 10, primo comma, della Costituzione (sentenza n. 48 del 1979); quanto delle norme contenute in trattati istitutivi di organizzazioni internazionali aventi gli scopi indicati dall’art. 11 della Costituzione o derivanti da tali organizzazioni (sentenze nn. 183 del 1973; 176 del 1981; 170 del 1984; 232 del 1989 e 168 del 1991)».

In breve: la riserva di legge risulterebbe frustrata, in maniera apparentemente non emendabile, dal “nuovo sistema delle fonti”, il quale, a ben vedere, risulta assai meno caotico di quello che potrebbe sembrare a colpo d’occhio, se si riconosce il ruolo di supremazia della Costituzione e del suo organo di garanzia, la Corte costituzionale.

L’espansione delle fonti del diritto determina, in ogni caso, l’emersione di nuovi obblighi di tutela penale: (i) obblighi *para*-costituzionali, derivanti dall’art. 83 TrFUE, che incontrano, in ogni caso, il limite dei controllimiti; (ii) obblighi *sub*-costituzionali, derivanti dalla norma Cedu per il tramite dell’art. 117 co. 1 Cost., che, pur arricchendo il parametro costituzionale, si collocano comunque ad un livello “inferiore”, richiedendo, quindi, da un lato, una “conformità a Costituzione” della norma Cedu, e, dall’altro, una conformità della legge statale alla norma Cedu¹⁶.

Il riferimento agli obblighi di incriminazione, d’altro canto, coinvolge primariamente i c.d. obblighi costituzionali, quelli cioè ricavabili già dalla (sola) Costituzione: si tratta di una categoria estremamente discussa, ma che rappresenta certamente la “tappa” obbligata ai fini di una corretta comprensione dei “nuovi” obblighi di tutela penale.

2. È sufficientemente nota la traiettoria seguita dagli obblighi costituzionali di incriminazione in Italia: il dibattito, originato soprattutto dalle riflessioni di Franco Bricola¹⁷ a partire dagli anni Settanta sul “bene di rilevanza costituzionale” e da alcune sentenze particolarmente significative in tema¹⁸, si è sopito in circa un decennio, liquidato nel riconoscimento, pressoché unanime, di un solo obbligo costituzionale di tutela penale: quello contenuto nell’art. 13 co. 4 Cost.¹⁹.

Appare in ogni caso utile muovere proprio dal pensiero di Bricola, sì da comprendere tanto gli ostacoli che ne hanno impedito un effettivo riconoscimento all’interno del nostro ordinamento quanto le ragioni che, d’altra parte, hanno permesso la proliferazione di obblighi “comunitari” e convenzionali di tutela.

2.1. Pur correndo il rischio di indebite semplificazioni, può dirsi che, secondo Bricola, la Costituzione non opera solo come vincolo negativo in relazione alle scelte di criminalizzazione fatte dal legislatore, ma, soprattutto, come fondamento rispetto all’individuazione dei beni giuridici da tutelare attraverso

¹⁶ *Amplius*, C. cost., 22.10.2007 n. 348, § 4.7. Sull’esatta portata del grado di vincolatività della norma Cedu, *supra*, nota 14.

¹⁷ F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *NssDI*, XIX, 1973, 14 ss.; Id., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di M. De Acutis, G. Palombarini, Atti del Convegno, Abano Terme, 10-12 dicembre 1982, Padova 1984, 3 ss., ora anche in F. Bricola, *Scritti di diritto penale*, Milano 1997, I, tomo II, 1475 ss.; Id., *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2 e 3 della costituzione rivisitato alla fine degli anni 70*, in *QuestC.* 1980, 225-236; Id., *Sub art. 25, 2° e 3° comma*, in *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili: art. 24-26*, a cura di G. Branca, Bologna 1981, 272 ss. Per una critica, per tutti, D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *RIDPP*, 2, 1983, 484 ss.

¹⁸ Il riferimento è, soprattutto, nella giurisprudenza costituzionale d’Oltralpe a BVerfG, 25 febbraio 1975 - 1 BvF 1/74, 1 BvF 2/74, 1 BvF 3/74, 1 BvF 4/74, 1 BvF 5/74, 1 BvF 6/74, in BVerfGE 39, 1 - *Schwangerschaftsabbruch I*, attraverso cui il BVerfG ha dichiarato l’illegittimità del § 218 a StGb, modellato secondo lo schema della c.d. soluzione dei termini, perché in contrasto con gli artt. 2 § 2 e 1 GG (rispettivamente: diritto alla vita e alla dignità umana); per un commento, D. Pulitanò, *op. cit.*, 491 ss., con ampi riferimenti anche alle questioni emerse sul piano nazionale con riguardo alla l. 10.5.1976 n. 319 (c.d. legge Merli). Per un’efficace ricostruzione del panorama di quel tempo, da ultimo, C. Paonessa, *Vincoli costituzionali e tutela penale: l’occasione per fare il punto, a partire da alcune recenti vicende giurisprudenziali*, in www.lalegislazionepenale.eu, 16.3.2021.

¹⁹ Per tutti, G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*³, Milano 2001, 496 ss., cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

Non mancano Autori che, sulla base del tenore di alcune disposizioni costituzionali, hanno individuato altri obblighi di tutela penale. Si veda, ad esempio, con riferimento all’art. 21 co. 6 Cost., F. Palazzo, R. Bartoli, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁹, Torino 2023, 68, per i quali tanto l’art. 13 co. 4 Cost. quanto l’art. 21 co. 6 Cost. rappresenterebbero delle “clausole espresse di penalizzazione”. *Contra*, per tutti, C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 84-87, cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

la sanzione penale²⁰. I principi costituzionali dettati per la materia penale – riserva assoluta di legge, tassatività, personalità della responsabilità penale, funzione rieducativa della pena – si salderebbero con coerenza nel segno di uno sfoltimento dell’area del penalmente rilevante, auspicando un ricorso allo strumento della depenalizzazione²¹. Quest’ultima altrimenti non potrebbe avvenire, se non attribuendo alla libertà personale lo stesso “valore” che le è riconosciuto dalla Costituzione *ex art. 13 Cost.*: si ritiene, allora, che «la sanzione penale [possa] essere adottata soltanto in presenza di una violazione di un bene, il quale, se pure di pari grado rispetto al valore (libertà personale) sacrificato sia almeno dotato di rilievo costituzionale»²². Da questa affermazione discenderebbe, come corollario, l’idea che la Costituzione rappresenti la base cui attingere non solo con riferimento all’*an* dell’incriminazione, ma anche al *quantum*: «se è vero che la libertà personale ha un valore preminente nella Costituzione italiana, e che ogni restrizione della medesima anche a seguito di sanzione penale può avvenire soltanto per bilanciare la lesione di un valore costituzionalmente significativo, ne consegue logicamente che la restrizione della libertà personale potrà adottarsi in misura crescente secondo la stessa importanza del bene costituzionale offeso»²³. La sanzione penale, precisa l’illustre studioso, può essere applicata anche con riferimento a lesioni di beni che, pur privi di un immediato “valore” costituzionale, siano strettamente legati da un rapporto di «presupposizione necessaria» a beni costituzionali, sì che la loro lesione necessariamente comporti la messa in pericolo del valore cui è vincolata²⁴ (si pensi, a mo’ di esempio, al risalente dibattito relativo ai rapporti tra l’ambiente e il “valore costituzionale” della salute).

Questo passaggio, se da un lato ha il pregio di non ridurre la sanzione penale ad appannaggio di un limitato numero di beni costituzionali, dall’altro rischia di entrare in contraddizione con le stesse premesse da cui questa teoria muove. La tensione, altrimenti detto, è fra la selezione dei beni giuridici tutelabili attraverso la pena, cui si ispira l’idea stessa di “valore” costituzionale, e l’apertura verso (potenzialmente) indiscriminate forme di tutela penale mediante il meccanismo della presupposizione necessaria: non sembrerebbe possibile, insomma, individuare un criterio valido a distinguere il bene che, pur privo di valore costituzionale, meriti protezione attraverso la sanzione penale e quello che, viceversa, non sia attratto nell’orbita della “tutela” costituzionale (e quindi penale)²⁵.

²⁰ Per una efficace ricostruzione, in chiave evolutiva, del pensiero di Bricola, obbligato il rinvio a M. Donini, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L’insegnamento dell’esperienza italiana*, in *FI*, 2, 2001, cc. 29 ss.

²¹ F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., 15; Id., *Sub art. 25, 2° e 3° comma*, cit., 272.

²² *Ibidem*. Il passo prosegue con l’icastica affermazione secondo cui «l’illecito penale può concretarsi esclusivamente in una *significativa* lesione di un valore costituzionalmente rilevante» [corsivi del testo].

²³ F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., 18: «[i]l limite che vincola il legislatore in fase di formazione della norma penale non attiene esclusivamente alla scelta della qualificazione di illiceità penale, bensì anche alla graduazione della sanzione penale: è l’aspetto implicito nell’accenno alla “significatività” della lesione. Le cadenze del ragionamento che sta alla base di ciò sono molto lineari: se è vero che la libertà personale ha un valore preminente nella Costituzione italiana, e che ogni restrizione della medesima anche a seguito di sanzione penale può avvenire soltanto per bilanciare la lesione di un valore costituzionalmente significativo, ne consegue logicamente che la restrizione della libertà personale potrà adottarsi in misura crescente secondo la stessa importanza del bene costituzionale offeso».

²⁴ *Op. ult. cit.*, 16. L’Autore riporta come esempio del rapporto di «presupposizione necessaria» la sicurezza del traffico in rapporto alla vita o all’incolumità dei cittadini. *Contra*, per tutti, G. Marinucci, E. Dolcini, *op. cit.*, 498: «[s]ennonché, lo schema della presupposizione necessaria è del tutto inidoneo a legittimare l’esistenza di norme incriminatrici – unanimemente ritenute indispensabili – che tutelano *in forma autonoma* beni non menzionati nella Costituzione: norme cioè che tutelano tali beni *in sé e per sé*, senza richiedere la concreta messa in pericolo di altri beni costituzionalmente rilevanti» [corsivi del testo]. L’esempio riportato dagli Autori è quello dei delitti contro la fede pubblica o posti a tutela dei beni ambientali, che non richiedono la messa in pericolo di un bene costituzionale, ma che ricevono una protezione autonoma «nell’interesse non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future» (*ibidem*, 499).

²⁵ E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, Milano 1974, 123: «la “significatività” del valore costituzionale non è sufficiente a dare un concreto, positivo criterio discrezionale tra ciò che è meritevole di pena e ciò che non lo è, poiché non riesce a delineare i contorni del bene giuridico»; v. anche C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 43; G. Marinucci, E. Dolcini, *op. cit.*, 499, cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

La critica più significativa all'idea dei beni giuridici di rilevanza costituzionale si polarizza, ad ogni modo, sul possibile travalicamento del principio della separazione dei poteri²⁶: quello legislativo non sarebbe libero, ma anzi vincolato, nelle sue scelte di criminalizzazione, alla “tavola dei valori” già presente in Costituzione; la Corte costituzionale, viceversa, si vedrebbe attribuito il compito di sorvegliare (e punire) la discrezionalità del legislatore.

Proprio il ruolo principale ritagliato sulla figura della Corte costituzionale ha segnato in larga parte la fine della discussione sul ruolo della Costituzione come “fondamento” del diritto penale²⁷.

Sebbene le riflessioni di Bricola non contenessero un esplicito riferimento agli obblighi di incriminazione, posto che si individuava nella sanzione penale un vincolo operante solo unilateralmente rispetto alla significativa lesione di un bene di rilevanza costituzionale²⁸, potrebbe ritenersi che, valorizzando il contenuto dei diritti costituzionali, si debba ammettere, come necessaria conseguenza, una loro tutela attraverso la sanzione penale.

La questione, emersa soprattutto all'esito della nota pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* in tema di interruzione volontaria della gravidanza²⁹, non ha trovato particolare eco nei confini nazionali.

Pur riconoscendo l'esistenza di un obbligo costituzionale di incriminazione, stabilito all'art. 13 co. 4 Cost., e muovendosi lungo il solco tracciato dalla teoria del “bene di rilevanza costituzionale”, la dottrina pressoché unanime ha negato l'esistenza di obblighi impliciti di tutela penale³⁰.

La questione relativa ad obblighi impliciti di incriminazione, d'altra parte, si basa su un equivoco di fondo: il giudice delle leggi, infatti, non avrebbe alcun “potere” propulsivo rispetto all'inerzia del legislatore, circostanza che di per sé basta a svuotare di cogenza l'“obbligo” di incriminazione. Il discorso, insomma, si intreccia con il più ampio tema delle omissioni legislative, il cui *discrimen* rispetto alle lacune, come autorevolmente affermato, si basa sulla presenza o meno di un obbligo³¹.

Il rapporto tra omissione e obbligo, cioè, è speculare: in tanto si può parlare di omissione, in quanto ci sia un obbligo che specifichi il contenuto dell'azione dovuta (si pensi, a titolo esemplificativo, a qualsiasi obbligo di fare); viceversa, l'obbligo è realmente tale, sempre che sia “punita” l'omissione che vi contravvenga. Ne consegue, quindi, che se è il filtro dell'obbligo (positivo) a dar forma all'omissione, in assenza di “giustiziabilità” di quest'ultime risulta difficile, se non logicamente impossibile, parlare propriamente di “obblighi” di incriminazione. Ed è questa probabilmente la

²⁶ Con tutta evidenza, questa critica muove da un pieno riconoscimento della separazione dei poteri come paradigma assunto a fondamento dalla Costituzione. Si tratta, in realtà, di dare per dimostrato ciò che invece occorre dimostrare, posto che, come efficacemente rilevato, più che la separazione dei poteri, sia il meccanismo di *check and balance* a cui pare essere ispirata la Carta costituzionale; sul punto, C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *FI*, 9, 1973, 158, il quale osserva: «non tale principio [della separazione dei poteri] [è] stato assunto dalla nostra Costituzione, bensì l'altro, in parte divergente dal primo, dei *check and balance*, che richiede il controllo reciproco fra loro dei supremi organi costituzionali, e che trova una delle sue più tipiche manifestazioni nel sindacato di costituzionalità delle leggi».

²⁷ Aspetto riconosciuto dallo stesso Autore, cfr. F. Bricola, *Sub art. 25, 2° e 3° comma*, cit., 279-282 ss.

²⁸ F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., 15; Id., *Sub art. 25, 2° e 3° comma*, cit., 272. Secondo l'Autore, cioè, non ogni lesione di un valore costituzionale necessiterebbe della sanzione penale, ma ogni sanzione penale dovrebbe trovare applicazione solo in presenza di una “significativa” lesione di un valore costituzionale.

²⁹ La riflessione lungo questi binari è stata in parte accelerata dalle conclusioni, diametralmente opposte, sostenute dal BVerfG in BVerfGE BVerfGE 39, 1 del 25 febbraio 1975, in tema di interruzione volontaria della gravidanza. Il *Bundesverfassungsgericht* in quell'occasione ha ritenuto obbligato il ricorso alla sanzione penale ai fini di una efficace tutela della vita del nascituro. Per una più approfondita analisi, D. Pulitanò, *op. cit.*, 484 ss.

³⁰ Su questi temi, per tutti, G. Marinucci, E. Dolcini, *op. cit.*, 506-516. *Contra* F. Palazzo, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei. Contributi originali raccolti a cura e con presentazione di Alessandro Pizzorusso – Vincenzo Varano*, t. I, Milano 1985, spec. 601 ss., secondo il quale anche nell'art. 21 co. 6 Cost. sarebbe contenuta una “clausola espressa di penalizzazione”.

³¹ C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, cit., 153, spec. nota 4: «[l]e omissioni sono differenziabili dalle lacune perché, a differenza di queste ultime, sono da considerare inadempienza di un obbligo».

ragione per cui, specie in ambito convenzionale, le cose sono andate assai diversamente. Ma di ciò meglio in seguito.

2.2. Se il volto “costituzionale” dell’illecito penale, almeno così delineato, si scontra con limiti e critiche, un più ampio riferimento al paradigma costituzionale che regola la materia penale, forse, riesce a fornire indicazioni meno ondivaghe.

La necessaria premessa da cui appare utile muovere è quella che individua il reato, dal punto di vista sostanziale, come un *illecito di modalità di lesione*³²: il reato, rispetto agli altri illeciti, è altamente connotato, proprio con l’obiettivo di chiarire già astrattamente, e quanto più possibile, le modalità di aggressione che colorano e (contrad)distinguono l’offesa. Ogni elemento del fatto storico è idoneo a riflettersi ed essere graduato attraverso il prisma del diritto penale, sì che già in fase di formulazione della fattispecie diventa essenziale individuare e selezionare con precisione gli elementi che definiscono l’offesa. L’elemento oggettivo, l’elemento soggettivo, le forme di manifestazione del reato, le caratteristiche personali dell’agente fungono da griglia per misurare l’offesa all’interesse protetto dalla norma incriminatrice – la quale altro non è che la somma di ciascuno di questi elementi³³.

Assumendo come destinatario “privilegiato” della Costituzione il legislatore, tutti i principî dettati in materia penale acquisiscono lo spessore di veri e propri obblighi nella formulazione della fattispecie. Si tratta, questa volta, di obblighi “giustiziabili”, idonei cioè a produrre la caducazione della legge “inadempiente” sotto forma di dichiarazione di illegittimità costituzionale. Così, i principî di determinatezza³⁴, personalità della responsabilità penale, offensività e proporzionalità vengono ad elevarsi quali autentici pilastri su cui poggia il tempio del diritto penale. Nel rispetto di questi principî,

³² Si tratta della nota teoria di M. Gallo, *L’elemento oggettivo del reato. Appunti di diritto penale*, Torino 1963, 8-9, rimasta pressoché inalterata fino a M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*³, I, Torino 2020, 201-203, ripresa, fra gli altri, anche da F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., 13-14; M. Donini, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *IUS17@unibo.it*, n. 2, 2009, 424. Sull’esatto significato da attribuire all’espressione “illecito di modalità di lesione”, M. Trapani, *Il reato e le sue conseguenze. Punibilità, pena, punizione in un sistema criminale integrale e integrato*, Roma 2022, 279-282, nota 550, spec. 281: «la formula di “illecito di modalità di lesione” con riferimento al reato, e intendendo – correttamente – il termine “lesione” come sinonimo di “offesa all’interesse penalmente tutelato”, potrebbe di per sé essere considerata corretta solo ricordando come, se, per la individuazione dell’offesa che costituisce contenuto sostanziale dell’illecito penale, occorre fare riferimento a tutti indistintamente gli elementi oggettivi e soggettivi di cui si compone il reato, tutti questi requisiti debbono allora logicamente essere visti come “modalità” necessarie per la realizzazione dell’offesa e che quindi ne costituiscono la struttura “interna” (ed è questo il significato che Gallo dà all’espressione “illecito di modalità di lesione”)».

³³ M. Gallo, *Diritto penale italiano*, cit., 209: «[s]e interesse tutelato è quello alla cui offesa segue la sanzionabilità del comportamento che realizza l’offesa se ne deduce che alla definizione della sua struttura concorre non soltanto la considerazione degli elementi obiettivi del fatto ma altresì quella degli elementi soggettivi la cui presenza condiziona gli effetti giuridici della lesione o messa in pericolo dell’interesse». In senso conforme, M. Trapani, *Il reato e le sue conseguenze*, 281, in nota; Id., “*Elementi negativi a contenuto negativo?*” *Contributo ad una analisi strutturale del “fatto di reato”*, in *www.archiviopenale.it*, 2, 2021, 10, nota 18: «[p]osto che è dall’insieme di tutti gli elementi costitutivi del reato, oggettivi e soggettivi, positivi e negativi, che discende un certo tipo e *quantum* di pena criminale, ossia la specifica conseguenza – e quindi “dimensione” – giuridica ricollegabile a quel fatto; con la logica conseguenza che ogni norma incriminatrice tutela un distinto interesse, ossia ha una sua specifica *ratio*». Con riferimento alle critiche mosse alla teoria realistica del reato, v. G. Neppi Modona, *Reato impossibile*, in *DigDPen.*, XI, 1996, § 4.

³⁴ Si ritiene preferibile fare riferimento alla sola determinatezza e non anche alla tassatività per due ragioni. Anzitutto, il principio di determinatezza, inteso in una accezione ampia, e cioè comprensivo anche del principio di precisione, si pone come presupposto logico del conseguente principio di tassatività: una legge precisa, determinata, intellegibile restringe, a monte, i campi di una possibile “interpretazione creatrice”. La determinatezza, poi, ha per destinatario il legislatore, viceversa il principio di tassatività sembra individuare come destinatario “privilegiato”, se non esclusivo, il giudice. Sulla precisione come principio a sé cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*¹², Milano 2023, 79-89. Interpreta in senso ampio la determinatezza, come comprensiva del principio di precisione e di tassatività, A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 342-346, la quale offre una dimensione “complessa” di questo principio, articolata lungo tre direttrici: (i) *sintassi*, che attiene in via principale alla precisione nella formulazione; (ii) *semantica*, relativa alla verificabilità; (iii) *pragmatica*, riferita alla tassatività.

il legislatore è “libero” di perseguire i propri scopi di politica criminale, secondo uno schema che non si esaurisce nell’*an* della tutela penale, ma attiene soprattutto al *quomodo* dell’incriminazione: è, d’altronde, solo dagli elementi del reato (piano *post-normativo*) che è possibile ricostruire l’interesse tutelato. Detto altrimenti: è sul piano del *quomodo* dell’incriminazione che è destinato a trovare composizione il difficile bilanciamento tra i vincoli di tutela penale derivanti da una fonte sovraordinata e l’apporto discrezionale connaturato all’esercizio del potere legislativo.

Stando così le cose, il *quomodo* dell’incriminazione individuerrebbe la base su cui valutare l’adempimento o meno dell’obbligo di incriminazione, secondo un modello incrociato in cui vengono a saldarsi le indicazioni derivanti dalla fonte di rango superiore e le valutazioni discrezionali compiute dal legislatore nel rispetto dei principî costituzionali. La discrezionalità, d’altronde, non è mai sinonimo di arbitrarietà.

L’*ἀρχή*, sia pur con queste precisazioni, continua ad essere rappresentato dalla penna del legislatore e le fattispecie incriminatrici altro non sono (o dovrebbero essere) che il disegno costruito entro le righe della Costituzione.

Da ciò derivano due conseguenze: (i) gli obblighi di incriminazione possono offrire al più coordinate di massima rispetto alla tutela di un bene di categoria, ma è poi il *quomodo* dell’incriminazione a segnare l’adempimento o meno dell’obbligo, secondo lo spazio di manovra connaturato all’esercizio del potere legislativo; (ii) il vincolo prioritario del legislatore, prima di qualsiasi altro, resta il “paradigma” costituzionale dell’illecito penale.

Un’ultima precisazione: si è parlato di principî dettati in *materia* penale non a caso. Si ritiene, cioè, che molti caratteri, solitamente attribuiti al solo *diritto penale sostanziale*, debbano in realtà estendersi anche al diritto penale *processuale* e alle norme sull’*ordinamento penitenziario*.

Il processo, patologico nel diritto civile, è fisiologico nel diritto penale: la norma penale non vive al di fuori del processo e solo il processo, secondo le modalità prescritte dal codice di rito, può accertare la violazione del precetto sostanziale e applicarne le conseguenze, poi eseguite in base alle norme sull’ordinamento penitenziario. L’idea di riferimento, detto altrimenti, è quella della c.d. *norma penale reale*³⁵, che fotografa un fenomeno complesso, composto da segmenti tradizionalmente riconosciuti come penali sostanziali, altri penali processuali, altri ancora relativi all’esecuzione. Il giudizio ipotetico kelseniano del “se A, allora B” si arricchirebbe, secondo queste premesse, di proposizioni ipotetiche intermedie, tese ad individuare tanto le modalità di accertamento di “A” quanto le procedure di esecuzione di “B”.

Una prospettiva più ampia, quindi, che completa il corretto inquadramento degli obblighi di tutela penale: una tutela sostanziale, che non sia coordinata con le disposizioni “processuali”, rischia infatti di essere monca, e quindi insufficiente.

2.3. La discussione sugli obblighi costituzionali di tutela, come anticipato, ha avuto come esito il riconoscimento di un solo obbligo esplicito di tutela penale: quello stabilito all’art. 13 co. 4 Cost., laddove è previsto che «[è] punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

Sulla base di questa disposizione, acquisiva valore “costituzionale” l’art. 608 Cp (*Abuso di autorità contro arrestati o detenuti*): un’eventuale legge di abrogazione o depenalizzazione di questo delitto – si è soliti ripetere – sarebbe stata illegittima e sottoposta a declaratoria di illegittimità costituzionale dal giudice delle leggi³⁶. Si tratta, in realtà, di osservazioni che, per quanto condivisibili nelle conclusioni, appaiono per niente scontate nelle argomentazioni.

³⁵ M. Gallo, *Diritto penale italiano*, cit., 14-16; Id., *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Torino 2017, 24-35. Adotta lo schema della norma penale reale come presupposto metodologico M. Trapani, *Il reato e le sue conseguenze*, *passim*.

³⁶ Per tutti, G. Marinucci, E. Dolcini, *op. cit.*, 506.

La questione, in effetti, si intreccia con il più ampio tema del sindacato di legittimità costituzionale c.d. *in malam partem*³⁷: prima precluso soprattutto per ragioni di carattere processuale e poi ammesso, sia pur nel rispetto della riserva di legge e seguendo la (ormai) nota dialettica fra norme di favore e norme favorevoli. Secondo un primo indirizzo, in particolare, era impedita al giudice delle leggi qualsiasi forma di controllo su norme penali (o di depenalizzazione o di abrogazione) la cui disciplina fosse favorevole all'imputato: il divieto di irretroattività della norma penale non ne avrebbe permesso alcuna applicazione nel giudizio *a quo*³⁸. Da qui l'ostacolo "processuale" della rilevanza della questione³⁹: la eventuale dichiarazione di illegittimità non avrebbe potuto operare in alcun modo nel giudizio pendente. La Corte costituzionale ha avuto modo di mitigare questi (auto)vincoli con la sentenza 2 giugno 1983, n. 148: si riteneva, cioè, che uno sbarramento di questo tipo rischiava, nei fatti, di vanificare il ruolo stesso della sua funzione. Rispetto ad una gamma più o meno estesa di interventi legislativi, la Consulta non avrebbe potuto «garantire la preminenza della Costituzione sulla legislazione statale ordinaria»⁴⁰. Proprio a partire da questa sentenza, sia pur ancora *in nuce*, emerge una prima e ancora approssimativa distinzione fra norme di favore e norme favorevoli, che verrà poi sviluppata in maniera omogenea nella nota sentenza della Corte costituzionale n. 394 del 2006, in tema di falsi elettorali. Al di là delle riserve che questa impostazione può suscitare⁴¹, per norme c.d. di favore s'intendono quelle che prevedono per alcuni soggetti o categorie di soggetti un trattamento sanzionatorio più mite rispetto a quello che deriverebbe dall'applicazione della norma generale: il giudizio, di conseguenza, coinvolge almeno due norme, entrambe vigenti e legate fra loro da un rapporto di specialità in astratto, sì che, in assenza della norma speciale, i fatti previsti dalla norma di favore ricadrebbero nell'ambito applicativo della norma generale⁴². L'effetto *in malam partem* derivante dalla caducazione della norma di favore, quindi, si sostanzierebbe nella "riespansione" della

³⁷ *Amplius*, V. Napoleoni, *op. cit.*, 408 ss., cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

³⁸ V. M. Gallo, *La «disapplicazione» per invalidità della norma costituzionale della legge penale incriminatrice*, in *RIDP*, 1957, 723 ss., spec. 736 ss., che, interrogandosi sugli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale, ammette, attraverso un corretto bilanciamento fra gli artt. 25 co. 2 e 136 Cost., il sindacato su norme incriminatrici che prevedono un trattamento favorevole all'imputato. In senso conforme, C. Mortati, *Istituzioni di Diritto pubblico*⁹, II, Padova 1976, 1420-1421.

³⁹ A. Pizzorusso, *Sub art. 137 Cost.*, in *Commentario della Costituzione. Garanzie costituzionali: art. 24-26*, a cura di G. Branca, Bologna 1981, 255-256, il quale, in linea con l'impostazione unanime del tempo e muovendo dalla fondamentale corrispondenza tra rilevanza della questione ed effetti della decisione nel giudizio *a quo*, ritiene irrilevante il sindacato della Corte costituzionale se, in ogni caso, la norma incostituzionale, proprio in ragione dell'art. 25 co. 2 Cost., dovrebbe comunque essere necessariamente applicata: «[a] tale limitazione dell'efficacia della sentenza di accoglimento corrisponde l'irrelevanza delle questioni di costituzionalità relative a norme penali di favore e l'inconveniente appare ineliminabile se non si vuole modificare il principio di cui all'art. 25, 2° comma, oppure il principio che sta alla base del controllo incidentale di costituzionalità delle leggi». *Contra* G. Zagrebelsky, *La rilevanza: un carattere normale ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, in *GC*, 1969, II, 1001 ss.

⁴⁰ C. cost., 2.6.1983 n. 148, § 2 del *Considerato in diritto*. Per un commento v., F. Cecchini, *Sindacato in malam partem e (ir)retroattività (s)favorevole: ai confini della legalità penale*, Tesi di dottorato, 2018/2019, 41-43; D. Pulitanò, *La 'non punibilità' di fronte alla Corte costituzionale*, in *FI*, 1983, I, 1807 ss.; G. Lattanzi, *La non punibilità dei componenti del Consiglio superiore al vaglio della Corte costituzionale: considerazioni e divagazioni*, in *CP*, 1983, 1916 ss.; E. Gironi, *Le guarentigie del Consiglio superiore della magistratura*, in *FI*, 1983, I, 1801 ss.

⁴¹ Per una critica sulla distinzione tra norme favorevoli e di favore, v. M. Romano, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *RIDPP*, 2, 2008, 553-556, il quale, efficacemente evidenzia come, in realtà, la distinzione tra le due categorie, sui cui effetti della dichiarazione di incostituzionalità la Corte ha strutturato il proprio "margine di intervento", risulti, in alcuni punti, non del tutto condivisibile. Non si comprenderebbe, anzitutto, il motivo per il quale le due norme, entrambe incostituzionali, siano sottoposte in punto di disciplina ad un regime diverso, posto che, in ogni caso, non potrebbero trovare applicazione nel giudizio *a quo* in ragione del divieto di irretroattività *in malam partem*. Solo la norma di favore, infatti, sarebbe oggetto del sindacato di costituzionalità della Corte; la norma più favorevole, benché illegittima, resterebbe in qualche modo "intoccabile". L'Autore, poi, sottolinea come tanto la norma favorevole quanto la norma di favore esprimano scelte legislative "non più attuali": la prima, se rapportata alla normativa posteriore, la seconda rispetto alla norma generale, lasciando dubitare ulteriormente della distinzione operata dal giudice delle leggi.

⁴² C. cost., 8.11.2006 n. 394, § 6.1 del *Considerato in diritto*.

norma “generale”, con la conseguenza per cui l’intervento della Corte sarebbe quello connaturato al suo esercizio, senza scivolamenti nell’area di “signoria” del Parlamento e con rispetto, quindi, del principio della riserva di legge. Le norme favorevoli, viceversa, sono quelle che, diacronicamente, prevedono un trattamento sanzionatorio più mite rispetto ad una disciplina previgente: una eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale porterebbe alla reviviscenza della norma anteriore, comportando quindi un sindacato non solo sulle norme incriminatrici, ma anche sulle (più recenti) scelte di criminalizzazione del legislatore. Il principio della riserva di legge, quindi, escluderebbe lo scrutinio costituzionale per questo tipo di norme.

Muovendo da queste premesse, non sembra potersi dubitare del fatto che una eventuale legge di depenalizzazione o abrogazione dell’art. 608 Cp (oggi dell’art. 613-*bis* Cp), qualora venisse sollevata questione di legittimità costituzionale, si collocherebbe nel fenomeno delle norme favorevoli, il cui sindacato, vale la pena ripeterlo, è precluso alla Corte costituzionale.

Eppure, è in ogni caso possibile convenire con le conclusioni avanzate dalla dottrina pressoché unanime: sono le eccezioni alla regola della (in)sindacabilità delle norme favorevoli a fungere da autentico filo di Arianna per uscire dal labirinto della (ir)rilevanza della questione.

La Corte costituzionale in alcuni casi, che potrebbero considerarsi una casistica, ha ritenuto di poter sindacare sui vizi formali dei decreti legislativi, anche laddove il giudizio abbia ad oggetto il sindacato di norme favorevoli. Si trattava, più in particolare, di ipotesi in cui, eccedendo i principi contenuti dalla legge delega, il legislatore delegato aveva abrogato una norma incriminatrice⁴³ o introdotto un trattamento favorevole, incidendo sull’elemento soggettivo di un reato⁴⁴. L’impianto motivazionale del giudice delle leggi in queste pronunce potrebbe riassumersi e generalizzarsi come segue: (i) la riserva di legge poggia la sua *ratio* sulla funzione di garanzia e, sebbene siano parificati alla legge il decreto-legislativo ed il decreto-legge⁴⁵, è sempre il Parlamento deputato a individuare o convalidare le scelte di incriminazione; (ii) sarebbe illogico ritenere che sia impedito alla Corte il sindacato di legittimità costituzionale su norme favorevoli sulla base dell’art. 25 co. 2 Cost., se, sia pur implicitamente, è proprio questo ad essere violato a causa dell’abuso del legislatore delegato⁴⁶.

⁴³ C. cost., 23.1.2014 n. 5, con nota di C. Cupelli, *Riserva di legge e carenza di delega legislativa nella tormentata vicenda dell’associazione militare con scopi politici: i nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale*, in *RIDPP*, 2, 2014, 977 ss.; M. Scoletta, *La sentenza n. 5/2014 della corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle “zone franche” dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *DPenCont*, 2, 2014, 242 ss.; E. Profiti, *L’illegittima abrogazione per difetto di delega del reato di “associazione militare per scopi politici”: quando il principio della riserva di legge non preclude una sentenza di illegittimità costituzionale con effetti in malam partem*, in *CP*, 9, 2014, 2890 ss.

⁴⁴ C. cost., sent. 22.4.2022 n. 105, con nota di C. Cupelli, *La riserva di legge in materia penale e gli effetti in malam partem delle pronunce del giudice costituzionale*, in *GC*, 3, 2022, 1728 ss.; B. Liberali, *L’illegittima restrizione della rilevanza penale della condotta di commercio di sostanze dopanti*, in *RIDPP*, 1, 2023, 237 ss.; S. Bonini, *L’illegittimità costituzionale della previsione del dolo specifico nel commercio di sostanze dopanti (art. 586-bis, co. 7, c.p.): quando motivi ‘formali’ e argomenti sostanziali convergono*, in *Sist. pen.*, 10, 2022, 99 ss.

⁴⁵ La Corte costituzionale, in realtà, in questa sentenza non si pronuncia sulla parificazione – ai fini dell’art. 25 co. 2 Cost. – dei decreti legislativi e dei decreti alla legge, si tratta di una conclusione assolutamente pacifica sia in dottrina che in giurisprudenza. Ciò non solo perché è la stessa Costituzione a qualificare i decreti-legge ed i decreti-legislativi, ma anche perché: (i) il Parlamento, ‘luogo’ rappresentativo della volontà popolare, vigila o dà impulso agli atti aventi forza di legge di matrice del Governo; (ii) solo la legge e gli atti ad essa equiparati possono essere sottoposti a forme di controllo da parte del cittadino, attraverso lo strumento di democrazia diretta del referendum abrogativo; (iii) sulla legge ed atti ad essa equiparati si svolge il controllo di legittimità costituzionale da parte della Corte. Sul punto, per tutti M. Trapani, *Legge penale*, in *EG*, XXVIII, 1990, 3.

⁴⁶ In questo senso, v. T. di Verona, ord. 25.2.2012, n. 201, in *GUff*, 3.10.2012, 39: «[i]n ogni caso, anche considerando condivisibile quella giurisprudenza e ritenendo che la riserva di legge di cui all’art. 25, comma 2, Cost., precluda alla Corte un sindacato sulle leggi abrogative di reati, di certo quella giurisprudenza non può trovare applicazione nel caso di specie. In questa sede, infatti, la pronuncia che è richiesta alla Corte è diretta espressamente a riaffermare il principio di riserva di legge di cui all’art. 25, comma 2, Cost., violato proprio dall’illegittimo intervento di un organo diverso dal Parlamento. Ove la Corte ritenesse di ricondurre questa vicenda nell’alveo della propria richiamata giurisprudenza si produrrebbe l’effetto non già di garantire il rispetto da parte della Corte del monopolio riservato al Parlamento dall’art. 25, comma 2, Cost., bensì di legittimare la violazione del medesimo principio ad opera del Governo in carenza assoluta

Non sembra azzardato ritenere che, *mutatis mutandis*, lo stesso ragionamento valga (a maggior ragione!) nel caso in cui il vizio procedurale attenga alla violazione dell'obbligo costituzionale di incriminazione: così come la legge-delega funge da norma interposta⁴⁷ per il legislatore delegato, allo stesso modo l'obbligo di tutela penale richiesto dall'art. 13 co. 4 Cost. imporrebbe, in negativo, un divieto di depenalizzazione della normativa che ne è il prodotto. Si tratterebbe, insomma, di un "vincolo dall'alto" che, se non rispettato, vizierebbe a monte qualsiasi atto abrogativo o di depenalizzazione.

Il delitto di "valore costituzionale" (prima art. 608 Cp, ora art. 613-*bis* Cp), detto altrimenti, gode di una protezione doppiamente costituzionale: derivante dall'art. 13 co. 4 Cost. e, per l'effetto, dalla Corte costituzionale. Da ciò discenderebbe, quindi, l'illegittimità tanto di un eventuale *referendum* abrogativo, censurabile secondo lo schema della norma "costituzionalmente necessaria"⁴⁸, quanto della legge di abrogazione o depenalizzazione, perché in contrasto con l'art. 13 co. 4 Cost.

L'impressione, poi, è che, non diversamente dal rapporto che lega l'art. 76 Cost. e la legge delega, per cui quest'ultima è emanata sulla base dei criteri stabiliti direttamente in Costituzione, allo stesso modo il "delitto" di valore costituzionale debba necessariamente trarre linfa, specie per le indicazioni di carattere "contenutistico", da ciò che ne rappresenta la fonte – e cioè: l'art. 13 co. 4 Cost.

L'idea, detto altrimenti, è che la fonte di rango superiore operi in due direzioni, tra loro complementari: da un lato, è volta a sottoporre ad un regime di tutela costituzionale rafforzato il delitto che è espressione dell'obbligo di incriminazione; dall'altro, individua il contenuto cui la fonte di rango inferiore deve essere conforme.

2.3.1. Il tema dell'obbligo costituzionale previsto dall'art. 13 co. 4 Cost., tornato in auge all'esito delle condanne riportate a Strasburgo per violazione del divieto di tortura⁴⁹, sembrerebbe confermare l'impressione per cui, fermo restando un obbligo che attiene all'*an* della tutela, siano proprio le modalità di adempimento, e cioè il *quomodo* dell'incriminazione, a consentire una valutazione sul corretto adempimento: in queste pronunce, in effetti, a venire in considerazione è proprio il delitto (al tempo ritenuto) di "valore costituzionale" previsto all'art. 608 c.p.

del relativo potere».

⁴⁷ Lo schema della "norma interposta" emerge a partire da C. cost., 26.1.1957 n. 3, che lo individua proprio con l'obiettivo di estendere il proprio sindacato anche alla legge delega. Quest'ultima, in particolare, potrebbe comportare una violazione indiretta dell'art. 76 Cost. nei casi in cui venga emanata al di fuori dei presupposti ivi previsti ovvero porsi come parametro costituzionale qualora il decreto-legislativo ecceda rispetto a quanto delegato. In argomento, A. Celotto, E. Frontoni, *Legge di delega e decreto legislativo*, in *ED*, agg. VI, 2002, 704-705; J. Ferracuti, *Delega legislativa nella giurisprudenza costituzionale. Il libro dell'anno del diritto 2018*, in www.treccani.it, 2018; F. Modugno, *Le fonti del diritto*, in *Diritto pubblico*⁵, a cura di F. Modugno, 183, Torino 2021, il quale efficacemente evidenzia: «[l]a legge delegante sarebbe cioè norma interposta tra la previsione costituzionale dell'art. 76 e il singolo decreto legislativo delegato, sicché la violazione di essa determina l'incostituzionalità del decreto per effetto della indiretta violazione degli artt. 76 e 77, 1° comma, Cost. Soggetti al controllo della Corte costituzionale sarebbero dunque tanto i decreti legislativi per violazione della legge di delega, quanto le leggi di delega in mancanza dei presupposti e degli altri elementi necessari previsti dall'art. 76 Cost. La *ratio* di tale competenza viene ricondotta dalla Corte alla natura di atto con forza di legge del decreto legislativo delegato, alla sussistenza di una violazione indiretta della Costituzione e – ciò che è particolarmente significativo – alla previsione costituzionale di un'unica giurisdizione competente a rilevare i vizi degli atti di normazione primaria. La disposizione delegante pone perciò una norma sulla produzione autorizzata da una norma di rango superiore (art. 76 Cost.)».

⁴⁸ Si tratta della categoria tornata di ampia attualità all'esito della dichiarazione di inammissibilità del *referendum* per l'abrogazione parziale dell'art. 579 Cp (omicidio del consenziente). V. C. cost., 15.2.2022 n. 50, § 5 e ss. del *Considerato in diritto*. Per un commento, A. Pugiotto, *Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022*, in *Rivista AIC*, 2, 2022, 83 ss.; A. Massaro, *La natura "costituzionalmente necessaria" dell'art. 579 c.p.: la consulta dichiara inammissibile il referendum in materia di "eutanasia legale"*, in *CP*, 6, 2022, 2174 ss.

⁴⁹ Le condanne per l'inadempimento dell'obbligo positivo di tutela derivante dall'art. 3 Cedu sono particolarmente note per quanto riguarda le vicende relative al G8 di Genova: C. eur., 7.4.2015, *Cestaro v. Italia*, ric. n. 6884/11; C. eur., 22.6.2017, *Bartesaghi Gallo e altri v. Italia*, ric. nn. 12131/13 e 43390/13.

Riservandoci di tornare sull'argomento nel prosieguo⁵⁰ e capovolgendo logicamente e cronologicamente l'ordine dei "fattori", sembra opportuno limitare, in questo punto dell'indagine, l'analisi ai casi, giunti a Strasburgo, nei quali gli atti di tortura sono stati commessi a danno di persone "comunque sottoposte a restrizioni di libertà personale". Sono queste, d'altronde, le ipotesi in cui la Corte EDU, sia pur indirettamente e da una diversa prospettiva, si è confrontata con il "nostro" (unico) obbligo costituzionale di incriminazione.

Le sentenze sul tema sono tre: tutte del 2017 e quindi successive al (maggiormente) noto caso "Cestaro". Due si inseriscono nel più ampio filone degli atti di tortura posti in essere durante il G8 di Genova, e in particolare alle vicende consumatesi nel carcere di Bolzaneto; l'altra, invece, attiene ad episodi di maltrattamenti subiti da due detenuti nel carcere di Asti⁵¹.

Le sentenze *Azzolina e altri v. Italia* e *Blair e altri v. Italia*, i cui elementi di fatto e di diritto sono pressoché sovrapponibili, vengono pronunciate all'esito dei ricorsi di 59 persone, le quali, durante il G8 di Genova, furono trattenute nella caserma di Bolzaneto – adibita, per l'occasione, a "carcere provvisorio" –, subendo sistematiche vessazioni e umiliazioni da parte degli appartenenti alle forze dell'ordine⁵².

Le vittime lamentano la violazione dell'art. 3 Cedu sia sotto il piano sostanziale sia sotto quello procedurale: non solo gli atti posti in essere ai loro danni si configurano come "tortura", ma anche l'indagine risulta – per adoperare i termini in uso a Strasburgo – non effettiva, considerate le blande sanzioni (solo in pochi casi) comminate. Per i fatti di Bolzaneto vennero indagate e rinviate a giudizio quarantacinque persone (vice-questore aggiunto, appartenenti alle forze dell'ordine, medici dell'amministrazione penitenziaria), ma in assenza di un delitto di tortura l'armamentario italiano cui si è attinto è risultato particolarmente variegato e in ogni caso insufficiente a tutelare i diritti delle vittime: abuso di potere nei confronti di persone arrestate o detenute, lesioni personali gravi, oltraggio, violenza, minacce, favoreggiamento personale abuso d'ufficio e reati di falso aggravati *ex art. 476 co. 2 Cp.* Fatta eccezione per l'abuso d'ufficio, i reati di falso e le lesioni personali, al momento del giudizio innanzi alla Corte di cassazione era intervenuta la prescrizione per tutti gli altri reati. Le condanne inflitte, già limitate per effetto della prescrizione, non sono risultate particolarmente severe, anche in ragione della concessione dell'indulto e della sospensione condizionale della pena ad alcuni degli autori.

La Corte di Strasburgo non solo qualifica come tortura i fatti consumatisi nella caserma di Bolzaneto, ma precisa anche che, affinché l'art. 3 Cedu possa dirsi rispettato è altresì necessario che lo Stato ponga in essere indagini "effettive". L'aggettivo, forse ridondante, suggerisce un modello di indagine (*rectius*: di processo, comprensivo della fase investigativa) idoneo, in astratto, a «poter condurre all'identificazione e, se del caso, alla punizione dei responsabili e all'accertamento della verità»⁵³: *in astratto*, nel senso che l'obbligo procedurale si atterrebbe, secondo una tradizionale distinzione,

⁵⁰ *Infra* § 4.

⁵¹ Si tratta di tre sentenze su cui la Prima sezione della Corte Edu si è pronunciata nel medesimo giorno: C. eur., 26.10.2017, *Azzolina e altri v. Italia*, ric. nn. 28923/09 e 67599/10; C. eur., *Blair e altri v. Italia*, 26.10.2017, ric. nn. 1442/14, 21319/14 e 21911/14; C. eur., *Cirino e Renne v. Italia*, 26.10.2017, ric. nn. 2539/13 e 4705/13. Per un commento, v. F. Cancellaro, *A Bolzaneto e ad Asti fu tortura: tre nuove condanne inflitte dalla Corte di Strasburgo all'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.11.2017.

⁵² C. eur., 26.10.2017, *Azzolina e altri v. Italia*, cit., § 128; C. eur., *Blair e altri v. Italia*, 26.10.2017, cit., § 97. Risultano accertate, da parte della Corte di Strasburgo, una serie di severe aggressioni fisiche e verbali. Alle persone fermate, ad esempio, fu vietato di alzare la testa e guardare gli agenti lì presenti; costretti a mantenere posizioni vessatorie per ore e ad attraversare, con la testa bassa, il «tunnel di agenti», che, intanto, li colpivano e insultavano, alcuni di loro, quelli provenienti dalla scuola Diaz-Pertini, furono marchiati con una croce al viso.

⁵³ C. eur., 26.10.2017, *Azzolina e altri v. Italia*, cit., § 147; C. eur., *Blair e altri v. Italia*, 26.10.2017, cit., § 116. In entrambe le sentenze, e riportando un orientamento che può dirsi largamente consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo, la Corte prosegue: «[s]e così non fosse, nonostante la sua importanza fondamentale, il divieto generale della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani o degradanti sarebbe inefficace in pratica, e sarebbe possibile in alcuni casi per gli agenti dello Stato calpestarlo, godendo di una quasi-impunità, i diritti delle persone sottoposte al loro controllo».

come una obbligazione di mezzi e non di risultato⁵⁴. Nel caso in esame, la Corte accoglie le doglianze dei ricorrenti: l'art. 3 Cedu è stato violato sia sul versante sostanziale sia su quello procedurale. Sotto il primo profilo, la violazione attiene a due segmenti diversi: da un lato, i fatti commessi integrano lo *standard* della tortura (violazione dell'obbligo sostanziale negativo)⁵⁵; dall'altro, i Giudici di Strasburgo evidenziano l'assenza di un quadro giuridico adeguato a sanzionare comportamenti di questo tipo (obbligo sostanziale positivo)⁵⁶.

Anche la sentenza relativa ai maltrattamenti subiti dai detenuti nel carcere di Asti, nel caso *Cirino e Renne v. Italia*, ricalca grosso modo le argomentazioni poste alla base delle decisioni appena esaminate.

Il processo a Strasburgo, nuovamente, accerta la duplice violazione dell'art. 3 Cedu, sotto il piano sostanziale e procedurale. Non si contesta un ritardo da parte degli inquirenti o dei giudici di merito, che, anzi, hanno agito in maniera scrupolosa: in assenza di un delitto di tortura, il Tribunale è «dovuto ricorrere ad altri reati esistenti, vale a dire le disposizioni del codice penale in materia di abuso di autorità nei confronti di detenuti e di inflizione di lesioni personali»⁵⁷. Reati che, secondo la Corte non sono «in grado di fare fronte all'intera gamma di questioni derivanti dagli atti di tortura subiti dai ricorrenti»⁵⁸.

Queste sentenze appaiono particolarmente interessanti per due aspetti, strettamente connessi fra loro: (i) l'art. 608 Cp si dimostra inadeguato (e quindi inadempiente) sia sul piano degli obblighi “sub-costituzionali” sia su quello degli obblighi “costituzionali” puri; (ii) l'effettività della tutela non può prescindere da un corretto coordinamento tra le disposizioni definite “sostanziali” e quelle “processuali” – l'idea della norma penale reale, insomma, ne esce rafforzata nel contenuto e, in parte, nella disciplina.

Il delitto di “valore” costituzionale, come pure era stato considerato l'art. 608 Cp, non sembrerebbe in realtà idoneo a garantire quella tutela che l'art. 13 co. 4 Cost. definisce in maniera *tranchant*. L'impressione, però, è che non fosse necessario l'intervento di Strasburgo per “scoprirlo”, neanche rispetto alle implicazioni di carattere processuale⁵⁹. E infatti, muovendo proprio dalla formula utilizzata dal costituente nella introduzione del (solo) obbligo di incriminazione costituzionale, è il predicato, posto addirittura in prima posizione, a fare la parte del leone: «è punita». L'idea, cioè, parrebbe quella di richiedere una effettiva risposta sanzionatoria in concreto, non solo in astratto.

Da una interpretazione sistematica che saldi questo comma con il terzo dell'art. 27 Cost., tra l'altro, emerge con chiarezza come l'obiettivo dei Costituenti fosse quello di incriminare qualcosa di più

⁵⁴ Si tratta di un'espressione frequente nelle pronunce della Corte Edu che si occupano di valutare lo *standard* procedurale, non solo con riferimento all'art. 3 Cedu, ma anche agli artt. 2 e 8 Cedu. Sul versante dell'art. 2 Cedu, v., per tutti, C. eur., GC, 15.6.2021, *Kurt v. Austria*, ric. n. 62903/15§ 159: «the duty to take preventive operational measures under Article 2 is an obligation of means, not of result» [corsivi nostri]. Con riferimento all'art. 8, v. di recente C. eur., 27.5.2021, *J.L v. Italia*, ric. n. 5671/16, §118: «l'obbligo positivo che incombe allo Stato in virtù dell'articolo 8 di proteggere l'integrità fisica dell'individuo richiede, in casi così gravi come la violenza sessuale, delle disposizioni penali efficaci e può estendersi, pertanto, alle questioni inerenti all'effettività dell'indagine penale condotta ai fini dell'attuazione di tali disposizioni [...]. Per quanto riguarda l'obbligo di condurre un'indagine effettiva, la Corte rammenta che si tratta di un obbligo di mezzi e non di risultato».

⁵⁵ In via di prima approssimazione, può definirsi obbligo negativo sostanziale quello che vincola lo Stato ad un “non fare”: più precisamente, a non commettere atti lesivi del diritto riconosciuto nella Convenzione. *Amplius*, F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., 247-251 e *infra* § 4.

⁵⁶ L'obbligo positivo sostanziale attiene ad un *facere* da parte dello Stato firmatario, il quale deve predisporre un quadro giuridico adeguato (*legislative and regulatory framework of protection*) a tutelare i singoli da condotte lesive del diritto riconosciuto nella Cedu. *Amplius*, F. Viganò, *loc. ult. cit.*, e *infra* § 4.

⁵⁷ C. eur., *Cirino e Renne v. Italia*, 26.10.2017, cit., § 109.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Si vedano, al riguardo, le opinioni espresse ad un anno prima del noto *affaire Cestaro v. Italia* da A. Pugiotto, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *DPenCont*, 2, 2014, 129 ss. Sul tema, *amplius* S. Talini, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli 2018, 233-237.

delle sole “misure di rigore non consentite”⁶⁰. Non c’è dubbio che questi due articoli si inseriscono con coerenza in un filone volto ad offrire piena protezione alle persone coinvolte nel sistema penale, da parte di pubblici agenti: l’art. 13 co. 4 Cost. non è teso a punire ogni violenza o minaccia sulle persone ristrette della libertà personale, quanto piuttosto da persone che, proprio in ragione della propria funzione, dovrebbero ricoprire un ruolo di “garanzia”. In altri termini, l’art. 13 co. 4 Cost. dice molto più di quello che potrebbe sembrare: anzitutto, si deduce, attraverso una interpretazione sistematica, come lo spettro di tutela sia assai più puntiforme di quello che emergerebbe a prima lettura. La punizione di “ogni violenza fisica o morale” sulle persone “comunque sottoposte a restrizioni di libertà” non è volta ad operare in orizzontale – cioè: tra pari (si pensi ad una persona detenuta che operi violenza su una persona nelle stesse condizioni) –, quanto piuttosto in verticale – nei confronti di persone “qualificate”⁶¹.

L’art. 27 co. 3 Cost., d’altro canto, si pone come baluardo delle persone condannate, affermando che le pene non possono consistere in “trattamenti contrari al senso di umanità”. Lo spettro di tutela dell’art. 13 co. 4 Cost. è più ampio, destinato a tutelare chi è «comunque» sottoposto a restrizioni di libertà: non solo il condannato, dunque, ma anche l’indagato o l’imputato⁶² – che, vale la pena ricordarlo, sulla base dell’art. 27 co. 2 Cost. è presunto non colpevole. Il divieto di tortura, agevolmente ricavabile dall’art. 27 co. 3 Cost., a maggior ragione vale per l’art. 13 co. 4 Cost.⁶³: è il

⁶⁰ Molti Autori deducono il divieto di tortura dall’art. 13 co. 4 Cost. *Ex multis*, A. Pugiotto, *Repressione penale della tortura e Costituzione*, cit., 133: «[i]n un testo costituzionale che non prevede (altri) obblighi di criminalizzazione, la disposizione citata è la sola ad imporre una repressione penale, perché l’esperienza della tortura, a molti Costituenti, non era affatto sconosciuta. Dunque, “la tortura è l’unico delitto costituzionalmente necessario”: la ratifica dell’Italia di trattati e convenzioni che la vietano, quindi, obbedisce a un dovere di coerenza costituzionale come per una sorta di rima davvero obbligata, perché è già con l’entrata in vigore della Costituzione italiana del 1948 che sorge l’imperativo legislativo di vietare la tortura e criminalizzarne il ricorso». In tema, C. Mortati, *Istituzioni di Diritto pubblico*, II, cit., 1046-1047. Il quale, pur affermando, con riferimento al co. 4 dell’art. 13 Cost., che si tratti di un «divieto (non sempre osservato)», ne individua il contenuto come «ogni violenza sull’arrestato, sia fisica con forme di tortura, sia morale, con l’uso di procedimenti di varia natura rivolti a modificare artificialmente lo stato psichico del soggetto allo scopo di estorcerne la confessione [...] Risulta pertanto confermato che la libertà personale è protetta dall’art. 13 non solo dalle situazioni di assoggettamento che impediscano il libero movimento della persona, ma altresì da qualsiasi accertamento o operazione che su essa si eserciti coattivamente, e sia tale da ledere gli interessi anche d’ordine morale a non esporre agli altri il proprio corpo». L’Illustre Autore, poi, ritiene necessario integrare le forme di tutela derivanti dall’art. 13 co. 4 Cost. attraverso una duplice prospettiva: una processuale e l’altra, invece, relativa alla funzione delle pene. Proprio con riferimento a queste ultime si rende necessario il riferimento all’art. 27 co. 3 e 4 Cost.: non solo le pene devono tendere alla rieducazione del condannato, ma anche il divieto di pena di morte (al tempo ancora in vigore nella legge militare di guerra) offre una dimensione ulteriore e “privilegiata” rispetto alla mera retribuzione. *Contra*, G. Amato, *Sub art. 13*, in *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili: art. 13-20*, a cura di G. Branca, Bologna 1977, 26-30, il quale ritiene che la garanzia prevista dall’art. 13 co. 4 Cost. operi su tre diversi versanti: (i) repressivo; (ii) processuale; (iii) preventivo. L’Autore sembrerebbe ritenere insufficiente la “batteria di norme repressive” cui è affidato l’obbligo di tutela previsto dall’art. 13 co. 4 Cost., sebbene il quadro di tutela “preventivo”, ricostruito sulla base del vecchio codice di rito, risulti invece soddisfacente.

⁶¹ Chiarissimo sul punto A. Pugiotto, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura. Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. n. 110 del 2017*, in *Qcost*, 2, 2018, 396: «[c]iò che la disposizione tutela non è la generica libertà personale, bensì l’indisponibilità e l’invulnerabilità del corpo del soggetto dalla pretesa di controllo degli apparati coercitivi statali. Ad essere vietato, dunque, è l’abuso di potere statale da parte di coloro che, detenendolo, lo esercitano a scapito della piena legalità del loro agire. In altre parole, la tortura di Stato».

⁶² Si tratta della constatazione piuttosto evidente avanzata già all’indomani della emanazione della Carta costituzionale. Per tutti, v. V. Crisafulli, *Manuale dei diritti del cittadino*², Roma 1950, 52.

⁶³ Sul punto, v. Giu. Serges, *Il diritto a non subire tortura ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*, in *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, a cura di M. Ruotolo, S. Talini, Napoli 2017, 368, il quale, muovendo dall’art. 3 co. 2 Cost., secondo cui è compito dello Stato rimuovere gli ostacoli che “impediscono il pieno sviluppo della persona umana”, ricostruisce sulla base di un rapporto mezzo-fine quanto stabilito dall’art. 13 co. 4 Cost. e dall’art. 27 co. 3 Cost.: «[s]petta dunque allo Stato il compito di rimuovere gli impedimenti che si frappongono alla garanzia, a norma dell’art. 27, comma 3, di un “carcere senza tortura” e, per assurgere a tale compito, è necessario approntare degli strumenti punitivi adeguati nei confronti di chi pratica atti di violenza fisica e morale sui soggetti sottoposti a regime detentivo, come prevede l’articolo 13, comma 4».

principio di non colpevolezza a svuotare di qualsiasi validità forme di c.d. tortura investigativa – attuate, cioè, con lo scopo di estorcere informazioni o confessioni dall’indagato⁶⁴. Ma non basta. La richiesta di “punizione” – *rectius*: di tutela – non può prescindere da una corretta valutazione del tessuto sistematico in cui il delitto si inserisce (si pensi al proposito al regime delle cause estintive del reato, prima fra tutte la prescrizione) e del diritto c.d. processuale. Sotto il primo profilo, la risposta sanzionatoria offerta dall’art. 608 Cp risulta inefficace specie se esaminata attraverso il filtro della prescrizione: il *quantum* di pena, sproporzionato al ribasso, comporta, infatti, l’applicazione dell’art. 157 Cp, con conseguente estinzione del reato per intervenuta prescrizione. Sul versante processuale, d’altronde, l’arsenale di delitti previsti *ad adiuvandum*, primo fra tutti le lesioni personali, procedibili a querela di parte, non solo appare incapace di esaurire e intercettare l’offensività del fatto, ma può comportare, addirittura, la non-instaurazione della macchina processuale o, infine, la estinzione del reato per remissione della querela. Poco vale, in fondo, richiedere forme di tutela se il diritto c.d. sostanziale e quello processuale non virano verso la stessa direzione. Sarebbe a dire: la “punizione” di certi fatti necessita di una adeguata “protezione” anche sul versante processuale; una attenzione solo agli aspetti sostanziali del fenomeno rischia di offrire una tutela monca – e quindi insufficiente.

2.3.2. Si è finora affrontato il divieto di tortura con esclusivo riferimento alla Costituzione. Si è cercato di chiarire, inoltre, come dall’“obbligo costituzionale puro” derivi un regime diverso a seconda che esista o meno una normativa di attuazione: nel primo caso, è l’eventuale abrogazione ad essere giustiziabile, nel secondo caso, invece, l’impossibilità di “far valere” l’omissione legislativa fa dubitare anche della natura stessa di “obbligo” che ne è referente. Sulla base di queste osservazioni, pare innegabile che la tutela offerta dall’ordinamento nazionale fosse insufficiente ad adempiere all’obbligo di tutela previsto dall’art. 13 co. 4 Cost.: si rientrerebbe, quindi, nella seconda delle ipotesi ora prospettate – omissione legislativa con conseguente assenza di meccanismi volti a darne attuazione.

È, tuttavia, nella cornice internazionale (*rectius*: costituzionale, per il tramite dell’art. 117 Cost.) che emerge un quadro di tutela più ampio e, anche per questo, effettivo.

Obblighi di incriminazione della tortura, in realtà, si rinvencono, a livello internazionale, tanto nell’art. 3 Cedu quanto nella Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, conclusa a New York il 10 dicembre 1984 (c.d. CAT).

Quest’ultima, in particolare, non solo offre una definizione di tortura, che si lascia apprezzare per la presenza del dolo specifico e la natura di reato “proprio”, ma impone, all’art. 4, un vero e proprio obbligo di criminalizzazione⁶⁵. La Corte di Strasburgo, d’altra parte, per concretizzare il contenuto dei diritti riconosciuti in Convenzione, è solita fare riferimento ad altre Convenzioni internazionali maggiormente specifiche: è proprio questo il caso della CAT, con riferimento all’art. 3 Cedu⁶⁶.

⁶⁴ È, d’altra parte, questo il prodotto delle principali riflessioni svolte durante l’Illuminismo. Obbligato il riferimento a C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Milano 1884, par. XXII, spec. 53: «[u]na crudeltà, consacrata dall’uso nella maggior parte delle nazioni, è la tortura del reo, mentre si forma il processo, o per costringerlo a confessare un delitto o per le contraddizioni nelle quali incorre, o per la scoperta de’ complici, o per non so quale metafisica ed incomprensibilità purgazione d’infamia, o finalmente per altri delitti, di cui potrebbe esser reo, ma dei quali non è accusato. Un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può toglierli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch’egli abbia violati i patti col quale fu accordata. Quale è dunque quel diritto, se non quello della forza, che dia la potestà ad un giudice di dare una pena ad un cittadino, mentre si dubita se sia reo o innocente?». Per una ricostruzione del pensiero illuministico sul divieto di tortura, v., per tutti, O. Dominioni, *Sub art. 27, 2° comma*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili: art. 27-28*, a cura di G. Branca, Bologna 1991, 163-167.

⁶⁵ Art. 4 Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti: «1. Ogni Stato Parte provvede affinché qualsiasi atto di tortura costituisca un reato a tenore del suo diritto penale. Lo stesso vale per il tentativo di praticare la tortura o per qualunque complicità o partecipazione all’atto di tortura.

2. In ogni Stato Parte tali reati vanno resi passibili di pene adeguate che ne prendano in considerazione la gravità».

⁶⁶ La casistica non si limita a questo. Si pensi, fra le questioni più attuali, ai rapporti fra art. 8 Cedu e Convenzione di

Tralasciando la possibilità di estendere lo schema della “norma interposta” anche ai Trattati internazionali diversi dalla Cedu⁶⁷, è l’interpretazione dei Giudici di Strasburgo sul versante dell’art. 3 Cedu a giocare un ruolo fondamentale. All’assenza di un vero e proprio obbligo costituzionale di incriminazione della tortura, dovuto all’impossibilità di “giustiziarne” l’omissione, fa da contraltare la presenza di obblighi positivi – ed effettivi – derivanti dall’interpretazione della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Il fatto che l’Italia sarebbe stata condannata era non solo prevedibile, ma forse anche evitabile, proprio attraverso il meccanismo della questione di legittimità costituzionale.

Si poteva sollevare – come pure prospettato dal Procuratore Generale della Repubblica nel caso relativo alle vicende del carcere di Bolzaneto⁶⁸ – questione di legittimità costituzionale dell’art. 157 Cp per contrasto con l’art. 3 Cedu e, quindi, con l’art. 117 Cost.: il sindacato con effetti *in malam partem*, pur al di fuori dell’ambito delle norme di favore, è da considerarsi comunque ammesso, sulla falsariga di quanto già affermato dalla Corte costituzionale in caso di legge intermedia contrastante con la normativa comunitaria⁶⁹. Fra le “eccezioni” al divieto di un sindacato *in malam partem*, in effetti, può indicarsi anche l’ipotesi in cui la legge ordinaria non sia conforme agli obblighi comunitari: precludere il sindacato al Giudice delle Leggi in questi casi comporterebbe – secondo un noto orientamento – uno svuotamento dell’efficacia vincolante della fonte comunitaria, con (doppio) contrasto degli artt. 11 e 117 Cost.⁷⁰. Il discorso sembrerebbe potersi riproporre con riferimento alla “norma” Cedu e quindi agli obblighi di tutela da questa derivanti: seppure in una sentenza di rigetto, la Corte s’inserisce nel solco arato dalla precedente pronuncia sugli obblighi comunitari⁷¹, chiarendo come l’effetto *in malam partem* possa (legittimamente) conseguire nei casi in cui la legge ordinaria contrasti con un obbligo “convenzionale” di incriminazione⁷².

Istanbul con riferimento alla vittimizzazione secondaria; o, ancora, ai rapporti fra art. 3 Cedu e Convenzione di Lanzarote nei casi in cui vittima sia un minore.

⁶⁷ In tema, A. Fusco, *Il mito di Procuste. il problema dell’interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, 267 ss.; Gio. Serges, *I trattati internazionali diversi dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento italiano*, in *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, a cura di A. Di Blase, Roma 2014, 196-203. La questione, di estremo rilievo, risulta in questo caso eccentrica: è d’altronde la “norma” Cedu che assorbe le specificità di alcune Convenzioni internazionali – come quella contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

⁶⁸ Cass., 14.6.2013, n. 37088, punto 2.1 del *Considerato in diritto*, in cui il Supremo Collegio ritiene di non sollevare q.l.c., ritenendo irrilevante la questione, visti gli effetti potenzialmente *in malam partem* della pronuncia.

⁶⁹ C. cost., 25.1.2010 n. 28, § 5 del *Considerato in diritto*: «[l]’impossibilità di non applicare la legge interna in contrasto con una direttiva comunitaria non munita di efficacia diretta non significa tuttavia che la prima sia immune dal controllo di conformità al diritto comunitario, che spetta a questa Corte, davanti alla quale il giudice può sollevare questione di legittimità costituzionale, per asserita violazione dell’art. 11 ed oggi anche dell’art. 117, primo comma, Cost.».

⁷⁰ C. cost., 25.1.2010 n. 28, § 7 del *Considerato in diritto*: «[n]el caso di specie, se si stabilisse che il possibile effetto *in malam partem* della sentenza di questa Corte inibisce la verifica di conformità delle norme legislative interne rispetto alle norme comunitarie – che sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nell’ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – non si arriverebbe soltanto alla conclusione del carattere non autoapplicativo delle direttive comunitarie sui rifiuti, ma si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano, come effetto del semplice susseguirsi di norme interne diverse, che diverrebbero insindacabili a seguito della previsione, da parte del medesimo legislatore italiano, di sanzioni penali».

⁷¹ Oltre alla sent. 28/2010, si veda anche C. cost., 12.2.2014 n. 32, che, sia pur in un *obiter dictum*, affronta la questione degli obblighi sovranazionali di incriminazione. Sul punto, V. Manes, L. Romano, *L’illegittimità costituzionale della legge c.d. “Fini-Giovanardi”: gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *DPenCont*, 1, 2014, 10-15, i quali sottolineano la novità del ruolo assunto dalla Corte costituzionale con riferimento al controllo su eventuali “inadempimenti statali sopravvenuti”. Gli Autori, in ogni caso, ritengono non assimilabile la stessa sorte per i c.d. obblighi convenzionali di incriminazione, specie in considerazione del *deficit* di legittimazione democratica che connota la Corte europea dei diritti dell’uomo: alla di violazione degli obblighi positivi di tutela penale di matrice convenzionale non può che conseguire la *sola* responsabilità politica degli Stati.

⁷² C. cost., 23.1.2019 n. 37. V. in particolare il § 7.1 del *Considerato in diritto*, in cui la Corte, riprendendo l’orientamento già espresso sulla normativa comunitaria, con riferimento al parametro costituzionale offerto dagli artt. 11 e 117 Cost., utilizza anziché la congiunzione “e”, la disgiuntiva “o”, il che potrebbe legittimare la coerenza degli obblighi di

Non è detto che una “operazione ortopedica” da parte della Corte costituzionale sull’art. 157 Cp sarebbe bastata ad evitare del tutto le condanne a Strasburgo, ma certamente avrebbe offerto un rimedio ulteriore sul piano procedurale: l’insufficienza della tutela offerta dall’art. 608 Cp, d’altronde, emergeva già sul piano del *quantum* sanzionatorio, come effetto di una fattispecie inadeguata a comprendere l’offesa derivante da gravi aggressioni alla dignità umana.

2.4. La “giustiziabilità” dell’omissione legislativa a Strasburgo, come effetto ulteriore, ha comportato l’introduzione dell’art. 613-*bis* Cp, rubricato “Tortura”, e dell’art. 613-*ter* Cp, rubricato “Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura”. La Corte EDU è arrivata lì dove la Corte costituzionale solo di recente ha osato e non sempre con gli effetti desiderati: spingere il legislatore a colmare una omissione legislativa⁷³.

Sono sufficientemente note le critiche che questa nuova fattispecie si è attratta e non è questa la sede per un esame dettagliato del “nuovo” delitto di tortura⁷⁴. Si tratta solo di appurare se, ed eventualmente in qual misura, possa dirsi finalmente compiuta l’opera di tutela prevista dall’art. 13 co. 4 Cost.

Il legislatore italiano, nella formulazione della fattispecie di tortura, segue un andamento contraddittorio: per un verso utilizza come modello pedissequo la definizione offerta dalla CAT, per altro verso se ne distacca nelle articolazioni più importanti; infine, a mo’ di conclusione, riprende il contenuto dell’art. 3 Cedu, individuando come modalità di condotta alternativa il “trattamento inumano o degradante”⁷⁵. Il risultato, insomma, è un *pastiche* e del linguaggio del nostro legislatore resta solo la definizione dell’arco edittale: se pure la tutela offerta dovesse considerarsi adeguata alla richiesta di incriminazione di cui all’art. 13 co. 4 Cost., certamente non potrebbe dirsi lo stesso rispetto al già ricordato “paradigma costituzionale” dell’illecito penale⁷⁶.

La ridondanza di attributi che connota l’art. 613-*bis* Cp lascia pensare che sul piano nazionale si sia cercato di replicare lo stesso *pathos* assunto dal legislatore internazionale nella descrizione di «dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali». La *ultra*-aggettivazione non appartiene, di regola, al legislatore penale, rimanendo in qualche misura assorbita dalla *extrema ratio* che comporta l’adozione della sanzione penale: non a tutte le violenze, detto altrimenti, segue la pena, ma solo a quelle che abbiano raggiunto una certa gravità. Il trapianto di “concetti”, elaborati in un determinato e diverso ambito giuridico e culturale, rischia di creare incomprensioni, se attuato senza il filtro linguistico e sistematico del Paese di destinazione⁷⁷: sarebbe stato opportuno, forse, ricostruire in via autonoma, e

incriminazione convenzionali con conseguente sindacato di legittimità “*in malam partem*”. L’impressione, poi, appare ulteriormente avvalorata dalle osservazioni espresse nel § 7.3 del *Considerato in diritto*: «dal riconoscimento di un diritto come “fondamentale” non discende, necessariamente e automaticamente, l’obbligo per l’ordinamento di assicurarne la tutela mediante sanzioni penali: tanto la Costituzione quanto il diritto internazionale dei diritti umani lasciano, di regola, il legislatore (e più in particolare il Parlamento, naturale depositario delle scelte in materia penale in una società democratica) libero di valutare se sia necessario apprestare tutela penale a un determinato diritto fondamentale, o se – invece – il doveroso obiettivo di proteggere il diritto stesso dalle aggressioni provenienti dai terzi possa essere efficacemente assicurato mediante strumenti alternativi, e a loro volta meno incidenti sui diritti fondamentali del trasgressore, nella logica di ultima ratio della tutela penale che ispira gli ordinamenti contemporanei».

⁷³ Il riferimento è alla recente tecnica di “dichiarazione di incostituzionalità differita”, “inaugurata” dalla Corte costituzionale a partire dal c.d. caso Cappato (C. cost., ord. 24.10.2018 n. 207), utilizzata, poi, con riferimento alla diffamazione a mezzo stampa (C. cost., ord. 9.6.2020 n. 132) e, da ultimo, con le due ordinanze relative all’ergastolo ostativo (C. cost., ordd. 15.4.2021 n. 97 e 10.5.2022 n. 20). Si ritiene che la dichiarazione di incostituzionalità differita sia tesa a dare impulso al legislatore rispetto a discipline che ne necessitano l’intervento: il carattere, quello della necessità, che sembra appartenere, più che alla lacuna, alla omissione legislativa – la quale si lascia apprezzare, cioè, solo con riferimento ad un obbligo positivo.

⁷⁴ Si rinvia, per tutti, ad A. Pugiotto, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., 389-419.

⁷⁵ A.M. Maugeri, *Delitti contro la libertà morale. Art. 613- bis Tortura*, in *Diritto penale. Parte speciale*³, I, a cura di D. Pulitanò, Torino 2019, 265-268.

⁷⁶ *Supra* § 2.2.

⁷⁷ Su questi temi, da ultimo, A. Cavaliere, *‘Diritti’ anziché ‘beni giuridici’ e ‘principi’ in diritto penale? A proposito di*

sulla base delle tecniche di tutela solitamente adottate dal codice penale, la formulazione contenuta nella CAT. Il tema, che si amplia attraverso la prospettiva del diritto comparato, induce a riflettere sui metodi attraverso cui circolano e si diffondono alcuni modelli giuridici (o porzioni di questi). La c.d. fecondazione incrociata (*cross-fertilization*), da intendersi come contaminazione reciproca tra ordinamenti diversi tra loro, dovrebbe portare, nel sistema europeo, ad una massimizzazione dello *standard* di tutela del singolo⁷⁸, ma, affinché ciò avvenga, appare necessario tener conto tanto delle “peculiarità” dell’ordinamento contaminato, quanto dell’ordinamento che contamina⁷⁹. Ed è proprio sotto quest’ultimo aspetto che l’art. 613-*bis* Cp rischia di risultare poco convincente: la CAT non è oggetto di applicazione diretta nei confronti del singolo e, per questo, non è soggetta ai vincoli di formulazione e interpretazione che caratterizzano la materia penale. Non si dimentichi, poi, che anche quando la CAT diviene oggetto di interpretazione da parte di un giudice qualificato, quale è la Corte Edu, l’interpretazione estensiva è ammessa proprio perché troverà applicazione non in ambito penale, e quindi nei confronti dell’autore del fatto, ma sul piano della responsabilità dello Stato parte, quindi al di fuori delle logiche del sistema punitivo in senso stretto⁸⁰.

E non basta questo a generare un diffuso senso di malcontento: l’impressione, piuttosto, è che, pur di confezionare un prodotto che non scontenti nessuno, il legislatore abbia un po’ perso la propria penna – proprio quella che dovrebbe mantenersi entro le righe della Costituzione. L’immagine che ne deriva non pare delle più rassicuranti: dal panorama internazionale non se ne uscirebbe arricchiti, semmai imbastarditi, quanto meno nel linguaggio.

Il *deficit* di determinatezza, a ben vedere, ha rappresentato solo la punta dell’*iceberg* – quella più visibile – che poggia su altrettante e ancor più grandi manchevolezze. Il riferimento è all’“inversione di tendenza” rispetto alle coordinate definite nella CAT.

Il punto centrale – come più volte sottolineato – è quello relativo alla assenza del dolo specifico e alla configurazione della tortura come reato comune (e non proprio)⁸¹, con individuazione di una specifica aggravante nei casi in cui il reato sia commesso dal pubblico ufficiale o dall’incaricato di pubblico

un saggio di Francesco Viganò, in *SP*, 10, 23, 75.

⁷⁸ V. Manes, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization*, in *RIDPP*, 3, 2012, 844 ss.

⁷⁹ *Amplius*, P. Lobba, *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 16.4.2019, 10: «la querelle tra il Comitato CAT e lo Stato italiano offre l’ennesima occasione per ragionare sulla c.d. fecondazione incrociata (*cross-fertilization*), un fenomeno che avviene quando concetti o risultati interpretativi elaborati in uno specifico ambito del diritto vengono “trapiantati” in un diverso settore giuridico. Nel caso della tortura, occorre fare attenzione a “prendere in prestito” nozioni e interpretazioni sviluppatesi nel settore dei diritti umani – in cui hanno cittadinanza canoni esegetici espansivi – per utilizzarle nel limitrofo ramo del diritto penale, retto invece dal principio di stretta legalità». Sulla *cross-fertilization*, v. in particolare, J. Geneuss, *Obstacles to Cross-fertilisation: The International Criminal Tribunals’ “Unique Context” and the Flexibility of the European Court of Human Rights’ Case Law*, in *NJIL*, vol. 84, 2015, p. 404 ss., spec. 406: «a direct ‘cut and paste’ transmission (or transplant) of legal norms or concepts between different legal systems is rarely possible. Rather, the legal norm or concept must be translated from the language of the original legal system into the language of the receiving one. *Inherent to any translation is the risk of misinterpretation of the original understanding of meaning*», che, citando N. Walker, *Postnational Constitutionalism and the Problem of Translation*, in *European Constitutionalism beyond the State*, J.H.H. Weiler and M. Wind (eds.), Cambridge 2003, 37, prosegue concludendo: «[t]hus, for a successful translation, a “detailed hermeneutic understanding both of the context in which it was originally embedded and of the new context for which it is destined” is necessary» [corsivi nostri].

⁸⁰ Enfatizza questo aspetto E. Maculan, *Judicial Definition of Torture as a Paradigm of Cross-fertilisation: Combining Harmonisation and Expansion*, in *NJIL*, vol. 84, 2015, 474.

⁸¹ La convergenza in dottrina è pressoché assoluta, fra i tanti: A. Massaro, *Appunti di diritto penale europeo*, cit., 171; M. Ruotolo, *Brevi riflessioni su una recente proposta per l’introduzione del delitto di tortura nell’ordinamento italiano*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, a cura di A.M. Nico, Bari 2016, 895-896; S. Talini, *La privazione della libertà personale*, cit., 246 ss.; L. Riscato, *L’ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l’umanità*, in *Crim*, 2018, 365-368; P. Lobba, *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 16.4.2019, 10 A.M. Maugeri, *Delitti contro la libertà morale. Art. 613- bis Tortura*, cit., 270-271.

servizio. Il fatto che la questione non sia solo definitoria emerge chiaramente in punto di disciplina: relativamente al dolo specifico, l'attenzione si concentra in via principale sul versante della tipicità, e coinvolge anche gli eventi aggravatori individuati dal quarto e quinto comma; con riferimento alla (non) qualifica, le principali questioni attengono alla disciplina delle circostanze e all'oggetto del dolo.

Sotto il primo profilo, il dolo specifico agirebbe, anzitutto, in funzione delimitativa della tipicità: l'intenzione "caratterizzata", che deve supportare l'azione, ritaglierebbe il perimetro applicativo della fattispecie proprio su quelle condotte segnatamente lesive della dignità personale – si ritiene, cioè, che, già in generale, la presenza del dolo specifico, sia pur sul versante dell'elemento soggettivo, si atteggi a "forma vincolata" per la commissione del reato. E non basta. Una adeguata valorizzazione del fine perseguito dall'agente (qualificato) avrebbe reso inutile, perché superflua, la causa di non punibilità di difficile comprensione⁸² inserita nel terzo comma dell'art. 613-bis Cp, relativa ai casi in cui le sofferenze siano l'effetto dell'esecuzione di legittime misure "privative o limitative di diritti". Ed invero: le sofferenze cagionate dall'esecuzione di legittime misure non potrebbero mai coincidere con il disvalore apportato dall'elemento del dolo specifico. Delle due una: o l'azione è legittima, perché priva del fine di punire/intimidire/esercitare pressioni, o è illegittima, perché mossa da uno scopo ingiustificato e quindi ingiustificabile.

La fattispecie, se costruita (anche) attraverso il riferimento al dolo specifico, avrebbe permesso, fra l'altro, di superare le *impasses* che si registrano nella giurisprudenza, specie per quel che attiene al concorso di reati. Muovendo dal discutibile presupposto del diverso "bene giuridico" protetto, è ormai orientamento sufficientemente consolidato quello che per cui concorrono, e non risultano assorbiti, le lesioni personali (con contestazione ulteriore dell'ipotesi aggravata di tortura) e i maltrattamenti in famiglia (che rappresenta, quanto meno sul piano dell'applicazione, l'"antenato" dell'art. 613-bis Cp).

Per quanto attiene allo schema del reato comune, è stata la giurisprudenza, con un'operazione ermeneutica forse disinvolta, a rielaborare la natura giuridica del secondo comma: disattendendo le indicazioni imprecise, ma intelligibili, del legislatore, il quale propendeva per lo schema della circostanza aggravante⁸³, prima i giudici di merito, poi la Corte di cassazione hanno seguito una lettura maggiormente in linea con le fonti internazionali⁸⁴. Si è ritenuto, cioè, che la mancata

⁸² Per quanto si tratti di una causa di non punibilità che sembrerebbe riprendere quasi testualmente quanto contenuto nell'ultima parte dell'art. 1 co. 1 Convenzione ONU, non pare in realtà che fosse necessaria, per le ragioni espresse, all'interno del nostro ordinamento. Sul punto, A.M. Maugeri, *Delitti contro la libertà morale. Art. 613-bis Tortura*, cit., 273-274; L. Riscato, *op. cit.*, 367.

⁸³ Servizio studi della Camera dei deputati, XVII Legislatura, *Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano A.C. 2168-B*.

⁸⁴ T. Siena, sez. pen., 7.5.2021, n. 58, spec. punto 4.1. Si tratta della prima sentenza in cui viene contestata la c.d. tortura di Stato nei confronti di agenti della polizia penitenziaria, che, durante uno spostamento di cella nel carcere di Ranza (San Gimignano), avevano aggredito e sopraffatto un detenuto. Il giudice si pronuncia nel corso del rito abbreviato richiesto da alcuni imputati, ricostruendo tanto il quadro giuridico internazionale di riferimento quanto gli elementi costitutivi del reato di tortura. Proprio con riferimento al secondo comma dell'art. 613-bis Cp, viene, sulla base di lunghe argomentazioni, riconosciuta la natura di fattispecie autonoma, chiarendo fra l'altro che: «il delitto di tortura [è] stato inserito in adempimento a quanto previsto dalla legge n° 498/1988, che impegnava il nostro ordinamento a dare attuazione alla Convenzione ONU sulla tortura che, all'art. 1, disciplina il fenomeno della tortura esclusivamente come tortura commessa dai pubblici ufficiali. Detto in altri termini, dunque, l'obbligo pattizio cui il nostro ordinamento [...] si adegua con l'introduzione dell'art. 613-bis c.p. prevedeva la tortura come condotta commessa (esclusivamente) dal pubblico ufficiale». Nella giurisprudenza di legittimità, Cass., sez. III pen., 25.5.2021, n. 32380, punto 3.2: «[g]li obblighi di incriminazione, che non discendono soltanto dalle richiamate disposizioni di diritto internazionale, sono stati ottemperati dall'Italia con la legge 14.7.2017, n. 110 che ha introdotto, per quanto qui interessa, nel codice penale gli articoli 613-bis e 613-ter. In particolare, con l'articolo 613-bis del codice penale, è stato tipizzato il reato di tortura, strutturato come delitto "a geometria variabile", potendo l'ambito di operatività della norma penale ricomprendere sia la tortura privata (cosiddetta comune o orizzontale o impropria: articolo 613-bis, primo comma) e sia la tortura pubblica (cosiddetta di Stato o verticale o propria: articolo 613-bis, secondo comma). Ne deriva che, con la legge citata, sono stati configurati due autonomi titoli di reato e, quindi, due diverse e autonome fattispecie incriminatrici, a disvalore progressivo, secondo

indicazione della qualifica necessaria alla commissione del reato come fattispecie autonoma avrebbe disatteso gli obblighi assunti sul piano internazionale. Il fine è benemerito, il mezzo, però, convince meno: non spetta, d'altronde, all'interprete adempiere agli obblighi assunti dal legislatore⁸⁵.

Il risultato finale, in breve, non è dei migliori. Il Comitato CAT ha già avuto modo di esprimere le proprie perplessità sul testo forgiato dal Parlamento italiano⁸⁶. La Corte di Strasburgo, per contro, non si è ancora confrontata con il nuovo delitto di tortura: se l'incriminazione della tortura "tra privati" non sembra creare particolari problemi, ma anzi un punto a favore, altrettanto non può dirsi per quanto riguarda l'assenza del dolo specifico – che è ciò che connota la tortura ed in parte la distingue dai trattamenti inumani o degradanti⁸⁷ – e, soprattutto, il regime della prescrizione.

Le questioni diventano ancor più problematiche se proiettate sull'art. 13 co. 4 Cost.: l'ambito di tutela, specie nella qualificazione dei soggetti passivi, appare estremamente riduttivo. Il riferimento dell'art. 13 co. 4 Cost. è, molto più semplicemente, alle persone "comunque" ristrette della libertà personale. A ciò si aggiunga, poi, tanto il *deficit* di determinatezza quanto l'esclusione irrimediabile di alcune particolari modalità di lesione, che non consentono di ritenere soddisfacente il nuovo reato di valore costituzionale: a uscirne lesi, anzi, sono proprio i principî fondamentali dell'ordinamento. L'intervento del legislatore penale, lungi dall'essere puntiforme, rischia di scivolare verso forme di pan-penalizzazione, andando, sotto alcuni aspetti, ben oltre il minimo di tutela richiesto dalle fonti internazionali, e, sotto altri, riducendo irragionevolmente l'ambito applicativo della fattispecie in esame proprio per quelle ipotesi che, invece, meriterebbero una maggiore attenzione.

Se, poi, a perderci è la chiarezza linguistica, la disfatta è di portata catastrofica: a rimetterci, infatti, è proprio l'interesse protetto. È da tutti gli elementi del fatto, come già affermato, che è possibile individuare l'offesa all'interesse protetto: e qui la selezione sia dell'interesse protetto sia delle specifiche modalità di aggressione paiono essere, proprio come l'art. 613-*bis* Cp, di difficile comprensione.

In conclusione: bene avrebbe fatto il legislatore a utilizzare l'art. 13 co. 4 Cost. come un «manuale d'istruzioni per l'uso»⁸⁸ e i principî costituzionali come architrave su cui basare la costruzione delle fattispecie.

la qualifica del soggetto attivo del reato: la tortura pubblica (reato proprio) se il soggetto attivo sia un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio che commetta il fatto tipico descritto nell'articolo 613-*bis*, comma 1, del codice penale con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio; tortura privata (reato comune) negli altri casi». *Contra* Cass., sez. V pen., 8.7.2019, n. 47079.

⁸⁵ La Corte di Strasburgo, in un caso relativo alla violazione dell'art. 3 Cedu ha avuto modo di puntualizzare alcune questioni certamente importanti e non scontate. La ricorrente, in particolare, lamentava la non applicazione di una disposizione maggiormente idonea a sanzionare le condotte da lei subite: la Corte, tuttavia, ha dubitato della legittimità di un'operazione ermeneutica di questo segno. Proprio sotto questo profilo, le affermazioni rese nel giudizio appaiono di rilievo. Si ritiene, in particolare, che non spetti ai giudici adempiere agli obblighi positivi assunti dallo Stato, specie laddove agiscano in violazione dell'art. 7 Cedu, per il quale è vietata, in materia penale, un'interpretazione estensiva a sfavore dell'indagato/imputato (C. eur., 3.11.2017, *Myumyun v. Bulgaria*, ric. n. 67258/13, §76: «the criminal law must not be construed extensively to an accused's detriment»).

⁸⁶ Comitato CAT, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Italy*, 18.12.2017, CAT/C/ITA/5-6 ("Report del Comitato CAT sull'Italia 2017"). Il giudizio negativo si appunta principalmente su: (i) elementi superflui nella formulazione della fattispecie; (ii) mancanza del dolo specifico; (iii) mancata e chiara individuazione degli agenti; (iv) reato soggetto a prescrizione (e non imprescrittibile, come previsto dalla Convenzione ONU).

⁸⁷ Si vedano, fra le altre, C. eur., 4.11.2021, *Petrosyan v. Azerbaijan*, ric. n. 32427/16, § 68; Corte eur., 24.7.2014, *Nashiri v. Poland*, ric. n. 28761/11, § 508. In queste ed in altre pronunce, proprio al fine di delimitare la distinzione tra la tortura e gli altri trattamenti inumani o degradanti, la Corte di Strasburgo, muovendo dall'art. 1 CAT, valorizza un elemento "finalistico", il quale, in via principale, andrebbe a connotare e a distinguere la tortura in senso stretto (il riferimento, nella traduzione inglese, è al «*purposive element*»).

⁸⁸ L'espressione è di A. Pugiotto, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., 396.

3. Prendendo in considerazione il versante eurounitario, il riconoscimento, stabilito una volta per tutte dal Trattato di Lisbona, di una competenza penale “indiretta”⁸⁹ dell’Unione europea si pone come ulteriore approdo di quella crisi della riserva di legge che troverebbe la sua matrice nei fattori c.d. esogeni.

Gli obblighi di incriminazione “comunitari”, come già evidenziato, si pongono, per il tramite degli artt. 10 e 117 Cost., come autentici obblighi di natura costituzionale e rappresentano, quindi, altrettanti vincoli nelle scelte di criminalizzazione del legislatore statale.

Si tratta di obblighi positivi, volti cioè a richiedere un *facere* da parte dello Stato membro, il cui contenuto è proprio l’introduzione di fattispecie incriminatrici. A differenza di quanto osservato con riferimento degli obblighi di tutela costituzionali puri⁹⁰, il mancato adempimento dell’obbligo è qui sanzionato: la “sanzione” per lo Stato inadempiente è, infatti, la attivazione di un ricorso per infrazione⁹¹. Al di là del valore squisitamente politico della condanna, appare dotato di particolare valenza dissuasiva il meccanismo previsto dall’art. 260, § 3, TrFUE⁹², che sembrerebbe ricalcare, volendo utilizzare un modello più vicino, quello disposto, nel diritto processuale civile, all’art. 614-*bis* Cpc. Il mancato recepimento della direttiva da parte dello Stato membro, infatti, potrebbe comportare l’utilizzo di “misure coercitive” volte ad indurre il debitore – nel caso della procedura di infrazione: lo Stato membro – all’adempimento spontaneo. I punti di tangenza tra i due meccanismi risultano ancora più evidenti una volta che si rifletta sull’utilizzo dell’art. 614-*bis* Cpc proprio al fine di ovviare alle difficoltà connesse alle obbligazioni di *fare infungibili*⁹³. L’attuazione della direttiva europea, in effetti, assumerebbe le sembianze di un’autentica obbligazione di fare infungibile: il Parlamento, e solo il Parlamento, può emanare leggi di recepimento; una eventuale “inerzia”, quindi, non potrebbe essere sopperita altrimenti. La procedura di infrazione, così come per l’art. 614-*bis* Cpc, potrebbe, infatti, comportare la applicazione di una penalità giornaliera (per ogni giorno di mancato adempimento dell’obbligo) e/o di una somma forfettaria, calcolate entrambe sulla base della gravità e della durata dell’infrazione, oltre che da un fattore flessibile, rappresentato dalla necessità di garantire l’efficacia dissuasiva della sanzione⁹⁴. Se è nella (efficace) “giustiziabilità” dell’inadempimento qualificato del legislatore che sembrerebbe potersi rintracciare il segreto del maggior successo degli obblighi di incriminazione in ambito sovranazionale, la portata “rivoluzionaria” degli stessi sembrerebbe ad una più attenta analisi uscirne ridimensionata.

⁸⁹ *Amplius*, C. Sotis, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, in *CP*, 3,2010, 1147, per cui, a seguito del Trattato di Lisbona «l’Unione europea diviene definitivamente competente a svolgere il giudizio di necessità di pena, ma non ad esercitare la potestà punitiva». Per una efficace ricostruzione delle cause “antecedenti” alla formulazione dell’art. 83 TrFUE, da rinvenire nelle celebri sentenze della Corte di giustizia relative al “caso del mais greco” (C.G.U.E, 21.9.1989, C-68/88) e ai reati ambientali (C.G.U.E, 13.9.2005, C-176/03), per tutti, A. Massaro, *Appunti di diritto penale europeo*, cit., 72-82.

⁹⁰ *Supra* § 2.

⁹¹ Sottolineano questo aspetto, L. Siracusa, *Il transito del diritto penale di fonte europea dalla «vecchia» alla «nuova» Unione post-Lisbona. Considerazioni a partire dalla nuova direttiva in materia di inquinamento cagionato da navi*, in *RTrimDPenEc.*, 4, 2010, 808; C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 259-260. Sulla procedura di infrazione, per tutti, U. Draetta, F. Bestagno, A. Santini, *Elementi di diritto dell’Unione europea. Parte istituzionale, Ordinamento e struttura dell’Unione europea*⁷, Milano 2022, 292 ss.

⁹² Art. 260, § 3, TrFUE: «3. La Commissione, quando propone ricorso dinanzi alla Corte in virtù dell’articolo 258 reputando che lo Stato membro interessato non abbia adempiuto all’obbligo di comunicare le misure di attuazione di una direttiva adottata secondo una procedura legislativa, può, se lo ritiene opportuno, indicare l’importo della somma forfettaria o della penalità da versare da parte di tale Stato che essa consideri adeguato alle circostanze.

Se la Corte constata l’inadempimento, può comminare allo Stato membro in questione il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità entro i limiti dell’importo indicato dalla Commissione. Il pagamento è esigibile alla data fissata dalla Corte nella sentenza».

⁹³ *Amplius*, C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*²⁸, IV, Torino 2022, 199-203.

⁹⁴ Si vedano i dati riportati dal Dipartimento per le Politiche europee in www.politicheeuropee.gov.it, per cui, sulla base degli indici summenzionati, la penalità di mora giornaliera minima per l’Italia è pari a 8.505,11 euro.

L'art. 83 TrFUE si compone di tre paragrafi: nel primo è individuata una competenza penale c.d. *rationae materiae*; nel secondo, una competenza penale definita *accessoria* (ulteriore, cioè, rispetto allo schema definito dal primo paragrafo); nel terzo, infine, è individuato il meccanismo del c.d. freno di emergenza, idoneo a sospendere l'eventuale procedura legislativa in corso⁹⁵.

Il primo paragrafo, più nel dettaglio, prevede, nel primo alinea, che «[i]l Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni». Segue il riferimento alle “nove sfere” individuate (terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata) e l'indicazione della procedura prevista al fine di introdurne di altre.

I punti centrali dell'art. 83, par. 1, primo alinea, TrFUE potrebbero riassumersi come segue: (i) utilizzo della direttiva, adottata attraverso la procedura della codecisione (oggi procedura ordinaria), anche al fine di superare (quanto meno parzialmente) l'ostacolo del *deficit* democratico nell'individuazione dei reati; (ii) definizione di norme *minime* penali, attinenti tanto al precetto che alla sanzione⁹⁶; (iii) valutazione di necessità di una strategia comune per fronteggiare sfere di criminalità il cui carattere transazionale può evincersi sul piano “sostanziale” o ai fini di una efficace cooperazione.

L'utilizzo della direttiva come strumento tipico delle “scelte” di criminalizzazione del legislatore europeo rappresenta la base per non ritenere, quanto meno formalmente, elusa la funzione di garanzia che connota la riserva di legge: è, infatti, solo attraverso il filtro del Parlamento che i contenuti della direttiva si cristallizzano e assumono valore nell'ordinamento nazionale – di qui la locuzione di competenza *indiretta*⁹⁷. La direttiva, poi, per quanto dettagliata possa essere, vincolerebbe il legislatore rispetto all'obiettivo da conseguire, residuando un margine di manovra sul mezzo.

La definizione, insomma, è di *norme minime relative alla definizione di reati e delle sanzioni*: tanto la parte generale, quanto gli aspetti processuali e penitenziari “tradizionali” restano di competenza del legislatore nazionale. Sarebbe, d'altronde, impossibile intervenire su quelle discipline che, a ben vedere, rappresentano il “nocciolo duro” delle scelte, più che criminali, di “disciplina criminale” del legislatore.

Lo scopo, detto altrimenti, è quello di avvicinare ed offrire una risposta sanzionatoria condivisa rispetto a materie che si manifestino in tutta la loro “gravità”⁹⁸. L'armonizzazione, a prescindere dal grado di dettaglio della normativa da attuare, avverrebbe in maniera puntiforme e non potrebbe che operare sul campo della “parte speciale”, sebbene sia poi la disciplina del singolo ordinamento a svolgere la parte del leone⁹⁹. La “attuazione” rimessa al Parlamento, d'altra parte, imporrebbe una

⁹⁵ Sul punto, si rinvia, per tutti, a G. Grasso, *La «competenza penale» dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo*, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Milano 2011, 701.

⁹⁶ Su questo aspetto, v. L. Pellegrini, *Riserva di legge e competenza penale europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2011, 48.

⁹⁷ C. Sotis, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., 1151; F. Viganò, *Europa e diritto penale*, in www.iurisprudenzia.it, 2011, 33; L. Siracusa, *La trasfigurazione del principio di legalità penale statale nel prisma del diritto europeo*, in *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Bologna 2012, 115.

⁹⁸ In tema, M. Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *DPenCont*, 4, 2013, 31 ss., spec. 33, il quale ritiene che la concretizzazione del principio di offensività sia oggi più facile da attuare a livello europeo anziché nazionale. I reati che vengono attratti nell'interesse sovranazionale, in effetti, si qualificano per la loro intrinseca offensività.

⁹⁹ Basti qui il riferimento alle disposizioni relative al tentativo, alla struttura e oggetto dell'elemento soggettivo, alle cause di giustificazione. In questo senso, v. A. Massaro, *Appunti di diritto penale europeo*, cit., 77.

valutazione che cali l'introduzione delle "norme minime" all'interno del sistema penale (ampiamente inteso) nazionale, comprensivo, cioè, delle regole che discendono, in egual misura, dalla "parte generale" del codice penale, dal codice di procedura penale e dall'ordinamento penitenziario (si pensi, ad esempio, all'accesso alla "messa alla prova" o alle misure alternative alla detenzione, che determinano in concreto l'*an* o il *quantum* di detenzione eventualmente individuato a livello europeo). Il presupposto affinché possano essere emanate norme minime penali, poi, è che vengano in considerazione sfere di criminalità "gravi", la cui dimensione transnazionale si evince *dal carattere o dalle implicazioni dei reati*, nonché dalla particolare necessità di "combatterli su basi comuni". Si tratta di criteri estremamente incerti¹⁰⁰, che tendono ad appiattirsi sull'esigenza di costruire una risposta congiunta di tutela: la natura e l'implicazione dei reati, detto altrimenti, non sembrano offrire indicazioni sufficientemente determinate nell'individuazione *ex ante* di quelle sfere che potrebbero essere attratte dalla competenza indiretta del legislatore europeo. Risulta, invece, più utile definire questi presupposti sulla base del catalogo già individuato al secondo alinea: le nove "aree di criminalità", in effetti, permettono di chiarire tanto il riferimento alla natura transfrontaliera del reato, quanto l'esigenza di una "risposta comune". Il riferimento è a delitti che: cagionino una grave lesione della dignità umana¹⁰¹ (tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori); siano strutturalmente segnati da una dimensione che vada oltre i confini nazionali (terrorismo, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, criminalità informatica e criminalità organizzata) o ledono gli interessi finanziari dell'UE (corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento).

Sembrirebbe, quindi, che una eventuale estensione di questo catalogo, il quale, secondo una convincente lettura andrebbe interpretato restrittivamente¹⁰², debba assumere caratteri di "gravità" assimilabili alle "aree" criminali individuate.

Posto che tanto le sfere di criminalità individuate quanto quelle successivamente individuabili si collocano in un orizzonte significativo di "gravità", che sottintende, fra l'altro, una risposta sanzionatoria di tipo criminale già presente all'interno dei singoli ordinamenti, l'armonizzazione verterebbe sul *quomodo* della tutela apprestata¹⁰³, ferma restando la possibilità dei singoli Parlamenti di attuare/mantenere standard più elevati di tutela¹⁰⁴.

¹⁰⁰ G. Grasso, *La «competenza penale» dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, cit., 697.

¹⁰¹ La dignità umana, in effetti, rappresenta il primo diritto riconosciuto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui art. 1, rubricato "Dignità umana", sulla falsariga dispone: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata». Il diritto affermato, con tutta evidenza, eredita le stesse difficoltà ermeneutiche e definitorie legate al concetto di "dignità umana". In tema, recentemente, *Ripensare il diritto naturale e la dignità umana. Tradizione e attualità di due topoi etico-giuridici*, a cura di M. Krienke, Torino 2021; G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 14 marzo 2008. L'impressione, nel contesto dell'art. 83, § 1 TrFUE, è che il concetto sia assunto nella sua dimensione "universale" e quindi, per questo, transnazionale, la cui gravità della lesione lascerebbe intendere una criminalizzazione delle condotte già presente nei singoli Stati.

¹⁰² BVerfG, 2 BvE 2/08 § 362: «[e]ntsprechend begrenzend ist die allgemeine Ermächtigung zur Festlegung von Straftaten und Strafen nach Art. 83 Abs. 1 AEUV auszulegen [...] Die demokratische Selbstbestimmung ist allerdings in einer besonders empfindlichen Weise berührt, wenn eine Rechtsgemeinschaft gehindert wird, über die Strafbarkeit von Verhaltensweisen und gar die Verhängung von Freiheitsstrafen nach Maßgabe eigener Wertvorstellungen zu entscheiden. Das gilt umso mehr, je enger diese Wertvorstellungen mit historischen Erfahrungen, Glaubensstraditionen und anderen für das Selbstgefühl der Menschen und ihrer Gemeinschaft wesentlichen Faktoren verknüpft sind». Si tratta della sentenza con cui il Bundesverfassungsgericht si è pronunciato sul processo di integrazione europea a seguito del Trattato di Lisbona (sentenza del 30.6.2009 - 2 BvR 1010/2008, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 5/08 e 2 BvR 182/09, consultabile sul sito internet www.bundesverfassungsgericht.de e la cui traduzione italiana, a cura del Prof. Jörg Luther, è disponibile in www.cortecostituzionale.it). Per un'efficace sintesi con commento, M. Böse, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in *Crim*, 2009, 267 ss.

¹⁰³ Sottolinea questo aspetto, tra gli altri, A. Massaro, *Appunti di diritto penale europeo*, cit., 77.

¹⁰⁴ Specie nelle direttive emanate a tutela di diritti inviolabili dell'uomo, è solitamente presente la c.d. "clausola di non regressione", per cui le disposizioni introdotte non possono ridurre né limitare o derogare il più alto livello di protezione garantito dal diritto del singolo Stato membro. Da ultimo, si veda l'art. 49 della Proposta di Direttiva del Parlamento

L'armonizzazione, in definitiva, si traduce in una introduzione di norme minime, tendenzialmente dettagliate sul precetto, il cui effettivo accertamento avviene sulla base delle regole già presenti nel singolo ordinamento, e maggiormente flessibili sulla sanzione, la cui comminazione in concreto, di nuovo, è definita dalle coordinate del singolo sistema di riferimento.

Il ruolo del Parlamento nei casi di competenza c.d. indiretta è, quindi, duplice, potendo distinguerne una funzione necessaria ed un'altra facoltativa. Sotto il primo profilo, il ruolo del Parlamento risulta necessario ai fini della traduzione delle "norme minime" in fattispecie e nell'individuazione della sanzione, sia pur nell'arco edittale indicato dal legislatore europeo; a questo, poi, si affiancherebbe un ruolo ulteriore, basato dall'eventuale regime da accordare alle nuove fattispecie (si pensi, solo per restare agli esempi più significativi, agli effetti che la scelta della sanzione può produrre con riferimento all'eventuale *probation* giudiziale o all'applicazione delle sanzioni sostitutive).

Il secondo paragrafo dell'art. 83 TrFUE prevede, inoltre, una competenza di tipo *accessorio*¹⁰⁵. Si tratterebbe, più in particolare, dell'introduzione di norme minime relative a reati e sanzioni nei casi in cui «il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela *indispensabile* per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione».

Fuori dalla previa delimitazione delle sfere di criminalità di carattere transazionale, quindi, la (ulteriore) base di una competenza penale, sia pur sempre indiretta, della Unione europea andrebbe rintracciata nell'attuazione efficace di una politica dell'Ue, che sia stata precedente oggetto di misure di armonizzazione. L'idea, cioè, è che attraverso l'introduzione della sanzione penale venga, in qualche misura, completato un processo di armonizzazione altrimenti "inefficace" agli scopi dell'Unione.

Questo paragrafo delinea un quadro decisamente più complesso rispetto al primo: a cambiare, in effetti, è il perno attorno a cui ruota la competenza penale; alla "gravità" del fenomeno criminale si sostituirebbe l'indispensabilità di un'efficace politica dell'Unione europea. Si è evidenziato come, in questo modo, verrebbe a disegnarsi una modalità di intervento penale «a tutela di una norma e non di un bene»¹⁰⁶, svilendone quindi la funzione di *extrema ratio*. È stato, però, evidenziato, altresì, come la funzione selettiva operata del bene giuridico, pur non innalzandosi, di regola, a concetto universale e restando estranea alla politica (criminale) dell'Unione europea, risulti in qualche modo sostituita dal principio di offensività e conseguente proporzionalità¹⁰⁷. La pena, cioè, troverebbe applicazione solo laddove le altre sanzioni risulterebbero inefficaci, scongiurando, quindi, il rischio di una ingiustificata pan-penalizzazione.

Sembrirebbe, in ogni caso, che l'impulso europeo andrebbe a produrre effetti sulla stessa piattaforma definita al primo paragrafo: l'oggetto delle norme e relative sanzioni, cioè, sono sempre disposizioni "di parte speciale". Riproponendo, quindi, la dialettica tra funzione "necessaria" e "facoltativa" del Parlamento dello Stato membro in sede di attuazione della direttiva.

L'impressione, più in particolare, è che, a prescindere dal limite dei controllimiti, la disciplina dettata in via in generale basti a "coinvolgere" nell'ambito della disciplina dettata dal legislatore nazionale anche quella europea. Il discorso, insomma, verte ancora sul *quomodo* dell'incriminazione, i cui punti salienti si rintracciano, soprattutto, nella disciplina degli elementi costitutivi del reato – ancorata, così,

europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica (COM/2022/105), in discussione presso il Parlamento europeo.

¹⁰⁵ A. Bernardi, *op. cit.*, 46, il quale individua il carattere *accessorio* della competenza *ex art.* 83, § 2 TrFUE per una duplice ragione: (i) questa competenza, anzitutto, sarebbe «non espressiva del "nucleo duro" della politica criminale europea» ricavabile dall'art. 83, §1 TrFUE; (ii) le disposizioni emanate su questa base giuridica andrebbero a *completare* un quadro già oggetto di armonizzazione europea attraverso misure extrapenali.

¹⁰⁶ C. Sotis, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *DPenCont*, 1, 2012, 120. *Contra* A. Bernardi, *op. cit.*, 51-58.

¹⁰⁷ A. Bernardi, *op. cit.*, 51-55.

com'è, alla parte generale del codice penale (si pensi, ad esempio, alla disciplina dell'errore, del dolo o della colpa).

Vale la pena, poi, ricordare come a maggior tutela dell'ordinamento statale, il terzo paragrafo preveda, infine, un freno d'emergenza, nel caso in cui il progetto di direttiva incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento penale, ed una clausola di accelerazione, qualora almeno nove Stati decidano, a fronte della sospensione, di instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di direttiva¹⁰⁸.

4. Riannodando i fili lasciati precedentemente in sospeso, la dimensione attualmente più innovativa sul piano dei “nuovi” obblighi costituzionali di tutela penale è certamente quella offerta dalle *norme Cedu* – elaborate, vale la pena ripeterlo, in via interpretativa dalla Corte di Strasburgo. La Cedu, d'altronde, si presenta come un trattato internazionale *sui generis* per almeno tre motivi: in primo luogo, la materia della Convenzione, cioè i diritti fondamentali; in secondo luogo, la predisposizione di un organo giurisdizionale *ad hoc*, la Corte di Strasburgo, che ha il potere di accertare e condannare le violazioni dei diritti riconosciuti nella Cedu; in terzo luogo, l'individuazione di un organo politico, il Comitato dei Ministri, il quale ha il dovere di vigilare sull'esecuzione della sentenza emessa dalla Corte di Strasburgo¹⁰⁹. Sotto quest'ultimo profilo, la condanna della Corte Edu, infatti, può comportare, insieme ad un'equa riparazione, l'adozione da parte dello Stato contraente di misure volte a ripristinare il diritto violato, che possono essere di carattere individuale e/o generale¹¹⁰. Nell'ipotesi in cui, poi, lo Stato contraente si rifiuti di dare esecuzione alla sentenza della Corte di Strasburgo, il Comitato dei Ministri può, ai sensi dell'art. 46, adire la Corte affinché ne accerti la violazione. Questa procedura eccezionale, attivata per la prima (ed al momento ultima) volta con il caso *Ilgar Mammadov c. Azerbaijan*¹¹¹, non sembra esser dotata di strumenti volti a spingere lo Stato ad adempiere, ma coinvolgerebbe in via esclusiva la responsabilità politica di quest'ultimo. L'attenzione riservata in sede di esecuzione degli obblighi, stabilendo un sistema di “doppia” giustiziabilità, permette di comprendere il decisivo successo assunto dagli “obblighi di tutela convenzionali” – che, per il tramite dell'art. 117 co. 1 Cost., rappresentano ulteriori obblighi di tutela costituzionali.

I caratteri di novità attengono, inoltre, sia alla fitta schiera di obblighi, capaci di dar forma ad una vera “tassonomia”¹¹² a seconda della *species* che venga in considerazione, sia alla fonte degli stessi, ricavabile solo indirettamente attraverso il filtro ermeneutico dei giudici europei: la Cedu, infatti, non contiene obblighi espliciti di incriminazione¹¹³.

Il percorso volto al riconoscimento di obblighi di tutela penale ha origine nel 1985, con la pronuncia *X. e Y. c. Paesi Bassi*, in cui la Corte Edu riscontra una violazione dell'art. 8 Cedu¹¹⁴. Si trattava di

¹⁰⁸ Per tutti, S. Manacorda, *Diritto penale europeo*, in www.treccani.it, Diritto on line 2014.

¹⁰⁹ Si veda V. Zagrebelsky, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 69-70, che evidenzia, fra gli altri caratteri di novità della Cedu, la mancata previsione del principio di reciprocità (in base al quale uno Stato è obbligato al rispetto di quanto stabilito nel Trattato, sempre che gli altri Stati contraenti non violino essi stessi le previsioni ivi contenute).

¹¹⁰ Per una ricostruzione della disciplina e delle pronunce della Corte Edu relative all'art. 46 Cedu, si veda *Guide on Article 46 of the European Convention on Human Rights. Binding force and execution of judgments*, in www.echr.coe.int, aggiornata al 31.8.2022.

¹¹¹ C. eur., GC, sent. 29.5.2019, *Proceedings under Article 46 § 4 In the case of Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*, ric. n. 15172/13, su cui v. L. Poli, *Equilibri istituzionali alla prova nella prima procedura d'infrazione di fronte alla Corte europea dei diritti umani*, in *DUDI*, 3,2020, 761 ss. M. Fiori, *L'esecuzione delle sentenze nel sistema convenzionale: profili teorici e pratici*, in *Gli speciali di Questione giustizia. La Corte di Strasburgo*, a cura di F. Buffa, M.G. Civinini, aprile 2019, 360 ss.

¹¹² Il riferimento è a F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., 247, il cui § 2 è icasticamente intitolato *La tassonomia degli obblighi discendenti a carico dello Stato dalle singole disposizioni convenzionali*.

¹¹³ Enfatizza questo aspetto, F. Viganò, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2653.

¹¹⁴ C. eur., 26.3.1985, *X e Y v. Paesi Bassi*, ric. n. 8978/80, su cui v. F. Viganò, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2664-2666.

un caso per molti versi eccezionale: a fronte di rapporti sessuali consumati con un soggetto sedicente disabile, non era stato possibile punirne l'autore, per ragioni di carattere "sostanziale" e "processuale"¹¹⁵. La Corte di Strasburgo, muovendo dall'ormai "classica" distinzione fra obblighi negativi e obblighi positivi¹¹⁶, ritiene che il sistema penale dei Paesi Bassi non fosse in grado, al tempo, di offrire un'efficace protezione alla vita privata dei singoli, specie in ipotesi gravemente lesive di questo diritto. Le osservazioni rese dalla esclusiva prospettiva della tutela offerta mediante il diritto penale rappresentano senza dubbio la cifra più importante di questa sentenza: non basta, in questi casi, una generica tutela (ad esempio: di tipo civile o amministrativo), ma è specificatamente la sanzione penale a fungere da autentico architrave su cui basare l'efficace protezione del diritto – tanto sul piano "punitivo" quanto su quello "general-preventivo"¹¹⁷.

In questa pronuncia, sia pur ancora *in nuce*, è possibile rintracciare alcune coppie concettuali che rappresenteranno, più tardi, i veri binari sui quali condurre l'indagine circa la "tenuta" del sistema penale degli Stati membri rispetto agli obblighi internazionali assunti con la firma della Cedu: il riferimento è agli obblighi positivi/negativi e alla attenzione prestata non solo al diritto "sostanziale" ma anche a quello "processuale".

La linea segnata dalla Cedu – specie per come interpretata dai giudici di Strasburgo – è quella dell'effettività: del diritto riconosciuto e della conseguente protezione, della sanzione minacciata e di quella inflitta. La base legale, da cui ramificano i fitti obblighi, è da rintracciare nell'art. 1 Cedu, rubricato *Obbligo di rispettare i diritti umani*: «[l]e Alte Parti contraenti riconoscono [nella traduzione inglese: *to secure*] a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione». La traduzione inglese esprime più efficacemente il ruolo attivo (e non solo passivo) assunto dallo Stato con riferimento ai diritti umani, laddove con il verbo "*to secure*" si è soliti individuare un "dovere di protezione", che rinvia ad una dimensione strumentale dello Stato rispetto al diritto riconosciuto in Convenzione¹¹⁸.

La geometria del "dovere di protezione", nelle pronunce della Corte Edu, assume un ruolo centrale, potendosi scindere, anzitutto, fra obblighi sostanziali ed obblighi procedurali. A dispetto della nomenclatura, questa *summa divisio* non attiene al diritto sostanziale e processuale: il diritto sostanziale, nella interpretazione della Corte di Strasburgo, è assai più esteso di quello che deriva *esclusivamente* dal codice penale. La dialettica tra obblighi sostanziali e obblighi procedurali sembrerebbe riflettersi sulla dimensione statica e dinamica del diritto o, se si preferisce, astratta e concreta. La prima attiene al riconoscimento del diritto, con conseguente tutela, da parte dello Stato: è il grado di protezione offerto in astratto dal legislatore ad entrare nella valutazione della Corte. La seconda, invece, riguarda l'effettiva applicazione delle regole previste nei casi in cui il diritto, pur

¹¹⁵ L'art. 248-ter del codice penale dei Paesi Bassi, infatti, imponeva come condizione di procedibilità la querela da parte della vittima, che, però, nel caso in questione, risultava incapace a causa della malattia di cui era portatrice.

¹¹⁶ C. eur., 26.3.1985, *X e Y v. Paesi Bassi*, cit., § 23.

¹¹⁷ C. eur., 26.3.1985, *X e Y v. Paesi Bassi*, cit., § 27: «[t]he Court finds that the protection afforded by the civil law in the case of wrongdoing of the kind inflicted on Miss Y is insufficient. This is a case where fundamental values and essential aspects of private life are at stake. Effective deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions; indeed, it is by such provisions that the matter is normally regulated.

Moreover, as was pointed out by the Commission, this is in fact an area in which the Netherlands has generally opted for a system of protection based on the criminal law. The only gap, so far as the Commission and the Court have been made aware, is as regards persons in the situation of Miss Y; in such cases, this system meets a procedural obstacle which the Netherlands legislature had apparently not foreseen».

¹¹⁸ C. eur., 28.7.1998, *Ergi v. Turkey*, ric. n. 66/1997/850/1057, § 78, in cui la Corte ricollega il contenuto positivo dell'art. 2 Cedu al generale dovere derivante dall'art. 1 Cedu: «[f]urthermore, under Article 2 of the Convention, read in conjunction with Article 1, the State may be required to take certain measures in order to "secure" an effective enjoyment of the right to life». Su questi temi, obbligato il riferimento a F. Viganò, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2653, il quale ritiene che dalla Cedu derivino non tanto obblighi di criminalizzazione, ma di *effettiva punizione*: la Corte Edu, cioè, non si limita ad accertare la presenza di una sanzione penale in caso di violazione del diritto riconosciuto nella Convenzione, ma estende il proprio sindacato alla *effettiva applicazione* della pena e alla valutazione di quest'ultima, che dovrebbe essere *sufficientemente severa* «da rappresentare un efficace deterrente».

tutelato in astratto, è violato in concreto: in questo caso, di conseguenza, si tratta di accertare che lo Stato persegua, attraverso indagini effettive, chi abbia violato il diritto e commini una pena in concreto adeguata all'offensività del fatto. Volendo semplificare, si potrebbe dire che tanto gli obblighi sostanziali quanto quelli procedurali hanno ad oggetto un "dovere di punire": i primi, valutati in astratto e secondo la generalità *dei* casi; i secondi, invece, in concreto e secondo le peculiarità *del* caso.

Gli obblighi sostanziali, poi, si dividono a loro volta in obblighi negativi e positivi. L'"obbligo negativo" si traduce in un *dovere di astensione* dalla incriminazione e da ingerenze rispetto ad un legittimo esercizio di un diritto riconosciuto; l'"obbligo positivo", invece, implica un *dovere di agire* a tutela del diritto che potrebbe essere leso¹¹⁹.

Sulla base dell'obbligo negativo, detto altrimenti, allo Stato è imposto un *non facere*: non è possibile oltrepassare i confini del diritto riconosciuto attraverso indebite incriminazioni o lesioni – si pensi, con riferimento all'art. 8 Cedu al dovere di rispettare (quindi, non violare) la vita privata del singolo. L'obbligo positivo, invece, richiede un'azione *positiva* di tutela, che si articola, anzitutto, nella predisposizione di un apparato legale (*legal framework*), capace di tutelare il diritto da ingiustificate lesioni. Nei casi in cui entri in gioco un diritto che merita particolare protezione, come quelli previsti dagli artt. 2 e 3 Cedu, può essere richiesto allo Stato di predisporre delle misure preventive, laddove ci sia il fondato motivo di ritenere che quel diritto possa essere in pericolo¹²⁰.

Volendo schematizzare, la *tassonomia* degli obblighi convenzionali è la seguente:

- obblighi sostanziali: attengono alla dimensione statica del diritto e si dividono in:
 - a. obblighi positivi: al legislatore è richiesto di proteggere, attraverso azioni positive, il diritto riconosciuto nella Convenzione. Ne deriva l'obbligo di predisporre: (i) un quadro giuridico adeguato a operare in funzione deterrente *e, in alcuni casi*, (ii) misure preventive idonee a salvaguardare il diritto nel caso di pericolo di lesione;
 - b. obblighi negativi: al legislatore è richiesto un *non facere*, da intendersi come astensione dall'incriminazione e da ingerenze nel corretto esercizio del diritto riconosciuto nella Convenzione;
- obblighi procedurali: attengono alla dimensione dinamica del diritto e richiedono che la sanzione predisposta in astratto sia poi comminata in concreto, attraverso lo svolgimento di indagini effettive volte a perseguire e punire chi abbia violato il diritto.

Si badi, questa "massima articolazione" di tutela non appartiene a tutti i diritti riconosciuti nella Convenzione Edu, ma solo a quelli ritenuti particolarmente *importanti* – come l'art. 2, 3, 4.

Il grado di importanza, inutile dirlo, è rimesso alla interpretazione della Corte di Strasburgo: si assiste in questi casi alla creazione di una *gerarchia assiologica*¹²¹, sì che, pur tra norme di pari rango, alcune di queste sono in qualche misura sovraordinate alle altre¹²². Il tema della gerarchia assiologica, in realtà, appare di estremo interesse, permettendo, sia pur solo in certa misura, di scardinare l'impressione per cui dalle norme Cedu emergerebbe una "lotta" non all'«eccesso di punibilità, bensì

¹¹⁹ Si rinvia, per un approfondimento, a F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., 248, il quale evidenzia come siano gli indirizzi emersi nella dottrina e nella prassi giurisprudenziale tedesca a ispirare la Corte Edu, laddove il contenuto dei diritti umani sembrerebbe operare in due direzioni diverse: la prima, che si sostanzia nell'obbligo negativo, c.d. *Abwehrrecht*, impone allo Stato di non violare lui stesso il diritto che riconosce; la seconda, a contenuto positivo, c.d. *Schutzpflicht*, richiede invece la messa in atto di meccanismi sanzionatori volti a sanzionare, e quindi tutelare, lo stesso diritto da arbitrarie lesioni commesse da terzi.

¹²⁰ *Amplius*, F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., 248-250.

¹²¹ La gerarchia assiologica rappresenta una *species* della gerarchia normativa (*supra*, nota 12), tale per cui, date due norme *anche* di pari grado, una è ritenuta prevalente all'altra sulla base di una scelta di valore (aderenza ai principi o valori che ispirano il sistema giuridico). Sul tema, *amplius* G. Pino, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, cit., §§ 2.1.3 e 3.1.5.

¹²² Particolarmente icastica in questo senso la distinzione tra principi costituzionali *supremi* rispetto e principi costituzionali *comuni*. L'esempio è di G. Pino, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, cit., § 3a.1.5.

[al]l'impunità»¹²³. A venire in considerazione, più esattamente, è la dialettica tra “vittima” e “reo” nel sistema di tutela delineato dalla Convenzione. Può senz'altro condividersi l'impressione per cui le norme Cedu si pongono in una prospettiva “vittimocentrica” più marcata di quella ricavabile da alcuni ordinamenti nazionali, ma non sembra che questo necessariamente comporti uno spostamento «dai diritti dell'*accusato* e del *condannato* [...] ai diritti della *vittima* della violazione»¹²⁴.

Appare, in questo senso, necessario muovere dalla individuazione delle “*parti*”, verificando, poi, se ed in qual misura esistano diritti (*rectius*: norme) assiologicamente sovraordinati ad altri.

La vittima, ai sensi dell'art. 34 Cedu, è il soggetto che direttamente o indirettamente subisce una violazione per opera dello Stato contraente¹²⁵. La dialettica tra “vittima” e “carnefice”, quindi, nell'ambito del sistema Cedu, si esaurisce nel rapporto tra persona fisica e Stato. L'accusato o l'indagato del processo interno, in realtà, giunge a Strasburgo nei casi in cui abbia subito egli stesso una violazione di un diritto e sia, quindi, *vittima* per un fatto commesso dallo Stato. Il ruolo di “vittima”, per la Cedu, detto altrimenti, non solo “esula” dalle dinamiche processuali interne, ma coinvolge anche chi, pur indagato o imputato in un procedimento, ha comunque subito una violazione di un diritto da parte dello Stato – il solo che, nel processo innanzi alla Corte Edu, riveste la parte dell'“accusato”.

Le vicende relative, ad esempio, alla violazione degli artt. 6 (diritto ad un equo processo), 7 (*Nulla poena sine lege*) o 4, Prot. 7 (Diritto di non essere giudicato o punito due volte) Cedu sono sufficientemente rappresentative di questa dinamica. Nel noto caso *Contrada v. Italia*¹²⁶, per restare a una delle vicende più note che hanno riguardato il nostro ordinamento, è l'Italia ad essere “accusata” e conseguentemente condannata per violazione dell'art. 7 Cedu; il condannato del processo interno, viceversa, veste i panni della vittima di fronte alla Corte Edu.

Nel momento in cui si dovesse tracciare una gerarchia fra vittime, legata all'importanza dei diritti violati, l'impressione, fra l'altro, è che siano proprio i diritti dell'indagato o accusato del procedimento interno a occupare l'apice della piramide. L'art. 7 Cedu, nella interpretazione sistematica della Corte Edu, assume le sembianze dell'autentico perno attorno a cui ruota lo Stato di diritto. Se, da un lato, è già l'art. 15 Cedu a stabilire che gli artt. 2 (eccezione fatta per la morte causata da legittimi atti di guerra), 3, 4 § 1 e 7 Cedu sono inderogabili in tempo di guerra¹²⁷, è soprattutto in punto di bilanciamento e in sede rimediale che i diritti dell'indagato/imputato emergono con tutta la loro forza.

L'art. 7 Cedu, anzitutto, comporta il divieto assoluto di interpretazione estensiva *in malam partem*¹²⁸, anche laddove quest'ultima possa rappresentare un mezzo per sanzionare condotte che altrimenti

¹²³ F. Viganò, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2647.

¹²⁴ Così, invece, F. Viganò, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2654.

¹²⁵ La nozione di “vittima” è stata oggetto di interpretazione evolutiva da parte della Corte Edu. Si veda, di recente, C. eur., 31.8.2023, *M. A. et autres v. la France*, 63664/19, relativa all'ammissibilità, ai sensi dell'art. 34 Cedu, di un ricorso presentato da alcuni c.d. *sex workers*, con riferimento all'introduzione, in Francia, di un reato di sfruttamento della prostituzione (art. 611-1 code pénal, rubricato “Du recours à la prostitution”). I ricorrenti, in particolare, hanno lamentato la violazione degli artt. 2, 3, 8 Cedu, pur non essendo menzionati dalla fattispecie di nuovo conio. La Corte Edu ne ha confermato lo *status* di vittima, ritenendo che il nuovo reato produca degli effetti diretti su di loro (nel ricorso è stato evidenziato come una normativa di questo segno favorisca clandestinità ed isolamento, creando maggiori rischi in termini di sicurezza e salute).

¹²⁶ C. eur., 14.4.2015, *Contrada v. Italia*, ric. n. 66655/13.

¹²⁷ Anche alcuni Protocolli addizionali alla Cedu individuano ipotesi di “inderogabilità” di diritti, i quali, nuovamente, riguardano l'indagato/imputato (del procedimento interno). V. Protocollo addizionale n. 6 (relativo all'abolizione della pena di morte), 7 (che limita la maggiore “resistenza” al solo divieto di *bis in idem*, stabilito all'art. 4) e 13 (relativo all'abolizione della pena di morte in tutte le circostanze).

¹²⁸ Sul punto, C. eur., GC, 17.5.2010, *Kononov v. Latvia*, ric. n. 36376/04, §185: «[t]he guarantee enshrined in Article 7, an essential element of the rule of law, occupies a prominent place in the Convention system of protection, as is underlined by the fact that no derogation from it is permissible under Article 15 in time of war or other public emergency. It should be construed and applied, as follows from its object and purpose, so as to provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment. Accordingly, Article 7 is not confined to prohibiting the retrospective application

rimarrebbero impunte. Nel caso *Myumyun v. Bulgaria*, relativo alla violazione dell'art. 3 Cedu, ad esempio, il ricorrente ha lamentato, fra l'altro, l'interpretazione operata dai giudici nazionali, i quali avrebbero potuto e dovuto sussumere le condotte poste in essere a suo danno all'interno di fattispecie maggiormente idonee a tutelarlo (artt. 282 § 1 o 287 del codice penale bulgaro). La Corte di Strasburgo, pur riconoscendo la violazione degli obblighi sostanziali da parte dello Stato contraente, ammonisce l'opzione ermeneutica prospettata dal ricorrente, chiarendo che le Autorità nazionali non possano in alcun modo adempiere agli obblighi positivi derivanti dall'art. 3 Cedu agendo in violazione dell'art. 7 Cedu, da cui discende il divieto di interpretazione estensiva in campo penale¹²⁹. Da un punto di vista rimediabile, volgendo lo sguardo verso la disciplina disegnata dall'art. 46 Cedu, i diritti dell'indagato/imputato sono destinati ad operare come limite e come fondamento. Da molto tempo a questa parte, come noto, la Corte Edu, al fine di assicurare piena effettività alle sentenze, oltre all'equa soddisfazione ex art. 41 Cedu, è solita individuare rimedi di tipo individuale e/o generali, validi a mettere fine alla violazione contestata e/o per rimediare i suoi effetti¹³⁰. In quest'ambito, i diritti dell'indagato/imputato operano come *limite* rispetto all'individuazione delle misure ex art. 46 Cedu: ai sensi degli artt. 7 e 4 Prot. 7 Cedu, è in ogni caso impedito di riaprire i procedimenti relativi ad un fatto di reato prescritto o nei confronti del medesimo indagato/imputato¹³¹. I diritti della vittima del procedimento interno e di quello a Strasburgo non possono comportare una violazione dei diritti dell'indagato/imputato, anche laddove siano rimasti "non-giustiziati". D'altra parte, proprio la violazione dei diritti dell'indagato/imputato può rappresentare il *fondamento* per imporre, nell'individuazione dei rimedi ex art. 46 Cedu, la riapertura del procedimento interno, con conseguente immediata liberazione dell'imputato o, in alcuni casi, addirittura del condannato¹³²,

of the criminal law to an accused's disadvantage: it also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and the principle that the *criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy*. It follows that an offence must be clearly defined in law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision – and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it and with informed legal advice – what acts and omissions will make him criminally liable» [corsivi nostri]. In senso conforme, fra le altre, C. eur., 3.11.2017, *Myumyun v. Bulgaria*, cit., § 76; C. eur., GC, 21.10.2013, *Del Rio Prada v. Spagna*, ric. n. 42750/09, § 78.

¹²⁹ C. eur., 3.11.2017, *Myumyun v. Bulgaria*, cit., § 76 «[i]t should be noted in this connection that the national authorities cannot be expected to discharge their positive obligations under Article 3 of the Convention by acting in breach of the requirements of its Article 7, one of which is that the criminal law must not be construed extensively to an accused's detriment».

¹³⁰ Sul tema, *amplius*, G. Calafiore, *Obbligo di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo versus giudicato penale: il discrimen fra violazioni procedurali e sostanziali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 3, 2018, 715 ss.

¹³¹ C. eur., 4.4.2019, *Bayram Taşdemir and others v. Turkey*, ric. n. 52538/09, § 14: «[t]he Court accepts that there may be situations where it is *de jure* or *de facto* impossible to reopen criminal investigations into the incidents giving rise to the applications being examined by the Court. Such situations may arise, for example, in cases in which the alleged perpetrators were acquitted and cannot be put on trial for the same offence, or in cases in which the criminal proceedings became time-barred on account of the statute of limitations set out in the national legislation. Indeed, a reopening of criminal proceedings that were terminated on account of the expiry of the statute of limitations may raise issues concerning legal certainty and may thus have a bearing on a defendant's rights under Article 7 of the Convention. In a similar vein, putting the same defendant on trial for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted may raise issues concerning that defendant's right not to be tried or punished twice within the meaning of Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention».

¹³² C. eur., 24.5.2007, *Dragotoni et Militaru-Pidhorni c. Roumanie*, ric. nn. 77193/01 e 77196/01, § 55: «[d]ans le cas présent, il est indéniable que les requérants ont subi un préjudice matériel du fait de la condamnation. Cela étant, la Cour rappelle que lorsqu'un particulier a été condamné en violation de l'article 6 de la Convention, un nouveau procès ou une réouverture de la procédure à la demande de l'intéressé représente en principe un moyen approprié de redresser la violation constatée (voir *Gençel c. Turquie*, no 53431/99, § 27, 23 octobre 2003 et *Tahir Duran c. Turquie*, no 40997/98, § 23, 29 janvier 2004). Un tel principe s'applique également en cas de violation de l'article 7 de la Convention. A cet égard, elle note que l'article 4081 du code de procédure pénale roumain permet la révision d'un procès sur le plan interne lorsque la Cour a constaté la violation des droits et libertés fondamentaux d'un requérant. Qui plus est, l'article 504 du code de procédure pénale permet l'octroi d'une réparation en cas de condamnation illégale ou de privation ou de restriction illégales de liberté».

ovvero la chiusura, senza effetti pregiudizievoli per il medesimo, laddove si abbia a che fare con un secondo giudizio instaurato in violazione del *ne bis in idem*¹³³.

La questione, d'altra parte, assume cadenze pressoché sovrapponibili anche sul piano interno: ne è plastica rappresentazione la disciplina offerta dal “nuovo” art. 628-*bis* Cpp.

Con D.Lgs. 10.10.2022, n. 150 (c.d. Riforma Cartabia) si è, infatti, proceduto all'introduzione di un Titolo III-*bis*, inserito all'interno del libro IX del codice di procedura penale e dedicato, appunto, ai “*Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della corte europea dei diritti dell'uomo*”. Si trattava, più in particolare, di individuare rimedi validi a dare attuazione alle obbligazioni derivanti *ex art. 46 Cedu*: la strada scelta è stata quella dell'introduzione di un nuovo rimedio straordinario «ad ampio spettro»¹³⁴, percorribile, in linea (non solo) con i principi generali dell'ordinamento, dal solo condannato o sottoposto a misura di sicurezza, escludendo dai soggetti legittimati tanto i c.d. fratelli minori quanto la vittima¹³⁵.

La prospettiva “vittimocentrica” assunta dalla Corte Edu, quindi, non solo non sembra capovolgere i pilastri su cui è fondato il nostro diritto penale, ma anzi, con le precisazioni di cui sopra, offrirebbe ulteriori “rinforzi” affinché la struttura regga senza tentennamenti.

Se così stanno le cose, ne consegue che gli obblighi di punire sono limitati, dall'esterno, dai diritti dell'indagato/imputato, i quali dettano altrettanti vincoli al legislatore su *come* adempiere alle richieste di tutela derivanti da Strasburgo.

Andrebbe, quindi, almeno parzialmente riconsiderata l'idea per cui dalla Cedu, così come interpretata dai Giudici di Strasburgo, derivi necessariamente una “pan-penalizzazione”: l'attenzione, piuttosto, si sposta sulle modalità con cui gli obblighi di incriminazione vengono traghettati sul piano interno e di cui è artefice, nel rispetto del principio della riserva di legge, il Parlamento. La questione, insomma, è di nuovo quella relativa al *quomodo* della tutela, ampliata questa volta degli aspetti “processuali”: solo così si può assicurare una protezione “reale” e, per questo, *effettiva* dei diritti. Ad una più attenta analisi, poi, emerge chiaramente come quelli che sono stati fin qui individuati come diritti dell'indagato/imputato del procedimento interno si cristallizzano, prim'ancora a livello costituzionale, come veri e propri principi rivolti al legislatore nell'incriminazione. Il “dover punire secondo certe modalità”, in breve, segnerebbe specularmente un diritto a non essere punito in assenza di quelle stesse modalità.

Si è finora taciuto sull'aspetto più innovativo e prioritario degli obblighi convenzionali: la fonte. È la Corte di Strasburgo, come ripetutamente affermato, a dare origine, attraverso la sua interpretazione, ad un sistema di tutela effettivo ed estremamente articolato. Il timore di inchinarsi rispetto ad una giurisprudenza-fonte, però, sembra potersi relativamente tenere a bada: dalle “prime gemelle” ad oggi il vero termometro capace di misurare il grado di vincolatività della norma Cedu è stato tenuto dalla

¹³³ Si veda, per tutte, C. eur., 4.3.2014, *Grande Stevens e altri v. Italia*, ric. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, §§ 233-237, spec. §237: «considerate le circostanze particolari della causa e la necessità urgente di porre fine alla violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7, la Corte ritiene che spetti allo Stato convenuto fare in modo che i nuovi procedimenti penali avviati contro i ricorrenti in violazione di tale disposizione e ancora pendenti, alla data delle ultime informazioni ricevute, nei confronti dei sigg. Gabetti e Grande Stevens, vengano chiusi nel più breve tempo possibile e senza conseguenze pregiudizievoli per i ricorrenti».

¹³⁴ A. Mangiaracina, *Le impugnazioni straordinarie. Qualche “ritocco” all'esistente e un nuovo rimedio: basterà?*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Milano 2023, 943, nel senso che l'istituto in questione è attivabile in tutte le ipotesi di violazione di un diritto contenuto nella Cedu, sia esso di carattere “sostanziale” o “processuale”.

¹³⁵ A. Mangiaracina, *op. cit.*, 948-949, che ripercorre le indicazioni contenute nella legge delega 134/2021, la quale si limitava a fare riferimento al soggetto che “abbia presentato ricorso”. In questo modo, evidenzia l'Autrice, da un lato, si rendeva chiara la volontà di escludere i c.d. fratelli minori dal rimedio “straordinario”, ma, dall'altro, lasciava aperta la possibilità di estendere, sul versante della legittimazione, l'istituto anche alla persona offesa dal reato o al procuratore generale. L'opzione maggiormente restrittiva seguita dal legislatore delegato – si precisa – appare ulteriormente avvalorata dal fatto che si sarebbe trattato di introdurre un rimedio straordinario a svantaggio del condannato, ad oggi, per ovvie ragioni, sconosciuto all'ordinamento.

Corte costituzionale¹³⁶, che detiene anche il controllo rispetto ai “nuovi” obblighi di tutela costituzionale.

Pare, poi, che le indicazioni di Strasburgo offrano l’occasione per indagare sulla effettiva portata della legge penale in una dimensione più ampia e comprensiva degli aspetti c.d. processuali.

Il riferimento è di nuovo alla norma penale reale, alla formulazione della fattispecie, all’individuazione dell’offesa con conseguente tutela: tutto ciò che appartiene al *quomodo* dell’incriminazione e che è rimesso al legislatore nel rispetto dei principî costituzionali, offrendosi come dimensione effettiva e frammentaria degli obblighi di tutela penale.

¹³⁶ *Supra* § 1, nota 10.

LA REPRESSIONE DEGLI ABUSI NELLE SOVVENZIONI PUBBLICHE DOPO IL C.D. DECRETO LIQUIDITÀ. TRA ESIGENZE DI GIUSTIZIA ‘SOSTANZIALE’ E DIVIETO DI CRIPTO-ANALOGIA *IN MALAM PARTEM*¹

di Giovanni Caruso e Jacopo Della Valentina (*Professore ordinario di diritto penale, Università di Padova; Dottorando di ricerca in diritto penale, Università di Ferrara*)

Il presente scritto ripercorre i più recenti orientamenti di legittimità che ritengono configurabili i delitti di malversazione (art. 316 *bis* Cp) e indebita percezione di erogazioni pubbliche (art. 316 *ter* Cp) in presenza di violazioni della normativa prevista dal c.d. Decreto liquidità, posta a tutela delle imprese colpite dalla pandemia. Per quanto non condivisibile per la forzatura ermeneutica dei principi di tipicità e della riserva di legge, certa giurisprudenza tende infatti ad estendere l'applicazione di tali fattispecie anche a condotte di false certificazioni o di malversazioni di somme di danaro concesse da un istituto di credito, ma garantite a monte da un organismo pubblico, facendole rientrare nella nozione di ‘erogazioni pubbliche’. Il lavoro riflette quindi circa la compatibilità di tale operazione con il divieto di analogia in materia penale e, più in generale, con la necessità di una interpretazione stretta del testo di legge.

The present article deals with the most recent decisions which consider the crimes of “malversazione di erogazioni pubbliche” (art. 316 *bis* Cp) “indebita percezione di erogazioni pubbliche” (art. 316 *ter* Cp) undue receipt of disbursements to be configurable in the presence of violations of the legislation provided for by the so-called Decreto liquidità, aimed at protecting companies affected by the pandemic. Although not acceptable due to the hermeneutic forcing of the rule of law, case law tends in fact to extend the application of these cases also to conduct of false certifications or embezzlement of sums of money released by a bank, but guaranteed upstream by a public institution, making them fall within the notion of ‘erogazioni pubbliche’. The paper therefore reflects on the compatibility of this operation with the prohibition of interpretation by analogy in criminal matters and, more generally, with the need for a strict interpretation of the text of the ‘statute law’.

SOMMARIO: 1. Le più recenti fenomenologie di abuso in materia di erogazioni pubbliche. Considerazioni introduttive - 2. Cenni sulla forma di garanzia pubblica dei finanziamenti ai sensi del d.l. 8.4.2020 n. 23 - 2.1. Inquadramento normativo del Fondo di garanzia per le PMI - 2.2. Inquadramento normativo del Fondo di Garanzia SACE - 3. Le principali fenomenologie abusive innestatesi sui meccanismi incentivanti di cui al d.l. 23/2020 (c.d. Decreto liquidità) - 4. Gli orientamenti della Corte di cassazione: tra ‘stretta interpretazione’ delle fattispecie e cripto-analogia in *malam partem* - 4.1. I buoni auspici (traditi) della sentenza Rainone (continua) - 4.2. (segue) La sentenza Bonfanti e il mutamento interpretativo sub art. 316 *ter* Cp (continua) - 4.3. (segue) la sentenza Pressiani (continua) - 4.4. (segue) Il consolidamento anche sub art. 316 *bis* Cp: le sentenze nn. 28416/2022 e 49693/2022 - 5. Considerazioni critiche in ordine al consolidamento dell’interpretazione in *malam partem*. L’estensione antigarantistica e antiletterale del penalmente rilevante del sintagma ‘erogazioni pubbliche’ - 6. Le critiche al riconoscimento della natura ‘pubblica’ dei finanziamenti - 7. Le critiche alla riconduzione dei finanziamenti bancari nelle erogazioni rilevanti ai sensi degli artt. 316 *bis* e *ter* Cp - 8. (segue) in particolare: le critiche alla configurabilità del delitto ex art. 316 *bis* Cp - 9. Conclusioni: esiste ancora un confine?

¹ Il presente contributo rappresenta l’esito di una riflessione condivisa dei due autori. Nello specifico, a fini concorsuali, il Prof. Giovanni Caruso è autore dei paragrafi 1, 2, 2.1, 2.2, 3, 4, 4.1, 4.2, mentre il Dott. Jacopo Della Valentina è autore dei paragrafi 4.3, 4.4, 5, 6, 7, 8, 9.

1. Pur nella consapevolezza di tutti i limiti che ogni generalizzazione comporta, va riconosciuto che le diverse misure economiche di sostegno ai privati e alle imprese, volte a contrastare od attutire le devastanti conseguenze causate dalla pandemia nel tessuto produttivo del Paese, hanno alimentato intollerabili comportamenti abusivi, di devianza fraudolenta e predatoria². Per quanto forse preventivabili – e, in qualche caso, addirittura paventati e previsti³ –, detti abusi e frodi sono stati nel corso degli ultimi due anni ricondotti dalla giurisprudenza al c.d. microsistema penale avente a oggetto le fattispecie che incriminano gli illeciti in materia di erogazioni pubbliche ai sensi degli artt. 316 *bis*, 316 *ter* e 640 *bis* Cp.

A seguito delle prime prese di posizione giurisprudenziali, le diverse tipologie di – *lato sensu* – provvidenze (dai contributi a fondo perduto ai finanziamenti a condizioni agevolate, dai *bonus* fiscali alle prestazioni di garanzie pubbliche al sistema bancario al fine di incentivare la concessione di linee di credito, *et similia*) sono state concepite secondo moduli disparati e talvolta inediti, tali da sottoporre le tradizionali fattispecie incriminatrici previste dagli artt. 316 *bis*, 316 *ter* e 640 *bis* Cp a plurimi *stress-tests* applicativi, suggerendo al penalista di valutare se, ed eventualmente a quali condizioni, il principio di legalità penale, nel suo fondamentale corollario della riserva di legge *stricta et scripta*, possa ritenersi salvaguardato laddove i predetti titoli di reato vengano utilizzati per reprimere – ovviamente al netto della necessità di accertamento processuale dei fatti storici – le nuove forme di condotte illecite. Oppure, al contrario, se la tensione e ‘prensione’ applicativa delle predette fattispecie anche alle rinnovate modalità esecutive delle condotte abusive costituisca un’ulteriore manifestazione della c.d. crisi della legalità, ormai da tempo denunciata come contesto problematico – e crocevia di potenziale tensione tra diritti di libertà del singolo e interpretazione penalistica ‘creativa’ *in malam partem* – dei rapporti tra legislatore e giudice.

Prima di soffermarsi sui più recenti e diffusi schemi abusivi di condotta in materia di erogazioni pubbliche⁴, è opportuno tuttavia essere consapevoli dei diversi orizzonti di senso sui quali si staglia la pur generalizzata affermazione della c.d. crisi della legalità, non sempre convergendo le diverse

² Gli abusi, le frodi e le nuove forme di illecito accaparramento delle risorse sono ormai oggetto di triste constatazione, nonché di prese di posizione normativa da parte del decisore politico; sul punto, oltre alle tanto copiose, quanto desolanti narrazioni riportate dalla cronaca giudiziaria, cfr., da ultimo, anche per ulteriori rimandi, F. Di Vizio, *I nuovi abusi penali nelle sovvenzioni pubbliche: dalla direttiva PIF al decreto sostegni-ter*, in www.sistemapenale.it, 4.12.2023, spec. 9 ss.; in precedenza, cfr. già M. Mazzotta, *Il sostegno all’economia nella crisi da COVID: il versante penale. Le fattispecie applicabili e le indagini*, in www.questionegiustizia.it, 15.3.2021.

³ Cfr., sul punto, già all’indomani dell’approvazione del Decreto liquidità, F. Greco-G. Melillo, *Emergenza Coronavirus e crisi economica: i Procuratori di Milano e Napoli sul ‘decreto credito’ e i rischi connessi all’immissione di liquidità nel mercato delle imprese. Necessaria una correzione di rotta*, in www.sistemapenale.it, 13.4.2020.

⁴ Il presente contributo si soffermerà sul c.d. microsistema delle fattispecie penali che incriminano gli abusi in tema di erogazioni pubbliche. Sia tuttavia consentito, in via più generale, segnalare quanto estesi siano, per numero e varietà, gli abusi perpetrati nei confronti della normativa introdotta con la finalità di contrastare i dannosi effetti della crisi pandemica sull’economia. Si pensi, in via esemplificativa, ai fenomeni abusivi emersi in relazione alla cessione dei crediti fiscali di cui al c.d. Decreto Rilancio che, tuttavia, non prevedeva alcun tipo di presidio a tutela delle misure ivi contenute (per esempio, si sarebbero potuti introdurre dei visti di conformità volti ad attestare l’esistenza dei presupposti che danno diritto alla detrazione d’imposta): «ciò ha trasformato i crediti di imposta in una sorta di titolo circolante, dando vita ad un mercato di crediti non regolamentato, nel quale il collegamento con i lavori che li hanno originati, sulla base dei quali era giustificato il riconoscimento del *bonus* poteva diventare labile, se non del tutto assente»: così D. Franco, Ministro dell’Economia, *Informativa urgente del Governo in merito alla cessione dei bonus edilizi*, in <https://comunicazione.camera.it/archivio-prima-pagina>, 2.3.2022. Il quale prosegue elencando le impietose cifre delle frodi, riprese puntualmente altresì da F. Di Vizio, *op. cit.*, 2: «[i]l numero del volume dei crediti ceduti rimarca la portata del fenomeno. Alla fine del 2021, nel complesso, le prime cessioni e gli sconti in fattura comunicati all’Agenzia delle entrate erano quasi 4,8 milioni, di cui 0,1 milioni del 2020 e 4,7 milioni del 2021, per un controvalore complessivo di 38,4 miliardi di euro (0,6 nel 2020 e 37,8 nel 2021). Le cessioni hanno registrato un forte aumento dal settembre 2021; nel complesso, tra settembre e dicembre, sono stati ceduti 23,6 miliardi a fronte di 11,4, nel periodo gennaio-agosto. A marzo 2022 una parte dei crediti ceduti era già stata fruita dai cessionari, con compensazioni per un volume pari a 2,1 miliardi». Analogamente, in senso critico quanto alla mancata previsione di sanzioni *ad hoc* per le eventuali violazioni delle disposizioni di cui al Decreto liquidità, v. A. Pantanella, *Il diritto penale della crisi d’impresa alla prova della sindemia: tra modelli di falso e ritorno allo stellionato*, in *CP* 2021, 6, spec. 2266 ss.

cause della stessa, in sé e per sé, in direzione antigarantistica e illiberale, e cioè – per usare il linguaggio penalistico – *in malam partem*.

Da tale angolazione è opportuna qualche precisazione.

L'affermazione della c.d. 'crisi della legalità' – almeno laddove intesa quale riserva della *lex stricta et scripta* – costituisce ormai un ricorrente *topos* giuridico-storiografico della post-modernità⁵.

Concentrandosi sul nucleo più significativo delle origini della predetta 'crisi', forse è possibile, pur nella convenzionalità di ogni sforzo di sintesi, riconoscerne almeno tre matrici di fondo, meritevoli di essere mantenute 'qualitativamente' separate per le conseguenze che proiettano sullo 'statuto garantistico' dell'individuo nell'ordinamento penale dello Stato di diritto.

In primo luogo, la crisi della legalità in materia penale⁶ scaturisce dalle acquisizioni sempre più cogenti provenienti dalla ermeneutica giuridica, che hanno falsificato il criterio metodologico, su cui si reggeva il dogma della legalità e della sottoposizione rigida del giudice alla legge, ipotizzante un rapporto univoco di dipendenza del risultato dell'interpretazione dal testo di legge⁷. Da tale

⁵ Tra i più recenti contributi dottrinali in materia di legalità penale e dialettica tra legislatore e giudice, cfr., in particolare, AA.VV., *Tra legge e giudice alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale. Atti del Convegno organizzato dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Firenze del 20 maggio 2022*, con interventi di G. Lattanzi, *Tra legge e giudice alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale. Appunto per la presidenza della sessione mattutina*; G. Zaccaria, *Una "nuova" legalità penale tra testo e interpretazione*; G. Fidelbo, *Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche*; G. Canzio, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*; D. Pulitanò, *Legalità penale e nomofilachia*; V. Zagrebelsky, *Legalità penale. La posizione della Corte europea dei diritti umani*; A. Massaro, *Legalità penale e diritto europeo: c'è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d'antico*; E. Lupo, *Prospettive della legalità penale*; V. Maiello, *Legalità della legge e dintorni: tra Consulta, Cassazione e auspici riformistici*; R. Orlandi, *Nuova legalità penale, diritto giurisprudenziale e funzioni attuali della Corte di cassazione*; M. Pelissero, *Prospettive della legalità penale*, in *Sistema Penale* 2022, 12, 5-156; volendo, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, G. Caruso, *Prevedibilità e legalità (nel diritto penale)*, in *DigDPen*, XI, 2021, 534-556. Sulla crisi della legalità nel diritto processuale la bibliografia è pressoché sterminata. In particolare, per considerazioni cruciali sull'offuscamento della legalità processuale nell'attuale esperienza giudiziaria, cfr. M. Nobili, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Id.*, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1998, 204 ss.; T. Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *IP* 1999, 527 ss.; E. Amodio, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *RIDPP* 2004, 432 ss.; P. Costa, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, 36, 1 ss.; F. Palazzo, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio «fondamentale»*, *ibidem*, 1279 ss.; A. Bernardi-B. Pastore, *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano 2008. Il tema relativo alla possibilità di identificare un equivalente funzionale alla riserva di legge è approfondito in *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *Crim* 2011, 77 ss., con *Nota introduttiva* di F. Giunta e contributi di G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, 79 ss.; A. Gargani, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, 99 ss.; C.F. Grosso, *Il fascino discreto della conservazione*, 125 ss.

⁶ Per un'efficace catalogazione delle cause di crisi della legalità, descritta attraverso la distinzione tra cause endogene ed esogene, cfr., anche per ulteriori richiami bibliografici, C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge in materia penale*, Napoli 2012, 130 ss., 171 ss.; *Id.*, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *GCos* 2015, I, 181-206; C. Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano 2010, 24 ss. In generale, sul tema della 'crisi della legalità', si rinvia ai preziosi contributi raccolti in AA.VV., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali. Atti del convegno di Napoli, 7-8 novembre 2014*, Napoli 2016.

⁷ Per il punto di partenza filosofico dell'ermeneutica giuridica, cfr. H. Gadamer, *Verità e metodo*, trad. it. a cura di G. Vattimo, 1972, 382: «Il compito dell'interpretazione è la concretizzazione della legge nel caso particolare, cioè l'applicazione. Certo si verifica così un perfezionamento creativo della legge, che è riservato al giudice, il quale è però sottomesso alla legge esattamente come ogni altro membro della comunità giuridica». Per un approccio all'ermeneutica giuridica nella dottrina di lingua italiana, cfr. G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano 1984, 7 ss.; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari 2001, *passim*, e, in particolare, 105 ss.; B. Pastore, *Giudizio, prova e ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano 1996, *passim*. Per la tematica ermeneutica in Autori che hanno per oggetto principale di considerazione l'esperienza penalistica cfr. per tutti W. Hassemer, *Die Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns*, in *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, Heidelberg 1984, 1 ss.; *Id.*, *Tatbestand und Typus, Untersuchungen zur Strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln 1967, 11 ss. e, nella dottrina italiana, per tutti, G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *RIDPP* 2001, 353 ss., nonché, volendo, G. Caruso, *La*

prospettiva, tra le riflessioni più compiute nel panorama dottrinale gius-filosofico ed epistemologico-penalistico italiano merita ricordare quelle espresse da Luigi Ferrajoli, il quale, demistificando la *naïveté* illuministica del giudice *bouche de la loi*, ha esplicitato l'insopprimibile dimensione ermeneutica della tipicità penale nella complessa trama del ragionamento giudiziario, saldando con sapienza, in rapporto dialettico, la via analitica e la via ermeneutica nel l'identificazione del 'fatto-tipo'⁸. Va tuttavia detto che la c.d. dimensione ermeneutica del fatto tipico non incrina l'aspirazione garantistica che il principio di legalità intende realizzare nell'interesse del destinatario del precetto penale: essa⁹ rivela esclusivamente una caratteristica epistemologica immanente all'opera dell'interprete, del tutto 'neutra', in sé e per sé – ripetesi –, rispetto alle aspettative di contenimento liberal-garantistico del 'penalmente rilevante'.

In secondo luogo, la legalità è in crisi, si afferma, in relazione al progressivo cedimento dello Stato nazionale e alla disgregazione (e falsificazione) del concetto di sovranità¹⁰ (strettamente legato al concetto di legalità nelle sue origini e movenze storiche)¹¹, con il progressivo affermarsi del diritto penale *multilevel*¹², fitto di reciproche interazioni e gerarchie tra ordinamenti nazionali e sovranazionali. Senonché, anche in tale cornice, va riconosciuto come, a dispetto di quanto potrebbe a tutta prima apparire ai *laudatores temporis acti*, la c.d. crisi della legalità *stricta et scripta* abbia

discrezionalità penale. Tra 'tipicità classificatoria' e 'tipologia ordinale', Padova 2009, spec. 177-180.

⁸ Cfr. l'ormai irrinunciabile classico di L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*⁸, Bari 2004, spec. 94-160; più di recente, cfr. Id., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*², Napoli 2016; Id., *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Bari 2016; Id., *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena 2018; sul tema, cfr. altresì G. Carlizzi, *Ragionamento giudiziario e complessità diacronica del vincolo ermeneutico*, in CP 2005, 9, 1184 ss.

⁹ Sulla c.d. dimensione ermeneutica del fatto tipico, volendo, cfr. G. Caruso, *Il trattamento medico/chirurgico arbitrario tra «lettera» della legge e «dimensione ermeneutica» del fatto tipico*, in IP 2003, 3, 1013-1049.

¹⁰ Sui plurimi profili di cedimento del concetto di sovranità in materia penale, cfr. A. Bernardi, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Napoli 2019, 4; J. Della Valentina, *Sovranità penale e rapporti tra Corti nell'epoca del costituzionalismo multilivello*, in www.legislazionepenale.eu, 15.3.2023.

¹¹ Non è possibile in questa sede soffermarsi su questi vastissimi temi non strettamente afferenti al diritto penale. Valga soltanto aggiungere al testo che il sistema giuridico che si sta profilando all'inizio del nuovo millennio, con riferimento soprattutto a due profili di grande rilievo, rispettivamente la tutela dei diritti umani e il governo dell'economia, non consente più di ritenere valido il paradigma euristico della sovranità degli Stati e della gerarchia tradizionale delle fonti. Né è possibile allo stato intravedere la sostituzione del vecchio con un nuovo sovrano. Piuttosto è dato constatare attualmente, senza con ciò potersi prevedere i possibili sviluppi futuri, l'affermarsi di una situazione nella quale l'ordinamento giuridico appare irriducibile a un semplice atto di volontà sovrana. Per la metamorfosi del concetto di sovranità, per cui lo Stato assume le vesti di un attore in cerca di un nuovo ruolo cfr. F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles 2002, *passim* e, in specie, 125 ss. Per acute considerazioni sulla crisi della sovranità nell'attuale momento storico cfr. U. Pagallo, *Testi e contesti nell'ordinamento giuridico*, Padova 2001, *passim*.

¹² In via generale, l'espressione allude ad una sorta di sistema integrato di protezione dei diritti fondamentali che in Europa coinvolge: il livello internazionale (rappresentato dalla Cedu); il livello sovranazionale in senso stretto (rappresentato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla giurisprudenza sui diritti della Corte EDU e della Corte di Giustizia), ai quali due livelli si aggiunge il livello di protezione interna dei diritti da parte della Corte costituzionale. Senza pretesa d'esautività, con precipuo riferimento alla letteratura penalistica, cfr. F. Palazzo, *Legalità fra law in the books and law in action*, in *DPenCont* 2016, 3, 4 ss.; O. Di Giovine, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli 2011, spec. 2197; M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011; Id., *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *QuestG* 2018, 4, spec. 83; D. Pulitanò, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzionale e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *DPenCont* 2015, 2, 323; C.E. Paliero, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *RIDPP* 2014, spec. 1109; V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma 2012; Id., *Common law-isation del diritto penale? Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, in *CP* 2017, 3, 955 ss.; C. Sotis, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano 2007; F. Viganò, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici e avvocati penalisti*, in *DPenCont* 2014, 2, 167 ss.

intercettato autentiche esigenze liberali e garantistiche, sia sul piano dogmatico-categoriale, sia su quello giurisprudenziale¹³.

È solo in un terzo più specifico contesto semantico-causale che la c.d. crisi della legalità rivela una proiezione anti-garantistica *contra reum*. Ci si riferisce, segnatamente, alla crisi della riserva di legge conseguente alla concretizzazione della pretesa ‘normo-suppletiva’ incriminatrice, o comunque *in malam partem*, della giurisprudenza, la quale sovente si assegna autoreferenzialmente il ruolo di vessillifero-interprete delle aspirazioni sociali di criminalizzazione. Per quanto talvolta alla stregua – come è stato suggestivamente affermato – di un «autoritarismo benintenzionato»¹⁴, tale tracimazione di ruolo realizza l’effettiva contrapposizione tra crisi della legalità e statuto liberal-garantistico del diritto punitivo. Con riferimento a tale via di fuga, può con fondamento sostenersi, sulla scorta dell’autorevole opinione di Hans Joachim Hirsch¹⁵, che la giurisprudenza abbia operato spesso in base a una autocomprensione eccessivamente dilatata del proprio compito, tale da inclinarla alla critica pregiudiziale della legge (sia sul piano preapplicativo, in sede di commento *extra curiam*, sia sul piano giudiziario) e alla continua tendenza vuoi a correggere interpretativamente i supposti errori della legge, vuoi colmando le lacune, vere o presunte, del prodotto legislativo.

A ben vedere, tale opera di supplenza legislativa si realizza talvolta al fine di corrispondere a esigenze ‘criminologicamente rinnovate’ alla luce dei mutamenti che caratterizzano la vita sociale o le nuove frontiere dell’ambiente in cui si vive (da quello naturale a quello tecnologico)¹⁶, talaltra al fine di fronteggiare ‘nuove’ esigenze di tutela penalistica propiziate a livello di riforma sociale, economica e normativa¹⁷.

Per certi versi, è come se al giudice spettasse di optare tra la necessità, da un lato, di ampliare la ‘prensione’ dell’incriminazione, al costo di tradire i limiti dell’interpretazione anche estensiva, ma al fine di assumere una decisione ‘sostanzialmente giusta’ (*i.e.*: è ‘giusto’ punire quegli specifici contegni fraudolenti e abusivi) ancorché testualmente non legittimata dalla *littera legis*; oppure, dall’altro lato, di attendere che sia il legislatore a intervenire nel rispetto del principio della riserva di

¹³ Si allude, evidentemente, alle recenti proiezioni garantistiche sottese alle categorie della ‘prevedibilità’ e della ‘proporzionalità’ in materia penale, le quali stanno progressivamente penetrando nelle *rationes decidendi* della giurisprudenza, specie costituzionale (si pensi, esemplificativamente, a C. cost., 27.2.2019 n. 24, con riguardo al principio di prevedibilità; tra le tante, a C. cost., 10.11.2016 n. 236; 5.12.2018 n. 222; 8.3.2019 n. 40; 23.9.2021 n. 185 e, da ultimo, 10.3.2023 n. 40, quest’ultima con nota di M. Venturoli, *La sanzione amministrativa fissa sotto assedio “manipolativo” della Corte costituzionale*, in *GCos* 2023, 2, 529 ss., con riguardo al principio di proporzionalità), e che già costituiscono oggetto di ampie indagini in seno alla dottrina penalistica. Tra gli studi monografici, senza pretesa di esaustività, con riferimento al principio di prevedibilità, cfr. D. Perrone, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino 2019, *passim*; A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli 2020; A. Santangelo, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell’era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino 2022, *passim*; P. Scevi, *La prevedibilità della norma penale tra legislativo e iurisdictio*, Torino 2022, *passim*; con riferimento al principio di proporzionalità, cfr. V. Manes, V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino 2019, 364 ss.; N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino 2020; F. Viganò, *La proporzionalità della pena*, Torino 2021, nonché, di recente, M. Pelissero, *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti europolitane sul principio di legalità delle pene*, in *DPP* 2023, 10, 1359 ss.

¹⁴ Così, efficacemente, D. Pulitanò, *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quad. cost.* 1982, 93 ss.

¹⁵ H.J. Hirsch, *Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht*, in *Festschrift für Tröndle*, Berlin 1989, ora in, *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*, a cura di G. Kohlmann, Berlin 1999, 112.

¹⁶ Sui profili tipologici e strutturali delle dinamiche ermeneutiche *in malam partem*, cfr. D. Perrone, *op. cit.*, spec. Cap. III, 67-185, con catalogazione ragionata della ricca casistica degli ultimi anni. In particolare, la studiosa rievoca l’estensione applicativa della punibilità per via giurisprudenziale in tema di corruzione *in incertis actis*, di millantato credito, di false comunicazioni sociali, di omessa esibizione dei documenti da parte del clandestino, di tentativo di rapina impropria, di disastro innominato, di rilevanza penale dell’elusione fiscale, di abuso d’ufficio, di reati sessuali (spec. 90-134).

¹⁷ È proprio in tale contesto che gli interventi normativi di – in senso lato – sostegno economico alle imprese hanno alimentato, in uno a nuove fenomenologie di illecito predatorio, nuove esigenze di tutela penalistica.

legge e della separazione dei poteri, pretendendo che il giudice privilegi, di fronte all'alternativa tra 'giustizia' e 'legalità' della decisione, sempre la seconda.

Ci sembra che proprio l'eccessiva dilatazione dei compiti del giudice si stia concretizzando in tema di qualificazione penalistica *in malam partem* delle disposizioni penali dettate in tema di abusi nelle sovvenzioni pubbliche dopo l'introduzione del c.d. Decreto Liquidità, segnatamente del d.l. 8.4.2020 n. 23 (convertito con modifiche in l. 5.6.2020 n. 40).

A seguire, quindi, la tematizzazione procederà, in primo luogo, illustrando adeguatamente le principali misure di sostegno pubblico a favore delle imprese previste dal predetto testo normativo; in secondo luogo, enucleando i principali schemi di abusivismo predatorio infiltratisi tra le maglie delle misure di sostegno economico finalizzate a contrastare le conseguenze della pandemia; in terzo luogo, analizzando le recentissime interpretazioni operative della giurisprudenza di legittimità; in quarto luogo, e infine, si metteranno a tema le principali annotazioni critiche in ordine al *vulnus* di legalità *in malam partem* consumatosi nei summenzionati arresti giurisprudenziali.

2. Il d.l. 23/2020 (convertito con modifiche in l. 40/2020) ha previsto due diversi modelli di erogazione di denaro da parte di istituti di credito, accomunati dal fatto di essere entrambi fondati sulla concessione di una garanzia pubblica.

Il primo, previsto dall'art. 1, individua quale garante SACE s.p.a., società interamente controllata da Cassa Depositi e prestiti e dunque, in ultima istanza, dal Ministero dell'economia e delle finanze. Il secondo, previsto dall'art. 13, mira a rilanciare il già esistente meccanismo contenuto nella l. 23.12.1996 n. 662, relativo al Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese, ente posto sotto il controllo del Ministero dello sviluppo economico mediante un raggruppamento temporaneo di imprese individuate in cinque diverse banche.

In relazione a entrambe le ipotesi, il meccanismo inserito nel c.d. Decreto liquidità non prevede finanziamenti 'diretti' da parte del 'pubblico', e cioè erogazioni di denaro o liquidità a beneficio di professionisti od imprese da parte dello Stato, contemplandosi, piuttosto, un'assistenza solo indiretta da parte di quest'ultimo, mediante un sistema di garanzia 'pubblica' prestata agli istituti di credito privati che, direttamente ed esclusivamente, avrebbero 'erogato' i prestiti, i finanziamenti, i mutui, *etc.*

Più nel dettaglio, è previsto che i due operatori 'statali' interessati – SACE s.p.a.¹⁸ e il Fondo centrale per le PMI¹⁹ – si limitino a prestare una garanzia a sostegno di finanziamenti concessi alle imprese e ai liberi professionisti.

¹⁸ La garanzia fornita da SACE s.p.a. trova la propria disciplina nell'art. 1 Decreto liquidità, che prevede il rilascio della stessa a copertura a una quota del finanziamento, in percentuale variabile in relazione all'importo del fatturato e del numero dei dipendenti della società richiedente. Tra i requisiti principali di una disciplina davvero assai dettagliata, emerge che le somme così erogate vadano destinate al sostegno di «costi del personale, canoni di locazione o di affitto di ramo d'azienda, investimenti o capitale circolante impiegati in stabilimenti produttivi e attività imprenditoriali che siano localizzati in Italia»; che l'impresa beneficiaria non approvi la ripartizione di dividendi o l'acquisto di azioni proprie nel corso del 2020; gestisca i livelli occupazionali mediante opportuni accordi sindacali; non delocalizzi la produzione. Per quanto concerne le modalità di richiesta del finanziamento, la disciplina dell'art. 1 distingue tra le ipotesi in cui l'impresa abbia meno di 5.000 dipendenti in Italia e un fatturato al di sotto di 1,5 miliardi di euro e le ipotesi in cui tali requisiti siano "sopra-soglia", nel primo caso sancendo che la predetta richiesta vada indirizzata alla banca e, da questa a SACE s.p.a.; nel secondo che occorra un'apposita autorizzazione del M.E.F. Per una ricostruzione più capillare della normativa in esame, v. D. Attanasio, *Il sostegno economico alle imprese nella "legislazione pandemica": un'occasione per riflettere sulla revisione dell'apparato punitivo delle frodi pubbliche*, in DPP 2022, 4, 515 ss.; L. Orsi, *La tutela penale del credito garantito dallo Stato alle imprese colpite dalla pandemia Covid-19*, in www.sistemapenale.it, 8.6.2020.

¹⁹ Parallelamente alla disciplina di cui all'art. 1, anche ai sensi dell'art. 13 il richiedente trasmette l'istanza di finanziamento all'istituto di credito, corredandola con apposita autocertificazione che attesti la sussistenza dei requisiti prescritti dalla legge. A riguardo, va rilevato come la maggior parte dei casi di malversazione o indebita percezione consistenti in abusi della disciplina del Decreto liquidità e giunti all'attenzione delle Procure origini da violazioni relative ai finanziamenti previsti dall'art. 13 lett. m, in forza del quale le banche potevano concedere prestiti per un importo pari al 25% del reddito dichiarato dal richiedente e comunque non superiori a euro 25.000 (soglia elevata ad euro 30.000 in sede di conversione del decreto-legge). Per una compiuta ricognizione della disciplina interessata, cfr. i riferimenti

Per comprendere adeguatamente il senso dell'evoluzione giurisprudenziale che verrà a breve esaminata e le caratteristiche strutturali-funzionali delle condotte illecite ritenute penalmente rilevanti è indispensabile, a nostro giudizio, conoscere la normativa di settore richiamata dal c.d. Decreto liquidità, la quale, anche nelle più recenti sentenze di legittimità, sembra assumere a tutti gli effetti il ruolo di elemento normativo extra-penale delle fattispecie incriminatrici interessate.

2.1 Il Fondo di Garanzia per le PMI (d'ora innanzi anche solo "Fondo" o "Fondo PMI") è stato istituito dall'art. 2 co. 100 l. 662/1996, originariamente «*allo scopo di assicurare una parziale assicurazione ai crediti concessi dagli istituti di credito a favore delle piccole e medie imprese*»: il fine istituzionale, infatti, è quello di garantire tutte le operazioni finanziarie direttamente finalizzate all'attività d'impresa concesse da un soggetto finanziatore (banca o altro intermediario finanziario). Sono ammissibili alla garanzia del Fondo i finanziamenti concessi a micro, piccole e medie imprese (successivamente nel novero sono stati inseriti anche i professionisti), appartenenti a qualsiasi settore, con la sola esclusione delle attività finanziarie.

Vale quindi sin da subito segnalare che l'attività del Fondo solo indirettamente si rivolge a beneficio delle PMI, giacché in prima battuta essa è tesa a garantire la posizione creditoria degli istituti bancari finanziatori, mitigandone il rischio e incentivando così l'erogazione di credito. Le forme tecniche attraverso le quali si concretizza l'intervento del Fondo sono la garanzia diretta (a favore dell'istituto finanziatore) o la controgaranzia e la riassicurazione (queste a favore di un eventuale soggetto garante)²⁰.

Per quanto attiene alla finalità cui l'operazione finanziaria che beneficia della garanzia del Fondo deve essere asservita, la norma istitutiva del Fondo stesso non contiene alcuna prescrizione²¹.

Analogamente – eccezion fatta per le 'sezioni speciali' e le 'riserve' di cui, di volta in volta e con disposizioni speciali, il Fondo di Garanzia è stato dotato per fronteggiare le esigenze finanziarie di imprese operanti in specifici settori economici o in determinate aree geografiche – neppure la disciplina generale del Fondo, contenuta nelle corrispondenti Disposizioni Operative²², individua particolari condizioni quanto alle finalità cui i finanziamenti garantiti devono essere asserviti, limitandosi a prevedere che: «*Ai fini dell'ammissibilità alla garanzia, le operazioni finanziarie:*

- a) devono essere direttamente finalizzate all'attività d'impresa;*
- b) non devono essere finalizzate all'estinzione di finanziamenti, di qualsiasi durata, già erogati al soggetto beneficiario finale dallo stesso soggetto finanziatore o da altri soggetti finanziatori facenti parte dello stesso gruppo bancario e non già garantiti dal Fondo»²³.*

Può quindi affermarsi che i finanziamenti che beneficiano della garanzia del Fondo non soggiacciono a particolari vincoli di destinazione normativamente prestabiliti, essendo unicamente richiesto che la liquidità ottenuta sia «finalizat[a] all'attività d'impresa».

Venendo al provvedimento normativo in esame – il quale, come detto, 'rivitalizza' il ruolo del Fondo PMI –, va rammentato che, nelle circostanze eccezionali determinate dall'epidemia di Covid-19, la Commissione Europea stilava il «*Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*» (comunicazione del 19.3.2020 n. 2020/C 91 I/01, altresì nota come «Temporary Framework»), volto a consentire agli Stati membri di approntare misure di sostegno alle imprese duramente colpite dalla crisi, sfruttando la flessibilità massima

contenuti alla nota che precede.

²⁰ Cfr. *Disposizioni Operative del Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese [legge 662/1996, art. 2, comma 10, lett. a)]*, Parte II, lett. D1, D2, D3.

²¹ A parte l'enunciazione di principio generale contenuta, come visto, nell'art. 2 co. 100 l. 23.12.1996 n. 662, riferita «*allo scopo di assicurare una parziale assicurazione ai crediti concessi dagli istituti di credito a favore delle piccole e medie imprese*».

²² Cfr. *Disposizioni Operative del Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese [legge 662/1996, art. 2, comma 10, lett. a)]*.

²³ Cfr. *Disposizioni Operative*, parte II, par. C).

prevista dalle norme sugli aiuti di Stato. Orbene, al § 3.2. dello stesso si afferma – tra le altre cose – la compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato concessi sotto forma di garanzie pubbliche sui prestiti, prevedendosi – più nel dettaglio – che «*al fine di garantire l'accesso alla liquidità alle imprese che si trovano in una situazione di improvvisa carenza, le garanzie pubbliche sui prestiti per un periodo e un importo del prestito limitati possono costituire una soluzione adeguata, necessaria e mirata nelle attuali circostanze*» (cfr. spec. punto 24).

In forza di ciò, il Governo italiano adottava il d.l. 23/2020 (successivamente convertito, con modificazioni, dalla l. 40/2020), contenente una serie eterogenea di misure straordinarie volte a favorire l'erogazione del credito da parte degli istituti bancari.

Tra le quali, appunto, figurano quelle di cui all'art. 13²⁴ (rubricato «Fondo centrale di garanzia PMI»), specificamente orientate verso il settore delle piccole e medie imprese. Per sommi capi, la disposizione in rassegna rafforza il ruolo del Fondo di Garanzia, prevedendo, *inter alia*: (i) la gratuità della garanzia; (ii) l'innalzamento degli importi suscettibili di beneficiare di essa; (iii) l'innalzamento della percentuale di copertura; (iv) l'affievolimento dei criteri di ammissibilità e di valutazione del merito creditizio (essendo la garanzia concessa, «*senza applicazione del modello di valutazione*» – così la lett. *g* – anche alle imprese che presentano «*inadempienze probabili*» o «*esposizioni scadute*» – così la lett. *g-bis* – o persino a quelle «*ammesse alla procedura del concordato con continuità aziendale*» o che «*hanno presentato un piano ai sensi dell'art. 67*» L.Fall – così la lett. *g-quater*).

Ebbene, nonostante l'elevato coefficiente di dettaglio, la disciplina di cui all'art. 13 – che, peraltro, introduce una serie di deroghe alle disposizioni generali relative al Fondo di Garanzia – nulla dispone quanto alle finalità cui i finanziamenti devono essere asserviti, con la conseguenza che, a riguardo, deve ritenersi applicabile la normativa originaria, la quale – lo si ricorderà – si limita genericamente a statuire la destinazione della liquidità erogata «*all'attività d'impresa*»²⁵.

2.2 Diversamente, in relazione al Fondo di garanzia SACE²⁶, disciplinato dall'art. 1 d.l. 23/2020, vengono previsti chiari vincoli di scopo. Con riguardo a tale tipologia di finanziamento – e solo per questa – l'art. 1 co. 2 lett. *n* d.l. 23/2020, sancisce che lo stesso «*deve essere destinato a sostenere*

²⁴ Più specificamente, l'art. 13 d.l. 23/2020 contempla plurime modalità di intervento diretto del Fondo. In particolare, tralasciando le fattispecie di riassicurazione e controgaranzia, rilevano le seguenti disposizioni riguardanti le ipotesi di garanzia diretta rivolta a PMI:

- art. 13 co. 1 lett. *c*, che riguarda i finanziamenti ordinariamente garantiti dal Fondo, per i quali la copertura è stabilita al 90% e l'ammontare dell'importo finanziabile viene determinato in funzione di taluni parametri reddituali e dimensionali dell'impresa richiedente;

- art. 13 co. 1 lett. *m*, che riguarda i finanziamenti non superiori ad euro 30.000, per i quali la garanzia del Fondo copre il 100% del capitale mutuato;

- art. 13 co. 1 lett. *n*, che riguarda i finanziamenti a rischio tripartito, nei quali, cioè, interviene – oltre all'istituto erogante e al Fondo, quale garante – un terzo soggetto abilitato al rilascio di garanzie che integra la garanzia del Fondo fino all'integrale copertura dell'importo mutuato.

A riguardo, si segnala che le condizioni di accesso alla garanzia del Fondo divergono a seconda della disposizione applicata. Infatti, tanto i finanziamenti di cui alla lettera *m*, quanto quelli di cui alla lettera *n*, sono riservati alle imprese «*la cui attività d'impresa è stata danneggiata dall'emergenza COVID-19, secondo quanto attestato dall'interessato mediante dichiarazione autocertificata ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445*». Diversamente, analoga previsione non è riprodotta con riguardo ai finanziamenti di cui alla lettera *c*, la cui concessione – dunque – non risulta in alcun modo subordinata all'avvenuto danneggiamento dell'impresa a causa del Covid. Con la conseguenza che, con precipuo riferimento alle richieste di finanziamento garantite ai sensi dell'art. 13 co. 1 lett. *c*, pare potersi affermare che non assumano rilevanza eventuali (mendaci) autocertificazioni con le quali l'impresa richiedente dichiara di essere stata danneggiata dalla pandemia.

²⁵ Cfr. *supra*, nt. 22.

²⁶ Finanziamenti tendenzialmente rivolti alle grandi imprese e solo eccezionalmente accessibili alle PMI, allorché queste ultime «*abbiano pienamente utilizzato la loro capacità di accesso al Fondo di cui all'articolo 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662, nonché alle garanzie concesse ai sensi dell'articolo 17, comma 2, del decreto legislativo 29 marzo 2004, n. 102*». In altri termini, la garanzia di SACE poteva essere concessa alle PMI solo a condizione che queste avessero già fruito nella misura massima della garanzia resa dal Fondo di Garanzia.

costi del personale, canoni di locazione o di affitto di ramo d'azienda, investimenti o capitale circolante impiegati in stabilimenti produttivi e attività imprenditoriali che siano localizzati in Italia, come documentato e attestato dal rappresentante legale dell'impresa beneficiaria, e le medesime imprese devono impegnarsi a non delocalizzare le produzioni».

Ulteriore differenza si registra in tema di dividendi, la cui distribuzione trova un espresso divieto nell'art. 1 co. 2 lett. i²⁷, ma non anche nell'art. 13.

Insomma, il raffronto tra le disposizioni emergenziali contenute, rispettivamente, nell'art. 1 (garanzia SACE) e nell'art. 13 (garanzia Fondo PMI), d.l. 23/2020, rende evidente che solo i finanziamenti SACE soggiacciono a parametri di destinazione rigidi e prestabiliti, nonché al divieto di distribuzione di dividendi. Non altrettanto, invece, risulta disposto con riguardo ai finanziamenti garantiti dal Fondo di Garanzia per le PMI.

Su di un piano più generale, ci sembra che, al di là della gravità delle singole condotte abusive e della specifica rilevanza all'interno dei singoli casi giudiziari, debba riconoscersi come la disciplina ora ripercorsa si componga di norme 'specialissime', costituenti elementi normativi giuridici extrapenalistici di integrazione della fattispecie penale ai sensi dell'art. 47 co. 3 Cp, con la conseguenza che già una semplice interpretazione 'estensiva' – per non dire, *a fortiori*, una applicazione analogica delle stesse – appare in potenziale frizione vuoi con il principio di stretta legalità, vuoi con l'esigenza di valutare, alla luce del principio di personalità della responsabilità penale, la possibile rilevanza della natura eventualmente colposa dell'errore di diritto che incida sulla tipicità del fatto.

3. Quali i sistemi fraudolenti giunti all'attenzione della giurisprudenza di merito e di legittimità, e quali le soluzioni giuridico-penalistiche applicate, in relazione alla disciplina poc'anzi rievocata?

Considerando le manifestazioni empiriche delle condotte abusive, le stesse possono ricondursi sostanzialmente a due meccanismi operativi.

In primo luogo, i casi di richiedenti i quali dichiarino *falsamente*, mediante autocertificazione, che la propria attività è stata danneggiata dall'emergenza Covid-19, conseguendo il prestito garantito dal Fondo PMI contando sulla sostanziale mancanza di valutazione di 'merito creditizio', e alla luce della snellezza dell'istruttoria svolta dall'istituto di credito; in secondo luogo, per i casi in cui non fosse necessaria l'autocertificazione di danno (art. 13 co. 1 lett. c)²⁸, ovvero nei quali fosse stata correttamente auto-certificato dal richiedente il pregiudizio subito in conseguenza della pandemia, la condotta abusiva si sarebbe trasferita dal momento *indebitamente percettivo* a quello *indebitamente malversativo* del finanziamento, insistente cioè sulla illecita destinazione degli importi percepiti al soddisfacimento di finalità diverse da quelle previste normativamente dal Decreto liquidità²⁹.

Altrimenti detto, sul versante criminologico, la normativa summenzionata ha incoraggiato, da un lato, la produzione di false certificazioni volte ad ottenere indebitamente l'erogazione del finanziamento; da un altro lato, casistiche di distrazione delle somme – ancorché conseguite lecitamente – per finalità difformi da quella prevista *ex lege*, e cioè quella di favorire la celere ripresa economica delle imprese colpite dalla pandemia.

Ebbene, nei procedimenti penali avviati in relazione a tali fenomenologie illecite, le stesse sono state contestate ai sensi, rispettivamente, delle fattispecie delittuose di cui agli artt. 316 *bis* (malversazione di erogazioni pubbliche) e 316 *ter* Cp (indebita percezione di erogazioni pubbliche), nonostante

²⁷ Che così dispone: «L'impresa che beneficia della garanzia [di SACE, n.d.s.] assume l'impegno che essa, nonché ogni altra impresa con sede in Italia che faccia parte del medesimo gruppo cui la prima appartiene, comprese quelle soggette alla direzione e al coordinamento da parte della medesima, non approvi la distribuzione di dividendi o il riacquisto di azioni nel corso dell'anno 2020. Qualora le suddette imprese abbiano già distribuito dividendi o riacquistato azioni al momento della richiesta del finanziamento, l'impegno è assunto dall'impresa per i dodici mesi successivi alla data della richiesta».

²⁸ Cfr. *supra*, nt. 23.

²⁹ Sul diverso vincolo di destinazione normativa, tuttavia, non sembra rilevante la differenza esistente tra la disciplina del Fondo garanzia SACE e del Fondo di Garanzia PMI; sul punto, cfr. *retro*, § 2.

avessero ad oggetto finanziamenti concessi da istituti di credito privati, pur ‘coperti’ da una garanzia di matrice pubblicistica.

Sembra che in tale contesto qualificatorio vada colta una sostanziale criticità in termini di configurabilità della tipicità criminosa: al di là del carattere abusivo e illecito dei due predetti moduli comportamentali, si sarebbe dovuto considerare che lo Stato – limitandosi a *garantire* i finanziamenti – non provvede ad alcuna ‘erogazione’ di liquidità, privilegiando invece l’interposizione tra sé e il richiedente di un soggetto terzo – l’istituto di credito – effettivo ‘erogatore’ al privato una somma di denaro *propria*. Insomma, il pregiudizio incombente sulle finanze pubbliche è solo eventuale e, in ogni caso, successivo rispetto alla concreta ‘erogazione’, limitandosi lo Stato a intervenire a posteriori per tenere indenne la banca da un solo possibile inadempimento dell’obbligo restitutorio da parte del richiedente.

Sennonché, la più recente giurisprudenza³⁰ della Cassazione non ha ravvisato, in proposito, alcuna carenza di tipicità penalistica: dopo un iniziale arresto garantistico, ha infatti esteso la portata semantica dell’espressione «altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concess[e] o erogat[e] dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee» sino a ricomprendervi la strutturalmente diversa, e funzionalmente eterogenea, prestazione pubblica di garanzia³¹.

È il momento, quindi, di soffermarsi sulla predetta evoluzione giurisprudenziale e di comprendere in base a quali assunti essa abbia ravvisato l’integrazione delle fattispecie di cui agli artt. 316 *bis* e 316 *ter* Cp

4. La tendenza all’ampliamento giurisprudenziale *contra reum* del penalmente rilevante rappresenta un fenomeno certamente non nuovo proprio in tema di reati contro la Pubblica amministrazione³².

Sì che la contestazione delle fattispecie di cui agli artt. 316 *bis* e *ter* Cp in relazione a condotte di false certificazioni o di malversazioni di somme di danaro concesse da un istituto di credito, ma garantite a monte da un organismo pubblico, per quanto non condivisibile per la forzatura ermeneutica della tipicità e della riserva di legge, non può cogliere come un’insospettabile sorpresa. Si sta in effetti consolidando un orientamento giurisprudenziale³³ (seppur formatosi, allo stato, esclusivamente all’esito di vicende cautelari) che ravvisa l’integrazione delle fattispecie a tutela dei

³⁰ Dopo che in Cass. 15.4.2021 n. 22119, *Rainone* si era esclusa la configurabilità del delitto di cui all’art. 316 *bis* Cp, si sono susseguite, a breve distanza, Cass. 24.11.2021 n. 2125, *Bonfanti*; 13.1.2022 n. 11246, *Pressiani*; 6.5.2022 n. 28416; 7.12.2022 n. 49693 – quest’ultima con nota di G. Bondi, *La Cassazione torna sul discrimen tra malversazione e indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato in relazione alla legislazione emergenziale per il sostegno delle imprese colpite dagli effetti della pandemia da Covid-19*, in www.studiumiuris.it, in corso di pubblicazione – dal tenore opposto, come si dirà appresso.

³¹ Si rammenti – ma sul punto si tornerà diffusamente *infra* – che anteriormente alla riforma intervenuta nel 2022 all’esito del c.d. Decreto sostegni *ter* – l’art. 316 *bis* Cp presentava quale oggetto materiale della malversazione «contributi, sovvenzioni, finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse», con una evidente, sebbene non dichiarata, disparità rispetto all’ampia locuzione «contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee». Come si vedrà, a partire dal 2022 tale difformità è stata appianata, riferendosi ora le condotte punite in entrambe le fattispecie a «contributi, sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, destinati alla realizzazione di una o più finalità».

³² I delitti di cui al Titolo II da tempo, infatti, costituiscono uno tra gli ambiti maggiormente interessati dalla predetta tendenza espansiva. Dalla corruzione per l’esercizio della funzione al *trading in influence* nel fu millantato credito; dall’eccesso di potere nell’abuso d’ufficio nella versione *ante* 2020 fino alla sostanziale ‘privatizzazione’ della figura soggettiva dell’incaricato di pubblico servizio, sfociata nella nota vicenda giuridico-qualificatoria del peculato dell’albergatore. In generale, sull’incerto statuto del concetto di “pubblico”, con riferimento ai delitti di cui al Titolo II, cfr. la complessiva ricostruzione di N. Amore, *Pubblico e privato nei delitti a soggettività ristretta*, Torino 2020. Per un significativo esempio di segno opposto, con riguardo ai più recenti orientamenti di legittimità, cfr. le pronunce relative ai delitti di turbativa (artt. 353 e 353 *bis* Cp in particolare) – *infra* citate nel testo – relative ai casi di affidamento diretto di lavori conseguente a condotte perturbatrici volte ad evitare la gara ovvero al contesto – assai noto sul versante mediatico – dei concorsi universitari ‘truccati’.

³³ Cfr. *supra*, nt. 29.

finanziamenti pubblici nonostante le somme conseguite dagli interessati – e asseritamente distratte (o indebitamente ottenute) – non provengano dalle casse pubbliche. A nostro modo di vedere, trattasi di opzione ermeneutica cripto-analogica che assume quel collegamento – a titolo di mera garanzia e solo potenziale esposizione economica effettiva – come condizione sufficiente per qualificare come ‘erogazioni pubbliche’ anche erogazioni ‘private’ solo garantite da fondi od organismi caratterizzati in termini pubblicistici. Il mero collegamento a titolo di garanzia pubblica dell’erogazione viene assunto quale elemento determinante per la concessione del finanziamento, al punto da determinare quasi una sorta di ‘mutazione tipologica’ dell’erogazione stessa, da privata a pubblica, inscrivibile, in quanto tale, nella classe delle ‘erogazioni pubbliche’ rilevanti ai fini della integrazione dei delitti di cui agli artt. 316 *bis* e *ter* Cp

A nostro giudizio, trattasi di una forzatura interpretativa *in malam partem* del testo codicistico, non giustificabile nemmeno alla luce delle più elastiche e – per certi versi – ‘semanticamente lasche’ elaborazioni teoriche in tema di legittimità dell’interpretazione ‘estensiva’ nel diritto penale.

A seguire saranno delineati i recentissimi e contrastati itinerari giurisprudenziali.

La caratteristica comune dei predetti precedenti è nota: tutti i procedimenti avviati si riferiscono (a) alla erogazione di somme di danaro³⁴ conseguite sulla base di false dichiarazioni dei redditi allegate alla richiesta di finanziamento o (b) al distorto utilizzo della somma concessa dall’istituto di credito, ancorché legittimamente ottenuta.

Al fine di meglio inquadrare (cfr. *infra*, § 5) gli assunti del Supremo Collegio nel consolidare il proprio orientamento interpretativo, merita ripercorrere brevemente i fatti oggetto di ciascun procedimento e gli esiti cui la Cassazione è di volta in volta, sinora, pervenuta.

4.1. Con la sentenza 15.4.2021 n. 22119³⁵, la Suprema Corte aveva adottato un criterio di stretta interpretazione, escludendo il delitto di malversazione in un caso di finanziamento erogato da un istituto di credito privato, solo garantito dal Fondo pubblico gestito da SACE s.p.a.

Il caso maturava all’esito del riesame proposto avverso un decreto di sequestro preventivo – disposto dal G.I.P. di Isernia, quindi confermato dall’omologo Tribunale – di euro 20.000, conseguiti dall’interessato attraverso il finanziamento di cui agli artt. 1 e 1 *bis* Decreto liquidità³⁶. Finanziamento che, secondo la tesi accusatoria, avrebbe costituito invece oggetto di malversazione. Veniva addebitato al ricorrente di avere impiegato la predetta somma di denaro per finalità distoniche rispetto a quelle previste dal Decreto – mantenimento dei livelli occupazionali, contrasto al fallimento o alla crisi delle imprese per contrazione del fatturato causato dall’emergenza sanitaria, copertura di spese strettamente funzionali a tali finalità – trasferendola, segnatamente, dal conto intestato alla società beneficiaria al proprio e, da ultimo, a quello della figlia, attraverso una serie di bonifici contrassegnati dalla causale ‘prestito infruttifero a socio’.

La Suprema Corte disattendeva detta interpretazione, motivando l’annullamento dell’ordinanza impugnata poiché il finanziamento non avrebbe presentato ‘matrice pubblicistica’, non potendosi certo ‘snaturare’ il carattere strettamente privatistico del rapporto tra privato ed ente finanziatore alla luce della partecipazione esterna di SACE s.p.a., quale mero garante dell’operazione contrattuale. Proprio la rigida distinzione esistente tra i due rapporti contrattuali – da un lato un mutuo di scopo, tra la banca e il richiedente; da un altro lato una garanzia, tra la banca e SACE s.p.a. – avrebbe condotto a concludere che solo «*l’inadempimento di tale obbligazione restitutoria* [la restituzione del

³⁴ Ricordiamo per inciso, rimandando per dettagli ulteriori ai contributi segnalati alla nt. 17, il meccanismo previsto, seppur con diversità di sfumature, dagli artt. 1 e 13 Decreto liquidità: gli enti interessati (Fondo PMI e SACE s.p.a.) rilasciano una garanzia diretta o in riassicurazione – automaticamente e senza valutazione – a sostegno di finanziamenti concessi dagli istituti di credito ai richiedenti che, mediante autocertificazione, attestano la sussistenza dei requisiti prescritti dalla normativa emergenziale, fermo restando che il soggetto che eroga il finanziamento (la banca) non è tenuto a svolgere accertamenti ulteriori rispetto alla verifica formale di quanto dichiarato.

³⁵ Cass. 15.4.2021 n. 22119, *Rainone*.

³⁶ Trattavasi, appunto, del finanziamento garantito da SACE s.p.a., per cui si rinvia al § 2.2.

finanziamento, n.d.s.] *rende, dunque, operativa la garanzia pubblica, cosicché, in assenza di tale presupposto, ogni onere connesso all'erogazione del finanziamento rientra esclusivamente nel rapporto principale tra l'impresa e il soggetto finanziatore*»³⁷. Insomma, un rapporto privatistico, in quanto tale inidoneo a integrare la fattispecie di cui all'art. 316 *bis* Cp.

4.2 Solo a distanza di alcuni mesi, la soluzione contraria, affermativa della tipicità criminosa, avrebbe trovato un primo riscontro, seguito poi da un continuo e diffuso consenso.

Con sentenza del 15.4.2021³⁸, infatti, veniva posto all'attenzione della Corte un provvedimento di sequestro preventivo di euro 25.000 a carico della ricorrente, alla quale era contestato il delitto di indebita percezione di erogazioni pubbliche in quanto avrebbe potuto accedere ad un prestito bancario sorretto dalla garanzia del Fondo PMI dichiarando, a sostegno della propria richiesta di finanziamento, che i ricavi conseguiti dalla stessa nell'annualità 2018 erano stati pari ad euro 109.680, contro euro 22.349 effettivi. Di conseguenza, la ricorrente aveva beneficiato di un finanziamento di consistenza maggiore rispetto a quello al quale avrebbe avuto diritto, posto che – lo si rammenta – l'art. 13 lett. *m*³⁹ Decreto liquidità, prima della conversione in legge, ammetteva 'nuovi finanziamenti' per un importo pari al 25% del reddito e, comunque, non superiore ad euro 25.000.

Il caso veniva deciso in senso diametralmente opposto rispetto alla soluzione offerta dalla sentenza *Rainone*; il modello del finanziamento garantito di cui all'art. 13 lett. *m* Decreto liquidità veniva inquadrato nella nozione delle «erogazioni pubbliche comunque denominate», con conseguente integrazione della fattispecie di cui all'art. 316 *ter* Cp.

La motivazione della sentenza insiste particolarmente sulla rilevanza essenziale che la garanzia concessa dallo Stato – in tal caso, per mezzo del Fondo PMI – riveste ai fini della erogazione del finanziamento. Di qui, una lettura – sia consentito – 'olisticamente unitaria' della complessiva (e in realtà 'plurima') struttura contrattuale, che – nella prospettiva condivisa dai Giudici di legittimità – si sarebbe senz'altro inscritta nella summenzionata clausola di chiusura: «*chiaro indice della volontà legislativa di prescindere dal nomen iuris del vantaggio economico goduto dal privato e di attribuire rilievo a qualsiasi "erogazione" da cui il destinatario tragga un tale vantaggio a spese dello Stato*»⁴⁰. Insomma, al di là del senso «fatto palese dal significato proprio delle parole» ai sensi dell'art. 12 delle Disposizioni sull'applicazione legge in generale⁴¹, alla cui stregua una 'erogazione' non si pone in termini di equipollenza concettuale semantica con la mera 'prestazione di una garanzia', l'interpretazione antiletterale della Corte nondimeno equipara i due sintagmi.

³⁷ Cass. 15.4.2021, cit., § 1.3.

³⁸ Cass. 24.11.2021 n. 2125, *Bonfanti*.

³⁹ Cfr. *supra*, nt. 18 e 23.

⁴⁰ Cass. 24.11.2021, § 6.

⁴¹ Del resto, proprio il rinvio all'art. 12 Preleggi ha costituito uno degli argomenti con cui la stessa Corte di cassazione ha rivendicato la necessità di una interpretazione stretta del testo di legge, con riferimento al settore dei delitti di turbativa. All'interno di un indirizzo ormai consolidato, si è in particolare affermato che verso una lettura 'minima' del testo di legge «*convergono l'interpretazione del significato letterale dell'art. 353 c.p., e la valutazione della sua ratio in linea con l'endiadi esegetica posta dall'art. 12 preleggi per il quale la legge va applicata traendo le premesse "dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore"*» (cfr. Cass. 28.6.2022 n. 24772). Ancor più esplicita Cass. 16.2.2022 n. 5536, secondo cui «*[r]ispetto al dato letterale della norma incriminatrice, non sono dunque condivisibili torsioni interpretative volte a conformare il dato testuale per attribuirgli un significato ulteriore, distinto e più ampio, rispetto a quello desumibile dalla sua immediata lettura. Si tratta di opzioni interpretative che finiscono per estendere l'ambito della norma incriminatrice e la tipicità della fattispecie con un procedimento analogico in malam partem in cui, attraverso considerazioni di natura teleologica, si varcano i paletti fissati dalla lettera della legge*». Per ulteriori approfondimenti sul tema v. N. Madia, *Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta: fattispecie a rischio overbreadth*, in *AP* 2022, 2, 14 s.; V. Maiello, *La legalità della legge e il divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, in *GI* 2022, 2487 ss.; A. Santangelo, *Uno studio sui delitti di turbativa. La tutela della concorrenza tra tipicità e proporzionalità dell'intervento penale*, Bologna 2023, 115 ss.

4.3 La tesi ‘rigoristica’ si consolidava nelle motivazioni di Cass. 13.1.2022 n. 11246⁴².

I profili fattuali che portano a tale decisione risultano sostanzialmente sovrapponibili al caso precedente: veniva interposto ricorso per cassazione avverso l’ordinanza del Tribunale del riesame di Bergamo che, in accoglimento dell’appello del P.M. ed in riforma del decreto di rigetto del G.I.P. lombardo, aveva disposto il sequestro preventivo di euro 13.000 a carico del ricorrente, accusato di aver potuto accedere al credito garantito dal Fondo PMI «*allegando, quale documentazione a sostegno della richiesta, una bozza di dichiarazione dei redditi relativa all’annualità del 2018 per un ammontare di Euro 52.195, in realtà mai presentata*»⁴³.

Ancora una volta, le erogazioni rilevanti ai sensi dell’art. 316 *ter* Cp erano ritenute agevolmente estensibili al meccanismo introdotto dall’art. 13 lett. *m* Decreto liquidità. E, ciò, in ragione dell’ampiezza semantica di cui godrebbe la nozione di ‘erogazioni pubbliche’, suscettibile di ricomprendere anche i mutui erogati da istituti di credito privati e solo garantiti da fondi di rilevanza pubblicistica, a maggior ragione laddove, come nel caso di specie, le garanzie costituiscano presupposto determinante per la concessione del finanziamento.

Altrimenti detto, l’erogazione privata garantita, secondo lo schema del Decreto liquidità, da fondi a rilevanza pubblicistica diverrebbe, *eo ipso*, ‘erogazione comunque denominata’ rilevante ai sensi dell’art. 316 *ter* Cp

4.4 Nel solco tracciato dai precedenti si collocavano altresì le due più recenti decisioni del Supremo Collegio, proiettando l’estensione applicativa *contra reum* dell’interpretazione altresì sulla diversa fattispecie di malversazione di cui all’art. 316 *bis* Cp. In certo senso, le stesse portavano a compimento l’estensione applicativa *in malam partem* inaugurata dalla sentenza *Bonfanti*, non solo aderendo ai principi di tale pronuncia, ma trasferendoli anche al diverso delitto di malversazione.

Con la sentenza 6.5.2022 n. 28416⁴⁴, la Suprema Corte concludeva l’incidente cautelare originato dal sequestro della somma di euro 15.000 ottenuta mediante il consueto finanziamento garantito dal Fondo PMI dal ricorrente, il quale, invece di impiegarla per soddisfare le esigenze di liquidità della propria azienda, avrebbe acquistato un camper adibito a uso privato.

Analogamente, la sentenza 7.12.2022 n. 49693⁴⁵ confermava la sussistenza del *fumus* del delitto di cui all’art. 316 *bis* Cp in capo all’agente, il quale aveva conseguito (in questo caso, peraltro, indebitamente, con la conseguenza che si poneva altresì il problema di corretta individuazione della fattispecie astrattamente applicabile: alternativamente, art. 316 *bis* o art. 316 *ter* Cp) un finanziamento per euro 836.640, poi ‘dirottati’ dalla società richiedente a una società controllante e, da ultimo, in parte distribuiti quali utili societari.

Orbene, proprio al fine di giustificare la estensione dei principii espressi nella sentenza *Bonfanti* al delitto di malversazione, la Corte – come vedremo – ‘rafforzava’ le proprie motivazioni, non potendosi limitare a riproporre le stesse già utilizzate nelle decisioni precedenti, nella consapevolezza della diversa, e minore, estensione denotativa della formulazione linguistica contenuta nell’art. 316 *bis* Cp rispetto all’art. 316 *ter* Cp, il primo non contemplando, nella versione *ratione temporis* vigente,

⁴² Cass. 13.1.2022 n. 11246, *Pressiani*.

⁴³ Cass. 13.1.2022, § 1.

⁴⁴ Cass. 6.5.2022 n. 28416. Cfr., in particolare, § 9: «*Ritiene il Collegio, in continuità con le ricostruzioni dell’operazione di finanziamento assistito dalla garanzia del Fondo PMI operate dalle sentenze Bonfanti e Pressiani, sia pure con diversità di accenti, che il reato di malversazione a danno dello Stato sia configurabile anche in relazione ai finanziamenti erogati sulla base di garanzie pubbliche, orientamento questo da ritenersi ormai consolidato in Sezione*».

⁴⁵ Cass. 7.12.2022 n. 49693. Sulla linea di continuità coi precedenti, cfr., spec., § 3.1: «*Si rinvia a tal fine all’ampia e puntuale trattazione di cui ai paragrafi 10 e 11 della sentenza citata, la n. 28416/2022, a fondamento della conclusione secondo cui le disponibilità economiche oggetto del finanziamento assistito da garanzia del Fondo PMI derivano non già dal puro ricorso al metodo finanziario, quanto dall’intervento indiretto posto dallo Stato, per cui si è in presenza di un ausilio economico «ottenuto dallo Stato», secondo il lessico dell’art. 316 *bis* c.p.; ausilio che non deve necessariamente avere ad oggetto pecunia pubblica ma può avere anche ad oggetto finanziamenti erogati in ragione di una garanzia pubblica*».

il riferimento testuale alle ‘erogazioni comunque denominate’, bensì il solo riferimento ai «contributi, sovvenzioni, finanziamenti»⁴⁶.

5. Gli epiloghi decisionali brevemente ripercorsi impongono ora l’adozione di una prospettiva maggiormente analitica. A ben vedere, ampio è il ventaglio di tematiche dispiegato dalle pronunce successive alla sentenza *Rainone*: dal risalente problema riferibile al corretto inquadramento dei rapporti tra gli artt. 316 *bis, ter* e 640 *bis* Cp all’altrettanto proibitivo compito di identificare il confine tra analogia e interpretazione estensiva⁴⁷; dal valore assunto dalle modifiche apportate alle predette fattispecie con il Decreto sostegni *ter* alla esatta perimetrazione dell’oggetto materiale delle stesse.

La questione al fondo è la seguente: il finanziamento che il privato richiede e ottiene da una banca, il quale sia sostenuto da una garanzia statale è annoverabile, in termini di tipicità criminosa, tra le ‘erogazioni pubbliche’ di cui agli artt. 316 *ter* e, ora, 316 *bis* Cp? È legittimo assegnare alla mera prestazione di una garanzia il significato di ‘erogazione’? Nel linguaggio corrente, nel linguaggio specialistico, nei glossari, nei vocabolari, si può affermare che quando un terzo ‘presta una garanzia’ per un credito concesso da una banca a un cliente, il terzo abbia effettuato una ‘erogazione’? Ci sembra di no. Il comune cittadino, che – dopo tutto, non andrebbe dimenticato – è il principale destinatario del dettame comportamentale contenuto nel precetto penale (non certo il giudice, nel laboratorio euristico dell’esplorazione esegetica, logica od ermeneutica), non penserebbe certo di aver ricevuto una erogazione dallo Stato, o da un Ente pubblico. Il richiedente il finanziamento alla banca, una volta ottenuto l’accredito sul proprio conto corrente e ancorché posto a conoscenza della possibilità di ottenerlo in tempi brevi e secondo condizioni agevolate per alcuni provvedimenti pubblici di sostegno all’economia durante l’emergenza pandemica, riterrebbe, esattamente al contrario, di aver ricevuto una erogazione dalla banca, e di dover restituire nel tempo alla stessa l’importo ricevuto.

L’interpretazione di séguito criticata, prima ancora che analogica, inaccettabilmente estensiva o atipica secondo le diverse e complesse cifre teoriche in tema di interpretazione giuridica, si appalesa, molto più banalmente, ‘controintuitiva’ per il comune cittadino.

A ben vedere, ‘controintuitive’ sono le quattro decisioni successive all’arresto *Rainone*. Esse si fondano sull’estensione applicativa delle fattispecie incriminatrici anche ai predetti finanziamenti, alla stregua della pretesa di ricondurre alla tipicità semantica del sostantivo ‘erogazioni’ anche la mera prestazione di una garanzia; pertanto, della conseguente pretesa di estendere l’aggettivo, e dunque il carattere pubblico, dell’‘erogazione-prestazione di garanzia’ laddove siano interessati i Fondi di garanzia PMI e SACE s.p.a.

⁴⁶ Cfr. *supra*, nt. 30.

⁴⁷ Sul punto, anche per ulteriori richiami bibliografici, cfr. G. Pino, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Riv. fil. dir.* 2013, 1, 77-102, il quale sottolinea come la distinzione tra interpretazione estensiva (come attività interpretativa) e analogia (come attività costruttiva/integrativa) costituisca una delle distinzioni più controverse nella teoria e nella prassi dell’interpretazione giuridica, in considerazione anche delle sue importanti conseguenze pratiche, principalmente per il divieto di analogia in materia penale. In sintesi (richiamando, in particolare, la posizione di R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano 2011, spec. 277-279), l’Autore afferma che «l’interpretazione estensiva manipola, per così dire, i bordi della cornice (essa forza, pur se in maniera non irragionevole, i significati riconducibili alla cornice), mentre l’analogia ricade direttamente al di fuori della cornice. Facile da dire in teoria, difficile da accertare in pratica, visto anche che la cornice non solo può essere indeterminata da un punto di vista linguistico, ma – secondo la definizione di Guastini – è anche influenzata dalle costruzioni dogmatiche, dalle tecniche interpretative, *et similia*. D’altronde, nel momento in cui tra tali tecniche interpretative includessimo anche il ricorso a principi (generali o costituzionali), alla *ratio legis*, al criterio di ragionevolezza, all’argomento della coerenza, e così avanti, ci accorgeremmo come vi siano più cose nella cornice di quante ne sogni la nostra filosofia. Probabilmente, qualunque analogia può essere agevolmente, o non troppo irragionevolmente, ricondotta all’interno della cornice, una volta che la cornice sia stata ricostruita in modo da includere tecniche interpretative, tesi dogmatiche, e precedenti interpretazioni creative. La conclusione è scontata: la linea di demarcazione tra l’interpretazione estensiva propriamente detta e la costruzione di una norma inespressa è molto fluida e sottile», sì che interpretazione estensiva e analogia sono due modi «di argomentare o di fraseggiare una medesima operazione» (così R. Guastini, *op. cit.*, 282).

(a) Dopo che nella sentenza *Bonfanti* l'argomentazione veniva soltanto accennata sottotraccia⁴⁸, a partire dalla sentenza *Pressiani* la Cassazione riconosce la natura pubblica dei finanziamenti in questione ricavandola dal carattere 'simbiotico' degli stessi rispetto alla garanzia dello Stato, nel senso che quest'ultima costituirebbe la *condicio sine qua non* della concessione del finanziamento a soggetti, altrimenti, «*irreparabilmente esclusi [...] in assenza delle ordinarie garanzie negozialmente richieste da parte degli istituti di credito*». La pubblicità del finanziamento andrebbe, dunque, rinvenuta nella valenza unitaria⁴⁹ che il rapporto triangolare tra Fondo PMI/SACE s.p.a., banca e richiedente assumerebbe, a propria volta riconducibile alla relazione di causa-effetto che lega la garanzia al finanziamento. Breve: una natura pubblicistica 'per estensione', dedotta dal carattere «causalmente determinante»⁵⁰ della garanzia (pubblica) sul finanziamento (privato).

Peraltro, tale tesi troverebbe ulteriore conforto nel dato normativo, posto che l'art. 1 co. 12 Decreto liquidità subordinerebbe all'approvazione della Commissione europea l'efficacia delle misure in esame, definite espressamente dai giudici di legittimità quali 'forme di intervento pubblico'⁵¹.

Viene disattesa, quindi, la tesi inizialmente seguita dalla Suprema Corte (nel primo caso pervenute in tema di finanziamenti garantiti da SACE s.p.a.), la quale aveva negato l'integrazione del delitto di malversazione sulla base della considerazione, di logica e stretta interpretazione, per cui nei casi in esame difetterebbe una 'erogazione dello Stato', sussistendo – semmai – due distinti rapporti contrattuali: da un lato, un mutuo di scopo concesso dalla banca al richiedente; da un altro lato, un rapporto, accessorio, di garanzia a prima richiesta rilasciata da organi *lato sensu* 'pubblici' alla banca stessa per i casi, solo potenziali al momento dell'erogazione effettiva, di omesso rimborso del finanziamento⁵².

(b) Tuttavia, l'argomento nevralgico su cui la Cassazione fonda l'applicabilità delle suddette fattispecie si registra nell'asserita 'estrema ampiezza' della formulazione dell'oggetto materiale di ciascuna delle due⁵³, ulteriormente accentuata dalla clausola di chiusura con cui siffatta elencazione si chiude. Tale estensione applicativa, prosegue la Corte, troverebbe conferma nella giurisprudenza di legittimità (vengono ovviamente richiamate le note sentenze a Sezioni Unite *Carchivi*⁵⁴ e *Pizzuto*⁵⁵) anche in materia civile: il riferimento va – in particolare – all'orientamento interpretativo

⁴⁸ Non a caso, per stessa ammissione dell'estensore, «*il tema centrale [era] quello della delimitazione dell'ambito di rilevanza penale segnato dagli artt. 316-ter e 640-bis Cp, con riferimento al carattere chiuso o aperto della elencazione contenuta nelle predette norme con riguardo alla descrizione delle forme di assistenza ed agevolazione economica che lo Stato concede*».

⁴⁹ Si tratta della tesi proposta a prima lettura della normativa di cui al Decreto liquidità da F. Mucciarelli, *Finanziamenti garantiti ex d.l. 23/2020: profili penalistici*, in www.sistemapenale.it, 4.5.2020, spec. 7; una tesi, essenzialmente, ricostruita su quella che la Suprema Corte ritiene essere la *ratio* ispiratrice della normativa in esame: così G. Sepe, *Brevi osservazioni sulla tutela penale del credito garantito dallo stato in occasione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 (cd. Decreto liquidità)*, in www.giustiziainsieme.it, 12.9.2022, § 2.

⁵⁰ Cass. 24.11.2021, *Bonfanti*, cit., § 4.

⁵¹ Cass. 6.5.2022, cit., § 10.1.

⁵² Cass. 15.4.2021, *Rainone*, cit.: «*Va, inoltre, considerato che lo schema operativo delineato dalla legge n. 40 del 2020 consente di individuare due rapporti giuridici: uno tra l'impresa ed il soggetto finanziatore, riconducibile ad un mutuo di scopo legale; ed uno, di carattere accessorio, avente ad oggetto la garanzia a prima richiesta rilasciata da SACE S.p.A. (a sua volta coperta da garanzia dello Stato) al soggetto finanziatore per il caso di mancata restituzione del finanziamento*».

⁵³ Abbiamo già ricordato alla nt. 30 la discrepanza esistente tra l'oggetto materiale dell'art. 316 bis Cp e quello dell'art. 316 ter Cp nelle versioni vigenti ante riforma del 2022. L'estrema ampiezza semantica di tali locuzioni – anche prima del 2022 – è, per vero, riconosciuta dalla dottrina maggioritaria, la quale propende per una lettura non strettamente tassativa delle formule in esame: con particolare riferimento all'art. 316 bis Cp, cfr. M. Riverditi, *Delitti a tutela dell'attività di finanziamento pubblico*, in *Trattato di diritto penale. Parte Speciale. Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. Grosso, C.E. Paliero, Milano 2015, 146 ss. Per una definizione di ciascuno degli elementi normativi ricompresi nelle succitate formule, G. Amarelli, *Malversazione ed indebita percezione di erogazioni pubbliche*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di S. Fiore, G. Amarelli, Torino 2021, 83.

⁵⁴ Cass. S.U. 19.4.2007 n. 16568, *Carchivi*.

⁵⁵ Cass. S.U. 16.12.2010 n. 7537, *Pizzuto*.

espresso in materia di riconoscimento dei privilegi di cui al d.lgs. 123/1998⁵⁶ sui crediti vantati dal Fondo PMI in conseguenza della escussione della garanzia, laddove la nozione di ‘finanziamenti’ sarebbe suscettibile di ricomprendere «*tutti gli interventi di sostegno per lo sviluppo delle attività produttive effettuati dalle amministrazioni pubbliche [...] in considerazione della unitaria direzione finalistica [...] ovvero l’aiuto finanziario alle imprese*»⁵⁷.

Più specificamente, viene valorizzata una sentenza della Sezione I civile⁵⁸ che, trattando dell’ampiezza semantica del termine «finanziamento» contenuto nell’art. 9 co. 5 d.lgs. 123/1998 – nella parte in cui vengono regolate le modalità di restituzione dei crediti derivanti dai «finanziamenti erogati ai sensi del presente decreto legislativo» –, assume che tale lemma richiami – seppur con un rinvio «atipico»⁵⁹ – tutti i benefici contemplati dalla normativa in esame e, segnatamente, i crediti d’imposta, i *bonus* fiscali, le concessioni di garanzia, i contributi in conto capitale e in conto interessi, i finanziamenti agevolati. E non soltanto questi ultimi, come invece sostenuto dai ricorrenti del caso di specie. Con la conseguenza che, nella nozione di «finanziamenti» di cui al d.lgs. 123/1998 rientrerebbero altresì le garanzie concesse dallo Stato, nelle quali l’intervento ‘pubblico’ pur risulta soltanto mediato, sostanziandosi in una garanzia a favore del soggetto mutuante.

Di qui, *per relationem*, la espansione concettuale dei «finanziamenti» anche sul terreno delle norme penali a tutela delle pubbliche erogazioni⁶⁰, suscettibili di estendersi ai finanziamenti privati concessi su sostegno di una garanzia pubblica.

Una motivazione per rinvii e associazioni, fondata su una *regula juris* estrapolata da un contesto estraneo a quello originario eppure considerata dalla Corte, evidentemente, *bonne à tout faire*.

(c) A corroborare ulteriormente la suddetta tesi militerebbe, peraltro, il richiamo alla tendenza ormai radicata della giurisprudenza di legittimità ad avvalersi, nella propria opera ‘normopoietica’, della ‘tassativizzazione’ delle clausole generali⁶¹ e della determinatezza in concreto, concetto – quest’ultimo – ormai sin dalla nota sentenza della Corte costituzionale sul disastro innominato⁶² (ab)usato come comodo *escamotage* per canalizzare nel circuito processuale e legittimare interpretazioni estensive *in malam partem*⁶³.

⁵⁶ D.lgs. 31.3.1998 n. 123: «Disposizioni per la razionalizzazione degli interventi di sostegno pubblico alle imprese, a norma dell’articolo 4, comma 4, lettera c), della legge 15 marzo 1997, n. 59».

⁵⁷ Cass. 24.11.2021, *Bonfanti*, cit., § 5.

⁵⁸ Cass. 30.1.2019 n. 2664.

⁵⁹ Cass. 13.1.2022, *Pressiani*, cit., § 5. In effetti, il richiamo infratestuale dell’art. 9 co. 5 d.lgs. 123/1998 all’art. 7 co. 1 appare, quantomeno, inusuale, nella misura in cui richiamerebbe una categoria chiusa di benefici adoperando un termine generico che, tuttavia, parrebbe riferirsi soltanto ad una di tali erogazioni (ossia, all’evidenza, i finanziamenti agevolati).

⁶⁰ Si rammenti, a riguardo, che già nella formulazione anteriore alle modifiche normative intervenute nel 2022 tanto l’art. 316 *bis*, quanto l’art. 316 *ter* Cp contemplavano all’interno del rispettivo oggetto materiale i «finanziamenti».

⁶¹ Sul tema delle clausole generali in rapporto all’interpretazione giurisprudenziale si rinvia, per tutti, a D. Castronuovo, *La mappa dell’impero. Clausole generali e decifrabilità della norma penale*, in *Diritto & Questioni Pubbliche* 2018, 18, 2, 11 ss.

⁶² Il riferimento è, chiaramente, a C. cost., 1.8.2008 n. 327, relativa alla nozione di «altro disastro», di cui all’art. 434 co. 1 Cp, che tanto avrebbe fatto discutere la dottrina, anche in relazione a ‘fantasiosi’ capi di imputazione costruiti dalle Procure per supplire – anteriormente al 2015 – all’assenza di una fattispecie specificamente dedicata ai disastri ambientali e sanitari. Non può, peraltro, sottacersi come l’appello alle clausole generali ad *argumentum* idoneo a svincolare elegantemente, a fronte di chi vi ravvisa un’indebita violazione della tassatività, sovente riemerge in seno alla giurisprudenza di legittimità: tra i casi più noti e recenti, segnaliamo la pronuncia delle Sezioni Unite sul dolo di profitto nel delitto di furto (Cass. S.U. 12.10.2023 n. 41570), nonché la tendenza della Suprema Corte a ricondurre il *file* informatico alla nozione di cosa mobile (con riguardo al delitto di cui all’art. 646 Cp), come confermato da Cass. 7.11.2019 n. 11959, con nota di C. Pagella, *La Cassazione sulla riconducibilità dei file al concetto di “cosa mobile” oggetto di appropriazione indebita: un caso di analogia in malam partem?*, in www.sistemapenale.it, 4.3.2021.

⁶³ Richiamano espressamente questa tendenza giurisprudenziale tanto Cass. 24.11.2021, *Bonfanti*, cit., § 7, quanto Cass. 13.1.2022, *Pressiani*, cit., § 6.: «l’uso di espressioni sommarie, di vocaboli polisensivi, ovvero di clausole generali o concetti “elastici” non viola il parametro costituzionale di determinatezza quando al giudice sia comunque consentito, attraverso la complessiva descrizione del fatto e avuto riguardo alle finalità dell’incriminazione e al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca, di stabilire il significato dell’elemento che isolatamente considerato non sia

(d) Da ultimo, come già anticipato, nella sola sentenza n. 28416/2022 (richiamata senza l'aggiunta di considerazioni ulteriori dalla più recente n. 48693/2022) la Corte si sente in dovere di approfondire le proprie argomentazioni, trattando un caso – a differenza dei due precedenti – di malversazione, fattispecie che, come noto, solo all'inizio del 2022⁶⁴ ha conosciuto un ampliamento del proprio oggetto materiale, che oggi riporta la locuzione «contributi, sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate», integralmente sovrapponibile a quella di cui agli artt. 316 *ter* e 640 *bis* Cp. La ragione di una «motivazione rafforzata» appare, dunque, autoevidente, considerata la sicuramente maggiore difficoltà (nonostante quanto sopra osservato) di ricondurre i finanziamenti garantiti dal Fondo PMI e da SACE s.p.a. ai «contributi, sovvenzioni o finanziamenti» cui si limitava a fare riferimento l'art. 316 *bis* Cp prima del 2022⁶⁵ piuttosto che alla onnicomprensiva clausola «altre erogazioni» già contenuta – al contrario – nella previgente formulazione dell'art. 316 *ter* Cp e ora estesa alla malversazione. Nella prospettiva fatta propria dalla Suprema Corte, tuttavia, la sostanza resterebbe la medesima, posto che «*le categorie dei finanziamenti, sovvenzioni e contributi esaurirebbero i modelli generali delle erogazioni di denaro e beni di provenienza pubblica; dovrebbe, dunque, rifuggirsi da un approccio esasperatamente classificatorio, anche in ragione delle oscillazioni definitorie presenti nella normativa amministrativa di settore, in quanto sarebbe palese l'intento del legislatore di prescindere da ogni criterio puramente nominalistico nell'individuazione delle sovvenzioni rilevanti*»⁶⁶.

Nel complesso, un argomento indubbiamente ricco che, attraversando un lungo itinerario di rinvii e articolate interrelazioni normative, dalle leggi speciali ai precedenti anche della giurisprudenza civile, infine convince la Corte di legittimità di aver dimostrato che, soprattutto per il comune cittadino che chiede prestiti alle banche, 'garantire' significhi 'finanziare', che 'erogare' significhi 'garantire', e che laddove il 'garantire' sia a carico del pubblico, al modo di un serrato sillogismo, la prestazione di garanzia integri a tutti gli effetti un caso di 'erogazione pubblica' ex artt. 316 *bis* e *ter* Cp.

6. Movendo anzitutto dalle critiche al riconoscimento della natura 'pubblica' in capo alle erogazioni in esame, le motivazioni rese dalla Corte appaiono – francamente – forzate. Infatti, pur essendo innegabile la necessità di fornire una lettura congiunta del meccanismo di finanziamento previsto dagli artt. 1 e 13, è pur altrettanto innegabile che lo stesso trovi la propria ragion d'essere in due rapporti ben distinti, di cui – volendo – uno pubblico e uno privato.

Pensare al finanziamento garantito come ad una erogazione pubblica significa adombrare la *ratio* che ha indotto il Governo alla introduzione dell'istituto. La finalità perseguita – dare nuova linfa alle imprese poste in difficoltà dagli effetti devastanti della pandemia – doveva essere garantita senza che lo Stato, in realtà, 'erogasse' alcunché, in modo tale da – al contempo – evitare una *deminutio* in termini strettamente patrimoniali delle finanze statali, in un momento storico cruciale per la stabilità delle grandezze macroeconomiche⁶⁷. Quindi, lo Stato ricorreva a una «cinghia di trasmissione»⁶⁸, frapponendo tra sé e i privati le banche, limitandosi ad assumere una posizione accessoria, che ne avrebbe previsto un coinvolgimento solo eventuale.

specifico, e al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del valore precettivo».

⁶⁴ V. *amplius infra*, § 6 e, *supra*, nt. 30.

⁶⁵ Versione – all'evidenza – vigente e applicabile nel caso di specie, contemplando – a parità di cornice editale – un raggio di azione sicuramente (dichiaratamente) più circoscritto.

⁶⁶ Cass. 6.5.2022 n. 28416, cit., § 11.1.

⁶⁷ In questo senso, chiaramente, A. Bell, A. Valsecchi, *Finanziamenti garantiti dallo Stato: la disciplina dell'emergenza ridisegna (riducendola) l'area del penalmente rilevante per le imprese e per le banche*, in *Sistema Penale* 2020, 6, spec. 104.

⁶⁸ A. Bell-A. Valsecchi, *op. cit.*, 90.

Pertanto, diversamente da quanto assunto dal giudice di legittimità, il meccanismo in esame differisce dalla mera interposizione, in base alla quale, squarciato il velo di Maya qui rappresentato dalla banca, dovrebbe rivelarsi lo Stato come reale – benché indiretto – finanziatore. Nel Decreto liquidità si va oltre questo schema, in quanto lo Stato – nella figura del Fondo PMI o di SACE s.p.a. – si colloca semmai *di fianco* al rapporto tra istituto di credito e imprenditore richiedente, delegando al sistema bancario l'onere di garantire la liquidità necessaria per dare attuazione al meccanismo di cui all'art. 13⁶⁹.

Non deve – infatti – perdersi il ‘contatto visivo’ con quella che è la effettiva configurazione dei rapporti tra i due schemi contrattuali che costituiscono l'istituto in esame: (a) un mutuo e (b) una garanzia *a sostegno* di tale mutuo, risultando evidente come il baricentro del complessivo costruito giuridico graviti intorno al primo, principale, polo.

Una prospettiva che – se ci si affida ad una visione soltanto d'insieme – inevitabilmente sfuma.

Di più. Una lettura superficialmente unitaria – per cui il finanziamento «trova causa»⁷⁰ nella garanzia – porta con sé la fallacia, quando non il paradosso, di una irrazionale inversione della gerarchia esistente tra rapporto principale e rapporto accessorio. Per quale ragione, infatti, una garanzia – che, per la sua stessa ragion d'essere, tipicamente serve, *accede* ad un negozio principale – dovrebbe essere in grado di influenzare il rapporto posto in primo piano, al punto da mutarne la natura da privata in pubblica⁷¹?

Altrimenti detto, garanzia e mutuo (negozio principale) appaiono legati da un rapporto di *simul stabunt, simul cadent* unilaterale: se non ci fosse il mutuo, non ci sarebbe neppure la garanzia⁷². Si tratta di un ragionamento che, tuttavia, non può valere a parti invertite.

Il ragionamento della Corte va, allora, capovolto: ancorché possa sostenersi, sul piano meramente constativo-fattuale, che la garanzia del Fondo PMI o di SACE s.p.a. costituisca la *condicio sine qua non* del finanziamento – sentendosi le banche, grazie ad essa, rassicurate e ben disposte alla erogazione del credito –, si può (si deve!) con altrettanta sicurezza riconoscere che, laddove non esistesse il rapporto principale, allora *a fortiori* non potrebbe trovare alcuna ragion d'essere il rapporto accessorio!

Tanto sembra già bastevole a escludere l'integrazione della tipicità di cui agli artt. 316 *bis* e *ter* Cp nella casistica qui considerata.

7. Ma anche a volere, per via apagogica, riconoscere la natura ‘complessivamente’ pubblica del rapporto contrattuale delineato dal Decreto liquidità, siamo certi che il finanziamento garantito venga

⁶⁹ Analogamente, ci pare, C. Santoriello, *È malversazione utilizzare per fini personali i finanziamenti garantiti dal Fondo per le PMI*, in www.dejure.it, 14.9.2022: «Il beneficio che il privato riceve dalla pubblica amministrazione è elemento accessorio rispetto al rapporto che il privato che usufruisce della garanzia statale instaura con un soggetto esterno alla pubblica amministrazione». Segnaliamo, peraltro, che le argomentazioni che cercheremo di avanzare al fine di contestare il carattere asseritamente pubblico dei finanziamenti in esame si discostano dalle motivazioni addotte dalla Corte per pervenire ad analoghe conclusioni nella sentenza *Rainone* (tutte incentrate, come visto, sulla possibilità di scindere i due rapporti contrattuali tra i soggetti coinvolti), che intenzionalmente non ripercorriamo, assumendone l'incontestabile superamento da parte della (cospicua) giurisprudenza successiva.

⁷⁰ Cass. 6.5.2022 n. 28416, cit., § 10.2.

⁷¹ Parla condivisibilmente, in relazione a siffatta operazione interpretativa, di «salto» logico abbastanza importante» G. Sepe, *op. cit.*, § 2. Viene, allora, spontaneo chiedersi se un salto logico non sia, forse, un «salto mentale» che, per la dottrina, costituisce sinonimo di analogia *in malam partem*: sulla vertigine dei ‘salti mentali’ v., in particolare, O. Di Giovine, «*Salti mentali*» (*analogia e interpretazione nel diritto penale*), in *QGius* 2018, 4, 55 ss.;

⁷² Per maggiore completezza, precisiamo come non ci sembri rilevante il fatto che, secondo l'opinione di certa dottrina, l'istituto in esame sia riconducibile alla figura giuridica del contratto autonomo di garanzia, strutturalmente indipendente – a differenza, per esempio, di una fideiussione – dal rapporto principale. A ben vedere, infatti, di accessorietà può in certo senso parlarsi altresì con riguardo a tale atipica tipologia contrattuale, come conferma certa giurisprudenza civile – che va vieppiù consolidandosi – secondo cui, anche con riferimento ai contratti autonomi di garanzia, l'interessato potrebbe comunque far valere in giudizio le eccezioni più ‘vistose’ concernenti il rapporto sottostante e, segnatamente, quelle di nullità o inefficacia.

ricompreso nel (pur fittiziamente tassativo) elenco delle erogazioni contemplate dagli artt. 316 *bis* e *ter* Cp?

Si è già avuto modo di osservare, nel corso dei paragrafi precedenti, come nelle sentenze in commento la Suprema Corte si affidi all'adagio del «rifuggire da approcci esasperatamente classificatori»⁷³, al fine di legittimare una lettura dell'oggetto materiale delle fattispecie talmente ampia da risultare aspecifica, al punto di ricomprendere, come avvenuto, i coinvolgimenti soltanto indiretti dello Stato. Come visto, la ragione principale dovrebbe rinvenirsi in una sorta di interpretazione sistematica, ricavabile dalla giurisprudenza civile, che valorizza la corrispondente (ampiezza della) nozione di «finanziamenti» contenuta nel d.lgs. 123/1998.

Riteniamo, tuttavia, che – al fondo di una ricostruzione apparentemente rigorosa della normativa in materia di interventi pubblici – si celi un grosso equivoco, addirittura una saliente incoerenza argomentativa.

Perché mai, infatti, nell'interpretazione della fattispecie penale tipica, affidarsi supinamente alla normativa di settore, di natura civile-amministrativa, quando, da tempo, la giurisprudenza di legittimità invita gli interpreti – all'opposto – ad una ricostruzione degli elementi normativi delle fattispecie penali secondo la via 'autonomistica', prescindendo cioè dalle corrispondenti nozioni proprie del diritto civile? Occorre far risaltare, in proposito, la concezione autonomistica del diritto penale, da tempo sostenuta in dottrina⁷⁴ e, per vero, ormai da alcuni anni penetrata anche all'interno delle motivazioni della Suprema Corte.

In effetti, la concezione autonomistica degli elementi normativi del diritto penale radica il proprio fondamento nella prospettiva di un *maximum standard* di tutela del bene giuridico che ciascuna fattispecie penale mira specificamente a presidiare. Una ricostruzione del significato di un elemento normativo che si adagiasse sulla interpretazione relativa offerta dalla corrispondente nozione contenuta all'interno delle disposizioni di diritto civile (solo esemplificativamente: possesso, altruità, cosa mobile, atto pubblico) si paleserebbe inadeguata, indebitamente affrancandosi dalla prospettiva per cui il legislatore penale, nel formulare ogni fattispecie, ha soppesato ogni coefficiente di offensività, misurando ogni singolo determinato vocabolo, ogni specifica locuzione al precipuo fine di garantire la tutela del corrispondente bene giuridico.

Al contrario, la mera 'trasposizione' di significati dalla materia civile a quella penale rischia di tradire tale prospettiva, restringendo o allargando a dismisura – rispetto a quella che costituisce la vera *ratio* della norma incriminatrice – le maglie della fattispecie penale, a monte, e i confini della punibilità, a valle.

A mo' di esempio, basti richiamare la consolidata giurisprudenza in materia di reati contro il patrimonio, secondo cui la nozione di 'possesso' coincide con «una signoria di fatto che consente di fruire e disporre della cosa in modo indipendente, al di fuori della sfera di vigilanza e controllo di una persona che abbia su di essa un potere giuridico maggiore», in quanto, nella prospettiva delle Sezioni Unite, «*le categorie civilistiche non possono essere pedissequamente riproposte*. In particolare, l'utilizzazione nel significato civilistico dei termini "detenzione" e "possesso" implicherebbe rilevanti vuoti di tutela» (enfasi nostra)⁷⁵.

Ebbene, proprio assumendo a crinale di razionalità interpretativa il riferimento al bene giuridico di categoria (la corretta destinazione del finanziamento pubblico), va rilevato come la soglia di anticipazione della tutela penale implicata dalle recenti decisioni si riveli eccessiva, per certi versi in frizione col principio di offensività penale (oltre che coi canoni di determinatezza e tassatività).

In tale prospettiva, si consideri come l'apparato normativo in esame – costituito dal combinato disposto degli artt. 316 *bis*, 316 *ter* e 640 *bis* Cp – si prefigga, quale fine primario, quello di evitare

⁷³ Cfr. *supra*, nt. 64.

⁷⁴ V., per tutti, e per rimandi bibliografici sulla tematica, A. Fiorella, *Interpretazione e autonomia del diritto penale. Il coordinamento tra rami del diritto. Interpretazione e "crisi della legalità"*, in Id., *Le strutture del diritto penale*, Torino 2018, 115 ss.

⁷⁵ Cass. S.U. 30.9.2013 n. 40354, *Sciuscio*, con nota di C. Santoriello, in *AP* 2013, 3.

che le risorse statali – *rectius*: più in generale, pubbliche – vadano disperse o impiegate per finalità distoniche rispetto a quelle per cui vengono erogate. Ma se lo Stato frappone tra sé e il richiedente-soggetto attivo del reato una figura ulteriore (l’istituto di credito) al dichiarato scopo di *non utilizzare* le proprie liquidità – fino a prova contraria, i soldi malversati sono della banca – come si può ritenere che ciò determini un pregiudizio – anche potenziale – alle finanze pubbliche?

Anche sotto tale riguardo, l’interpretazione *in malam partem* espressa dalle sentenze nn. 2125/2021, 11246/2022, 28416/2022, 49693/2022 perde di vista la finalità concretamente perseguita attraverso le specifiche fattispecie incriminatrici, le quali, da ultimo, finiscono per rimanere depivate di significato⁷⁶, con inaccettabile sacrificio dei principi di tassatività e determinatezza della fattispecie penale⁷⁷, sconfessandosi l’anelito garantista che – in altri contesti⁷⁸ – ha ispirato recenti decisioni della Cassazione, in aperto accoglimento dei moniti lanciati dalla Corte costituzionale con la sent. 98/2021⁷⁹.

8. Merita un approfondimento ulteriore quanto osservato dalla Suprema Corte con specifico riferimento alla integrazione del delitto di cui all’art. 316 *bis* Cp nel caso di malversazione delle somme erogate da un istituto di credito in forza del Decreto liquidità (il riferimento va, quindi, alla sentenza n. 28416/2022).

Si è già anticipato (*supra*, § 4.4) l’onere di motivazione rafforzata che induceva la Corte a dilungarsi particolarmente sulla riconducibilità dei finanziamenti all’oggetto materiale del delitto di malversazione. Cionondimeno, una volta di più, le argomentazioni utilizzate non persuadono, esponendosi a rilievi che ci sembrano decisivi.

A prescindere dalla irragionevolezza del riferimento della Corte – come norma-parametro – al d.lgs. 123/1998, laddove si consideri che l’art. 316 *bis* Cp è stato introdotto nel 1990 (di qui, dunque, l’anomalia per cui un elemento della normativa preesistente dovrebbe essere interpretato alla luce di una legge di molto successiva e non direttamente collegata), la ragione principale va rinvenuta nella evoluzione subita – sul piano intertemporale – dalla fattispecie in esame.

⁷⁶ G. Sepe, *op. cit.*, § 3: «Pur ammettendo il legittimo ricorso alla interpretazione teleologica (che, cioè, guardi allo scopo, agli interessi, ai “valori” che la norma mira a proteggere), ne avvertiamo i limiti che derivano dal necessario “*self restraint*” che il giudice deve osservare in campo penale. In questo ambito, com’è noto, occorre evitare letture omnicomprensive capaci di minare, svuotandone il senso, i principi di tassatività e determinatezza della fattispecie penale, che a loro volta presidiano certezza del diritto, conoscibilità, prevedibilità, autonomia e responsabilità personale».

⁷⁷ Cfr. *supra*, nt. 61.

⁷⁸ Il riferimento è, all’evidenza, al filone giurisprudenziale consolidatosi in seno ai delitti di turbativa, sopra citato (nt. 40) e affermatosi dappprincipio in relazione a casi di affidamento diretto di lavori a seguito di condotte ‘perturbatrici’, poi esteso al noto contesto dei concorsi pubblici e universitari ‘truccati’. Oltre alle pronunce e ai contributi già citati alla nt. 40, cfr., avuto riguardo a tale secondo contesto di emersione, G.L. Gatta, *Concorsi pubblici “turbati”*: per la Cassazione è configurabile l’abuso d’ufficio ma non la turbativa d’asta: un esemplare caso di vuoto di tutela che si prospetta con l’abrogazione dell’art. 323 c.p., in www.sistemapenale.it, 19 giugno 2023; Id., *La Cassazione sui concorsi universitari truccati: no alla turbativa d’asta, sì al (moribondo) abuso d’ufficio*, *ivi*, 26 luglio 2023, con riferimento, rispettivamente, a Cass. 16.6.2023 n. 26225 e 25.7.2023 n. 32319. In dette pronunce viene significativamente ripreso il passaggio della sent. 98/2021 della Corte costituzionale in cui si afferma che «è il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore» (enfasi nostra).

⁷⁹ C. cost., 14.5.2021 n. 98, con note di C. Cupelli, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell’interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in *GCos* 2021, 4, 1807 ss.; F. Palazzo, *Costituzione e divieto di analogia*, in *DPP* 2021, 9, 1218 ss.; L. Riscicato, *Argini e derive della tassatività. Riflessioni a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021*, in www.DisCrimen.it, 16.7.2021; M. Scoletta, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, in *Osservatorio costituzionale* 2021, 5, 196 ss.; sulle fondamentali implicazioni legalitarie del divieto di analogia, per come ribadito all’esito della sent. 98/2021, F. Palazzo, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, in *RIDPP* 2022, 3, 992 ss.

Come noto, l'intero 'pacchetto' di disposizioni a tutela dei finanziamenti pubblici ha conosciuto una non trascurabile opera di *restyling* per mezzo del d.l. 25.2.2022 n. 13⁸⁰. Tali modifiche si inseriscono, in estrema sintesi, in un più generale intervento volto ad assicurare, da un lato, una efficace risposta penale alle frodi e agli abusi verso i numerosi interventi finanziari previsti nell'ambito del PNRR; da un altro lato, ad adattare lo statuto penale a tutela dei finanziamenti pubblici ai principi contenuti nella direttiva PIF⁸¹.

Con precipuo riguardo alla fattispecie di cui all'art. 316 *bis* Cp – al di là della modifica apportata alla *rubrica legis* – muta l'oggetto materiale: la norma, che nella previgente versione contemplava «contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere o allo svolgimento di attività pubblico interesse», oggi concerne «contributi, sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, destinati alla realizzazione di una o più finalità». Come pare evidente, la rinnovata disposizione appare ispirata da un chiaro intento ampliativo, posto che all'oggetto materiale – peraltro arricchito dei mutui agevolati – viene aggiunta la locuzione «altre erogazioni dello stesso tipo» (già presente negli artt. 316 *ter* e 640 *bis* Cp), in funzione di clausola di chiusura con valenza onnicomprensiva. Nello stesso senso, peraltro, opera l'espunzione del riferimento al «pubblico interesse», potendo oggi le erogazioni essere dirette a perseguire non meglio precisate «più finalità».

Orbene, la tecnica compilativa amplissima con cui il legislatore ha inteso tipizzare l'oggetto materiale della norma in esame depone, inequivocabilmente, nel senso di voler colmare una lacuna e, per l'effetto, rimediare ad una ipotesi di inapplicabilità della fattispecie, come esplicitamente confermato all'interno della stessa Relazione al disegno di legge⁸².

Ma dunque, se tale era la intenzione del legislatore – colmare una *lacuna legis* – appare del tutto destituita di fondamento l'interpretazione estensiva che la Suprema Corte fornisce dell'art. 316 *bis* Cp

Perché ricorrere alla riformulazione della fattispecie se questa risulta già idonea, stando alla impostazione assunta dalla principale giurisprudenza, a perseguire determinati fatti?

La ragione risiede proprio nella assoluta inidoneità – nella formulazione anteriore alla riforma del 2022 – dell'art. 316 *bis* Cp a punire le malversazioni di somme erogate dalle banche e sostenute da

⁸⁰ L'entrata in vigore delle suddette modifiche legislative conosceva, invero, un *iter* piuttosto inusuale. Il d.l. 13/2022 veniva infatti abrogato ad opera dell'art. 1 co. 2 l. 28.3.2022 n. 25. Tuttavia, la medesima legge provvedeva a convertire, con modifiche, il d.l. 27.1.2022 n. 4 (c.d. Decreto sostegni *ter*). E, nel suddetto testo normativo, ricomparivano i contenuti del d.l. 13/2022, mediante la introduzione dell'art. 28 *bis* in sede di conversione: per una dettagliata ricostruzione di tale *iter* e delle modifiche introdotte dalla novella del 2022, cfr. A. Pantanella, D. Federici, *Profili penali del "decreto sostegni ter": dalla modifica dei reati di "frode" all'introduzione del delitto di false asseverazioni*, in www.DisCrimen.it, 24.5.2022.

⁸¹ Con riferimento ai travagliati rapporti tra i delitti a tutela dei finanziamenti pubblici e i principi contenuti nella Direttiva PIF (con riguardo al delitto di indebita percezione di erogazioni e alla truffa aggravata), cfr., per tutti, E. Basile, *Il recepimento della direttiva PIF in Italia e l'"evergreen" dell'art. 316-ter c.p.*, in *DPenCont* 2020, 3, 178 ss. Ancora, sui profili problematici della Direttiva PIF, v. G. Bondi, *La Direttiva relativa alla tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Problematiche e prospettive in vista della scadenza dell'obbligo di attuazione*, in *RTrimDPenEc* 2018, 3-4, 676 ss.

⁸² Più specificamente, dal testo della Relazione illustrativa al d.d.l. 2545, volto alla conversione dell'abrogato d.l. 13/2022, reperibile online, si apprende che «le modifiche apportate al testo della norma rispondono alla comune finalità di un rafforzamento della tutela penale delle risorse pubbliche e a un più puntuale adeguamento alle previsioni della direttiva PIF. In primo luogo, si provvede ad un ampliamento delle "erogazioni", che costituiscono l'oggetto materiale del reato, la cui descrizione viene allineata a quella già contenuta negli articoli 316-*ter* e 640-*bis* del codice. Una differenziazione, meramente nominalistica, delle erogazioni nelle varie norme risulta, infatti, intrinsecamente incoerente e, soprattutto, suscettibile di ingenerare incertezze e perplessità in fase applicativa e, con esse, lacune di tutela. Sotto tale ultimo profilo, appare altresì in contrasto con le ampie – sostanzialmente onnicomprensive – nozioni di "interessi finanziari dell'Unione" [...], che non ammettono alcuna differenziazione basata sull'oggetto materiale delle condotte incriminate» (enfasi nostra). Sul punto, v. altresì A. Pantanella, D. Federici, *op. cit.*, 9.

garanzie pubbliche, con la conseguenza che per le condotte poste in essere in epoca anteriore alla entrata in vigore del Decreto sostegni *ter* non potrà ritenersi configurabile il reato *de quo*⁸³.

Peraltro, anche la scomparsa del «pubblico interesse» dal testo dell'art. 316 *bis* Cp – altra novità derivante dalla recente riforma – deve condurre a conclusioni non dissimili. Varrebbe la pena di interrogarsi, infatti, sulla esatta portata della clausola in commento, apparendo quantomeno dubbio che possa ravvisarsi il «pubblico interesse» in un caso, come quello di specie, in cui il finanziamento è diretto alle imprese o ai professionisti e, come tale, specificamente destinato a confluire nel settore privato.

Risultando quindi evidente che una tale espunzione ambisce proprio a sopperire alla incapacità della norma nello *status quo ante* di estendersi a condotte come quelle volte ad abusare delle erogazioni previste dal Decreto liquidità⁸⁴.

Non può – per vero – sottacersi come la predetta locuzione costituisca oggetto di una interpretazione a maglie larghe almeno in seno a parte della dottrina⁸⁵, in adesione ad una giurisprudenza, invero isolata, che ne aveva sposata una concezione ampia, conferendo rilievo alla finalità perseguita dall'ente pubblico erogante e, dunque, al vincolo di destinazione del finanziamento, quale espressione delle scelte di politica economica e sociale perseguite a monte⁸⁶. Seguendo tale orientamento, potrebbe allora obiettarsi che il legislatore del 2022, nell'espungere il «pubblico interesse», abbia ritenuto di cristallizzare una interpretazione esistente in giurisprudenza, conferendo la veste (formale) di legge al diritto vivente, come spesso accaduto in passato⁸⁷. In tale prospettiva, allora, la riforma del 2022 realizzerebbe una scelta di politica legislativa specificamente mirata a garantire una maggiore stabilità interpretativa *pro futuro*, corrisposta ratificando⁸⁸ quanto già la giurisprudenza aveva anticipato.

⁸³ Fermo restando che, anche con riferimento alla formulazione attuale, permangono tutte le perplessità sopra illustrate (§ 6) con riguardo alla matrice pubblicistica di strumenti di sostegno analoghi a quelli introdotti con il Decreto liquidità. Proprio muovendo da una simile criticità, i Procuratori della Repubblica di Milano e Napoli, nella nota trasmessa alla Camera dei deputati e al Ministro della Giustizia (cfr. *supra*, nt. 2), avevano segnalato le modifiche da apportare al Codice penale e al codice di procedura penale nella prospettiva di rendere effettivi (e applicabile in concreto) i presidi codicistici a tutela dei finanziamenti pubblici: in particolare, veniva suggerito di arricchire l'oggetto materiale del delitto di cui all'art. 316 *bis* Cp, inserendo accanto a «contributi, sovvenzioni o finanziamenti» la concessione di una «garanzia per la loro erogazione». All'evidenza, una simile soluzione – rimasta inattuata anche all'esito della riforma del 2022 – avrebbe permesso di applicare agevolmente la fattispecie a vicende analoghe a quelle in esame, senza il bisogno di «stiracchiare» – sino a scolorirla – la nozione di «finanziamenti».

⁸⁴ Ancora una volta appare indicativo il testo della Relazione illustrativa al d.d.l. 2545, in cui si sostiene che la espunzione del riferimento al pubblico interesse delle finalità perseguite per mezzo dei finanziamenti dalla fattispecie sia «volta ad ampliarne l'alveo applicativo e, ad un tempo, a conformarla con maggiore precisione e puntualità allo strumento eurounitario. [...] Anche in questo caso, dunque, l'onniscoprensività della formula impiegata [all'interno della direttiva PIF, n.d.s.] risulta incompatibile con la selezione delle finalità di impiego attualmente previst[e] dalla disposizione codicistica» (corsivi nostri).

⁸⁵ Cfr., in particolare, M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*⁴, Milano 2019; va, però, segnalato come altra parte della dottrina, condivisibilmente, cerchi di conferire una dignità autonoma alla predetta locuzione, dovendosi l'interesse pubblico ancorare alla «natura dell'opera o dell'attività in sé e per sé considerati [e, quindi,] in rapporto al significato e all'importanza sociale dell'iniziativa»: T. Padovani, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, in *CGIur* 1990, 542; A. Segreto, G. De Luca, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano 1999, 180.

⁸⁶ Cass. 13.12.2011 n. 23778, relativa a un caso di vendita illecita di beni strumentali all'attività imprenditoriale (nella specie, autocarri ed escavatori), ottenuti grazie all'erogazione di contributi regionali. Seguendo tale impostazione, se anche una erogazione specificamente diretta a sostegno dell'attività imprenditoriale – innegabilmente privata – può essere definita di pubblico interesse, ci sembra allora che tale elemento si riduca ad un mero requisito di cartapesta, oggetto di una sostanziale *interpretatio abrogans*.

⁸⁷ Tra gli esempi più noti, e (tendenzialmente) più recenti, spicca senz'altro la codificazione della corruzione per l'esercizio della funzione, ad opera della l. 6.11.2012 n. 190, volta a recepire la giurisprudenza che, sul punto, appariva già consolidata. Per ulteriore casistica, cfr., in particolare, A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*², Torino 2014, spec. 97 ss.

⁸⁸ Così A. Gargani, *Crisi del diritto sostanziale e vis espansiva del processo*, in *Crim* 2016, 307 s.; D. Perrone, *op. cit.*,

Senonché, una tale argomentazione si profila tutt'altro che irresistibile, laddove ci si limiti a constatare che un orientamento interpretativo, per definirsi tale e per godere di sufficiente autorevolezza (posto che di stretta vincolatività non può tecnicamente parlarsi, ad oggi, nel nostro ordinamento), dovrebbe risultare consolidato e non, come nel caso di specie, il risultato di una sporadica decisione di una sezione semplice, peraltro resa in tempo ormai piuttosto risalente rispetto alla recente riforma⁸⁹.

Tirando, dunque, le fila, la novella del 2022 appare significativa nel senso di escludere la configurabilità – rispetto ai fatti da cui le sentenze in commento sono promanate – del delitto di cui all'art. 316 *bis* Cp

Tanto l'inserimento di una clausola onnicomprensiva, quanto l'eliminazione di una locuzione all'evidenza ritenuta limitativa denotano le carenze – ben compendiate nella Relazione al disegno di legge – di una fattispecie che non si sarebbe potuta applicare alle malversazioni compiute su finanziamenti privati se non ammettendo (come è stato fatto) una interpretazione oltremodo estensiva e – come pare evidente – inconciliabile con il significato sotteso alla riforma introdotta con il Decreto sostegni *ter*.

9. In chiusura, è legittimo chiedersi cosa ci sia di nuovo in un drappello di pronunce – al di là del consolidamento di una determinata opzione ermeneutica – rispetto al *topos* giuridico della crisi della legalità.

Probabilmente, poco, nulla quasi, in termini strettamente 'quantitativi': in fondo, non è la prima volta che un orientamento *in malam partem* si consolida in seno al formante giurisprudenziale, cristallizzando la lettura più severa della disposizione e tracciando per il futuro la via maestra da seguire nella interpretazione di una fattispecie.

Né è la prima volta che il fenomeno di supplenza giurisdizionale beneficia di ratifica postuma da parte del legislatore (tale, almeno, *de jure*) nell'ambito dei delitti contro la Pubblica amministrazione⁹⁰.

Lo si è detto: prima delle frodi nei finanziamenti pubblici è toccato alla 'messa a libro paga' del pubblico funzionario, che in epoca anteriore alla riforma Severino – con cui si sarebbe imposta la transizione dalla vacua sagoma dell'«atto conforme» all'«esercizio delle funzioni» – veniva notoriamente fatta confluire nell'«atto contrario ai doveri» dell'ufficio di cui all'art. 319 Cp, e, ancora, al 'vecchio' millantato credito, un tempo tratteggiato esteso ai casi di influenza effettiva e solo dal 2012 formalmente affiancato dal traffico di influenze illecite⁹¹. Ora è il turno delle

196 ss.

⁸⁹ In senso analogo anche A. Pantanella, D. Federici, *op. cit.*, 15.

⁹⁰ Se eccettuamo la recente tendenza – a più riprese ricordata nella trattazione (nt. 40, 77) – della stessa giurisprudenza di legittimità a fornire interpretazioni maggiormente aderenti al testo di legge, e ciò in ossequio al divieto di analogia *in malam partem*, su cui la Corte costituzionale è recentemente tornata con sent. 98/2021 al fine di contenere gli esiti antigarantistici di un giudice-scopo sempre più autoreferenziale, fornendo un autentico 'antidoto' al dilagante creazionismo (*recte* «panpenalismo giudiziario»: C. Cupelli, *Tentazioni e contraddizioni del sistema penale contemporaneo: creazionismo giudiziario, panpenalismo legislativo e caccia al colpevole*, in www.penaledp.it, 11.1.2023). Come visto, contesto di emersione di tale condivisibile tendenza interpretativa è quello relativo ai delitti di turbativa, là dove viene prediletta una interpretazione stretta, in ossequio al disposto dell'art. 12 Preleggi, dei concetti di «gara» e «altro atto equipollente». Analogamente, il recupero di una interpretazione rispettosa degli elementi semantici della fattispecie risulterebbe quantomai auspicabile, eventualmente mediante l'ausilio di un richiamo al summenzionato orientamento di legittimità, anche nel settore delle frodi pubbliche, qui al vaglio: del resto, appare ormai consolidato come un'interpretazione sistematica, che si rifaccia alla esegesi di fattispecie contigue a quella d'interesse (cosa che risulterebbe nel caso di specie, dove tanto i reati a tutela dei finanziamenti pubblici, quanto quelli di turbativa rappresentano delitti commessi da privati contro la P.A.), costituisca un 'buon' criterio ermeneutico, come statuito dalla Corte costituzionale nella nota sent. 327/2008.

⁹¹ Sulla tendenza dei delitti contro la P.A. a fungere da fattispecie in grado di recepire la «precomprensione etico-politica e amministrativa», nel senso che, con un'inversione logica, è l'evoluzione dell'etica pubblica che si innesta *ex post*, per tramite della giurisprudenza, nella pre-comprensione della fattispecie penale, M. Donini, *Reati contro la P.A. e*

malversazioni e delle indebite percezioni, rilevanti benché poste in essere con riferimento a somme di denaro che – per quanto ci si sforzi sul piano ermeneutico di ‘stiracchiare’ le già slabbrate maglie delle rispettive formule normative – pubbliche non sono.

E, infatti, l’intervento *ex post* da parte di un legislatore ritardatario (ammesso che nella vigente formulazione gli artt. 316 *bis* e *ter* Cp si prestino agevolmente ad essere applicati con riguardo ai finanziamenti di cui al Decreto liquidità) passa sotto silenzio, poiché ormai l’eccezione si è fatta regola.

Pertanto, l’esempio delle frodi nei finanziamenti pubblici non implica tanto – o, meglio, *soltanto* – una questione di carattere interpretativo, dato per assodato che la rilettura in chiave espansiva offerta dalla Cassazione nelle sentenze prese in esame oltrepassi il confine della interpretazione estensiva.

Ciò che più rileva è la generale assuefazione ad un fenomeno che – oltre a testimoniare, sempre che vi sia ancora bisogno di ulteriori conferme, il tramonto della *lex stricta et scripta* – non pare dogmaticamente accettabile.

Ripetesi: quanto osservato non costituisce certo una esortazione (peraltro, piuttosto *demodè*) a brandire l’arrugginita spada della riserva di legge in senso stretto a presidio di una illusoria rappresentazione del giudice *bouche de la loi*. Piuttosto, si tratta di individuare un limite – «*insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo*»⁹² – che il formante giurisprudenziale non può varcare, oltre il quale la dinamica interazione tra disposizione e norma si traduce in *dissoluzione* della disposizione nella norma.

Un confine che tuttavia – nel momento in cui si ammette che la erogazione pubblica ricomprenda i prestiti concessi da un istituto di credito privato – ci sembra irrimediabilmente violato: un finanziamento materiale erogato da un istituto di credito non può definirsi privato solo in quanto ‘supportato’ da una garanzia di matrice pubblicistica; un finanziamento garantito dallo Stato non corrisponde ad un diretto esborso di pecunia pubblica. Anzi, l’intervento del legislatore appositamente volto a rendere applicabile – ma evidentemente nel rispetto del principio d’irretroattività di cui all’art. 2 co. 1 Cp – una normativa ad un fenomeno considerato meritevole di risposta penale, costituisce la dimostrazione, *per facta concludentia*, del carattere indebito e cripto-analogico *in malam partem* dell’orientamento interpretativo che allo stato sembra consolidarsi in sede di legittimità.

Così, se fino ad alcuni anni fa articolate elaborazioni giurisprudenziali stimolavano gli studiosi a chiedersi *dove passi il confine*⁹³ (tra analogia e interpretazione estensiva), gli sviluppi pretori più recenti impongono di domandarsi, semmai, se un tale confine esista ancora.

riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale, in AP 2020, 2.

⁹² Corte cost., 14.5.2021 n. 98.

⁹³ Sia consentito riprendere, icasticamente, M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino 2011.

L'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA DI FRONTE ALLA SFIDA DELLA TRASFORMAZIONE DIGITALE*

di Vincenzo Lamonaca** (*Dirigente Penitenziario, Direttore della Casa Reclusione di Mamone*)

Il contributo analizza le potenzialità e i rischi della trasformazione digitale sugli istituti penitenziari, i cui processi di lavoro potrebbero trarre notevoli benefici in termini organizzativi e gestionali, con ricadute positive non solo sulla sicurezza, ma anche sul trattamento rieducativo e sulla tutela della salute dei detenuti. L'Autore si sofferma anche sul rapporto tra l'I.A. e il sistema penitenziario, soffermandosi sulle diverse esperienze rinvenibili a livello globale e valutando le ricadute di un ricorso all'I.A. nella gestione dell'istituto penitenziario e delle banche dati dell'Amministrazione penitenziaria. Alcune osservazioni conclusive sulla possibilità di una transizione verso una smart administration chiudono il contributo.

The contribution analyzes the potential and risks of digital transformation on penitentiary institutions, whose work processes could benefit significantly in organizational and management terms, with positive effects not only on security, but also on the re-educational treatment and protection of the health of prisoners. The Author also focuses on the relationship between A.I. and the penitentiary system, analyzing the different experiences found at a global level and evaluating the repercussions of using AI. in the management of the penitentiary institution and the prison administration databases. Some concluding observations on the possibility of a transition towards smart administration close the contribution.

SOMMARIO: 1. Premessa: i limiti di una Amministrazione penitenziaria analogica e la doverosa transizione verso un'Amministrazione penitenziaria 2.0. – 2. Intelligenza Artificiale, Amministrazione e strutture penitenziarie. – 3. I processi di lavoro dell'area sicurezza dal modello analogico a quello digitale, dai registri cartacei all'applicativo "INFOSICUREZZA": la *best practice* della Casa circondariale di Nuoro come paradigma di *bottom-up innovation* (dal "locale" al "web). – 4. Ordine e sicurezza, offerta trattamentale e tutela della salute di detenuti e internati tra trasformazione digitale e Intelligenza Artificiale. – 4.1. Osservazione e vigilanza interna dell'utenza detenuta e internata. – 4.2. L'*empowerment* degli elementi del trattamento rieducativo attraverso digitalizzazione e AI. – 4.3. La tutela della salute delle persone ristrette e la sanità digitale in carcere: un ossimoro? – 5. Il "tesoro" delle banche dati dell'Amministrazione penitenziaria e le potenzialità offerte dall'interoperabilità e dall'AI. – 6. Il fascicolo personale (del detenuto e del personale): digitale è bello. – 7. "Dottore, sappia che c'è una circolare!", ovvero, "quer pasticciaccio brutto" della (mancata) circolazione del "sapere" nell'Amministrazione penitenziari. – 8. Osservazioni conclusive: *smart prison* e *smart D.A.P.*, ovvero "i sogni son desideri".

1. La pandemia da COVID-19 ha prodotto effetti sistemici globali e ha amplificato le disegualianze già esistenti nella società civile, sottoponendo i diritti e le libertà fondamentali a uno *stress-test* senza precedenti con robuste misure limitative¹, che non hanno risparmiato detenuti e internati².

* Le opinioni espresse nella presente pubblicazione non impegnano la P.A. di appartenenza.

** Dottore di ricerca in diritto del lavoro (XVII° ciclo) e in diritti umani, globalizzazione e libertà fondamentali (XXIV° ciclo) nell'Università degli Studi "Aldo Moro" di Bari.

¹ M. Bignami, *Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria*, in *QuestG* 2022, n. 2, 11 ss., spec. § 4.

² In argomento P. Buffa, *Carcere e covid-19. Diario di una pandemia*, Napoli 2022, e ancor prima V. Lamonaca, *L'emergenza carcere ai tempi del covid-19 tra tutela della salute pubblica, esigenze di sicurezza e bilanciamento dei diritti*, in *Temi di esecuzione penale*, numero straordinario, febbraio 2021.

L'esperienza pandemica ha enfatizzato in modo evidente il «doppio binario» che caratterizza la fruizione dei diritti (o del loro residuo) «a seconda che si riferiscano a soggetti liberi o a soggetti sottoposti a limitazioni della libertà personale»³, spingendo «l'Amministrazione penitenziaria, storicamente reticente e diffidente rispetto (...) alle tecnologie, alle reti, al traffico dati, ad aprirsi finalmente (...) alle videochiamate, quindi alla tecnologia»⁴.

A ben guardare, fino all'esplosione della pandemia, «il sistema penitenziario italiano è rimasto in gran parte impermeabile alla rivoluzione digitale, tanto da generare una sempre più ampia divaricazione temporale tra il carcere analogico e novecentesco da una parte, e la società digitale del XXI secolo dall'altra»⁵.

Rispetto alla prospettiva offerta da chi si sofferma sugli effetti pur importanti della caduta del «tabù digitale» in ambiente penitenziario⁶, si intende andare oltre.

L'obiettivo, quindi, è quello di esaminare l'impatto che la «grande sfida della trasformazione digitale»⁷ può produrre sull'Amministrazione penitenziaria nel suo complesso, superando la prospettiva squisitamente intramuraria (trattamento penitenziario, fruizione dei diritti da parte dell'utenza...), così da verificare vantaggi e svantaggi di una transizione verso una auspicabile «Amministrazione penitenziaria 2.0», nonostante la scarsa «maturità digitale» mostrata in passato⁸.

Il «cambio di paradigma» richiesto dal «cigno nero»⁹ della pandemia non riguarda la diade «analogico vs. digitale», ma il loro accostamento al corretto parametro di riferimento e cioè l'«Amministrazione penitenziaria» (non semplicemente il «carcere»). Una simile prospettiva è indispensabile se si considera la valenza quasi predittiva, in materia di epidemie, delle parole di Albert Camus, secondo cui «*The plague is arbitrary; one cannot predict who will and will not contract it. (...) There is no way to avoid it*»¹⁰, nonché i moniti di Bill Gates sui rischi di future pandemie¹¹ e Domenico Pulitanò, secondo il quale «è prudente prefigurarsi scenari non tranquillizzanti, e progettare modi di farvi fronte senza cedimenti della legalità liberaldemocratica»¹².

A sua volta, la trasformazione digitale non solo taglia trasversalmente tutti e 17 gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile di Agenda 2030¹³, quale piano di azione globale per le persone, il Pianeta e la

³ A. Massaro, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione*, a cura di A. Massaro, Roma 2017, 23 ss., spec. 25

⁴ B. Mellano, *Intervento, Presentazione del libro di Pietro Buffa "Carcere e Covid-19. Diario di una pandemia" (Editoriale Scientifica)*, Torino, radioradicale.it 24.2.2023.

⁵ S. Anastasia, *L'anacronismo del carcere di fronte alle tecnologie dell'informazione*, in *Antigone, Le tecnologie dell'informazione in carcere: realtà, potenzialità, ambivalenze* 2021, 2, 47 ss.

⁶ V. ancora S. Anastasia, *op. cit.*, spec. 51 ss.

⁷ Sul punto si rinvia al *resoconto stenografico dell'intervento del Ministro Zangrillo sulle Linee programmatiche del Ministero per la pubblica amministrazione, svolto il 6 dicembre 2022* innanzi alle Commissioni riunite 1a (Affari costituzionali) e 10a (Affari sociali, sanità, lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) del Senato della Repubblica, ivi affermandosi che «la prima grande sfida che la pubblica amministrazione deve affrontare si chiama trasformazione digitale: un processo che prevede profondi cambiamenti nell'organizzazione, nelle strutture, nelle procedure, nei prodotti, nei servizi».

⁸ «Mentre la trasformazione digitale è il viaggio stesso, la maturità digitale è una misura di dove si trova un'organizzazione nel suo viaggio e quanto è pronta a intraprendere questo processo con successo» (così S. Van De Steene, B.C. Reisdorf, V. Knight, *Achieving digital maturity in prisons: A Study on Digital Readiness*, in *Justice Trends*, 4.5.2023).

⁹ N.N. Taleb, *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*, N.Y. 2007.

¹⁰ A. Camus, *The Plague*, nella versione tradotta dall'originale francese in inglese da Stuart Gilber, N.Y. 1948, spec. 35.

¹¹ B. Gates B., *How to Prevent the Next Pandemic*, London 2022 e in particolare l'epilogo del volume, in cui il magnate statunitense si sofferma sulle ricadute del COVID-19 sul futuro digitale in generale.

¹² D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *Sistema Penale* 28.4.2020, spec. 13.

¹³ C. Dipierri, *Digitalizzazione e sostenibilità: i benefici per l'Agenda 2030 di un passaggio al digitale*, in *asvis.it* 26.3.2020. Nello specifico, Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile è un programma d'azione per le persone, il Pianeta e la prosperità sottoscritto nel settembre 2015 dai governi dei 193 Paesi membri dell'ONU. Essa ingloba 17 Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile (c.d. «goals») in un grande programma d'azione per un totale di 169 obiettivi (c.d. «target»). L'avvio ufficiale degli Obiettivi ha coinciso con l'inizio del 2016, guidando il mondo sulla strada da percorrere nell'arco

prosperità, ma costituisce una delle sei aree di intervento del Dispositivo per la ripresa e la resilienza europeo (c.d. *Recovery and Resilience Facility* – R.R.F.) e del connesso Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano del 30 aprile 2021 (c.d. P.N.R.R.).

La valenza strategica della trasformazione digitale, ribadita nella dichiarazione comune del Parlamento Europeo, del Consiglio e della Commissione Europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale (2023/C 23/01¹⁴, si rinviene in modo evidente proprio dalla consultazione di quest'ultimo documento e del P.N.R.R., ivi invitandosi le PP.AA. a sfruttare questa ghiotta occasione¹⁵.

Da un'analisi più approfondita dei documenti connessi al P.N.R.R.¹⁶, emerge, però, un certo “strabismo” dell'Esecutivo rispetto al “tema giustizia”, a ben guardare condiviso da buona parte della dottrina¹⁷, entrambi concentrati sulle ricadute della trasformazione digitale e dell'Intelligenza Artificiale sul diritto penale sostanziale e processuale, ma non anche sull'esecuzione penale, a meno che le risorse da impiegare siano funzionali a migliorare la *performance* del sistema giudiziario e l'eventuale intervento su quello penitenziario non sia in grado di incidere direttamente o indirettamente sull'attività processuale, come nel caso del sistema multivideoconferenze per lo svolgimento dei processi che coinvolgano detenuti¹⁸.

Invero, il successivo Piano Nazionale per gli investimenti Complementari al P.N.R.R. (c.d. P.N.C.)¹⁹ si preoccupa di finanziare interventi a favore dell'Amministrazione penitenziaria, ma si tratta dell'ennesimo “piano carceri”²⁰ e non del predetto “cambio di paradigma”, su cui l'attuale vertice dell'Amministrazione penitenziaria pare abbia deciso di investire, sebbene attingendo a fondi ordinari di bilancio²¹.

dei successivi 15 anni: i Paesi, infatti, si sono impegnati a raggiungerli entro il 2030.

¹⁴ Leggila in GUUE del 23.1.2023, spec. C 23/1.

¹⁵ V. in particolare il P.N.R.R., spec. 16 ss., secondo cui «La rivoluzione digitale rappresenta un'enorme occasione per aumentare la produttività, l'innovazione e l'occupazione, garantire un accesso più ampio all'istruzione e alla cultura e colmare i divari territoriali».

¹⁶ Si rinvia al *focus* e ai numerosi documenti reperibili al seguente *link* istituzionale: <https://temi.camera.it/leg18/temi/piano-nazionale-di-ripresa-e-resilienza.html>.

¹⁷ Cfr. L. D'Amico, *Colpa, precauzione e rischio. le tensioni penalistiche nella moderna era tecnologica*, in www.laegislazionepenale.eu 21.10.2023; R. Blaiotta, *Giustizia, errore, intelligenza artificiale*, in *Sistema penale* 23.10.2023; C. Cupelli, *La sfida dell'intelligenza artificiale al diritto penale*, *ibidem* 21.10.2023.

¹⁸ V. *amplius* V. Lamonaca, *L'emergenza carcere ai tempi del covid-19 tra tutela della salute pubblica, esigenze di sicurezza e bilanciamento dei diritti*, cit., spec. 158 ss. Più recentemente, A. Falcone, *La videoconferenza nel procedimento penale italiano: riflessioni a margine della recente riforma Cartabia in materia di partecipazione a distanza*, in www.laegislazionepenale.eu 6.9.2023.

¹⁹ Il P.N.C. è stato istituito dall'art. 1, d.l. 6.5.2021, n. 59.

²⁰ Il P.N.C. stanziava complessivamente 30,6 miliardi di euro per la realizzazione di 30 interventi: 24 finanziati in via esclusiva e dunque a carico del bilancio dello Stato e 6 cofinanziati con il P.N.R.R., per i quali il P.N.C. istituisce risorse aggiuntive rispetto a quelle previste dal P.N.R.R. Per la giustizia, il P.N.C. stanziava 132,90 milioni di euro, 84 dei quali sono destinati a finanziare il «sub-investimento 1», finalizzato a migliorare la qualità della vita carceraria, attraverso la costruzione di otto nuovi padiglioni modello in istituti già esistenti (Civitavecchia, Ferrara, Perugia, Reggio Calabria - Arghillà, Rovigo, Santa Maria Capua Vetere, Vigevano e Viterbo). Il soggetto attuatore di questi interventi è il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per il tramite dei Provveditorati Interregionali alle opere pubbliche competenti per territorio. Cfr. l'Atto di indirizzo per l'anno 2023 del Ministro della giustizia.

²¹ Così G. Russo, *Saluto del Capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria ai 57 consiglieri penitenziari, vincitori del primo concorso per dirigenti penitenziari – direttori di istituto penitenziario*, Scuola Superiore dell'Esecuzione Penale, 5.7.2023, che si è soffermato su una *partnership* in corso tra il D.A.P. e la società *Accenture*, per consentire all'Amministrazione penitenziaria di migliorare il posizionamento strategico interno ed esterno dei propri *assets* materiali e immateriali, con un investimento iniziale di circa 8 milioni di euro.

Si tratta, comunque, di un inizio promettente, che va nella giusta direzione, ma che necessita di interventi significativi *lato sensu* a livello “*hardware*”²² e “*software*”²³.

In primo luogo, il passaggio dal carcere (*recte* Amministrazione penitenziaria) analogico a quello digitale non può prescindere dalla presa di coscienza della valenza trasversale dell'*asset* informatico/digitale nei servizi erogati all'utenza e alla struttura amministrativa e/o operativa in generale, risultando tuttora non adeguatamente valorizzato il “servizio informatico penitenziario” (c.d. S.I.P.), che meriterebbe di essere elevato a ufficio di *staff* del Capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, a dispetto del suo attuale confinamento quale articolazione dell'Ufficio I – gestione dei beni mobili e strumentali all'interno della neo-costituita Direzione generale per la gestione dei beni, dei servizi e degli interventi in materia di edilizia penitenziaria²⁴.

In secondo luogo, si ritiene che anche la recente istituzione del Dipartimento per la transizione digitale della giustizia, l'analisi statistica e le politiche di coesione²⁵, che ha inglobato D.G.S.I.A., veda le necessità del D.A.P. relegate in una posizione ancillare rispetto a quelle degli uffici giudiziari, non valorizzandosi la *mission* dell'Amministrazione penitenziaria.

A tal proposito, giova rammentare che D.G.S.I.A., ai sensi del d.m. 13 agosto 2022, tra gli altri compiti, adempie anche a quelli di cui all'art. 17, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (c.d. Codice dell'Amministrazione Digitale, in breve C.A.D.), mentre attingendosi al comma 1-*bis* di quest'ultima disposizione si consentirebbe all'Amministrazione penitenziaria il doveroso “*upgrade*”, visto che per lo svolgimento dei medesimi compiti affidati a D.G.S.I.A. è previsto che i Corpi di Polizia (e quindi anche la Polizia penitenziaria) hanno facoltà di individuare propri uffici senza incrementare il numero complessivo di quelli già previsti nei rispettivi assetti organizzativi.

Il contributo della trasformazione digitale in termini di miglioramento dei servizi erogati a utenza e *stakeholders*, nonché dei processi di lavoro connessi, è potenzialmente illimitato.

Quanto ai primi, basti pensare a quanto avvenuto durante la pandemia per consentire il mantenimento dei contatti tra utenza e comunità esterna (colloqui, udienze, scuola...).

Con riferimento ai secondi, è sufficiente provare a immaginare le ricadute della cittadinanza digitale²⁶ sull'Amministrazione penitenziaria in generale (non soltanto in ordine ai rapporti tra essa e i soggetti ristretti), specie se dovesse essere finalmente attuato il principio “*once only*”²⁷, per cui il cittadino (detenuto o libero che sia) deve poter fornire una sola volta le proprie informazioni alla pubblica amministrazione, grazie all'interoperabilità delle sue banche dati.

Nel caso del soggetto ristretto si pone il problema, tutt'altro che semplice da risolvere, dell'esercizio personale dei diritti derivanti dall'Ordinamento Penitenziario (da ora O.P.), a loro volta immersi nella rivoluzione digitale (società esterna), ma operanti in un contesto analogico e asincrono (il carcere)²⁸,

²² Si pensi alle difficoltà che caratterizzano la Casa Reclusione di Mamone, estesa su un vasto territorio demaniale boschivo di circa 2.700 ettari tra i comuni di Onani, Bitti e Lodè, a circa 900 metri al di sopra del livello del mare, e caratterizzata da condizioni orografiche tali da imporre soluzioni tecniche diverse da quelle standard (fibra ottica) per consentire l'accesso al *web* e alla rete intranet del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, quali il ricorso a internet-radio (si pensi ai servizi offerti da EOLO, sulla cui efficacia ed efficienza influiscono fattori meteorologici locali, in grado di disturbare pesantemente il segnale radio), ovvero il ricorso ai servizi di accesso a internet satellitare globale in banda larga e a bassa latenza (nel caso specifico, STARLINK o STELLA).

²³ C. Ditto, *Overcoming the Challenges of Introducing Digital Services to Analog Prisons*, in *Justice Trends* 4.5.2023.

²⁴ Questa nuova Direzione generale è stata istituita per effetto dell'art. 1, comma 1, lett. d), d.m. 9.12.2022 che ha inserito l'art. 5-*bis* nel d.m. 2.3.2016, concernente «l'individuazione presso il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria degli uffici di livello dirigenziale non generale».

²⁵ V. il d.P.C.M. 22.4.2022, n. 54 recante modifiche al regolamento di riorganizzazione del Ministero della giustizia di cui al d.P.C.M. 15.6.2015, n. 84 e al regolamento concernente l'organizzazione degli uffici di diretta collaborazione del Ministero della giustizia, nonché dell'Organismo indipendente di valutazione di cui al d.P.C.M. 19.6.2019, n. 100.

²⁶ Su cui v. E.N. Fragale, *La cittadinanza amministrativa al tempo della digitalizzazione*, in *Dir. amm.* 2022, 2, 471 ss., spec. 475 ss.

²⁷ Cfr. M. Mucci, *Perché le PA ignorano il principio “once only”? Ecco il vero problema*, in *Agenda digitale* 5.4.2022.

²⁸ Si condivide la riflessione di C. Cosenza, *Vite asincrone*, in *Antigone*, op. cit., 78 ss., spec. 84, secondo il quale «Le vite dei detenuti sono vite, per definizione, asincrone. C'è un tempo all'interno del carcere ed uno fuori».

con il rischio di vedere l'Amministrazione penitenziaria (e non solo essa) travolta da reclami giurisdizionali ai sensi degli artt. 35-*bis* e 69, comma 6, lett. b), O.P., proprio a causa della sua organizzazione analogica²⁹.

Come si può notare, quindi, la sfida lanciata dalla trasformazione digitale all'Amministrazione penitenziaria è sconfinata, potendo realizzarsi su terreni noti³⁰ e ignoti.

In quest'ultimo senso, il ragionamento conduce verso argomenti affascinanti ed eticamente complessi, su cui è indispensabile l'avvio di una riflessione, prima che il fenomeno dell'Intelligenza Artificiale (da ora AI per brevità)³¹, applicata all'Amministrazione penitenziaria e al carcere ci travolga o ci colga impreparati, come ha evidenziato un acuto osservatore del mondo penitenziario³², specie alla luce dell'impatto sistemico che l'AI produrrà in modo non dissimile da quello realizzato oltre un secolo fa dall'energia elettrica³³.

Rispetto a questi stimoli, l'attuale contesto penitenziario consente di sviluppare una riflessione su alcuni processi di lavoro che potrebbero essere ampiamente perfezionati grazie al contributo della trasformazione digitale e dell'AI, ponendo sempre sullo sfondo il rispetto dei diritti fondamentali

²⁹ Dal punto di vista tecnico, sarebbe opportuno iniziare a sfruttare le potenzialità della Carta d'Identità Elettronica (c.d. C.I.E.), che consente all'utente di esercitare i propri diritti digitali attraverso un semplice computer dotato di lettore *smart card contactless* (c.d. modalità *desktop*), evitando in tal modo il ricorso allo smartphone (c.d. modalità mobile). La soluzione tecnica indicata permetterebbe al detenuto di partecipare alla vita democratica del Paese, eliminando l'interfaccia dell'Amministrazione penitenziaria nella gestione di alcuni servizi in suo favore, con intuibile riduzione di carichi di lavoro, criticità gestionali e rischi di lesione del G.D.P.R. Esemplicativamente, la C.I.E. (nel caso di specie sicuramente più funzionale dello SPID, di cui peraltro è in predicato il superamento) consentirebbe l'esercizio del diritto alla libera informazione e alla partecipazione alla vita democratica, si pensi alla possibilità di sottoscrivere petizione *on line* (come quelle promosse dall'associazione "Luca Coscioni"), di partecipare alle consultazioni digitali organizzate dall'UE, di accedere ai servizi I.N.P.S. e I.N.A.I.L. o in generale erogati dalle P.A., di esercizio il diritto di voto, di avvalersi dei servizi P.E.C., di accedere al registro elettronico scolastico e universitario (per sé o per i figli), nonché al fascicolo sanitario elettronico (anche in questo caso per sé o per i figli, ai sensi del d.m. salute 7.9.2023) o ai servizi dell'Agenzia delle entrate, fino alla possibilità di firmare digitalmente il mandato alle liti o altri documenti.

³⁰ Standardizzazione, semplificazione e velocizzazione dei processi di lavoro, potenziamento delle capacità inclusive del sistema penitenziario, elevazione degli standard operativi dei servizi resi dagli operatori penitenziari e quindi della qualità della pubblica amministrazione di cui fanno parte.

³¹ Numerose sono le definizioni di AI (sia come sistema, sia come disciplina scientifica) reperibili nella dottrina specializzata, ma si preferisce quella fornita da High Level Expert Group (HLEG), *On Artificial Intelligence*, Brussels, European Commission, 2019, spec. 36, secondo cui «Artificial intelligence (AI) systems are software (and possibly also hardware) systems designed by humans that, given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal. AI systems can either use symbolic rules or learn a numeric model, and they can also adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by their previous actions. As a scientific discipline, AI includes several approaches and techniques, such as machine learning (of which deep learning and reinforcement learning are specific examples), machine reasoning (which includes planning, scheduling, knowledge representation and reasoning, search, and optimization), and robotics (which includes control, perception, sensors and actuators, as well as the integration of all other techniques into cyber-physical systems)». In dottrina v. S. Quintarelli, *Intelligenza Artificiale, cos'è davvero, come funziona, che effetti avrà*, Torino 2020, spec. 17, secondo il quale essa consiste in «Un sistema esperto simula il processo decisionale di un essere umano in uno specifico contesto al fine di automatizzare il modello utilizzato dall'esperto umano e risolvere le problematiche di quel determinato scenario».

³² V. D. Aliprandi, *L'IA nelle carceri è già realtà: servono norme per la tutela dei diritti*, in *Il Dubbio* 23.6.2023, secondo il quale «Negli ultimi anni, l'intelligenza artificiale (IA) è diventata sempre più pervasiva, con un aumento delle applicazioni in settori come la salute, l'agricoltura, l'energia e l'ambiente. L'IA può fare una grande differenza nella nostra vita, sia in positivo che in negativo. Nel corso di giugno 2023, il Parlamento europeo ha stabilito la propria posizione normativa, presentando il primo insieme di regole al mondo sull'intelligenza artificiale. Ma già nel 2021, a livello europeo, è emerso un dibattito sull'impiego dell'IA all'interno delle carceri e nei sistemi di libertà vigilata».

³³ Cfr. Ng A., *Artificial Intelligence is the New Electricity*, Stanford 25.6.2017 (<https://www.youtube.com/watch?v=21EiKfQYZXc>), secondo cui «Just as electricity transformed almost everything 100 years ago, today I actually have a hard time thinking of an industry that I don't think AI will transform in the next several years».

dell'utenza ristretta e del personale *lato sensu* impegnato nell'attività a supporto dell'esecuzione penale intramuraria.

2. L'AI, come anticipato, evoca nell'immaginario collettivo non poche scene iconiche della filmografia moderna³⁴, tutte accomunate da sviluppi ed epiloghi che costringono lo spettatore a interrogarsi sulle conseguenze del rapporto uomo – macchina e sui relativi risvolti etici (su tutti si pensi alla c.d. giustizia predittiva)³⁵. Invero, rispetto al catastrofismo cinematografico, le argomentazioni della Commissione Europea sull'AI restituiscono maggiore serenità³⁶, ferma restando la comprensibile “guardia alta” mantenuta, specie in relazione alla necessità di evitare lesioni irragionevoli dei diritti fondamentali, a maggior ragione dopo l'entrata in vigore del G.D.P.R.³⁷.

L'attenzione dell'UE rispetto al tema AI è elevatissima, come si evince dai contenuti della proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'AI del 21 aprile 2021, ivi offrendosi numerosissimi spunti di riflessione, nonché concreti margini di utilizzabilità dell'AI a supporto della *mission* dell'Amministrazione penitenziaria, anche se le relative applicazioni dovessero essere riconducibili ai c.d. sistemi di AI ad alto rischio, ai sensi dell'art. 6, paragrafo 2 della proposta, in combinato disposto con il relativo all. III³⁸.

La delicatezza della tematica oggetto della proposta di Regolamento eurounitario in materia di AI ha suggerito un approccio cauto da parte della presidenza del Consiglio e dei negoziatori del Parlamento europeo. Infatti, il 6.12.2022 il Consiglio ha raggiunto un accordo sul fascicolo di riferimento per un orientamento generale (c.d. mandato negoziale) e ha avviato colloqui interistituzionali con il Parlamento europeo (c.d. "triloghi") a metà giugno 2023, giungendo ad un accordo provvisorio in data 9.12.2023. Allo stato attuale e in attesa della prosecuzione dei lavori a livello tecnico per definire i dettagli del nuovo Regolamento, il testo di riferimento resta quello della proposta di Regolamento del 21.4.2021, dalla cui analisi non si evincono riferimenti espressi all'ambito specifico dell'esecuzione penale intramuraria, ma la questione prima o poi si porrà anche con riferimento ad essa e alla gestione dei rapporti di lavoro del personale alle dipendenze della stessa amministrazione penitenziaria, come ha già evidenziato chi si occupa quotidianamente della questione carceraria³⁹.

³⁴ Volendo citare i film che, a parere dello scrivente, hanno condensato al meglio dubbi e inquietudini in materia di AI, in rigoroso ordine cronologico si ricordano: 2001: Odissea nello Spazio (di Stanley Kubrik del 1968); *Blade Runner* (di Ridley Scott del 1982); *Terminator* (di James Cameron del 1984); *Matrix* (delle sorelle Wachowsky del 1999); *AI* (di Steven Spielberg del 2001), ma soprattutto *Minority Report* (ancora di Steven Spielberg, del 2002). Piace ricordare che due di questi *must* cinematografici (rispettivamente *Blade Runner* e *Minority Report*) sono riconducibili alla penna visionaria di Philip K. Dick (*Do Androids Dream of Electric Sheep?* pubblicato nel 1968, da cui è stato tratto *Blade Runner* e l'omonimo *Minority Report* del 1956).

³⁵ V. G. Ubertis, *Intelligenza artificiale e giustizia predittiva*, in *Sistema penale* 16.10.2023; E. Pietrocarlo, *Predictive policing: criticità e prospettive dei sistemi di identificazione dei potenziali criminali*, *ibidem* 28.9.2023.

³⁶ Cfr. Commissione Europea, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, Bruxelles, 19 febbraio 2020 COM(2020) 65 final, secondo cui l'AI «cambierà le nostre vite migliorando l'assistenza sanitaria (ad esempio rendendo le diagnosi più precise e consentendo una migliore prevenzione delle malattie), aumentando l'efficienza dell'agricoltura, contribuendo alla mitigazione dei cambiamenti climatici e all'adattamento ai medesimi, migliorando l'efficienza dei sistemi di produzione mediante la manutenzione predittiva, aumentando la sicurezza dei cittadini europei e in molti altri modi che possiamo solo iniziare a immaginare. Al tempo stesso, l'intelligenza artificiale (IA) comporta una serie di rischi potenziali, quali meccanismi decisionali opachi, discriminazioni basate sul genere o di altro tipo, intrusioni nelle nostre vite private o utilizzi per scopi criminali».

³⁷ Sul rapporto tra G.D.P.R. e AI v. Aa.Vv., *Opportunities of Artificial Intelligence*, Centre for Strategy and Evaluation Services (CSES), commissioned by European Parliament, giugno 2020.

³⁸ In particolare, v. il punto 6) dell'Allegato III alla proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'AI, relativo alle c.d. attività di contrasto, che qualifica ad alto rischio «i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità di contrasto per effettuare valutazioni individuali dei rischi delle persone fisiche al fine di determinare il rischio di reato o recidiva in relazione a una persona fisica o il rischio per vittime potenziali di reati».

³⁹ D. Aliprandi, *op. cit.*

Decisamente all'avanguardia è invece il Consiglio d'Europa e in particolare il Consiglio per la Cooperazione Penologica (da ora PC-CP), che si ha predisposto nel settembre 2021 la «Guida etica, strategica e operativa sull'uso dell'intelligenza artificiale nei servizi penitenziari e di libertà vigilata e le società private che agiscono per loro conto»⁴⁰, dimostrando in modo significativo che il rapporto tra AI e detenzione è più che un argomento di speculazione teorica, non essendo tanto lontana la creazione di una *strong AI* (o AI generale), visti i recenti risultati di *DeepMind*⁴¹.

Decisamente più attuale, invece, è una riflessione sulle concrete e immediate ricadute di una *narrow AI* (o AI ristretta) con annessi algoritmi, intesi come «suite finita di regole/comandi formali, solitamente sotto forma di logica matematica, che consente di ottenere un risultato da elementi di input»⁴².

Ad ogni modo, che si ipotizzi un contributo del c.d. *machine learning*, rispetto al più complesso e problematico *deep learning*⁴³, è indubbio che l'impiego dell'AI in ambiente penitenziario, al pari di qualsiasi altro settore, non possa prescindere da una base normativa di riferimento (e la proposta UE è un'ottima base di partenza), da un forte *background* etico e da un idoneo sistema di *cybersecurity*⁴⁴, fermo restando il condivisibile approccio umano-centrico rivendicato dal PC-CP⁴⁵, consustanziale al nostro O.P. e ancor prima all'assetto valoriale costituzionale.

Per intenderci, l'osservazione scientifica della personalità e la sorveglianza del ristretto non potranno che essere affidate al personale penitenziario, al massimo ipotizzando che gli operatori "liberati" da alcune incombenze, affidate all'automazione robotica (si pensi alla sorveglianza sui muri di cinta, al possibile plurimo utilizzo dei droni o alla videosorveglianza con riconoscimento facciale⁴⁶) o all'AI

⁴⁰ M. Nellis (for the PC-CP), *Ethical, Strategic and Operational Guidance on the Use of Artificial Intelligence in Prison and Probation Services and the Private Companies acting on their Behalf*, Strasbourg, 10.9.2021.

⁴¹ *DeepMind* è un'azienda inglese di AI fondata nel 2010 e successivamente (2014) acquisita da Google. Il relativo progetto nel corso degli anni ha dato risultati strabilianti, si pensi alla vittoria di *DeepMind (AlphaGo)* contro uno dei più forti giocatori al mondo (il sud coreano Lee Sedol) del gioco cinese Go su Goban standard (marzo 2016) o ai risultati nel campo della ricerca scientifica proteica (2022). Per comprendere le potenzialità di *DeepMind* v. W. Knight, *Google DeepMind's CEO Says Its Next Algorithm Will Eclipse ChatGPT*, in *wired.com* 26.6.2023.

⁴² Così Commissioner for Human Rights, *Unboxing Artificial Intelligence - 10 Steps to Protect Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 2019, spec. 24.

⁴³ Mentre il *machine learning* utilizza algoritmi per analizzare i dati, per apprendere da tali dati e prendere decisioni informate sulla base di ciò che ha appreso, ma necessita comunque della guida di un essere umano, il *deep learning* struttura gli algoritmi a strati per creare una "rete neurale artificiale" in grado di apprendere e prendere decisioni intelligenti da sola senza interazione umana.

⁴⁴ Cfr. N. Bala, L. Trautman, *Will artificial intelligence help improve prisons?*, in *Pacific standard* 3.5., 2019, i quali si chiedono, giustamente, «And how long before an enterprising hacker steals it?».

⁴⁵ M. Nellis (for the PC-CP), *op. cit.*, spec. 9.

⁴⁶ Il ricorso al riconoscimento facciale nelle operazioni di polizia è impiegato da tempo anche in Italia. Non si tratta del *software* Rekognition di Amazon, il cui uso in queste attività è stato peraltro vietato dal 2021 dalla società di Jeff Bezos, ma di uno specifico prodotto denominato S.A.R.I. (Sistema Automatico di Riconoscimento Immagini), operante in versione sia "enterprise", sia "real time". Nel primo caso, sono sfruttate le potenzialità del sistema AFIS, effettuando una ricerca di soggetti già mappati con relativo *matching*; nel secondo caso, il sistema analizza in tempo reale i volti dei soggetti ripresi da telecamere installate in un'area geografica circoscritta e delineata, per poi confrontarli con i dati presenti in una banca dati ristretta e predefinita denominata "watch-list" (della grandezza dell'ordine di migliaia di immagini), con generazione di un *alert* per gli operatori in caso di *matching*. Sul solo S.A.R.I. *real time* pende il parere negativo del Garante della *privacy* del 25 settembre 2021, n. 121, mentre è tuttora in uso la versione "enterprise". Il ricorso al riconoscimento facciale, consentito nei termini anzidetti alla Polizia di Stato è stato, invece, espressamente vietato dall'art. 9, commi 9-11, d.l. 8.10.2021, n. 139, conv. in legge 3.12.2021, n. 205, fino al 31.12.2023, termine prorogato fino al 31.12.2025 dall'art. 8-ter, comma 1, d.l. 10.5.2023, n. 51, conv. in legge 3.7.2023, n. 87. Il comma 12 del citato art. 9, d.l. n. 139/2021, però, consente l'applicazione dei sistemi di riconoscimento facciale da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione e repressione dei reati o di esecuzione di sanzioni penali di cui d.lgs. 18.5.2018, n. 51, in presenza, salvo che si tratti di trattamenti effettuati dall'autorità giudiziaria nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, nonché di quelle giudiziarie del pubblico ministero, di parere favorevole del Garante, ex art. 24, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 51/2018. In argomento, sia sul S.A.R.I., sia sulle possibili applicazioni del riconoscimento facciale, v. E. Sacchetto, *Face to face: il complesso rapporto tra automated facial recognition technology e processo penale*, in www.lalegislazionepenale.eu 16.10.2020; S. Del Gatto, *Il riconoscimento facciale. A che punto siamo?*, in *Giorn. dir.*

ristretta (elaborazione algoritmica delle aggregazioni sociali intramurarie...), siano maggiormente coinvolti e supportati nel mantenimento della sicurezza interna (utilizzo dell'AI a supporto delle ubicazioni interne, delle assegnazioni, dei trasferimenti o della prevenzione del rischio suicidario)⁴⁷, e nella partecipazione alla attività di osservazione e di trattamento rieducativo, rafforzando i diritti dell'utenza e/o elevando i livelli di sicurezza a vantaggio degli operatori e degli stessi detenuti (su cui v. *infra*)⁴⁸.

La direzione indicata dal PC-CP a tal proposito è chiara e condivisibile: «*prisons may well become a special kind of “smart building”, and the delivery of some - perhaps many - services to prisoners may be automated*». Insomma, il passaggio intuibile è quello da *smart building* a *smart prison*⁴⁹, avendo bene a mente i rischi riconducibili all'asimmetria di potere tra controllori e controllati (evidenziati anche dal Parlamento europeo con propria risoluzione)⁵⁰ e il possibile contrasto tra l'impiego di sofisticate tecnologie di sorveglianza e la tendenziale appartenenza dell'utenza all'area dello svantaggio⁵¹, lasciando in disparte, per economia di spazio, le importanti questioni relative al rapporto tra tutela della *privacy* del lavoratore, videosorveglianza e AI⁵².

Ovviamente, sono ipotizzabili differenti livelli di coinvolgimento dell'AI (c.d. *Level of AI Involvement*) nel supporto (e non in sostituzione)⁵³ all'attività svolta dall'Amministrazione, andando

amm. 2022, 692 ss. Più in generale, invece, v. J. Della Torre, *Tecnologie di riconoscimento facciale e procedimento penale*, in *RIDPP* 2022, 1057 ss.

⁴⁷ Sul punto si rinvia alle riflessioni di J. Kleijssen, *Justice and Beyond: Council for Europe working on Setting Global Benchmarks on Artificial Intelligence. Interview*, in *Justice Trends* 25.6.2021, secondo il quale «artificial intelligence is already used by some prisons administrations to allocate cells to prisoners (...) it can broadly support – and for the good of all – processes in the context of resocialisation, rehabilitation and programming. In prison systems, AI can have many uses to save time, and it can also save lives. For instance, in prisons where there is a high risk of suicide, AI systems can be used to detect behaviours and signals and, therefore, be an asset to safety». Sul contributo che l'AI potrebbe fornire al decisore umano in occasione delle ubicazioni dei detenuti, per finalità estremamente eterogenee (aggregazioni, contrasto all'ingresso di oggetti non consentiti...) v. Aa.Vv., *Artificial Intelligence Applications in Corrections*, in *Criminal Justice Testing and Evaluation Consortium* (cjtec.org), agosto 2020, spec. 3.

⁴⁸ V. N. Bala, L. Trautman, *op. cit.*, con riferimento al sistema penitenziario multilivello statunitense.

⁴⁹ In argomento v. P. Puolakka, *Smart Prison: From Prison Digitalisation to Prison Using, Learning and Training Artificial Intelligence*, in *Justice Trends* 21.3.2022.

⁵⁰ In tal senso la Risoluzione del Parlamento europeo del 6.10.2021 sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale (2020/2016(INI)).

⁵¹ V. A. Devaprasad, *Technically Worse: The paradox of smart prisons in India*, <https://thebscblog.wordpress.com>, 6.9.2021.

⁵² Com'è noto la videosorveglianza in ambito lavorativo deve non solo rispettare le disposizioni del G.D.P.R., ma anche quelle dell'art. 4, l. 20.5.1970, n. 300 (Statuto dei lavoratori). Formalmente, il datore di lavoro, in quanto titolare del trattamento, deve informare gli interessati (lavoratori, visitatori, fornitori...) che stanno per accedere a una zona videosorvegliata (si pensi alla cartellonistica e alla sua valenza di informativa minima, con rinvio a un modello di informativa estesa agevolmente accessibile agli interessati), come previsto dal Provvedimento in materia di videosorveglianza dell'8.4.2010 e dalle successive FAQ, nonché dalle Linee guida sulla videosorveglianza dell'*European Data Protection Board* n. 3/2019. L'approccio del titolare del trattamento deve avere una valutazione di impatto e deve essere *risk based approach*, oltre che rispondere ai principi di *privacy by design* e *by default*. Sotto il profilo lavoristico, la videosorveglianza in ambiente lavorativo non è affidata alla libera determinazione del lavoratore, in ragione dello squilibrio sostanziale tra gli attori in campo, ma richiede l'accordo con le rappresentanze sindacali, ovvero l'autorizzazione dell'ispettorato del lavoro (territoriale o nazionale a seconda della situazione) e in argomento v. S. Ortis, *Biometria e videosorveglianza nella lotta all'assenteismo dei dipendenti pubblici: uno sguardo alla legge concretezza n. 56/2019*, in *RIDLav* 2020 I, 428 ss., spec. § 3. A ben guardare, però, l'ambiente carcerario si giova di una normativa specifica, costituita dal combinato disposto degli artt. 19, comma 14, l. n. 395/1990 e 25, D.P.R. 31.7.1995 (c.d. contratto del comparto sicurezza per il primo quadriennio normativo), che affida alla consultazione sindacale, tra l'altro, anche «l'introduzione di nuove tecnologie e le conseguenti misure di massima riguardanti i processi generali di organizzazione degli uffici centrali e periferici aventi effetti sull'organizzazione del lavoro». Di conseguenza, la consultazione sindacale costituirebbe condizione di liceità per l'installazione di sistemi di videosorveglianza negli istituti, come precisato dal parere dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali 28.7.2015, prot. n. 0021982, cui si rinvia.

⁵³ Così, Aa.Vv., *Artificial Intelligence Applications in Corrections*, cit.

da un estremo inferiore (“*human only*”) a uno superiore (“*full authomated system*”), con soluzioni intermedie progressive (“*machines assist humans*” and “*machines augment humans*”).

La scelta dell’opzione di riferimento non può che presupporre una precomprensione delle opportunità e dei rischi derivanti dall’impiego dell’AI e delle tecnologie in generale da parte del *top management* e dei quadri intermedi dell’organizzazione, fermo restando il “*loop analogico*” che contraddistingue l’Amministrazione penitenziaria, a dispetto dell’andamento vettoriale della società esterna⁵⁴.

3. I processi di lavoro in ambiente intramurario sono da sempre sistematicamente documentati con registri in uso da oltre un secolo e ciò accade per qualsiasi tipo di operazione e settore⁵⁵, in omaggio a una logica del controllo, non solo sui controllati, ma anche sui controllori, che permea il sistema penitenziario.

Il tempo scorre più lentamente in istituto rispetto alla società libera e questa lentezza caratterizza anche quell’apparato burocratico che definisce i processi di lavoro nell’ambiente intramurario, per svecchiare i quali ci vuole più di una disposizione o di una circolare, ma un vero e proprio cambiamento culturale, che non può non iniziare con la revisione di *cliché* gestionali risalenti alla fine del XIX° secolo.

Si fa riferimento a registri, riconducibili al r.d. 1° febbraio 1891, n. 260, di approvazione del regolamento generale per gli stabilimenti carcerari del Regno d’Italia⁵⁶, alcuni dei quali aggiornati semplicemente nella denominazione e agli eventi, ma non dissimili da quelli introdotti oltre 130 anni fa, si pensi al Registro dei rapporti sul personale e sui servizi degli stabilimenti (attuale “Registro diversi agenti”)⁵⁷, al Registro delle punizioni inflitte agli agenti di custodia (attuale “Registro disciplinari agenti”)⁵⁸, al Registro delle punizioni inflitte ai condannati (attuale “Registro disciplinari detenuti”)⁵⁹, tuttora “informati” dagli operatori gerarchicamente sottoposti al Direttore, con tanto di classico esordio militare da parte di alcuni Comandanti (il c.d. “come contro”).

Si tratta del paradigma del carcere analogico, sebbene in alcuni istituti italiani si sia tentata una innovazione *bottom-up* (v. *infra*), senza che alcun *input* sia stato fornito su questa specifica materia dal D.A.P. (spesso irragionevolmente contrario a qualunque progettualità proposta dalla periferia), registrandosi quanto meno nel lungo periodo di direzione di Nicolò Amato una attenzione verso prime forme di informatizzazione di servizi e attività con riferimento all’ufficio matricola⁶⁰, ai conti correnti

⁵⁴ La metafora “cerchio – vettore” è di M. Palma, *Intervista al Presidente del Collegio del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale* 31.7.2023.

⁵⁵ Come evidenziava già M. Beltrani Scalia, *Sul governo e sulla riforma delle carceri in Italia*, Torino, 1867, spec. 336, «Tutte le autorità destinate alle *carceri* ebbero lo incarico di tenere taluni *registri*, da ' quali potersi rilevare come da esse si attendeva al proprio ufficio». Invero, esaminando la ricerca condotta da uno dei primi direttori generali delle carceri del Regno d’Italia (30.9.1880 – 8.3.1885 e poi nuovamente 3.1.1889 – 12.11.1891), quello dei registri è una sorta di *fil rouge* nella gestione delle strutture private della libertà personale a partire dall’epoca romana (spec. 124), passando per l’epoca dei comuni (sul punto l’Autore fa riferimento al carcere delle Stinche di Firenze, spec. 330), fino ai giorni in cui Egli scriveva.

⁵⁶ Sul punto v. esemplificativamente: l’art. 171, comma 1, lett. c), r.d. n. 260/1890, che onerava il Comandante, Capoguardia o Caposorvegliante, di presentarsi quotidianamente al Direttore per rimmettergli la «tabella del movimento della popolazione detenuta» (c.d. mod. 114), nonché il successivo art. 172, comma 1, lett. e), che prevedeva, sempre in capo ai predetti, di «vegliare che si proceda, entro le ventiquattr’ore, a cinque visite almeno, in tutti i locali dello Stabilimento, variandone sempre l’ora, ma in modo che tra ciascuna di esse passi un intervallo non mai più lungo di ore cinque; avvertire che siano accuratamente battute le inferriate e che di tutte queste visite sia presa nota in uno speciale registro (mod. 117)»; infine, v. la successiva lett. m), che obbligava sempre Comandante, Capoguardia o Caposorvegliante, di «far eseguire, sotto la sua responsabilità al mattino, dopo la sveglia, e la sera prima del riposo, l’accertamento del numero dei detenuti o ricoverati, per assicurarsi che tutti si trovino al loro posto; controllare di frequente egli stesso tale operazione, rilasciandone dichiarazione su apposito registro (mod. 118)».

⁵⁷ Art. 180, comma 1, lett. f), r.d. n. 260/1890.

⁵⁸ Art. 180, comma 1, lett. g), r.d. n. 260/1890.

⁵⁹ Art. 180, comma 1, lett. h), r.d. n. 260/1890.

⁶⁰ Circ. D.A.P. 30.10.1991, n. 3327/5777, sull’automatizzazione del registro cartaceo modello IP3.

e al sopravvitto⁶¹, per «agevolare il lavoro degli operatori e rendere efficiente, razionale, funzionale, rapida e sollecita l'azione amministrativa»⁶².

In quest'ultimo senso andavano anche le indicazioni dell'Accordo quadro nazionale del Corpo di Polizia penitenziaria del 31 luglio 2000⁶³ e del 24 marzo 2004⁶⁴, contenenti l'impegno dell'Amministrazione penitenziaria «a proseguire l'informatizzazione di tutti gli istituti e servizi ed a seguire il progetto di informatizzazione dei turni di servizio già varato e in fase di applicazione, verificandone i risultati unitamente alle OO.SS. con cadenza semestrale»⁶⁵.

A ben guardare, l'impegno assunto dall'amministrazione tra il 2000 e il 2004 è stato onorato solo nel 2018 con la sperimentazione e l'adozione su scala nazionale del *software* unico di gestione dei servizi del personale, denominato GUSWEB, «resa necessaria per determinare un'obiettivo ed uniforme gestione del personale sul territorio nazionale e per azzerare il flusso burocratico di informazioni tra la periferia ed il centro, tenuto conto della presenza e dell'immediato rinvenimento dei dati sul *server*»⁶⁶.

A sua volta, la recente sottoscrizione (dopo “appena” vent'anni) del nuovo Accordo quadro nazionale del Corpo di Polizia penitenziaria del 5 ottobre 2023 conferma il *trend* favorevole a una progressiva valorizzazione della digitalizzazione, come si evince dalla istituzionalizzazione proprio del sistema GUSWEB nell'articolato del documento negoziale⁶⁷.

Nell'era della trasformazione digitale la Relazione del Ministero sull'Amministrazione della Giustizia per l'anno 2023 si sofferma sui progressi dell'Amministrazione Penitenziaria a margine del GUSWEB e dei vari SIGP, avvertendosi finalmente una maggiore sensibilità verso la trasformazione digitale, rinvenibile soprattutto nella Relazione finale della c.d. Commissione Ruotolo⁶⁸.

In quest'ultima direzione, invece, si colloca l'applicativo INFOSICUREZZA, in uso presso la Casa Circondariale di Nuoro, paradigmatico contributo fornito dalla periferia in materia di informatizzazione dei processi di lavoro secondo un modello *bottom-up*. Si tratta di un *software* elaborato e upgradato da personale di Polizia penitenziaria, specialista informatico, sulla base delle indicazioni fornite dal Direttore e dagli altri *stakeholders* (Comandante, funzionari giuridico-pedagogici...), in grado di realizzare una gestione *smart* dei principali registri dell'area sicurezza (disciplinare detenuti, diversi detenuti; diversi Agenti; diversi Istituto...), soppiantando i consueti e disfunzionali registri cartacei, sottoposti al Direttore per la firma di rito⁶⁹.

L'applicativo è realizzato in MS Access con sviluppo del codice in VBA (*visual basic for applications*). La sicurezza del programma e dei dati è garantita dalla creazione di apposite credenziali riunite in gruppi, cui vengono concesse le autorizzazioni relative agli oggetti e ai dati. I file collegati al programma sono posizionati in apposite *directory* protette da autorizzazioni NTFS,

⁶¹ V. circ. D.A.P. 21.1.4.1993, n. 3359/5809, spec. 33, che fa riferimento alla «distribuzione per tutti gli istituti (di) un progetto informatizzato per il servizio dei conti correnti e del sopravvitto, elaborato dal dott. Michele Rizzo, direttore di Busto Arsizio, progetto che appare in grado di sveltire le operazioni con sensibile economia di personale».

⁶² V. circ. D.A.P. 30.10.1991, n. 3327/5777, cit.

⁶³ V. l'art. 4, comma 10, A.Q.N. Polizia penitenziaria 31.7.2000.

⁶⁴ V. l'art. 8, comma 8, A.Q.N. Polizia penitenziaria 24.3.2004.

⁶⁵ V. l'art. 8, comma 8, A.Q.N. Polizia penitenziaria 24.3.2004.

⁶⁶ V. circ. D.A.P. 16.5.2018, prot. n. 0163230, secondo cui grazie al GUSWEB «sarà possibile (...) sviluppare i servizi del personale di Polizia Penitenziaria e calcolare tutte le competenze accessorie, anche gli incentivi conseguenti all'Accordo sul F.E.S.I.», funzionalità, quest'ultima, che pare abbia convinto l'allora Direttore Generale del Personale e delle Risorse, dott. Pietro Buffa, delle reali potenzialità dell'applicativo, nato in Toscana e ivi sviluppatosi come *software* regionale su server “locali” (e non su web) e poi “esportato” dal dott. Carmelo Cantone in Puglia e Sardegna.

⁶⁷ V. l'art. 7, A.Q.N. Polizia penitenziaria 5.10.2023.

⁶⁸ V. Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario, *Relazione finale*, Roma 2021, spec. 15.

⁶⁹ Chi ha una discreta dimestichezza della quotidianità degli istituti penitenziari ha memoria di quanto i “registri” siano ingestibili e brutti a vedersi, “farciti” di documentazione “spillata” o “incollata”, foriera di intuibili criticità in termini di conservazione e ricerca delle pratiche di riferimento, su cui sono manoscritte le informazioni del Comandante di reparto e le decisioni del Direttore.

impostate tramite gruppi e credenziali ADN. I dati di interesse vengono quindi messi a fattor comune nell'ambito dell'Istituto.

Il menù principale, ma a ben guardare, l'intero applicativo è dotato di una interfaccia grafica *smart*, che restituisce quattro opzioni: 1) Gestione informativa detenuti; 2) Ufficio Comando; 3) Sorveglianza Generale; 4) Portineria.

Il “pannello amministrazione” restituisce lo *screen* successivo e cliccando su “*configurazione reparti detenuti*” si ha una replica delle ubicazioni dei reparti detenuti non dissimile da quella che si rinviene nell'Applicativo Spazi Detentivi.

La gestione informativa detenuti porta a tre opzioni: 1) Registrazione; 2) Anagrafica detenuti; 3) Ubicazioni detenuto.

Cliccando su “registrazione detenuto/anagrafica” viene restituita una maschera con le principali informazioni relative al singolo detenuto presente in istituto, che riassume molti dei dati già contenuti nella banca dati SIAP-AFIS, consentendo agli operatori di avere con un “clic” la generazione di foto segnaletiche in caso di evasione, unitamente all'informativa da trasmettere alle autorità competenti, così da azzerare i tempi operativi in occasione di questi eventi critici.

Anche la gestione delle ubicazioni riflette le informazioni reperibili nell'Applicativo Spazi Detentivi 15 e a sua volta consente di effettuare i “cambi cella”, processo di lavoro sovente affidato a “domandine” (*recte* mod. 393) e autorizzazioni cartacee, non sempre tracciate e/o tracciabili, poco intuitive e trasparenti, che con questo applicativo diventano *smart* e orientate ad *accountability*.

Le informazioni inserite nei campi precedenti sono indispensabili per consentire la gestione dei registri dell'area sicurezza, rinvenibili nel menù principale e mediante un semplice “clic” sull'icona “Ufficio Comando”, compare una maschera che restituisce all'utente una sorta di “scrivania virtuale” da cui gestire tutti i registri principalmente in uso presso l'area sicurezza, ma da cui prendono avvio numerosi processi di lavoro che interessano anche le altre aree.

Il funzionamento dei registri è sostanzialmente omogeneo e per rendere l'idea delle capacità dell'applicativo si ritiene sufficiente descrivere quello più complesso, cioè il registro disciplinari detenuti, in ragione anche della presenza di termini decadenziali previsti dall'O.P. e dell'attenzione riservata dall'Amministrazione su questo delicato aspetto⁷⁰, tanto da esigere l'introduzione di alcuni accorgimenti tecnici nella c.d. sala situazioni, per evitare la scadenza dei termini previsti e vanificare la funzione del procedimento disciplinare⁷¹.

A tal proposito, il procedimento principia da un rapporto disciplinare redatto da un operatore penitenziario e depositato presso l'ufficio comando⁷² in originale con annesso file word, da viene generato un identificativo della pratica.

Il processo si sviluppa fino a cinque sottoprocessi progressivi, con risultanze stampabili o convertibili in formato pdf: 1) Rapporto; 2) Infrazione; 3) Info sorveglianza; 4) Decisione del comandante; 5) Contestazione del rapporto.

Una delle funzioni più utili, con riferimento al registro disciplinari detenuti, è lo “scadenario dei rapporti”, che consente di mantenere il *timing* del procedimento, con tanto di *alert* cromatico, evitando tardive contestazioni o decisioni.

La maschera della contestazione del rapporto disciplinare non solo contiene le informazioni indispensabili per procedervi, ma anche la funzionalità di stampa del verbale di contestazione dell'addebito disciplinare.

⁷⁰ V. circ. D.A.P. 3.4.2023, n. 3701/6151, in materia di «Aggressioni al personale: ulteriori linee di intervento in materia di gestione della procedura disciplinare a carico del responsabile».

⁷¹ V. circ. D.A.P. 23.4.2021, prot. n. 0159045, in materia di «Seguito circolare GDAP 23/07/2020 n. 0262925 “aggressioni al personale”».

⁷² L'ufficio comando potrebbe essere definito come la segreteria del Comandante del reparto di Polizia penitenziaria dell'Istituto.

Come già evidenziato, una volta contestato il rapporto inizia a decorrere il termine per la decisione del direttore. Nel caso di invio degli atti al consiglio di disciplina con relativa convocazione è prevista un'altra schermata, collocata sempre alla destra di quella in uso.

Anche in questo caso l'operatore può "estrarre" la decisione.

L'attivazione del consiglio di disciplina determina l'avvio del *counting* del secondo termine decadenziale del procedimento nello scadenziario.

La convocazione del consiglio di disciplina o le comunicazioni che in generale derivano dalla istruzione dei registri da parte del direttore o degli altri soggetti coinvolti nello smistamento della connessa corrispondenza è gestita dal medesimo applicativo.

La maschera del consiglio di disciplina reca le seguenti indicazioni: 1) componenti del consiglio di disciplina; 2) dichiarazioni del detenuto; 3) infrazione contestata; 4) sanzione; 5) data del verbale; 6) eventuali annotazioni.

Il tasto "stampa" restituisce di *default* all'utente il verbale del consiglio di disciplina, da sottoporre ai componenti del consiglio per la firma.

L'ultimo passaggio è quello relativo alla archiviazione della pratica con estrazione del rapporto.

Infine, l'applicativo consente la ricerca delle pratiche archiviate, utilizzando chiavi di ricerca intuitive e semplici da usare per qualsiasi operatore.

La flessibilità di INFOSICUREZZA consente di modellare l'applicativo sulle reali necessità dell'istituto penitenziario, risolvendo criticità spesso sottostimate dal *top management* penitenziario o dagli "addetti ai lavori", si pensi alle difficoltà quotidianamente create da ingressi temporanei o permanenti in istituto di personale esterno, autorizzato a vario titolo a varcare il *block house* o la portineria, con archiviazioni dei provvedimenti che cambiano da un posto di servizio all'altro, sovente affidate alla capacità organizzativa del singolo operatore, sempre che le autorizzazioni siano effettivamente reperibili, ovvero siano state fisicamente condotte da qualcuno sui vari posti di servizio.

Nel caso di specie, INFOSICUREZZA consente all'Ufficio Comando di creare le autorizzazioni all'ingresso disposte dal Direttore, anziché su *wordprocessor*, direttamente sull'applicativo. Una volta completata la procedura, che richiede la "pubblicazione" dell'atto firmato e scansionato, l'autorizzazione sarà consultabile dalla portineria e dagli utenti abilitati, potendo così verificare quali persone o automezzi siano effettivamente autorizzati ad entrare.

Nel caso di autorizzazione temporanea, l'applicativo di *default* non consentirà più la consultazione del provvedimento una volta cessata la validità, essendo solo l'Ufficio comando abilitato ad accedervi per la successiva archiviazione, aprendo la scheda "autorizzazioni temporanee scadute da archiviare".

Ovviamente, INFOSICUREZZA consente ricerche di tipo dinamico, sia per le autorizzazioni in corso di validità (con verifica del documento di identità uploadato), sia per quelle oramai archiviate (sebbene limitatamente all'Ufficio Comando, al Comandante e al Direttore).

Le potenzialità applicative di INFOSICUREZZA possono essere comprese immediatamente da chi ha una discreta esperienza penitenziaria intramuraria, magari relativa a istituti ancora caratterizzati da un funzionamento analogico e diffidenti verso digitalizzazione, smaterializzazione e conservazione digitale.

Un osservatore poco attento potrebbe astrattamente limitare le ricadute di INFOSICUREZZA, ritenendolo semplicemente funzionale alla eliminazione della prassi antidiluviana rappresentata dalla conduzione a mano dei registri cartacei, per la firma di rito del Comandante e del Direttore (con tanto di carrello per il trasporto).

Al pari del GUSWEB, il funzionamento dell'applicativo in locale sui *server* di istituto non è ostativo ad un *upgrade*, essendo sufficiente riprogrammare INFOSICUREZZA da VBA a php, con sua collocazione sui server centrali e annessa gestione intranet.

Questo *upgrade* non solo consentirebbe di massificarne l'uso, riducendo i tempi di gestione dei connessi flussi procedurali, ma anche di standardizzare le prassi amministrative e gestionali,

contribuendo ad eliminare una delle contraddizioni tipiche dell'istituzione penitenziaria e cioè che "ogni istituto è un ministero".

Inoltre, tutte le pratiche lavorate sui registri sarebbero consultabili secondo chiavi di sicurezza gerarchiche in relazione alla correlata catena di comando. Ad esempio, lo stesso Provveditore potrebbe accedere all'applicativo per verificare l'andamento della firma e le stesse unità ispettive provveditoriali e dipartimentali potrebbero svolgere un controllo da remoto prima di recarsi fisicamente in istituto, secondo un modello non dissimile da quello invalso presso l'Ispettorato Generale del Ministero della giustizia⁷³.

Se ciò non bastasse, alla luce del fenomeno patologico delle reggenze multiple di diversi istituti in alcune regioni notoriamente problematiche, da parte di pochissimi dirigenti penitenziari (quanto meno fino alla assegnazione dei neo-dirigenti penitenziari di recente assunzione), ma anche quello fisiologico connesso alla fruizione delle legittime assenze negli altri distretti, l'*upgrade* auspicato potrebbe consentire di eseguire la "firma" dei registri da remoto (es. da Nuoro si potrebbero effettuare la firma di Lanusei, oppure da Massa Marittima quella di Porto Azzurro ...), ottimizzando la risorsa "tempo" e contenendo le gite di servizio al minimo.

Se poi si abbinasse questa *best practice*, al ricorso massiccio alle *conference call* a mezzo *Teams*, si riuscirebbero a comprendere le potenzialità dell'applicativo. Invero, una massiva utilizzazione di questo sistema potrebbe determinare una riduzione dell'interazione personale tra il direttore e i suoi collaboratori, ma si confida nel fatto che le decisioni più importanti siano sempre precedute da *briefing* e riunioni sincrone in presenza.

Sotto il profilo della sicurezza informatica, la collocazione dell'applicativo su rete interna, inaccessibile dall'esterno, realizza un accettabile *standard*, per cui il direttore che voglia effettuare quotidianamente la firma dei registri dovrà trovarsi fisicamente davanti ad una "macchina in ADN", a meno che non si opti per la soluzione introdotta per il sistema di protocollo "Calliope", il cui accesso è consentito all'operatore anche dal web.

4. Il contemperamento tra esercizio dei diritti fondamentali e istanze di ordine e sicurezza interni agli istituti penitenziari costituisce argomento delicato, essendo influenzato da numerosi fattori, sia soggettivi, sia oggettivi⁷⁴. Infatti, ai sensi degli artt. 1, O.P., nonché 2 e 4, D.P.R. n. 230/2000, «la sicurezza non è soltanto uno scopo ma è anche il mezzo per conseguire lo scopo del trattamento rieducativo. E, a sua volta, il trattamento rieducativo illumina la sicurezza, dandole contenuti di civiltà e di umanità, e la accresce, poiché la persuasione, rendendo la forma meno brutale, la rende più forte»⁷⁵. Inoltre, «I concetti di sicurezza e trattamento (...) non hanno, né potrebbero avere, logiche divergenti, essendo, la prima, condizione necessaria perché le attività trattamentali possano svilupparsi, mentre è dimostrato che l'incremento delle seconde contribuisce a stabilizzare l'ordine e la disciplina interna»⁷⁶.

La sicurezza di un istituto penitenziario non è il prodotto esclusivo del lavoro svolto dal personale ivi operante, condividendosi le parole di chi già nel 2007 riconosceva «agli impianti tecnologici, a

⁷³ A ben guardare, una funzionalità analoga è stata prevista per razionalizzare anche l'attività interna amministrativa dell'Ispettorato Generale, realizzando nel 2022 un programma unico di registrazione e gestione delle ispezioni ordinarie e delle attività di natura straordinaria e/o riservata, denominato "Nemesis". Come evidenziato da C. Morelli, *Giustizia, gli insight sulla digitalizzazione*, in *altalex.it* 30.1.2023, «Il programma consentirà la consultazione e la gestione delle informazioni, con la possibilità di esportare i dati registrati e i file contenuti nell'applicativo, il monitoraggio delle attività dell'Ufficio, nuove funzionalità come la gestione documentale e il firmario virtuale, e l'interazione con altri sistemi, quali la posta elettronica e il protocollo informatico. Tale piattaforma informatica gestirà anche il materiale ispettivo, consentendo report dettagliati sulle criticità comuni a diversi uffici giudiziari da inviare ai competenti dipartimenti del Ministero».

⁷⁴ Cfr. F. Fiorentin, *L'osservazione il trattamento*, in *Manuale di diritto penitenziario*, a cura di G. Giostra, F. Della Casa, Torino 2021, 17 ss.

⁷⁵ V. circ. D.A.P. 7.2.1992, n. 3337/5787, spec. 21.

⁷⁶ *Adde*, circ. D.A.P. 22.7.2013, n. 3649/6099.

distanza di anni dal loro avvento, una rilevante importanza strategica sotto il profilo del potenziamento della sicurezza»⁷⁷.

A ben guardare il “*mantra*” del contributo della tecnologia al mantenimento e all’elevazione degli *standard* di sicurezza ha origini ancor più risalenti, rinvenendo nella produzione amministrativa del primo Capo D.A.P., Nicolò Amato, numerosi addentellati.

Già agli inizi degli anni ‘90, in modo lapidario si affermava la necessità che «in ogni istituto, anche sulla base delle risorse offerte dalla moderna tecnologia, siano realizzate modifiche strutturali, siano installati gli impianti, siano acquistati i dispositivi, gli strumenti e gli apparati – porte e cancelli automatici, sistemi a chiavi, *pass-partout* impianti televisivi a circuito chiuso, collegamenti citofonici, sistemi di allarme, impianti antiscalcamento, impianti anti-intrusione... – che possano accrescere la funzionalità e la sicurezza interna ed esterna e ridurre l’impiego di personale»⁷⁸, con intuibile risparmio di risorse⁷⁹.

I rischi di una speculazione puramente teorica sull’importanza (ad esempio) del servizio di sorveglianza armata sul muro di cinta, in un momento storico in cui i mutamenti climatici lo rendono sempre più morbigeno⁸⁰ e le risorse umane sono indispensabili per l’osservazione e la vigilanza intramuraria⁸¹, nonché per traduzioni e piantonamenti, dovrebbero indurre a rifuggire petizioni di principio, precorrendo i tempi.

La sollecitazione all’impiego di sistemi di videosorveglianza a circuito chiuso con canalizzazione delle immagini in sale regia, caratterizzate da un numero sovrabbondante di *monitors*, alimenta proprio quella distrazione in servizio di cui si doleva la c.d. “circolare Ferrara”, poiché non è umanamente pensabile che un singolo operatore possa sovrintendere al controllo di decine di *monitors*, magari mentre espleta altre attività (si pensi al frequente abbinamento tra servizio in sala regia e centralino detenuti).

Mutatis mutandis, si potrebbe estendere al servizio svolto dalla Polizia penitenziaria nelle sale regia (tanti... troppi *monitors*) la medesima riflessione di Nicolò Amato sulla scarsa utilità del servizio di sorveglianza armata «per il fatto che assai spesso i muri sono troppo estesi e le sentinelle troppo poche, per cui di fatto, specie di notte, lunghi tratti di muro sono sottratti alla possibilità di un effettivo controllo»⁸².

La *vulgata* non muta nemmeno con l’introduzione della sorveglianza dinamica, come emerge dalla prassi di riferimento, ivi ribadendosi comunque l’importanza del presidio del muro di cinta e dei varchi verso l’esterno⁸³ e l’invito ad ampliare la sala regia, che «deve diventare la “centrale operativa” degli istituti, avere sotto controllo la maggior parte delle zone dell’istituto e rimanere in contatto con il Comandante, con i responsabili delle Unità Operative e con i responsabili della sorveglianza»⁸⁴. A sua volta la questione dell’adeguamento tecnologico, con particolare riguardo alla dotazione di

⁷⁷ Si fa riferimento all’allora Capo D.A.P., Ettore Ferrara, e alla circ. D.A.P. 22.11.2007, prot. n. 0363643, pt. 5, che riconosceva nei sistemi di videosorveglianza efficiente «un valore aggiunto in relazione ai livelli di sicurezza che ordinariamente possono essere assicurati in ogni istituto».

⁷⁸ Cfr. circ. D.A.P. 21.4.1993, n. 3359/5809, spec. 35; in senso analogo, si esprimeva Nicolò Amato con circ. D.A.P. 7.2.1992, n. 3337/5787, spec. 51, invitando a effettuare le modifiche strutturali secondo la «evoluzione della tecnologia».

⁷⁹ V. I. Picott, *The Rise of AI-Run Prisons. A Look into the Future of Correctional Facilities*, in *medium.com* 11.3.2023, secondo il quale «One of the main reasons for the rise of AI in the prison system is the need to increase efficiency and reduce costs. Traditional prisons are expensive to operate, and there is always a risk of human error in the management of inmates. By using AI technology, prisons can automate many of their operations, making them more efficient and cost-effective».

⁸⁰ V. ancora circ. D.A.P. 21.4.1993, n. 3359/5809, spec. 47, secondo cui «la eliminazione di un lavoro così duro (spesso ore al freddo intenso) possa ridurre le malattie e le relative assenze».

⁸¹ Invero, già circ. D.A.P. 21.4.1993, n. 3359/5809, spec. 46-47, si soffermava sulle ricadute in termini di razionalizzazione del personale di Polizia penitenziaria per effetto di soluzioni diverse dalla sorveglianza armata sul muro di cinta.

⁸² Cfr. circ. D.A.P. 21.4.1993, n. 3359/5809, spec. 35.

⁸³ V. circ. D.A.P. 22.7.2013, n. 3649/6099, spec. pag. 4.

⁸⁴ V. ancora circ. D.A.P. 22.7.2013, n. 3649/6099, nota 3.

strumenti di controllo remoto e connessi beni strumentali, viene liquidata con l'auspicato supporto di Cassa delle Ammende⁸⁵, senza alcun progetto organico.

Ancora, nessun contributo viene offerto sul punto dal vigente regolamento di servizio del Corpo di Polizia penitenziaria (D.P.R. n. 82/1999), che si limita a prevedere la garanzia di collegamento tra posti di sentinella fisse o pattuglie e corpo di guardia «con idonei sistemi di comunicazione»⁸⁶, attualmente assicurato mediante apparati telefonici o radio (principalmente radio portatili del sistema TETRA).

Un rilevante *focus* sulle positive ricadute delle tecnologie in ambiente penitenziario viene finalmente realizzato dalla Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario (c.d. Commissione Ruotolo), che ritiene determinante l'impiego delle tecnologie per il miglioramento della qualità della vita negli istituti penitenziari⁸⁷, auspicando la positiva collaborazione con il Ministero per l'innovazione e la transizione digitale⁸⁸ e la valorizzazione/standardizzazione delle *best practices* esistenti, ma senza proporre alcun collegamento al P.N.R.R.⁸⁹, imponendo il reperimento *aliunde* delle risorse⁹⁰.

Gli interventi auspicati dalla Commissione⁹¹ attengono al miglioramento delle condizioni di sicurezza (sistemi anti-droni, *metal detector* fissi, *body scanner*), dei rapporti affettivi (potenziamento dell'utilizzo delle comunicazioni a distanza) o dell'offerta didattica e formativa (didattica e formazione a distanza), con «un non trascurabile alleggerimento del lavoro del personale».

Con riferimento al rapporto tra tecnologie e sicurezza, la Commissione focalizza la propria attenzione sull'uso di sistemi tecnologici in grado di ridurre la deindividuazione che caratterizza l'operato del personale di Polizia penitenziaria nel corso delle perquisizioni, così da identificare con certezza chi vi procede⁹². Inoltre, secondo l'approccio *bottom-up* che ha caratterizzato la standardizzazione del GUSWEB, sono suggerite numerose innovazioni, tra le quali si segnalano le seguenti:

- standardizzazione del sistema “MOVE”, in uso presso l'istituto di Roma Rebibbia Nuovo Complesso, che consente di gestire la circolazione dei detenuti dai reparti detentivi verso le varie zone dell'istituto (senza aggravare i carichi di lavoro del personale e garantendo una migliore fruizione dei servizi)⁹³;

⁸⁵ Così circ. D.A.P. 23.10.2015, n. 3663/6113, spec. 2 e 10.

⁸⁶ V. l'art. 35, D.P.R. n. 82/1999.

⁸⁷ La Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario (c.d. Commissione Ruotolo), istituita dalla Ministra Marta Cartabia con d.m. 13.9.2021 e presieduta dal Prof. Marco Ruotolo, si è giovata dei contributi di componenti dell'accademia, della magistratura e dell'Amministrazione penitenziaria, della sanità pubblica, oltre che dell'Ufficio del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, tutti caratterizzati da un elevatissimo livello di conoscenza diretta del sistema penitenziario. Invero, non sarebbe stata peregrina la partecipazione ai lavori della Commissione di componenti aventi competenze tecniche, non solo in materia di edilizia penitenziaria, ma anche di telecomunicazioni e informatica, interne all'Amministrazione penitenziaria.

⁸⁸ A quanto consta, questa collaborazione, avviata a ridosso della pubblicazione della relazione finale della Commissione Ruotolo, è stata interrotta presumibilmente per effetto del cambio di governo.

⁸⁹ Questa circostanza appare decisamente singolare, considerando il richiamo del P.N.R.R. per consentire l'attuazione anche in ambiente penitenziario del programma Garanzia di Occupabilità dei Lavoratori (c.d. G.O.L.).

⁹⁰ La Commissione ha cognizione della necessità di un adeguato impiego di risorse, ipotizzando la realizzazione di alcune innovazioni mediante riduzione contestuale di altre spese e standardizzazione di buone pratiche già esistenti. Inoltre, non si esclude il ricorso alle risorse di cui all'art. 1, comma 155, l. 30 dicembre 2020, n. 178, di per sé insufficienti per la realizzazione degli obiettivi di ampliamento e ammodernamento degli spazi e delle attrezzature destinate al lavoro dei detenuti, nonché per il cablaggio e la digitalizzazione degli istituti penitenziari.

⁹¹ V. Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario, *Relazione finale*, cit., spec. 13 ss.

⁹² In modo condivisibile e andando oltre gli obiettivi della Commissione Ruotolo, N. Bala, L. Trautman, *op. cit.*, ipotizzano l'impiego del *machine learning* per aiutare a identificare e ridurre episodi di violenza della polizia in istituto, segnalando comportamenti potenzialmente abusivi da parte del personale di custodia.

⁹³ Il sistema MOVE è attivo presso il Polo penitenziario di Roma Rebibbia Nuovo Complesso da oltre quindici anni. In particolare, al singolo detenuto (ad eccezione di chi è sottoposto a provvedimento di divieto di incontro, per il quale è previsto l'accompagnamento del personale di Polizia penitenziaria) è consentito di spostarsi autonomamente dalla sezione di appartenenza verso specifiche zone dell'istituto (sale colloqui, aule scolastiche, laboratori...), seguendo percorsi interni

- implementazione del controllo biometrico per semplificare in sicurezza le operazioni di accesso dei familiari che si recano ai colloqui⁹⁴;
- implementazione del sistema di videocolloqui sia tra detenuti e familiari, sia per la formazione e informazione a distanza;
- creazione di pagine di supporto per la gestione amministrativa del personale (modello Provveditorato per la Campania);
- realizzazione di *totem touch* per le richieste dei detenuti (con un terminale multimediale, fruibile in diverse lingue, che consenta di sostituire il cartaceo per una gestione telematica delle richieste: c.d. domandine mod. 393, ordini di sopravvitto mod. 72, istanze indirizzate alla magistratura tramite matricola ecc.);
- disponibilità di telefoni cellulari, pur se non generalizzata, ed esclusa, specificamente, ove vi siano particolari esigenze cautelari, legate a ragioni processuali o alla pericolosità dei soggetti (andrebbero peraltro definiti tempi e modalità di utilizzo da parte dell'Amministrazione e consentito l'acquisto al sopravvitto, senza costi per l'Amministrazione e con costi minimi per i detenuti, di apparecchi mobili configurati in maniera idonea e funzionale, con le dovute precauzioni operative ossia senza scheda e con la possibilità di chiamare solo i numeri autorizzati per evitare qualsiasi forma di utilizzo indebito);
- informatizzazione dei registri in uso;
- introduzione di APP per la prenotazione del colloquio da parte dei familiari;
- incentivazione del possesso di computer per i detenuti, da acquistare al sopravvitto;
- introduzione di servizi a pagamento (per esempio lavatrici a gettoni) come già avviene in alcuni istituti per i distributori di bevande e snack;
- introduzione e implementazione di sistemi (*metal detector* fissi e *body scanner*) che realizzino un più efficace esercizio della funzione di controllo per impedire l'ingresso in istituto di oggetti il cui possesso non è consentito alle persone recluse.

La Commissione Ruotolo si sofferma anche sulle ataviche difficoltà *hardware* e di rete degli istituti penitenziari in relazione al bilanciamento tra esigenze di sicurezza e trattamentali (doppia linea di cablaggio), dando conto di una positiva interlocuzione con la società *Open Fiber* per una sperimentazione *ad hoc*.

Indubbiamente, la Commissione Ruotolo ha fornito un importante contributo al dibattito rapporto tra tecnologie e carcere⁹⁵, ma l'impressione è che il *focus* sia stato centrato solo sulla struttura penitenziaria e non sull'intera Amministrazione penitenziaria, col rischio di creare il proverbiale "colosso dai piedi d'argilla".

4.1. Le sollecitazioni contenute nella prassi dell'Amministrazione penitenziaria degli anni '90, finalizzate a implementare le nuove tecnologie di sorveglianza remota – TVCC e controlli

prestabiliti e contrassegnati da un colore univoco, utilizzando schede magnetiche personali colorate (ciascuna per ogni percorso disponibile) e dotate di codice a barre. L'operatore addetto alla vigilanza ammette il detenuto all'esterno della sezione, verifica preventivamente l'autorizzazione ad uscire e successivamente sottopone la scheda colorata del detenuto a lettura ottica; in questo modo la movimentazione dell'utenza è parzialmente informatizzata e conseguentemente si riduce il carico di lavoro del personale.

⁹⁴ Il sistema di controllo biometrico dell'accesso dei familiari che si recano a colloquio viene introdotto presso il Polo penitenziario di Roma Rebibbia Nuovo Complesso per contrastare possibili evasioni, occasionate dal flusso dei visitatori, come accaduto proprio a Roma nel 2002, quando il boss della Stidda, Gioacchino Gammino, si diede alla latitanza per vent'anni, approfittando proprio dell'uscita dei familiari dai colloqui. Per questo motivo il sistema funziona solo per i familiari di sesso maschile (visto che al Nuovo Complesso non ci sono detenute...), la cui movimentazione verso le sale (e ritorno) è condizionata dall'uso di un PIN personale fornito dall'ufficio rilascio colloquio e dalla scansione del palmo e dorso della mano (che restituisce una stringa alfanumerica – c.d. *template* – quindi senza archiviazione).

⁹⁵ Positivamente sui risultati complessivamente raggiunti dalla Commissione Ruotolo, M. Palma, *op. cit.*, rammaricato per l'accantonamento delle proposte formulate una volta venuto meno il supporto del Governo Draghi e della Ministra Cartabia.

automatizzati degli accessi – erano funzionali a massimizzare l'osservazione diretta dell'utenza da parte della Polizia penitenziaria.

Come evidenziato dal PC-CP, attualmente «le tecnologie di sorveglianza ancora più recenti hanno aumentato la portata e l'intensità dell'osservazione in modi senza precedenti, automatizzando la raccolta di "dati" osservativi e comportamentali nei blocchi detentivi, nelle officine, persino nelle celle - spesso in "tempo reale", a volte gestito da AI - al fine di gestire gli individui e mantenere l'ordine collettivo»⁹⁶; in sostanza, l'impiego della tecnologia in carcere si focalizza su sicurezza e sorveglianza⁹⁷ «per avvisare il personale di comportamenti o attività di persone in carcere che il sistema registra come "anormali" o "sospetti"»⁹⁸.

In questo senso le numerose sono le esperienze relative a sistemi penitenziari notevolmente diversi da quello italiano e vanno dall'est dell'Asia (Honk-Kong⁹⁹, Cina¹⁰⁰, Corea del Sud¹⁰¹, Malesia¹⁰², India¹⁰³ o Singapore¹⁰⁴) all'Europa (Regno Unito¹⁰⁵), agli Stati Uniti¹⁰⁶.

Senza giungere alle estremizzazioni rinvenibili in alcuni Paesi, culturalmente lontani dal nostro, l'impatto della trasformazione digitale e dell'AI sul sistema penitenziario trova un forte bilanciamento nei principi di *accountability*, trasparenza e *risk based approach*¹⁰⁷, gli stessi che

⁹⁶ M. Nellis (for the PC-CP), *op. cit.*, 16.

⁹⁷ Così, P. Puolakka, *Artificial intelligence in prisons in 2030: an exploration on the futur of AI in prison*, in *Advancing Correction Journal* 2021, n. 11.

⁹⁸ V. Penal Reform International, *Global Prison Trends 2020*, London 2021, spec. 47.

⁹⁹ Ad Hong Kong i detenuti indossano un braccialetto che ne monitora la frequenza cardiaca, da cui si deducono aspetti del loro comportamento (cfr. Houser K. (2019), *China is Installing 'AI Guards' in Prison Cells. They'll make escape impossible – but the trade-off might be inmates' mental health*, in *Futurism*. <https://futurism.com/chinese-prison-ai-guards-cells> 4.2.2019).

¹⁰⁰ Nella prigione cinese di Yancheng sono installate telecamere e sensori nascosti nelle celle che generano rapporti giornalieri su ogni detenuto (v. N. Bala, L. Trautman, *op. cit.*, e S. Yan, *Chinese high-security jail puts AI monitors in every cell 'to make prison breaks impossible'*, *The Telegraph*, <http://www.telegraph.co.uk/news/2019/04/01/chinese-prison-rolls-facial-recognition-sensors-track-inmates/> 1.4.2019).

¹⁰¹ Nel 2012 in Corea del Sud è stata sperimentata l'introduzione di "robot-guardie", dotate di diverse telecamere, di cui una 3D, microfono, altoparlante e circuiti e *software* che gli consentono di muoversi autonomamente in aree predefinite all'interno del carcere. *Amplius* B. Yrka, *Robot guards being tested in South Korea*, in www.phys.org 18.4.2012.

¹⁰² In Malesia è utilizzato un sistema in grado di rilevare se i detenuti realizzano condotte eteroaggressive o tentano di evadere, utilizzando nuove tecniche di analisi video. Un sistema *smart lock-up* analizza i filmati delle telecamere di sorveglianza nelle camere di pernottamento, nei corridoi e lungo il perimetro della prigione, rilevando comportamenti come arrampicate, girovagare anomalo, risse, tentativi di suicidio e atti di vandalismo, inviando un *alert* alle autorità penitenziarie. Il sistema si basa sull'AI, utilizzando la "*Gait Analysis*" per insegnare a un computer ad analizzare il movimento e il comportamento umano. Sul punto v. B. Goedbloed, *Artificial intelligence in a prison environment. Conferenza del Consiglio d'Europa dei Direttori delle Amministrazioni penitenziarie ed esecuzione penale esterna*, Cipro 21 – 22.5.2019.

¹⁰³ Cfr. A. Devaprasad, *op. cit.*

¹⁰⁴ In argomento si consiglia di consultare il sito della società HTX (<https://www.htx.gov.sg>), un'agenzia scientifica e tecnologica che riunisce capacità scientifiche e ingegneristiche per trasformare il panorama della sicurezza nazionale e mantenere Singapore al sicuro. L'inserimento della *key word* "prison" nel motore di ricerca presente nel sito restituisce una serie incredibile di possibili applicazioni di AI al contesto penitenziario, si pensi al sistema P.A.S.S., quale sistema automatizzato di *screening* delle urine in relazione all'eventuale uso di sostanze stupefacenti attraverso (<https://www.htx.gov.sg/news/featured-news-pass-not-an-ordinary-toilet>).

¹⁰⁵ Nell'istituto penitenziario di Liverpool, telecamere dotate di intelligenza artificiale monitorano le persone che vi entrano per rilevare traffici vietati, droghe e armi, abbinando i loro movimenti e comportamenti a una nozione di "sospetto" incorporata negli algoritmi. Cfr. C. McGoogan, *Liverpool prison is using AI to stop smuggling drugs and weapons*, <https://www.telegraph.co.uk/technology/2016/12/06/liverpool-prison-using-ai-stop-drugs-weapons-smuggling/> 6.12.2016.

¹⁰⁶ Diversi Stati negli USA utilizzano l'intelligenza artificiale per monitorare le telefonate dei detenuti con il riconoscimento vocale, l'analisi semantica e *software* di apprendimento automatico per creare database di parole ricercabili e modelli per rilevare attività illegali. V. D. Cassens Weiss, *Prisons and jails use artificial intelligence to monitor inmate phone calls*, in *Abajournal*. <https://www.abajournal.com/news/article/prisons-and-jails-use-artificial-intelligence-to-monitor-inmate-phone-calls> 25.10.2019.

¹⁰⁷ Così anche Aa.Vv., *Artificial Intelligence Applications in Corrections*, cit., spec. 6, che si soffi 26

hanno caratterizzato il G.D.P.R. e con cui bisogna “fare i conti” durante tutto il ciclo di vita del sistema di AI.

L'attuazione dei principi di minimizzazione, di *privacy by design* e *privacy by default* è, quindi, essenziale e per garantirli è necessario implementare misure tecniche e organizzative all'avanguardia, andando oltre l'anonimizzazione e la crittografia, ma facendo in modo che gli algoritmi impiegati riducano al massimo l'impatto sui dati.

Ovviamente, il ricorso dell'AI e delle tecnologie potrebbe essere direttamente proporzionale alle esigenze connesse al mantenimento dell'ordine e della sicurezza, agevolando una serie di compiti che attualmente esigono aliquote significative di personale, si pensi all'osservazione delle aggregazioni nei cortili passeggi o nelle sale socialità¹⁰⁸, o al monitoraggio della corrispondenza epistolare, telefonica¹⁰⁹, dei colloqui dei detenuti sottoposti al regime differenziato di cui all'art. 41-*bis*, O.P. e alle opportunità che una *strong AI* può offrire, se “allenata” a comprendere non solo la lingua italiana, ma anche i dialetti utilizzati dall'utenza, combinata con una videosorveglianza del colloquio che non incontra i limiti della stanchezza o della disattenzione umana¹¹⁰.

Invero, come è stato correttamente evidenziato da chi ha analizzato il sistema penitenziario multilivello degli Stati Uniti, il problema comune a tutte le realtà penitenziaria è «*understanding who, exactly, they are bringing into their facilities*»¹¹¹. Anche nel contesto statunitense il nuovo giunto rappresenta un'incognita, specie in assenza di informazioni dirette o indirette circa eventuali appartenenze a *gang* urbane (fenomeno tipico delle realtà metropolitane) con contrapposizioni e necessarie separazioni, spesso ricavabili dai tatuaggi rilevabili all'atto dell'ingresso¹¹².

il management penitenziario consideri preventivamente l'impatto etico dell'AI su persone e organizzazione prima di introdurla o di operare un *upgrade*.

¹⁰⁸ Allo stato attuale queste importanti attività possono essere trascurate per carenza di personale, essendo svolte spesso da un'unica unità (quando presente) per più cortili passeggi, ovvero dal medesimo operatore impegnato nella consueta osservazione e vigilanza in sezione. L'impiego di sistemi di videosorveglianza con riconoscimento facciale, interconnessi con il SIAP-AFIS, potrebbe consentire di avere un'analitica indicazione delle aggregazioni dell'utenza, evidenziando contatti, frequenza e durata, sia per la conduzione dell'osservazione scientifica della personalità, sia per il *feedback* eventualmente richiesto dall'A.G. in ordine a determinati fatti di reato.

¹⁰⁹ Si immaginino le ricadute di un monitoraggio analitico della corrispondenza telefonica (ma anche epistolare) ricorrendo a una metodologia AI *strong*, analoga a quella impiegata in alcuni istituti statunitensi, di cui dà conto C. Francescani, *US prisons and jails using AI to mass-monitor millions of inmate calls*, in *ABC News*. Retrieved, <https://abcnews.go.com/Technology/us-prisons-jails-ai-mass-monitor-millions-inmate/story?id=66370244>, 24.10.2019. Ma sui rischi legati a una eccessiva compressione dei diritti fondamentali a causa del ricorso a questa tecnologia v. D. Shrfinski, A. Asher-Schapiro Shrfinski D., *U.S. prisons mull AI to analyze inmate phone calls*, in *reuters.com* 9.8.2021, che si soffermano sui numerosi *bias* dei risultati applicativi dei *software* “*speech-to-text*” (es. *Amazon transcribe*), specie con la popolazione di colore o nel caso di inflessioni vocali particolarmente chiuse.

¹¹⁰ Sulle difficoltà connesse al monitoraggio dell'utenza sottoposta al regime di cui all'art. 41-*bis* O.P., v. A. Zaccariello, *Gruppo operativo mobile*, docenza svolta ai consiglieri penitenziari del primo corso per direttori, 18.7.2023, specie con riferimento alla complessità richiesta da una corretta analisi di contesto e dell'attore (il soggetto sottoposto a regime detentivo differenziato).

¹¹¹ Così J.A. O'Hare, *Reducing prison risks through AI-based threat intelligence*, in <https://www.pnewswire.com/news-releases/reducing-prison-risks-through-ai-based-threat-intelligence-301280249.html> 29.4.2021.

¹¹² In teoria, all'atto dell'immatricolazione del nuovo giunto, il matricolista che vi provvede dovrebbe anche “mappare” i tatuaggi rilevabili sul corpo del detenuto e inserirne una descrizione in SIAP-AFIS, ma di fatto questo *task*, non essendo a “campo obbligatorio”, non è implementato in modo adeguato. Si immagini se, invece, il *data-base* offrisse la possibilità di immagazzinare il dato, al pari del fotosegnalamento, e di consentirne l'elaborazione tramite AI *strong*, aggregando l'utenza col medesimo tatuaggio. Ad esempio, consta il caso di Filippo Griner, boss del nord barese e attualmente sottoposto a regime detentivo differenziato, la cui anomala affiliazione alla Sacra Corona Unita (in quanto esterna al contesto territoriale salentino) è stata corroborata dalla rilevazione di un tatuaggio specifico (una corona con sette diademi, paradigmatica del massimo grado di affiliazione) in occasione della sua permanenza carceraria (cfr. C. Carbonara, *Rapine ai tir, 14 persone arrestate Assaltavano carichi di sigarette*, in *Corriere del Mezzogiorno* 23.10.2014). In argomento v. V.M. Mastronardi, G. Passaro, *I segreti dei tatuaggi criminali*, Roma, 2021, che si giova dell'esperienza di ricerca svolta, su incarico dell'Università degli Studi “La Sapienza” di Roma, presso le carceri romane di Regina Coeli e Rebibbia femminile, in tema di “tatuaggi sulla persona detenuta”, emergendo come la modalità di comunicazione non verbale della popolazione detenuta nel corso degli anni abbiano subito una profonda trasformazione. *Adde*, A.T. Rozycki Lozano, R.D.

Lo svolgimento dell'analisi di contesto interno presenta in ogni struttura penitenziaria, italiana o straniera, le medesime difficoltà: colmare il *gap* informativo sull'utenza, anche avvalendosi della collaborazione esterna con le altre forze di polizia, conduce a un dispendio soverchiante di energie e gli operatori «*may use disparate investigative solutions that fail to provide comprehensive view of the threat landscape*»¹¹³. Anche la presenza oramai diffusa e massiva di *smartphone* è foriera delle medesime preoccupazioni, consentendo agli «*inmates manage their enterprises while in prison*», e all'utenza più scaltra di raggiungere anche «*the deep or dark web*»¹¹⁴.

Di conseguenza, l'investimento in tecnologia e AI, corroborato da un massiccio intervento formativo su personale specializzato (o da specializzare)¹¹⁵, potrebbe rappresentare uno strumento di contrasto al fenomeno testè illustrato, che caratterizza oramai la totalità delle istituzioni penitenziarie, non solo italiane.

Volendo soffermarci ulteriormente sulle possibili applicazioni della tecnologia e dell'AI in materia di sicurezza, funzionali anche alla creazione di valore pubblico¹¹⁶, l'Amministrazione potrebbe concentrarsi inizialmente su attività ripetitive¹¹⁷, come l'apertura manuale dei cancelli di sbarramento e andare oltre la loro automazione, automatizzando direttamente la circolazione dei detenuti dai reparti detentivi nelle varie zone degli istituti¹¹⁸, monitorando le condotte dell'utenza intenta alla preparazione/realizzazione di evasioni o di condotte eteroaggressive e identificando eventuali comportamenti sospetti, a supporto del personale penitenziario. Sul punto la mente va alla dinamica dell'evasione realizzata a febbraio 2023 presso la Casa Circondariale di Nuoro, che sarebbe stata impedita se il sistema di videosorveglianza fosse stato di tipo "attivo", supportato da AI e implementato con funzioni di rilevamento termico, visione a infrarossi notturna e riconoscimento facciale, in grado, quindi, di funzionare anche in assenza di personale sul muro di cinta e in sala regia¹¹⁹, alla stregua di quanto già accade nelle abitazioni private con videocamere acquistate a poco meno di 30 euro al pezzo su Amazon, interconnesse al nostro *smartphone* con applicazioni *ad hoc* !

Morgan, D.D. Murray, F. Varghese, *Prison Tattoos as a Reflection of the Criminal Lifestyle*, in *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 2011, 55(4) 509 ss.

¹¹³ V. ancora J.A. O'Hare, *op. cit.*

¹¹⁴ Sempre J.A. O'Hare, *op. cit.*

¹¹⁵ Sul punto si segnala l'introduzione della figura dell'analista criminale del Corpo di Polizia penitenziaria quale nuova specializzazione prevista dall'art. 22, comma 1, lett. c), A.Q.N. Polizia penitenziaria 5.10.2023.

¹¹⁶ L'obiettivo "zero evasioni" costituisce uno dei sette assi strategici per la creazione di valore pubblico all'interno del P.I.A.O. per il triennio 2023-2025, *sub* § 2.1.4, che riprende l'Atto di indirizzo del Ministro per il medesimo periodo, ma senza declinare specifiche modalità utili al suo raggiungimento, semplicemente facendo riferimento all'implementazione di tecnologia e videosorveglianza.

¹¹⁷ Questo è il suggerimento di C. Ditto, *op. cit.*

¹¹⁸ Sul punto v. Z. Allen, *Collaborating for Change: Corrections Technology Association role in Digital Transformation*, in *Justice Trends* 18.4.2023, secondo cui «Il movimento dei detenuti all'interno di una prigione è un processo molto strutturato che storicamente, in Virginia, è stato tracciato utilizzando rapporti che vengono stampati più volte al giorno. Ci dice dove dovrebbe essere un detenuto in un dato momento all'interno di una prigione o di una prigione. Ci sono alcune aziende che hanno escogitato modi per automatizzare il movimento dei detenuti all'interno di una prigione o di una prigione. Questa tecnologia automatizzerebbe il tracciamento dei detenuti attraverso i punti di uscita e di ingresso in un istituto utilizzando il riconoscimento facciale e i tag RFID attraverso la scansione di carte d'identità o un braccialetto. Lo trovo molto interessante e stiamo avviando un progetto pilota in uno dei nostri complessi qui in Virginia». In Italia, come già illustrato dalla Commissione Ruotolo (*supra*) un progetto analogo è stato sperimentato a Roma Rebibbia (il c.d. "MOVE"). Ovviamente, il potenziale di progetti simili è enorme, si pensi alla possibilità di gestione dei movimenti interni dei detenuti in base ai circuiti di appartenenza e/o ai divieti di incontro, senza dover ricorrere a presidi umani stabili e ai registri dei movimenti, avendo sempre la possibilità di "tirar giù" i dati indispensabili per attività ispettive o indagini penali.

¹¹⁹ Cfr. M. Repossi M., *Non basta la videosorveglianza se non supportata da intelligenza artificiale!*, in *linkedin.it* 1.3.2023, il quale, soffermandosi proprio sulla vicenda di Nuoro, evidenzia che l'intelligenza artificiale, funzionando h24 e non essendo influenzata dall'affaticamento mentale o fisico o da condizioni meteo e luci avverse, avrebbe consentito di allertare in tempo reale le attività insolite poste in essere dai detenuti, distinguendo i movimenti umani da quelli animali o di altro genere (possibili falsi positivi) e impiegando algoritmi per segnalare i comportamenti sospetti. Nel caso di Nuoro, l'ingresso di Raduano nel box agenti o nel vano in cui aveva nascosto materiale, avrebbe immediatamente fatto scattare l'allarme ancor prima che al detenuto fosse consentito portarsi nel cortile interno del carcere. Inoltre, le

Un ulteriore contributo all'elevazione degli *standard* di sicurezza è stato recentemente offerto dalla sottoscrizione del protocollo d'intesa siglato tra ENAC e DAP, in ordine alle molteplici possibilità di utilizzo dei droni (c.d. U.A.S. – *Unmanned aerial systems*) in relazione ai compiti istituzionali del Corpo di Polizia penitenziaria, si pensi esemplificativamente al controllo delle vastissime aree demaniali delle colonie agricole, finora svolto dal servizio ippomontato e che potrebbe essere affidato a specialisti del Corpo in grado di utilizzare questa moderna strumentazione¹²⁰.

Ovviamente, l'impiego di questa tecnologia pone non solo interrogativi sui diritti e sulla dignità dei detenuti, ma anche sulle potenziali ricadute negative che un'intensa sorveglianza potrebbe produrre, vanificando gli sforzi trattamentali, a causa della creazione di un'atmosfera di sfiducia e controllo, in stile “Grande fratello”. Infatti, una ricerca statunitense ha evidenziato che le strutture penitenziarie che investono su una sorveglianza costante possono incrementare le tensioni tra personale e detenuti, peggiorando i problemi comportamentali¹²¹.

4.2. Uno degli insegnamenti che la pandemia ha impartito in materia di gestione del sistema penitenziario *lato sensu* (strutture detentive e servizi) attiene alla capacità supportiva che la tecnologia può realizzare a vantaggio delle attività trattamentali, di qualunque tipo esse siano (contatti con l'esterno, formazione, istruzione, lavoro, religione...), ma anche della comunicazione quotidiana tra *staff* e utenza, si pensi alle possibilità offerte dalla funzione di “*Google Translate*” (nel caso di interazione diretta con l'utenza) o di “*Google Lens*” (nel caso di interazione indiretta a mezzo scritto) per il superamento di elementari barriere linguistiche, in assenza di personale in possesso delle competenze di riferimento¹²².

Il lascito pandemico è tuttora significativo, basti pensare alla “stabilizzazione amministrativa dei videocolloqui”¹²³, ma il potenziale del digitale e dell'AI in materia trattamentale è largamente inespresso su tutti i versanti, specie se si considera la progressiva digitalizzazione di una serie significativa di servizi alla persona erogati all'esterno¹²⁴, non potendosi ignorare le incognite etiche

videocamere (se *upgrade* con AI), opportunamente collocate in punti strategici della struttura (sui padiglioni, sotto il muro di cinta, sul muro di cinta e/o all'esterno della struttura) avrebbero ulteriormente fornito un *alert* all'operatore di Polizia penitenziaria in servizio di sorveglianza generale all'interno del penitenziario nuorese e/o alla Centrale Operativa Nazionale, impedendo l'evasione o bloccando immediatamente la fuga del boss pugliese.

¹²⁰ Com'è noto la possibilità di utilizzo dei droni anche per il Corpo di Polizia penitenziaria è stata consentita dall'art. 1-*bis*, d.l. 30.4.2000, n. 28. A sua volta, il protocollo siglato il 3.7.2023 era indispensabile alla luce della qualificazione dell'ENAC quale Autorità di regolazione tecnica, certificazione, vigilanza e controllo nel settore dell'aviazione civile, *ex art.* 687 cod. nav.

¹²¹ Cfr. M. Nellis (for the PC-CP), *op. cit.*, spec. 11, secondo il quale gli *smartphone* possono diventare un importante mediatore di comunicazione nella relazione ufficiale-utente del servizio, oltre a essere il generatore di dati finora non disponibili sullo stile di vita, i pensieri e (ovviamente) le posizioni del loro proprietario, utilizzando gli *smartphone* come un dispositivo di tracciamento *proxy*.

¹²² V. N. Bala, L. Trautman, *op. cit.*

¹²³ In questo senso S. Anastasia, *op. cit.*, 53, facendo riferimento a circ. D.A.P. 27.9.2022, n. 3696/6146. Ma sui videocolloqui cfr. V. Lamonaca, *L'emergenza carcere ai tempi del covid-19 tra tutela della salute pubblica, esigenze di sicurezza e bilanciamento dei diritti*, cit., spec. 194 ss.

¹²⁴ Cfr. ancora S. Anastasia, *op. cit.*, spec. 49, che evidenzia come negli ultimi vent'anni «il carcere analogico è stato abbandonato al suo destino anche dalla digitalizzazione della pubblica amministrazione e dei servizi pubblici, a partire dai servizi anagrafici, sociali e di gestione del risparmio gestiti dai Comuni, dalle Questure, dagli enti di patronato, dai centri per l'impiego, dalle poste e dagli istituti bancari e dagli stessi istituti scolastici. Man mano che qualcuno di questi uffici e i relativi servizi abbandonavano i vecchi fascicoli cartacei, si approfondiva il solco con l'utenza detenuta, costretta ad affidarsi quando possibile e come possibile al volontariato dei volontari veri e propri o degli operatori penitenziari o degli stessi servizi, costretti gli uni o gli altri a fare la spola tra il carcere disconnesso e la sede territoriale della posta, del comune, del patronato, ecc.».

connesse¹²⁵, ma nemmeno correre il rischio di impoverire l'offerta trattamentale per timore della tecnologia¹²⁶.

Con riferimento al lavoro penitenziario, l'attività è solitamente associata a quella manifatturiera e quindi al "lavoro fisico"¹²⁷, ma non si possono escludere possibilità organizzative e lavorative "mente-fatturiere"¹²⁸ (o di supporto alle stesse)¹²⁹, specie alla luce dell'art. 20, O.P., «l'organizzazione e i metodi del lavoro penitenziario devono riflettere quelli del lavoro nella società libera» e a maggior ragione se guardiamo alle *best practices* estere che annoverano esperienze avveniristiche, si pensi alla Finlandia, oramai proiettata verso la seconda esperienza di *smart prison*¹³⁰, con detenuti impegnati nella classificazione dati per addestrare algoritmi di AI per la *startup* Vainu¹³¹.

Quanto all'istruzione e alla formazione professionale in ambiente penitenziario, «il faro dello sviluppo digitale» è stato puntato già diversi anni fa verso le potenzialità offerte da metodologie didattiche innovative¹³², ipotizzando uno schema specifico denominato *Virtual Campus*, ove tutto ruota intorno all'utenza¹³³ e anticipando di un decennio le potenzialità della formazione asincrona per i ristretti¹³⁴.

A ben guardare, il ricorso sempre più massiccio ai media-bidirezionali, a livello didattico, formativo e informativo, impone una riflessione sulle reali garanzie del diritto all'istruzione e alla formazione del detenuto, la cui condizione restrittiva non deve intaccare la sfera intangibile di diritti che competono loro, a maggior ragione se quei diritti debbano essere declinati non solo in senso latamente scolastico, ma in funzione di una reale alfabetizzazione digitale per ridurre il *digital divide*¹³⁵ o di *empowerment* delle attività didattiche già svolte o realizzabili in carcere¹³⁶ (si pensi alle potenzialità

¹²⁵ In tal senso v. I. Picott, *op. cit.*, secondo il quale i programmi basati sull'intelligenza artificiale possono fornire istruzione e formazione personalizzate ai detenuti, aiutandoli a sviluppare nuove competenze e prepararsi alla vita dopo il rilascio (si pensi alla sperimentazione della realtà virtuale nelle carceri finlandesi, su cui *amplius* P. Puolakka, *Future Prison Design and Infrastructure*, 27a Conferenza del Consiglio d'Europa dei Direttori delle Amministrazioni penitenziarie ed esecuzione penale esterna, Siviglia 21 – 22.6.2022, pag. 32. L'AI può anche essere utilizzata per tenere traccia dei progressi dei detenuti e identificare eventuali aree in cui potrebbe essere necessario ulteriore supporto.

¹²⁶ Cfr. P. Napolitano, *L'inevitabile transizione del trattamento penitenziario verso i nuovi spazi tecnologici*, in *L'Eco dell'ISSP* 2012, n. 11.

¹²⁷ Sulle modalità organizzative del lavoro penitenziario cfr. V. Lamonaca, *Il lavoro penitenziario tra qualificazione giuridica e tutela processuale*, in *Lavoro e previdenza oggi* 2010, n. 8/9, 824 ss.

¹²⁸ Così in tempi non sospetti e ben prima della pandemia A. Alcaro, *L'impatto della digitalizzazione sul lavoro nelle carceri: prospettive di superamento del lavoro a domicilio*, in *Boll. Adapt* 13.3.2017, secondo il quale «Potenzialmente la digitalizzazione si configurerebbe come uno strumento formidabile per amplificare le possibilità lavorative dei detenuti: essa consentirebbe ai medesimi di prestare attività a distanza, dalla reclusione, rendendo una prestazione utilizzabile (e controllabile) in tempo reale dal datore di lavoro: tuttavia, in concreto, le difficoltà suddette limitano fortemente i vantaggi potenziali. Una soluzione potrebbe essere un intervento legislativo sul lavoro da remoto, finalizzato a superare le vetuste normative e differenziazioni tra lavoro a domicilio e telelavoro, adeguando tali schemi contrattuali alla realtà tecnologica attuale, cui si potrebbe associare un intervento sulla disciplina penitenziaria, per adeguare esplicitamente il lavoro da remoto alle peculiarità del lavoro all'interno delle strutture di reclusione, come tuttora non è previsto con riguardo al lavoro a domicilio penitenziario, che rimette tale coordinamento normativo all'interprete».

¹²⁹ Sul punto v. il Memorandum d'Intesa "Lavoro Carcerario" firmato dalla Ministra della Giustizia, Marta Cartabia e dal Ministro per l'Innovazione tecnologica e la Transizioni digitale, Vittorio Colao.

¹³⁰ Su cui *amplius* P. Puolakka, *Smart Prison: From Prison Digitalisation to Prison Using, Learning and Training Artificial Intelligence*, cit.

¹³¹ V. A. Chen, *Inmates in Finland are training AI as part of prison labor*, in *The Verge* 11.12.2020.

¹³² Cfr. P. Napolitano, *La fase di transizione dell'istruzione e della formazione: il trionfo dei campus virtuali e delle ict nei processi di gestione dell'apprendimento*, in *L'Eco dell'ISSP* 2013, n. 1.

¹³³ Cfr. P. Napolitano, *Come organizzare la formazione professionale e l'avviamento al lavoro*, in *L'Eco dell'ISSP* 2013, n. 2.

¹³⁴ Cfr. P. Napolitano, *Apprendimento asincrono online e la metacognizione*, in *L'Eco dell'ISSP* 2013, n. 7.

¹³⁵ M. Manchado, G.C. Pillera, *Dalla fobia al clamore? Immaginarsi e usi delle T.I.C. nelle pratiche e nell'educazione penitenziarie nelle carceri italiane e argentine durante la pandemia*, in *Antigone*, *op. cit.*, 13 ss., spec. 15.

¹³⁶ In argomento v. C. Cosenza, *op. cit.*, spec. 81, che elenca le numerose possibilità offerte dalla digitalizzazione alla

inespresse con riferimento agli studi universitari)¹³⁷. Appare evidente come su questi versanti la pandemia abbia rappresentato un inaspettato propulsore, imponendo il cablaggio degli ambienti destinati alle iniziative didattiche e di formazione¹³⁸, ma lasciando intatto il solco profondo tra detenuti e persone libere in relazione all'accesso al *web*¹³⁹.

Ciononostante, anche per l'istruzione e la formazione, si condivide l'idea di chi ritiene che la DAD e la FAD possano costituire reale strumento di *empowerment* se usate «in modo complementare alla didattica in presenza e laddove la presenza non possa essere garantita, può contribuire a riannodare i fili spezzati della continuità»¹⁴⁰.

4.3. «Garantire una vita sana e promuovere il benessere di tutti a tutte le età» costituisce il *Goal 3* di Agenda 2030, ma la sua realizzazione in ambiente penitenziario incrocia anche il successivo *Goal 16*, che intende promuovere una società pacifica e inclusiva, non essendo tale quella che ha un rapporto tra soggetti liberi e detenuti superiore a 1/100.000 (come nel caso italiano).

L'eliminazione delle disuguaglianze sanitarie, il mantenimento e la promozione della salute e della riabilitazione dei ristretti detenuti durante la detenzione diventa fondamentale anche per Agenda 2030, specie considerando la più elevata vulnerabilità sanitaria dell'utenza ristretta, ulteriormente enfatizzata dalle precarie condizioni socio-economiche di partenza, dal sovraffollamento e dalle dipendenze¹⁴¹.

Sul punto un contributo rilevante può essere offerto dalla tecnologia, in grado non solo di potenziare il profilo diagnostico, ma anche di contemperare la tutela della salute con le esigenze di sicurezza e di contenimento dei costi connessi alla detenzione. A tal riguardo, sia sufficiente evidenziare il potenziale offerto dalla telemedicina¹⁴², dalla “telecardiologia per il 118” (fruibile anche negli istituti

didattica intramuraria, tra cui si segnalano le seguenti: estensione dell'offerta formativa in periodi di fisiologica inattività scolastica (modalità asincrona); scambi culturali fra scuole (carcerarie e non); garanzia di continuità dell'azione didattica ai detenuti, nel caso di trasferimento ad altri istituti con possibilità di seguire a distanza le lezioni della propria classe, soprattutto laddove dovessero trovarsi in istituti dove siano assenti istituzioni scolastiche analoghe; possibilità di interrelazione con altri soggetti, utili per il proprio percorso scolastico e formativo; partecipazione a lezioni, conferenze ed eventi culturali esterni al carcere; visite virtuali a luoghi di interesse culturale; accesso al prestito bibliotecario digitale del sistema interbibliotecario; rapporto smart con le imprese per percorsi integrati di formazione e lavoro; superamento della separazione fisica per circuiti con classi di detenuti, appartenenti a circuiti diversi.

¹³⁷ V. C. Dell'Oca, *Connessione instabile. Una prima analisi dell'impatto degli strumenti di comunicazione a distanza nei Poli Universitari Penitenziari nel contesto dell'emergenza pandemica*, in *Antigone*, *op. cit.*, 30 ss., spec. 45, secondo la quale «la promozione del contatto con l'esterno non può – e non deve – prescindere del tutto dalla relazione in presenza, cui la condivisione di spazi e tempi dà un'autenticità preclusa da contatti unicamente a distanza».

¹³⁸ Sulle difficoltà riconducibili alle deficienze *hardware* e di rete degli istituti penitenziari, ostantive all'effettiva fruizione del diritto all'istruzione in modalità digitale v. A. Maurizio, *Le tecnologie dell'informazione in carcere: realtà, potenzialità, ambivalenze*, in *Antigone*, *op. cit.*, 94 ss., spec. 96 ss.

¹³⁹ Cfr. S. Anastasia, *op. cit.*, spec. 49. V. anche C. Ditto, *op. cit.*, che suggerisce un uso più intenso delle risorse digitali per i detenuti, come *tablet* con contenuti mediatici precaricati o possibilità di connessione a rete *wireless* interna con *whitelist* di riferimento, atteso che queste risorse (podcast, notizie, musica e film) «hanno un effetto calmante e consentono ai detenuti di rimanere mentalmente connessi con il mondo esterno e meglio preparati per la vita dopo le dimissioni». Invero, già nel giugno del 2013 l'attuale Procuratore della Repubblica di Catanzaro, Nicola Gratteri, proponeva di dotare ogni detenuto di un *tablet* per dematerializzare la documentazione processuale da notificargli e di un indirizzo PEC per disimpegnare le Forze di polizia occupate nell'espletamento delle notifiche.

¹⁴⁰ Così, C. Cosenza, *op. cit.*, spec. 87.

¹⁴¹ E. Allahyari, M. Moshtagh, *Predicting mental health of prisoners by artificial neural network*, in *Biomedicine* 2021 11, 26 ss., spec. § 1.

¹⁴² Così C. Botrugno, *Telemedicina e diritto alla salute in carcere: stato dell'arte, rischi e opportunità*, in *Rivista di BioDiritto* 2021, 3, 401 ss., spec. 406, secondo il quale «l'attivazione di servizi di telemedicina è stata considerata (dal Comitato nazionale di Bioetica, n.d.s.) come un potenziale vettore di cambiamento per l'intero sistema penitenziario, per effetto del quale si potrebbe ridimensionare la stessa percezione sociale della pena detentiva, facendola apparire come «un aspetto, per quanto drammatico e controverso, dello sforzo di adeguarsi alla crescita di civiltà da parte di una società tecnologicamente avanzata e non il residuo ancestrale di una gestione approssimativa della sofferenza e dell'emarginazione». Per una esperienza interessante di telemedicina penitenziaria, realizzata negli istituti romani, in

penitenziari), dalla diagnostica per immagini (svolta in istituto e refertata da remoto), dal supporto psicologico¹⁴³, ostacolata sovente da deficienze *hardware*, di rete e da ottuse prese di posizioni securitarie. Inoltre, è stata sperimentata la possibilità di predire le condizioni di salute mentale dei detenuti ricorrendo a un modello di rete neurale artificiale¹⁴⁴.

Anche per la tutela della salute dei soggetti ristretti, la *policy* suggerita per lo sviluppo della telemedicina in carcere va nella direzione di un approccio integrato con la medicina tradizionale, specie in relazione ai pazienti affetti da forme psicotiche gravi (magari come supporto consultivo a seguito di evento critico), oppure all'utenza straniera che spesso ha proprio in carcere i primi contatti con l'assistenza sanitaria¹⁴⁵, consentendo un buon temperamento con le esigenze di sicurezza¹⁴⁶. Inoltre, un cenno va fatto a un'altra importante questione e cioè, alla realizzazione della c.d. cartella clinica informatizzata¹⁴⁷ nel carcere analogico, in grado di alimentare anche il "Fascicolo sanitario elettronico 2.0"¹⁴⁸, da parte di un personale medico ancora costretto a lavorare sul diario clinico cartaceo, senza poter mettere "a sistema" l'attività svolta a vantaggio del "paziente-detenuto", perdendo in tempestività, efficacia e adeguatezza nella risposta ai bisogni di salute delle persone detenute¹⁴⁹.

Infine, appare utile un ragionamento sull'utilità delle tecnologie e dell'AI per contrastare il fenomeno dei suicidi in carcere, su cui si è espresso positivamente anche Jan Kleijssen, direttore dell'*Information Society and Action against Crime* presso il Consiglio d'Europa, a condizione che ciò non sia fonte di discriminazione¹⁵⁰. Si pensi, esemplificativamente, alla possibilità di utilizzare sensori che rilevino pressione sanguigna, temperatura, timbro di voce, peso sul pavimento e altri parametri, in grado di restituire agli operatori un *feedback* immediato in presenza di condotte simili, ovvero un sistema di videosorveglianza "pixelato" che consenta all'operatore di monitorare la sagoma del detenuto, temperando dignità, sicurezza e tutela del bene vita.

5. L'Amministrazione penitenziaria è depositaria di un patrimonio di informazioni unico nel suo genere, contenuto sia nei registri di istituto, sia nelle banche dati e negli applicativi di riferimento, con rischi di "silenzio", "rumore" e "ridondanze" ben noti agli attuali vertici del D.A.P.¹⁵¹. Nello

grado di rappresentare un viatico alla endemica carenza di risorse che contraddistingue le amministrazioni penitenziaria e sanitaria, v. D. Ronco, *La telemedicina negli istituti penitenziari: potenzialità, resistenze e prospettive. Intervista al Dr. Claudio Leonardi dell'ASL Roma 2*, in *Antigone*, op. cit., 59 ss., spec. 65, che si sofferma sul cortocircuito relativo rapporto tra servizio traduzioni ed erogazione dei LEA.

¹⁴³ Durante il *lock-down* pandemico, il supporto psicologico per i pazienti fragili (detenuti o meno) è stato spesso fornito attraverso prestazioni erogate *on line*, al fine di temperare l'isolamento sanitario con le necessità sanitarie. Attualmente, negli USA si sta discutendo la possibilità di utilizzare l'AI per affrontare analoghe situazioni impiegando assistenti intelligenti, simili ad Alexa di Amazon, come una forma di "compagni virtuali di reclusione" per i detenuti (cfr. A. Završnik, *Criminal justice, artificial intelligence systems, and human rights*, in *ERA Forum* 2020, 20, 567 ss., spec. 573).

¹⁴⁴ Per approfondimenti sull'applicazione del modello di rete neurale in ambito penitenziario v. E. Allahyari, M. Moshagh, op. cit., spec. § 4.

¹⁴⁵ Così D. Ronco, Ronco, spec. 69 ss.

¹⁴⁶ V. C. Botrugno, op. cit., spec. 416.

¹⁴⁷ Su cui v. G.G. Ferrare, *Cartella clinica digitale: le nuove linee guida Agid sul processo di conservazione*, in *Agenda Digitale* 28.3.2022.

¹⁴⁸ Lo sviluppo del fascicolo sanitario elettronico e il decollo della sanità digitale hanno faticato a decollare a causa anche della competenza concorrente in materia sanitaria da parte delle Regioni, ma l'orizzonte temporale del 2026 per la realizzazione del fascicolo 2.0, *upgrade* dello strumento reso necessario dal G.D.P.R., potrebbe consentire alla sanità penitenziaria di porsi in scia. La questione sarà presto oggetto di verifica, vista la recente pubblicazione (G.U. n. 249 del 24.10.2023) del d.m. Salute 7.9.2023, proprio sul «Fascicolo elettronico 2.0». Sulla questione in generale v. A.F. Pattaro, *Fascicolo Sanitario Elettronico, cos'è, a che serve e come attivarlo*, in *Agenda Digitale* 28.2.2023, che svolge una accurata ricognizione dello stato dell'arte, anche in relazione alle condizioni delle singole regioni.

¹⁴⁹ S. Anastasia, op. cit., spec. 49.

¹⁵⁰ Cfr. J. Kleijssen, op. cit.

¹⁵¹ Così G. Russo, op. cit.

specifico i sistemi informatizzati (banche dati o applicativi) cui si fa riferimento sono: SIAP-AFIS (anagrafe detenuti), SIAT 2.0 (automezzi, traduzioni e piantonamenti), SICO (gestione remunerazioni), GUSWEB (gestione dei servizi del personale di Polizia penitenziaria), SIGP (gestione del personale), A.S.D. (Applicativo Spazi Detentivi – c.d applicativo 15), Applicativo Eventi Critici.

Orbene, giova sin da ora evidenziare che la prima criticità che contraddistingue differenti sistemi informatizzati è la bassa o nulla interoperabilità¹⁵², legata a modalità distinte di programmazione¹⁵³, tanto da essere impedita la contestuale fruizione mediante il medesimo *browser* (si pensi che SIAP-AFIS lavora su *Internet Explorer*, mentre SIAT 2.0 opera con *Chrome*), sebbene l'Amministrazione penitenziaria, anche per intuibili necessità di cassa, stia transitando a sistemi *open source* (come *Red Hat*, impiegato dal 2014 per Sidet-Web 2.0 e SICO), quindi caratterizzati dalla medesima base, segnalandosi il recente interesse verso il sistema ERP di SAP¹⁵⁴.

Sovente le medesime informazioni sono elaborate per finalità distinte e modalità diverse da differenti applicativi (si pensi all'A.S.D. che pesca le proprie informazioni da SIAP-AFIS)¹⁵⁵, per cui diventa strategica la qualità del dato¹⁵⁶, la sua corretta alimentazione, gestione e intelligibilità, per consentirne l'utilizzabilità in modo performante e trasversale¹⁵⁷.

Orbene, rendere interoperabili sistemi *software* delle P.A. vuol dire offrire la possibilità di costruire servizi a cittadini e imprese che possono accedere in modo trasparente a porzioni di dati detenuti da amministrazioni diverse, ma necessari per erogare quel determinato tipo di servizio, senza dover fornire più volte le stesse informazioni a soggetti diversi (c.d. principio di *once only*).

L'interoperabilità non è solo interna, ma anche esterna all'Amministrazione penitenziaria. Nel primo caso, essa consente a quest'ultima di potersi giovare in modo ottimale delle informazioni in suo possesso, riducendo passaggi burocratici e semplificando la propria azione amministrativa; nel secondo caso, consente di attingere a dati posseduti da altri soggetti, perseguendo i medesimi risultati di efficienza, efficacia e trasparenza.

6. La cartella personale, prevista dall'art. 26, D.P.R. n. 230/2000, costituisce un potente strumento di conoscenza e di lavoro unico nel panorama penitenziario, depresso nelle sue potenzialità dalla sua natura analogica. Infatti, a parte la meccanizzazione dell'IP3, il contenuto della cartella personale è costituito da una ridda di documenti raccolti in sottofascicoli che seguono il detenuto nelle sue differenti carcerazioni per essere custodito nell'ultimo istituto penitenziario in cui è ospitata la persona ristretta e recuperato da questa sede nel caso in cui la medesima persona ritorni nel circuito dell'esecuzione penale interna.

¹⁵² L'interoperabilità informatica è la capacità di un sistema o di un prodotto informatico di cooperare e di scambiare informazioni o servizi con altri sistemi o prodotti in maniera più o meno completa e priva di errori, con affidabilità e con ottimizzazione delle risorse.

¹⁵³ Si tratta di una criticità che affligge in modo trasversale le amministrazioni penitenziarie, come si evidenzia in Aa.Vv., *Artificial Intelligence Applications in Corrections*, cit., spec. 6, secondo cui «*Barriers to collecting or integrating high-quality data across the corrections landscape may include data silos (i.e., data being stored in different systems that do not integrate with each other), non-digitized data, poor data controls, and lack of standardization*».

¹⁵⁴ Si rinvia al documento “*Contributo alla relazione sulla performance per l'anno 2019*”. Ufficio II del Capo del Dipartimento – Programmazione finanziaria e controllo di gestione, spec. 42.

¹⁵⁵ Sul punto v. E. Nanni, *L'applicativo informatico Spazi/Detenuti: La nuova cabina di regia dell'Amministrazione Penitenziaria*, in *Rass. penit. crim.* 2014, 3, 35 ss., spec. 40 ss.

¹⁵⁶ Cfr. Aa.Vv., *Artificial Intelligence Applications in Corrections*, cit., spec. 6, secondo cui i dati di alta qualità sono un prerequisito essenziale per lo sviluppo di nuove applicazioni di AI all'interno degli istituti penitenziari e risulta fondamentale non solo l'alimentazione costante dei dati presenti e futuri, ma anche l'accessibilità dei record passati, che possono costituire la chiave per creare un set di dati sempre più preciso.

¹⁵⁷ Particolarmente critico sulla gestione dei dati da parte dell'Amministrazione penitenziaria è stato M. Palma, *op. cit.*, il quale durante l'intervista del 31.7.2023 si è soffermato sulla gestione della vicenda Torreggiani da parte dell'Italia, ricordando come si è giunti all'A.S.D.

Le potenzialità della digitalizzazione rilevano anche con riferimento alla corretta alimentazione della cartella personale. Infatti, un *upgrade* di SIAP-AFIS, oltre a generare non solo stampe, ma documenti nativi (se interfacciato con i principali prodotti *MS-Office*), consentirebbe di legare tutte le singole esperienze detentive di una determinata persona al relativo C.U.I. (Codice Univoco Identificativo) e alla specifica e univoca identità digitale.

A sua volta il C.U.I. potrebbe consentire di agganciare i contenuti della cartella personale del detenuto alle relazioni di servizio del personale (in questo caso il C.U.I. sarebbe il numero di matricola del dipendente), nel caso in cui si adoperasse un applicativo specifico come INFOSICUREZZA (v. *supra*), così da avere la tracciabilità dell'intera storia detentiva della persona in qualunque momento, andando oltre gli eventuali eventi critici annotati in "sala situazioni".

Inoltre, l'*upgrade* in parola dovrebbe consentire a SIAP-AFIS, lavorando in interoperabilità, di estrarre tutti i documenti di INFOSICUREZZA pertinenti rispetto al singolo utente, a meno che non si opti per un *upload* contestuale delle relazioni anche all'interno di SIAP-AFIS, ma in questo modo si duplicherebbe il contenuto del primo applicativo, spreco inutilmente il *cloud*.

Se ciò non bastasse, anche il S.I.C.O. e il S.I.A.T. potrebbero essere resi interoperabili con il C.U.I., consentendo di mettere a sistema la "spesa" svolta del detenuto a sopravvitto, gli invii autorizzati di denaro, il sostegno economico offerto al singolo utente dalla famiglia, le movimentazioni esterne e le permanenze in luogo esterno di cura.

Questo discorso, limitato alle banche dati dell'Amministrazione, potrebbe essere ampliato a quelle esterne, si pensi al fascicolo elettronico del lavoratore, previsto dall'art. 14, d.lgs. n. 150/2015, dovendosi ancora risolvere la questione relativa all'invisibilità del percorso lavorativo e formativo del soggetto ristretto, durante sia la permanenza in istituto, sia all'atto della sua scarcerazione¹⁵⁸.

In senso analogo, come anticipato, ciò vale per il personale, specie per quello di Polizia penitenziaria, mettendo "a sistema" le banche dati o applicativi di riferimento, avendo questa volta come riferimento univoco il numero di matricola del poliziotto, alla stregua del C.U.I. del detenuto. In sostanza, l'agente che dovesse relazionare a margine di una vicenda detentiva, che sia o meno connessa al detenuto, potrà vedere confluire la documentazione a sua firma all'interno del proprio fascicolo elettronico (dematerializzando quelli attualmente in uso nelle segreterie di Polizia penitenziaria), cui accedere a mezzo intranet con la propria ADN (quindi sistema chiuso).

La dematerializzazione del fascicolo del personale operante in istituto, avviata in altre amministrazioni da anni, consentirebbe di snellire l'attività delle segreterie di Polizia penitenziaria, sovente impegnate nel disbrigo di inutili richieste di accesso agli atti e consentendo in questo modo al dipendente di accedervi liberamente.

Ovviamente, la realizzazione dei fascicoli digitali (del detenuto o del personale) non può prescindere dalla collazione informatizzata di qualunque istanza prodotta dal personale o dal detenuto alla direzione.

7. Il contributo fornito in generale dalla prassi amministrativa¹⁵⁹ attraverso l'interpretazione del dato normativo con proprie circolari o pareri ha dato vita a quello che la dottrina lavoristica definì anni fa come il «diritto delle circolari»¹⁶⁰. Sul punto la dogmatica amministrativistica ha a sua volta evidenziato che il ruolo assunto oggi dalle circolari «si presta, in un'ottica funzionalista, a disciplinare

¹⁵⁸ Sul punto cfr. V. Lamonaca, *Il lavoro dei detenuti e degli internati alla prova del d.lgs. n. 150/2015*, in *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro nel Jobs Act*, a cura di E. Ghera, D. Garofalo, Bari 2015, 249 ss., 283 - 287.

¹⁵⁹ Per una ricostruzione del sistema riconducibile alle c.d. norme interne, con esse intendendo «quegli atti che tutte le pubbliche amministrazioni emanano, creando ordinamenti giuridici particolari, al fine di disciplinare l'organizzazione e l'azione dei loro organi e uffici, dando luogo, nel rispetto del principio della pluralità degli ordinamenti giuridici, a un ordinamento amministrativo interno separato dall'ordinamento giuridico generale», v. F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo. Parte Generale e Parte speciale*, Roma 2021, 483 ss.

¹⁶⁰ F. Stolfa, *Imprese artigiane: le condizioni per ottenere i benefici*, in *Dir. Prat. Lav.* 1994, 1584 ss.

i rapporti giuridici intersoggettivi in maniera spesso più immediata della legge, nel caso i consociati entrino in contatto con l'amministrazione per l'esercizio delle loro libertà fondamentali»¹⁶¹.

L'importanza di questa documentazione ha indotto il Dipartimento della funzione pubblica a istituire una «Banca dati dei pareri» che consente ai pubblici dipendenti, ai privati cittadini, agli operatori del sistema e a tutti coloro che ne abbiano interesse, la piena conoscibilità degli orientamenti applicativi ed interpretativi delle norme inerenti alla disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, espressi dal Dipartimento della funzione pubblica e pubblicati a partire dai primi anni 2000.

A ben guardare e venendo al contesto penitenziario, la stessa Commissione Ruotolo ha confermato l'importanza delle norme interne, evidenziando che «l'impatto delle disposizioni di dettaglio contenute nelle circolari amministrative è fortissimo e in grado di orientare il concreto agire degli operatori»¹⁶², tanto da non essere inusuale che, di fronte alla necessità di affrontare una spinosa questione relativa all'utenza detenuta o alla gestione del personale, il solito zelante collaboratore di turno intervenga con la temuta frase: «Dottore, sappia che c'è una circolare!».

Nonostante ciò, e parafrasando il titolo di un famoso romanzo di Carlo Emilio Gadda¹⁶³, l'Amministrazione penitenziaria è protagonista di quel “pasticciaccio brutto” rappresentato dalla mancata condivisione all'interno della stessa organizzazione amministrativa del proprio sapere¹⁶⁴, che costituisce sovente risposta della medesima Amministrazione centrale a interlocuzioni avviate dalla periferia per questioni potenzialmente standardizzabili, per cui la loro “circolazione” consentirebbe di realizzare una (buona) azione amministrativa, più efficace ed efficiente.

Infatti, allo stato attuale sulla rete intranet del D.A.P., nonostante sia presente una sezione specifica dedicata a “norme e circolari”, desta sconcerto la povertà della documentazione ivi reperibile, costringendo gli operatori a dover effettuare penose ricerche negli archivi cartacei di istituto, nel caso in cui la circolare non sia reperibile sul *web*, solitamente accedendo ai siti delle organizzazioni sindacali, ovvero a quello di “ristretti orizzonti”, specie se non siano disponibili in istituto alcuni codici con annessa “sezione circolari”.

A quanto consta, poi, la mancata alimentazione di questa embrionale banca dati, già di per sé poco *friendly* dal punto di vista dell'intelligibilità della ricerca e dell'interfaccia grafica, pare sia frutto di un approccio formalistico al documento da *uploadare*¹⁶⁵, nonché di un conflitto di competenze circa l'Ufficio deputato ad alimentare il sistema¹⁶⁶.

In un passato recente, soccorreva la Rassegna penitenziaria e criminologica¹⁶⁷, rivista scientifica ufficiale dell'Amministrazione penitenziaria, che aveva una ricca sezione dedicata alla

¹⁶¹ G.F. Pulizzi, *Il sistema delle fonti e la rilevanza delle circolari amministrative nella governance dell'emergenza pandemica*, in *Federalismi* 2023, n. 3, 135 ss., spec. 144.

¹⁶² V. Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario, *Relazione finale*, cit., spec. 199.

¹⁶³ C.E. Gadda, *Quer pasticciaccio brutto de Via Merulana*, Milano, 2018.

¹⁶⁴ Parimenti critici, M. Palma, *op. cit.*

¹⁶⁵ Si fa riferimento al fatto che pare siano “meritevoli” di essere ammessi al caricamento sulla rete *intranet* solo i documenti interni espressamente qualificati come “lettere circolari” e “circolari”, mentre nessuna rilevanza avrebbero le note dipartimentali prive di questa veste formale.

¹⁶⁶ Pare che la competenza ad *uploadare* i documenti interni sia appannaggio dei direttori degli Uffici I delle rispettive Direzioni Generali del D.A.P., ma poiché la gestione della pagina *intranet* è affidata al S.I.P. (in via di transito all'interno della neo-costituita D.G.B.S.) e numerose circolari sono dell'Ufficio del Capo D.A.P., si innesca un conflitto di competenze che di fatto provoca una situazione di stallo.

¹⁶⁷ La Rassegna Penitenziaria e Criminologica nasce nel 1979 dalla unificazione dei due periodici della Direzione Generale degli Istituti di Prevenzione e Pena (e cioè la Rivista di Diritto Penitenziario edita a partire dal 1931, e la Rassegna di Studi Penitenziari, edita dal 1951), «testimoniando «testimoniando il nuovo corso post-riforma dell'Amministrazione penitenziaria. Nel 1990 il periodico interrompe nuovamente la pubblicazione: motivi burocratici, scarsa sensibilità, disinteresse per la ricerca storica e per il dibattito criminologico e penitenziario alla base della sospensione forzata della Rassegna penitenziaria e criminologica? Forse un po' di tutto questo. Il risultato è stato, comunque, quello di avere trascurato uno strumento eccezionale di dibattito, una sede di confronto e di discussione. Dopo una pausa durata sette anni, l'Amministrazione penitenziaria ne ha ripreso la pubblicazione (nel 1997), per tornare ad

documentazione amministrativa e in cui erano reperibili numerose circolari o norme interne utili agli operatori, ma l'estinzione della Rivista dalla fine del 2015 (pare per la mancata pubblicazione nei termini di un numero nell'anno solare...), nonostante il formato *on-line* e l'affidamento della stampa alle lavorazioni di istituto, ha complicato ulteriormente le cose, non potendo supplire nemmeno la neonata rivista della Direzione Generale della Formazione (Temi di esecuzione penale)¹⁶⁸.

Orbene, sul punto l'Amministrazione penitenziaria non è nemmeno analogica: è tornata direttamente al periodo pre-unitario, considerando che il primo periodico scientifico di riferimento (l'Effemeride carceraria) è stato pubblicato a partire dal 1865.

A questo punto, almeno con riferimento al patrimonio informativo in possesso dell'Amministrazione penitenziaria, e in attesa che il nuovo vertice del D.A.P. realizzi concretamente quanto già illustrato sinteticamente agli inizi di luglio 2023¹⁶⁹, si potrebbe ipotizzare la seguente progettualità:

1. digitalizzazione di tutte le note, circolari e lettere circolari non classificate da parte delle singole Direzioni Generali (o dell'Ufficio del Capo del D.A.P.), ricorrendo a lavoratori detenuti, *ex art. 21 O.P.*¹⁷⁰, sotto la supervisione di un responsabile di progetto indicato dal Direttore di ciascuna Ufficio I;
2. ristrutturazione radicale dell'attuale motore di ricerca da parte del S.I.P., creando un "*data lake*" dell'Amministrazione penitenziaria, non dissimile dai sei *data lake* già previsti nella ristrutturazione digitale del Ministero della giustizia¹⁷¹, servito da un modello di intelligenza artificiale in grado di interpretare il linguaggio naturale per una ricerca avanzata all'interno della documentazione (si pensi alla funzione "*Google book*"), non basata esclusivamente su una mera ricerca testuale, alla stregua di quanto il Ministero sta già effettuando per la reingegnerizzazione di ItalgiureWEB (la banca dati della Cassazione).

Invero, il ragionamento innanzi condotto andrebbe generalizzato ed esteso all'immenso patrimonio informativo posseduto dall'Amministrazione penitenziaria, si pensi esemplificativamente ai reclami, *ex art. 35-bis O.P.* e alle correlate decisioni, che potrebbero essere sistematizzati in senso analogo, o all'intera giurisprudenza che veda l'Amministrazione penitenziaria evocata come resistente a qualsiasi titolo (penale, civile, amministrativo...)¹⁷², evitando che essa sia nota ai soli referenti del

essere un punto di riferimento scientifico nel dibattito attuale delle tematiche penitenziarie e criminologiche» (così A. Borzacchiello, *Archeologia penitenziaria, progetto di recupero, conservazione e riutilizzo del patrimonio storico dell'Amministrazione penitenziaria*, in *Rass. penit. crim.* 1998, 1, 139 ss., spec. 147).

¹⁶⁸ Invero, appare decisamente singolare (e sconcertante) che una Amministrazione pubblica come quella penitenziaria sia orfana di una propria rivista ufficiale, specie se si considera l'afferenza del Corpo di Polizia penitenziaria al Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria e la circostanza che ogni Corpo di Polizia abbia una propria rivista scientifica di riferimento. Si può ragionevolmente presumere che le stesse motivazioni che hanno condotto alla sospensione della pubblicazione della Rassegna tra il 1990 e il 1997 ne abbiano determinato la cessazione, privando la comunità scientifica e la dirigenza di quell'ideale agone rappresentato dalla Rivista. A sua volta, non si può pensare che il succedaneo della Rassegna, costituito da "Temi di esecuzione penale", possa ambire a raccogliere il testimone, come dimostra l'assenza di quest'ultima rivista dall'ultimo elenco delle riviste scientifiche dell'Area 12, valido ai fini del V quadrimestre ASN 2021/2023.

¹⁶⁹ G. Russo, *op. cit.*

¹⁷⁰ La partita della digitalizzazione, ricorrendo a mano d'opera detenuta, è questione già all'attenzione del Ministero della giustizia, sebbene limitata per lo più alla documentazione dei processi di interesse storico, come si evince dal Regolamento siglato il 15 luglio 2020 tra Ministero della giustizia e Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo finalizzato all'individuazione dei progetti di digitalizzazione dei processi di interesse storico.

¹⁷¹ V. ancora C. Morelli, *op. cit.*

¹⁷² Sul punto e a scopo sostanzialmente paradigmatico, si ritiene utile segnalare l'avvio della nuova banca dati di merito richiesta dal P.N.R.R. (Banca dati merito civile), con modelli di ricerca basati su intelligenza artificiale, unitamente alla creazione di una struttura per realizzare banche dati distrettuali. Il Progetto nasce dall'esigenza di modernizzare ed estendere funzionalmente l'Archivio Giurisprudenziale Nazionale attualmente pubblicato sul Portale dei Servizi Telematici (PST). L'obiettivo delle attività è quello di fornire una banca dati di merito a tutte le Corti per la pubblicazione e la fruizione dei provvedimenti e delle relative massime. In argomento, v. C. Morelli, *op. cit.*

contenzioso locali o nazionali, secondo il peggior paradigma di incomunicabilità che caratterizza sovente l'Amministrazione penitenziaria, poco abituata a fare rete...

Last but not least, un cenno merita anche il ruolo della Direzione Generale della Formazione nella diffusione/trasmisione del sapere, recentemente valorizzato anche dall'art. 14, dell'Accordo quadro nazionale del Corpo di Polizia penitenziaria del 5 ottobre 2023. Durante la pandemia è stata massicciamente impiegata la formazione a distanza, ricorrendo alla piattaforma Teams, consentendo lo svolgimento delle attività di formazione iniziale e continua, con riduzione al minimo degli effetti del COVID-19 sul settore. Orbene, che si tratti di formazione sincrona o asincrona, non sarebbe peregrino sfruttare le potenzialità della digitalizzazione, attraverso l'avvio di momenti di apprendimento continuo e di confronto interprofessionale a costo zero grazie alla piattaforma Teams¹⁷³, nonché la creazione di un archivio degli eventi formativi svolti, sia a vantaggio degli stessi partecipanti, sia di altri *stakeholders*, potenzialmente interessati, così da consentire, ad esempio, all'eventuale personale in formazione, assente durante una singola sessione, di vedersi assicurata la continuità didattica e a chi fosse astrattamente interessato, secondo criteri di accesso predefiniti, di poter visionare il modulo formativo di interesse, effettuando l'indispensabile auto-formazione già codificata per alcune categorie di personale¹⁷⁴.

8. La questione del passaggio dal carcere analogico a quello digitale non è legata all'“*an*”, ma a “*quid*”, “*quando*” e “*quomodo*”, perché come tutte le innovazioni esterne al carcere, anche quelle affrontate nella presente ricerca, prima o poi, irromperanno negli istituti penitenziari.

Di conseguenza, appare fondamentale sin da ora un *focus* sulla questione a livello interistituzionale, che coinvolga l'Amministrazione penitenziaria, il Dipartimento per la transizione digitale della giustizia, la Magistratura (non solo di sorveglianza), il Consiglio Nazionale Forense, l'Accademia, il Garante delle persone private della libertà personali, il Garante per la protezione dei dati personali, il Ministero della salute, le Organizzazioni sindacali del personale operante negli istituti penitenziari e il Terzo settore¹⁷⁵.

La condizione di privazione della libertà personale di detenuti e internati e la necessità di tutelare non solo i diritti dei ristretti, ma anche quelli del personale e degli altri *stakeholders*, impongono una riflessione cauta¹⁷⁶ e un monitoraggio continuo del ricorso a tecnologie digitali e AI¹⁷⁷, così da essere impiegate in modo funzionale alla realizzazione di una pena dignitosa e orientata alla risocializzazione, in un ambiente caratterizzato da *safety and security*¹⁷⁸, quindi, «non vietando, ma dettando regole chiare e fissando limiti all'esercizio del potere pubblico algoritmico»¹⁷⁹.

Diversamente, istituti e servizi penitenziari «passeranno alla storia come dei veri e propri castelli d'If, ma soprattutto saranno poco governabili alla luce di quella chiarissima formula trattamento-sicurezza indicati dal mandato normativo e costituzionale»¹⁸⁰.

Come ha recentemente ricordato Nicolò Lipari, «l'intelligenza artificiale è troppo intelligente. Il suo punto debole è proprio la mancanza di debolezza: eccelle in operazioni che l'uomo, nella migliore

¹⁷³ L'abilità nell'utilizzo di sistemi di formazione a distanza è oramai un requisito specifico valutabile a livello sistemico, come si evince da circ. D.A.P.-D.G.F. 27.7.2023, prot. n. 0302006.U, in tema di formazione al *tutoring*.

¹⁷⁴ V. esemplificativamente l'art. 9, D.P.R. n. 82/1999, con riferimento al personale del Corpo di Polizia penitenziaria.

¹⁷⁵ Così M. Palma, *op. cit.*

¹⁷⁶ V. S. Del Gatto, *op. cit.*, spec. 659.

¹⁷⁷ Infatti, «metrica e valutazione» costituiscono una delle misure fondamentali per l'introduzione e la messa a regime di digitalizzazione e AI, come evidenziato da S. Van De Steene, B.C. Reisdorf, V. Knight, *op. cit.*

¹⁷⁸ Cfr. S. Anastasia, *op. cit.*, 56, secondo il quale «Se vuole consolidarsi, il superamento del tabù del digitale deve quindi rimettere il principio di sicurezza al suo posto, in posizione servente lo scopo costituzionale della pena, nel rispetto dei limiti costituzionali al potere punitivo. Solo così il carcere potrà entrare effettivamente nel XXI secolo». Invero, si dissente parzialmente da questa opinione, a meno che l'Autore non intendesse inquadrare l'ordine e la sicurezza quale precondizione o prerequisito per l'esecuzione della pena, nel quadro costituzionale.

¹⁷⁹ Così S. Del Gatto, *op. cit.*, 659.

¹⁸⁰ In tal senso, in tempi non sospetti, P. Napolitano, *Dal camminatore al navigatore*, in *L'Eco dell'ISSP* 2012, n. 10.

delle ipotesi, può solo maldestramente imitare; eppure è priva dell'intelligenza emotiva in cui si manifesta l'ontologica difettività dell'uomo»¹⁸¹.

¹⁸¹ N. Lipari, *Diritto, algoritmo, predittività*, in *RIDPC* 2023, 721 ss., spec. § 5.

GLI INTERVENTI DEL C.D. «DECRETO-CAIVANO» SUL DIRITTO PENALE MINORILE, TRA SALVAGUARDIA DELLA SOCIETA' DAL MINORE DELINQUENTE E TUTELA DEL FANCIULLO DALLA SOCIETA' INDIFFERENTE

di Gianfranco Martiello (*Professore associato di diritto penale, Università degli Studi di Firenze*)

Con il decreto legislativo n. 123/2023, noto anche come «decreto- Caivano», il Governo ha inteso rilanciare la lotta alla criminalità minorile, introducendo una serie molto variegata di misure che agiscono sul lato della prevenzione, su quello della repressione e anche sulle possibili cause sociali della devianza giovanile. Tuttavia, l'inserimento di tali misure nell'ordinamento della giustizia minorile richiede grande prudenza, poiché occorre verificarne la conformità agli specifici principi su cui si fonda costituzionalmente, che sono in parte diversi da quelli che reggono la giustizia degli adulti.

By the legislative decree n. 123/2023, also known as the «Caivano-decree», the Government intended to reinvigorate the fight against juvenile crime, by implementing a very varied series of measures, which act on the prevention side, on the repression side and even on the possible social causes of juvenile deviance. However, the inclusion of such measures in the juvenile justice system requires great prudence in verifying their compliance with the specific principles on which it is constitutionally based, which are partly different from those that support adult justice.

SOMMARIO: 1. L'impatto del c.d. «decreto-Caivano» sul diritto penale minorile: le coordinate del contesto normativo ricevente. – 2. Gli interventi di natura preventiva. – 3. Le modifiche al d.P.R. n. 448/1988: la (ri)perimetrazione dello status libertatis del minore. – 4. (Segue) Gli ambigui interventi sulle “chances rieducative” del minore: le innovazioni sugli strumenti di definizione alternativa del procedimento penale e quelle relative al completamento dell'iter di esecuzione della pena. – 5. Le disposizioni “socio-preventive” finalizzate a rimuovere alcune delle (con)cause della delinquenza minorile. – 6. Qualche rilievo conclusivo.

1. Con la l. 13.11.2023, n. 159, il Parlamento ha convertito – pur con non trascurabili modifiche – il d.l. 15.9.2023, n. 123, recante «Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale», noto al grande pubblico come «decreto-Caivano». Tale neologismo, in uno con l'utilizzata forma della decretazione d'urgenza, intende evidentemente sottolineare il legame eziologico della novella con i noti fatti di violenza sessuale perpetrati da minori su minori nel rione «Parco Verde» di Caivano. Ne risulta che tale novità normativa può considerarsi l'ennesima conferma dell'italica abitudine a legiferare su gravi fatti di cronaca “in emergenza”, già all'indomani della loro verifica, il che non è certo privo di conseguenze. La storia della legislazione domestica, difatti, reca non pochi esempi di come, seguendo tale *modus operandi*, il legislatore abbia finito con il fornire risposte penali più autoritarie – ma empatiche rispetto al turbamento emotivo dell'opinione pubblica – che razionali ed efficaci nel lungo periodo. Viepiù, di frequente esse si sono rivelate anche afflitte da una certa miopia, che le ha rese incapaci di una visione d'insieme dei fenomeni disciplinati e di cogliere le connessioni con le norme già presenti nell'ordinamento¹: ma, come noto, le cattive abitudini sono dure a morire, specie se fonti

¹ Su tale fenomeno, sempre attuali risultano le riflessioni di S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1995, *passim* e, in prospettiva storica, di P. Turone, *La legislazione penale dell'emergenza in*

di (un pur momentaneo) consenso politico, sì che in questa sede non resta che segnalare le eventuali ricadute sul prodotto legislativo che ci si accinge a passare in rassegna.

Sebbene contenga – tanto più dopo la fase di conversione in legge – disposizioni di natura eterogenea, destinate ad inserirsi in svariati plessi dell’ordinamento giuridico², non è difficile constatare come, in coerenza peraltro con l’*occasio legis* e la sua intitolazione, il decreto in parola impatti in modo prevalente sul c.d. «diritto penale minorile». Segnatamente, gli interventi introdotti dalla novella in tale ambito di disciplina – che, come si vedrà, ha così pure conquistato nuovi territori normativi – convergono nell’unitario scopo di rinvigorire il contrasto alla delinquenza minorile, in (percepito?) preoccupante aumento³: operazione, questa, che il legislatore ha condotto ricorrendo ad uno strumentario giuridico di natura assai variegata, destinato ad incidere su diversi comparti del sistema di giustizia penale minorile.

Tuttavia, prima di intraprendere, pur con la necessaria sinteticità, l’analisi dello *ius superveniens*, sembra opportuno richiamare alla mente alcuni dei principi che informano il plesso normativo sul quale esso è destinato ad incidere maggiormente, ossia il diritto penale minorile, che, non a caso, per le specificità che dimostra tanto sul versante sostanziale che su quello processuale risulta da tempo oggetto di autonoma considerazione da parte sia della dottrina che della giurisprudenza.

In verità, sarebbe ultroneo ripercorrere qui i lunghi e tortuosi sentieri evolutivi che, passando per riforme legislative, atti sovranazionali ed interventi della Consulta, hanno condotto all’attuale assetto del diritto penale minorile, che si è voluto quanto più possibile “costituzionalmente orientato”⁴. Né, d’altronde, vi sarebbe qui spazio per ricostruire in modo accurato i non pochi corollari di quella vera e propria “idea fondativa” sulla quale legislatore e giurisprudenza costituzionale hanno plasmato le più vistose specificità che il diritto penale minorile presenta rispetto a quello degli adulti, che di tali postulati costituiscono la concretizzazione: la consapevolezza, cioè, che la personalità *in fieri* del fanciullo, che lo rende più vulnerabile ma anche maggiormente recuperabile alla società rispetto ad un adulto, richiede all’ordinamento una valorizzazione assolutamente potenziata del principio rieducativo dell’art. 27, co. 3, Cost., il che, del resto, corrisponde in pieno a quel precipuo obbligo di

Italia. *Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Napoli 2010, *passim*.

² Sulle novità introdotte prima dal d.l. n. 123/2023, e successivamente dalla legge n. 159/2023, v., nel momento in cui si scrive, F. Machina Grifeo, *Contrasto alla criminalità minorile: tutte le misure adottate dal Governo*, in *ntplusdirittoilsole24ore.com* (8.9.2023); G. Spangher, *Il decreto legge Caivano*, in *dirittoegiustizia.it*, 18.9.2023; Aa.Vv., *Un provvedimento urgente dopo i gravi fatti di cronaca*, con contributi di G. Spangher, L. Biarella, A. Cisterna, A. Natalini e R. Sciaudone, in *GD 2023*, (37), 9 ss.; L. Gentilucci, *Decreto legge Caivano: le modifiche apportate dal Senato*, in *diritto.it*, 31.10.2023; S. Bernardi, *Convertito in legge il d.l. “Caivano” in tema di contrasto al disagio e alla criminalità minorili: una panoramica dei numerosi profili d’interesse per il penalista*, in *sistemapenale.it*, 15.11.2023; L. Granozio, *Pubblicata in G.U. la legge di conversione del “decreto Caivano”*, in *penaledp.it*, 15.11.2023; P. Grillo, *Il “decreto Caivano” diventa legge: parecchie le modifiche apportate in sede di conversione*, in *dirittoegiustizia.it*, 15.11.2023; P. Molino, *In G.U. la conversione del decreto Caivano: le novità*, in *Quotidiano giur.*, 15.11.2023. V. anche, nella prospettiva del legislatore storico, il dossier 30.10.2023 «Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale. D.L. n. 123/2023-A.C. n. 1517», edito dai Servizi studi della Camera e del Senato e reperibile sui rispettivi siti istituzionali.

³ Al riguardo, v. il rapporto dal titolo *Criminalità minorile in Italia 2010-2022*, a cura del Ministero dell’Interno – Servizio Analisi Criminale della Direzione Centrale della Polizia Criminale del Dipartimento della Pubblica Sicurezza, Roma 2023, che può leggersi anche in *sistemapenale.it*, 20.11.2023, con osservazioni di R. Cornelli, *Quello che i dati non possono dire. Alcune avvertenze preliminari alla lettura del rapporto sulla criminalità minorile del Servizio Analisi Criminale (Ministero dell’Interno, ottobre 2023)*.

⁴ Per un quadro storico-evolutivo del sistema penale minorile, v. M. Covelli, *Manuale di legislazione penale minorile*, Napoli 2006, 17 ss., E. Palermo Fabris, *Evoluzione storica e recenti tendenze del sistema penale minorile*, in *Diritto e procedura penale minorile*², a cura di E. Palermo Fabris, A. Presutti, Milano 2011, 3 ss., S. Larizza, *Evoluzione del diritto penale minorile*, *ivi*, p. 179 ss., e da ultimo, G. Ortolani, *Diritto penale minorile. Aspetti sostanziali e processuali e lineamenti di criminologia minorile*², Lecce 2022, 79 ss.

«protegg[re] l'infanzia e la gioventù» che un'altra norma della Carta – l'art. 31, co. 2 – pone a carico dell'ordinamento in tutte le sue articolazioni⁵.

Nondimeno, appare qui irrinunciabile almeno tratteggiare il perimetro costituzionale di principio entro cui gli interventi novellatori devono necessariamente collocarsi, e che, tenuto conto degli istituti minorili da essi interessati, sembra qui delimitabile entro i margini segnati⁶:

a) dal canone di c.d. «minima offensività» del procedimento, che muove dalla disillusione quanto realistica consapevolezza del fatto che, nel perseguire la propria istituzionale funzione di accertare fatti e responsabilità individuali, per chi lo subisce il procedimento penale è esso stesso una “*poena*”. E quest'ultima deve essere a maggior ragione evitata o quanto meno minimizzata laddove essa rischi di abbattersi su di un soggetto ancora psicologicamente fragile, e quindi maggiormente traumatizzabile, come è tipicamente il minore. Ne consegue che, sotto tale versante, il principio *de quo*, da un canto, esprima la necessità della c.d. «de-stigmatizzazione» del rito, che richiede la predisposizione *nel* processo di cautele che garantiscano la riservatezza del minore, e, dall'altro, postuli l'irrinunciabilità di quegli istituti che consentono a quest'ultimo o di fuoriuscire precocemente *dal* processo o di evitarlo a favore di soluzioni che permettano al minore di intraprendere quanto prima un percorso rieducativo personalizzato ed esterno al circuito giudiziario;

b) dal canone di «non vincolatività decisoria» del giudice minorile, che richiede di evitare ogni automatismo legislativo che imponga a quest'ultimo scelte (soprattutto punitive) obbligate. E ciò sul presupposto che non solo ogni fatto di reato ma ancora prima ogni minore che lo abbia commesso vada considerato singolarmente in tutte le sue specificità di sesso, età, incompiutezza adolescenziale, disagio ambientale, ecc., così da consentire al magistrato di identificare la strategia rieducativa in concreto – e non in astratto – più efficace in quanto maggiormente individualizzata;

c) dal canone di «*ultima ratio* della compressione della libertà personale del minore», che muove dall'assunto che le misure che incidono restrittivamente su quest'ultima, specie se precedenti alla sentenza di condanna, abbiano il più profondo e deleterio impatto sulle esigenze rieducative del minore. Ne consegue, tra l'altro, che la loro adozione non potrà che essere in ogni caso facoltativa per il giudice, ed il loro contenuto applicativo sempre strettamente adeguato al rispetto di tali superiori bisogni pedagogici del minore, pure al costo – molti sostengono – di mortificare le stesse ragioni del processo.

Ed è nel perimetro delimitato da siffatti cippi concettuali, corollari del supremo principio di rieducazione del minore⁷, che si devono collocare e valutare gli interventi normativi che di seguito si passeranno in rassegna.

2. Il legislatore ha inteso fronteggiare la criminalità giovanile avendo riguardo, *in primis*, ai suoi potenziali effetti, ossia alla commissione di nuovi reati, che la novella ha cercato di limitare

⁵ Quanto ai principi informativi sui quali, partendo dalla valorizzazione delle coordinate costituzionali e sovranazionali, si ritiene che il moderno diritto penale minorile (sostanziale e processuale) poggi, v. tra i numerosi, e con richiami di giurisprudenza costituzionale e di ulteriore dottrina, S. Di Nuovo, G. Grasso, *Diritto e procedura penale minorile*, Milano 2005, spec. 34 ss. e 155 ss.; R. Ricciotti, *La giustizia penale minorile*³, Padova 2007, 4 ss.; C. Iasevoli, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli 2012, 22 ss.; S. Larizza, *Le coordinate fondamentali di un sistema di giustizia minorile*, in *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*³, a cura di A. Mangione, A. Pulvirenti, Milano 2020, 127 ss.; A. Presutti, *Evoluzioni e caratteri fondanti del sistema*, in *Procedura penale minorile*⁴, a cura di M. Bargis, Torino 2021, 44 ss. Preziose indicazioni possono trarsi anche dalla *Relazione al progetto preliminare delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni* e dalla *Relazione al progetto definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*, che possono leggersi in G.U n. 250 del 24.10.1988, Serie generale, 205 ss. e 213 ss.

⁶ V. gli autori citati alla nota precedente.

⁷ Per vero, è da ricordare che sull'esatta individuazione del contenuto di tale principio e sui riverberi che esso avrebbe sulle dinamiche del processo penale minorile non esiste completo accordo in dottrina: per un quadro delle diverse posizioni, e la evidenziazione delle possibili derive di tale principio, v. per tutti M. Covelli, *Manuale*, cit., 73 ss.

ricorrendo, anzitutto, ad alcuni degli strumenti preventivi collaudati dal diritto penale e da quello punitivo-amministrativo degli adulti. Si è venuto così a verificare – giova segnalarlo – una sorta di “contrappasso storico”, posto che, come noto, di norma è stato il diritto penale minorile a precorrere i tempi di quello degli adulti, anticipando l’introduzione in quest’ultimo di istituti da esso sperimentati, quali, a tacere d’altri, la mediazione tra autore e vittima del reato, l’affidamento in prova ai servizi sociali nella fase processuale, il non luogo a procedere per particolare tenuità del fatto, e via discorrendo.

Come si accennava, vari sono stati gli interventi previsti nel «decreto-Caivano» che vanno nella direzione finalistica poc’anzi segnalata, dei quali si tratta adesso di fornire una cursoria rassegna.

2.1. Anzitutto, il legislatore sembra avere guardato alla delinquenza minorile come ad un problema di “sicurezza urbana”, a cui si è inteso offrire una soluzione di carattere preventivo. È in tale ottica, difatti, che si spiega la riscrittura dell’art. 10, co. 4, del c.d. «decreto Minniti», recante «Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città»⁸, operata dall’art. 3, co. 1, lett. a), del d.l. n. 123/2023, il quale ha così esteso l’applicabilità dell’ordine di allontanamento e del divieto di accesso a determinati luoghi *ivi* disciplinati⁹ – nel linguaggio gergale spesso accomunati nell’impropria formula di «D.A.SPO urbano» – anche ai «soggetti minori di diciotto anni che abbiano compiuto il quattordicesimo anno di età», salva la successiva comunicazione del provvedimento al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale dei minorenni. La novella, quindi, pare avere così plasmato una sorta di inedito “D.A.SPO urbano minorile”, che va quindi ad aggiungersi a quello “sportivo” già previsto, sempre a carico dei medesimi minori, dall’art. 6, co. 1-*bis*, della l. 13.12.1989, n. 401¹⁰.

2.2. Ad istanze preventive sembra rispondere anche l’art. 5, co. 1, lett. a) e b) del suddetto «decreto-Caivano», che contempla un’articolata serie di emende al d. lgs. 6.9.2011, n. 159, che, come noto, reca il «Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione». In estrema sintesi, il legislatore odierno ha esteso al minore che abbia compiuto i quattordici anni di età una specifica misura di prevenzione pensata in origine per gli adulti: certamente la più blanda tra quelle contemplate dal richiamato «codice», ma pur sempre appartenente alla categoria dei provvedimenti *ante delictum*, la quale, per vero, ha storicamente trovato spazi applicativi angusti in seno al sistema di giustizia minorile¹¹. Giova difatti ricordare che una dottrina pressoché unanime e una giurisprudenza consolidatasi già negli anni Settanta del secolo scorso convergono nel ritenere che ai minori degli anni diciotto non possano applicarsi le misure di prevenzione ordinarie, bensì soltanto quelle che la legge espressamente a loro destina. A tale conclusione si giunge, a tacer d’altro, sia in considerazione della natura speciale delle seconde, ma soprattutto per la riscontrata incompatibilità delle prime rispetto al particolare regime giuridico – del quale si detto all’inizio del discorso – previsto a favore del minore, che sempre e comunque salvaguardia, cominciando dalla specializzazione degli organi che intervengono nelle procedure, le esigenze educative dello stesso, anche di quello ritenuto “pericoloso”¹².

⁸ Si tratta, segnatamente, del d.l. 20.2.2017, n. 14, convertito con modificazioni dalla l. 18.4.2017, n. 48.

⁹ Il riferimento è agli artt. 9 e 10 del citato d.l. n. 47/2017, alla cui lettura non può che rinviarsi.

¹⁰ Su tale misura, v. per tutti G. Perin, *Le misure di prevenzione contro la violenza nelle manifestazioni sportive. Le misure adottabili nei confronti del minore straniero*, in *Diritto e procedura*, cit., 130 ss.

¹¹ Sulle circoscritte misure di prevenzione contemplate sino ad oggi dal diritto sanzionatorio minorile, in sostanza coincidenti con quelle previste dagli artt. 25 ss. del r.d.l. 20.7.1934, n. 1404 (cc.dd. «misure di rieducazione»), istitutivo del Tribunale dei minorenni, e 6, co. 1-*bis*, della l. n. 401/1989, già richiamato nel testo, v. R. Ricciotti, *La giustizia*, cit., 161 ss. e 179 ss., M. Covelli, *Manuale*, cit., 281 ss., A. Anceschi, *Il minore autore e vittima del reato. Aspetti sostanziali, processuali e criminologici*, Torino 2011, 136 ss., E. Palermo Fabris, *La prevenzione ante delictum e le c.d. misure di rieducazione previste nel r.d.l. n.1404/1934*, in *Diritto e procedura*, cit., 78 ss., e più di recente, R.C. Maio, *Devianza minorile e misure preventive di rieducazione*, in *diritto.it*, 28.9.2021 e G. Ortolani, *Diritto*, cit., 98 ss.

¹² Per la ricostruzione storica ed il fondamento concettuale di tali conclusioni, v. E. Palermo Fabris, *La prevenzione*, cit., 74 ss., e, per alcuni cenni, R. Ricciotti, *La giustizia*, cit., 179, nota 1, nonché A. Anceschi, *Il minore*, cit., 136.

Nondimeno, ed oltre al già ricordato “D.A.SPO urbano minorile”, l’odierno legislatore ha ritenuto che anche al minore possa essere rivolto l’«avviso orale» (e motivato) del Questore¹³. A norma dell’art. 3, d. lgs. n. 159/2011, infatti, quest’ultima Autorità può notificare a specifici soggetti l’esistenza di «indizi a loro carico» circa la ricorrenza di quelle situazioni che li renderebbero potenzialmente destinatari di ulteriori misure di prevenzione, e li invita, perciò, a «tenere un comportamento conforme alla legge», potendo ulteriormente prevedere tale avviso anche il divieto di possedere od utilizzare determinati beni, strumenti od apparati, a partire dalle «piattaforme o servizi informatici e telematici, [...] telefoni cellulari [e] altri dispositivi per le comunicazioni dati e voce o qualsiasi altro apparato di comunicazione»: divieto, questo, la cui violazione risulta a certe condizioni sanzionata anche penalmente (art. 76, co. 2, d. lgs. n. 159/2011, cit.).

2.3. Nella logica della prevenzione rispetto alla possibile reiterazione, precipuamente, di un determinato fatto criminoso che si assume già commesso sembrano calarsi i residui commi da 2 a 9 del predetto art. 5 del d.l. n. 123/2023, i quali, con qualche adattamento, aprono le porte del diritto sanzionatorio minorile anche all’istituto dell’«ammonimento» del Questore previsto in origine dal d.l. 23.2.2009, n. 11, noto ai più per avere introdotto nell’ordinamento interno il delitto di «Atti persecutori». Invero, tra le disposizioni accessorie a quella del neonato art. 612-*bis* C.p. il suddetto decreto aveva previsto, all’art. 8, l’istituto dell’ammonimento a «tenere una condotta conforme alla legge» che la (affermatasi) vittima avrebbe potuto chiedere al Questore di rivolgere al (designato) reo di *stalking* nelle more di una futura proposizione di querela, con l’ulteriore e rilevante effetto dissuasivo di rendere l’eventuale commissione di tale reato da parte del soggetto già ammonito più gravemente punita e procedibile d’ufficio¹⁴. Già esteso in materia di *cyberbullismo* dall’art. 7 della l. 29.5.2017, n. 71, siffatto istituto trova ora un proprio spazio anche nel «decreto-Caivano», che, nell’adattarlo allo specifico contesto applicativo minorile, ne prevede due tipologie, che differiscono quanto al novero dei reati-presupposto e dei correlati soggetti passivi, quanto al destinatario, che tuttavia rimane pur sempre un minore, quanto all’arco temporale di applicabilità, e quanto, infine, alle conseguenze “ulteriori” che possono derivare a determinati soggetti terzi dalla sua emissione. In particolare:

a) la prima tipologia di ammonimento, più simile alla matrice d’origine, trova applicazione «Fino a quando non è proposta querela o non è presentata denuncia per taluno dei reati di cui agli artt. 581, 582, 610, 612 e 635 C.p.», i quali risultino commessi da «minorenni di età superiore agli anni quattordici nei confronti di altro minore» (v. *amplius* l’art. 5, commi 2, 3, 3-*bis* e 4 del d.l. n. 123-2023 cit.);

b) diversamente, la seconda tipologia di ammonimento presuppone, più estensivamente, la commissione di un qualsiasi fatto «previsto dalla legge come delitto punito con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni», ma si rivolge poi soltanto ai «minor[i] di età compresa fra i dodici e i quattordici anni», prevedendo, infine, una singolare responsabilità punitivo-amministrativa “di rimbalzo” a carico di colui che «era tenuto alla sorveglianza del minore o all’assolvimento degli obblighi educativi nei suoi confronti [...], salvo che non provi di non aver potuto impedire il fatto» (v. *amplius* l’art. 5, commi 5, 6, 6-*bis*, 7, 8 e 9 del d.l. n. 123-2023 cit.).

3. Gli artt. 6 e 8 del d.l. n. 123/2023 possono con tutta probabilità ritenersi il centro nevralgico degli interventi operati dalla novella sul diritto penale minorile. Non è un caso, difatti, che essi abbiano ad

¹³ Su tale istituto, v. di recente F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano 2019, 77 ss., e F. Basile, E. Zuffada, *Manuale delle misure di prevenzione. Aspetti sostanziali*², Torino 2021, 92 ss.

¹⁴ Su tale istituto, discusso anche per la sua dubbia efficacia, v. tra gli altri R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Istanza di ammonimento: una prima forma di tutela*, in *GD* 2009 (10), 69 ss., G. Sapienza, *Ammonimento per gli atti persecutori e divieto di avvicinamento*, in *Ius-17* 2012 (2), 93 ss., F.M. Zanasi, *L’odioso reato di stalking*, Milano 2012, 136 ss., G. De Simone, *Il delitto di atti persecutori*, Roma 2013, 187 ss., G. D’Aiuto, *Stalking. Aspetti sostanziali, processuali e profili psicologici* Milano 2021, 307 ss., A. Davico, *Stalking*², Firenze 2022, 54 ss.

oggetto il testo normativo a cui si devono molte delle specificità che tale ambito di disciplina presenta rispetto al diritto ed al rito criminale degli adulti, ossia il d.P.R. 22.9.1998, n. 448 (d'ora innanzi: C.p.p. min.). Scorrendo le non poche modifiche che a quest'ultimo risultano apportate, l'impressione è che l'odierno nomoteta abbia seguito la logica del “*Carrot and Stick*”, tentando così una certo non facile mediazione tra l'esigenza rieducativa, che come ricordato irrorra tutto il sistema della giustizia penale minorile, e le istanze di maggiore rigore punitivo che, molto probabilmente, proprio i fatti di cronaca verificatisi a Caivano hanno imposto con prepotenza all'attenzione del legislatore.

In particolare, l'art. 6 del d.l. n. 123/2023 è intervenuto su di un ambito – quello delle misure cautelari e precautelari – che già nel diritto penale degli adulti impone la ricerca di delicati equilibri tra opposti principi, non fosse altro perché, come ben noto, gli strumenti di tale natura sono destinati ad incidere in modo significativo sul bene primario della libertà personale in regime di eccezionalità, vuoi perché adottati in assenza di un intervento giurisdizionale, vuoi perché restringono soggetti la cui penale responsabilità è ancora ben lungi dall'essere stata definitivamente accertata¹⁵. Ed il terreno diventa intuitivamente ancora più scivoloso per quel legislatore che intendesse mettere mano al sistema delle cautele minorili, tenuto anzitutto presente che queste ultime non hanno di per sé finalità rieducative, e che quindi, almeno dal punto di vista strettamente concettuale, andrebbero ritenute estranee al sistema di giustizia minorile¹⁶.

Proprio per questa e per le ulteriori ragioni più volte richiamate, tutte convergenti sulla valorizzazione dei bisogni educativi del fanciullo¹⁷, la disciplina del rito minorile limita in modo ancora più rigoroso, rispetto a quanto la legge già prevede per gli adulti, l'operatività di tali strumenti (v. artt. 16 ss. C.p.p. min. e 20 ss. disp. att. C.p.p. min., ex d. lgs. n. 272/1989). Così, risulta prescritto, ad esempio, che gli operatori possano adottare – sempre e solo facoltativamente – le sole misure previste dalla legge processuale minorile, che costituiscono perciò uno stretto *numerus clausus*; che esse siano modulate in modo da non interrompere mai i percorsi educativi in atto del minore; che la loro adozione rechi la minima offesa possibile alla libertà di quest'ultimo, riservando comunque alla carcerazione un ruolo di assoluta residualità; che, in caso di trasgressione alle restrizioni imposte da una misura precedente, quelle ulteriori siano applicate nello stretto ordine di progressiva gravità dettato dalla legge, il che rende impossibili passaggi *per saltum* alla misura che non sia quella immediatamente successiva, senza poi contare il necessario rispetto dei tradizionali principi di «adeguatezza» e «proporzione» e delle ulteriori garanzie in materia contemplate dal codice del rito ordinario, comunque applicabili anche in ambito cautelare minorile¹⁸.

È tenendo presenti tali specificità, quindi, che occorre passare in rassegna le novità introdotte in materia precautelare e cautelare dal «decreto-Caivano».

3.1. Anzitutto, occorre notare come quest'ultimo abbia ampliato la rosa delle fattispecie criminose per le quali l'art. 18-*bis* C.p.p. min. consente agli ufficiali ed agli agenti di polizia giudiziaria che abbiano sorpreso in flagranza di reato un minore di accompagnare quest'ultimo presso i propri uffici

¹⁵ Su tali e ulteriori “classiche” contraddizioni delle cautele processuali *ante iudicium* con i principi libertari della Costituzione, sempre attuale risulta V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Milano 1976, spec. 19 ss.

¹⁶ Per tale espressa ammissione, v. per tutti, chiaramente, M. Covelli, *Manuale*, cit., 140 ss.

¹⁷ Icastica, al riguardo, la *Relazione al progetto definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*, cit., 220, la quale evidenzia come nel sistema di giustizia minorile il tema della libertà personale «acquisit[i] una complessità e una delicatezza ancor maggiori di quelle che già gli sono proprie, dovendosi tener conto, insieme con le esigenze di cautela processuale, della fragilità caratteriale propria del minorenne e della necessità di non causare dannose interruzioni dei processi di evoluzione della personalità eventualmente in atto».

¹⁸ Quanto alle specificità che il sistema delle cautele e delle precautele minorili presenta, v. S. Di Nuovo, G. Grasso, *Diritto*, cit., 395 ss., 419 ss. e 436 ss.; A. Presutti, *La tutela della libertà personale*, in *Diritto e procedura*, cit., 479 ss. e 509 ss. (e più di recente, della stessa autrice, *Le limitazioni della libertà personale*, in *Procedura penale*, cit., 113 ss.); G. Di Chiara, *Libertà minorile e percorsi educativi tra tecniche del processo e mondi vitali*, in *Le limitazioni alla libertà personale del minore imputato*, a cura di C. Cesari, Milano 2012, 49 ss.; C. Scivoletto, *Sistema penale e minori*, Roma 2022, 41 ss. e 44 ss.; G. Ortolani, *Diritto*, cit., 210 ss.

e trattenerlo per il tempo strettamente necessario – e comunque non superiore alle dodici ore – alla sua consegna all’ esercente la potestà genitoriale, all’ affidatario od alla persona da questi incaricata. A seguito della novella, difatti, l’ «Accompagnamento a seguito di flagranza», che è specifica misura precautelare minorile, può essere utilizzato non solo nel caso in cui il minore sia colto nell’ atto di commettere un delitto non colposo per il quale la legge stabilisce la pena dell’ ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a «tre anni» (in luogo dei cinque originariamente previsti), ma anche laddove lo stato di flagranza si riferisca alla commissione «di uno dei delitti di cui all’ art. 381, co. 2, lett. f), g), h) e m) C.p.p., ovvero di uno dei reati di cui all’ art. 699 C.p. o di cui all’ art. 4 della l. 18.4.1975, n. 110». In questo caso, l’ ampliamento del raggio applicativo della misura qui in rilievo rispetto al passato riguarda una serie di reati, rispettivamente, contro la persona (le lesioni personali dolose dell’ art. 582 C.p.), contro il patrimonio (il danneggiamento aggravato dell’ art. 635, co. 2, C.p. ed il furto *ex art.* 624 C.p.) ed in materia di armi ed esplosivi (appunto, il porto abusivo di armi dell’ art. 699 C.p. e il porto di armi od oggetti atti ad offendere dell’ art. 4, l. n. 110/1975): fattispecie, queste, che ad eccezione di quelle da ultimo richiamate in materia di armi, di tipo contravvenzionale, sembrerebbero per vero già rientrare, sia per natura delittuosa che per pena massima edittale (tre anni), nel nuovo limite d’ operatività dell’ «Accompagnamento».

È poi da notare come l’ aumentato raggio d’ azione dell’ istituto in discorso, derivante dall’ abbassamento del livello di pena massima a partire dal quale esso è utilizzabile, sia destinato nella sua intenzione incrementale a riempire spazi di libertà in precedenza sottratti *in toto* ai poteri di coazione precautelare attribuiti alla polizia giudiziaria in ipotesi di flagranza criminosa. Va difatti tenuto a mente che, oggi come in passato, l’ istituto dell’ «Accompagnamento» vanta un primo perimetro applicativo di propria esclusiva pertinenza ed un secondo che, a partire da un certo limite di pena in avanti, si sovrappone a quello del vero e proprio «Arresto» (facoltativo in flagranza) dell’ art. 16 C.p.p. min., anch’ esso peraltro destinatario, seppure indirettamente, di una modifica sul punto (v. *infra*, § 3.3., sub *a*). Non è difatti un caso che l’ «Accompagnamento» sia etichettato anche come «arresto minore», volendosi con ciò sottolineare come esso resti comunque una forma di arresto in flagranza, che però, rispetto alla figura dell’ art. 16 C.p.p. min., è meno afflittivo nelle forme di esecuzione e risulta applicabile a fattispecie di reato la cui pena massima muove da livelli inferiori rispetto a quelli contemplati dai tipi criminosi per i quali è possibile l’ arresto in flagranza ordinario¹⁹, oggi fissati rispettivamente in 3 anni e 6 anni. Orbene, è appunto in questo odierno iato tra il limite minimo di pena a partire dal quale la polizia giudiziaria è facoltizzata all’ «Accompagnamento» e quello che le consentirebbe anche il vero e proprio «Arresto» che si colloca lo spazio di nuova possibile incisione della libertà personale del minore colto in flagranza di reato.

3.2. Compromissorio – ad essere benevoli – appare il primo degli interventi che il legislatore odierno ha compiuto sulla disciplina delle misure cautelari minorili, ossia quello relativo ai presupposti generali che ne legittimano l’ adozione. Da un canto, infatti, la novella ha diminuito da cinque a «quattro anni» il limite di pena reclusiva oltre il quale, ai sensi del novellato art. 19, co. 4, C.p.p. min., risulta consentita l’ adozione delle misure cautelari diverse da quella custodiale, le quali, perciò, nelle intenzioni dovrebbero risultare più agevolmente utilizzabili. D’ altro canto, però, i medesimi *conditores* hanno cancellato il riferimento ai fatti di «lieve entità» contemplati in materia di stupefacenti dall’ art. 76, co. 5, d.P.R. n. 309/1990 che era contenuto nel previgente co. 5 del medesimo art. 19: richiamo normativo, questo, che aveva la funzione di impedire eccezionalmente che, nel computare il limite di pena del singolo reato che può legittimare l’ adozione delle misure cautelari minorili, il giudice tenesse conto – come di regola dovrebbe – della «diminuente della

¹⁹ Sui rapporti applicativi tra i richiamati istituti precautelari, v. per tutti V. Patanè, *L’ accompagnamento a seguito di flagranza*, in *Le limitazioni alla libertà*, cit., 28 e 29 s. ed A. Presutti, *Le misure precautelari*, in *Procedura penale*, cit., 122 s.

minore età» prevista dall'art. 98, co. 1, C.p.²⁰ In sostanza, ciò significa che, dovendo adesso il giudice tenere *sempre* conto di tale attenuante nella determinazione della pena che rileva ai fini cautelari, per tali fatti di «lieve entità» – puniti con la reclusione da sei mesi a cinque anni – non dovrebbe più essere tendenzialmente possibile l'adozione di misure restrittive *ante iudicium*.

3.3. Su una traiettoria inequivocabilmente rigorista sembrano invece allinearsi le modifiche apportate dalla novella agli artt. 22 e 23 C.p.p. min., che dettano la disciplina delle due misure cautelari più invasive della sfera di libertà individuale del minore: quella del «Collocamento in comunità» e quella della «Custodia cautelare».

Quanto alla prima, l'intervento del novello nomoteta si è risolto nell'ampliare la possibilità riconosciuta al giudice di trasformare *in itinere* il collocamento in comunità in custodia cautelare, e nello svincolare quest'ultima, in tale ipotesi, dal limite di durata massima in precedenza contemplato. In particolare, l'emendato co. 4 dell'art. 22 continua ad ancorare il c.d. ««effetto a cascata» verso la misura immediatamente più afflittiva²¹ – ossia qui la custodia intramuraria – anzitutto al presupposto che il minore abbia commesso «gravi e ripetute violazioni delle prescrizioni imposte» o si sia reso responsabile di un «allontanamento ingiustificato dalla comunità». Tuttavia, sensibilmente ampliata risulta la capienza dell'ulteriore requisito che la disposizione richiede per disporre la progressione afflittiva *de qua*, ovvero sia il limite sanzionatorio contemplato dalla fattispecie delittuosa per la quale si procede: limite, questo, ora consistente nella reclusione non inferiore nel massimo a «quattro anni», laddove in precedenza tale soglia era fissata a «cinque anni».

Come accennato, la novella ha inoltre rimosso l'argine temporale massimo di un mese prima apposto alla durata della custodia cautelare così subentrante, il quale, per vero, risultava tutt'altro che privo di rilievo. Secondo l'interpretazione prevalente, infatti, il termine in parola avrebbe dovuto «compensare», mitigandone gli effetti, la circostanza che la misura custodiale svolgesse qui una scoperta quanto anomala funzione sanzionatoria, nonché, viepiù, il fatto che essa potesse disporsi in violazione dei limiti minimi di pena sotto i quali, d'ordinario, l'art. 23 C.p.p. min. non consente l'adozione della più afflittiva delle misure cautelari²²: singolarità da bilanciare, queste, che nonostante l'abbassamento degli argini di pena suddetti (v. *infra*) sussisterebbero per vero ancora oggi. Ma tant'è: la conseguenza dovrebbe essere che la custodia cautelare così subentrata potrà ora perdurare *ad libitum*, salvo naturalmente gli invalicabili termini massimi previsti dall'art. 23, ultimo co., C.p.p. min. Ma non è allora irragionevole prevedere che, così ulteriormente deprivato e rimodulato, il meccanismo del passaggio dalla permanenza in comunità alla custodia cautelare possa rinvigorire i dubbi di legittimità costituzionalità che, lasciati irrisolti dalla Consulta in una sua risalente pronuncia, su di esso vengono ancora addensati dalla dottrina²³.

Un certo *favor mutuationis* sembra da cogliere anche nell'inedito co. 4-*bis* aggiunto dalla novella al medesimo art. 22 C.p.p. min., il quale prevede che «Quando le esigenze cautelari risultano aggravate, il giudice, su richiesta del pubblico ministero, può disporre la sostituzione della misura applicata con la custodia cautelare, nei casi consentiti dall'art. 23». Invero, tale disposizione pare introdurre un'inedita ed ulteriore ipotesi di trasformazione *in itinere* del collocamento in comunità in misura custodiale, il cui subentro, tuttavia, prescinde dalla grave e reiterata violazione delle prescrizioni imposte al minore nel contesto protetto o dal suo allontanamento da quest'ultimo. A tale conclusione, difatti, inducono testualmente sia l'esplicito richiamo normativo all'aggravamento delle esigenze

²⁰ Per l'indiscussa natura circostanziale della stessa e per la sua sottoposizione alla disciplina dell'art. 65, n. 3, C.p., v. per tutti G. Panebianco, *Il minore reo*, in *La giustizia*, cit., 197 ss.

²¹ Cfr. in questi termini, L. Pepino, voce *Misure cautelari minorili*, in *DigDPen*, vol. VIII, Torino, 1994, 56, A. Ciavola, *Il collocamento in comunità*, in *Le limitazioni*, cit., 158, E. Lanza, *Le indagini preliminari e le misure cautelari*, in *La giustizia penale*, cit., 490.

²² Cfr. A. Ciavola, *Il collocamento*, cit., 158 e G. Ortolani, *Diritto*, cit., 227.

²³ Sulla questione, v. A. Presutti, *La tutela*, cit., 519 (e più di recente *Le misure*, cit., 134) e G. Ortolani, *Diritto*, cit., 227. V. anche, per ulteriori questioni applicative che un tale meccanismo origina, S. Di Nuovo, G. Grasso, *Diritto*, cit., 461 s.

cautelari, che parrebbe alludere ad una situazione di sopraggiunta inadeguatezza delle strutture comunitarie a contenere l'aumentata intensità dei *pericula libertatis*, sia l'altrettanto esplicito rinvio ai «casi consentiti dall'art. 23 (C.p.p. min.)», che è la norma che tipizza le esigenze custodiali minorili e pone gli ulteriori limiti all'adottabilità della misura intramuraria. In apparenza, quindi, la disposizione di nuovo conio parrebbe scolpire una fattispecie di uso “funzionalmente proprio” della misura cautelare detentiva, che ribadisce pure il generale canone di gradualità scalare nell'applicazione delle misure cautelari sancito dall'art. 275 C.p.p. e richiamato dall'art. 19, co. 2, C.p.p. min²⁴. Ma, forse, non le è del tutto estranea l'intenzione di produrre, almeno simbolicamente, un “moto propulsivo” verso una più diffusa applicazione della restrizione custodiale: se così fosse, però, essa risulterebbe ideologicamente disconnessa dal contesto normativo nel quale essa va a collocarsi.

D'altronde, sono le modifiche apportate all'art. 23 C.p.p. min. a confermare il favore del quale, pure in ambito minorile, la custodia cautelare sembra godere presso il legislatore della riforma. Quattro, segnatamente, le modifiche maggiormente espressive di tale “*nouvelle vague*”, destinata ad avere un significativo impatto sullo *status libertatis* del minore durante le more del procedimento:

a) la prima è quella che ha abbassato il limite massimo di pena detentiva al di sotto del quale non è possibile l'applicazione della misura custodiale a chi abbia commesso delitti non colposi, che è stato ridotto da nove a «sei anni» (v. co. 1, primo periodo, art. 23 cit.): modifica, questa, che dovrebbe ampliare il novero dei reati per i quali l'adozione della cautela in questione risulta possibile. Peraltro, è da rilevare come una tale modifica sia destinata indirettamente a ripercuotersi – sortendo i medesimi effetti espansivi – anche sulla misura precautelare dell'arresto in flagranza, posto che l'art. 16, co. 1, C.p.p. min. individua le fattispecie criminose rispetto alle quali esso è utilizzabile mediante un esplicito rinvio proprio ai «delitti per i quali, a norma dell'art. 23, può essere disposta la misura della custodia cautelare», sebbene poi l'intervento non sembri sostanzialmente alterare, almeno nelle proporzioni, i rapporti applicativi di tale istituto con quello dell'«Accompagnamento a seguito di flagranza», anch'esso oggetto di una già segnalata modifica (v. *retro*, § 3.1).

È in ultimo da notare – sempre in tema di effetti indiretti della modifica qui in rilievo – che un tale livellamento al ribasso dei limiti di pena che rendono oggi possibile la custodia in I.P.M. potrebbe ridurre in modo significativo il concreto margine operativo del principio di residualità di tale misura rispetto alle altre cautele, il quale, come si ricordava, è però ritenuto canone informatore peculiare ed irrinunciabile del microsistema cautelare minorile. Certo, è pur vero che la novella ha parimenti ridotto il margine di pena che consente l'utilizzo delle restrizioni *ante iudicium* diverse da quella custodiale (v. *retro*, § 3.2), ma non può non balzare agli occhi come lo scarto ora presente tra siffatti limiti (due anni) risulta seccamente dimezzato rispetto a quello che emergeva dal confronto dei previgenti artt. 19, co. 4, da un lato, e 23, co. 1, C.p.p. min., dall'altro (4 anni);

b) la seconda è quella che, nella sostanza, ha ampliato il novero delle fattispecie di reato rispetto alle quali risulta ammessa l'applicazione della custodia cautelare sebbene al di fuori del limite generale di pena appena sopra ricordato (v. co. 1, secondo periodo, art. 23 cit.). L'odierno legislatore, infatti, ha proceduto ad arricchire l'elencazione previgente inserendovi le ipotesi delittuose, consumate o tentate, di furto in abitazione e con strappo (art. 624-*bis* C.p.), salvo ricorra l'attenuante dell'art. 62, co. 1, n. 4 C.p., di violenza o minaccia ad un pubblico ufficiale *ex* art. 336, co. 1, C.p., di resistenza ad un pubblico ufficiale (art. 337 C.p.) e di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui all'art. 73, d.P.R. n. 309/1990. Certo, si potrebbe replicare che, nello stesso momento, il riformatore ha però espunto dal medesimo elenco i delitti di rapina (art. 628 C.p.), di estorsione (art. 629 C.p.) e di violenza sessuale, ma non può sfuggire che i significativi livelli di pena edittale massima raggiunti da tali fattispecie “rassicurano” comunque, almeno per le ipotesi consumate, circa la possibilità per il giudice di adottare la cautela *intra moenia*, tanto più dopo l'intervento novellatore segnalato *sub b)*;

²⁴ Sui criteri applicativi delle misure cautelari minorili, v. per tutti L. Pepino, voce *Misure cautelari*, cit., 57 ss.

c) la terza è quella che ha ampliato la rosa delle esigenze custodiali, entro la quale è stato difatti aggiunto il caso in cui «l'imputato si è dato alla fuga o sussista concreto e attuale pericolo che si dia alla fuga» (v. co. 2, lett. a-bis, art. 23 cit.). Per vero, un'ipotesi molto simile – che ometteva di aggettivare il pericolo di fuga come «attuale», richiedendo soltanto la sua concretezza – era stata già contemplata dall'art. 23, co. 1, lett. b), C.p.p. min., così come emendato nel 1991, ma la Consulta lo aveva dichiarato incostituzionale²⁵. Il giudice delle leggi, infatti, aveva ritenuto che tale previsione normativa, anzitutto, eccedesse i precisi criteri in materia dettati dalla legge-delega, che tra i *pericula libertatis* annoverava, oltre alle necessità istruttorie, soltanto le «gravi esigenze di tutela della collettività», alle quali il pericolo di fuga non fu ritenuto assimilabile. Ma, viepiù, i giudici opinarono che essa sconfessasse pure quel generale «disfavore del legislatore [delegante] per l'utilizzo del carcere nei confronti dei minori», ritenuto a sua volta imposto dalla «coerenza con i principi affermati a livello internazionale riguardo al diritto penale minorile»²⁶. Quanto, perciò, l'aggiunta della «attualità» del pericolo di fuga – la cui sussistenza richiede pur sempre la prudente valutazione del giudice – varrà a mettere al riparo la disposizione di nuovo conio da possibili censure di incostituzionalità è dubbio che solo il tempo potrà sciogliere;

d) la quarta è quella che ha allungato i termini di durata massima della custodia cautelare minorile, e ciò diminuendone gli abbattimenti rispetto ai limiti ordinari dell'art. 303 C.p.p. originariamente contemplati dal co. 4 dell'art. 23 C.p.p. min. Ed invero, mentre la previgente versione di tale comma prevedeva che siffatti argini massimi venissero ridotti «della metà per i reati commessi da minori degli anni diciotto e dei due terzi per quelli commessi da minori degli anni sedici», la disposizione attuale parla, invece, di una mera riduzione «di un terzo per i reati commessi da minori degli anni diciotto e della metà per quelli commessi da minori degli anni sedici»: il che produce l'ovvio effetto di ampliare di non poco la potenziale permanenza in I.P.M. del minore, e paradossalmente proprio quella del soggetto che, per età, mostrerebbe in teoria i maggiori bisogni educativi.

4. (*Segue*) Sulla qualità dell'offerta rieducativa proposta al minore, e quindi, infine, sulle sue concrete possibilità di successo, sembrano invece destinate ad influire sinergicamente altre tre disposizioni del «decreto Caivano», che pure approdano su sponde tra loro assai distanti del diritto penale minorile: quella dell'*iter* di svolgimento del procedimento penale e quella della pena già in esecuzione.

In particolare, gli artt. 6, co. 1, lett. c-bis) e 8, co. 1, lett. b) del d.l. n. 123/2023, nel recare interventi di segno per vero opposto, impattano in modo significativo sullo strumentario giuridico che il moderno diritto penale minorile offre al minore per evitargli la futura condanna e permettergli invece di accedere, già nelle more del procedimento, a programmi di recupero personalizzati. L'idea di fondo, come si è già precisato, è infatti quella secondo la quale tanto più al minore saranno risparmiati lo stigma della condanna penale e del contatto con le strutture carcerarie in favore di percorsi pedagogici extra murari, tanto maggiori saranno le possibilità che la personalità dello stesso, ancora *in fieri*, venga recuperata. Da parte propria, l'art. 9 del medesimo decreto consente, invece, l'interruzione del percorso rieducativo individuale di determinati soggetti al fine di tutelare maggiormente – come recita la rubrica della disposizione – la «sicurezza degli istituti penali per minorenni», o meglio – come emerge poi dal testo della medesima – per consentire il più tranquillo svolgimento del processo rieducativo altrui.

4.1. Di sicuro effetto sullo *status libertatis* del minore, e segnatamente sulle possibilità a questi offerte di intraprendere un percorso rieducativo al di fuori del processo penale, risulta la modifica che l'art. 6, co. 1, lett. c-bis), del d.l. n. 123/2023 ha recato alla disciplina della «Sospensione del processo e

²⁵ Cfr. C. cost., 26.7.2000 n. 359, in *FI* 2000, I, 3062, con nota redazionale, ed in *GiurCost.* 2000 (4), 2589, con osservazioni di G. La Greca.

²⁶ Cfr. C. cost., 26.7.2000 n. 359, cit., § 2.

messa alla prova». È, questo, l'istituto che, nella trama del d.P.R. n. 448/1988, più di altri avrebbe dovuto efficacemente – ed in modo innovativo – perseguire la specifica finalità rieducativo-individualizzante propria del nuovo sistema penale minorile, espellendo anzitempo il fanciullo dal circuito processuale per chiamarlo ad intraprendere un percorso di auto-responsabilizzazione che evitasse, tra l'altro, lo scadere del rito in immotivati quanto deleteri perdonismi²⁷. Ed invero, proprio la spiccata propensione special-preventiva di tale strumento, che consente al minore di evitare l'ingresso nel circuito penale sanzionatorio sottoponendosi ad un programma rieducativo personalizzato idoneo a determinare infine l'estinzione del reato (v. artt. 28 e 29 C.p.p. min.), aveva indotto il legislatore a ridurre al minimo le preclusioni al suo accesso, tanto da non considerare ostativa, ad esempio, neanche il notevole ammontare della risposta sanzionatoria abbinata al reato commesso. Anzi, l'originario co. 4 dell'art. 28 C.p.p. min., che valutava l'eventuale richiesta dell'imputato di procedere con il rito abbreviato od immediato come incompatibile con la concessione del beneficio, era stata censurata dalla Consulta, che l'aveva ritenuto «[in]contrast[o] con gli artt. 31, secondo co., e 24 Cost., in quanto [avrebbe] impedi[to], senza che siano ravvisabili motivi ragionevoli, di dare ingresso ad una misura particolarmente significativa [...] sotto l'aspetto rieducativo ed avente riflessi sostanziali di natura premiale»²⁸. Del resto, la stessa Consulta ha più volte ribadito addirittura la non necessità, ai fini della sospensione del rito, del consenso dello stesso imputato o del p.m., e ciò proprio richiamando – ancora una volta – l'assorbente «finalità essenzialmente rieducativa della messa alla prova minorile»²⁹.

Se, perciò, questo risulta essere il “peso specifico” da riconoscere all'istituto in discorso nel contesto del diritto penale minorile, non può che destare una qualche sorpresa il contenuto del nuovo co. 5-*bis* dell'art. 28 C.p.p. min., che ha reso inapplicabile tale forma di *probation* ai delitti di omicidio doloso aggravato (artt. 575 e 576 C.p.), di violenza sessuale (art. 609-*bis* C.p.) e di violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* C.p.) nelle ipotesi aggravate dell'art. 609-*ter* C.p., nonché al delitto di rapina aggravata ai sensi dell'art. 628, co. 3, nn. 2), 3) e 3-*quinqies*) C.p., avendo il legislatore evidentemente ritenuto che, in tali ipotesi, le istanze di repressione e prevenzione generale debbano prevalere *ipso iure* sulle (migliori) opportunità rieducative del minore. Tuttavia, non può non osservarsi come un tale meccanismo di “prevalenza automatica” – in quanto non mediato dall'opera del giudice – delle prime sulle seconde non sembri collimare con alcuni dei caratteri propri del moderno diritto penale minorile costituzionalmente orientato. Come si è difatti già ricordato, quest'ultimo non solo ha fatto del principio rieducativo un caposaldo praticamente irrinunciabile, assai più di quanto avvenga – nonostante la portata generale dell'art. 27, co. 3, Cost. – nell'ambito del diritto penale degli adulti, ma, in tale prospettiva, viepiù esso tendenzialmente rifiuta meccanismi applicativi automatici che impediscano al giudice minorile una valutazione caso per caso. Del resto, ed ulteriormente, non può sfuggire come la preclusione in parola non sia aggirabile, e quindi in un certo senso “bilanciabile”, neanche passando attraverso l'inedito e benevolo istituto sospensivo dell'art. 27-*bis* C.p.p. min., i cui limiti edittali di applicazione, come si dirà, sono ampiamente superati da quelli propri dei delitti qui in rilievo.

4.2. Certamente innovativo – e forse nelle intenzioni del legislatore anche “perequativo” rispetto alla novità sopra segnalata – è senza dubbio l'art. 8 del «decreto Caivano», che ha inserito nel d.P.R. n.

²⁷ Sulla *ratio* dell'istituto, ed in senso sostanzialmente conforme al testo, v. tra gli altri E. Lanza, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni*, Milano 2003, 51, A. Pulvirenti, *Il giudizio e le impugnazioni*, in *La giustizia penale*, cit., 545 ss., C. Scivoletto, *Sistema*, cit., 59 e 61 ss., ed *ivi* ulteriori riferimenti sia di dottrina che di giurisprudenza.

²⁸ Cfr. C. cost., 5.4.1995 n. 125, spec. § 4.1, in *FI* 1995, I, 2394, con note di G. Di Chiara e di G. La Greca.

²⁹ Cfr. C. cost., 5.4.1995 n. 125, cit., e, più recente, Id., 10.6.2020, n. 139, spec. § 4.3, in *sistemapenale.it*, 10.2.2021, con nota di L. Camaldo. In dottrina, invece, la questione appare controversa: per un agile sunto del dibattito, v. per tutti E. Lanza, *La sospensione*, cit., 68 ss. e V. Bosco, *Il ruolo del consenso nella messa alla prova “minorile”*, in *lalegislazionepenale.eu* (24.11.2020).

448/1988 un inedito art. 27-*bis*, rubricato «Percorso di rieducazione del minore». Al di là del suo intitolato normativo, forse non proprio icastico, tale disposizione sembrerebbe introdurre nel sistema penale minorile una sorta di “messa alla prova ibridizzata”, in quanto, da un lato, evidentemente tributaria dei tratti essenziali dell’istituto già disciplinato dagli artt. 28 e 29 C.p.p. min., ma, dall’altro, portatrice di significative innovazioni rispetto alla matrice, tra le quali alcune paiono ammiccare alla messa alla prova degli adulti, altre, almeno per singoli aspetti, alle clausole di esiguità presenti nel sistema.

Rinviando all’integrale lettura del già menzionato art. 27-*bis* C.p.p. min.³⁰, può valere qui la pena evidenziare quantomeno i tratti più caratterizzanti dello strumento che tale disposizione disegna, i quali si stagliano ancora più chiaramente se collocati sullo sfondo degli istituti ai quali il novello legislatore sembra essersi ispirato.

I) In tale prospettiva, può anzitutto evidenziarsi come l’istituto di nuovo conio trovi espresso spazio applicativo «Durante le indagini preliminari», e quindi in una fase dell’*iter* procedimentale anticipata rispetto a quella, propriamente processuale, ove può invece intervenire la *probation* degli artt. 28 s. C.p.p. min., non a caso aggettivata dallo stesso legislatore storico come – appunto – «processuale»³¹. In tale carattere anticipatorio ben può scorgersi un primo elemento di continuità con la messa alla prova degli adulti, che può richiedersi nell’analogo momento procedimentale (art. 464-*ter* C.p.p.), così come, a ben vedere, una maggiore sintonia dello strumento recato dall’art. 27-*bis* C.p.p. min. con il modello della *diversion* piuttosto che con quello della *probation*, pur con i limiti che una tale distinzione mostra poi nella pratica³². Ma, naturalmente, non è certo l’etichetta classificatoria che interessa.

³⁰ La disposizione così recita: «[1]. Durante le indagini preliminari, il pubblico ministero, quando procede per reati per i quali la legge stabilisce una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione ovvero una pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena detentiva, se i fatti non rivestono particolare gravità, può notificare al minore e all’esercente la responsabilità genitoriale la proposta di definizione anticipata del procedimento, subordinata alla condizione che il minore acceda a un percorso di reinserimento e rieducazione civica e sociale sulla base di un programma rieducativo che preveda, sentiti i servizi minorili dell’amministrazione della giustizia e nel rispetto della legislazione in materia di lavoro minorile, lo svolgimento di lavori socialmente utili o la collaborazione a titolo gratuito con enti del Terzo settore o lo svolgimento di altre attività a beneficio della comunità di appartenenza, per un periodo compreso da due a otto mesi. [2] Il deposito del programma rieducativo, redatto in collaborazione anche con i servizi dell’amministrazione della giustizia, deve avvenire, da parte dell’indagato o del suo difensore, entro sessanta giorni dalla notifica della proposta del pubblico ministero. Ricevuto il programma, il pubblico ministero lo trasmette al giudice per le indagini preliminari, che fissa l’udienza in camera di consiglio per deliberare sull’ammissione del minore al percorso di reinserimento e rieducazione. [3] Il giudice, sentiti l’imputato e l’esercente la responsabilità genitoriale, valutata la congruità del percorso di reinserimento e rieducazione, con l’ordinanza di ammissione di cui al co. 2 ne stabilisce la durata e sospende il processo per la durata corrispondente. Durante tale periodo il corso della prescrizione è sospeso. [4] In caso di interruzione o mancata adesione al percorso, i servizi minorili dell’amministrazione della giustizia informano il giudice, che fissa l’udienza in camera di consiglio e, sentite le parti, adotta i provvedimenti conseguenti. [5] Nel caso in cui il minore non intenda accedere al percorso di reinserimento e rieducazione o lo interrompa senza giustificato motivo, il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero, che può procedere con richiesta di giudizio immediato anche fuori dei casi previsti dall’art. 453 C.p.p. L’ingiustificata interruzione è valutata nel caso di istanza di sospensione del processo con messa alla prova. [6] Decorso il periodo di sospensione, il giudice fissa una nuova udienza in camera di consiglio nella quale, tenuto conto del comportamento dell’imputato e dell’esito positivo del percorso rieducativo, dichiara con sentenza estinto il reato. In caso contrario, restituisce gli atti al pubblico ministero, che può procedere con richiesta di giudizio immediato anche fuori dei casi previsti dall’art. 453 C.p.p.».

³¹ Così, infatti, la *Relazione al progetto definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*, cit., 221. Sulle ragioni formali e sostanziali che, in ogni caso, rendono inutilizzabile la *probation* minorile durante la fase delle indagini preliminari, v. per tutti E. Lanza, *La sospensione*, cit., 107 ss. e M.G. Coppetta, *La sospensione del processo con messa alla prova*, in *Diritto e procedura*, cit., 615 s.

³² Mentre infatti la *probation* si presenta come una misura alternativa alla pena, che quindi presuppone l’inizio del processo, e a dire il vero anche la sentenza di condanna, la *diversion* consisterebbe invece nella radicale sottrazione del minore al circuito giudiziario prima che sia formalmente esercitata l’azione penale, o anche prima: così, su tale distinzione sistemica, ma anche sulla sua relatività ed origine storica, v. E. Lanza, *La sospensione*, cit., 47 ss., C. Cesari, voce

Come appare evidente, infatti, una tale regressione operativa dell'istituto già alla fase delle indagini preliminari, se da un lato consente al minore di fuoriuscire precocemente dal circuito giudiziario, e così intraprendere – in modo altrettanto precoce – il percorso rieducativo, dall'altro, però, rischia di riproporre qui i dubbi di compatibilità anzitutto con la presunzione costituzionale di innocenza già affacciati nei confronti anzitutto della messa alla prova degli adulti, ma anche di quella minorile. A tale riguardo, sarà sufficiente ricordare come, muovendo dall'idea che le prescrizioni del programma rieducativo a cui il reo si sottopone costituiscono una misura coercitiva della sua libertà personale, e quindi una “pena” almeno in senso sostanziale, e rilevando come, pur nel silenzio della legge, qualunque messa alla prova ha senso logico solo laddove il giudice sia intimamente persuaso della penale responsabilità del reo, che sola fonda razionalmente il bisogno di rieducazione, una parte della dottrina ha ritenuto la messa alla prova dell'art. 168-*bis* C.p. e quella minorile dell'art. 28 C.p.p. min. difficilmente raccordabili anzitutto con l'art. 27, co. 2, Cost. Si è difatti sostenuto che esse porterebbero alla irrogazione di una “pena” in difetto di una formale sentenza di condanna, e comunque in assenza delle ulteriori garanzie previste dal sistema (ad es. il rispetto dei un effettivo diritto di difesa)³³. Ove si accettasse quest'ordine di idee, ben si comprende come perplessità ancora maggiori potrebbe suscitare il neonato art. 27-*bis* C.p.p. min, che giunge ad infliggere una tale “pena” addirittura senza neanche un previo processo nel senso tecnico del termine: verità, questa, che forse soltanto la considerazione degli evidenti vantaggi in termini di precocità rieducativa e di sottrazione del minore al dramma psicologico del processo penale sembra in grado di rendere accettabile, in ossequio all'essenziale finalità di recupero del fanciullo deviante alla quale tutto il sistema di giustizia minorile, come più volte detto, è istituzionalmente orientato.

II) Diversamente dall'istituto disegnato dall'art. 28, quello introdotto dal nuovo art. 27-*bis* C.p.p. min. non prescinde, ai fini applicativi, dalla gravità del reato per cui si procede, ma, al contrario, risulta proponibile dal pubblico ministero soltanto in relazione a «reati per i quali la legge stabilisce una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione ovvero una pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena detentiva», e sempreché «i fatti non rivest[a]no particolare gravità». Tali limitazioni, ed anzitutto la prima, nel contraddire il tradizionale carattere “universalistico” della messa alla prova minorile, giustificato dalla consueta prevalenza dei bisogni educativi del minore sulle istanze punitive statuali³⁴, avvicinano l'istituto di nuovo conio anzitutto alla messa alla prova degli adulti, per la quale valgono sbarramenti applicativi di pena in verità molto simili (v. l'art. 168-*bis*, co. 1, C.p.), il cui fondamento è rinvenuto nell'esigenza – in tale sede giudicata irrinunciabile – di contemperare la possibilità del reo di accedere a maggiori *chances* rieducative con le ragioni della general-prevenzione³⁵.

Del resto, che l'istituto di nuova introduzione non sia insensibile alle ragioni del giure punitivo, nonostante l'afferenza al sistema minorile, risulta viepiù comprovato dall'ulteriore “cautela” che il

Sospensione del processo con messa alla prova, in *ED, Annali*, vol. IX, Milano 2016, 1005 s., E.M. Belgiorno, *La probation processuale per adulti*, Milano 2021, 1 ss.

³³ Su tale delicata questione, quanto all'affidamento in prova degli adulti, v. C. Cesari, voce *Sospensione*, cit., 1011 ss., e con particolare attenzione alla giurisprudenza, anche costituzionale, che di recente sembra avere risolto l'*impasse* nel senso della costituzionalità dell'istituto, M.C. Saporito, *La messa alla prova nell'esperienza giurisprudenziale: un faticoso percorso verso l'allineamento costituzionale*, in *Proc. pen. e giust.* 2019 (5), spec. 1331-1332 e 1335 ss., A. Sanna, *La messa alla prova riformata, tra giustizia riparativa ed esecuzione ante iudicium. Spunti di riflessione per il processualista*, in *discrimen.it*, 13.12.2022, nonché V. Bove, *La messa alla prova*², Firenze 2023, 15 s. Quanto alla messa alla prova minorile, cfr. L. Pepino, voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Dig.DPen*, vol. XIII, Torino 1997, 482, E. Lanza, *La sospensione*, cit., 48 e 62 ss., C. Cesari, *Le strategie di diversione*, in *Procedura penale*, cit., 231 s.

³⁴ Cfr. in tal senso, tra gli altri, S. Di Nuovo, G. Grasso, *Diritto*, cit., 349 ss., C. Cesari, voce *Sospensione*, cit., 1014 s., M.G. Coppetta, *La sospensione*, cit., 551.

³⁵ Sulle differenze, in tal senso, tra le due forme di messa alla prova, l'una – quella minorile – vocata alla rieducazione, l'altra – quella degli adulti – plasmata anche su istanze quantomeno deflattivo-sanzionatorie, v. C. Cesari, *Le alternative*, cit., 229.

legislatore ha imposto alla sua operatività, ulteriormente subordinata alla circostanza che il giudice escluda la «particolare gravità» di quel fatto di reato che pure già rientri nei richiamati limiti edittali di pena. Certo, non può sfuggire come una tale formula normativa risulti assai più favorevole per il reo rispetto a quelle che, sia nel sistema minorile che in quello degli adulti, parimenti consentono una «definizione anticipata del procedimento», e dalle quali l'odierno legislatore sembra pure avere tratto ispirazione, considerato che esse richiedono al magistrato una valutazione "in positivo" della «tenuità» del fatto o dell'offesa (v. artt. 27 C.p.p. min. e 131-*bis* C.p.). Chiaro rimane, tuttavia, che tale clausola ostativa è destinata a restringere il raggio d'azione dell'art. 27-*bis* C.p.p. min, a cui viene peraltro così apposto un limite il cui apprezzamento – diversamente da quello richiesto dal tetto di pena edittale o dal riferimento a certi *nomina criminis* – è rimesso ampiamente alla discrezionalità del giudice. D'altro canto, non va dimenticato il fatto che non tutta la dottrina avesse apprezzato la scelta "universalistica" del legislatore minorile di non porre alcun argine di genere o di pena ai reati per i quali la messa alla prova dell'art. 28 C.p.p. min avrebbe potuto operare, non a caso rilevando che, almeno per i «delitti gravissimi», le ragioni della prevenzione generale avrebbero dovuto ritenersi comunque prevalenti³⁶.

III) Non v'è dubbio che il tratto più caratteristico del nuovo istituto – che del resto ne autorizza l'inclusione nell'ideale *genus* degli strumenti di messa alla prova – sia costituito dal «programma rieducativo». Ed invero, è quest'ultimo che, proposto dal minore in collaborazione con i servizi minorili, ove ritenuto congruo dal giudice produce nell'immediato la sospensione del procedimento (art. 27-*bis*, commi 2 e 3, C.p.p. min.) e, se portato a termine con esito che il magistrato ritenga «positivo», determina infine l'estinzione del reato (art. 27-*bis*, ultimo co., C.p.p. min.). Acclarata, quindi, l'intuitiva rilevanza del suddetto «programma» per la funzionalità della nuova *diversion*, si tratta ora di raffrontare lo stesso con quelli corrispondentemente previsti dai percorsi di messa alla prova già contemplati dalla legge sia nell'ambito del diritto penale minorile che in quello degli adulti, e ciò al fine di collocare definitivamente lo strumento di nuovo conio nel sistema.

Volendo grandemente riassumere, sarà sufficiente ricordare che gli artt. 28 C.p.p. min. e 27 disp. att. C.p.p. min. prevedono che i servizi minorili ministeriali e quelli socio-assistenziali degli enti locali elaborino un «progetto di intervento» personalizzato, il quale consiste in attività di «trattamento e sostegno» rieducativo che coinvolgano non solo il minore ma anche il suo contesto familiare e di vita, alle quali il giudice può – facoltativamente, quindi – aggiungere delle «prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione con la persona offesa», ovvero rivolgere allo stesso minore «l'invito a partecipare a un programma di giustizia riparativa». Emerge, quindi, l'idea di un «progetto» che mira in modo assolutamente prevalente a promuovere nel minore un percorso psicologico di natura rieducativa, rispetto al quale le prescrizioni "riparative" e "conciliative" eventualmente aggiunte dal giudice svolgono una funzione complementare³⁷: il che, del resto, risulta coerente con la finalità istituzionale ultima del sistema di giustizia minorile più volte ricordata.

Diverso è il quadro che emerge, invece, dagli artt. 168-*bis* C.p., 464-*bis*, co. 4, C.p.p. e 141-*ter* d. lgs. n. 271/1989 (disp. att. C.p.p.). Tali disposizioni, infatti, nel loro combinato disposto prevedono, certamente, che il soggetto svolga un «programma di trattamento», che può implicare l'espletamento di attività di «volontariato di rilievo sociale» e l'obbligo di «rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria», ma anche la sottoposizione del sospeso a prescrizioni inerenti «alla dimora, alla libertà di movimento [e] al divieto di frequentare determinati locali»; inoltre, gli si impongono obbligatoriamente, anzitutto, il compimento di condotte riparatorie sia del c.d. «danno criminale» (lesione o messa in pericolo del bene giuridico), sia, ove possibile, di quello civilmente risarcibile,

³⁶ In questo senso, ad esempio, E. Lanza, *La sospensione*, cit., 55 s. Del resto, pur condividendo di principio la scelta compiuta dal legislatore del 1988, l'hanno ritenuta «in qualche misura velleitaria», anche per il rischio di accreditare nel minore una «sensazione [...] di accesso facile all'impunità», Di Nuovo, G. Grasso, *Diritto*, cit., 350.

³⁷ Cfr. tra gli altri M.G. Basco, S. de Gennaro, *La messa alla prova nel processo penale minorile*, Torino 1997, 1 ss., E. Lanza, *La sospensione*, cit., 51, C. Cesari, voce *Sospensione*, cit., 1008 s., A. Pulvirenti, *Il giudizio*, cit., 545 s.

ma anche la «prestazione di lavoro di pubblica utilità», del quale viene anche fornita una definizione contenutistica (v. art. 168-*bis*, co. 3, C.p.). Non può allora sorprendere se, come in parte già accennato, la dottrina scorga nella messa alla prova degli adulti un istituto finalizzato a perseguire una molteplicità di fini, che non si esauriscono in quello rieducativo e – data la precocità di intervento dell’istituto – in quello deflattivo, ma guardano anche ineludibilmente alla riparazione del danno individuale e collettivo cagionato dal reato ed alla necessità comunque di sanzionarne l’autore, sebbene con uno strumento (talune delle restrizioni imposte) diversi dalla pena³⁸.

Ma se queste sono le pietre di paragone che delimitano il contesto normativo di raffronto, risulta confermata la natura in un certo qual modo “ibrida” della messa alla prova introdotta dall’art. 27-*bis* C.p.p. min. Da un canto, infatti, e come già visto, l’operatività anticipata alla fase delle indagini preliminari carica lo strumento *de quo* di aspettative deflative sconosciute alla messa alla prova minorile, ma non certo a quella degli adulti, così come la previsione di limiti alla sua applicazione tarati sulla gravità del reato, pur apprezzabile con un criterio misto edittale/valutativo, ancora una volta allontana l’istituto di nuovo conio dal modello minorile per avvicinarlo a quello degli adulti, con il quale, perciò, parrebbe condividere una certa plurifunzionalità. D’altro canto, però, non può sfuggire come il «programma» trattamentale *ivi* previsto accosti di molto la nuova messa alla prova a quella minorile. Sebbene, infatti, il novello legislatore non abbia affiancato all’art. 27-*bis* C.p.p. min. una dedicata disposizione attuativa, da collocare magari nel già richiamato d. lgs. n. 272/1989, la vocazione eminentemente rieducativa parrebbe emergere già *de iure condito*, a prescindere dal fatto che il suddetto «programma» sia espressamente aggettivato dalla norma come «rieducativo». Depongono in tal senso l’esigenza di un «percorso di reinserimento e rieducazione civica e sociale», che il minore dovrebbe intraprendere «sulla base» del suddetto «programma», che quindi parrebbe la sede deputata a tracciarlo, nonché il riferimento ai «lavori socialmente utili» (e non «di pubblica utilità»), alla «collaborazione a titolo gratuito con enti del Terzo settore», allo «svolgimento di altre attività a beneficio della comunità di appartenenza»: richiami, tutti questi, che, ben lungi dal riecheggiare istanze risarcitorie (se non in senso ideale) o sanzionatorie, sembrano invece esaurire il contenuto della prova in quello dei progetti di recupero socio-educativo dedicati ai minori detenuti o sospesi già in atto in diverse realtà italiane³⁹.

4.3. Destinato parimenti ad influire sul percorso rieducativo del minore, sebbene soltanto nel suo tratto finale, è anche l’art. 9 del «decreto-Caivano», che inserisce nel d. lgs. 2.10.2018, n. 121 (c.d. «ordinamento penitenziario minorile»: d’ora innanzi o.p.m.) un inedito art. 10-*bis*. Quest’ultimo, a sua volta, introduce nel sistema di esecuzione delle pene minorili la specifica ipotesi del «Trasferimento presso un istituto penitenziario per adulti» del detenuto che abbia compiuto i ventuno anni di età e che stia espando una pena per reati commessi durante la minore età, il quale, alternativamente (co. 1):

- a) comprometta la sicurezza ovvero turbi l’ordine negli istituti;
- b) con violenza o minaccia impedisca le attività degli altri detenuti;
- c) nella vita penitenziaria si avvalga dello stato di soggezione da lui indotto negli altri detenuti.

La disposizione, inoltre, prevede una “clausola di estensione” della disciplina appena richiamata al detenuto che abbia «compiuto diciotto anni, in espiazione di pena per reati commessi durante la minore età», il quale realizzi – ma stavolta in modo cumulativo – le medesime condotte (co. 2). Essendo il trasferimento una misura che può incidere sulle condizioni trattamentali del minore e rendere più gravose le relazioni familiari, in continuità con la garanzia giurisdizionale già prevista

³⁸ In questo senso, oltre a C. Cesari, *Le alternative*, cit., 229, v. E. Lanza, *La messa alla prova processuale*, Milano 2017, 197 ss. e 323 s., M.L. Galati, L. Randazzo, *La messa alla prova nel processo penale*², Milano 2020, 141 ss., M. Miraglia, *La messa alla prova dell’imputato adulto*, Torino 2020, 138 ss., V. Bove, *La messa alla prova*, cit., 23 ss.

³⁹ Si pensi, tra i tanti, al «progetto CREI» promosso dal Centro di Giustizia Minorile della Toscana e dall’agenzia formativa Apab, al progetto «Percorsi di legalità» finanziato dal Dipartimento della Giustizia minorile e destinato ad alcune regioni del Sud, ed ai numerosi progetti rieducativi basati sull’esplicitamento di attività similari messi in campo da molti U.S.M.M., e reperibili in rete.

dagli artt. 24 disp. att. C.p.p. min. e 9 o.p.m., il co. 3 del citato art. 10-*bis* contempla, infine, l'intervento del magistrato di sorveglianza, la cui valutazione viene tuttavia circoscritta nei propri esiti, essendo difatti previsto che il giudice possa negare il nulla osta al predetto trasferimento presso l'istituto carcerario per adulti individuato dall'Amministrazione penitenziaria «solo per ragioni di sicurezza, anche del detenuto medesimo».

Ne risulta che la disposizione di nuovo conio agisce, in sostanza, sul regime di esecuzione interna del c.d. «giovane adulto», ovverosia su di una figura per così dire “estesa” di minore che l'ordinamento penitenziario di settore conosce da tempo. Invero, l'art. 24, co. 1, disp. att. C.p.p. min., da ultimo modificato dall'art. 9 l.p.m., aveva previsto una dilatazione del regime esecutivo minorile a beneficio di «coloro che nel corso dell'esecuzione [avessero] compiuto il diciottesimo ma non il venticinquesimo anno di età», e ciò al fine di evitare l'interruzione del percorso educativo intrapreso dal minore, sull'implicito presupposto che quello iniziato all'interno degli II.PP.MM. rifletta – almeno più di quanto possa fare quello da principiarsi nelle strutture carcerarie ordinarie – le specifiche esigenze educative e trattamentali di una personalità che, nonostante la raggiunta maggiore età legale, viene ritenuta ancora psichicamente in formazione. Nondimeno, siffatta protrazione del *favor minoris* in fase esecutiva non era e non è ancora oggi automatica, posto che, sebbene con formula non proprio felice, lo stesso art. 24, co. 1, disp. att. C.p.p. min. comunque la assoggetta ad una duplice condizione ostativa, rimessa all'apprezzamento del giudice: quella che «non ricorrano particolari ragioni di sicurezza [...], tenuto conto altresì delle finalità rieducative», e quella che «le predette finalità non risult[i]no in alcun modo perseguibili a causa della mancata adesione al trattamento in atto»⁴⁰.

Se questo è, sebbene per sommi capi, il quadro normativo in cui il novello art. 10-*bis*, co. 1, o.p.m. si innesta, appare evidente come quest'ultimo abbia inteso anzitutto emarginare, all'interno della classe normativa dei «giovani adulti» tra i diciotto ed i venticinque anni di età, la sub-categoria dei soggetti di età compresa tra i ventuno ed i venticinque anni, rispetto ai quali il legislatore ha esteso – rispetto a quanto già prevede in via d'eccezione l'art. 24, co. 1, disp. att. C.p.p. min. – la possibilità di revocare il beneficio dell'esecuzione minorile. In quest'ottica, la novità risiede nella più incisiva tipizzazione e nella finalità dei comportamenti in ragione dei quali tali individui possono essere trasferiti in un istituto penitenziario per adulti, perdendo così il *privilegium minoris*. Invero, dall'elenco contenuto nel co. 1 dell'art. 10-*bis* o.p.m. tale misura sembrerebbe finalizzata a salvaguardare quelle che, forse in modo grossolano, possono vedersi come le “*chances educative*” degli altri detenuti, che in qualche misura il legislatore deve avere ritenuto pregiudicabili dai comportamenti *lato sensu* perturbativi contemplati dalla predetta lista: finalità da benthamiano utilitarismo, questa, che probabilmente deve essere apparsa agli odierni regolatori come ragione sufficiente a garantire la legittimità dell'operazione di emarginazione soggettiva così compiuta.

Da valutare con attenzione risulta anche il bilanciamento degli interessi che sembra sotteso ai commi 2 e 3 del medesimo art. 10-*bis* o.p.m.

La prima disposizione, come ricordato, crea in sostanza un'ulteriore sottocategoria di «giovane adulto», estendendo la possibilità di applicare la misura del trasferimento in un carcere ordinario anche al soggetto che abbia raggiunto la maggiore età (ma evidentemente non ancora i ventuno anni) e che abbia commesso, cumulativamente, tutte le condotte “perturbative” di cui al co. 1. Considerando che il neomaggiorenne avrebbe una aspettativa teorica alla *perpetuatio executionis* minorile di sette

⁴⁰ Sulla controversa figura normativa del «giovane adulto», v. tra gli altri, dopo la riforma del duemila e diciotto, L. Caraceni, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in *penalecontemporaneo.it*, 18.11.2018, spec. § 9, A. Macrillò, *La nuova esecuzione penale minorile*, Santarcangelo di Romagna 2019, 58 ss.; S. Larizza, *Obiettivi educativi e strumenti per l'inclusione sociale del minorenne. Uno sguardo d'insieme al d. lgs. n. 121 del 2018*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni. Commento al d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, Torino 2019, 90 s., A. Tassi, *Le nuove disposizioni sull'ambito di applicazione della disciplina esecutiva minorile*, *ivi*, 197 ss., M. Violante, L. Belvini, *L'ordinamento penitenziario*, in *La giustizia*, cit., 652, G. Ortolani, *Diritto*, cit., 277 ss., C. Scivoletto, *Sistema*, cit., 86.

anni, la previsione normativa potrebbe apparire di una certa severità e forse non bilanciata al meglio rispetto alle esigenze di special-prevenzione, ma va considerato che proprio la necessità che il soggetto abbia commesso tutte le condotte tipizzate dal co. 1 – ipotesi, peraltro, forse non proprio così frequente – fa sì che, con tutta probabilità, egli possa comunque perdere l’aspettativa al prolungamento del trattamento penitenziario minorile già ai sensi del ricordato art. 24, co. 1, disp. att. C.p.p. min., non essendo peregrino ritenere che il cumulo di tali comportamenti venga inteso dal giudice come sintomo della «mancata adesione al trattamento in atto». Semmai, e proprio in ragione delle conseguenze previste, sarebbe stato forse opportuno specificare l’arco temporale entro cui la somma delle suddette condotte deve realizzarsi.

La seconda disposizione, come accennato, pone un argine al libero dispiegarsi del giudizio che il magistrato di sorveglianza è chiamato a compiere per il rilascio del nulla osta al trasferimento del detenuto presso il carcere ordinario. Il co. 3 dell’art. 10-*bis* o.p.m. prevede infatti che, una volta accertato che «sussistono le condizioni di cui al comma 1», il giudice possa negare il predetto nulla osta solo «per ragioni di sicurezza, anche del detenuto medesimo». Ed è, questa, un formula che se da un canto – e pragmaticamente – è ampia a sufficienza per consentire comunque al giudice l’esercizio di un significativo potere discrezionale nell’individuare i contro-interessi che si oppongono al trasferimento, dall’altro – e di principio – costituisce pur sempre un limite all’apprezzamento giudiziale *hic et nunc* del precipuo caso di specie, il che potrebbe apparire non proprio in linea con l’intonazione dell’attuale sistema di giustizia penale minorile, poco tollerante, come si ricordava, verso preconstituzioni legali di tal fatta.

5. Apprezzabile risulta lo sforzo compiuto dall’odierno legislatore per contrastare il preoccupante fenomeno della delinquenza giovanile non soltanto attraverso i consueti dispositivi sanzionatori, siano essi di carattere preventivo che repressivo, ma anche mediante l’intervento sulle possibili cause dello stesso. Con romantica immaginazione, in siffatto tentativo può forse scorgersi un richiamo ad alcuni postulati della «Scuola positiva», la quale, come noto, già nel XIX° secolo professava di volere condurre la propria lotta contro la criminalità anche per mezzo di misure di carattere sociale, succedanee di quelle penali⁴¹. Ed invero, nell’opera di Enrico Ferri, probabilmente l’esponente più noto di tale corrente di pensiero, ampio spazio è riservato ai cc.dd. «sostitutivi» del diritto penale, ovverosia a quelle provvidenze che si inseriscono nelle inevitabili lacune funzionali di quest’ultimo allo scopo di soddisfare determinate necessità socioeconomiche degli individui, le quali, ove disattese, fungerebbero da cause scatenanti della più diversa criminalità⁴². Ed è così che, per eliminare o comunque minimizzare il potenziale effetto criminogeno di fattori ritenuti predisponenti – quali tra gli altri la povertà, la mancanza di materie prime, il disagio sociale, l’ignoranza, la precarietà delle condizioni familiari, ecc. – viene pensata una serie di variegatissime misure, quali, ad esempio, la costruzione di un assetto economico improntato al libero scambio e di un sistema tributario proporzionato, la realizzazione di vie ampie e ben illuminate, l’ammissione del divorzio, la proibizione di portare armi, la costruzione di brefotrofi, e via discorrendo⁴³.

⁴¹ Sui postulati essenziali della Scuola positiva ma anche sulle sue ingenuità, v. U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano*, Firenze 1974, 119 s., G. Forti, *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2000, 210 ss., Aa.Vv., *Scuola positiva e diritto penale: quale eredità?*, a cura di P. Pittaro, Trieste 2012, *passim*, R. Bisi, *Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità*, Milano 2004, *passim*, C. Latini, *I “segni” della devianza e la criminalità dei poveri. Pena e prevenzione nel pensiero di Enrico Ferri, un socialista fuzzy*, in *Historia et ius* 2017 (11), paper n. 10, P. Schirò, *Da Pietro Ellero a Enrico Ferri: la genesi della penalistica sociale*, in *Italian review of legal history* 2021 (7), 257 ss. Quanto alle fonti storiche, un riassuntivo quadro dei principi ispiratori della predetta Scuola può ricavarsi dai «Criteri fondamentali della riforma» esposti dallo stesso Ferri nella *Relazione sul Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti (Libro I)*, che può leggersi in *Scuola pos.* 1921, I, 2 ss.

⁴² Cfr. E. Ferri, *Dei sostitutivi penali*, Torino 1880, 4 ss.

⁴³ Cfr. E. Ferri, *Dei sostitutivi*, cit., spec. 40 ss.

Derivino le proprie ascendenze dall'idea che vuole le cause di molti reati ridotte ove meglio fosse curato «l'ordine educativo» e «l'ordine familiare»⁴⁴, ovvero – più sensatamente – dagli studi della più moderna criminologia e sociologia minorile, che hanno evidenziato i nessi esistenti tra certe forme di devianza dei fanciulli e determinati contesti familiari o di povertà educativa, è comunque un fatto che gli artt. 7 e 12 del d.l. n. 123/2023 abbiano cercato di intervenire proprio su tali due potenziali fattori di criminogenesi.

5.1. All'apparenza oscuro nei suoi contenuti e nella sua finalità risulta probabilmente, almeno a tutta prima, l'art. 7, co. 1, del d.l. n. 123/2023, che testualmente dispone che «Quando, durante le indagini relative ai reati di cui agli artt. 416-*bis* C.p. e 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, emerge una situazione di pregiudizio che interessa un minore, il pubblico ministero ne informa il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale dei minorenni, per le eventuali iniziative di competenza ai sensi dell'art. 336 C.c.»⁴⁵. Tuttavia, *ubi consistam* ed *intentio* della disposizione risultano senz'altro più chiari una volta che l'interprete abbia collocato quest'ultima nel suo corretto contesto sistematico e criminologico.

L'alveo normativo al quale la disposizione si riferisce emerge grazie al rinvio alle «iniziative [...] dell'art. 336 C.c.» che essa stessa opera, il quale proietta il suddetto intervento novellatore nell'ambito sistematico delle cc.dd. «*actiones de potestate*», ovverosia dei rimedi che gli artt. 330, 333 e 334 C.c. contemplan a favore dei minori nel caso in cui i genitori non adempiano correttamente ai doveri imposti dalla responsabilità genitoriale o abusino dei correlati poteri, cagionando loro un pregiudizio: rimedi, questi, consistenti essenzialmente nella decadenza dalla responsabilità genitoriale, nell'allontanamento dei figli o dei genitori dalla residenza familiare, o nella rimozione di questi ultimi dal ruolo di amministratori del patrimonio del minore⁴⁶. Se poi si considera il riferimento che la disposizione ulteriormente contiene alle indagini relative ai reati di associazione mafiosa o di associazione dedita al traffico di sostanze stupefacenti, il quadro fattuale che emerge – ed a cui il legislatore pare alludere – sembrerebbe quello che vede l'Autorità inquirente imbattersi, per ragioni del proprio ufficio, in gruppi familiari immersi in siffatti contesti di criminalità organizzata, che risultano già di per sé stessi potenzialmente diseducativi per il minore che cresce al loro interno. Ed invero, gli studi intrapresi dalla matura criminologia dimostrano quanto l'ambiente familiare, tanto più se inquinato proprio dalla sottocultura tipica delle consorterie criminali, possa risultare decisivo nella costruzione di una «identità negativa» del minore, non dovendosi dimenticare che la famiglia costituisce pur sempre l'agenzia primaria di educazione e socializzazione, genetica responsabile della trasmissione dei modelli di valore⁴⁷.

Stando alla disposizione di nuovo conio, quindi, è la riscontrata – ragionevolmente, nelle forme del mero *fumus* – «situazione di pregiudizio» per il minore, derivante dal contesto familiare in cui egli si trova, ad attivare l'obbligo di informativa alla Procura minorile, e successivamente ad agevolare l'adozione dei provvedimenti *de potestate* ai quali allude l'art. 336, co. 1, C.c., posto che gli artt. 330, 333 e 334 C.c., da esso richiamati, richiedono, oltre all'inadempimento o all'abuso della

⁴⁴ Cfr. E. Ferri, *Dei sostitutivi*, cit., 50 ss.

⁴⁵ L'articolo contiene, in realtà, anche un co. 1-*bis* che modifica l'art. 609-*decies*, co. 1, C.p., prevedendo che la comunicazione *ivi* prevista sia ora indirizzata al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale dei minorenni, e non a quest'ultimo, come in precedenza era invece previsto.

⁴⁶ Cfr., nella letteratura di settore, M. Cerato, *La potestà dei genitori*, Milano 2000, 149 ss., T. Montechiari, *La potestà dei genitori*, Milano 2006, 238 ss., A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017 261 ss., S. Veronesi, *La responsabilità genitoriale*, Milano 2020, 97 ss. Tra i cultori del diritto penale minorile, per alcuni cenni a tali rimedi, v. G. Latti, *L'attività d'indagine sui minori*, Torino 2001, 11 ss. ed A. Anceschi, *Il minore*, cit., 327 ss.

⁴⁷ Sul primario ruolo educativo della famiglia e sui nessi tra disfunzionalità della stessa e criminalità, anche minorile, v. ad esempio F. Mantovani, *Il problema della criminalità*, Padova 1984, 273 ss., H. Zipf, *Politica criminale* (trad. it. di A. Bazzoni), Milano 1989, 283 ss., A. Anceschi, *Il minore*, cit., 354 ss., A. Criscenti, *L'educazione dei minori fra disagio sociale e responsabilità istituzionale*, in *La giustizia*, cit., 27 ss., M. Leonardi, *Le cause e i processi della devianza minorile*, *ivi*, 95 ss., G. Ortolani, *Diritto*, cit., 31 ss. e 61 ss.

responsabilità genitoriale, la sussistenza di un analogo «pregiudizio», la cui concreta gravità assume poi rilievo nella scelta della conveniente misura da adottare. Non si può tuttavia qui non ricordare come, proprio nell'ambito del diritto di famiglia, il suddetto concetto di «pregiudizio» presenti ormai confini assai estesi e slabbrati, che consentono di includervi ogni condizione che abbia determinato, o rischi in futuro di determinare, un turbamento dell'atmosfera familiare nel suo complesso, una sofferenza, un disagio al minore, sì da non dare più rassicurazioni circa le capacità dei genitori di istruire ed educare convenientemente la prole, ovvero di assecondarne desideri, scelte ed inclinazioni naturali non giustificatamente da avversare⁴⁸. Come ben si comprende, perciò, il ventaglio delle fattispecie concrete potenzialmente rilevanti in termini di «pregiudizio» così ricostruito si presenta talmente ampio che, una volta dimostrato l'inquinamento da criminalità organizzata del contesto familiare, non molto altro sembra potere assumere autonoma rilevanza.

5.2. Non è forse del tutto privo di significato nella genesi dell'art. 12 del «decreto-Caivano» la circostanza che, proprio di recente, siano (ri) fioriti gli studi multidisciplinari dedicati alle cause, alla consistenza, agli effetti – anche potenzialmente criminogeni – ed al contrasto della c.d. «povertà educativa»⁴⁹: espressione, questa, che in Italia pare sia stata utilizzata per la prima volta in una campagna di sensibilizzazione promossa da *Save the Children* per indicare quel preoccupante fenomeno di «privazione da parte dei bambini e degli adolescenti della possibilità di apprendere, sperimentare, sviluppare e far fiorire liberamente capacità, talenti e aspirazioni»⁵⁰, che la stessa associazione è tornata da poco a stigmatizzare, chiedendo a gran voce risposte pubbliche adeguate⁵¹. In una prospettiva di intervento evidentemente solo parziale – ma che forse, data la vastità del fenomeno, non poteva non essere tale – l'art. 12 del «decreto-Caivano» agisce su di una delle concause che originano tale forma di povertà, e cioè sulla c.d. «dispersione scolastica», entro la quale si colloca anche il più radicale «abbandono» del percorso d'istruzione. In tale prospettiva, la norma di nuovo conio appare protesa a rinvigorire il sistema di contrasto a tale fenomeno – non certo nuovo in Italia, ma assai preoccupante, specie in certe regioni⁵² – attraverso una manovra “a tenaglia”, che si dispiega in modo sinergico sia sul versante del monitoraggio preventivo della corretta osservanza dell'obbligo scolastico, sia su quello della repressione *ex post* del suo inadempimento o della sua elusione.

Quanto alla prima linea di azione, è qui sufficiente ricordare come il legislatore sia intervenuto, tra gli altri, sul d. lgs. n. 297/1994, recante il «Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado», riscrivendone quasi per intero l'art. 114, non a caso dedicato alla «Vigilanza sull'adempimento dell'obbligo scolastico». Volendo riassumerne il contenuto, risulta che la riformulata disposizione prevede ora che il Sindaco, acquisiti i dati dall'Anagrafe nazionale dell'istruzione (ANIST), e perciò individuati i minori del proprio Comune

⁴⁸ Cfr. precipuamente M. Cerato, *La potestà*, cit., 162 ss., T. Montechiari, *La potestà*, cit., 241 ss., A. Anceschi, *Il minore*, cit., 328, A. Gorgoni, *Filiazione*, cit., 272 ss. e 289 ss., S. Veronesi, *La responsabilità*, cit., 105 ss.

⁴⁹ V. infatti, proprio negli ultimissimi tempi, S. Curti, S. Fornari, E. Moroni, *Sociologia della povertà educativa. Concetti, metodi, politiche e pratiche*, Milano 2022, *passim*, S. Patera, *Povertà educativa. Bisogni educativi interdetti e forme di esclusione*, Milano 2022, *passim*, Aa. Vv., *Nessuno escluso. Metodi e strumenti per lo studio della povertà educativa*, a cura di M.C. Levorato, A. Barsanti, Padova 2023, *passim*, O. Giancola, L. Salmieri, *La povertà educativa in Italia. Dati, analisi, politiche*, Roma 2023, *passim*, S. Finetti, *La povertà educativa. Origini, dimensioni, prospettive*, Milano 2023, *passim*.

⁵⁰ Cfr. Aa.VV., *La lampada di Aladino. L'indice di Save the children per misurare le povertà educative e illuminare il futuro dei bambini in Italia*, Roma 2014, 4, reperibile su savethechildren.it.

⁵¹ Cfr. Aa.VV., *Povertà educativa: necessario un cambio di passo nelle politiche di contrasto*, Roma, 2022, *passim*, reperibile su savethechildren.it.

⁵² Valgano, al riguardo, i seguenti rapporti, tutti reperibili sui siti ufficiali degli enti che li hanno redatti: *La dispersione scolastica (aa. ss. 2017-2018, 2018-2019, 2019-2020)*, a cura del MIUR, 2021; *La dispersione scolastica in Italia: un'analisi multifattoriale. Documento di studio e di proposta*, a cura della Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, 2022; *Abbandono scolastico, dati dell'osservatorio “Conibambini”*, a cura del Centro nazionale di documentazione e analisi per l'infanzia e l'adolescenza, 2022; *Early leavers from education and training*, a cura di EuroStat, 2023.

non in regola con l'obbligo di istruzione scolastica contemplato dalla l. n. 296/2006 (v. l'art. 1, co. 622), ammonisce senza ritardo colui che è responsabile dell'adempimento dell'obbligo medesimo, invitandolo ad ottemperare allo stesso. Anche sul dirigente scolastico grava ora l'obbligo di verificare la frequenza degli alunni soggetti all'obbligo in questione, e di individuare quelli che, senza giustificato motivo, risultino assenti per più di quindici giorni, anche non consecutivi, nel corso di tre mesi, o che comunque abbiano eluso l'obbligo di istruzione, avendo mancato di frequentare almeno un quarto del monte ore annuale personalizzato. Ove l'alunno non riprenda la frequenza entro sette giorni dalla comunicazione che il medesimo dirigente deve inoltrare al responsabile dell'adempimento dell'obbligo di istruzione, è previsto che lo stesso funzionario pubblico avvisi entro sette giorni il Sindaco, affinché questi proceda al suddetto ammonimento. In caso di inottemperanza, e laddove il responsabile dell'obbligo di istruzione non provi di procurare altrimenti l'istruzione degli obbligati o non giustifichi con motivi di salute, o con altri impedimenti gravi, la mancata iscrizione del minore presso una scuola del sistema nazionale di istruzione o non ve lo presenti entro una settimana dall'ammonizione, è fatto obbligo al Sindaco di procedere alla denuncia per il reato di cui si dirà.

Ciò premesso, è tuttavia sulla sanzione per il mancato adempimento o per l'elusione dell'obbligo predetto che, in questa sede, occorre concentrare maggiormente l'attenzione, avendo il legislatore creato una nuova disposizione incriminatrice, ovvero sia l'art. 570-ter C.p., rubricato «Inosservanza dell'obbligo dell'istruzione dei minori»⁵³. Tale fattispecie risulta in sé inedita, sebbene non è certo da oggi che dal sistema affiora l'esigenza di un presidio penale dell'obbligo scolastico. Riprova ne sia il fatto che, nell'inserire la predetta figura delittuosa nel codice penale, l'art. 12 del «decreto-Caivano» ha disposto nel contempo, al co. 3, l'abrogazione dell'art. 731 C.p., che puniva a titolo contravvenzionale la «Inosservanza dell'obbligo di istruzione elementare dei minori».

Per vero, è da tempo che una parte sia della dottrina che della giurisprudenza indirizza a tale fattispecie penetranti critiche, che si sono appuntate tanto sulla antistorica ristrettezza del suo perimetro applicativo, quanto sulla sua ormai scarsissima efficacia dissuasiva: caratteri, questi, che si auspicava determinassero infine la sua incostituzionalità⁵⁴. Da un canto, infatti, ci si doleva del fatto che il legislatore penale non avesse adeguato il riferimento alla «istruzione elementare» contenuto nell'art. 731 C.p. alla dilatazione temporale dell'obbligo scolastico via via operata dalla normativa di settore, avendo infatti la Corte di Cassazione più volte respinto, in nome del principio di legalità, i tentativi di una certa giurisprudenza di merito di estendere (analogicamente) all'inadempimento di tale prolungato obbligo i rigori della contravvenzione *de qua*⁵⁵. D'altro canto, si evidenziava come la natura ormai irrisoria della ammenda «fino a 30 euro» contemplata dal medesimo art. 731 C.p. risultasse palesemente inadeguata a salvaguardare il bene giuridico della fattispecie, rinvenuto nel diritto del minore a ricevere una istruzione minima di otto anni, il quale, discendendo ora dagli artt. 2, 30 e 34 Cost., si riteneva coperto da un tacito «obbligo costituzionale

⁵³ La disposizione così recita: «[1]. Il responsabile dell'adempimento dell'obbligo di istruzione che, ammonito ai sensi dell'art. 114, co. 1 del testo unico di cui al d. lgs. 16.4.1994, n. 297, non prova di procurare altrimenti l'istruzione del minore o non giustifica con motivi di salute, o con altri impedimenti gravi, la mancata iscrizione del minore presso una scuola del sistema nazionale di istruzione, o non ve lo presenta entro una settimana dall'ammonizione, è punito con la reclusione fino a due anni. [2] Il responsabile dell'adempimento dell'obbligo di istruzione che, ammonito ai sensi dell'art. 114, co. 4, del testo unico di cui al d. lgs. 16.4.1994, n. 297 per assenze ingiustificate del minore durante il corso dell'anno scolastico tali da costituire elusione dell'obbligo di istruzione, non prova di procurare altrimenti l'istruzione del minore o non giustifica con motivi di salute, o con altri impedimenti gravi, l'assenza del minore dalla scuola, o non ve lo presenta entro una settimana dall'ammonizione, è punito con la reclusione fino a un anno».

⁵⁴ Su tale contravvenzione e sulle sue denunciate criticità, v. per tutti M. Miedico, sub art. 731 Cp, in *Codice penale commentato*⁵, diretto da E. Dolcini, G.L. Gatta, t. IV, Milano 2021, 424 ss.

⁵⁵ V. tra le altre Cass. 3.7.2020 n. 23488, in *dirittoegiustizia.it*, 4.8.2020, con nota di A. Iavolella, Id., 19.6.2018 n. 52140, *ivi*, 20.11.2018, Id., 31.1.2017 n. 4520, in *altalex.it*, 17.2.2017, con nota di C. Insardà.

di tutela”⁵⁶: obbligo, questo, che però la Consulta non ha riconosciuto, rifiutandosi di estendere con una pronuncia additiva – dagli effetti evidentemente *in malam partem* – il raggio applicativo dell’art. 731 C.p. al di là del suo espresso contenuto letterale⁵⁷.

Va da sé, perciò, che mentre la contravvenzione appena richiamata non sarà probabilmente rimpianta da nessuno, l’inserimento nel codice penale dell’art. 570-ter non può che salutarsi favorevolmente, a prescindere dai suoi limiti. Ed invero, in primo luogo tale previsione criminosa ha il pregio quanto meno di non banalizzare più la tutela del bene protetto, considerate anzitutto sia la sua natura delittuosa – che a tacer preclude l’oblazione e consente di punire anche il tentativo, ove lo si ritenga configurabile – che la pena edittale da essa prevista. Anzi, allargando lo sguardo, ci si avvede come l’art. 12 del «decreto-Caivano» abbia riconnesso alla commissione del delitto di nuovo conio ulteriori e più ampie conseguenze *lato sensu* “sanzionatorie”. Così, il co. 2 di tale disposizione prevede che la notizia di reato venga comunicata al Procuratore minorile «per le eventuali iniziative di competenza ai sensi dell’art. 336 C.c.», delle quali già si è detto. Ed ancora, il co. 4 del medesimo art. 12 contempla alcune modifiche al d.l. n. 48/2023, convertito dalla l. n. 85/2023 e recante misure per l’inclusione sociale e l’accesso al mondo del lavoro, le quali fanno sì che, ad esempio, colui che risulti condannato definitivamente per il delitto dell’art. 570-bis C.p. nei dieci anni precedenti alla richiesta non possa godere dell’assegno di inclusione e, se già ne usufruisce, gli venga sospeso «fino alla ripresa della regolare frequenza scolastica del minore documentata con certificazione rilasciata dal dirigente scolastico, ovvero, in mancanza di tale certificazione, per un periodo di due anni»; così come ad analoga preclusione è sottoposto «il nucleo familiare per i cui componenti minorenni non sia documentato l’adempimento dell’obbligo di istruzione nell’ambito del patto per l’inclusione».

In secondo luogo, la fattispecie ha il merito di avvicinare il bene giuridico protetto alla sensibilità giuridica moderna, almeno da quanto può dedursi dalla sua dislocazione sistematica. Mentre infatti, inserendosi tra le «contravvenzioni concernenti l’attività sociale della pubblica amministrazione», l’art. 731 C.p. confermava la tendenza codicistica alla c.d. «pubblicizzazione degli oggetti di tutela»⁵⁸, mostrando di intendere il presidio penale dell’obbligo scolastico come strumento di «lotta contro l’analfabetismo»⁵⁹, funzionalmente diretta al «conseguimento dello scopo superiore della formazione morale e culturale e della preparazione politica e militare dei giovani»⁶⁰, diversa appare la prospettiva di tutela propria dell’art. 570-ter C.p. Per vero, tale disposizione incriminatrice va sì a collocarsi topograficamente tra i «Delitti contro la famiglia» (Libro II, Titolo XI), ed in specie tra quelli «contro l’assistenza familiare» (Titolo XI cit., Capo IV), ovverosia nell’ambito della salvaguardia di un bene giuridico che, se non pubblicistico, formalmente risulta pur sempre di natura superindividuale. Tuttavia, è noto come la moderna dottrina veda oggi la «famiglia» protetta dal diritto penale non già più nel suo astratto valore istituzionale, bensì in funzione della salvaguardia dei diritti e dei bisogni materiali e morali dei suoi singoli componenti⁶¹: il che, nel caso di specie, avvicina la prospettiva di tutela dell’art. 570-ter C.p. a quella che, nel quadro costituzionale, parte della dottrina

⁵⁶ Per una ricostruzione critica del dibattito in tal senso suscitato dall’esangue contravvenzione dell’art. 731 C.p., v. per tutti C. Paonessa, *Vincoli costituzionali e tutela penale: l’occasione di fare il punto, a partire da alcune recenti vicende giurisprudenziali*, in *lalegislationepenale.eu*, 16.3.2021, § 3.

⁵⁷ V. difatti C. cost., ord. 12.1.2022 n. 29, in *dirittoegiustizia.it*, 2.2.2022, con osservazioni di G. Marino, e Id., ord. 23.9.2020 n. 219, in *sistemapenale.it*, 4.8.2020, con nota di G. Leo.

⁵⁸ Su tale ben nota tendenza sistematica del codice Rocco, e sul suo fondamento ideologico, v. per tutti T. Padovani, L. Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna 2006, 56 ss.

⁵⁹ In questi termini, v. la *Relazione sui Libri II e III del progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, pt. 2^a, a cura del Ministero della Giustizia e degli Affari di Culto, Roma 1929, 487.

⁶⁰ Così, V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, vol. IX, t. II, Torino 1939, 897. Dopo l’avvento della Costituzione, hanno continuato a riferirsi esclusivamente ad un interesse “pubblico” all’istruzione minorile, Gi. Sabatini, *Le contravvenzioni nel codice penale vigente*, Milano 1967, 573 e P. Vigna, G. Bellagamba, *Le contravvenzioni del codice penale: commento e profili costituzionali*, Milano 1974, 350.

⁶¹ In questi termini, v. da ultimo M. Bertolino, *Dalla famiglia pubblicistico-istituzionale del codice Rocco a quella personalistica della Costituzione*, in *Reati contro la famiglia*, a cura di M. Bertolino, Torino 2022, XIX ss.

riteneva dovesse essere propria di ogni fattispecie intesa a sanzionare penalmente la violazione degli obblighi di istruzione minorile, e cioè la salvaguardia del diritto soggettivo del fanciullo ad essere educato ed istruito⁶². Una tale ricostruzione, peraltro, dovrebbe anche mettere al riparo da improvvise iniziative giudiziarie tese a contestare allo stesso minore una responsabilità concorsuale, visto che l'attuale durata dell'obbligo di istruzione potrebbe di fatto coinvolgere fanciulli di età superiore a quella di assoluta non imputabilità fissata dall'art. 97 C.p.

In terzo ed ultimo luogo, va riconosciuto all'art. 570-ter C.p. di avere finalmente realizzato quell'allineamento tra sanzione penale ed adempimento dell'obbligo legale di istruzione minorile che, come si diceva, da tempo veniva reclamato. Tuttavia, è da rilevare come ad un tale approdo il legislatore sia giunto con un largo impiego della c.d. «tecnica redazionale del rinvio», la quale, deprecabilmente, rende il fatto tipico intellegibile soltanto per mezzo di un'incessante e non sempre agevole opera di coordinamento con la normativa amministrativa esplicitamente ed implicitamente richiamata dalla disposizione penale, la sola in grado di attribuire significato proprio a concetti come quello di «responsabile dell'adempimento dell'obbligo scolastico», di «elusione dell'obbligo scolastico» e, *a fortiori*, di soggetto «ammonito ai sensi dell'art. 114, co. 4, del d. lgs. 16 aprile 1994, n. 297».

Della fattispecie di nuovo conio non vanno però neanche sottaciuti i potenziali limiti. A parte, infatti, l'appena biasimato largo impiego della «tecnica del rinvio», non si può non rilevare come nel testo dell'art. 571-ter risultino presenti – forse più di quanto non lo fossero già in quello dell'art. 731 C.p. – espressioni linguistiche piuttosto evanescenti (si pensi al riferimento agli «altri impedimenti gravi», od al «procurare altrimenti» l'istruzione del minore), le quali, verosimilmente, non renderanno di certo incontrovertibile l'applicazione giudiziaria del nuovo reato. In quest'ultima prospettiva, è inoltre da evidenziare come la natura delittuosa della fattispecie – che pure, come detto, per un verso è da valutare con benevolenza – potrebbe contribuire ad un certo «azzoppamento applicativo» dell'art. 570-ter C.p., il quale, in virtù della nota regola dell'art. 42, co. 2, C.p., ed in mancanza di un espresso riferimento alla responsabilità colposa, invece permessa dalla natura contravvenzionale del previgente art. 731 C.p., potrà essere ascritto al reo esclusivamente a titolo di dolo.

6. Mediare tra le periodiche emersioni, in seno alla società, di maggiori aspettative repressive della criminalità minorile ed i consolidati principi del diritto penale dei fanciulli, spesso difesi dai soli chierici, è compito non certo agevole da adempiere per qualsiasi legislatore. E tanto più lo è per quello italiano, che si è da tempo ormai abituato a rispondere ad ogni aumento – reale o percepito che sia – di questa o di quell'altra forma di delinquenza che assurge alla cronaca semplicemente con l'incremento delle forbici edittali di pena o corredando di nuove aggravanti quelle fattispecie di reato che, di volta in volta, vengono tipicamente abbinate al fenomeno delinquenziale di cui si reclama una più vigorosa repressione. In questa prospettiva, non si può non riconoscere al d.l. n. 123/2023 quanto meno il tentativo di mettere in campo una strategia di contrasto di più ampio respiro, che alle classiche risposte eminentemente punitive ha affiancato strumenti preventivi di natura non sempre scontata. L'analisi pur sommariamente sopra svolta, tuttavia, ha mostrato come alla bontà di principio della risposta approntata dai *conditores* abbia poi corrisposto – forse anche per la sua precipitosità, alla quale hanno probabilmente contribuito pure fini di propaganda politica – una certa ingenuità (si pensi al divieto di detenere o utilizzare cellulari o di accedere a piattaforme informatiche), qualche (forse) inevitabile lacunosità (si pensi ai provvedimenti sull'istruzione minorile), ma anche un malcelato strabismo nei confronti di taluni principi che, una volta imboccata la via della risposta penale,

⁶² V. così P. Pittaro, voce *Minori (inosservanza dell'obbligo di istruzione e di avviamento al lavoro)*, in *DigDPen*, vol. VIII, Torino 1994, 2 e M. Miedico, sub *art. 731 Cp*, cit., 424. A favore, invece, della plurioffensività del reato, che tutelerebbe sia il predetto interesse pubblico che quello individuale del minore a ricevere l'istruzione primaria, v. D. Carra, *Inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori*, in *Omnia-Trattati giuridici. Diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, t. III, Torino 2022, 7911.

dovrebbero invece risultare ben a fuoco nelle lenti del legislatore minorile, chiamato dalla Carta costituzionale ad una mediazione tendenzialmente a sfavore delle istanze repressive nel loro confronto con quelle educative.

In tal senso, a destare preoccupazione sono, più di altri, anzitutto quegli interventi novellatori che, come evidenziato, tendono a riconoscere maggiore spazio applicativo alle misure restrittive *ante iudicium*, e precipuamente a quelle custodiali, le quali, invece, dovrebbero risultare confinate entro i margini della più rigorosa residualità. È difatti questo – forse più di ogni altro – il terreno sul quale si dovrebbero poter cogliere le maggiori ricadute della rafforzata tensione rieducativa propria del diritto penale minorile quale diritto “speciale” rispetto a quello degli adulti, e per questo doverosamente tenuto a resistere, più di quest’ultimo, alle ricorrenti sirene della general-prevenzione. Ma non minore apprensione suscitano quelle “clausole” con le quali, come si è evidenziato, il riformatore ha inteso introdurre in certi anfratti del diritto penale minorile degli automatismi sanzionatori, i quali non possono che mortificare la discrezionalità applicativa del giudice minorile: l’unica, però, in grado di attagliare il funzionamento degli istituti alle specifiche esigenze rieducative del fanciullo entrato nel girone giudiziario.

Ma su quale sarà, in concreto, il destino dei *nova* legislativi così introdotti, solo la futura giurisprudenza potrà pronunciarsi.

IL DIBATTIMENTO “POST-CARTABIA”: RIFLESSIONI A MARGINE DELLE MODIFICHE APPORTATE ALLA FASE DEL GIUDIZIO

di Nicolò Di Paco (*Dottore di ricerca in Diritto processuale penale, Università di Pisa*)

Il contributo si sofferma sulle modifiche introdotte dalla “riforma Cartabia” alla disciplina del dibattimento. In particolare, anche alla luce delle statistiche disponibili dopo un anno dall’entrata in vigore del d.lgs. 150/2022, l’analisi si propone di verificare se il legislatore, nell’intento di ridurre la durata media del processo penale, sia riuscito a coniugare efficienza e garanzie.

The paper focuses on the amendments introduced by the ‘Cartabia reform’ to the discipline of the trial phase. In particular, in light of the statistics available one year following the entry into force of Legislative Decree 150/2022, the analysis aims to ascertain whether the legislature, intending to reduce the average length of the criminal trial, managed to combine efficiency and guarantees.

SOMMARIO: 1. Una veloce panoramica. - 2. Per un dibattito organizzato: la calendarizzazione delle udienze e la relazione introduttiva sulle richieste di prova. - 3. Il deposito anticipato dell’elaborato degli esperti. - 4. Mutamento del giudice, riassunzione delle prove dichiarative e videoregistrazione: l’immediatezza alla luce della “Cartabia”. - 5. La richiesta di riti speciali in caso di contestazioni suppletive. - 6. Le altre modifiche. - 7. Riflessioni conclusive.

1. Trascorso poco più di un anno dall’entrata in vigore del d.lgs. 10.10.2022 n. 150, si iniziano ad apprezzare gli effetti benefici della c.d. “riforma Cartabia” nell’ottica del conseguimento dell’obiettivo di ridurre la durata del processo penale che il Governo si era imposto con il PNRR nazionale¹.

Tale spinta efficientistica permea anche le innovazioni apportate al Libro VII, le quali, seppur meno consistenti e numerose rispetto a quelle riguardanti altre porzioni del procedimento penale², interessano comunque profili nevralgici del giudizio.

Più nello specifico, i tre ambiti verso cui si è direzionata, in via prioritaria, l’attenzione del legislatore sono il principio di concentrazione, il diritto alla prova e l’immediatezza.

Così, sulla scia dei criteri direttivi posti dall’art. 1 co. 11 l. 134/2021, l’Esecutivo ha dato corpo a un progetto di ottimizzazione che si snoda in limitati, ma precisi passaggi: la calendarizzazione delle udienze e la relazione introduttiva sulle richieste di prova; il deposito anticipato delle relazioni dei periti e dei consulenti tecnici; e, infine, la rinnovazione dell’istruttoria in caso di mutamento del giudice e la videoregistrazione delle prove dichiarative.

Fuori, poi, dal perimetro appena tracciato si colloca l’intervento volto a recepire e sistematizzare, mediante l’interpolazione degli artt. 519 e 520 Cpp, la corposa giurisprudenza della Corte costituzionale in punto di diritto dell’imputato a richiedere riti alternativi a fronte della modifica dell’imputazione secondo le forme di cui agli artt. 516, 517 e 518 Cpp.

¹ È ben noto l’obiettivo del PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza), a cui è legata a doppio filo la riforma, di ridurre, in ogni grado del giudizio, del 25% la durata media del processo penale entro il 2026. Per alcuni dati in merito v. *infra*, par. 7.

² In senso critico si veda O. Mazza, *Ideologie della riforma Cartabia: la Procedura penale del nemico*, in *DPP*, 2023, 4, 488 secondo il quale la ristrettezza delle disposizioni dedicate al dibattimento sarebbe coerente «con l’idea della residualità della fase» che caratterizza la riforma nel suo complesso. Lo stesso Autore, però, ammette che, anche se esigue, «le previsioni [sono] molto significative». Allo stesso modo, E.M. Mancuso, *Le nuove dinamiche del giudizio*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale* a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Milano 2023, 811 parla di intervento «residuale».

Seguono, da ultimo, alcune modifiche collaterali e dirette ad adeguare la fase dibattimentale alle ulteriori e rilevanti emende contestualmente introdotte in tema di processo penale telematico, di processo in assenza e di partecipazione a distanza.

2. Come anticipato, la prima novità riguarda l'organizzazione delle udienze.

In particolare, il d.lgs. 150/2022 ha riscritto l'art. 477 co. 1 Cpp, alla luce del quale, adesso, quando non è possibile concludere il dibattimento in un solo giorno, a seguito della lettura dell'ordinanza con cui decide sulle richieste di prova, il presidente, dopo aver sentito le parti, «stabilisce il calendario delle udienze, assicurando celerità e concentrazione e indicando per ciascuna udienza le specifiche attività da svolgere».

Insomma, il nuovo art. 477 Cpp «raccomanda sequele [non solo] continue»³ ma anche ben scandite⁴. A tal proposito, vale la pena rimarcare come la disposizione inviti il presidente a indicare puntualmente le attività che dovranno essere svolte in ogni singola udienza, solo a seguito di un confronto con le parti. Trattasi all'evidenza di una sollecitazione⁵ di indubbia rilevanza⁶, visto che l'instaurazione di un momento dialogico con i titolari delle iniziative istruttorie appare condizione necessaria per una corretta ed efficace modulazione dei tempi processuali.

Sulla traccia del novellato art. 477 si pone la modifica dell'art. 145 disp. att. Cpp, in forza del quale il giudice, là dove il dibattimento debba protrarsi per più di un'udienza, uditi il pubblico ministero e i difensori, «stabilisce il giorno» in cui devono comparire i testimoni, i periti, i consulenti tecnici e gli interpreti. Rispetto alla formulazione previgente, viene quindi espunta la particella «può» che precedeva il verbo «stabilire»; da qui, la fondata convinzione della dottrina che la precedente facoltà di calendarizzare gli esami abbia assunto, tramite la riforma, i contorni di un più stringente dovere⁷. L'interpolazione dell'art. 477, nell'ottica finalistica della *Commissione Lattanzi* fatta propria dal delegato, non costituisce il semplice «divenire disposizione» di una virtuosa prassi operante in alcune realtà giudiziarie locali, ma mira a un «obiettivo ben più ambizioso»⁸: difatti, l'intento è quello di introdurre nel patrimonio genetico del processo «forme innovative di organizzazione delle udienze»⁹, tali da assicurare la trattazione (non in parallelo, bensì) «in sequenza» dei casi e, pertanto, una gestione concentrata dei processi, onde giungere a una loro definizione in tempi più ridotti.

Del resto, proprio questa impostazione «in sequenza» sembrerebbe adatta, come messo in luce da alcuni interpreti¹⁰, a «governare» i possibili intoppi che fisiologicamente potrebbero verificarsi nello sviluppo processuale quali, a titolo esemplificativo, l'assenza (giustificata o meno) di un teste, l'esigenza di rinviare l'esame ad altra data, l'impedimento del giudice, l'urgenza di un'integrazione probatoria oppure, ancora, l'astensione dalle udienze degli avvocati.

³ Le parole sono prese in prestito da F. Cordero, *Procedura penale*⁹, Milano 2012, 926.

⁴ Per quanto scontato, appare doveroso sottolineare come l'istituto, in forza del rinvio generale ai principi del Libro VII operato dall'art. 559 co. 1 Cpp («[i]l dibattimento si svolge secondo le norme stabilite per il procedimento davanti al tribunale in composizione collegiale, quanto applicabili») trovi applicazione anche all'interno del rito monocratico; come, del resto, specificato all'interno della *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10.10.2022, n. 150*, in *GU suppl. straord. n. 5*, 19.10.22, 308.

⁵ Al riguardo deve notarsi come detta indicazione sia stata inserita in sede di attuazione; l'art. 1 co. 11 lett. a l. 134/2021 delegava, infatti, l'Esecutivo solamente a «prevedere che il giudice comunic[asse] alle parti il calendario delle udienze per l'istruzione dibattimentale e per lo svolgimento della discussione» (corsivo nostro).

⁶ È di questo avviso M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, in *www.sistemapenale.it*, 2.11.2022, 61.

⁷ In tal senso A. Cabiale, S. Quattrocchio, *Un filtro più potente precede un bivio più stretto: nuove possibili prospettive di equilibrio tra udienza preliminare, riti speciali e giudizio nel quadro della riforma Cartabia*, in *www.giustiziainsieme.it*, 9.1.2023, par. 3.1 e M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 61.

⁸ L'espressione è di M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 60.

⁹ Così si legge nella *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435 del 24.5.2021 della Commissione Lattanzi*, in *www.legislazionepenale.eu*, 29.

¹⁰ A. Cabiale, S. Quattrocchio, cit., par. 3.1.

Se quanto precede è incontrovertibile, pare tuttavia facile pronosticare come un'organizzazione tanto minuziosa – ai limiti della rigidità – potrebbe non reggere l'impatto di simili accadimenti, compromettendo il regolare svolgimento di più di un giudizio¹¹. Spetterà all'organo decisore, allora, pianificare gli impegni in maniera flessibile così da permettere i necessari aggiustamenti in corso d'opera: il giudice diviene, dunque, sempre più «garante del ritmo [...] della singola vicenda processuale»¹².

Occorre adesso confrontarsi sul rapporto tra calendarizzazione e principio di concentrazione. Ebbene, secondo una parte della dottrina¹³ la programmazione dell'agenda dibattimentale, ancorché condivisibile, «allontanerebbe» la fase del giudizio dal principio *de quo* – pur tuttora presente nella lettera della disposizione¹⁴ – il quale, come si rilevava all'indomani dell'entrata in vigore dell'attuale codice di rito, «nel profilo della *continuità* [...] trova una delle essenziali articolazioni»¹⁵.

D'altro canto, dinanzi alla (quasi) impossibilità pratica di definire la vicenda giudiziaria in una sola «seduta»¹⁶, non può revocarsi in dubbio come una strutturazione ragionata dell'*iter* dibattimentale risulti perlomeno più compatibile con il principio di concentrazione di quanto non lo sia una «raffazzonata» serie di lunghi rinvii.

Tanto detto, la disposizione di nuovo conio può essere salutata con favore¹⁷; l'organizzazione delle scadenze dibattimentali imposta dalla norma e la messa in pratica della trattazione in sequenza, infatti, dovrebbero essere in grado di restituire una fase del giudizio più fluida e meno frammentata, permettendo così di giungere alla sua conclusione in termini ragionevoli.

Nella stessa direzione si muove il «ritoccato» comma 1 dell'art. 493 Cpp. La disposizione prevede ora che il pubblico ministero e i difensori della parte civile, del responsabile civile, della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e dell'imputato procedano, nell'ambito della fase delle richieste di prova, a illustrare le proprie istanze istruttorie, seppur «esclusivamente» con riferimento alla loro ammissibilità ai sensi degli artt. 189 Cpp e 190 co. 1 Cpp¹⁸. Le parti quindi dovranno, per

¹¹ In proposito, si veda P. Bronzo, *La "riforma Cartabia" e la razionalizzazione dei tempi processuali nella fase dibattimentale*, in *dirittodidifesa.eu* 10.03.2022, 4, a parere del quale il giudice, in simili occasioni, potrebbe trovarsi al cospetto di un bivio, le cui alternative si connoterebbero entrambe per una disfunzionalità di fondo: «differire, nei giudizi in cui si siano verificati gli imprevisti, le udienze necessarie a farvi fronte in coda all'ultima di quelle fissate, così scompaginando l'articolazione dell'istruttoria, oppure rinviare una parte delle udienze relative agli altri processi del ruolo, così stravolgendo il programma di questi ultimi, e gravando le cancellerie delle relative comunicazioni». Analoghe le riflessioni di F.R. Dinacci, A. Pasta, *Il dibattimento tra organizzazione ed euristica processuale. Parte I - Organizzazione*, in *Arc. Pen. (web)*, 2023, 3, 14.

¹² L'espressione è utilizzata nella *Relazione n. 2/2023 dell'Ufficio del Massimario*, 5.1.2023, 126, consultabile in www.sistemapenale.it.

¹³ Questa l'opinione di E.N. La Rocca, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *Arc. Pen. (web)*, 2021, 3, 36 e di G. Ranaldi, *Il dibattimento che verrà: prolegòmeni di una riforma* in fieri, in *"Riforma Cartabia" e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali* a cura di A. Marandola, Milano 2022, 216.

¹⁴ Secondo la *Commissione Lattanzi*, «la riaffermazione della regola generale della concentrazione del dibattimento in una sola udienza non va considerata quale pervicace – ma inutile e disincantata – rivendicazione di ciò che appare impossibile da realizzare in concreto»; cfr. *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435*, cit., 29.

¹⁵ La riflessione è di D. Manzione, sub *Art. 477*, in *Commento Chiavario*, V, Torino 1991, 88, a cui appartiene il virgolettato.

¹⁶ Invero, la stessa Corte costituzionale in una nota pronuncia ha avuto modo di mettere in luce il carattere eccezionale dei dibattimenti che si concludono nell'arco di una sola udienza. Il richiamo corre a C. cost. 20.05.2019 n. 132, in www.cortecostituzionale.it; cfr. *infra*, par. 4.

¹⁷ M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 60 accoglie la previsione contenuta nel rimodernato art. 477 Cpp come «una delle regole potenzialmente più importanti dell'intera riforma», mentre R. Aprati, *Giudizio di primo grado*, in *Giur. it.*, 2023, 5, 1205 parla di «norma manifesto». Più pessimistici sono i toni di E.M. Mancuso, *op. cit.*, 815 secondo il quale la mancanza di interventi strutturali sul piano ordinamentale «fa sorgere il dubbio che questa novità normativa sortisca il solo effetto esortativo, "fate presto se potete!", lasciando nelle mani della magistratura armi spuntate e semplici incentivi statistici, che pure si scontrano con la nuda realtà delle risorse disponibili».

¹⁸ Al riguardo, l'Unione delle Camere Penali Italiane (UCPI) ha suggerito di sostituire l'inciso «indicano i fatti che intendono provare e chiedono l'ammissione delle prove, illustrandone esclusivamente l'ammissibilità ai sensi degli

quanto concerne le prove tipiche, espone la conformità alla legge e la non manifesta superfluità o irrilevanza e, con riferimento alle prove innominate, mettere in luce la loro idoneità ad assicurare l'accertamento dei fatti, nonché l'assenza di pregiudizi per la libertà morale delle persone coinvolte. L'intento, come specificato nella relazione finale presentata dalla *Commissione Lattanzi*, è quello di fornire «uno strumento di aiuto» al giudice e non certamente di «riesumare istituti già abbandonati per loro evidenti difetti»¹⁹. La mente corre alla relazione introduttiva che, nella trama originaria dell'art. 493 Cpp²⁰, competeva al solo pubblico ministero²¹ e che costituiva una fin troppo semplice occasione per «pesca[re] a piene mani nel [relativo] fascicolo»²², così da rappresentare fatti e circostanze di cui il giudice dibattimentale avrebbe dovuto rimanere all'oscuro, in palese contrasto con i principi della separazione delle fasi e del contraddittorio²³.

A dir la verità, il dato codicistico consente di ridimensionare (perlomeno “su carta”) un simile rischio²⁴: in tal senso, vanno richiamati, da un lato, l'uso dell'avverbio «esclusivamente» che risulta *ex se* in grado di “ridurre all'osso” l'oggetto dell'illustrazione a cui devono provvedere le parti²⁵; dall'altro, l'art. 493 co. 4 Cpp in forza del quale il presidente ha il potere di impedire «ogni divagazione, ripetizione e interruzione e ogni lettura o esposizione del contenuto degli atti compiuti durante le indagini preliminari»²⁶.

articoli 189 e 190, comma 1» con un più ridotto «illustrano le proprie richieste di prova». Secondo l'UCPI, infatti, la riforma avrebbe introdotto un onere dimostrativo in capo alle parti concernente l'ammissibilità delle prove; al contrario, la differente formulazione avanzata determinerebbe un'inversione della regola, di talché sarebbe il giudice a dover escludere quelle prove che non rispettano i canoni stabiliti dall'art. 190 Cpp; cfr. il documento *Proposte UCPI di emendamenti al dlgs 150/2022*, pubblicato il 7.2.2023 e reperibile sul sito www.camerepenali.it, 15. In proposito, v. O. Mazza, *Ideologie della riforma Cartabia*, cit., 488, secondo il quale in forza della nuova versione dell'art. 493 co. 1 Cpp «il diritto di difendersi provando non sarà più di carattere assoluto», poiché l'imputato dovrà «dimostrare la rilevanza delle richieste di prova, in una sorta di *probatio diabolica* che consentirà al giudice di operare tagli draconiani».

¹⁹ Così, *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435*, cit., 29.

²⁰ Si ricorda come fu la legge 16.12.1999 n. 479 (c.d. “legge Carotti”) a eliminare dall'articolato codicistico la relazione “preliminare” dell'organo dell'accusa, della quale rimane, però, un residuo storico nell'*incipit* dell'art. 494, co. 1 Cpp («Esaurita l'esposizione introduttiva, il presidente informa l'imputato che egli ha facoltà di rendere in ogni stato del dibattimento le dichiarazioni che ritiene opportune, purché esse si riferiscano all'oggetto dell'imputazione e non intralcino l'istruzione dibattimentale»). Per un'analisi approfondita delle modifiche introdotte dalla l. 479/1999 si rinvia a B. Galgani, sub art. 40 L. 16/12/1999 n. 479 (*Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice penale e all'ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense*), in *LP*, 2000, 500.

²¹ Già nei primi commenti al codice del 1988 si denunciava come l'aver garantito al solo pubblico ministero la possibilità di esporre, seppure «concisamente» (questa l'espressione utilizzata dall'originario art. 493, co. 1 Cpp) i fatti comportasse, a fronte di un'esigenza di parità, uno squilibrio fra le parti; sul tema, si rinvia *ex multis* a G. Ambrosini, sub Art. 493, in *Commento Chiavario*, V, cit., 181.

²² F. Cordero, *op. cit.*, 936.

²³ R. Adorno, *Ammissione delle prove*, in *Trattato di procedura penale* diretto da G. Spangher, vol. IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, t. II, *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica* a cura di G. Spangher, Assago 2009, 143 rinviene, in quell'usanza, un'alterazione «dell'assetto normativo» fondato sulla cesura fra le fasi del procedimento e «preordinato a garantire l'imparzialità del giudice, il contraddittorio e l'oralità nella formazione della prova».

²⁴ In questo senso v. anche L. Ludovici, *Il “nuovo” giudizio di primo grado sospeso tra le ombre del passato e i chiaroscuri del futuro*, in *La riforma Cartabia. Codice penale - Codice di procedura penale - Giustizia riparativa* a cura di G. Spangher, Pisa 2022, 595.

²⁵ Sul tema, si veda E.M. Mancuso, *op. cit.*, 818.

²⁶ Sono di tale avviso anche A. Chelo, *Saldi intenti di razionalizzazione e timidi tentativi di recupero delle garanzie nel giudizio “secondo Cartabia”*, in *DPP*, 2023, 1, 172 e P. Moscarini, sub Art. 493, in *Codice di procedura penale commentato*⁶ a cura di A. Giarda-G. Spangher, t. III, Milano 2022, 311. Al riguardo devono richiamarsi le riflessioni di P. Bronzo, *op. cit.*, 7 ss., a parere del quale è più probabile che la previsione determini una riorganizzazione dell'ufficio dell'accusa; l'Autore, infatti, nota come la prassi per cui le prime udienze, quelle di “smistamento”, vengono tutte gestite da un solo pubblico ministero (chiamato, quindi, ad occuparsi della generalità dei processi iscritti in una certa giornata, pur non essendo il titolare dei rispettivi fascicoli) sia destinata a scomparire: difficilmente il P.M. potrebbe riuscire nel

In definitiva, pure la modifica dell'art 493 Cpp sembra meritevole di essere accolta positivamente²⁷, soprattutto se letta in funzione della riscrittura dell'art. 477 Cpp: l'illustrazione delle richieste probatorie, infatti, dovrebbe permettere all'organo giudicante non solo di operare un più ragionato filtro delle istanze delle parti²⁸ – fino alla riforma frustrato dalla prassi del «ricorso a formule stereotipate»²⁹ che rinviavano alle liste testimoniali³⁰ – ma soprattutto di predisporre con maggior contezza il cronoprogramma delle udienze³¹.

3. Il secondo tema attenzionato dal legislatore concerne – lo si è anticipato – il diritto alla prova. Nello specifico, le innovazioni apportate dall'art. 30 co. 1 lett. h d.lgs. 150/2022 all'art. 501 Cpp, a cui sono stati aggiunti i commi 1-*bis* e 1-*ter*, si pongono nella prospettiva di rafforzare il contraddittorio sulla prova tecnica³².

In forza dei nuovi precetti, il perito, autorizzato dal giudice *ex art.* 227 co. 5 Cpp a presentare una relazione scritta, è tenuto a depositarla in cancelleria almeno sette giorni prima della data di udienza fissata per il suo esame. Analogo dovere di *discovery* preventiva grava in capo alla parte che ha nominato un proprio consulente tecnico, tanto in caso di consulenza c.d. “endoperitale”, quanto nell'ipotesi di incarico “extraperitale”³³.

Come puntualizzato anche la *Commissione Lattanzi*³⁴, la riforma non sembra in grado di alterare la natura dichiarativa della prova tecnica – tra l'altro di recente confermata dalla giurisprudenza di legittimità³⁵ – che continuerà a scandirsi nelle forme dell'esposizione orale del parere e dell'(eventuale) esame incrociato³⁶.

Il carattere inedito risiede, piuttosto, nel fatto che la relazione non costituirà più solo un valido strumento di supporto per le parti e il giudice per “riprendere le fila” degli epiloghi prospettati dall'esperto in vista, rispettivamente, della discussione e della decisione, ma fornirà loro un fondamentale sostegno anche per preparare i quesiti da formulare durante l'audizione. Lo studio del

compito di illustrare le richieste di prova se non conosce l'oggetto della “contesa”. La soluzione, pertanto, dovrebbe rinvenirsi nell'accorpamento in un'unica udienza dei soli procedimenti relativi ai fascicoli di cui è titolare lo specifico rappresentante dell'accusa.

²⁷ Analoga è l'opinione di L. Ludovici, *Il “nuovo” giudizio di primo grado sospeso tra le ombre del passato e i chiaroscuri del futuro*, cit., 504. Di diverso avviso sono F.R. Dinacci, A. Pasta, *Il dibattito tra organizzazione ed euristica processuale. Parte I - Organizzazione*, cit., 20 secondo i quali, posto che «[n]on è stato previsto niente di più di quanto già non fosse implicitamente previsto», l'interpolazione sarebbe «irrelevante» e nelle «aule di giustizia non cambierà nulla».

²⁸ In tema, può richiamarsi R. Casiraghi, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, Milano 2011, 391 la quale metteva in luce come le informazioni ricavabili dalla lista testi *ex art.* 468 Cpp (*id est* «le circostanze su cui deve vertere l'esame») – unico baluardo conoscitivo nella disponibilità del giudice prima della riforma – si configurassero come «troppo asettic[he] per essere sufficient[i]» a permettere la valutazione di ammissibilità ai sensi dell'art. 190 Cpp. Similmente, C. De Robbio, *Il contraddittorio. Poteri e opportunità di difesa nel procedimento penale*, Milano 2018, 290, faceva notare come il giudice fosse spettatore del «dipandersi dell'istruttoria dibattimentale» senza, pur tuttavia, essere a conoscenza del fine a cui erano orientate le prove.

²⁹ Così, L. Ludovici, *La disciplina del giudizio nella riforma c.d. Cartabia*, in *DPP*, 2021, 12, 1584.

³⁰ V. E.M. Mancuso, *op. cit.*, 817.

³¹ Come riconosciuto da A. Cabiale, S. Quattrocchio, *op. cit.*, par. 3.2.

³² Cfr. *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435*, cit., 29.

³³ In merito, deve evidenziarsi come l'art. 233 Cpp non impieghi il termine “relazione” per accennare al parere scritto redatto dal consulente tecnico, ma preveda che lo stesso possa presentare «memorie ai sensi dell'art. 121»; a tal proposito, A. Marandola, sub *Art. 233*, in *Codice di procedura penale commentato*⁶ a cura di A. Giarda-G. Spangher, t. I, Milano 2022, 3166 definisce «improprio [il] riferimento alle memorie» contenuto nell'art. 233, co. 1. Ad ogni modo, è a queste memorie che guarda l'art. 501, co. 1-*ter* Cpp.

³⁴ Si veda *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435*, cit., 29.

³⁵ Cfr. Cass., S.U., 28.01.2019, n. 14416, Pavan, in *CED Cass.* n. 275112.

³⁶ Si ricorda, infatti, come nell'ambito della perizia l'esame dell'esperto costituisca un'appendice ipotetica e accessoria rispetto all'illustrazione orale dei risultati delle operazioni, con cui si conclude l'incarico. Sul tema, si rimanda, *ex multis*, a R. Adorno, *Perizia (diritto processuale penale)*, in *ED*, Annali III, 2010, 915 e P. Rivello, *Perizia e consulenza tecnica*, in *Prova scientifica e processo penale*² a cura di G. Canzio, L. Lupária Donati, Milano 2022, 297.

rendiconto, preliminarmente all'escussione dibattimentale degli *expert witnesses*, permetterà, difatti, al pubblico ministero e ai difensori di rivolgere, nell'ambito della *cross examination*, domande maggiormente pertinenti e consapevoli³⁷.

Certo, non appare così peregrina la possibilità che, a fronte di un elaborato piuttosto corposo e articolato, le parti si servano dell'esame del perito o del consulente anzitutto per ottenere chiarimenti in merito³⁸. Una siffatta, differente configurazione della dialettica istruttoria non sembra, però, porsi in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento³⁹: in ogni caso, l'*evidence*, che risulta dalla sommatoria dell'esposizione e dell'escussione, si forma nel contraddittorio e secondo i consueti canoni di oralità.

Proseguendo nell'analisi, è da rimarcare come, sin dalle prime letture, la dottrina si sia divisa fra coloro i quali sostengono la natura «chiaramente ordinatori[a]»⁴⁰ del termine di sette giorni sancito dalla norma, la cui violazione non determinerebbe dunque alcuna conseguenza⁴¹, e chi, invece, ritiene che un difetto nel deposito comporterebbe una nullità di carattere intermedio ai sensi dell'art. 178 Cpp⁴².

Sul primo versante, l'accento viene posto sul dato normativo che non prevede espressamente alcuna conseguenza negativa in ambito probatorio là dove l'esperto non rispetti la prescrizione⁴³. Del resto, che tale sia l'intenzione del legislatore lo si ricava, invero senza troppi sforzi interpretativi, dalla *Relazione illustrativa*: «[s]i è scelto» – ivi si afferma – «di non introdurre alcuna sanzione per il tardivo od omesso deposito della relazione tecnica, ritenendo che lo stesso non possa pregiudicare la validità dell'esame orale del perito o del consulente tecnico»⁴⁴.

L'opposta linea esegetica muove, invece, dalla *ratio* dell'istituto. In particolare, fermo che la disposizione è volta ad assicurare i mezzi per un contraddittorio “consapevole”, si intravede nella «violazione dell'obbligo di deposito anticipato un ostacolo alle prerogative delle parti»⁴⁵; di

³⁷ Al riguardo, G. Ranaldi, *op. cit.*, 220 fa notare, però, come la *discovery* anticipata potrebbe indurre il giudice a esercitare in maniera più pregnante i suoi poteri di conduzione e integrazione dell'istruttoria, allontanandosi così dall'imparzialità che ne dovrebbe sempre caratterizzare la funzione. Da questo angolo prospettico, interessante era la proposta – rimasta inattesa – di precludere la conoscenza dell'elaborato all'organo giudicante, avanzata da M. Montagna, *La razionalizzazione del dibattimento e il preteso recupero dell'immediatezza*, in *Proc. pen. e gius.*, 2022, 1, 137. *Contra v.* A. Natale, *Il giudice di cognizione di fronte alla c.d. “riforma Cartabia”*, in *Quest. Gius.*, 2021, 4, 151 secondo il quale sarebbe «inimmaginabile che l'organo che deve presiedere un dibattimento [...] debba assistere all'esame di periti e consulenti tecnici senza aver avuto la preliminare possibilità di giungere adeguatamente informato alle prospettazioni (anche scientifiche) delle parti».

³⁸ Possibilità già messa in luce da P. Rivello, *La prova scientifica*, Milano 2014, 222.

³⁹ Di diverso avviso sembrerebbe G. Ranaldi, *op. cit.*, 221 secondo cui un simile modo di procedere «segnalerebbe [...] il passaggio dal metodo del contraddittorio per la prova a quello del contraddittorio sulla prova».

⁴⁰ Così, A. Cabiale, S. Quattrococo, *op. cit.*, par. 3.3.

⁴¹ E.M. Mancuso, *op. cit.*, 819 rinviene nella disposizione novellata «[u]n precetto privo di sanzione [...] ma dal significato evocativo forte».

⁴² È di tale avviso R. Aprati, *op. cit.*, 1206 secondo cui l'inadempienza o il ritardo del deposito potrebbero determinare una nullità generale a regime intermedio per violazione delle norme relative all'assistenza dell'imputato o alla partecipazione del pubblico ministero, «a condizione però che le relazioni non fossero già conosciute, perché inserite nel fascicolo delle parti». Similmente, v. L. Ludovici, *Il “nuovo” giudizio di primo grado sospeso tra le ombre del passato e i chiaro-scuri del futuro*, cit., 507, per il quale «l'inosservanza del [...] termine» potrebbe essere considerata «fonte di nullità a regime intermedio destinata a riverberarsi sul successivo esame dibattimentale». In senso critico rispetto a quest'ultima impostazione v. E. Fragasso Jr, *La c.d. riforma Cartabia: il nadir del “giusto processo”?*, in *www.discrimen.it*, 25.9.2023, 18 che mette in luce come tale nullità dovrebbe, in ragione del suo carattere intermedio, essere eccepita «prima dell'esame o immediatamente dopo», con la conseguenza che «l'invalidità dell'esame incrociato» si trasmetterebbe anche «al controesame compiuto dal soggetto che non è responsabile di quella disobbedienza e che si è avvalso proprio della facoltà al cui esercizio il (precedente) atto omesso è preordinato». «In tal modo», conclude l'Autore, «risulterebbe realizzata, infatti, una sanatoria della nullità ipotizzata».

⁴³ S. Corbetta, sub Art. 501, in *Codice di procedura penale commentato*⁶ a cura di A. Giarda-G. Spangher, t. III, cit., 420.

⁴⁴ *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 310.

⁴⁵ Testualmente, F.R. Dinacci, A. Pasta, *Il dibattimento tra organizzazione ed euristica processuale. Parte I - Organizzazione*, 27, i quali aggiungono che l'assunto secondo cui l'omesso o tardivo deposito non avrebbe effetti di

conseguenza, l'infrazione darebbe luogo a una nullità a regime intermedio *ex art.* 178 Cpp per violazione delle disposizioni in punto di assistenza dell'imputato (lett. *c*) o di partecipazione del pubblico ministero (lett. *b*)⁴⁶.

Ebbene, se da una parte, appare chiara la volontà di punire il ritardo o l'omissione della *discovery*, dall'altra non può sottacersi come la mancanza di misure sanzionatorie rischi di pregiudicare l'essenza della previsione e, prima ancora, il principio scolpito dall'art. 111 co. 4 Cost.

Se così è, allora, sarebbe stato quantomeno opportuno sancire il diritto delle parti di richiedere e, soprattutto, di ottenere un rinvio dell'esame dell'esperto onde poter procedere alla lettura dell'elaborato tecnico e prepararsi al confronto orale⁴⁷. Parallelamente, il legislatore avrebbe potuto metter mano all'art. 231 co. 1 Cpp, introducendo quali motivi di sostituzione del perito anche le ipotesi di inottemperanza al dovere di deposito⁴⁸.

Da ultimo, v'è da sottolineare come il d.lgs. 150/2022 sia altresì intervenuto sul comma 2 dell'art. 501, sancendo la possibilità per gli esperti di prendere visione, nel corso del proprio esame, oltre che di documenti, note scritte e pubblicazioni, anche degli elaborati depositati in precedenza, che potranno, pertanto, essere acquisiti d'ufficio ai fini di prova. Questa fase «acquisitiva» del deposito, che segue quella «meramente informativa»⁴⁹, deve tuttavia essere raccordata con l'invariata disciplina dettata dall'art. 511 Cpp: perciò, alla relazione potrà essere data lettura – nel senso istruttorio del termine – solo ed esclusivamente una volta esaurito l'esame dell'ausiliare tecnico del giudice o di parte⁵⁰.

Nel suo complesso, il giudizio su questa parte della novella non può che essere positivo; d'altronde, il consolidamento di un confronto informato sulla prova tecnico-scientifica potrà giovare tanto alla gnoseologia processuale, permettendo alle parti – principali destinatarie della *discovery* – di affrontare l'esame e il controesame del perito e dei consulenti tecnici con una rinnovata consapevolezza⁵¹, quanto all'organizzazione dibattimentale, dal momento che dovrebbe diminuire il pericolo di rinvii di udienza provocati da «un'escussione “al buio”»⁵².

4. È persino ovvio rilevare come l'intervento più discusso nell'ambito della riforma sia quello concernente il tema della rinnovazione dell'istruttoria a seguito di una variazione del giudice⁵³, un «fronte» su cui dottrina, avvocatura e giurisprudenza «stanno da tempo incrociando le armi»⁵⁴.

Le «puntate precedenti» sono note. Il (più recente) *casus belli* è rappresentato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2019; con un «gigantesco *obiter dictum*»⁵⁵ il Giudice delle leggi, dopo

alcuna sorta perché nessuna sanzione è prevista esplicitamente dall'articolato codicistico non sarebbe dirimente: difatti, «la categoria delle nullità generali è stata prevista proprio per questo».

⁴⁶ In questo senso, L. Ludovici, *Il “nuovo” giudizio di primo grado sospeso tra le ombre del passato e i chiaro-scuri del futuro*, cit., 507.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ ... a meno che non si voglia ricondurre dette ipotesi al caso in cui il perito abbia svolto «negligentemente l'incarico affidatogli», situazione – questa – che, ai sensi dell'art. 231 Cpp, determinerebbe comunque la sostituzione dell'esperto.

⁴⁹ Espressioni utilizzate nella *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 310.

⁵⁰ È di questa opinione anche M. Chiavario, *Diritto processuale penale*¹⁰, Cap. XIX (aggiornamento di P. Bronzo), Torino 2023, 606.

⁵¹ In merito, v. altresì E.M. Mancuso, *op. cit.*, 819.

⁵² Testualmente, A. Cabiale, S. Quattrocchio, *op. cit.*, par. 3.3.

⁵³ Al riguardo, F.R. Dinacci, A. Pasta, *Il dibattito tra organizzazione ed euristica processuale. Parte II - Euristica*, in *Arc. Pen. (web)*, 2023, 3, 20 osservano come, «finalmente, il legislatore [abbia] deciso di prevedere una disciplina per una questione che s'è rivelata refrattaria a ogni tentativo di regolamentazione».

⁵⁴ Così, R. Orlandi, *Immediatezza ed efficienza nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 3, 808.

⁵⁵ L'espressione è di P. Ferrua, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arc. Pen. (web)*, 2019, 3, 2. Per un commento alla sentenza si veda anche O. Mazza, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Arc. Pen. (web)*, 2019, 2, 1 ss.; D. Negri, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il “giusto processo” sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arc. Pen. (web)*, 2019, 2, 1 ss.; E. Valentini, *Dalla Corte costituzionale un invito a ridimensionare il principio di immutabilità del giudice penale*,

aver preso atto che la realtà giudiziaria ha reso il principio di immediatezza un «mero simulacro»⁵⁶, caldeggiava l'introduzione di ragionevoli eccezioni allo stesso, purché fossero garantiti validi meccanismi di compensazione. E, fra questi, indicava a titolo esemplificativo la videoregistrazione delle prove dichiarative.

Come risaputo, alla pronuncia dei giudici di Palazzo della Consulta ha fatto, poi, seguito la sentenza *Bajrami*⁵⁷, nella quale la Suprema Corte di cassazione ha sancito la possibilità per il giudice subentrante di non assecondare l'istanza di rinnovazione nel caso in cui l'avesse ritenuta (anche alla luce dell'istruttoria svolta dinanzi al «vecchio» giudicante) manifestamente superflua, nonché l'automatica lettura dei verbali di quelle prove la cui riassunzione non era stata richiesta, ammessa oppure non più possibile⁵⁸.

È in questo (problematico) contesto che va inquadrata l'introduzione all'art. 495 del comma 4-ter. Fedelmente al criterio direttivo contenuto nella legge delega⁵⁹, la nuova previsione stabilisce che, se nel corso del dibattimento muta il giudice, la parte che vi ha interesse ha «diritto di ottenere l'esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni nel medesimo dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate»⁶⁰. Ciò a meno che la precedente escussione non «sia stat[a] documentat[a] integralmente mediante mezzi di riproduzione audiovisiva»⁶¹; ad ogni modo, si precisa nell'ultima parte della disposizione, l'organo giudicante può comunque ordinare la riassunzione, là dove la ritenga necessaria sulla base di specifiche esigenze.

Il riverbero dei suggerimenti dei giudici costituzionali è ben percepibile⁶², così come appare incontrovertibile e certamente pregevole la volontà dei *conditores* di prendere le distanze dagli approdi a cui è giunta la Corte di cassazione nella sentenza *Bajrami*. Detta intenzione, segnatamente, si traduce nel riconoscimento del diritto delle parti a ottenere la riassunzione della prova⁶³, diritto che

in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 3, 1716 ss.

⁵⁶ Cfr. C. cost. 20.5.2019, n. 132, cit., par. 3.1.

⁵⁷ Cass., S.U., 30.5.2019, n. 41736, *Bajrami* in *Cass. Pen.*, 2020, 3, 1030 ss con note di G. Galluccio Mezio, *Sezioni unite e ideale accusatorio: una relazione in crisi* e di A. Caligaris, *Quando l'immediatezza soccombe all'efficienza: un discutibile (ma annunciato) sviluppo giurisprudenziale in tema di rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice*. Sul tema, v. B. Galgani, *Istanze di deflazione, principio di immediatezza e... smaterializzazione del processo penale*, in *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia* a cura di G. De Francesco, A. Gargani, E. Marzaduri, D. Notaro, Torino 2019, 211 ss. In proposito si veda anche 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 *Sist. Pen.*, 2020, 4, 41 ss. e G. Pecchioli, *Le SS.UU. ed il principio di immutabilità del giudice: una "quadratura del cerchio"?*, in *DPP*, 2020, 9, 1219 ss. A. De Caro, *La Corte Costituzionale chiama, le Sezioni Unite rispondono: il triste declino del principio di immediatezza*, in *DPP*, 2020, 3, 293 ss. parla di un «disegno demolitore» dell'immediatezza messo in piedi dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione.

⁵⁸ In merito, B. Galgani, *Istanze di deflazione*, cit., 222 mette in luce come «l'iniziale omaggio» portato dalla Corte di cassazione «alle regole che il giudice subentrante dovrebbe in ogni caso osservare» ai sensi dell'art. 525 co. 2 Cpp «venga subito sconfessato dalla priorità accordata alle esigenze di economia processuale» a difesa delle quali vengono richiamati tanto «il principio di "conservazione degli atti giuridici"» quanto «un potere di istanza istruttoria in capo alle parti onerate di uno sforzo giustificativo *ad hoc* con cui sostenere la reiterazione di richieste a suo tempo già formulate».

⁵⁹ Cfr. art. 1 co. 11 lett. d l. 134/2021.

⁶⁰ In riguardo, R. Aprati, *op. cit.*, 1206 evidenzia come la facoltà in oggetto si configuri come «un diritto potestativo subordinato ad una condizione: l'interesse dell'istante». Sul punto, dunque, «occorrerà [...] capire se è un interesse astratto (ovverosia una legittimazione), o, come sembrerebbe dall'assenza di indicazioni sul punto, un interesse concreto, che quindi dovrebbe avere ad oggetto la ragione per cui è "utile" la ripetizione». Nella seconda ipotesi, «l'istanza allora andrebbe comunque motivata dalla parte e, in assenza di concreta utilità, andrebbe respinta dal giudice». Sul tema si veda anche L. Ludovici, *Il "nuovo" giudizio di primo grado sospeso tra le ombre del passato e i chiaro-scuro del futuro*, cit., 507.

⁶¹ In proposito, E.M. Mancuso, *op. cit.*, 822 rileva che «la costruzione in forma d'eccezione alla regola poc'anzi analizzata non deve ingannare: la previsione esprime il criterio normativo destinato a prevalere, in funzione di una lettura sistematica della novella».

⁶² Lo rimarcano A. Cabiale, S. Quattrococo, *op. cit.*, par. 3.4 e M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 62.

⁶³ In questo senso, P. Bronzo, *op. cit.*, 12.

trova un limite “solo” nel caso in cui la precedente escussione sia stata documentata mediante sistema di registrazione audiovisivo⁶⁴.

Tale specificazione in verità non è di poco momento: il legislatore, infatti, ha eletto a strumento abituale di verbalizzazione proprio la videoregistrazione⁶⁵. Il riferimento corre al nuovo comma 2-*bis* dell’art. 510⁶⁶, a mente del quale, salva l’impossibilità dovuta alla «contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico», «l’esame dei testimoni, dei periti, dei consulenti, delle parti private e delle persone indicate nell’articolo 210, nonché gli atti di ricognizione e confronto» devono essere «documentati anche con mezzi di riproduzione audiovisiva»⁶⁷.

Ora, è indubbio che, fuori dall’ipotesi di mutamento del giudicante, il filmato appare in grado di valorizzare il principio dell’immediatezza, «nella misura in cui consentirebbe al giudice (lo stesso giudice...) di motivare, ad esempio, sull’attendibilità di un teste potendo contare su una verbalizzazione più affidabile e puntuale»⁶⁸.

Pur tuttavia, da un diverso angolo prospettico, viene ad avvalorarsi l’idea secondo cui – una volta che i tribunali si saranno dotati dell’opportuna strumentazione – la rinnovazione della prova dichiarativa rappresenterà, in caso di avvicendamento dell’organo decisore, l’eccezione e la visione della videoregistrazione la regola⁶⁹.

Tanto premesso, a fronte del “diritto vivente”⁷⁰ che aveva imposto *tout court* l’afasica lettura del verbale, v’è da chiedersi se la soluzione dapprima prospettata dalla l. 134/2021 e poi plasmata dal d.lgs. 150/2022 possa essere considerata un accettabile compromesso.

Sicuramente la videoregistrazione non è – né può essere considerata – un succedaneo del principio di immediatezza⁷¹. Questo si traduce nel rapporto non filtrato fra il giudice e la fonte di prova, ossia nella contestuale interazione fra chi è chiamato a decidere e coloro che forniscono le informazioni

⁶⁴ Viene così fedelmente tradotto il criterio direttivo posto dall’art. 1 co. 1 lett. d l. 134/2021. In merito, si veda B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell’innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale “virtuoso”*, Milano 2022, 354 s. secondo cui «è di agevole disvelamento la “curvatura” teleologica che ha in parte plasmato le scelte del delegante, il quale [ha inteso] onorare così il compito “affidatogli” dai giudici di Palazzo della Consulta con la sentenza 132, ove si parlava di rimedi compensativi per consentire al mutato giudice dibattimentale di respingere le richieste intese alla rinnovazione probatoria».

⁶⁵ In proposito, si veda il parere del *Garante per la protezione dei dati personali* sullo schema di decreto legislativo di correzione e integrazione del d.lgs. 150/2022 (cfr. nota successiva), in cui l’Autorità, tenuto conto dell’impatto che la videoregistrazione potrebbe avere sul trattamento dei dati personali di chi è coinvolto nel processo, auspicava l’introduzione di un «regime speciale di pubblicità degli atti così documentati, tale dal bilanciare le esigenze di pubblicità [...], il diritto alla riservatezza e il principio di minimizzazione dei dati»; cfr. *Provvedimento del 21 dicembre 2023, n. 603*, in www.garanteprivacy.it.

⁶⁶ Sul punto, vale la pena sottolineare come il comma 3-*bis* dell’art. 510 – anch’esso introdotto nell’ambito della riforma – sancisse che la trascrizione della riproduzione audiovisiva potesse essere disposta solo in presenza di un’esplicita richiesta delle parti. La previsione *de qua* è stata abrogata dal d.lgs. 19.3.2024 n. 31 «recante disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150», «al fine di consentire la riesplorazione della disciplina generale di cui all’articolo 139 c.p.p., rispetto alla quale non si ravvisano ragioni di deroga»; cfr. la *Relazione illustrativa* allo schema di decreto legislativo, consultabile in www.sistemapenale.it. Per un primo commento allo schema in parola si rinvia a M. Gialuz, *Osservazioni sui correttivi alla riforma Cartabia tra rettifiche condivisibili, qualche occasione perduta e alcune sbavature*, *ivi*, 29.1.2024.

⁶⁷ Vale la pena anticipare che la disposizione *de qua* è entrata in vigore, in forza dell’art. 94 d.lgs. 150/2022 come riformato dalla l. 199/2022, a far data dal 30 giugno 2023; cfr. *infra*.

⁶⁸ B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell’innovazione tecnologica*, cit., 355 s.

⁶⁹ In questo senso, E.M. Mancuso, *op. cit.*, 822 s.

⁷⁰ Per rievocare un’espressione utilizzata dalla Corte costituzionale; Cfr. C. cost. 20.5.2019 n. 132, cit., par. 3.

⁷¹ Così C. Bonzano, *La videoregistrazione delle prove dichiarative e le insidie di una (contro)riforma: giudici stabilmente precari ed immediatezza virtuale*, in *DPP*, 2023, 9, 1204; F.R. Dinacci, *L’immutabilità del giudice quale valore euristico da preservare attraverso ortodossie interpretative* in *dirittodidifesa.eu*, 6.7.2022, 1 ss.; L. Marafioti, *Immutabilità del giudice, oralità e immediatezza: contro le prerogative di mobilità dei giudici*, in *dirittodidifesa.eu*, 6.7.2022, 1 ss.; O. Mazza, *Dall’immediatezza al “dar per visto”: l’involutione di un cardine del giusto processo*, in *dirittodidifesa.eu*, 8.7.2022, 1 ss.

necessarie al suo convincimento⁷². Se è pur vero che la videoripresa può in qualche modo riproporre la prosodia e la prossemica dell'esame testimoniale⁷³, si tratta in ogni caso di un apprezzamento asincrono che sconta i difetti di una percezione non vivida⁷⁴.

Al contempo, però, non può mettersi in discussione che la novella costituisca un decisivo e apprezzabile passo in avanti rispetto al quadro che si era venuto a creare a seguito della sentenza *Bajrami*⁷⁵: la visione dei filmati può senz'altro ritenersi «più prossim[a]»⁷⁶ all'immediatezza di quanto non potrà mai essere la semplice carta. Il “film” presenta, infatti, un'attitudine comunicativa e una completezza che le fonotrascrizioni non sono in grado di garantire⁷⁷: basti pensare, a titolo esemplificativo, alla possibilità di captare flessioni vocali o “pause” riflessive oppure, ancora, a quella di ripercorrere fedelmente i passaggi della *cross examination* onde poter ricordare il contesto in cui sono state fornite determinate risposte e dare loro il giusto valore nelle dinamiche valutative e decisorie.

Vi sono altri (preoccupanti) aspetti che meritano di essere considerati.

Il primo concerne l'inciso finale dell'art. 495, co. 4-ter Cpp, a mente del quale, nel caso in cui il precedente esame sia stato videoregistrato, il giudice può comunque disporre la rinnovazione della prova dichiarativa, là dove «la ritenga necessaria sulla base di specifiche esigenze». Invero, sullo sfondo si staglia il dubbio che la preliminare visione del filmato induca di *default* il giudice a considerare esauriente il *plafond* probatorio nella sua disponibilità e, quindi, a ritenere superflua una nuova audizione del testimone⁷⁸.

I profili più critici derivano, però, dal fatto che il legislatore delegato non abbia dettato una precisa regolamentazione del tempo e del luogo in cui l'autorità giudiziaria subentrante deve prendere cognizione della prova videoregistrata. Il pericolo “dietro l'angolo” è, innanzitutto, che il giudice si convinca «dell'accaduto in un contesto del tutto extraprocedimentale e solitario», guardando «la documentazione audio-video comodamente sdraiato sul divano di casa, più o meno con lo stesso livello di attenzione e di “partecipazione” che può dedicarsi alla visione serale di una serie tv su una qualsiasi piattaforma digitale»⁷⁹. A destare, poi, ancor più allarme è il rischio – non così remoto – che venga ad affermarsi, sulla scorta dell'art. 511 co. 5 Cpp, una prassi di «dar per visto»⁸⁰.

Sul punto non pare esserci spazio per alternative: se l'intento è preservare (quanto rimane del) l'immediatezza e il contraddittorio, il giudice dovrà prendere contatto con la testimonianza videodocumentata in aula e alla presenza delle parti⁸¹, alle quali dovrà inoltre essere garantita la possibilità

⁷² Per una preziosa declinazione del principio si veda R. Orlandi, *op. cit.*, spec. 813 ss. e G. Ubertis, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. pen.*, vol. III, Torino 1989, 462 ss.

⁷³ Come rilevato da P. Bronzo, *op. cit.*, 16.

⁷⁴ Si veda, sul punto, E.M. Mancuso, *op. cit.*, 825 secondo il quale «le forme tecnologiche di accesso alle informazioni [...] non sono [...] interagibili». In proposito, possono richiamarsi altresì le pertinenti osservazioni avanzate da F. Morelli, *Principio di immediatezza e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2021, 2, 480 ss. secondo il quale la percezione dei «tratti prosodici» è soprattutto funzionale alla conduzione dell'esame a opera delle parti, poiché suggerisce «su quali domande insistere e quando invece soprassedere», di modo da «giocare al gatto col topo», cioè «condurre il teste attraverso un percorso pensato, fatto di passaggi gradualmente, di approfondimenti insistiti, scatti in avanti, dettagli, ritorni, trappole, induzioni a contraddirsi». «Tutte [...] finzze dell'arte della *cross examination*» – sottolinea l'Autore – che «sono, piaccia o meno, il modo migliore per ottenere una dichiarazione genuina, affidabile al netto degli smottamenti provati dallo *stress-test* sul dichiarante».

⁷⁵ Similmente, v. A. Ciavola, *Le insidie del nuovo regime di documentazione della prova dichiarativa*, in *Proc. pen. e gius.*, 2023, Fasc. straord. - La disciplina transitoria della c.d. riforma Cartabia, 70.

⁷⁶ M. Daniele, *Le “ragionevoli deroghe” all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in *Giur. cost.*, 2019, 3, 1558.

⁷⁷ Come ricordato da B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 356. Di analogo avviso sono L. Marafioti, *op. cit.*, 6 e R. Orlandi, *op. cit.*, 815 il quale, però, rimarca «uno iato incolmabile con la dichiarazione testimoniale formata nel rispetto anche del principio di immediatezza».

⁷⁸ Rischio già evidenziato da M. Daniele, *op. cit.*, 1558.

⁷⁹ B. Galgani, *Istanze di deflazione*, cit., 228 (nota n. 60).

⁸⁰ L'espressione è utilizzata da F.R. Dinacci, *op. cit.*, 9 e da O. Mazza, *Dall'immediatezza al “dar per visto”*, cit., 3.

⁸¹ In questa direzione va l'emendamento richiesto dall'UCPI, in virtù del quale andrebbe inserito nell'art. 495 co. 4-ter

di instaurare un contraddittorio *sulla* prova⁸² così, magari, da persuadere il giudice a disporre la rinnovazione dell'esame.

Un dato è comunque indiscutibile: la visione del filmato – come, a onor del vero, la stessa rinnovazione della prova – costituisce pur sempre una soluzione rimediale, di risposta cioè a un evento patologico qual è l'avvicendamento dell'organo giudicante.

La strada da percorrere dovrebbe essere, allora, in via prioritaria un'altra: quella, cioè, di provare a contenere il fenomeno sistemico della successione tra giudici nel corso del dibattimento o, almeno, gli effetti distorsivi che ne conseguono⁸³. Non potendo in questa sede approfondire gli antidoti, per così dire, "ordinamentali", come a titolo esemplificativo l'applicazione *ad processum*⁸⁴, ci si limita a sottolineare l'importanza che in prospettiva potrebbe rivestire la calendarizzazione delle udienze *ex art. 477 Cpp*: una preventiva e ragionata fissazione degli incarichi processuali da esaurirsi man mano potrebbe, infatti, permettere al magistrato di concludere il giudizio prima del suo trasferimento ad altra sede o funzione, salvaguardando, così, l'effettività del principio di immediatezza.

Ancora, deve spendersi qualche parola in merito al regime transitorio della nuova disciplina. Il d.l. 31.10.2022 n. 162 (che, *in limine*, aveva differito l'entrata in vigore della riforma al 30.12.2022⁸⁵), convertito con modificazioni dalla l. 30.12.2022 n. 199, ha infatti inserito all'interno del d.lgs. 150/2022 l'art. 93-*bis*, in forza del quale l'art. 495 co. 4-*ter* non trova applicazione «quando è chiesta la rinnovazione dell'esame di una persona che ha reso le precedenti dichiarazioni in data anteriore al 1° gennaio 2023»⁸⁶.

La previsione è quantomai singolare. Innanzitutto, non è dato comprendere perché sia stata scelta tale data, slegata tanto dal principio *tempus regit actum*⁸⁷ quanto dall'entrata in vigore dell'obbligo di videoregistrazione di cui all'art. 510 co. 2 *bis* Cpp, fissata dall'art. 94 d.lgs. 150/2022⁸⁸ al 30 giugno 2023.

l'inciso «e che il giudice proceda alla visione integrale in udienza della riproduzione audiovisiva del precedente esame»; cfr. *Proposte UCPI di emendamenti al dlgs 150/2022*, cit., 15.

⁸² In tal senso v. A. Cabiale, S. Quattrococo, *op. cit.*, par. 3.4, secondo i quali la soluzione ideata dal legislatore delegato rappresenterebbe «un netto miglioramento» anche rispetto al quadro sussistente prima della sentenza *Bajrami*, dal momento che la riproduzione audiovisiva sarebbe in grado di assicurare al nuovo giudice «materiale probatorio non alterato dal decorso del tempo e dalle ricordate ineffettività pratiche spesso riscontrate durante faticose rinnovazioni istruttorie».

⁸³ Come auspicato da G. Ranaldi, *op. cit.*, 226. Si tratta, peraltro, di una soluzione promossa dalla stessa *Commissione Lattanzi*, che aveva richiamato la necessità di agire «attraverso regole ordinamentali che riduc[essero] gli effetti più evidenti e prevedibili di un trasferimento di ufficio»; cfr. *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435*, cit., 30. Per un approfondimento, v. *ex multis* D. Cavallini, *Trasferimenti dei magistrati e funzionalità degli uffici giudiziari*, in *dirittodifesa.eu*, 7.07.2022, 1 ss. Sul punto, si veda anche D. Negri, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, cit., 3 il quale aveva già rinvenuto nella sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2019 una certa indifferenza alla tematica in questione. Secondo l'Autore, infatti, il Giudice delle leggi, nell'occasione, non ha mostrato alcun «impegno [...] a chiarire quali siano in concreto le "ragioni più varie" [...] all'origine della successione tra giudici durante il processo». Non solo: «i meccanismi di ordinamento giudiziario che regolano trasferimenti e promozioni dei magistrati», cause principali del mutamento del giudice in costanza di processo, «resta[va]no del tutto insondati, anzi, neppure menzionati dalla sentenza sull'evidente premessa della loro intangibilità».

⁸⁴ Richiamata da P. Bronzo, *op. cit.*, 18 e O. Mazza, *Dall'immediatezza al "dar per visto"*, cit., 5. Al riguardo, M. Daniele, *op. cit.*, 1554 non è totalmente persuaso dall'efficacia di una, seppur «auspicabile», riforma dell'ordinamento giudiziario finalizzata a garantire che i giudici trasferiti portino a termine i processi in corso: difatti – si sottolinea – tanto «per i carichi di lavoro», quanto «per le urgenze dell'ufficio di destinazione», il magistrato potrebbe trovarsi nell'impossibilità di «esaurire le pendenze dell'ufficio di provenienza».

⁸⁵ Per un commento, si rimanda a S. Quattrococo, *Perché il differimento dell'entrata in vigore del d.lgs. 150/2022 è una sconfitta per la giustizia penale*, in *www.legislazionepenale.eu*, 2.11.2022, 1 ss.

⁸⁶ Con riferimento a tutte le novità introdotte dal d.l. 162/2022, si veda A. Marandola, L. Eusebi, M. Pelissero, *Entrata in vigore, regime transitorio e differimento della riforma*, in *DPP*, 2023, 1, 7 ss.

⁸⁷ Per un'approfondita e diffusa analisi delle problematiche conseguenti al sopravvenire di modifiche normative in tema di prova si rinvia a B. Galgani, *Diritto probatorio e successione di leggi nel tempo. Tempus regit actum?*, Torino 2012.

⁸⁸ Anch'esso riformato dalla già citata l. 199/2022.

In secondo luogo, niente è specificato in merito al regime operante con riferimento alla richiesta di rinnovazione di prove assunte anteriormente al 1° gennaio 2023.

Orbene, se, come in precedenza ricordato, la volontà del legislatore delegato è di contrapporsi in maniera decisa all'orientamento giurisprudenziale espresso nella sentenza *Bajrami*, appare allora certamente più coerente con questa impostazione di fondo che in tale evenienza si applichi la disciplina precedente a quella stessa decisione⁸⁹. Ne deriva che, nel caso di esame svolto prima della data ricordata, alle parti deve essere assicurato il più ampio diritto di ottenere la rinnovazione istruttoria⁹⁰.

Per non dire che una soluzione di segno opposto sarebbe contraria all'art. 3 Cost.⁹¹. Non pare, invero, ragionevole che in presenza di condizioni omogenee (leggi: mutamento del giudice e assenza di videoregistrazione) un soggetto si veda riconosciuto o negato il diritto a risentire la fonte dichiarativa in ragione di un elemento discrezionale quale la data in cui è stato effettuato il primo esame, soprattutto là dove la scelta in merito a tale *dies a quo* non sia stata sufficientemente (o, meglio, niente affatto) motivata.

Senza contare, poi, come siffatta disparità di trattamento potrebbe realizzarsi anche all'interno della stessa vicenda giudiziale, con criticità ancor più profonde: non sembra, infatti, così peregrina l'ipotesi di un processo in cui, a fronte di una successione del giudice, a una parte sia accordata la riassunzione di una prova, perché assunta dopo il 1° gennaio 2023, e a un'altra sia negata la stessa facoltà perché la dichiarazione è stata acquisita prima di tale data.

Sul tema deve registrarsi una recente ordinanza del tribunale di Tempio Pausania⁹² che, invece, ha rigettato un'istanza avanzata dai difensori degli imputati, di riacquisizione delle prove dichiarative a seguito del mutamento della composizione del giudice, in ragione del *tempus* della testimonianza.

Le motivazioni alla base del provvedimento destano più di una perplessità. Il Collegio muove dalla considerazione secondo la quale, all'epoca in cui erano stati ascoltati i dichiaranti, l'art. 510 co. 2-*bis* Cpp non era vigente e, quindi, «sarebbe illogico ed irragionevole [...] attribuire alla difesa un diritto alla rinnovazione dell'istruttoria in assenza di un corrispondente obbligo, da parte del tribunale, alla videoregistrazione»⁹³. Secondo il giudicante, sarebbe inconfidente il richiamo operato dai difensori all'art. 93-*bis* d.lgs. 150/2022, posto che tale disposizione deve essere «intesa nel senso che il diritto» in parola possa certamente essere esercitato, «in tutti i casi, per le prove dichiarative assunte (non videoregistrate) successivamente al 1° luglio 2023»; al contrario, allorquando l'esame abbia avuto luogo prima di tale data, la facoltà in questione può essere riconosciuta soltanto se «il tribunale si sia dotato degli strumenti di videoregistrazione», ma non li abbia «attivati per l'assunzione della singola testimonianza»⁹⁴. Detto altrimenti, il diritto a sentire nuovamente il testimone può essere fatto valere solo nell'ipotesi in cui la videoregistrazione avrebbe dovuto (o potuto) essere effettuata.

Senonché, le conclusioni del giudice sardo si pongono in contrasto con il dato normativo. Certo, l'art. 495 co. 4-*ter* Cpp identifica quale parametro decisivo per il riconoscimento del diritto alla riassunzione l'assenza di verbalizzazione in formato audio-video; ma, come visto, ciò significa che là dove l'esame sia videoregistrato la rinnovazione non sarà disposta dal giudice, salvo che non la ritenga necessaria sulla base di specifiche esigenze. Non paiono, dunque, dover rilevare i motivi per i quali il filmato non sussiste: vuoi perché non ancora vigente l'art. 510, co. 2-*bis*, vuoi per «la

⁸⁹ Del resto, non si può fare a meno di ricordare che, innanzi al sopraggiungere di una modifica in punto di acquisizione probatoria, la «prima e principale ambizione» deve essere «quella di offrire al conflitto di normative in successione una risoluzione del tutto omogenea e consentanea all'ordine assiologico rinvenibile nel sistema processuale vigente»; così, B. Galgani, *Diritto probatorio e successione di leggi nel tempo*, cit., 196.

⁹⁰ Tale è anche l'opinione di A. Cabiale, S. Quattrococo, *op. cit.*, par. 3.4. Di diverso avviso è, invece, G. Spangher, *Bajrami forever*, in *Pen. dir. e proc.*, 2022, 3, 459 s.

⁹¹ In questo senso, A. Chelo, *op. cit.*, 175 e A. Ciavola, *op. cit.*, 83.

⁹² Trib. Tempio Pausania, ord. 10.7.2023, in www.sistemapenale.it, con scheda di A. Marandola, *Riforma Cartabia: mutamento del giudice e rinnovazione dell'istruzione probatoria, tutto cambia e nulla cambia?*, 31.7.2023.

⁹³ Trib. Tempio Pausania, ord. 10.7.2023, cit.

⁹⁴ *Ibidem*.

contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico», se l'escussione del teste non è impressa in un video, «la parte che vi ha interesse ha diritto di ottenere» la ripetizione dell'esame.

Per non dire, poi, di come l'art. 93-*bis* d.lgs. 150/2022 – pur con tutti i difetti già messi in luce – sia nitido nel disporre che l'art. 495 co. 4-*ter* non trova attuazione per i soli casi in cui «le precedenti dichiarazioni» siano state raccolte «in data anteriore al 1° gennaio 2023».

In definitiva, l'esegesi avanzata dal Collegio tempiese sembra confermare quell'inclinazione giurisprudenziale a sottovalutare la portata dei principi del contraddittorio e dell'immediatezza⁹⁵.

Non resta, allora, che condividere l'auspicio, proveniente da autorevole dottrina, che la Corte di cassazione, la quale indubbiamente sarà investita della questione, riconosca come «la volontà della riforma sia quella di superare [la] tormentata stagione tesa alla neutralizzazione dei valori a cui è improntato l'intero regime dibattimentale del rito penale di stampo accusatorio»⁹⁶; e, di conseguenza, non dia ulteriore seguito a simili interpretazioni *contra legem*.

5. Esula dalle finalità efficientistiche proprie della riforma – lo si è anticipato – la modifica degli artt. 519 e 520 Cpp. Con l'intervento in parola, infatti, in attuazione dei criteri previsti dall'art. 1 co. 10 lett. e⁹⁷ e f⁹⁸ l. 134/2021, il legislatore ha (finalmente) recepito la sostanziosa giurisprudenza costituzionale⁹⁹ in punto di richiesta di riti alternativi a seguito di contestazioni suppletive.

Come noto, nel corso degli anni il Giudice delle leggi ha più volte dichiarato incostituzionali gli artt. 516 e 517 Cpp nella parte in cui non prevedevano la facoltà dell'imputato di accedere a taluni procedimenti speciali a fronte, dapprima, delle sole contestazioni “tardive” o “patologiche”¹⁰⁰ – ossia legate a elementi di cui il pubblico ministero era già a conoscenza al momento dell'esercizio dell'azione penale – e, poi, anche di quelle cc.dd. “fisiologiche”¹⁰¹, connesse cioè a situazioni emerse nel corso del dibattimento.

Senza dilungarsi *ultra dimidium* su questioni conosciute, è sufficiente ricordare come, a parere della Corte, in caso di una modifica alla contestazione – fosse essa “patologica” oppure “fisiologica” – la posizione del prevenuto fosse deteriore, quanto alla possibilità di usufruire dei giudizi speciali e delle relative diminuzioni di pena, rispetto a quella di chi fosse stato chiamato a rispondere *ab origine* dello stesso capo di accusa. Di talché, si poneva la necessità di recuperare simile prerogativa in un secondo momento.

Da qui, con il chiaro intento di sistematizzare gli approdi dei giudici di Palazzo della Consulta¹⁰², la riscrittura dei primi due commi dell'art. 519.

⁹⁵ A questo riguardo, si veda B. Galgani, *Istanze di deflazione, principio di immediatezza e... smaterializzazione del processo penale*, cit., 220 la quale parla di simili indirizzi pretori «orientati alla (cieca) salvaguardia dell'efficienza a discapito delle garanzie».

⁹⁶ A. Marandola, *Riforma Cartabia: mutamento del giudice e rinnovazione dell'istruzione probatoria, tutto cambia e nulla cambia?*, cit., par. 4.

⁹⁷ Questa invitava il legislatore a «coordinare la disciplina delle nuove contestazioni in dibattimento con la disciplina dei termini per la presentazione della richiesta di procedimenti speciali».

⁹⁸ La disposizione recitava: «prevedere che, in caso di nuove contestazioni ai sensi del libro VII, titolo II, capo IV, del codice di procedura penale, l'imputato possa chiedere la definizione del processo ai sensi degli articoli 444 e seguenti o 458 e seguenti del medesimo codice; prevedere che tale facoltà possa essere esercitata nell'udienza successiva a quella in cui è avvenuta la nuova contestazione».

⁹⁹ Da ultimo si veda, C. Cost. 14.6.2022, n. 146, in www.giurcost.org, che aveva dichiarato incostituzionale l'art. 517 Cpp nella parte in cui non prevedeva la facoltà per l'imputato di richiedere al giudice, in seguito alla contestazione di una circostanza aggravante, la sospensione del procedimento con messa alla prova con riferimento ai reati oggetto della modificata imputazione.

¹⁰⁰ Si intende richiamare: C. Cost. 22.6.1994, n. 265; C. Cost. 15.12.1995 n. 50; C. Cost. 14.12.2009, n. 530; C. Cost. 23.06.2014, n. 184, tutte in www.giurcost.org.

¹⁰¹ Il riferimento corre a C. Cost., 22.10.2012, n. 237; C. Cost., 1.12.2014, n. 273; C. Cost., 5.7.2007, n. 206; C. Cost., 21.3.2018, n. 141; C. Cost., 20.2.2019, n. 82; C. Cost. 16.2.2020 n. 14, rinvenibili in www.giurcost.org.

¹⁰² Cfr. *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435*, cit., 28, in cui si afferma che la delega è

Più in particolare, il nuovo comma 1 prevede che, a fronte di una variazione dell'imputazione nelle forme di cui agli artt. 516, 517 e 518, l'imputato ha diritto a un termine a difesa e all'ammissione di nuove prove¹⁰³, nonché ad accedere al giudizio abbreviato, all'applicazione della pena su richiesta delle parti e alla sospensione del procedimento con messa alla prova.

Il comma 2, dal canto suo, precisa che il termine a difesa – funzionale alla preparazione di una strategia processuale idonea a fronteggiare le modificazioni apportate dall'accusa¹⁰⁴ – non può essere inferiore a venti giorni e superiore a quaranta; stabilisce, inoltre, che il prevenuto deve, a pena di decadenza, proporre l'istanza di rito alternativo entro l'udienza successiva.

Similmente, l'art. 141 co. 4-*bis* disp. att. Cpp (emendato dall'art. 41 co. 1 lett. *q* d.lgs. 150/2022) contempla, nell'ipotesi di nuove contestazioni *ex* artt. 517 e 518 Cpp, la rimessione in termini per chiedere l'oblazione.

Sempre in forza dell'ultima novellazione, scompare dall'art. 519 co. 2 Cpp l'improvvido riferimento all'art. 507 Cpp che, nella vecchia formulazione, accompagnava la previsione della facoltà di domandare nuove prove e che era già caduto sotto la scure della Corte costituzionale¹⁰⁵.

Alla rimodulazione dell'art. 519 segue l'intervento sull'art. 520 Cpp, volto a uniformare la disciplina alle nuove norme sul processo in assenza. Così, in tutti i casi in cui l'imputato non sia presente in aula, fisicamente o tramite collegamento a distanza, il pubblico ministero, quando "ritocca" il capo di imputazione, è tenuto a chiedere al giudice che si dia atto della modifica nel verbale del dibattimento, verbale che dovrà essere notificato per estratto all'imputato.

Prima di congedare la tematica in esame, appare opportuno effettuare due ulteriori considerazioni.

In primis, come messo in evidenza da parte della dottrina, appare probabile che il potere del giudice – *ex* artt. 423 co. 1-*bis* e 554-*bis* co. 6 Cpp – di invitare, in sede di udienza preliminare o in occasione dell'inedita udienza predibattimentale, il pubblico ministero a operare le opportune modificazioni, se «il fatto, le circostanze aggravanti e quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza non sono indicati [...] in termini corrispondenti a quanto emerge dagli atti», ridurrà significativamente le ipotesi di contestazione "patologica"¹⁰⁶.

In secondo luogo, deve considerarsi come il legislatore, riconoscendo la facoltà dell'imputato di richiedere riti speciali anche nel caso di contestazione di un fatto nuovo *ex* art. 518 Cpp, sia andato oltre i richiamati *dicta* della Corte costituzionale.

Come noto, la disposizione *de qua* pone tre condizioni affinché il pubblico ministero possa correggere l'imputazione: il prevenuto deve prestare il proprio consenso, la modifica al "capo di accusa" non deve pregiudicare la speditezza del processo e, infine, il giudice deve autorizzare la contestazione. In assenza di uno di questi requisiti, l'autorità requirente è tenuta a procedere «nelle forme ordinarie».

«finalizzat[a] a legittimare il legislatore a razionalizzare la materia dei riti alternativi successivi alle nuove contestazioni, alla luce della cospicua giurisprudenza costituzionale maturata in questi anni».

¹⁰³ A tal riguardo, F.R. Dinacci, A. Pasta, *Il dibattito tra organizzazione ed euristica processuale. Parte I - Organizzazione*, cit., 8 ss., osservano come «la nuova norma», stando al dato letterale («il presidente informa l'imputato che può [...] richiedere l'ammissione di nuove prove»), non sembrerebbe riconoscere «il diritto alla prova al pubblico ministero e alle parti private diverse dall'imputato», ancorché la Corte costituzionale avesse in passato dichiarato illegittimo l'art. 519 co. 2 Cpp nella parte in cui escludeva che il rappresentante dell'accusa e le altre parti private potessero richiedere prove nuove (il riferimento è a C. Cost. 20.5.1992, n. 241, in www.giurcost.org e alla già citata C. Cost. 15.12.1995, n. 50). La disposizione pertanto, concludono gli Autori, se interpretata letteralmente non sarebbe «conforme a Costituzione». Posto che il legislatore delegato sembra aver perso un'occasione per definire in maniera chiara le facoltà degli altri soggetti interessati alla vicenda giudiziaria, può accedersi a quanto sostenuto da altra parte della dottrina, secondo la quale, «[n]onostante sia stato [per l'appunto] omesso l'adeguamento, nel riscrivere l'articolo, alle pronunce della Corte costituzionale, si deve ritenere che l'estensione operata sia ancora valida»; così, G. Illuminati, *Giudizio*, in *Compendio di procedura penale*¹¹ a cura di M. Bargis, Milano 2023, 772.

¹⁰⁴ L. Suraci, *Nuove contestazioni*, in *Trattato di procedura penale* diretto da G. Spangher, vol. IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, t. II, *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica* a cura di G. Spangher, cit., 472.

¹⁰⁵ Cfr. C. Cost. 20.5.1992, n. 241, cit.

¹⁰⁶ In questo senso, A. Cabiale, S. Quattrocchio, *op. cit.*, par. 3.5.

E proprio in ragione della necessità del *placet* dell'interessato, il Giudice delle leggi aveva escluso che lo stesso potesse chiedere l'ammissione a riti alternativi; egli avrebbe potuto semplicemente non acconsentire alla contestazione, per poi avanzare la relativa istanza nell'ambito del processo che sarebbe stato avviato in seguito¹⁰⁷.

Tale possibilità, come visto, è invece contemplata *expressis verbis* dal nuovo art. 519 Cpp. Si tratta di una previsione «non [così] indispensabile»¹⁰⁸, la cui finalità è però chiara: evitare l'instaurazione di un altro procedimento con sovraccarico della già farraginoso macchina giudiziale.

Premesso che lo scopo è assolutamente condivisibile, rimane da chiarire il rapporto consequenziale che deve instaurarsi fra l'adesione dell'imputato, l'autorizzazione del giudice e, ancora, l'esercizio della facoltà in parola.

Ora, l'art. 519, nel richiamare il comma 2 dell'art. 518, sembra presupporre il compimento degli *step* ivi prescritti; perciò, pare agevole concludere che l'istanza di rito alternativo possa essere avanzata soltanto dopo che l'imputato abbia dato il benestare e che il giudice abbia approvato la nuova contestazione.

Senonché, si pone un altro e conseguente interrogativo. C'è, infatti, da domandarsi se il prevenuto possa subordinare il proprio consenso all'accoglimento della richiesta del procedimento speciale (si pensi all'applicazione della pena o alla sospensione del procedimento con messa alla prova) oppure se l'accettazione del riformulato capo di accusa debba essere fatta «a scatola chiusa».

Orbene, pare incontestabile che per assicurare la piena tutela del diritto di difesa, nella specie del diritto convenzionalmente garantito a poter disporre di tutte le informazioni e «facilitazioni»¹⁰⁹ necessarie per preparare al meglio le strategie processuali, non si possa prescindere dal riconoscere all'imputato la facoltà di condizionare il proprio *placet* nelle forme testé proposte. Detto altrimenti, sarebbe lesivo delle prerogative difensive, oltretutto irragionevole, costringere il prevenuto a valutare l'opportunità di agire secondo la via prevista dagli artt. 518, co. 2, e 519 Cpp pur non avendo certezze in merito all'ammissione del procedimento speciale.

D'altronde, deve prendersi altresì atto che, accettando la nuova contestazione, il soggetto rinuncia a determinate garanzie connaturate alla sua qualifica e, ancor prima, a quella di indagato; ragione per la quale lo stesso dovrebbe avere la concreta possibilità di recuperare (quantomeno una parte di) dette garanzie mediante il sicuro accoglimento del rito alternativo.

Senza considerare, infine, che un'impostazione di segno opposto contribuirebbe a rendere la novella sostanzialmente inutile sul punto; è, infatti, del tutto verosimile che in una situazione di dubbio come quella rappresentata, l'imputato sia portato a scegliere le cadenze ordinarie, onde poter usufruire di tutte le facoltà sancite dal codice di rito, piuttosto che ad acconsentire al «cambio in corsa» dei fatti contestati.

6. Come premesso in apertura, le ulteriori modifiche recate alle regole che governano la fase dibattimentale riflettono la volontà di armonizzare il giudizio con alcune delle ulteriori innovazioni apportate dalla riforma: segnatamente, la digitalizzazione del processo penale, il procedimento in assenza e, infine, la c.d. *remote justice*¹¹⁰.

¹⁰⁷ Cfr. C. Cost. 19.5.1997, n. 146, in *www.giurcost.org*. Per un riferimento dottrinale v., *ex multis*, G. Illuminati, *op. cit.*, 773 e M. Santoro, *Nuove contestazioni e accesso ai riti alternativi: verso un percorso assiologicamente definito*, in *Cass. Pen.*, 2021, 9, 3052.

¹⁰⁸ In questo senso, G. Illuminati, *op. cit.*, 773.

¹⁰⁹ Tale ultima clausola, come noto contenuta nell'art. 6 par. 3 lett. b C.e.d.u., è «tra le più elastiche di quelle dedicate dalla Convenzione processuale» e, dunque, presenta una «particolare attitudine a coprire una serie imprevedibile di situazioni» (M. Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano 1969, 310), nell'ambito delle quali può sicuramente ricondursi quella esaminata.

¹¹⁰ A queste novità va aggiunta l'introduzione dell'art. 545-bis Cpp il quale contempla una particolare fase di *sentencing*, in coda alla deliberazione, per consentire l'applicazione di pene sostitutive. Per un approfondimento sulla disposizione si rinvia a G. De Vero, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: uno sguardo d'insieme*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 20.2.2023, 9 s. e a D. Guidi, *La riforma delle "pene" sostitutive*, *ivi*, 25.2.2023, 18 ss. Sul

In via di estrema sintesi, quanto al processo penale telematico, il d.lgs 150/2022 – nel reagire «ad un’afasia legislativa lunga quasi un decennio»¹¹¹ – ha introdotto un nuovo comma 1-*bis* all’art. 483, in forza del quale il verbale di udienza, da redigersi in forma di documento informatico¹¹², deve essere «sottoscritto dal pubblico ufficiale [...] e sottoposto al presidente per l’apposizione del visto con firma digitale o altra firma elettronica qualificata»¹¹³. V’è da dire, però, che l’art. 87 co. 5 d.lgs. 150/2022, onde permettere un fisiologico adattamento al *novum* digitale¹¹⁴, ha posticipato la vigenza della norma al quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione dei regolamenti di cui ai commi 1 e 3 della medesima disposizione oppure «al diverso termine di transizione previsto dal regolamento di cui al comma 3 per gli uffici giudiziari e per le tipologie di atti in esso indicati».

Per quanto concerne, invece, l’assenza, il “manipolato” art. 484 co. 2-*bis* Cpp sancisce che le previsioni di cui agli artt. 420-*bis* e ss. trovano piena cittadinanza anche in dibattimento solo nel caso in cui non abbia avuto luogo l’udienza preliminare. Là dove, al contrario, l’udienza filtro abbia avuto svolgimento, si applicano esclusivamente l’art. 420 co. 2-*ter* primo periodo, in forza del quale è considerato presente il prevenuto che si sia allontanato dall’aula o che una volta comparso non si presenti alle successive udienze, e l’art. 420-*ter*, dedicato all’impedimento a comparire dell’imputato o del difensore¹¹⁵.

Sulla stessa scia si colloca la riscrittura dell’art. 489, recante i «rimedi per l’imputato contro il quale si è proceduto in assenza nell’udienza preliminare». Il novellato primo comma dispone che il giudice, anche di ufficio, debba dichiarare la nullità del decreto di rinvio a giudizio e restituire gli atti al g.u.p., se vi sia la prova che, in sede di udienza preliminare, l’imputato sia stato dichiarato assente in carenza dei presupposti stabiliti dall’art. 420-*bis* Cpp. Il secondo comma specifica, poi, che la predetta invalidità è sanata se non eccepita dal prevenuto comparso o che abbia rinunciato a comparire; resta,

punto, deve ricordarsi che il comma 1 della disposizione in oggetto è stato recentemente interpolato dal d.lgs. 31/2024.

¹¹¹ Così, B. Galgani, *Il processo penale telematico*, in *DPP*, 2023, 1, 114. Per una disamina delle novità in tema di digitalizzazione del processo penale si rimanda a Ead., ... along came *il processo penale telematico. Le disposizioni generali sugli atti*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale* a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, cit., 395 ss.

¹¹² In proposito, l’art. 110, co. 1 Cpp – anch’esso ritoccato dalla riforma – dispone che «quando è richiesta la forma scritta, gli atti del procedimento penale sono redatti e conservati in forma di documento informatico, tale da assicurarne l’autenticità, l’integrità, la leggibilità, la reperibilità, l’interoperabilità e, ove previsto dalla legge, la segretezza». Il secondo comma aggiunge che gli atti redatti in forma di documento informatico devono conformarsi alla normativa, finanche regolamentare, «concernente la redazione, la sottoscrizione, la conservazione, l’accesso, la trasmissione e la ricezione degli atti e dei documenti informatici». Sul punto, si veda B. Galgani, ... along came *il processo penale telematico*, cit., 408 s., la quale precisa come «alla disciplina tecnica [...] non [dovrebbe] essere assegnata altra (seppur essenziale) *mission* che quella di invernare, attraverso la cernita e la selezione delle metodiche e degli applicativi allo scopo più funzionali, la tutela delle scelte assiologiche e degli obiettivi già debitamente evidenziati nelle disposizioni delle quali qui si va trattando».

¹¹³ Questa previsione si lega all’art. 111 co. 2-*bis* Cpp, secondo cui «l’atto redatto in forma di documento informatico è sottoscritto, con firma digitale o altra firma elettronica qualificata, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione degli atti e dei documenti informatici». In merito, B. Galgani, *Il processo penale telematico*, cit., 117 ammonisce: «non si può ignorare come l’aver espressamente optato per le due *species* di firma [...] contribuisca ad affievolire la coerenza del sistema smentendo l’evocato principio di neutralità, dal momento che entrambe si incentrano su una tecnologia specifica, quella, per l’appunto, del certificato qualificato».

¹¹⁴ In riguardo, B. Galgani, *Il processo penale telematico*, cit., 114 rinviene nella scelta del legislatore di rinviare l’entrata in vigore della nuova regolamentazione in punto di processo penale telematico un «sano “principio di realtà e di realismo”». L’Autrice ricorda, inoltre, come il differimento dell’intera riforma ad opera del d.l. 162/2022, convertito con modifiche nella l. 199/2022, abbia costituito per la materia in oggetto l’occasione per presentare «delle preziose migliorie a fronte di alcuni dubbi ermeneutici ingenerati da qualche silenzio di troppo». Il riferimento corre agli artt. 5-*quater* e 5-*quinqies* del provvedimento da ultimo richiamato che hanno introdotto nella trama del d.lgs. 150/2022, rispettivamente, alcuni commi all’art. 87 e l’art. 87-*bis*.

¹¹⁵ Al riguardo, deve registrarsi l’emendamento all’art. 484 co. 2 *bis* auspicato dall’UCPI, in virtù del quale – contrariamente a quanto previsto dalla novella – al dibattimento verrebbero estese tutte le disposizioni dettate in materia di assenza, tanto nel caso in cui non sia stata celebrata l’udienza preliminare, quanto nell’ipotesi in cui questa abbia trovato esplicazione; cfr. *Proposte UCPI di emendamenti al d.lgs 150/2022*, cit., 14.

ad ogni modo, salva la possibilità per lo stesso di essere restituito nel termine onde avanzare istanze di riti alternativi oppure esercitare le altre facoltà da cui sia decaduto. Ancora, viene precisato che la nullità non può essere fatta valere nel caso in cui risulti che il soggetto fosse stato nelle condizioni di comparire all'udienza preliminare¹¹⁶.

È stato, infine, aggiunto il comma 2-*bis*, volto a regolare la *restitutio in integrum* del prevenuto, che viene condizionata alla prova – gravante in capo allo stesso imputato – dell'impossibilità di comparire o di intervenire oppure della mancata conoscenza della pendenza del processo¹¹⁷.

Ultima ma non per importanza la *remote justice*: il nuovo art. 496 Cpp prevede che, salva diversa regolamentazione, il giudice possa disporre con il *placet* delle parti l'esame a distanza di testimoni, periti, consulenti tecnici, nonché delle persone indicate nell'art. 210 Cpp e delle parti private¹¹⁸. Insomma, sulla falsariga di altre norme del codice di rito¹¹⁹, la disposizione contempla, ora, una specifica ipotesi in fase dibattimentale di “giustizia da remoto”¹²⁰ a base consensuale¹²¹.

Va da sé che il collegamento audiovisivo all'uopo approntato dovrà rispondere alle indicazioni dettate dall'art. 133-*ter* Cpp¹²²; dovrà, sicché, essere attuato «a pena di nullità, con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti all'atto o all'udienza», nonché «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».

Pur non essendo la sede per soffermarci sui rischi e sui vantaggi del “telesame”, non può comunque sottacersi il carattere innovativo della manovra messa in atto dal legislatore in materia di *remote justice*, ove sembra intravedersi una – seppur *in fieri* – «visione olistica di sistema, intenta a verificare la possibilità di promuovere un inserimento modulato e consapevole della tecnologia nell'architettura

¹¹⁶ In merito, A. Conti, *L'imputato assente alla luce della riforma Cartabia Note a prima lettura del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, in *Arc. Pen. (web)*, 2023, 1, 42 critica la norma in oggetto in cui percepisce un «vago sapore anti-abusivo», in quanto introduce un gravoso onere probatorio in capo all'imputato; onere che, a detta dell'Autore, potrebbe esporre «il sistema al biasimo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo».

¹¹⁷ Per una disamina delle innovazioni apportate agli artt. 420-*bis* ss., si veda, *ex multis*, 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. Codice penale - Codice di procedura penale - Giustizia riparativa* a cura di G. Spangher, cit., 337 ss., G. Mantovani, “*Riforma Cartabia*”: per chi è il processo in absentia?, in www.lalegislazionepenale.eu, 30.5.2023, 1 ss. e N. Rombi, *Il nuovo processo in assenza*, in *DPP*, 2023, 1, 126 ss.

¹¹⁸ Cfr. *Proposte UCPI di emendamenti al dlgs 150/2022*, cit., 16, nel cui contesto viene caldeggiata l'eliminazione *tout court* della previsione di nuovo conio.

¹¹⁹ Il riferimento corre a titolo esemplificativo, e senza pretesa di esaustività, agli artt. 294 co. 4, 350 co. 4-*bis*, 360 co. 3-*bis* e 370 co. 1-*bis* Cpp.

¹²⁰ B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 229 rimarca come la tematica dei collegamenti audiovisivi abbia assunto una rimarchevole centralità, prima ancor della riforma Cartabia, «nell'intricato crocevia normativo dettato dal bisogno di rinvenire risposte alternative al *lockdown* giudiziario originariamente imposto a fronte della diffusione del Covid-19, [...] vedendo riattizzare intorno a sé il fuoco di un'antica “guerra di religione” tra fazioni contrapposte in maniera manichea, e ben lungi – almeno parrebbe – dal trovare una qualche forma di pacificazione».

¹²¹ In proposito, B. Galgani, *Innovazione tecnologica e tradizione personalistica. Dalla partecipazione “a distanza” alle cc.dd. “Metaverse Courtrooms”?*, in *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura* a cura di D. Castronuovo, D. Negri, Napoli 2023, 141 s. rileva come «[n]ell'ultimo tasso temporale [...] a farsi strada è stato vieppiù il suggerimento di individuare nel consenso delle parti il *passerpartout* legittimante qualsiasi deroga al contraddittorio in senso forte ed ogni compressione delle garanzie del prevenuto». Tale *trend* affligge, come visto, anche la normativa di recente introduzione la quale, così, «pecc[a] in qualche modo di ingenuità, autocondannandosi all'ineffettività nella misura in cui, pur essendo *de facto* associata all'idea di un depauperamento, quantomeno potenziale, di certe tutele garantistiche, non risulta “corredata” da alcuna forma di premialità».

¹²² La disposizione, contenuta nel Titolo II *bis* del Libro II – inserito *ex novo* dal d.lgs. 150/2022 –, è infatti dedicata alle «modalità e garanzie della partecipazione a distanza» e introduce tutta una serie di regole che, secondo quanto disposto dall'art. 133 *bis* Cpp, devono essere osservate quando l'autorità giudiziaria delibera che un atto avvenga tramite collegamento a distanza.

costituzionale del processo penale, in modo da esaltarne, e non certo da depotenziarne, le complessive garanzie di contesto»¹²³.

7. Qualsiasi tentativo di ottimizzare la fase del giudizio porta con sé il rischio di comprimere quelle garanzie fondamentali che, al contrario, ne devono costituire la cifra identitaria¹²⁴. Il compito a cui è stato chiamato il legislatore, pertanto, non era dei più semplici.

Ebbene, nel gioco dei precari equilibri fra razionalizzazione del dibattimento e diritti, non vi è dubbio che un ruolo centrale potrà essere giocato dall'art. 477 Cpp. Una ragionata, dettagliata, ma flessibile organizzazione del processo potrà, infatti, costituire il volano per giungere a una decisione in tempi rapidi (*rectius* opportuni), senza tuttavia compromettere i diritti fondamentali dell'imputato e i principi basilari del processo accusatorio: si è, infatti, già messo in evidenza come la calendarizzazione possa contribuire a far esaurire il giudizio prima che l'autorità giudicante muti sede o funzioni, assicurando così la piena tutela dell'immediatezza.

In proposito, è appena il caso di notare – per quanto sia un'ovvietà – come affinché la disposizione risponda a tali (legittime) aspettative debba trovare concreta attuazione nelle aule dei tribunali, circostanza – questa – tutt'altro che scontata¹²⁵.

Allo stato può comunque condividersi la scelta del legislatore di non presidiare il dovere organizzativo con sanzioni processuali, nella convinzione che, similmente a quanto ipotizzato con riferimento ad altri “capitoli” della riforma¹²⁶, sarà la “spinta gentile” (il *nudging*, per usare la terminologia anglosassone) dell'utilità concreta delle nuove disposizioni ad assicurare il rispetto delle stesse¹²⁷.

Tuttavia, non può escludersi che, là dove la previsione rimanga disattesa, si renderà necessaria un'opera di *restyling*, se non mediante il ricorso alle invalidità processuali, perlomeno approntando efficaci meccanismi compensativi: l'idea potrebbe essere quella di stabilire, nel caso in cui il soggetto sia dichiarato innocente, un risarcimento del danno (si pensi ai rimedi di cui alla l. 24.3.2001, n. 89, c.d. “legge Pinto”¹²⁸) oppure, in caso di condanna, uno scomputo dalla pena detentiva, da calcolarsi in proporzione ai giorni di ritardo maturati per via dell'omessa implementazione o dell'inesatta osservazione del calendario.

Ad ogni modo, deve prendersi atto di come l'ottimizzazione della fase dibattimentale passi anche da una riduzione del numero dei procedimenti per i quali la stessa si rende necessaria¹²⁹; ed è verso questa direzione che muovono, difatti, gli ulteriori interventi messi in atto dal d.lgs. 150/2022: dall'espansione dei riti speciali alle più rigide regole di giudizio fissate dagli artt. 408 e 425 Cpp,

¹²³ Testualmente, B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., 240.

¹²⁴ Ne era, d'altra parte, ben conscia anche la *Commissione Lattanzi*; cfr. *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435*, cit., 29.

¹²⁵ Si tratta di un timore manifestato altresì da chi per primo è stato coinvolto nel progetto di “ristrutturazione”; v. G. Lattanzi, *Passato, presente e futuro dell'oralità dibattimentale*, in *Cass. Pen.*, 2022, 3, 932 il quale evidenzia una radicata abitudine «alla lunga durata dei dibattimenti e a questo modo di procedere, anche a costo di far maturare la prescrizione, o di determinare, a dibattimento in corso, il mutamento del giudice, per un trasferimento o anche solo per un cambiamento di funzione».

¹²⁶ Il riferimento corre alla digitalizzazione del processo; si veda sul punto B. Galgani, *Il processo penale telematico*, cit., 119.

¹²⁷ Sono di questo avviso anche A. Cabiale, S. Quattrocchio, *op. cit.*, par. 3.1.

¹²⁸ Anche se non possiamo esimerci dal constatare come il legislatore abbia, nel tempo, cercato di «rendere assai tortuosa la via della riparazione del danno derivante da irragionevole durata del processo»; così, K. La Regina, *Legge Pinto: il sacrificio dell'equa riparazione sull'altare della spesa pubblica*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 20.1.2017, 1, la quale mette in evidenza come l'azione volta «a circoscrivere l'ambito della riparazione del danno» prevista dalla legge del 2001 sia conseguenza dell'«impatto economico dello strumento indennitario a carico del bilancio dello Stato», da un lato, e delle «ripercussioni del contenzioso Pinto sul lavoro delle Corti di appello», dall'altro.

¹²⁹ Per usare le parole della *Commissione Lattanzi*: «la chiave di un efficace intervento, dunque, non può risiedere nella compressione di tutele che devono poter essere dispiegate efficacemente, all'occorrenza, ma deve consistere nella predisposizione di filtri a monte»; cfr. *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435*, cit., 29.

dall'introduzione dell'udienza predibattimentale all'estensione della procedibilità a querela, fino all'ampliamento dell'istituto della particolare tenuità del fatto.

Ne consegue che, seppur le modifiche al Libro VII appaiono meritevoli di essere accolte nel complesso con i migliori auspici, «la riforma [deve] necessariamente [essere valutata] in termini di sistema»¹³⁰, nonché di resa pratica.

A tal proposito urge una considerazione conclusiva. A poco più di un anno dalla sua entrata in vigore, se dal lato per così dire “efficientistico” sembra, come anticipato, che la novella stia dando i suoi frutti¹³¹, sul versante dell'applicazione giudiziale delle disposizioni di nuovo conio il quadro è meno confortante. Il richiamo va, in particolare, al provvedimento del Tribunale di Tempio Pausania in precedenza ricordato, che pare testimoniare una persistente volontà della giurisprudenza – se non altro, di una parte di essa – di «continuare a seguire ermeneusi in contrasto con la volontà del legislatore, per come essa emerge dal testo legislativo»¹³²; una tendenza che, a ben vedere, potrebbe insinuarsi in altri interstizi lasciati aperti dalla riforma, vanificandone così la portata innovativa.

¹³⁰ Questa la riflessione di A. Chelo, *op. cit.*, 179.

¹³¹ Si veda la *Relazione sul monitoraggio statistico degli indicatori PNRR – I semestre 2023* predisposta dal Ministero della Giustizia (consultabile in www.giustizia.it), in cui si dà atto come nel lasso temporale in considerazione il *disposition time* si sia ridotto, con riferimento al primo grado, del 29,7 % (ben oltre, quindi, l'obiettivo generale del 25% fissato dal PNRR). Per un commento, si rinvia a G.L. Gatta, M. Gialuz, *Riforma Cartabia e durata media del processo penale: - 29% nel primo semestre del 2023. Raggiunto (al momento) il target del PNRR. I dati del monitoraggio statistico del Ministero della Giustizia*, in *Sist. pen.*, 2023, 11, 71 ss. In linea con i dati forniti dal Ministero della Giustizia, le statistiche illustrate dalla Prima Presidente della Corte di Cassazione nella *Relazione sull'amministrazione della Giustizia nell'anno 2023* (reperibile in www.cortedicassazione.it) evidenziano una diminuzione delle pendenze del 13% per i tribunali, a cui si accompagna un incremento nel numero dei procedimenti definiti pari all'8,3%. Preme tuttavia sottolineare come, considerato che i dati si riferiscono a un periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della novella, è assai probabile che i risultati (indubbiamente rilevanti) siano conseguenza non tanto delle modifiche apportate al dibattimento e *in primis* della calendarizzazione – non fosse altro per motivi di fisiologico adeguamento – quanto piuttosto delle altre innovazioni, quali l'aumento del novero dei reati procedibili querela, l'estensione dell'operatività dell'istituto della particolare tenuità del fatto oppure, ancora, la nuova «sentenza di non luogo a procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato» *ex art.* 420-*quater* Cpp.

¹³² Così, ancora, A. Chelo, *op. cit.*, 179.

LE NUOVE DISPOSIZIONI PROCESSUALI IN MATERIA DI CONTRASTO ALLA VIOLENZA SULLE DONNE E ALLA VIOLENZA DOMESTICA

di Paola Spagnolo (*Professore Ordinario di diritto processuale penale. Università LUMSA – Roma*)

Con la l. 24 novembre 2023, n. 168 il legislatore interviene nuovamente sul sistema normativo deputato a contrastare il crescente e allarmante fenomeno della violenza nei confronti delle donne. Il presente contributo analizza le modifiche processuali dirette, da un lato, ad accelerare i procedimenti per determinate fattispecie riconducibili alla violenza nei confronti delle donne e alla violenza domestica, dall'altro, attraverso alcune modifiche alla disciplina cautelare e precautelare, a fornire un'immediata risposta alle esigenze di tutela della vittima di particolari reati. Se in generale va accolto con favore l'interesse e l'attenzione per il tema, alcune scelte si espongono a critica. In linea generale, appare opinabile la creazione di multi-binari processuali basati su regimi differenziati a seconda del reato per cui si procede o del particolare rapporto che lega la vittima al presunto autore della violenza. Ancora, gli interventi in materia cautelare e precautelare, seppur giustificati dalla volontà di contrastare più efficacemente il dilagare di forme di violenza nei confronti dei soggetti deboli, sembrano porsi in frizione con il principio dell'*extrema ratio* dell'intervento in materia di libertà personale.

With law no. 168 of 24 November 2023, the legislator once again intervenes in the regulatory system designed to combat the growing and alarming phenomenon of violence against women. This contribution analyses the procedural changes aimed, on the one hand, at speeding up proceedings for certain cases of violence against women and domestic violence, and, on the other hand, through some changes to the precautionary and precautionary regulations, at providing an immediate response to the need to protect the victim of particular crimes. While the interest and attention to the topic is generally to be welcomed, some choices are open to criticism. In general, the creation of procedural multi-tracks based on different regimes depending on the crime being prosecuted or on the particular relationship between the victim and the alleged perpetrator appears questionable. Again, the interventions in matters of precautionary and precautionary measures, although justified by the desire to combat more effectively the spread of forms of violence against weak subjects, seem to clash with the principle of the *extrema ratio* of intervention in matters of personal freedom.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Nuove ipotesi di priorità. – 3. Le modifiche alle disposizioni in materia cautelare: l'ampliamento delle deroghe ai limiti di pena. – 4. (segue): i mezzi elettronici e gli altri strumenti tecnici di controllo. – 5. Gli interventi in materia precautelare: l'arresto in flagranza differita. – 6. (segue): la "nuova" misura precautelare. – 7. L'integrazione degli oneri comunicativi.

1. Con la legge 24 novembre 2023, n. 168, il legislatore italiano pone un ulteriore tassello nella costruzione di un sistema idoneo a contrastare il costante emergere di fatti criminosi caratterizzati dalla violenza nei confronti delle donne. Si tratta dell'ennesimo intervento, in pochi anni, diretto a fronteggiare un fenomeno in continuo, progressivo e allarmante aumento ormai da molto tempo, tanto da non poter più essere trattato alla stregua di un fenomeno emergenziale¹. Rispetto all'ultimo intervento normativo in materia, la l. 8 settembre 2023, n. 122², l'attuale legge si caratterizza per una

¹ L'analisi statistica nel periodo 2019/2022 mostra che più di un terzo degli omicidi hanno riguardato le donne, e che i c.d. reati spia, ossia maltrattamenti in famiglia e stalking, hanno registrato un progressivo aumento, v. quanto riportato nella Circolare 3/2023 della Procura Generale presso la Corte di Cassazione, *Orientamenti in materia di violenza di genere*, pubblicata in www.sistemapenale.it 4.5.2023.

² Per un commento A. Marandola, *Codice rosso rafforzato*, in *DPP* 2023, 1420.

maggiore ampiezza. Nonostante la celerità dell'*iter* di approvazione³, dalla lettura della relazione di presentazione del disegno di legge emerge chiaramente come il testo sia frutto di una ponderata attenzione al tema da parte sia delle diverse compagini parlamentari sia della magistratura. Vanno infatti ricordati, per l'influenza che hanno avuto sul testo definitivo, sia quanto emerso dall'Osservatorio sul fenomeno della violenza nei confronti delle donne e sulla violenza domestica, istituito dall'articolo 1, comma 149, della legge 30 dicembre 2021, n. 234, sia le conclusioni della Relazione finale della Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio nonché su ogni forma di violenza di genere⁴. Non possono neanche trascurarsi le linee guida emesse da diverse Procure della Repubblica nonché la pubblicazione degli orientamenti della Procura generale della Corte di cassazione in materia di violenza di genere adottati il 3.5.2023⁵, che individuano le principali criticità normative e contestualmente formulano indirizzi di intervento alla luce dell'avvertita necessità di tracciare un bilancio sulle prospettive future in modo da fornire una risposta istituzionale ai reati in materia. L'interesse della società civile per il tema, purtroppo a seguito di noti fatti di cronaca, ha probabilmente creato il terreno fertile per un nuovo, celere intervento in materia.

Seppur da salutare con favore, perché espressione di una crescente attenzione ad odiose forme di violenza, il recente intervento normativo si espone ad alcune critiche. In linea generale, appare opinabile la creazione di multi-binari processuali basati su regimi differenziati a seconda del reato per cui si procede o del particolare rapporto che lega la vittima al presunto autore della violenza. Questa frammentazione, foriera sicuramente di difficoltà applicative, rischia di ingenerare confusione negli operatori chiamati a dare attuazione alle nuove previsioni e creare disparità tra "tipi" di vittime non facilmente comprensibili.

Ancora, gli interventi in materia cautelare e precautelare, seppur giustificati dalla volontà di contrastare più efficacemente il dilagare di forme di violenza nei confronti dei soggetti deboli, sembrano porsi in frizione con il principio dell'*extrema ratio* dell'intervento in materia di libertà personale. Si pensi, ad esempio, all'obbligatorietà di strumenti di controllo elettronici dalla portata particolarmente intrusiva o, ancora, all'arresto in flagranza differita.

Appare invece sicuramente encomiabile l'attenzione riservata ad iniziative di formazione sulla violenza nei confronti delle donne dirette agli operatori della giustizia (v. art. 6 l. 168/2023)⁶, o la previsione di pubblici ministeri «specificamente individuati per la cura degli affari in materia di violenza nei confronti delle donne e domestica» (art. 5 l. 168/2023). Si tratta di previsioni che consentiranno il radicamento di buone prassi negli uffici giudiziari e la predisposizione di

³ In disegno di legge C 1294 veniva presentato alla Camera dei Deputati il 12.7.2023. L'esame iniziava il 6.9.2023, per concludersi il 19.10.2023. Approvato all'unanimità il testo il 26.10.2023, questo veniva trasmesso al Senato che lo esaminava nella seduta del 21.11.2023, per approvarlo il 22.11.2023.

⁴ Si veda Doc. XXII-bis, n. 15, della XVIII Legislatura della Commissione parlamentare di inchiesta istituita con deliberazione del Senato della Repubblica del 16 ottobre 2018 e prorogata con deliberazione del Senato della Repubblica del 5 febbraio 2020. Con l. 9.2.2023, n. 12 è stata istituita, per la durata della XIX Legislatura, la Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere.

⁵ Il riferimento è alla circolare 3/2023 della Procura Generale presso la Corte di Cassazione, *Orientamenti in materia di violenza di genere*, cit.

⁶ Dalla relazione della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno del femminicidio (Doc. XXII-bis, n. 15) emergono le carenze sotto il profilo formativo di coloro che entrano in contatto con le vittime di violenza (magistrati, personale di polizia giudiziaria, avvocati e psicologi). V. al riguardo anche il rapporto GREVIO pubblicato il 13 gennaio 2020. Sul punto v. anche A. Marandola, *Violenza di genere: accelerazione del rito e formazione per l'adeguamento della legislazione domestica agli standard europei*, in *DPP* 2024, 169, che richiama anche alcune delibere del CSM.

metodologie standardizzate della valutazione del rischio (quali ad esempio SARA⁷) e metodi condivisi di analisi e valutazione dei fatti⁸.

Quest'opera di formazione, poi, dovrebbe riguardare tutta la società civile, a partire dalle scuole, dai centri sportivi, dai luoghi di lavoro, perché la violenza nei confronti delle donne è, prima di tutto, un problema di matrice culturale⁹.

2. Volendo indicare un filo rosso che lega gli interventi in materia di diritto processuale, questo può essere individuato in un binomio che ormai segna e caratterizza la legislazione processuale: efficienza ed efficacia. Tutti gli interventi, infatti, si propongono l'obiettivo di rispondere celermente alla domanda di giustizia avanzata dalla vittima di particolari reati, operando sia sul piano processuale – si pensi alle nuove priorità nella trattazione dei procedimenti per alcuni specifici reati e/o alla specializzazione dei pubblici ministeri – sia sul piano cautelare e precautelare, campo elettivo della risposta immediata all'esigenza di tutela della vittima.

Sotto il primo profilo, emerge chiaramente l'influenza di alcune pronunce della Corte europea che avevano ravvisato nel ritardo nella trattazione dei processi riguardanti vittime di violenza domestica, una violazione, sotto il profilo processuale, dell'art. 2 e dell'art. 3 Cedu¹⁰. Proprio per rispondere a queste imbarazzanti condanne, oggi il legislatore conia nuove ipotesi di priorità nella trattazione dei processi e nella fase cautelare, imponendo anche un certo ritmo alle indagini preliminari.

Innanzitutto, l'art. 3 della l. 168/2023 sostituisce la lett. *a-bis* dell'art. 132-*bis* disp. att. Cpp, aggiungendo ai reati prioritari già previsti ulteriori ipotesi, in gran parte riconducibili alle fattispecie introdotte con il c.d. codice rosso¹¹. Accanto, infatti, ai maltrattamenti in famiglia e alle ipotesi di violenza sessuale, oggi la priorità va assicurata anche per i processi riguardanti i reati di: violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 387-*bis* Cp); costrizione o induzione al matrimonio (art. 558-*bis* Cp); lesioni personali aggravate (ai sensi degli artt. 576, co.1, nn. 2, 5 e 5.1 e 577 co. 1, n. 1 e co. 2 Cp); deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 583-*quinquies* Cp); interruzione di gravidanza non consensuale (art. 593-*ter* Cp); diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, il c.d. *revenge porn* (art. 612-*ter* Cp); stato di incapacità procurato mediante violenza, limitatamente ai casi presi in considerazione dal terzo comma, ossia quando il colpevole ha agito al fine di commettere un reato o se la persona resa incapace commette in tale stato un fatto previsto dalla legge come delitto (art. 613 co. 3 Cp)¹².

⁷ Si tratta del *Spousal Assault Risk Assessment*, un metodo che costituisce il frutto di linee guida di valutazione della violenza di genere, elaborate nel 1996 e validate dalla comunità internazionale, che prendono in considerazione dieci fattori di rischio che possono consentire di valutare, ai fini dell'adozione della misura più appropriata, il grado di pericolosità del soggetto maltrattante ed il rischio di recidiva. Cfr. A.C. Baldry, *La violenza contro le donne: maltrattamenti e valutazione del rischio di recidiva: il metodo SARA (Spousal Assault Risk Assessment)*, in *Itinerari di vittimologia*, a cura di A.M. Giannini, F. Cirillo, Milano 2012, 185 e ss.

⁸ V. C. Pecorella e M. Dova, *Osservatorio sulla violenza nei confronti delle donne 4/2023 - La valutazione del rischio nei reati di violenza di genere*, in www.sistemapenale.it 15.9.2023.

⁹ Indicativa, in questo senso, C. eur. 27.5.2021, J. L. c. Italia, che ha condannato il nostro Paese per il “linguaggio colpevolizzante e moralizzante” utilizzato in una sentenza di assoluzione per il reato di violenza sessuale di gruppo.

¹⁰ In particolare, in diverse pronunce la Corte europea ha stigmatizzato il ritardo nella presa in considerazione delle denunce e la connessa sottovalutazione del rischio, nonché la mancata adozione di misure di protezione nei confronti delle vittime. Si evidenzia più volte l'assenza di una valutazione immediata e proattiva dell'esistenza di un rischio reale e immediato di violenze domestiche. Tra le tante, C. eur., 2.3.2017, Talpis c. Italia; C. eur., 7.4.2022, Landi c. Italia; C. eur., 16.6.2022, De Giorgi c. Italia; C. eur., 7.7.2022, M.S. c. Italia, in CP 2022, 4095, con osservazioni di C. Rossi. V. tra i tanti, V. Bonini, *Protezione della vittima e valutazione del rischio nei procedimenti per violenza domestica tra indicazioni sovranazionali e deficit interni*, in www.sistemapenale.it 23.3.2023; R. Casiraghi, *L'Italia condannata per non aver protette la vittima di violenza domestica e di genere*, in RIDPP 2017, 1192; A. Lorenzetti, *Violenza domestica e (mancata) protezione delle vittime, tra Roma e Strasburgo*, in *Quad. cost.*, 2022, 648.

¹¹ Il riferimento è alla l. 69/2019 e ai c.d. reati spia.

¹² Quest'ultima fattispecie è l'unica non riconducibile al catalogo stilato con la l. 69/2019.

In queste stesse ipotesi, ai sensi dell'art. 4 della legge in commento, è assicurata priorità anche alla trattazione della vicenda cautelare, sia nella richiesta sia nella decisione. A questi fini è previsto che i dirigenti dell'ufficio adottino i provvedimenti organizzativi necessari per assicurare la rapida definizione degli affari per cui è prevista la priorità. Va ricollegata a questa esigenza di celerità anche la successiva previsione, dedicata alla specializzazione nella trattazione dei processi in materia di violenza contro le donne e di violenza domestica. All'art. 1 co. 4 del d.lgs. 106/2006, si è infatti aggiunto che «in caso di delega, uno o più procuratori aggiunti o uno o più magistrati sono sempre specificamente individuati per la cura degli affari in materia di violenza contro le donne e domestica». È indubbio che la specializzazione sia funzionale ad individuare metodologie standardizzate della valutazione del rischio e il consolidamento di buone prassi che permettano di riconoscere e trattare il fenomeno della violenza di genere e nei confronti delle donne¹³. L'esigenza di specializzazione, però, riguarda anche l'ufficio del giudice per le indagini preliminari, che fin dall'avvio delle indagini può essere coinvolto nel procedimento, e che svolge un ruolo di fondamentale importanza nel contrasto tempestivo al fenomeno di cui si sta trattando. Sarebbe opportuno, quindi, che nell'adozione dei provvedimenti organizzativi, i tribunali, specialmente quelli di maggiori dimensioni, si dotino di un ufficio g.i.p. specializzato nella violenza di genere e domestica¹⁴.

Sempre con riferimento alla trattazione della vicenda cautelare, oltre alla citata previsione che impone generiche esigenze di priorità senza incidere sul tessuto codicistico, il legislatore ha introdotto un nuovo articolo, l'art. 362-*bis* Cpp rubricato «misure urgenti di protezione della persona offesa»¹⁵, che, al fine di dare concretezza alla proclamata priorità, inserisce dei termini ordinatori per la formulazione della richiesta cautelare e la decisione del giudice.

Va notato che questa urgenza nel provvedere opera al ricorrere di due condizioni: si deve trattare di un reato incluso in uno specifico catalogo; deve sussistere una particolare relazione rilevante tra l'indagato e la persona offesa.

Quanto all'elenco delle fattispecie, risulta piuttosto ampio e non pienamente sovrapponibile a quello per il quale opera la “generica” previsione di priorità nella trattazione della vicenda cautelare. Infatti l'esigenza di celerità non riguarda la fattispecie di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 387-*bis* Cp), mentre vale per il tentato omicidio (art. 575 Cp), per le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583-*bis* Cp), per la violenza privata (art. 610 Cp) e la minaccia grave (art. 612 co. 2 Cp). Sicché vi sono reati a trattazione prioritaria che non esigono l'urgenza prescritta dall'art. 362-*bis* Cpp.

Quanto alla relazione tra indagato e vittima, il reato deve essere stato commesso in danno del coniuge, anche separato o divorziato, della parte di un'unione civile o del convivente o di persona che è legata o è stata legata da relazione affettiva ovvero di prossimi congiunti.

Al ricorrere di queste condizioni, il p.m., compiute le indagini necessarie, deve valutare (si tratta di un obbligo, considerato l'uso del verbo all'indicativo) senza ritardo e comunque entro trenta giorni dall'iscrizione del nominativo della persona nel registro delle notizie di reato, la sussistenza dei presupposti di applicazione delle misure cautelari. Qualora ne ravvisi l'esistenza, dovrà presentare richiesta al giudice che, a sua volta, è tenuto ad emettere l'ordinanza entro venti giorni dal deposito

¹³ Occorre ricordare che nel Rapporto sulla violenza di genere e domestica nella realtà giudiziaria (Doc. XXII-*bis* n. 4), era stato evidenziato come solo una minoranza delle procure, pari al 12,3 per cento (ovvero 17 su 138, di cui 10 di piccole, 4 di medie e 3 di grandi dimensioni) segnala l'esistenza di un gruppo di magistrati specializzati esclusivamente nella violenza di genere e domestica, ma ciò non esclude che, soprattutto nelle piccole procure, detti magistrati trattino anche procedimenti di altre materie.

¹⁴ L'auspicio era già stato formulato Circolare 3/2023 della Procura Generale presso la Corte di Cassazione, *Orientamenti in materia di violenza di genere*, cit., 6. L'introduzione di un ufficio g.i.p. specializzato sarebbe peraltro in linea con la richiesta specializzazione del giudice rinvenibile nella Convenzione di Istanbul.

¹⁵ La previsione è stata inserita dall'art. 7 l. 168/2023.

della richiesta. In caso contrario, il p.m. è tenuto comunque a proseguire le indagini¹⁶. Si tratta di una specificazione solo all'apparenza ultronea, ma in realtà importante per sottolineare, proprio alla luce della giurisprudenza europea, l'esigenza di continuare l'attività investigativa onde fornire alla persona offesa una risposta alla sua domanda di giustizia. Al di là, infatti, della ritenuta sussistenza di esigenze cautelari, il procedimento deve proseguire, con indagini effettive, al fine di giungere ad una definizione in tempi brevi¹⁷.

I termini previsti per l'instaurazione e la definizione del sub procedimento cautelare, sia a carico del pubblico ministero sia del giudice, non sono certamente perentori, sicché la loro violazione non determina alcuna conseguenza processuale. Rilevano tuttavia ai fini disciplinari, stante la stretta connessione con la disposizione dell'art. 8 della legge che, modificando l'articolo 127 disp. att. Cpp in materia di comunicazione delle notizie di reato, impone al Procuratore Generale presso la Corte di appello l'obbligo di acquisire, trimestralmente, dalle procure del distretto i dati sul rispetto dei termini relativi ai procedimenti di cui all'articolo 362-*bis* Cpp e di inviare al Procuratore Generale presso la Corte di cassazione una relazione almeno semestrale. La raccolta di questi dati e la relazione, oltre a consentire al Procuratore generale presso la corte di appello di verificare la celerità della trattazione di questi procedimenti nel suo distretto¹⁸, sembrano direttamente funzionali all'iniziativa del procedimento disciplinare che, come è noto, compete anche al Procuratore generale presso la Corte di cassazione.

Qualche considerazione meritano i termini previsti.

In linea generale ogni richiesta cautelare va immediatamente presentata, la sussistenza dei *pericula libertatis*, sempre connotati da concretezza e attualità, impone pronte richieste del pubblico ministero e celeri decisioni del giudice. Il termine di trenta giorni, per le determinazioni dell'accusa, può apparire finanche eccessivo, almeno per quelle fattispecie per cui già operano disposizioni acceleratorie con riferimento al rapido esame della persona offesa e del denunciante, all'immediata comunicazione della notizia di reato e alla prontezza nello svolgimento della delega da parte della polizia giudiziaria¹⁹. La previsione di questo termine, che decorre dall'iscrizione del nominativo della persona nel registro delle notizie di reato, sarà probabilmente funzionale ad imprimere celerità alle indagini preliminari per tutti i reati previsti, anche per quelli per cui non operano le disposizioni acceleratorie inserite dal c.d. codice rosso, determinando anche un nuovo assetto dei rapporti con la polizia giudiziaria²⁰.

Meno comprensibili appaiono, invece, i venti giorni concessi al giudice per emettere l'ordinanza. Solitamente sulle richieste delle parti il giudice deve provvedere entro quindici giorni (art. 121 co. 2 Cpp), per cui appare per lo meno singolare che, nei casi in cui il legislatore ravvisi un'urgenza a provvedere a tutela della persona offesa, i termini di risposta siano più ampi²¹.

3. L'altro campo elettivo dell'intervento normativo è, come anticipato, l'ambito cautelare (e precautelare) e si tratta di modifiche tutte tese ad un inasprimento degli interventi *contra libertatem* per una serie di reati, sempre riconducibili a forme di violenza contro le donne. Quanto all'ambito cautelare, le integrazioni, che riguardano varie disposizioni codicistiche, possono essere ricondotte a due macro-aree. La prima opera sui presupposti cautelari, inserendo diverse deroghe ai limiti di pena

¹⁶ G. Amato, *Una corsia accelerata per definire le fattispecie più gravi. I criteri di priorità*, in *GD* (46) 2024, 62.

¹⁷ Non va trascurato, peraltro, che le esigenze cautelari potrebbero manifestarsi oltre i trenta giorni.

¹⁸ Cfr. al riguardo L. Algeri, *Tempi rapidi per l'adozione delle misure cautelari a protezione delle vittime*, in *DPP* 2024, 175.

¹⁹ Si tratta delle fattispecie di: tentato omicidio; maltrattamenti in famiglia; lesioni aggravate; deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso; violenza sessuale, atti sessuali con minorenne, corruzione di minorenne, violenza sessuale di gruppo; atti persecutori; diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti.

²⁰ Ne evidenziano la necessità le *Linee guida della Procura di Tivoli – contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica 6.12.2023*), pubblicate in www.sistemapenale.it 7.12.2023.

²¹ Va evidenziato che, anche in questo caso, il ritardo può essere sanzionato in sede disciplinare.

che consentono l'esercizio del potere cautelare. La seconda attiene al c.d. braccialetto elettronico, di cui viene ampliata l'operatività.

Quanto alla prima macro-area, è l'art. 280 Cpp, che pone la condizione generale di applicabilità di tutte le misure, ad ammettere l'utilizzo delle misure cautelari solo per fattispecie che denotano una certa gravità, selezionate *quoad poenam*. L'esercizio del potere cautelare è infatti consentito solo quando si procede per delitti puniti con la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni, per l'applicazione delle misure non custodiali, e non inferiore nel massimo a cinque anni – oltre che per il reato di finanziamento illecito ai partiti – per l'applicazione della misura custodiale. I limiti di pena sono derogati in caso di violazioni alle prescrizioni e nel caso di applicazione della misura a seguito di convalida dell'arresto in flagranza. Questa previsione, poi, va coordinata con il limite derivante dal principio di proporzionalità, espresso dall'art. 275 co. 2-*bis* Cpp, qualora si tratti di misure custodiali, e con le previsioni di deroghe specifiche per determinate misure cautelari (come ad esempio la previsione dell'art. 282-*bis* co. 6 Cpp). Ferma restando la scelta di una selezione *quoad poenam* per l'esercizio del potere cautelare, il legislatore amplia l'ambito delle deroghe, intervenendo sia sulla disposizione generale, sia su quelle ad esse connesse. L'art. 13 della l. 168/2023, infatti, incide sull'art. 280 Cpp, inserendo un nuovo comma 3-*bis*, sull'art. 275, co. 2-*bis* Cpp e sulla previsione dell'art. 391 Cpp. In tutti i casi vengono ampliate le ipotesi di eccezioni alla previsione generale. La prima delle modifiche richiamate, infatti, esclude l'operatività dei limiti di pena previsti per l'applicazione delle misure cautelari, sia quelle prescrittive sia le custodiali, nei procedimenti per i delitti di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 387-*bis* Cp), e per le lesioni aggravate (ai sensi degli artt. 576, co. 1, n. 2, 5 e 5.1. e 577 co. 1, n. 1 e co. 2 Cp). Ad una prima lettura, la portata della disposizione appare eccessivamente ampia consentendo di applicare tutte le misure cautelari, anche quelle custodiali, per fattispecie che, quantomeno in astratto, potrebbero non riguardare strettamente casi di violenza domestica o sulle donne (si pensi, ad esempio, alle lesioni aggravate dal rapporto di parentela in assenza di convivenza)²². Peraltro, ad escludere l'applicazione della misura custodiale non varrebbe neanche il richiamo al principio di proporzionalità, perché, come anticipato, il legislatore ha modificato pure il co. 2-*bis* dell'art. 275 Cpp, per cui attualmente il divieto di applicare la custodia cautelare in carcere, se il giudice ritiene che la pena irrogata non sarà superiore a tre anni, non si applica proprio per i procedimenti di cui stiamo discutendo e che, specialmente quando si tratti di violazione dei provvedimenti giudiziari in materia cautelare, prevedono appunto una pena che, nel massimo, può oggi arrivare a tre anni e sei mesi.

Ancora, proprio con riferimento a questa ultima fattispecie, il legislatore incide anche sull'art. 391 Cpp consentendo l'applicazione della misura cautelare anche al di fuori dei limiti edittali previsti dall'art. 280 Cpp. La previsione, vista la modifica dell'art. 280 Cpp, potrebbe apparire superflua. Tuttavia il richiamo potrebbe spiegarsi con la considerazione di voler escludere qualsiasi dubbio sull'applicazione, per la fattispecie dell'art. 387-*bis* Cp, in caso di arresto in flagranza²³, della misura custodiale, considerato che in precedenza, stante il limite di pena previsto per la fattispecie di cui si tratta, non era possibile l'applicazione della cautela custodiale²⁴. Si sarebbe infatti potuto sostenere che la mancata operatività del primo comma dell'art. 280 Cpp, che include la deroga prevista dal comma 5 dell'art. 391 Cpp, escludesse l'applicazione della cautela carceraria (il limite di pena è 3 anni e 6 mesi)²⁵. Peraltro, va sottolineato che oggi l'art. 387-*bis* Cp riguarda anche la violazione degli

²² Cfr. G. Amara, *La legge 24 novembre 2023, n. 168 “disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica”*, in www.giustiziainsieme.it 11.12.2023.

²³ L'arresto è, peraltro, obbligatorio.

²⁴ Avevano evidenziato il difetto di coordinamento tra la previsione della possibilità dell'arresto in flagranza per la fattispecie di cui all'art. 387-*bis* Cp e la normativa cautelare: G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia”*, in www.sistemapenale.it 15.10.2021, 29; L. Capraro, *Disposizioni a tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *PPG*, 1/2022, 286.

²⁵ Il legislatore, invece, non ha colto l'occasione per eliminare il difetto di coordinamento tra il testo dell'art. 280 Cpp

ordini di protezione civili, con la conseguenza di consentire l'applicazione di una misura cautelare ad un soggetto che ha violato un provvedimento emesso sulla scorta di un compendio probatorio-motivazionale non paragonabile, in termini di gravità indiziaria, a quello emesso dal giudice della cautela²⁶. In definitiva, in virtù delle deroghe ora inserite, è possibile, in via ordinaria, l'applicazione delle misure cautelari non detentive per il reato di cui all'art. 387-*bis* Cp in ragione dell'innalzamento della cornice edittale e anche la custodia cautelare in carcere, sia in caso di convalida dell'arresto per il suddetto titolo di reato, sia in caso di non convalida, stante la generale modifica contenuta nel comma 3-*bis* dell'art. 280 Cpp²⁷.

Sempre con riferimento all'ampliamento delle deroghe ai limiti di pena, il legislatore interviene anche sulla previsione del comma 6 dell'art. 282-*bis* Cpp aggiungendo, alle fattispecie già previste, l'ipotesi di tentato omicidio e il reato di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 583-*quinquies* Cp). Questo ampliamento è anche ripreso per la misura del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa: nei casi previsti dall'art. 282-*bis* co. 6 Cpp, infatti, anche questa misura può essere applicata in deroga ai limiti di pena previsti dall'art. 280 Cpp.

4. Le ulteriori modifiche in materia cautelare sono riconducibili ad un rafforzamento degli strumenti elettronici di controllo. Innanzitutto viene modificato l'art. 275-*bis* Cpp sostituendo, nel primo periodo, le parole «quando ne abbia accertato la disponibilità della polizia giudiziaria», con «previo accertamento della relativa fattibilità tecnica da parte della polizia giudiziaria». La modifica si spiega con la presa d'atto dell'esistenza, al momento, di diversi dispositivi di controllo elettronico che sfruttano la tecnologia di GPS e consentono quindi di monitorare gli spostamenti del soggetto a cui sono applicati nonché di avvisare, tramite un apparecchio telefonico fornito sia alla persona offesa sia al destinatario della misura, la persona a rischio di violenza. Si tratta di dispositivi dalle enormi potenzialità intrusive, ormai abitualmente in uso, ma che dovrebbero essere espressamente disciplinati dal legislatore, definendo meglio la tipologia degli strumenti, i limiti del loro utilizzo, modi e tempi di conservazione dei dati che si acquisiscono²⁸, perché possono risolversi in una attività di sorveglianza totale in violazione dei più basilari principi costituzionali a salvaguardia della persona. Quanto agli accertamenti sulla fattibilità tecnica, si tratta di verifiche da compiere in concreto, in relazione alla concreta attivabilità ed effettiva funzionalità del dispositivo. Andranno quindi constatate le caratteristiche ambientali, la copertura radiomobile, la qualità della connessione, i tempi di trasmissione dei segnali elettronici nel luogo e nell'area di installazione e via dicendo. Va sottolineato che, mentre prima la verifica della disponibilità dello strumento elettronico era in capo al giudice, ora queste verifiche spettano alla polizia giudiziaria²⁹. Si tratta, però, di mere verifiche tecniche che non conferiscono alla polizia alcun margine di valutazione sull'opportunità dell'applicazione del c.d. braccialetto. Si può aggiungere che questi accertamenti potrebbero richiedere del tempo³⁰, per cui sarebbe opportuno che il p.m., al momento della formulazione della

l'art. 391 co. 5 Cpp., il quale prevede la deroga ai limiti di pena, oltre che per la fattispecie dell'art. 387-*bis* Cp, per le ipotesi di cui all'art. 381 comma 2 Cpp., lasciando il dubbio che la deroga non operi per le fattispecie, talvolta più gravi, indicate nel primo comma dell'art. 381 Cpp. Per la questione v. A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, in www.guidanappi.it, § 63.1.

²⁶ R. Muzzica, *Le specificità della violenza di genere nell'ambito del subprocedimento cautelare*, in *Sist. Pen.*, 12/2023, 19.

²⁷ R. Muzzica, *op. cit.*, 20.

²⁸ V. al riguardo le osservazioni di D. Negri, *Nuove tecnologie e compressione della libertà personale: la sorveglianza con dispositivi elettronici dell'imputato sottoposto a misure cautelari*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 5, n. 3. 2019, 1255.

²⁹ R. Muzzica, *op. cit.*, 20.

³⁰ Nelle *Linee guida della Procura di Tivoli – contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica 6.12.2023*), cit., 68, si ricorda che sono necessari circa quattro giorni per i braccialetti elettronici dotati di segnale GPS e circa dieci giorni negli altri casi.

richiesta, si accerti della fattibilità tecnica del controllo elettronico, onde evitare che i tempi necessari per la verifica incidano sulle esigenze di tutela della persona offesa.

Preso atto anche della più estesa disponibilità di questi strumenti tecnici, il legislatore ne prevede un'ampia applicazione.

Nel caso di divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, infatti, il nuovo comma 1 dell'art. 282-ter Cpp, modificato dall'art. 12 l. 168/2023, prevede che, con il provvedimento che dispone la misura cautelare, il giudice non solo imponga di mantenere una certa distanza, che non può essere inferiore ai cinquecento metri³¹, dalla persona offesa o dai luoghi da lei abitualmente frequentati, ma disponga l'applicazione delle particolari modalità di controllo di cui all'art. 275-bis Cpp. L'eliminazione dell'avverbio «anche», che era presente nella precedente versione dell'art. 282-ter Cpp, rende l'applicazione di questi strumenti doverosa. Peraltro, tale applicazione è prevista, considerata l'integrazione anche del co. 2 dell'art. 282-ter Cpp, qualora sussistano ulteriori esigenze di tutela, anche a favore dei prossimi congiunti della persona offesa, delle persone conviventi con la persona offesa o comunque legate ad essa da relazione affettiva.

Analogamente, nel caso di applicazione della misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare, lo strumento di controllo è sempre disposto³² qualora si proceda per i reati che consentono di derogare ai limiti di pena dell'art. 280 Cpp e che sono espressamente indicati nel comma 6 dell'art. 282-bis Cpp. In questi casi, inoltre, l'applicazione è anche accompagnata dall'ulteriore prescrizione di mantenere una certa distanza, comunque non inferiore ai cinquecento metri, dalla casa familiare e da altri luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa, salvo che la frequentazione sia necessaria per motivi di lavoro (in tal caso il giudice prescriverà le relative modalità e potrà imporre eventuali limitazioni).

Per una determinata categoria di reati, quindi, il legislatore sembra aver configurato una nuova misura cautelare che comporta sempre l'applicazione di entrambe le prescrizioni, la principale, ossia l'allontanamento dalla casa familiare, e le accessorie (il c.d. braccialetto elettronico e obbligo di mantenere una certa distanza dai luoghi determinati o/o dalla persona offesa). In altri termini, mentre nelle ipotesi «ordinarie» la prescrizione ulteriore di non avvicinarsi ai luoghi frequentati dalla persona offesa può essere disposta previa verifica delle esigenze di tutela dell'incolumità della persona offesa, e non si prevede l'ulteriore prescrizione di mantenere una determinata distanza da tali luoghi o dalla persona offesa, nelle ipotesi indicate dal comma 6 dell'art. 282-bis Cpp il contenuto della misura è predeterminato e si risolve in una applicazione congiunta delle misure dell'allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento alla persona offesa, con applicazione dello strumento elettronico di controllo.

La lettura delle disposizioni richiamate depone per una doverosità dell'applicazione dei dispositivi di controllo elettronico, idonea ad escludere margini di valutazione per il giudice³³. Tuttavia questa lettura è stata sottoposta a critica da una delle prime pronunce in materia. In particolare, argomentando dalla giurisprudenza costituzionale, che rifugge qualsiasi presunzione assoluta in materia cautelare, e dalla considerazione che l'obbligatorietà del dispositivo elettronico non è prevista dall'art. 275-bis Cpp nel caso degli arresti domiciliari, dove resta al giudice la valutazione sulla necessità delle modalità elettroniche di controllo, si è concluso che, anche nelle ipotesi in esame, residuerebbe al

³¹ Qualche dubbio sulla distanza predeterminata viene espresso quando si tratti di disporla nei comuni di minore estensione: G. Amara, *La legge 24 novembre 2023, n. 168 "disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica"*, cit.

³² Pure in questo caso il legislatore ha eliminato l'inciso «anche», che precedeva il riferimento alle modalità di controllo di cui all'art. 275-bis Cpp.

³³ In questi casi il giudice sarebbe privato di quel potere «di "conformabilità" del vincolo cautelare alla concreta situazione di pericolo» che è «il miglior pregio e insieme l'aspetto più delicato di questi provvedimenti»: in questo senso, P. Bronzo, *Le "nuove" misure prescrittive*, in P. Bronzo, K. La Regina, P. Spagnolo, *Il pluralismo delle misure cautelari personali. Tra tipicità e adeguatezza*, Milano 2017, 60 e ss., cui si rimanda per ulteriori approfondimenti.

giudice un margine di valutazione sulla necessità di applicazione del dispositivo elettronico³⁴. Questa lettura, sia pur in linea con il principio di adeguatezza e gradualità delle misure cautelari, forza il dettato normativo che, con l'eliminazione dell'avverbio «anche», depone per una obbligatorietà dello strumento elettronico di controllo³⁵. Chiara appare la *ratio* legislativa: per quelle determinate misure il controllo tecnico appare essenziale per elevarne l'intensità dissuasiva e consentire di tutelare, anche sotto il profilo "spaziale", vittime particolarmente fragili³⁶. Peraltro, anche il richiamo che le disposizioni in discorso operano a favore dell'art. 275-*bis* Cpp ben si presta ad essere letto come limitato all'individuazione delle "particolari modalità di controllo", senza estendersi alle condizioni di applicabilità ivi previste e agli spazi valutativi riservati, nel caso degli arresti domiciliari, al giudice. Rimarrebbe in capo al giudice, quindi, solo l'eventuale scelta dello strumento elettronico di controllo più adeguato al caso di specie.

Nei casi di applicazione del controllo elettronico, sia nell'ipotesi di allontanamento dalla casa familiare disposta ai sensi del co. 6 dell'art. 282-*bis* Cpp sia nel caso di divieto di avvicinamento alla persona offesa, il giudice prevede, con lo stesso provvedimento, l'applicazione anche congiunta di una misura cautelare più grave, qualora il soggetto neghi il consenso all'adozione delle nuove modalità di controllo. Rispetto a quanto previsto nell'art. 275-*bis* Cpp, con riguardo al braccialetto disposto per gli arresti domiciliari, nelle ipotesi qui in esame il legislatore ha specificato che, in caso di non fattibilità tecnica delle modalità di controllo, il giudice impone l'applicazione anche congiunta di ulteriori misure cautelari anche più gravi. Dovrebbe ritenersi, considerato che solo nell'ipotesi di mancato consenso è previsto che con lo stesso provvedimento il giudice disponga le misure più gravi, che, in caso di non fattibilità tecnica, debba essere rimessa nuovamente al giudice la decisione sulle misure da applicare³⁷. Tuttavia, esigenze di celerità potrebbero consentire al giudice, nell'adottare il provvedimento, di specificare *a priori* le altre misure più gravi da applicare anche congiuntamente, in caso di non fattibilità tecnica. Non vi sarebbe, però, alcun automatismo. In mancanza di un provvedimento del giudice non possono essere individuate dalla polizia giudiziaria le misure più gravi da applicare³⁸.

Chiude le disposizioni in materia di strumenti elettronici di controllo, la modifica dell'art. 276 co. 1-*ter* Cpp che oggi equipara, quanto a trattamento "sanzionatorio", la trasgressione al divieto di allontanarsi dalla propria abitazione o altro luogo di privata dimora alla manomissione dei mezzi elettronici e degli altri strumenti tecnici di controllo di cui all'art. 275-*bis* Cpp, anche quando applicati ai sensi degli artt. 282-*bis* e 283-*ter* Cpp. Il riferimento alla manomissione va sicuramente visto con favore: l'elusione delle forme di controllo ben può essere assimilato alla trasgressione delle prescrizioni³⁹ e determinare, nel caso di arresti domiciliari, l'applicazione della custodia cautelare in carcere, ossia la misura immediatamente più grave. Analoga conclusione, però, appare eccessiva se riferita alla manomissione del dispositivo applicato alle misure dell'allontanamento dalla casa familiare o del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa. In questi casi sarebbe stato più opportuno trattare la manomissione al pari delle altre violazioni delle prescrizioni, lasciando al giudice la possibilità di valutare l'entità, i motivi e le circostanze del mancato adempimento della prescrizione. L'inserimento della previsione nell'art. 276 comma 1-*ter* Cpp,

³⁴ Tribunale di Nola, ord. 30.1.2024, in www.sistemapenale.it 30.1.2024.

³⁵ In senso diverso A. Nappi, *op. cit.*, § 62.1, per il quale «sembra ragionevole concludere che anche per le misure previste dagli artt. 282-*bis* e 282-*ter* sia discrezionale, se non l'imposizione (come qui si sostiene), quantomeno la scelta delle più adeguate "procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici"».

³⁶ F. Lombardi, *Divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa e applicazione facoltativa delle "particolari modalità di controllo" ex art. 275-bis c.p.p.*, in www.sistemapenale.it 30.1.2024.

³⁷ Argomentando da Cass. Sez. Un. 28 aprile 2016, Lovisi, in *PPG*, 2016, n. 5, 175, con nota di F. Cassiba, *L'indisponibilità del "braccialetto elettronico": le Sezioni unite escludono automatismi ma residuano dubbi*.

³⁸ Spetta infatti solo al giudice l'individuazione della misura più idonea da applicare. Peraltro, qui gli spazi valutativi sono più ampi rispetto a quanto previsto dall'art. 275-*bis* Cpp dove poteva argomentarsi che l'unica alternativa possibile fosse la custodia cautelare in carcere (argomentazione che, come si è visto, è stata rifiutata dalla Sezioni unite Lovisi).

³⁹ La manomissione, però, non può configurare il reato di evasione, stante il principio di legalità in materia penale.

invece, comporta che qualsiasi manomissione dello strumento tecnico, applicato a qualsivoglia misura, determini la sostituzione della misura con la custodia cautelare in carcere. A temperare l'eccessiva rigidità della previsione resta però la clausola finale, salvo che il fatto sia di lieve entità. Spetterà quindi al giudice comunque valutare la "gravità" della manomissione, per individuare quale misura sia, nel caso concreto, la più idonea.

L'analisi delle disposizioni in materia di strumenti elettronici di controllo evidenzia come, nel difficile contemperamento tra diverse esigenze meritevoli di tutela – quelle dell'indagato/imputato e quelle delle vittime – l'ago della bilancia penda a favore delle vittime. L'obbligatorietà dello strumento priva il giudice del fondamentale potere di adeguare il regime cautelare al caso concreto; sotto la minaccia dell'applicazione di misure più gravi si chiede al destinatario della misura di acconsentire ad indossare un dispositivo elettronico che, in quanto dotato di GPS, consente di monitorare tutti i suoi spostamenti, fornendo all'autorità di pubblica sicurezza una miriade di dati sulle sue abitudini di vita. Ulteriori dubbi possono esprimersi anche con riguardo al rispetto del principio di proporzionalità che richiede un corretto bilanciamento tra il livello di compressione della sfera giuridica individuale e la gravità del reato perseguito, in quanto, da un lato, non tutti i reati sono, sotto il profilo della pena edittale, di uguale gravità, dall'altro, il giudice è stato privato del potere di verificare la proporzionalità in concreto di quell'intervento cautelare.

5. L'altro versante delle modifiche normative riguarda, invece, l'ambito precautelare, campo elettivo per rispondere a quell'urgenza a provvedere che spesso caratterizza le fattispecie più comuni e reiterate di violenza nei confronti delle donne⁴⁰. Innanzitutto, il legislatore inserisce, all'interno del codice di rito (viene infatti introdotto l'art. 382-*bis* Cpp), una fattispecie di flagranza differita, consentendo alla polizia giudiziaria di procedere, in determinati casi, all'arresto. Come è noto, la figura della flagranza differita, finora prevista solo dalla legislazione speciale, era stata coniata per fronteggiare la difficoltà di procedere immediatamente all'arresto in flagranza nelle ipotesi di fatti violenti commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive ed era stata estesa, prima solo in un'ottica emergenziale poi divenuta a regime, ad altri reati commessi con violenza alle persone o alle cose⁴¹.

Risale, infatti, a questi antecedenti l'inserimento nel tessuto normativo di una flagranza c.d. tecnologica, ossia fondata su una documentazione videofotografica che riprenda inequivocabilmente il fatto. Con la legge in esame, la flagranza differita fa ingresso nel tessuto codicistico, ma limitatamente ad alcune ipotesi espressamente indicate. In particolare, essa potrà operare solo nel caso in cui si proceda per i reati di violazione del provvedimento di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 387-*bis* Cp)⁴², del reato di maltrattamenti in famiglia (art. 572 Cp) e di stalking (art. 612-*bis* Cp). La scelta di selezionare le fattispecie va sicuramente vista con favore, in considerazione dell'eccezionalità del potere che, in materia di libertà personale, può essere attribuito all'autorità di pubblica sicurezza. Tuttavia, altre fattispecie avrebbero meritato analoga attenzione, si pensi alle ipotesi di lesioni aggravate o di tentato omicidio, per le quali resterà operante la disciplina della legislazione speciale che, però, si fonda su presupposti solo in parte coincidenti.

⁴⁰ Da più parti si era infatti suggerito di incidere sulle precautele, attraverso l'inserimento di una ipotesi speciale di fermo che prescindesse dal pericolo di fuga (Circolare 3/2023 della Procura Generale presso la Corte di Cassazione, *Orientamenti in materia di violenza di genere*, cit., 5) o con l'introduzione di una flagranza differita (A. Marandola, *Codice rosso rafforzato*, cit., 1423).

⁴¹ Si ricorda che l'istituto della flagranza differita è stato introdotto nel nostro ordinamento dal d.l. 28/2003 con riferimento ai reati commessi con violenza alle persone o alle cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive ed è stato successivamente esteso, dal d.l. 14/2017, ai reati commessi con violenza alle persone o alle cose, compiuti alla presenza di più persone anche in occasioni pubbliche, per i quali è obbligatorio l'arresto, e, da ultimo, dal d.l. 130/2020 ai reati commessi in occasione o a causa del trattenimento in uno dei centri di permanenza per il rimpatrio (CPR o hotspot) o delle strutture di primo soccorso e accoglienza (CPA e CAS).

⁴² Si sottolinea che, oggi, la previsione include anche la violazione degli ordini di protezione adottati in sede civile.

Secondo la nuova disposizione, si considera in stato di flagranza colui il quale, sulla base di documentazione videofotografica o di altra documentazione legittimamente ottenuta da dispositivi di comunicazione informatica o telematica, dalla quale emerge inequivocabilmente il fatto, ne risulta l'autore. Dalla formulazione letterale emerge chiaramente l'impossibilità di procedere all'arresto sia nel caso di incertezza rappresentativa, sia nelle ipotesi in cui l'evidenza della commissione del fatto sia il frutto di attività tecniche ricostruttive dell'immagine caratterizzate dall'impossibilità di dimostrare il perché del raggiungimento di un certo risultato⁴³. Ancora, il chiaro riferimento al «fatto» richiama le ipotesi di flagranza propria, ossia di una percezione diretta ed immediata della commissione del reato che, in questi casi, deriva dalla visione delle videoregistrazioni. In altri termini, la documentazione videofotografica deve riprodurre la commissione del fatto e non le ipotesi riconducibili alla quasi flagranza o alla flagranza impropria⁴⁴. L'arresto, poi, deve essere compiuto non oltre il tempo necessario all'identificazione dell'autore del reato e comunque entro le quarantotto ore dal fatto. La previsione di questo termine, non prorogabile, sottolinea il carattere di urgenza che deve caratterizzare l'intervento della polizia giudiziaria.

Quanto agli strumenti, va notato che il legislatore, consapevole dell'ampio panorama degli apparecchi idonei a riprendere fatti e situazioni e della loro continua evoluzione – si pensi a come dall'originaria telecamera si sia passati ai telefonini dotati di videocamera e, oggi, anche agli smartphone e smartwatch – ha utilizzato una formula aperta, affiancando alla documentazione videofotografica quella ottenibile da dispositivi di comunicazione informatica o telematica⁴⁵. Opportuno appare il riferimento alla documentazione ottenibile dai “nuovi” dispositivi di comunicazione informatica e telematica, perché la persona offesa raramente avrà a disposizione gli strumenti che, nelle ipotesi di arresto in flagranza differita della legislazione speciale, sono nella disponibilità della polizia giudiziaria. Onde limitare l'utilizzo di forme di videosorveglianza generale in spregio alle regole sul trattamento dei dati personali, va vista con favore la specificazione che questa documentazione deve essere stata ottenuta «legittimamente»⁴⁶, escludendo quindi l'utilizzo di documentazione illegittimamente ottenuta⁴⁷.

La previsione, in definitiva, permette di procedere all'arresto del soggetto che nel frattempo si sia allontanato dal luogo di commissione del reato, consentendo alla polizia giudiziaria di avere la diretta percezione del fatto attraverso la documentazione acquisita. Questa documentazione deve consentire immediatamente, senza alcun svolgimento di indagini, di risalire inequivocabilmente all'autore e alla commissione del fatto. In altri termini, l'attuale disposizione non vale a superare il consolidato orientamento giurisprudenziale che nega la sussistenza della flagranza nelle ipotesi dell'inseguimento investigativo, quando l'autore viene trovato sulla base delle dichiarazioni della persona offesa o di terzi⁴⁸. Per cui, ai fini dell'arresto in flagranza, la documentazione di cui si tratta non può essere considerata quale materiale probatorio utilizzabile, insieme ad altri, per compiere indagini immediate e procedere all'identificazione dell'autore.

La disposizione in esame non prevede nessun ulteriore requisito per poter procedere all'arresto. In particolare, a differenza di quanto previsto dalla legislazione speciale, dove la possibilità di arrestare in flagranza differita è subordinata alla condizione della sussistenza di ragioni di sicurezza o di incolumità pubblica che non consentono di procedere all'arresto, qui manca anche qualsiasi riferimento al pericolo concreto di commissione di ulteriori reati in tempi così ravvicinati da escludere

⁴³ Si pensi alla necessità di impiegare algoritmi neutrali: S. Signorato, *Arresto in flagranza differita: limiti sistematici e prospettive*, in *DPP* 2020, p. 76 e ss.

⁴⁴ A. Nappi, *op. cit.*, § 38.1.1.

⁴⁵ Si pensi ad email, chat, whatsapp, messaggi scritti o vocali.

⁴⁶ Nella Relazione al disegno di legge A.C. 1294 si sottolinea che la documentazione deve essere ottenuta nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di trattamento dei dati personali (9).

⁴⁷ Come potrebbe essere la videoripresa in ambito domiciliare da parte di un terzo.

⁴⁸ Cfr. Cass., S.U., 24.11.2015, n. 39131, in www.penalecontemporaneo.it 5.10.2016, con nota di G. Todaro, *Le Sezioni unite sulla nozione di “quasi flagranza”: limiti logici e ontologici al potere di arresto*.

la possibilità di attendere un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria. La disposizione sembra porsi in contrasto con la previsione dell'art. 13 Cost. che legittima l'intervento dell'autorità di pubblica sicurezza solo in casi di «necessità ed urgenza», che dovrebbero essere esplicitati, mentre nelle ipotesi in esame sembra siano impliciti e connaturati alle fattispecie indicate.

In realtà, seppur l'intento perseguito dal legislatore è lodevole, la disciplina concreta che ne è derivata si espone a diverse critiche. Da un lato, difficilmente la vittima potrà fornire una documentazione che, da sola, sia idonea a rappresentare la flagranza propria; dall'altro, vi sono fondati dubbi che la disposizione possa passare indenne il vaglio della legittimità costituzionale. Ben avrebbe fatto il legislatore ad accogliere gli emendamenti tesi ad introdurre un'ipotesi speciale di fermo che prescindesse dal requisito del pericolo di fuga⁴⁹. Il pubblico ministero avrebbe verificato, anche sulla scorta della documentazione fornita dalla persona offesa e delle indagini di polizia giudiziaria, la sussistenza della gravità indiziaria e avrebbe avuto a disposizione uno strumento che, in caso di urgenza, avrebbe consentito l'immediata tutela della persona offesa. Si sarebbe anche potuto immaginare un intervento d'urgenza della polizia giudiziaria, sulla scorta delle ipotesi di fermo della polizia già previste nel codice di rito.

6. In ideale collegamento con la precedente previsione, al fine di assicurare una tutela tempestiva alle vittime di violenza domestica, il legislatore ha ampliato le possibilità di disporre l'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare. Le nuove previsioni aggiunte all'art. 384-*bis* Cpp consentono oggi al p.m. di ordinare, anche fuori dai casi di flagranza e quando non sussistono i presupposti per il fermo di indiziato di delitto, l'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare⁵⁰. In particolare, il pubblico ministero può disporre, con decreto motivato, la misura precautelare con il divieto di avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa, nei confronti della persona gravemente indiziata di taluno dei delitti di cui agli articoli 387-*bis*, 572, 582, limitatamente alle ipotesi procedibili d'ufficio o comunque aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, e 612-*bis* del [codice penale](#) o di altro delitto, consumato o tentato, commesso con minaccia o violenza alla persona per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni. Il decreto può essere disposto solo ove vi siano fondati motivi per ritenere che le condotte criminose possano essere reiterate ponendo in grave e attuale pericolo la vita o l'integrità fisica della persona offesa e non sia possibile, per la situazione di urgenza, attendere il provvedimento del giudice.

In altri termini, sono riproposti gli stessi presupposti indicati nel primo comma dell'art. 384-*bis* Cpp., pur non essendoci perfetta coincidenza quanto alle fattispecie che lo consentono (neanche dopo le modifiche al comma 6 dell'art. 282-*bis* Cpp.), attribuendone però il potere al pubblico ministero, che potrà esercitarlo in mancanza di flagranza⁵¹, ed eventualmente all'esito di indagini, dalle quali emerga l'urgenza a provvedere. Il decreto d'urgenza del pubblico ministero, che si giustifica per l'impossibilità di attendere il provvedimento del giudice, deve essere convalidato entro quarantotto ore dal giudice per le indagini preliminari competente in relazione al luogo nel quale il decreto di urgenza è stato eseguito e che potrebbe, in ipotesi, anche essere differente dal giudice chiamato a decidere nel merito⁵². A ben vedere, non si tratta quindi solo di consentire al pubblico ministero di esercitare i poteri che il comma 1 dell'art. 384-*bis* Cpp attribuisce alla polizia giudiziaria, ma si configura una sorta di nuova misura pre-cautelare il cui contenuto è dato dall'allontanamento

⁴⁹ Questo l'auspicio contenuto sia nella Circolare 3/2023 della Procura Generale presso la Corte di Cassazione, *Orientamenti in materia di violenza di genere*, cit., 5, sia nelle *Linee guida della Procura di Tivoli – contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica 6.12.2023*, cit., 48. Sul punto v. anche A. Marandola, *I nuovi presidi a tutela della vittima: rimedi pre-cautelari, cautelari e obblighi informativi*, in *DPP 2024*, 188.

⁵⁰ Non è stata invece inserita l'ipotesi di un fermo del p.m. che prescindesse dal pericolo di fuga e che avrebbe consentito un'immediata restrizione della libertà personale nei casi di urgenza e di pericolosità del soggetto.

⁵¹ Va evidenziato che frequentemente la carenza della flagranza impediva un pronto intervento della polizia giudiziaria.

⁵² Con la conseguenza, in caso di applicazione della misura cautelare, dell'operatività dell'art. 27 Cpp.

d'urgenza dalla casa familiare e dal divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa. Quest'ultima previsione sembra proprio diretta a fornire una tutela effettiva alla vittima del reato di stalking, che spesso non presuppone un pregresso rapporto di convivenza. Tuttavia, proprio in questi casi sarebbe opportuno disporre il solo divieto di avvicinamento, eventualmente rafforzato dall'applicazione del braccialetto elettronico, ma la *littera legis*, da un lato, non consente di disporre la sola prescrizione del divieto di avvicinamento, dall'altro, non prevede l'applicazione del braccialetto elettronico⁵³.

Una volta disposta, lo schema è quello proprio delle misure precautelari: la richiesta di convalida va avanzata entro quarantotto ore e il giudice deve fissare al più presto, e comunque entro le quarantotto ore, l'udienza di convalida, avvisando il pubblico ministero e la difesa. Il provvedimento diviene inefficace in caso di mancato rispetto dei termini, applicandosi, nei limiti della compatibilità, le altre disposizioni in materia di misure precautelari, ivi compresa la possibilità di richiedere, in sede di convalida, l'applicazione di misure anche custodiali e lo svolgimento del giudizio direttissimo⁵⁴.

Ad una prima lettura della disposizione, che fa salvo l'art. 384 Cpp e specifica che non è richiesta la flagranza, sembrerebbero solo due i presupposti per l'iniziativa del pubblico ministero: fondati motivi per ritenere che le condotte possano essere reiterate ponendo in grave e attuale pericolo la vita o l'integrità fisica della persona offesa; l'urgenza di provvedere con impossibilità di attendere il provvedimento del giudice. Tuttavia si deve ovviamente ritenere che debbano sussistere anche degli indizi a carico del soggetto per i reati espressamente indicati. Possiamo infatti intendere il «fermo quanto disposto dall'art. 384», come un richiamo alla necessità che la persona sia gravemente indiziata di quei reati, diversamente argomentando non si giustificerebbe una misura limitativa della libertà personale.

Nel caso il reato per cui è disposto l'allontanamento di urgenza sia perseguibile a querela, questa deve essere oralmente sporta e della presentazione se ne deve dare atto nel verbale delle operazioni di allontanamento. Non può operare in questi casi, infatti, la deroga introdotta dalla legge 24 maggio 2023, n. 60, che riguarda solo le ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza.

7. Nell'ottica di fornire protezione alle vittime dei reati di violenza domestica e di genere, l'ultima disposizione rilevante in materia processuale, l'art. 14 l. 168/2023, rafforza gli oneri comunicativi a carico dell'autorità giudiziaria.

Viene innanzitutto chiarito, con un'integrazione nell'art. 90-ter Cpp, che tutti i provvedimenti di scarcerazione e di cessazione della misura di sicurezza detentiva emessi nei confronti dell'imputato in stato di custodia cautelare, del condannato o dell'internato devono essere comunicati alla persona offesa. Contestualmente, è stato abrogato il comma 1-bis dell'art. 659 Cpp. Il dichiarato effetto delle odierne modifiche è quello di comunicare, alla persona offesa che ne faccia richiesta, qualora si proceda per reati con violenza alla persona, tutti i provvedimenti *de libertate* che riguardano l'autore del reato. Tuttavia non sembra che il risultato sia stato raggiunto. L'obbligo di comunicazione, diversamente da quanto previsto nell'art. 299 Cpp, non sussiste in caso di sostituzione della precedente misura o in tutti i casi che non si traducono in una scarcerazione e che non riguardano il soggetto *in vinculis*.

Non si è neanche colta l'occasione di chiarire che la comunicazione debba essere data in tutte le ipotesi in cui il soggetto riacquista la libertà, si pensi, oltre ai casi di scarcerazione in senso tecnico (come nell'ipotesi prevista dall'art. 307 Cpp), a tutti quelli in cui il soggetto viene liberato per estinzione della misura (artt. 300, 302, 306 Cpp), o per il mancato rispetto dei termini connessi alla vicenda cautelare e pre-cautelare. Anzi si potrebbe anche sostenere che questi provvedimenti non

⁵³ Lo evidenzia G. Amara, *op. cit.* Va comunque notato che i tempi necessari per l'applicazione del braccialetto elettronico sono difficilmente compatibili con un provvedimento di urgenza.

⁵⁴ Esprime dubbi sulla possibilità di svolgimento del giudizio direttissimo: A. Marandola, *I nuovi presidi a tutela della vittima: rimedi pre-cautelari, cautelari e obblighi informativi*, cit., 189.

vadano comunicati, considerando che, nelle disposizioni successive, si specifica che il questore e il prefetto vanno avvertiti in caso di estinzione o di inefficacia dei provvedimenti, per cui il legislatore aveva ben chiara la terminologia codicistica. Il tutto con l'effetto paradossale di ritenere pericoloso il soggetto, tanto da avvisare questore e prefetto, ma senza dare alcuna comunicazione alla persona offesa che avrebbe il diritto di conoscere lo *status* cautelare del soggetto accusato.

Ancora, non è chiaro se il termine «scarcerazione» includa anche i provvedimenti emessi dal magistrato di sorveglianza, che determinano un temporaneo venir meno dello stato detentivo (come ad esempio i permessi premio).

Le ulteriori modifiche, invece, sono dirette a potenziare «la circolarità informativa e la multiattorialità»⁵⁵ nel contrasto alle forme di violenza. Sono infatti inseriti due ulteriori commi, il 2-ter e il 2-quater nell'art. 299 Cpp. Con la prima modifica, si prevede infatti che l'autorità giudiziaria debba comunicare al questore, in caso di estinzione, inefficacia pronunciata per qualsiasi ragione, revoca o sostituzione *in melius* di misure cautelari coercitive personali⁵⁶, il provvedimento adottato ai fini delle valutazioni di competenza in materia di misure di prevenzione. Questo obbligo di comunicazione opera solo per i procedimenti per i delitti di cui all'articolo 4, comma 1, lettera i-ter), del codice antimafia, ossia, in seguito alle modifiche introdotte con l'art. 2 l. 168/2023, per i casi di maltrattamento in famiglia, stalking, omicidio, consumato o tentato, lesioni gravi e gravissime aggravate (il riferimento è all'art. 583 Cp nelle ipotesi aggravate ai sensi ai sensi dell'art. 577 comma 1, n. 1), deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso e violenza sessuale.

La seconda novità riguarda invece i procedimenti per i delitti di cui all'art. 362 co. 1-ter Cpp. In questi casi, la comunicazione del provvedimento di estinzione, inefficacia pronunciata per qualsiasi ragione, revoca o sostituzione *in melius* delle misure cautelari coercitive personali indicate dallo stesso art. 299 Cpp, è a favore del prefetto per l'eventuale adozione delle misure di vigilanza dinamica.

Le nuove comunicazioni, quindi, non riguardano direttamente la persona offesa, ma le autorità che, al ricorrere di specifiche condizioni, possono adottare provvedimenti a sua tutela. Si vuole, in questo modo, rinforzare un sistema integrato di protezione della vittima di specifici reati, nella piena consapevolezza dell'insufficienza della sola risposta processuale per il contrasto del fenomeno della violenza di genere e domestica.

⁵⁵ Così la Relazione al disegno di legge A.C. 1294.

⁵⁶ La comunicazione riguarda le misure dell'allontanamento dalla casa familiare, del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, del divieto o obbligo di dimora, degli arresti domiciliari, della custodia cautelare in carcere o in luogo di cura.

L'IMPROCEDIBILITÀ DELL'AZIONE PENALE: LA *RATIO*, LA NORMATIVA VIGENTE E IL SUO (PROBABILE) *DE PROFUNDIS**

di Antonino Pulvirenti

(Professore associato di diritto processuale penale presso l'Università LUMSA di Palermo)

L'Autore, ricostruita la genesi dell'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di durata massima dei giudizi di impugnazione (art. 344-*bis* Cpp) e delineandone l'ambito di operatività, analizza le principali questioni esegetiche che, a far data dall'entrata in vigore della cd. riforma Cartabia, sono sorte in relazione all'istituto. Inserendosi nel mai sopito dibattito dottrinale sulla copertura costituzionale del nuovo istituto, l'Autore, pur evidenziando alcuni punti critici della disciplina (in particolare quelli attinenti al potere di proroga del giudice), aderisce alla tesi di chi ritiene che la ragionevole durata del processo (al cui principio l'improcedibilità dell'azione penale è da ricondurre) costituisca un «fine in sé» e non soltanto una garanzia processuale “al servizio” di altri principi costituzionali. Il contributo, infine, fornisce una prima lettura del progetto “Nordio-Delmastro”, il quale ben potrebbe, già nell'imminente futuro, sancire il *de profundis* di un meccanismo che, a dispetto dell'esiguità del periodo di sua concreta operatività, ha fin qui dato prova di effettività funzionale.

The Author, reconstructed the genesis of the impossibility of criminal proceedings for exceeding the maximum duration of appeal proceedings (art. 344-bis CPP) and outlined the area of applicability, analyzes the main exegetical issues which, to date from the entry into force of the so-called Cartabia reform, were born in relation to the institute. Inserting himself into the never-dormant doctrinal debate on the constitutional coverage of the new institution, the Author, while highlighting some critical points of the discipline (in particular those relating to the judge's power of extension), adheres to the thesis of those who believe that the reasonable duration of the trial (to whose principle the impossibility of criminal proceedings is to be traced) constitutes a “purpose in itself” and not just a procedural guarantee “at the service” of other constitutional principles. The contribution, finally, provides a first reading of the “Nordio-Delmastro” project, which could well, already in the near future, enshrine the *de profundis* of a mechanism which, despite the limited period of its concrete operation, has demonstrated functional effectiveness.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro normativo e l'ambito operativo. – 3. La decorrenza del termine e la definizione del giudizio. – 4. Il meccanismo delle proroghe. – 5. Il rapporto con l'inammissibilità. – 6. Il riflesso dell'improcedibilità sulle statuizioni civili. – 6.1. ... e sulla confisca. – 7. I profili di legittimità costituzionale dell'istituto e le prospettive di riforma (il progetto “Nordio – Delmastro”).

1. La “riforma Cartabia” ha introdotto una nuova causa di improcedibilità, la cui operatività è collegata al superamento di determinati termini di durata massima del giudizio di impugnazione; termini che la stessa riforma – mutuandoli dalla “legge Pinto”¹ – ha fissato in due anni per il giudizio

* Il presente lavoro è destinato anche alla pubblicazione nel volume *La giustizia penale dopo la cd. Riforma Cartabia*, a cura di R.M. Geraci, Torino 2024.

¹ V. art. 2 l. 24.3.2001 n. 89, che, ai fini dell'accoglimento della domanda di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo, considera «rispettato» il termine di durata ragionevole del processo a condizione che lo stesso non ecceda i tre anni in primo grado, due anni in secondo grado e un anno nel giudizio di legittimità. Il co. 2-*ter* della medesima disposizione, però, prevede, quale ulteriore condizione per il riconoscimento del diritto, che il giudizio, nel suo complesso, sia stato definito in un tempo superiore a sei anni. Potrebbe, quindi, verificarsi il caso in cui il processo, avendo superato il termine di durata massima *ex art. 344-bis* Cpp nel singolo giudizio di impugnazione, ma non ancora il

di appello e in un anno per il giudizio in cassazione. Quel che il decorso di tali termini rende improcedibile è – secondo quanto recitano i co. 1 e 2 dell’art. 344-*bis* Cpp – l’azione penale.

Tra tutte le novità attribuibili alla “riforma Cartabia”, l’«improcedibilità cronologica»² è, probabilmente, quella che, in astratto, presenta le maggiori implicazioni sistematiche, tali da avere già suscitato, in dottrina, numerose e importanti riflessioni, spesso, in tutto o in parte, divergenti. Dubbia è, al di là del *nomen juris*, la sua reale natura giuridica; controverso è il suo rapporto con la prescrizione; incerti sono i termini di compatibilità con altri istituti tipici del procedimento penale, quali l’inammissibilità, le cause di non punibilità, il giudicato parziale³ e l’azione civile, solo per citare i principali.

Dirompente è pure la sua portata innovativa, ove si consideri che negli istituti preesistenti l’improcedibilità è determinata dalla mancanza di un presupposto iniziale, che, a seconda dei casi, s’identifica nella manifestazione di volontà punitiva della persona offesa (querela), nell’autorizzazione alla riapertura delle indagini relativa a una notizia di reato archiviata⁴ o, ancora, nell’autorizzazione a procedere richiesta in ragione della particolare natura di determinati delitti (art. 313 Cp) o della qualifica soggettiva dei loro presunti autori. Inedito è anche il contenuto della causa di improcedibilità, che nell’art. 344-*bis* Cpp è costituito dal mero trascorrere del tempo, mentre, nelle ipotesi sopradette è sempre “agganciato” a un interesse ulteriore. Anche nella querela, ad esempio, rileva il decorso del tempo (in relazione al termine di decadenza per la sua presentazione), ma solo come “limite” entro il quale l’interesse sostanziale sotteso alla causa di procedibilità (nella specie, quello della persona offesa alla punizione del reato) può essere tutelato, invece, nell’improcedibilità forgiata dai *conditores* della Riforma Cartabia il tempo assume valore in sé e per sé considerato. Il limite temporale non è al servizio di qualcos’altro, ma è esso stesso l’oggetto della tutela.

2. La disciplina della causa di improcedibilità per il superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione è il risultato di un duplice intervento normativo, il secondo dei quali sotto forma di decreto legislativo. Invero, il primo intervento è costituito dalla l. 27.9.2021 n. 134, alla quale si deve l’introduzione della *sedes materiae* (l’art. 344-*bis* Cpp) e di un’altra disposizione che a questa rinvia (art. 578 co. 1-*bis* Cpp), mentre il secondo è rappresentato dal d.lgs. 10.10.2022 n. 150, che ha dato attuazione alla delega contenuta nell’art. 1 co. 13 lett. *d* l. 134/2021 in relazione ai «rapporti tra l’improcedibilità dell’azione penale per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione e l’azione civile esercitata nel processo penale», nonché ai «rapporti tra la medesima improcedibilità dell’azione penale e la confisca disposta con la sentenza impugnata»; e, infine, al conseguente adeguamento della disciplina delle impugnazioni per i soli interessi civili, così da assicurare «una regolamentazione coerente della materia». I “frutti” di tale delega, nello specifico, sono individuabili nell’inserimento del co. 1-*bis* nell’art. 573 e del co. 1-*ter* dell’art. 578 Cpp, oltre che nella modifica del co. 1-*bis* di quest’ultima disposizione (quello, cioè, poco prima introdotto dalla l. 134/2021) e nell’introduzione dell’art. 578-*ter* Cpp. Sempre al d.lgs. 150/2022 si devono ulteriori disposizioni codicistiche il cui contenuto, sebbene attuativo di direttive relative ad altre materie, rinvia, per esigenze di coordinamento, all’art. 344-*bis* Cpp: sono gli artt. 129-*bis* co. 4, 157-*ter* co. 2,

termine complessivo di sei anni stabilito dalla l. 89/2001, debba essere considerato “illegittimo” sotto il profilo della procedibilità dell’azione penale, nonostante ancora non sia interamente maturato il presupposto dell’equa riparazione per l’irragionevolezza della sua durata. Sussiste, quindi, il dubbio in ordine all’esperibilità, in tale ipotesi, del rimedio riparatorio, anche in ragione del fatto che ad essa non è riferibile la presunzione di “insussistenza” del pregiudizio da irragionevole durata del processo che l’art. 2 co. 2-*sexies* l. 89/2001, circo-scrive (per l’imputato) alla sola «dichiarazione di intervenuta prescrizione del reato».

² Questa la denominazione sintetica suggerita da O. Mazza, *Fenomenologia dell’improcedibilità cronologica*, in *GI* 2022, 985, nt. 1.

³ Sul punto, cfr. M. Daniele, *La prescrizione processuale nei gradi di impugnazione: forzature dogmatiche e reazioni applicative*, in *Nuovi limiti temporali per l’accertamento penale*, a cura di R.E. Kostoris-R. Orlandi, Torino 2022, 24-25.

⁴ C. cost., 19.1.1995 n. 27, in *RIDPP* 1995, 1371, con nota di F. Caprioli, *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell’azione penale*.

175 co. 8-*bis*, 628-*bis* co. 7 Cpp, in tema, rispettivamente, di giustizia riparativa, notifiche degli atti introduttivi del giudizio all'imputato non detenuto, restituzione nel termine per impugnare la sentenza emessa nei confronti dell'imputato giudicato in assenza, riapertura del processo ordinata dalla Cassazione per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Cedu.

Procedendo nell'analisi dell'istituto, occorre evidenziarne, preliminarmente, l'ambito di operatività. Esso trova applicazione nei giudizi di impugnazione, e non anche, quindi, nel giudizio di primo grado, al cui interno il decorso del tempo del processo potrà assumere rilevanza unicamente per il tramite della prescrizione sostanziale e, più in particolare, per il maturare dei termini massimi di cui all'art. 161 Cpp⁵.

Con l'emissione della sentenza definitiva del giudizio di primo grado, la prescrizione "cessa", segnando così lo spartiacque tra l'ambito di operatività di tale causa estintiva del reato e quello della improcedibilità. In verità, non è detto che, maturato tale momento, la prescrizione non torni più a decorrere, poiché va considerata l'ipotesi in cui l'impugnazione si concluda con un «annullamento che comporti la regressione del procedimento al primo grado o a una fase anteriore». L'art. 161-*bis* Cp – allo scopo introdotto dalla l. 134/2021 – stabilisce che, in questo caso, «la prescrizione riprende il suo corso dalla data della pronuncia definitiva di annullamento».

Le impugnazioni nelle quali opera la causa di improcedibilità dell'azione penale sono certamente, in quanto espressamente contemplate dall'art. 344-*bis* Cpp, quelle ordinarie (appello e ricorso per cassazione), ma bisogna chiedersi se e in che modo l'applicabilità del nuovo istituto possa interferire anche con lo svolgimento delle impugnazioni straordinarie. L'interrogativo non trova alcuna risposta esplicita nelle disposizioni introdotte dalla riforma, se non per il rimedio esecutivo delle pronunce della Corte europea, rimedio, peraltro, introdotto nel codice (art. 628-*bis* Cpp) con la stessa novella legislativa 150/2022. Nulla si dice, quindi, per la rescissione del giudicato (art. 629-*bis* Cpp), la revisione (art. 630 Cpp) e il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto (art. 625-*bis* Cpp).

Non può sottacersi, è bene precisarlo, che le due ipotesi – impugnazione ordinaria e impugnazione straordinaria – sono ben differenti: tanto il soggetto in attesa di giudizio, quanto il condannato con sentenza definitiva possono vantare la pretesa a una durata ragionevole del procedimento che li riguarda (essendo, quello della ragionevole durata, un principio che afferisce alla giurisdizione in generale e tale è anche quella *post iudicatum*), ma ciò non autorizza a mettere sullo stesso piano i pregiudizi che originano dal mancato soddisfacimento della pretesa e, di pari passo, le conseguenze che ne possono scaturire. Lo stato di afflizione e di precarietà psicologica correlato all'attesa che precede il giudicato "colpisce" un soggetto presunto non colpevole; il disagio di cui soffre il condannato definitivo che intende rimuovere il giudicato di condanna, pur meritevole di tutela, si innesta su una situazione già dotata di certezza giuridica, alla cui stabilità si è pervenuti dopo un procedimento formalmente improntato al rispetto del contraddittorio e degli altri corollari del giusto processo. Ed è in questa logica che si spiega, in linea di principio, l'indifferenza del giudizio svolto per definire le impugnazioni straordinarie rispetto ai termini massimi di cui all'art. 344-*bis* Cpp⁶. Là dove, invece, la superiore considerazione non riuscirebbe a spiegare l'impermeabilità alla causa di improcedibilità è nei giudizi di impugnazione conseguenti all'esito positivo dei rimedi straordinari. Ciò che può verificarsi, non solo a conclusione della richiesta di esecuzione della pronuncia della Corte edu, ma anche quale conseguenza della richiesta di rescissione del giudicato, allorquando la

⁵ A tal riguardo, la "riforma Cartabia" non ha recepito la proposta di prevedere un termine di improcedibilità già a partire dall'esercizio dell'azione penale, avanzata dalla "Commissione Lattanzi" in alternativa a quella poi definitivamente recepita nell'art. 344-*bis* Cpp. Più in generale, sul confronto tra il contenuto della norma citata e le proposte elaborate dalla "Commissione Lattanzi", cfr. F. Cassibba, *Prescrizione del reato e improseguibilità dell'azione penale nelle proposte della Commissione governativa*, in *Nuovi limiti temporali*, a cura di R.E. Kostoris-R. Orlandi, cit., 1 ss.

⁶ Nel senso dell'inapplicabilità dell'art. 344-*bis* Cpp alle impugnazioni straordinarie, cfr. G. Spangher, *L'improcedibilità dei giudizi di impugnazione per mancata definizione nei termini di legge*, in *"Riforma Cartabia" e rito penale*, a cura di A. Marandola, Milano 2022, 285 e 287.

Corte di appello revoca la sentenza di condanna e «dispone la trasmissione degli atti al giudice della fase o del grado in cui si è verificata la nullità» (art. 629-*bis* co. 3 Cpp). In questa situazione, il condannato, sul presupposto che il giudicato contro di lui si è formato senza che gli sia stata data la possibilità di partecipare al processo, torna allo *status* di imputato e non s'intravede ragione alcuna perché egli, nel nuovo giudizio di impugnazione, non possa vantare il diritto a essere giudicato entro un tempo ragionevole alla stessa stregua di un qualsiasi altro imputato. Anzi, potrebbe dirsi che la sua aspettativa a godere di uno *speedy trial* è ancora più giustificata e meritevole di tutela, proprio in quanto preceduta da un pregiudizio già consumatosi: l'aver subito un processo non equo.

Eppure – lo si è anticipato – la suddetta aspettativa trova riscontro esplicito soltanto relativamente al rimedio di cui all'art. 628-*bis* Cpp, il cui comma 7 prevede l'osservanza delle disposizioni di cui ai co. 1, 4, 5, 6 e 7 dell'art. 344-*bis* Cpp «quando la riapertura del processo è disposta davanti alla corte di appello». Una situazione che, sotto il profilo in esame, è pienamente sovrapponibile a quella del soggetto nei cui confronti la riapertura del processo è ordinata in seguito alla rescissione del giudicato. Per di più, in quest'ultima ipotesi, alla rescissione segue l'integrale riapertura del giudizio, mentre nel caso di cui all'art. 628-*bis* Cpp l'entità del nuovo giudizio, ove disposto, è legata all'incidenza che sul pregresso procedimento interno ha avuto la violazione accertata dalla Corte europea, permanendo, per il resto, l'efficacia degli atti già compiuti (così come determinata, *ex art.* 628-*bis* co. 5 Cpp, dalla Cassazione).

Deve, allora, ritenersi che al silenzio del legislatore non vada dato un significato ostativo, spiegandosi, piuttosto, con il fatto di aver ritenuto implicito – e, quindi, non bisognoso di estrinsecazione – che, tutte le volte in cui vi è la riapertura del processo in appello o in cassazione, riprende vigore, per ciò solo, la decorrenza dei termini di durata massima *ex art.* 344-*bis* Cpp.

In tale direzione, una conferma arriva anche dall'art. 175 co. 8-*bis* Cpp, che si preoccupa di regolamentare la decorrenza dei suddetti termini nel caso in cui l'imputato giudicato in assenza, avendo fornito la «la prova di non aver avuto effettiva conoscenza della pendenza del processo e di non aver potuto proporre impugnazione nei termini senza sua colpa», sia restituito nel termine per proporre impugnazione. Al cospetto di tale dato normativo, emerge ancor di più l'irrazionalità che caratterizzerebbe una soluzione negativa rivolta a coloro il cui processo viene riaperto come effetto della rescissione *ex art.* 629-*bis* Cpp. Se così fosse, difatti, l'applicazione sarebbe garantita al “restituito”, cioè a un soggetto la cui dichiarazione di assenza è stata regolarmente pronunciata dal giudice, e non anche al condannato nei cui confronti la medesima dichiarazione è stata pronunciata in difetto dei relativi presupposti⁷.

Se riferito alla revisione e al ricorso straordinario per errore materiale o di fatto, l'interrogativo in argomento assume un significato diverso e, ad avviso di chi scrive, non può, allo stato, condurre a un'applicazione dell'art. 344-*bis* Cpp. In questi casi, infatti, il giudizio che si svolge, rispettivamente, dinanzi alla Corte di appello e alla Corte di cassazione non costituisce la riapertura di un processo la cui illegittimità sia stata già accertata in sede di impugnazione straordinaria, ma rappresenta esso stesso la sede nella quale si deve accertare la sussistenza dei presupposti giustificativi della parziale riforma della condanna passata in giudicato. Il che non colloca tali giudizi fuori dall'orbita della ragionevole durata, ma esclude che ad essi possa applicarsi un istituto nel quale l'attuazione del principio costituzionale è inscindibilmente connessa allo svolgimento di un intero giudizio di impugnazione.

Nessun dubbio può fondatamente prospettarsi in ordine all'inapplicabilità dell'art. 344-*bis* Cpp ai giudizi di impugnazione aventi ad oggetto materie diverse dalla definizione dell'imputazione, indipendentemente dal fatto che essi siano incidentali alla fase di cognizione o “esterni” a questa⁸. Il

⁷ Questo, invero, è il criterio che delimita l'ambito di operatività dell'art. 175 co. 2.1 Cpp rispetto all'art. 629-*bis* Cpp. Sul punto, volendo, cfr. A. Pulvirenti, *Le impugnazioni straordinarie*, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale penale*, Torino 2023, 955.

⁸ Alla stessa conclusione approda S. Beltrani, *L'ambito applicativo della “nuova” causa di improcedibilità del “giudizio” di cassazione*, in *CP* 2022, 2085.

riferimento va, nel primo senso, alle impugnazioni cautelari⁹ (ma anche a quelle attinenti al regolamento preventivo di competenza, al procedimento di ricusazione, ecc.), e, nel secondo senso, ai ricorsi previsti in seno al procedimento di esecuzione o di sorveglianza, i quali, peraltro, presuppongono, di norma, la già avvenuta “definizione” dell’azione penale¹⁰. La conclusione, oltre che derivare dalla logica “sostanziale” della improcedibilità (per quanto diversa, essa si pone in linea di continuità con la prescrizione del reato), trova inconfutabili agganci ai molteplici dati testuali dell’art. 344-*bis* Cpp strettamente riconducibili all’accertamento del reato.

Non rileva, invece, ai fini dell’applicabilità dell’art. 344-*bis* Cpp il fatto che la sentenza impugnata sia stata emessa con un rito speciale, anziché ordinario, essendo, semmai, ancora più giustificato che un procedimento dalle forme semplificate sia soggetto al rispetto di termini perentori per la sua definizione: in caso contrario, si penalizzerebbe un soggetto che, accedendo ai riti alternativi al dibattimento, ha rinunciato al contraddittorio dibattimentale (a tutto vantaggio dell’efficienza perseguita dall’ordinamento)¹¹ oppure, pensando ai riti acceleratori del dibattimento, si finirebbe per porsi in contraddizione con quella stessa presunzione di semplicità dell’accertamento giudiziale (evidenza della prova, arresto in flagranza, ecc.) dalla quale tali riti originano. È, però, necessario – lo si ribadisce – che l’impugnazione abbia ad oggetto un provvedimento avente la forma della sentenza, così che il suo esito sia, in astratto, idoneo alla “definizione” del procedimento. Non basta, quindi, che l’impugnazione, pur diretta contro un provvedimento interno alla fase cognitiva, sia finalizzata a incidere indirettamente e in modo interlocutorio sui modi della definizione. Rientrano in tale ipotesi, ad esempio, il ricorso per cassazione avverso l’ordinanza ammissiva della messa alla prova oppure quello contro l’ordinanza che dichiara inammissibile l’opposizione al decreto penale di condanna, posto che l’eventuale accoglimento di tali ricorsi non determinerebbe la definizione del procedimento, ma il “recupero” del giudizio di primo grado.

I due requisiti – forma della sentenza e attitudine di questa alla definizione del giudizio – sono entrambi rinvenibili nell’art. 344-*bis* Cpp (il riferimento al primo lo si desume dal rinvio all’art. 544 Cpp, quello al secondo è esplicito) e devono, quindi, sussistere congiuntamente. Rimangono, così, fuori i ricorsi il cui oggetto è costituito da provvedimenti aventi la forma del decreto o dell’ordinanza, anche quando il loro esito contribuisca, a ben vedere, alla definitiva stabilizzazione del giudizio di merito (si pensi al ricorso avverso la già citata ordinanza di inammissibilità dell’opposizione al decreto penale di condanna, il cui rigetto determina la irrevocabilità di quest’ultimo).

Stando al tenore letterale della disposizione, non rileva, altresì, il contenuto, assolutorio o di condanna, della sentenza impugnata, né che a presentare l’impugnazione sia stato l’imputato o il pubblico ministero. Circostanza, quest’ultima, che rende, però, possibile un epilogo processuale di dubbia legittimità costituzionale. Si tratta dell’ipotesi in cui il pubblico ministero impugna una sentenza di proscioglimento al fine di conseguirne la riforma in sentenza di condanna o una modifica, in senso meno liberatorio, della formula. In questa evenienza, il decorso del termine di durata massima del giudizio di impugnazione impone la definizione del giudizio con sentenza di non doversi procedere per mancanza di una condizione di procedibilità (art. 529 co. 2 Cpp), con il conseguente venir meno del più favorevole pregresso proscioglimento. L’imputato, pur titolare di una presunzione di non colpevolezza rafforzata dal proscioglimento già pronunciato nel precedente grado di giudizio, assiste, impotente, al “consumarsi” del proprio diritto di difesa¹². Pertanto, l’imputato che voglia

⁹ G. Spangher, *L'improcedibilità dei giudizi di impugnazione*, cit., 285 e 287.

¹⁰ Fuoriescono da tale ambito i giudizi di legittimità attinenti a questioni esecutive aventi ad oggetto un provvedimento giudiziale emesso antecedentemente al giudicato, così come quelli riferibili a misure penitenziarie – quali il regime sospensivo *ex art. 41-bis Op* o i permessi di necessità – applicabili a detenuti non ancora in espiazione di pena.

¹¹ Il problema non si pone per il procedimento per decreto, il cui provvedimento definitivo (il decreto) è solo suscettibile di opposizione, con ripristino, a quel punto, del rito ordinario.

¹² Evidenzia analoghi profili di lesività del *favor rei* e della presunzione di innocenza dell’imputato assolto nel giudizio di primo grado, E.N. La Rocca, *La delega per la riforma: genesi e principi*, in *“Riforma Cartabia” e rito penale*, a cura di A. Marandola, cit., 10 e 11.

evitare che lo *status* di prosciolto acquisito precedentemente sia “travolto” dal superamento dei termini fissati dall’art. 344-*bis* Cpp dovrebbe dichiarare di rinunciare alla causa di improcedibilità, facoltà che – in assonanza con quanto previsto dall’art. 157 co. 7 Cp, in tema di prescrizione del reato – gli è espressamente attribuita dal settimo comma della norma citata.

Ma, il possibile esercizio di tale facoltà non può certo rappresentare la soluzione fisiologica al problema prospettato: non v’è, infatti, chi non veda come, ragionando in questi termini, si finirebbe per legittimare una vera e propria coazione psicologica nei confronti dell’imputato¹³. Una diversa soluzione esaustiva potrebbe essere individuata nel ritenere che l’improcedibilità non faccia venire meno gli effetti della precedente sentenza di proscioglimento, sebbene tale tesi risulterebbe sprovvista di aggancio a un dato testuale¹⁴.

Una soluzione parziale al problema ora esposto potrebbe rinvenirsi nell’applicabilità dell’art. 129 co. 2 Cpp, il cui testo, però, si riferisce alla prevalenza del proscioglimento di merito (allorquando sia «evidente che il fatto non sussiste o che l’imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato») sulla «causa di estinzione del reato». La possibilità di estendere tale disposizione codicistica alla causa di improcedibilità dell’azione penale è legata all’ammissibilità di una sua interpretazione analogica. Il che è negato da chi ritiene decisiva la diversa natura giuridica dei due istituti¹⁵ e, al contrario, affermato da chi auspica un approccio sostanzialistico al quesito ermeneutico¹⁶. Ora, al di là della constatazione pragmatica che di tale approccio la giurisprudenza di legittimità è sempre più propensa a fare uso *pro domo sua*, è lecito supporre che all’estensione possa giungersi pur mantenendosi entro i rigorosi confini delimitati dall’analogia *iuris*¹⁷. È noto che il presupposto dalla cui sussistenza dipende la praticabilità di una tale operazione ermeneutica è che tra le due situazioni – quella normata e quella non menzionata dalla disposizione – vi sia la *eadem ratio*, di modo che la seconda possa dirsi già virtualmente inclusa nello spazio concettuale della prima e non sia, invece, frutto di una vera e propria integrazione “creativa” della norma, che, come tale, oltrepasserebbe i limiti propri dell’interpretazione e invaderebbe, arbitrariamente, le prerogative del legislatore. Ora, se questo è il confine di cui occorre tener conto, a noi pare che l’applicazione analogica dell’art. 129 co. 2 Cpp alla causa di improcedibilità in oggetto possa starvi dentro, a condizione che, nel comparare i due istituti, si attribuisca decisività, non al profilo dogmatico della loro differente natura giuridica, bensì al fatto di avere in comune un profilo finalistico, qual è quello di escludere, in ultima analisi, la punibilità in conseguenza del superamento di un limite temporale. Né può negarsi che anche nella prescrizione del reato tale limite abbia, almeno in parte, un fondamento “processuale”. Lo si rinviene nella disciplina di cui agli artt. 160 e 161 Cp, in base alla quale l’insorgenza del procedimento penale (mediante gli atti ivi tassativamente predeterminati) interrompe il corso della prescrizione, ma l’interruzione non può, comunque, andare oltre un limite temporale finale, posto, evidentemente, a garanzia della ragionevole durata del processo. Se la prescrizione del reato sottintendesse esclusivamente il diritto all’oblio, a rigore, questo potrebbe essere negato in ragione della reiterazione all’infinito, da parte dell’ordinamento, della manifestazione di interesse verso il fatto penalmente rilevante. L’art. 161 Cp evita ciò, contrapponendo alla potestà punitiva dell’ordinamento il diritto dell’imputato a essere giudicato entro

¹³ Cfr., *amplius*, E.N. La Rocca, *Il modello di “Riforma Cartabia”: ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *AP*, 3/2021, 46 ss.

¹⁴ Ritiene non «sostenibile la tesi per la quale la declaratoria di improcedibilità costituirebbe una causa sopravvenuta di inammissibilità che renderebbe ancora valida ed efficace la sentenza impugnata», posto che con la suddetta declaratoria «sono assorbite le precedenti decisioni sia di condanna, sia di assoluzione (...)», G. Spangher, *L’improcedibilità dei giudizi di impugnazione*, cit., 287 e 288.

¹⁵ Tra gli altri, cfr. E.N. La Rocca, *Il modello di “Riforma Cartabia”*, cit., 47. Ritiene che tutti i tentativi di interpretazione analogica dell’art. 129 Cpp abbiano, quale «difetto comune», la «mancanza di una solida base testuale» M. Daniele, *Prescrizione del reato e improcedibilità*, cit., 45.

¹⁶ O. Mazza, *Fenomenologia dell’improcedibilità*, cit., 991 ss.

¹⁷ L’auspicio di una interpretazione analogica *in bonam partem* è condiviso da G. Canzio, *Prescrizione del reato e improcedibilità dell’azione penale. Una introduzione*, in *www.sistemapenale.it*, 7.3.2023, 8.

un termine massimo, oltre il quale l'interesse dell'ordinamento a perseguire il reato, sebbene ripetutamente manifestato, deve arretrare definitivamente.

La possibile obiezione a un tale ragionamento è prevedibile: la *red line* degli atti interruttivi non è predisposta a tutela di un interesse processuale, ma al fine di inibire l'applicazione di una sanzione penale incompatibile con la funzione rieducativa che la Costituzione le attribuisce, posto che essa, trascorso un eccessivo lasso di tempo dalla consumazione del presunto reato, potrebbe finire per colpire un soggetto nel frattempo già pienamente reinseritosi nel tessuto sociale e, perciò, "rieducato". Eppure, tale condivisibile considerazione non si pone in antitesi alla dimensione processuale della prescrizione, sicché con questa si integra appieno: il superamento del termine complessivo di cui all'art. 161 Cp rende la pena inidonea alla finalità rieducativa (anche) in conseguenza dell'eccessiva durata delle attività processuali interruttive della prescrizione.

Vero è che, attualmente, la plausibilità di questo ragionamento regge fino all'emissione della sentenza definitiva del giudizio di primo grado, momento in cui, ai sensi dell'art. 161-*bis* Cp, il termine di decorrenza della prescrizione cessa definitivamente, così da divenire insensibile ai residui tempi di svolgimento delle successive attività processuali. Ma è proprio questo meccanismo che, se considerato autonomamente, costituisce un'anomalia interna alla disciplina della prescrizione, giacché, rendendo l'imputato giudicato in primo grado un eterno giudicabile, contraddice quella intima connessione tra la durata del processo e la finalità rieducativa della pena che la stessa disciplina, poco prima, mostra di voler garantire. E, del resto, è inconfutabile che l'improcedibilità *ex art. 344-bis* Cpp nasce appositamente per porre un rimedio a tale anomalia prodotta dalla "riforma Bonafede" e mantenuta in vita, verosimilmente, per ragioni di equilibrismo politico¹⁸.

Se si condivide questa impostazione, all'operatività dell'art. 129 co. 2 Cpp, in presenza della causa di improcedibilità introdotta dalla "riforma Cartabia", non può essere di ostacolo l'affermazione delle sezioni unite, risalente al 2009, secondo cui «la mancanza di una condizione di procedibilità osta a qualsiasi altra indagine in fatto»¹⁹. A tale conclusione, invero, il massimo consesso della Cassazione pervenne considerando il rapporto tra la causa di estinzione del reato per morte dell'imputato e la declaratoria di non doversi procedere per difetto di querela, ovvero sia per una causa di improcedibilità che interviene a monte del procedimento penale, inibendo la stessa instaurazione di un valido rapporto processuale. L'improcedibilità per decorso del tempo opera a valle del procedimento penale e determina la perenzione di un rapporto processuale validamente costituito. Il precedente, quindi, non può essere ritenuto ostativo sol perché relativo al "genere" condizioni di procedibilità, rispetto al quale – come si è già detto – l'art. 344-*bis* Cpp presenta forti elementi di eterogeneità²⁰. Piuttosto, è

¹⁸ L'equilibrismo, in particolare, è consistito nell'eliminazione degli *effetti* del blocco della prescrizione con la sentenza di primo grado voluto dall'allora ministro della giustizia Bonafede (ovverosia la legittimazione di processi con imputati "eterni giudicabili"), senza, al contempo, la formale abrogazione della causa di «sospensione» voluta da detta riforma (art. 159 co. 2 Cp, così come introdotto dall'art. 1 co. 1 lett. e n. 1 l. 9.1.2019 n. 3). Invero, la formale conservazione di tale istituto (in verità, trasfuso dalla l. 134/2021 nell'art. 161-*bis* Cp e riqualificato, più correttamente, come causa di «cessazione» della prescrizione) è bastata, sul piano politico, per preservare le alleanze governative con il partito che quella disposizione aveva generato, nonostante, sul piano sostanziale, la finalità assegnata all'art. 161-*bis* Cp sia stata superata dall'operatività, subito dopo il blocco della prescrizione in primo grado, dell'improcedibilità *ex art. 344-bis* Cpp. Cfr. E.N. La Rocca, *Il modello di "Riforma Cartabia"*, cit., 45. L. Tavassi, *Improcedibilità dell'azione per superamento dei termini di durata delle indagini preliminari*, in *AP*, 2/2021, 2.

¹⁹ Cass. S.U. 29.12.2009 n. 49783, in *CEDCass.*, n. 245163: «La declaratoria di improcedibilità per difetto di querela prevale su quella determinata dall'estinzione del reato per morte dell'imputato giacché la mancanza di una condizione di procedibilità osta a qualsiasi altra indagine in fatto». Si consideri, comunque, che, nella citata pronuncia, tale principio di diritto non è supportato da una compiuta analisi ermeneutica, riducendosi, sul punto, la motivazione al seguente passaggio: «Quanto al reato di cui all'art. 388 c.p. – contestato allo stesso M.I. al capo *a*) del proc. n. 48691/91 – deve rilevarsi, invece, che la declaratoria di estinzione per morte dell'imputato non ha priorità rispetto a quella pronunciata per difetto della querela, poiché la mancanza di una condizione di procedibilità osta a qualsiasi altra indagine in fatto (vedi Cass., Sez. V, 10 maggio 1996, n. 4746)». A maggior ragione, quindi, il quesito si prospetta ancora "aperto" a una diversa conclusione.

²⁰ Nella stessa direzione, O. Mazza, *Fenomenologia dell'improcedibilità*, cit., 992.

proprio il posizionamento “avanzato” di tale forma di improcedibilità che, unitamente a ragioni di funzionalità del sistema, dovrebbe indurre a prediligere una linea ermeneutica che, in assonanza con quanto accade già per la prescrizione sostanziale, preservi l’accertamento dibattimentale fino a quel momento prodotto tutte le volte in cui il suo contenuto liberatorio emerge in termini di evidenza probatoria.

3. Delineato, non senza incertezze, l’ambito di operatività della causa di improcedibilità, rileva stabilire da quando il termine di durata massima del giudizio di impugnazione decorre. Il terzo comma dell’art. 344-*bis* Cpp fissa tale momento nel «novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine previsto dall’articolo 544, come eventualmente prorogato ai sensi dell’articolo 154 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del presente codice, per il deposito della motivazione della sentenza». Vi è, quindi, un “tempo morto”, che non incide né sulla prescrizione sostanziale (ormai cessata, *ex art. 161-bis* Cp, per effetto della «pronuncia» della sentenza) né, tantomeno, sulla prescrizione processuale (*rectius*, improcedibilità), che non ha ancora avuto inizio. Un tempo che è composto da due elementi, uno variabile e uno fisso. La durata del primo elemento, invero, dipende, anzitutto, dal termine adottato dal giudice, al momento della deliberazione della sentenza, per la stesura della motivazione, che, com’è noto, può variare da un minimo di un giorno, quando la motivazione è redatta contestualmente al dispositivo, a un massimo di novanta giorni, quando il giudice, ritenendo la motivazione «particolarmente complessa», ritiene (e dichiara nel dispositivo) che non potrà depositare la sentenza entro il quindicesimo giorno dalla pronuncia (con l’ulteriore possibilità che il termine massimo sia raddoppiato a 180 giorni per quei casi in cui, sussistendo il pericolo che un imputato per uno dei reati di cui all’art. 407 co. 2 lett. *a* Cpp, ritorni in libertà per scadenza dei termini di durata massima della custodia cautelare, il giudice abbia disposto, *ex art. 533 co. 3-bis* Cpp, la separazione dei procedimenti e la conseguente posticipazione della motivazione relativa alle posizioni alle quali non è stata accordata precedenza). A questo termine, “elastico” nell’estensione, ma certo nella sua esistenza, se ne aggiunge uno del tutto eventuale, che si materializza soltanto nel caso in cui il giudice che, materialmente, deve procedere alla redazione della motivazione ottenga dal Presidente del Tribunale (per i giudizi di primo grado) o della Corte d’appello (per i giudizi di appello) – previa «richiesta motivata» a costui – una proroga per un periodo massimo di novanta giorni (art. 154 co. 4-*bis* disp. att. Cpp). Si noti, a tal ultimo riguardo, che il potere presidenziale di proroga è riferito dalla citata disposizione attuativa unicamente all’art. 544 co. 3 Cpp, e non anche al successivo co. 3-*bis*, cosicché alcuna proroga per la redazione della motivazione può essere accordata a quel giudice che, rinvenendo gli estremi di cui all’art. 533 co. 3-*bis* Cpp, si è già attribuito il raddoppio del termine di novanta giorni. In sintesi, questa prima componente da cui dipende il *dies a quo* dell’improcedibilità, considerando il verificarsi di tutte le variabili previste dal combinato disposto dalle norme sopra indicate, può durare fino a centottanta giorni, non oltre. A ciò, come anticipato, occorre aggiungere la seconda componente fissa, che l’art. 344-*bis* co. 3 Cpp indica in ulteriori novanta giorni, senza alcuna possibilità di estensione.

In ultima analisi, allora, il termine di durata massima del giudizio di impugnazione può decorrere da un minimo di novantuno giorni a un massimo di duecentosettanta giorni dal momento in cui è deliberata la sentenza impugnata.

Il *surplus* fisso di novanta giorni è stato individuato dal legislatore in modo tale da “coprire” il termine entro il quale le parti possono, a pena di decadenza, depositare l’atto di impugnazione (da 15 a 45 giorni, ulteriormente aumentati di 15 giorni per il difensore dell’imputato giudicato in assenza) e il successivo tempo di cui, presumibilmente, necessita la cancelleria del giudice *a quo* per la corretta instaurazione del contraddittorio in vista del giudizio (artt. 584, 590 Cpp).

Quel che è certo, considerata l’univocità del dato letterale, è che i termini stabiliti dall’art. 344-*bis* co. 3 Cpp non sono suscettibili di dilatazioni cronologiche dipendenti da fattori diversi da quelli ivi espressamente contemplati. In particolare, non può rilevare in alcun modo la circostanza che il giudice, non osservando il termine imposto *ex lege*, ed eventualmente prorogato *ex art. 154 disp. att.*

Cpp, per la redazione della motivazione, depositi quest'ultima in ritardo, così da rendere necessaria (affinché decorra, a carico delle parti, il termine per impugnare) la notificazione dell'avviso di deposito della sentenza (art. 548 co. 2 Cpp). Sul punto – lo si ribadisce – la disposizione non si presta a letture “elastiche”, dal momento che ancora la decorrenza in oggetto alla «scadenza» dei termini di cui sopra, indipendentemente, quindi, dal fatto che entro il loro spirare la sentenza sia stata effettivamente depositata e dalle ragioni giustificative dell'eventuale ritardo. Del resto, se così non fosse, l'effettività della garanzia posta a fondamento dell'improcedibilità – già incrinata, come si dirà a breve, dall'indeterminatezza della disciplina relativa alle proroghe – risulterebbe del tutto compromessa, potendo, di fatto, il giudice *a quo*, ampliare il termine di durata massima dell'impugnazione differendone, a suo piacimento, la decorrenza. E sarebbe davvero paradossale prevedere che l'effettività di una tutela connessa, per sua natura, alla predeterminazione di un tempo “certo” del processo, possa cedere il passo alla “instabilità” del tempo medesimo causata da fattori imputabili all'ordinamento, e non a colui che di quella tutela dovrebbe essere il solo destinatario.

Detto di ciò da cui origina l'inizio del termine di durata massima del giudizio di impugnazione, deve ora dirsi del fattore la cui sopravvenienza ne determina la fine. Trattasi – così lo descrive l'art. 344-*bis* Cpp ai primi due commi – della «mancata definizione del giudizio». Si è presto evidenziato che siffatta espressione renderebbe sufficiente ad evitare l'improcedibilità la pubblicazione del solo dispositivo, senza che, al medesimo fine, occorra anche il perfezionamento della fase deliberativa della sentenza con il deposito della sua motivazione²¹. Nell'affermare ciò, si è inteso ribadire l'assetto ermeneutico già consolidatosi nella giurisprudenza in merito al problema della interruzione della prescrizione²², presupponendo, così, che le due situazioni siano omogenee e, quindi, sovrapponibili. La tesi non convince, giacché, al contrario, le due situazioni hanno significativi punti di divergenza, costituiti dal diverso dato letterale dei corrispondenti riferimenti legislativi (per la prescrizione, oggi costituito dall'art. 161-*bis* Cp) e, soprattutto, dalla differenza di *ratio* tra i due istituti. Nella prima direzione, si osservi che, mentre in base alla disposizione del codice penale quel che determina la cessazione della prescrizione è la mera «pronuncia» della sentenza, nell'art. 344-*bis* Cpp quel che evita l'improcedibilità è la «definizione» del giudizio, ovvero sia un'attività, non interlocutoria, ma idonea a “chiudere” la fase deliberativa. Siffatta differenza lessicale è, poi, coerente con la diversa logica finalistica delle due disposizioni messe a confronto. Pronunciando la sentenza, il giudice manifesta definitivamente – nel ragionamento sottostante la “riforma Bonafede” – l'interesse dell'ordinamento ad accertare la responsabilità penale relativa a quel determinato reato, così che la prescrizione – indicativa, all'opposto, di un “disinteresse” – non potrà più operare. Nell'art. 344-*bis* Cpp, invece, la prospettiva dalla quale analizzare il problema non è quella dell'ordinamento, ma quella dell'imputato, al quale è riconosciuto il diritto a che la sua situazione processuale sia definita entro un tempo massimo. Ora, da questo diverso punto di vista, non si vede come l'adempimento di un solo segmento del procedimento decisionale possa, lasciando in vita il “giudizio”, risultare funzionale all'obiettivo legislativo sopra descritto. La mera pubblicazione del dispositivo, a ben vedere, “sospende” la definizione del giudizio, con la possibilità, peraltro, che tale sospensione abbia una durata indeterminata tutte le volte in cui il giudice non rispetta il termine stabilito dalla legge (o da lui stesso fissato al momento della decisione) per il deposito della motivazione. Opinando nel senso qui criticato, in definitiva, si legittimerebbe un risultato antitetico alla *ratio* dell'art. 344-*bis* Cpp, poiché si tollererebbero zone di *incertezza* definitoria al cospetto di una previsione che mira proprio a garantire all'imputato la *certezza* del tempo oltre il quale egli non potrà più essere sottoposto all'agonia del processo.

²¹ Cfr. *Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di cassazione–Servizi penali alla legge n. 134 del 2021*, in www.cortedicassazione.it, 13, per la cui analisi v. D. Tripiccione-P. Di Geronimo, *Riforma della giustizia penale: la relazione del massimario sulla “legge Cartabia”, con focus sul nuovo istituto della “improcedibilità”*, in www.sistemapenale.it, 4.11.2021, 1 ss.

²² Cass. Sez. II 14.11.2019 n. 46261, in *CEDCass.*, n. 277593-02; Cass. Sez. III 10.5.2011 n. 18046, in *CEDCass.*, n. 250328.

4. I termini di durata massima dei giudizi di impugnazione non sono fissi, potendo sulla loro estensione incidere, in chiave espansiva, il “potere di proroga” riconosciuto al giudice dall’art. 344-*bis* co. 4 Cpp. Nel dettaglio, la disciplina di tale potere è articolata in tre categorie, alle quali corrisponde una diversa quantificazione del tempo della proroga. Invero, la prima categoria, riferita genericamente al «giudizio di impugnazione» (senza alcuna differenziazione riconducibile al tipo di reato oggetto della regiudicanda), implica la possibilità di disporre una sola proroga per grado, ovverosia un «periodo non superiore a un anno nel giudizio di appello e a sei mesi nel giudizio di cassazione». La seconda categoria, relativa, invece, ai giudizi di impugnazione «per i delitti aggravati ai sensi dell’articolo 416-*bis*.1, comma 1, del codice penale», non esclude la reiterazione (anche per più di due volte) della proroga, a condizione che «complessivamente» non sia superato il limite dei tre anni nel giudizio di appello e di un anno e sei mesi nel giudizio di cassazione. Infine, la terza categoria, afferente ai procedimenti per determinati delitti di particolare gravità (individuati con il duplice richiamo alla fattispecie astratta e al computo edittale della sanzione), è priva di limiti temporali, giacché, in base al dato testuale della disposizione legislativa, il giudice può disporre «ulteriori proroghe».

Non v’è chi non veda come in quest’ultima ipotesi residui, seppure celato dal filtro giurisdizionale, uno spazio di operatività del perverso meccanismo degli “eterni giudicabili”, vale a dire di quel sistema la cui eliminazione ha costituito il motivo conduttore della nuova improcedibilità, ma che, evidentemente, la “riforma Cartabia” non ha avuto la forza politica e morale di espungere integralmente dal sistema. Deve, peraltro, rammentarsi che nel cerchio dei giudicabili senza fine sono inseriti pure gli imputati in procedimenti per delitti puniti con l’ergastolo («anche come effetto dell’applicazione di circostanze aggravanti»), ai quali, per vero, non è applicabile l’intero istituto dell’improcedibilità (art. 344-*bis* co. 9 Cpp), sebbene, in questo caso, la disposizione non rappresenti una “scoria” della “riforma Bonafede”, bensì la replica di quanto stabilito, in tema di prescrizione, dal già esistente art. 157 co. 8 Cp.

Tornando alle proroghe, è necessario sottolineare che le tre categorie prima delineate in base a criteri generali ed astratti risultano poi accomunate da un presupposto concreto, la cui verifica, cioè, inerisce alla specificità del singolo procedimento²³. Trattasi del requisito della “particolare complessità” del giudizio di impugnazione, la cui sussistenza il giudice è chiamato a valutare facendo uso di alcuni indici sintomatici normativamente predeterminati: «numero delle parti o delle imputazioni»; «numero» o «complessità delle questioni di fatto o di diritto da trattare».

Orbene, se, da un lato, l’obiettivo al quale l’istituto della proroga è preordinato – assicurare, in ragione delle peculiarità della concreta fattispecie processuale, un certo margine di elasticità del tempo di durata massima del giudizio – appare difficilmente criticabile, dall’altro, censurare la definizione legislativa dei presupposti dalla cui sussistenza viene fatta dipendere l’applicabilità dell’istituto è operazione inevitabile, tanto che, sul punto, le voci dottrinali (comprese quelle di coloro che hanno accolto con favore l’introduzione dell’improcedibilità) si muovono all’unisono²⁴. La critica converge sul grado di determinatezza dei fattori dai quali il giudice procedente è legittimato a desumere la “particolare complessità” del giudizio di impugnazione e, quindi, a disporre la proroga. In effetti,

²³ Che il requisito in discorso sia riferibile a tutte le tre categorie di proroga non può essere messo in dubbio, bastando osservare che esso, sebbene esplicitato nel primo periodo del co. 1 dell’art. 344-*bis* Cpp in riferimento alla prima categoria, è poi espressamente richiamato nel periodo successivo, riguardo alla seconda categoria, allorché si prevede che le ulteriori proroghe possono essere disposte «per le ragioni e per la durata indicate nel periodo precedente»; ed è, altresì, implicitamente richiamato per la terza categoria individuata nell’ultimo periodo (posto che la congiunzione avversativa – «nondimeno» – in questo presente attiene soltanto all’entità della proroga, e non anche alle altre parti della disciplina).

²⁴ Cfr., ad esempio, G. Canzio, *Prescrizione del reato e improcedibilità*, cit., 8; in chiave critica, cfr., altresì, M. Daniele, *Prescrizione del reato e improseguibilità*, cit., 38 ss.; E.N. La Rocca, *Il modello di riforma “Cartabia*, cit., 45 ss.; R. Casiraghi, *L’improcedibilità dell’azione penale per superamento dei termini di fase*, in D. Castronuovo-M. Donini-E.M. Mancuso-G. Varraso, *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano 2023, 371.

nessuno dei fattori indicati nel quarto comma dell'art. 344-*bis* Cpp – numero delle parti o delle imputazioni, complessità delle questioni di fatto o di diritto – sembra in grado di porre un serio argine alla discrezionalità del giudice: quanto al primo, è evidente che il dato meramente numerico non indica alcunché, ben potendosi ipotizzare processi con un solo imputato e una sola imputazione ma di difficilissima soluzione, così come processi estremamente semplici pur con una pluralità di imputati e imputazioni; quanto al secondo, dire che il giudizio di impugnazione complesso è quello nel quale complesse sono le questioni di fatto o di diritto che esso è chiamato a risolvere è un “non dire”, risolvendosi la definizione del predicato nella stessa ripetizione del soggetto (con la sola, superflua, specificazione che la questione può essere fattuale o giuridica) e, quindi, in una vera e propria tautologia.

A rendere ancor più indefinito il tema della complessità del giudizio è il carattere alternativo e non concorrente dei suddetti indici, tale per cui, ai fini della proroga, è sufficiente che il giudice precedente ne invochi solo uno. Invece, è proprio la loro scarsa pregnanza individuale di significato che avrebbe dovuto indurre il legislatore a concepirli, quantomeno, quali fattori necessariamente concorrenti nell'ambito di una valutazione unitaria. Nell'accezione finalistica adottata dalla disposizione codicistica, il dato numerico relativo agli imputati o alle imputazioni giustifica l'esigenza di un maggior tempo di definizione del giudizio se e nella misura in cui il contenuto delle corrispondenti posizioni soggettive sia eterogeneo dal punto di vista tanto probatorio quanto della complessità ermeneutica. Allo stesso modo, la complessità di una singola questione di fatto o di diritto rende rilevante un maggior dispendio di energie – e, quindi, di tempo – soltanto se ulteriormente “appesantita” dall'eventuale “effetto moltiplicatore” determinato dalla sua riferibilità a più imputati o imputazioni. Ragionando, al contrario, come fa il legislatore, in termini atomistici, il criterio finalistico della “complessità” del giudizio perde di senso e al suo posto diviene decisiva la “dimensione” del procedimento sganciata da qualsivoglia connotazione contenutistica.

Ora, se, come riteniamo, la formulazione dell'art. 344-*bis* co. 4 Cpp, pur dietro l'apparente decisività del riferimento alla complessità del procedimento, riduce la legittimità della proroga a una valutazione sostanzialmente “quantitativa”, è privo di giustificazione il fatto che quest'ultima non trovi oggettivizzazione in una indicazione del dato numerico. Responsabilità che il legislatore non ha voluto assumersi, preferendo fare ricorso a formule vaghe, altrove già impiegate e puntualmente rivelatesi inidonee a fungere da effettivo criterio selettivo.

Un tale *deficit* di determinatezza incide negativamente sul principio di legalità, giacché, ricadendo gli effetti della proroga sul decorso del termine entro il quale il processo può concludersi utilmente, la concreta punibilità del reato finisce per dipendere, non più dalla legge, ma dal “volere” insindacabile del giudice. Anche il principio di eguaglianza ne esce gravemente compromesso, potendo la punibilità di fattispecie penali del tutto omogenee, sotto il profilo processuale, andare incontro a epiloghi contrapposti in conseguenza dell'uso irragionevolmente disomogeneo che i rispettivi giudici potrebbero fare del potere di proroga *ex art. 344-bis* Cpp.

È prevedibile che la questione finirà per essere sottoposta alla valutazione della Corte costituzionale, la quale, del resto, seppure in relazione alla prescrizione, ha già avuto modo di ammonire il legislatore circa la necessità che il principio di legalità garantisca la persona incolpata di un reato di avere previa consapevolezza della «dimensione temporale» della fattispecie legale, risultante, non solo «dalla (ben precisa) durata tabellare della prescrizione (art. 157 c.p.)», ma anche «dalla (possibile) incidenza su di essa di regole processuali»²⁵. Che queste affermazioni debbano ora essere riferite anche all'improcedibilità non pare potersi mettere in discussione, posto che essa, nonostante la diversa

²⁵ Regole processuali che, nel caso della prescrizione, sono quelle dell'interruzione e della sospensione. Così, C. cost., 6.7.2021 n. 140, in *GC* 2021, 1482, che, sul punto, richiama la sua precedente sentenza 23.12.2020 n. 278, in *GC* 2020, 3218. Per un'analisi di entrambe le pronunce, cfr. G. Leo, *Prescrizione e improcedibilità: problematiche di diritto intertemporale alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 1.3.2022, 1 ss.; G. Losappio, *Regole dei tempi e tempi delle regole. Sospensione della prescrizione, precisione della norma penale e irretroattività* in *malam partem*, in *CP* 2022, 864 ss.

natura giuridica processuale, condivide con la “prescrizione sostanziale” quel che, nel ragionamento della Corte, è uno dei corollari irrinunciabili del principio di legalità: «la predeterminazione per legge del termine entro il quale sarà possibile l’accertamento nel processo, con carattere di definitività, della responsabilità penale»²⁶. Ne deriva, ancora, che eventuali previsioni normative volte ad ampliare tale termine, poiché incidono sulla punibilità del reato, devono essere sufficientemente determinate nei loro «elementi costitutivi sì da assicurare un sufficiente grado di conoscenza o di conoscibilità»²⁷.

Ad attenuare i rischi di disparità di trattamento tra imputati, insiti nella variabilità applicativa dell’istituto, potrebbe contribuire un auspicabile *self restraint* interpretativo dei giudici di appello e di Cassazione nella definizione dei parametri minimi perché un giudizio possa dirsi “complesso”. Anzitutto, dovrebbe, senza remore, affermarsi l’idea che la complessità non può discendere da cause diverse da quelle indicate nella disposizione legislativa, così che giammai potrebbe disporsi la proroga in conseguenza delle difficoltà del giudice a rispettare il termine per via degli impedimenti di natura organizzativa del proprio ufficio (pendenze eccessive, carenze di personale, indisponibilità di locali o attrezzature, ecc.). Se così non fosse, si violerebbe palesemente l’ordine gerarchico che la Costituzione impone tra le garanzie fondamentali dell’individuo (del quale l’improcedibilità è, comunque, espressione) e il buon andamento della pubblica amministrazione, posponendo i primi al secondo e finendo, pertanto, per far pesare sull’imputato le incapacità strutturali dell’ordinamento. Inoltre, la complessità del procedimento non potrebbe farsi coincidere con la “gravità” del reato oggetto del giudizio, atteso che, oltre a non potersi sostenere, sul piano logico, la sussistenza di un tale binomio (il reato può essere di lieve entità dal punto di vista sanzionatorio, ma estremamente complesso potrebbe essere il suo accertamento in fatto o in diritto, e viceversa), il fattore gravità è già stato preso in considerazione dal legislatore nel momento in cui, come si è detto sopra, ha configurato le diverse tipologie di proroga (da quella applicabile una sola volta a quella priva di limiti di reiterazione).

L’ordinanza di proroga è emessa dal «giudice che procede», pacificamente individuabile nel giudice dinanzi al quale si svolge il giudizio di impugnazione. Nessun potere spetta, perciò, al giudice *a quo*, la cui competenza, una volta depositato, presso la sua cancelleria, l’atto di impugnazione, si esaurisce nella trasmissione del fascicolo al giudice del grado superiore. Anche qui può osservarsi che il silenzio del legislatore non si presta a essere utilizzato al fine di dilatare il significato della suddetta espressione, posto che, laddove il legislatore, in via eccezionale, ha voluto attribuire al giudice *a quo* il potere di compiere valutazioni sull’oggetto del giudizio da lui già definito con sentenza, lo ha fatto esplicitamente (v. art. 666 co. 7 Cpp).

La laconicità della disposizione legislativa genera, invece, incertezze circa il “quando” dell’esercizio del potere di proroga, non specificandosi se esso deve intervenire, a pena di decadenza, nella fase introduttiva del giudizio di impugnazione oppure possa sopraggiungere nel corso del medesimo. Ora, sempre nel contesto di un impegno ermeneutico diretto a restringere i margini di discrezionalità del giudice e ad attenuare, di conseguenza, i rischi di “abuso” dell’istituto, si propende per la prima opzione, essendo, del resto, quello iniziale un momento in cui l’organo giudicante, esaminando il contenuto dell’impugnazione, dovrebbe essere già nelle condizioni di percepirne il grado di difficoltà. Il che è ancor più vero se si considera quanto, in seguito a un noto *iter* giurisprudenziale prima e legislativo dopo, sia stato innalzato il livello di specificità e di precisione che l’atto di impugnazione deve, a pena di inammissibilità, possedere fin dal suo deposito²⁸. Dinanzi a un onere di questo tipo in

²⁶ Così sempre C. cost., 6.7.2021 n. 140, cit.

²⁷ C. cost., 6.7.2021 n. 140, cit. Premessa la coerenza tematica tra l’improcedibilità e il principio di legalità, il dubbio, semmai, concerne la valutazione che la Consulta dovrà fare, nel merito, in ordine alla capacità degli elementi descritti nell’art. 344-*bis* co. 4 Cpp a garantire il livello minimo di sufficiente determinatezza richiesto dal suddetto principio, non potendosi affatto escludere che il Giudice delle leggi, a tal riguardo, si “accontenti” di uno standard semantico poco rigoroso.

²⁸ Per una ricostruzione del tema, ci sia consentito il rinvio ad A. Pulvirenti, *La “nuova” specificità e il pericolo di ulteriori spazi concessi all’inammissibilità dell’appello*, in AP, 1/2023, 1 ss.

capo alla parte impugnante, appare del tutto ragionevole, anche in considerazione dell'alto valore costituzionale degli interessi in gioco, far corrispondere un onere di preliminare valutazione della complessità del giudizio a carico del giudice. Quel che, però, la disposizione non autorizza ad escludere è che la complessità del procedimento possa emergere anche nel corso del giudizio di impugnazione. L'ipotesi, per quanto residuale, può verificarsi quale effetto di una questione o una richiesta sollevata direttamente in udienza dalla parte impugnante²⁹ o dalla parte costituita non impugnante; così come di una sopravvenienza legislativa (si pensi a una successione di leggi penali nel tempo di non facile inquadramento) o giurisprudenziale (ad esempio, l'emersione di un serio contrasto interpretativo approdato alle sezioni unite). Il problema non si pone, invece, per l'eventuale rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, il cui espletamento, in base a quanto stabilito dall'art. 344-*bis* co. 6 Cpp, comporta già la sospensione del termine di durata massima del giudizio di impugnazione. A quest'ultimo proposito, non può, tuttavia, escludersi che gli "innesti probatori" scaturiti da detta rinnovazione rendano oggettivamente più controverso l'accertamento della responsabilità, tale da giustificare, a quel punto, una statuizione di "particolare complessità" dell'intero procedimento.

In ogni caso, al di là delle singole fattispecie configurabili, quel che, così argomentando, dovrebbe affermarsi è la vincolatività del rapporto tra regola ed eccezione: l'ordinanza di proroga, essendo inscindibilmente connessa alla valutazione di complessità determinata dall'atto di impugnazione, deve essere emessa all'inizio del giudizio, subito dopo l'accertamento della regolare costituzione delle parti, ferma restando la possibilità residuale che essa, laddove la causa della complessità sopravvenga nel corso del giudizio, sia emessa successivamente (nel primo momento utile successivo alla sopravvenienza).

L'inquadramento del potere di proroga entro limiti temporali così fissi potrebbe sembrare viziato da un eccessivo irrigidimento ermeneutico. Così non è, se solo si pensa alla serietà del rischio insito nell'assenza di tali argini, vale a dire la fin troppo agevole possibilità che il giudice, nell'imminenza della scadenza del termine ordinario, resosi conto dell'impossibilità di rispettarlo, utilizzi la proroga, non perché il giudizio sia complesso, ma al solo fine di evitare di dover "certificare", con la pronuncia di improcedibilità, l'incapacità del "suo" ufficio di concluderlo in tempo utile.

L'ordinanza che dispone la proroga deve essere motivata ed è ricorribile per cassazione. Nulla stabilendo l'art. 344-*bis* Cpp in ordine all'ambito tematico della ricorribilità, deve ritenersi operativo l'ordinario regime di cui all'art. 606 Cpp. Può, pertanto, l'ordinanza essere impugnata anche sotto il profilo della mancanza, manifesta illogicità o contraddittorietà della motivazione, la cui necessità concerne tanto il provvedimento che applica, per la prima volta, la proroga, quanto quello che, sussistendone i presupposti, ne dispone la reiterazione. Quest'ultimo non può – salvo vanificare la *ratio* della prescrizione legislativa – ripetere semplicemente le ragioni addotte a sostegno della prima ordinanza, bensì deve esplicitare i motivi per i quali non è stato possibile risolvere, entro il termine già prorogato, lo specifico fattore di complessità a suo tempo rilevato. Diversa è, poi, la situazione in cui l'ulteriore proroga sia legata alla sopravvenienza di un'esigenza non manifestatasi precedentemente. In questo caso, andrebbe, anzitutto, motivata la sussistenza del presupposto della "particolare complessità" (non potendo, sul punto, l'ordinanza richiamare la diversa complessità rilevata nella prima proroga) e, subito dopo, dovrebbero essere indicate le ragioni che rendono insufficiente alla definizione della nuova esigenza il tempo che residua a disposizione del giudice.

Il condizionale è d'obbligo, giacché sarà il diritto giurisprudenziale a dirci se la Cassazione assumerà, sul tema, una linea interpretativa rigorosa, aderente al tenore letterale della disposizione, ma soprattutto al rango costituzionale dell'interesse tutelato, oppure se, come appare più probabile, adotterà, in nome dell'efficienza onnivora e sulla scia di pregressi orientamenti inerenti a fattispecie

²⁹ Ovviamente, ci si riferisce a questioni diverse da quelle affette da inammissibilità per non essere già state formulate nell'atto di impugnazione.

analoghe³⁰, una lettura così riduttiva da trasformare l'obbligo di motivazione in un inutile esercizio di stile.

In deroga al principio generale di cui all'art. 586 co. 1 Cpp, l'ordinanza di proroga deve essere impugnata autonomamente, entro cinque giorni dalla sua lettura in udienza o, in mancanza, dalla sua notificazione. Ne consegue che, se il ricorso è rigettato o dichiarato inammissibile, «la questione non può essere riproposta con l'impugnazione della sentenza».

Il ricorso, che non ha effetto sospensivo, è deciso dalla Corte di cassazione, con il procedimento semplificato di cui all'art. 611 co. 1 Cpp, «entro trenta giorni dalla ricezione degli atti» (termine ordinatorio).

5. Il pericolo che lo strumento introdotto con l'art. 344-*bis* Cpp si presti a una gestione giudiziale del tempo delle impugnazioni eccessivamente discrezionale (tale cioè per cui il destino del giudizio finisca per essere legato, non tanto all'oggettiva complessità del singolo procedimento, quanto piuttosto alla variabilità soggettiva derivante dall'esercizio di un eccessivo potere discrezionale del giudice) trova un'ulteriore fonte di alimentazione nel rapporto tra il nuovo istituto e l'inammissibilità. Sul tema, in una prima fase, il legislatore non aveva espresso alcuna indicazione, legittimando, così, il dibattito dottrinale, puntualmente sviluppatosi tra chi, richiamando la giurisprudenza delle sezioni unite sul rapporto tra inammissibilità e prescrizione, sosteneva il sicuro primato della prima sulla seconda³¹, e chi, invece, escludendo l'automatica riferibilità di tale arresto giurisprudenziale all'improcedibilità, riteneva la *quaestio* aperta a una soluzione «originale»³².

La materia del contendere, però, sembra essere venuta meno, avendo il legislatore delegato interpolato l'art. 578 co. 1-*bis* Cpp con una chiara presa di posizione a favore della prevalenza della inammissibilità. Nella citata disposizione, infatti, il potere del giudice di pronunciare l'improcedibilità dell'azione penale è espressamente subordinato al fatto che l'impugnazione non sia inammissibile. Vero è che la precisazione è riferita alla specifica ipotesi di regolamentazione dei rapporti tra improcedibilità e interessi civili (su cui v., *infra*, § 6) ed altresì che essa non è stata reiterata, in relazione alla decisione sulla confisca, nell'art. 578-*ter* co. 1 Cpp, ma è altrettanto vero che ciò non pare sufficiente a negare la portata generale della disposizione così introdotta³³. Anche perché se all'art. 578 co. 1-*bis* Cpp non si attribuisse il mero valore esemplificativo di una regola generale, risulterebbe impossibile giustificare le differenze di trattamento che da un tale assetto, inevitabilmente, deriverebbero. Pertanto, indipendentemente dalla forza persuasiva che avrebbe potuto riconoscersi alla tesi favorevole all'interpretazione “originale” dell'art. 344-*bis* Cpp, oggi,

³⁰ Il riferimento è alla valutazione di «particolare complessità» della motivazione dell'ordinanza decisoria del riesame in tema di ordinanze che dispongono misure coercitive, in seguito alla quale detta ordinanza può essere depositata in cancelleria entro quarantacinque giorni, anziché trenta (art. 309 co. 10 Cpp). Valutazione, la cui formulazione da parte del tribunale, la Cassazione ritiene «insindacabile» nel giudizio di legittimità (cfr., tra le tante, Cass. Sez. II 30.11.2016 n. 51073, in *CEDCass.*, n. 268902; e Cass. Sez. I 16.3.2016 n. 11166, in *CEDCass.*, n. 266211, secondo cui il tribunale ha l'onere di indicare il termine superiore nel dispositivo «senza necessità di particolari formule che diano atto della scelta effettuata in relazione alla particolare complessità della motivazione»).

³¹ In giurisprudenza, cfr. Cass. Sez. VII 26.11.2021 n. 43883, in *CP* 2022, 144, con nota, sul punto, complessivamente adesiva, di P. Ferrua, *Regime temporale della improcedibilità e rapporti con l'inammissibilità: la Cassazione detta le regole*. In senso favorevole, cfr. anche M. Daniele, *Prescrizione del reato e improseguibilità*, cit., 35 ss.

³² Sulla necessità di ricostruire il tema del rapporto tra inammissibilità e improcedibilità, alla luce della l. 134/2021, «in modo originale», cfr. G. Spangher, *L'improcedibilità dei giudizi di impugnazione*, cit., 291. Muovendo da tale presupposto, ad esempio, O. Mazza, *Inammissibilità versus improcedibilità: nuovi scenari di diritto giurisprudenziale*, in *DisCrimen*, 2.1.2022, 7, ritiene che «l'improcedibilità legata al decorso del tempo ha necessariamente la priorità logica e cronologica». Cronologica «perché l'improcedibilità interviene prima che sia stata dichiarata l'inammissibilità» e logica «in quanto l'inammissibilità dell'impugnazione assume giuridica esistenza solo con la pronuncia che la dichiara, ma tale pronuncia è impedita proprio dal fatto che prima di essa l'azione è divenuta improcedibile (o meglio, non perseguibile)».

³³ G. Spangher, *Improcedibilità ex art. 344-bis c.p.p. e adeguamenti normativi in tema di interessi civili e confisca*, in Id. (a cura di), *La Riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, Pisa 2022, 211. Propende, alla luce della sopravvenienza del d.lgs. 150/2022, per la tesi della generale prevalenza dell'inammissibilità sull'improcedibilità, G. Canzio, *Prescrizione del reato e improcedibilità*, cit., 7.

sopravvenuto il citato elemento testuale, non può, nel dubbio, non riconoscersi priorità alla sola lettura che lo preserva dalla declaratoria di incostituzionalità per violazione del principio di eguaglianza.

D'altro canto, però, è proprio la stabilità di un tale dato ermeneutico a rendere il pericolo di cui si è detto in premessa alquanto concreto. Basta tenere a mente, infatti, l'estrema indeterminatezza del filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione e il progressivo avvicinamento a questo dell'omologo filtro previsto in tema di appello per rendersi conto di come il giudice che voglia evitare la "resa" all'improcedibilità cronologica possa "prevenire" il rischio di inosservanza dei relativi limiti temporali ricorrendo a un uso, per così dire, disinvolto della declaratoria di inammissibilità. Potrebbe ipotizzarsi anche una "patologia" più estrema, configurabile cioè qualora il giudice, adducendo il carattere originario delle cause di inammissibilità (ma sottacendo, in realtà, il suo vero intento elusivo dell'art. 344-*bis* Cpp), pronunciasse la relativa declaratoria nel corso del giudizio di impugnazione, anziché in via preliminare, o, addirittura, nell'imminenza dello spirare dei termini di durata massima.

6. L'improcedibilità *ex* art. 344-*bis* Cpp mira all'azione penale, cosicché il suo effetto "sterilizzante" non può estendersi alla pretesa risarcitoria derivante dal reato e confluita, mediante la costituzione di parte civile, nel processo penale³⁴.

Per assicurare l'autonomia dei due piani, il legislatore aveva a disposizione due possibili soluzioni: la prima era quella di muoversi entro i confini già delineati, in riferimento all'evenienza in cui il giudice di appello o la Corte di cassazione dichiara il reato estinto per amnistia o per prescrizione nei confronti di un imputato già condannato in primo grado alle restituzioni o al risarcimento dei danni, dal primo comma dell'art. 578 Cpp, vale a dire mantenendo in capo al giudice penale il potere-dovere di pronunciarsi, «a favore della parte civile», sulla sussistenza del fatto reato ai soli fini della decisione sull'azione civile; la seconda, viceversa, era quella di privare totalmente il giudice penale di qualsivoglia potere decisionale sull'azione civile con contestuale trasferimento di quest'ultima alla sua sede propria. La "riforma Cartabia", attribuendo priorità all'esigenza di eliminare qualsiasi fattore non necessario idoneo a incidere negativamente sullo "smaltimento" del carico giudiziario penale (e, quindi, a "pesare" sulle corrispondenti statistiche ufficiali), ha optato per la seconda ipotesi.

La soluzione, dapprima introdotta con la l. 134/2021, è stata poi ritoccata e integrata in sede di attuazione della legge delega. Invero, la legge, introducendo il co. 1-*bis* dell'art. 578 Cpp³⁵, ha così previsto: «Quando nei confronti dell'imputato è stata pronunciata condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato, a favore della parte civile, il giudice di appello e la Corte di cassazione, nel dichiarare improcedibile l'azione penale per il superamento dei termini di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 344-*bis*, rinviano per la prosecuzione al giudice civile competente per valore in grado di appello, che decide valutando le prove acquisite nel processo penale»; il d.lgs. 150/2022³⁶, ritornando su tale disposizione, da un lato, ne ha esteso la disciplina a «ogni caso di impugnazione della sentenza anche per gli interessi civili» e, dall'altro, ne ha modificato la parte relativa al rinvio al giudice civile, stabilendo che detto rinvio deve essere fatto «al giudice o alla sezione civile competente nello stesso grado» di quello nel quale il giudice penale ha pronunciato l'improcedibilità (e non più, quindi, sempre al giudice civile di appello, come stabiliva la norma previgente). Inoltre, la seconda novella ha puntualizzato che il giudice civile presso il quale prosegue l'azione civile decide «utilizzando» (e non più «valutando»), non solo le prove acquisite nel processo penale, ma anche «quelle eventualmente acquisite nel giudizio civile».

Nelle more dell'attuazione della delega, la scelta legislativa originaria – quella riconducibile alla l. 134/2021 –, era stata ritenuta, da parte della dottrina, non opportuna sotto il profilo del bilanciamento tra le esigenze di tutela dell'interesse del danneggiato e quelle sottese all'accessorietà dell'azione

³⁴ Relazione dell'Ufficio del Massimario, cit., 15 ss.

³⁵ Art. 2 co. 2 lett. b n. 2 l. 134/2021.

³⁶ Art. 33 co. 1 lett. b n. 1 d.lgs. 150/2022.

civile rispetto all'azione penale, e, altresì, censurabile, in quanto produttiva di disfunzioni in termini di economia processuale e dispersione dell'attività giurisdizionale³⁷.

Riguardo alla prima censura, non pare che la canalizzazione della pretesa risarcitoria verso il giudizio civile sia tale da esorbitare da quello spazio di discrezionalità che, in assenza di una copertura costituzionale del diritto della parte civile ad agire nel giudizio penale, il Giudice delle leggi, da sempre, riconosce al nomoteta³⁸. Anzi, è noto come la Corte costituzionale, in più occasioni, abbia, dinanzi al sospetto di ingiustificate diversificazioni di trattamento tra imputato e parte civile, affermato «l'impossibilità di configurare in capo ad essi un paradigma di *par condicio* valido come regola generale su cui conformare i relativi diritti e poteri processuali»³⁹; e abbia, piuttosto, ritenuto che le diversificazioni siano, in linea di principio, pienamente coerenti con il *favor separationis* tra azione civile e azione penale voluto, in controtendenza rispetto al Cpp 1930, dal nuovo processo penale di tipo accusatorio. Il tutto, ovviamente, a condizione che alla parte civile sia assicurato il «diretto ed incondizionato ristoro dei propri diritti attraverso l'azione sempre esercitabile in sede propria»⁴⁰ e che le suddette diversificazioni non siano arbitrarie, non siano cioè prive di alcun fondamento giustificativo. Condizioni che nella specie appaiono entrambe presenti: la prima per il fatto che la traslocazione dell'azione civile conseguente all'improcedibilità dell'azione penale non pregiudica il diritto della persona danneggiata dal reato di continuare a coltivare la sua pretesa risarcitoria dinanzi al giudice civile; e, la seconda perché la separazione delle due azioni non è fine a se stessa, bensì mira a «liberare» il processo penale da presenze e istanze non strettamente necessarie, così da massimizzare la capacità del sistema di attuare il metodo epistemologico del contraddittorio *per la prova*.

Esclusa la sussistenza di elementi di palese irragionevolezza intrinseci all'art. 578 co. 1-*bis* Cpp, un dubbio residua allorché la disposizione è messa al confronto con la disciplina «gemella» del suo primo comma. Qui, com'è noto, immutato il presupposto della «condanna anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato» pronunciata, in primo grado, nei confronti dell'imputato, la causa della fine anticipata dell'impugnazione agli effetti penali è l'amnistia o la prescrizione del reato. Ora, premettendo che la rilevanza pratica della questione appare fortemente ridimensionata per via dell'ormai ridottissimo ambito applicativo del suddetto primo comma, balza subito agli occhi come in quest'ultimo il legislatore abbia confermato una opposta gestione del rapporto tra azione civile e azione penale, stabilendo che «il giudice di appello e la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per amnistia o per prescrizione, decidono sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili».

Il fondamento di cotanta differenza di trattamento dovrebbe risiedere nella diversa natura giuridica dei due istituti⁴¹ e nella conseguente considerazione che soltanto la prescrizione è compatibile con il

³⁷ E.N. La Rocca, *La delega per la riforma: genesi e principi*, cit., 13; G. Todaro, *Prescrizione processuale e azione civile risarcitoria*, in *Nuovi limiti temporali*, a cura di R.E. Kostoris-R. Orlandi, cit., 86 ss.

³⁸ Nel senso della non sindacabilità in sede di giudizio costituzionale della scelta legislativa, v. E. Aprile, *Gli effetti della improcedibilità dell'azione penale sulle statuizioni civili, sulla confisca e sull'azione per l'accertamento della responsabilità degli enti*, in *FI*, 3/2022, V, c. 112. Da ultimo, si rammenti la sentenza della Corte costituzionale 12.7.2019 n. 176, in *CP* 2019, 3928, con la quale il Giudice delle leggi ha ritenuto non fondata la questione di legittimità dell'art. 576 Cpp, «nella parte in cui prevede che la parte civile possa proporre al giudice penale anziché al giudice civile impugnazione ai soli effetti della responsabilità civile contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio». In tale occasione, invero, la Corte ha ritenuto «non irragionevole» che «anche quando l'unica impugnazione proposta sia quella della parte civile (...) il giudice d'appello sia quello penale con la conseguenza che le regole di rito siano quelle del processo penale», ma, al tempo stesso, non si è sbilanciata fino al punto di giudicare questa soluzione come costituzionalmente necessitata e, pertanto, implicitamente, non ha neanche escluso la legittimità di una soluzione opposta.

³⁹ C. cost., 14.7.2009 n. 217, in *Riv. cancellerie* 2009, 732. Conf., in tema di richiesta di rimessione del processo, C. cost., 21.4.2006 n. 168, in *DPP* 2006, 694; in tema di impugnazione dell'ordinanza di rigetto della richiesta di sequestro conservativo, C. cost., ord. 23.12.1998 n. 424, in *CP* 1999, 1094; e, in tema di diritto alla prova contraria, C. cost., 29.12.1995 n. 532, in *GP*, 1/1996, c. 67.

⁴⁰ C. cost., 14.7.2009 n. 217, cit.

⁴¹ G. Spangher, *Improcedibilità ex art. 344-bis c.p.p.*, cit., 211, riconduce la differenza alla «diversa natura e contenuto

mantenimento di un potere giudiziale di accertamento. Però, da una diversa visuale, più incline a valorizzare la dimensione sostanziale del confronto tra le due situazioni, il dubbio pare destinato a permanere, posto che, indipendentemente dal loro diverso *nomen juris*, tanto la prescrizione quanto l'improcedibilità sopravvengono alla medesima statuizione di accertamento della responsabilità risarcitoria dell'imputato. Ancora: tanto nell'uno quanto nell'altro caso cessa, seppure per cause diverse (l'estinzione del reato nel primo comma, l'estinzione del processo nel secondo), il potere del giudice penale di statuire agli effetti penali, cosicché il mantenimento del suo *jus dicere* ad altri effetti è esclusivamente frutto di una scelta di opportunità del legislatore. Scelta che, se considerata in termini atomistici (ogni comma un atomo), non sarebbe, per le ragioni anzidette, sindacabile dal punto di vista costituzionale, ma che, al contrario, forse lo diviene se valutata in termini comparatistici, sembrando arbitrario che, a parità di condizioni iniziali, le due parti civili debbano subire un trattamento palesemente disomogeneo sol perché l'una s'imbatte nella prescrizione del reato e l'altra nell'improcedibilità dell'azione penale.

Tornando alle censure mosse alla versione originaria dell'art. 578 Cpp, apparivano difficilmente confutabili quelle che evidenziavano l'evidente diseconomia del meccanismo di prosecuzione dell'azione civile dinanzi al giudice civile in grado di appello anche nel caso in cui a dichiarare l'improcedibilità fosse stata la Corte di cassazione⁴². Da questo punto di vista, l'allineamento procedimentale tra i due gradi di giudizio – quello penale in uscita e quello civile in entrata – ora sancito dall'art. 578-bis co. 1 Cpp appare coerente con il principio della ragionevole durata del processo (se concepito in una visione più "organica", riferita alla tutela giurisdizionale complessivamente considerata, e non all'efficienza di un solo "comparto" conseguita a discapito di un altro) ed evita che la parte civile veda neutralizzata, senza sua colpa, la stabilizzazione della pretesa risarcitoria fino a quel momento conseguita nel procedimento penale. Sotto quest'ultimo profilo, i ritocchi apportati dal legislatore delegato appaiono idonei anche a scongiurare i sopra evidenziati rischi di "dispersione" dell'attività giurisdizionale, sempre che – è evidente – non si metta in discussione la perdurante efficacia, dinanzi al giudice civile, delle statuizioni sulla responsabilità civile maturate nel giudizio penale divenuto improcedibile. Assunto, quest'ultimo, la cui validità sembra imporsi tanto sotto il profilo sistematico (il potere di accertamento che permane in capo al giudice penale deriva dalla "scissione" legislativa delle due regiudicande⁴³ e si pone, pertanto, in posizione di autonomia rispetto all'azione penale, la sola divenuta improcedibile), quanto sotto quello letterale (la linea di continuità tra i due procedimenti trova esplicito riscontro nell'uso del verbo "prosequire")⁴⁴.

6.1. Il d.lgs. 150/2022 ha dato attuazione alla delega anche nella parte in cui questa richiedeva di disciplinare «i rapporti tra la medesima improcedibilità dell'azione penale e la confisca disposta con la sentenza impugnata» (art. 1 co. 13 l. 134/2021)⁴⁵. La soluzione prescelta tende a coniugare

della decisione di estinzione del reato e di improcedibilità». Nel ritenere "irrazionale" il fatto «di disciplinare in modo così difforme la sorte dell'azione civile a seconda che sopraggiunga l'estinzione del reato o l'improcedibilità», P. Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in *CP* 2022, 449 ss., nelle more dell'attuazione della delega, auspicava l'uniformazione della disciplina «nel senso di devolvere, in entrambi i casi, la decisione sull'azione civile al giudice penale». In chiave critica, sul presupposto che le due ipotesi (art. 578 co. 1 e 1-bis Cpp) siano sostanzialmente sovrapponibili, cfr. A. Barbieri, *Il (difficile) rapporto tra reato prescritto e accertamento degli interessi civili nel giudizio di impugnazione: lo stato dell'arte sull'articolo 578 c.p.p., tra questioni di legittimità costituzionale e interventi legislativi*, in *www.sistemapenale.it*, 4/2022, 40 ss.; G. Todaro, *Prescrizione processuale*, cit., 66 ss.

⁴² Cfr. E. Aprile, *Gli effetti della improcedibilità*, cit., c. 113.

⁴³ Scissione, tra l'altro, già nota al nostro sistema processuale penale: v. art. 622 Cpp.

⁴⁴ *Contra*, seppure in riferimento alla versione dell'art. 578 co. 1-bis Cpp antecedente al d.lgs. 150/2022, P. Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata*, cit., 448, secondo cui «il termine "prosecuzione" non è decisivo perché sta solo ad indicare l'identità dell'azione quanto a parti, *petitum* e *causa petendi*»; G. Todaro, *Prescrizione processuale*, cit., 85.

⁴⁵ Sul tema, *amplius*, B. Lavarini, *Improcedibilità "cronologica" e confisca*, in *L'ennesima riforma delle impugnazioni fra aspettative deluse e profili controversi*, a cura di M. Bargis-H. Belluta, Torino 2023, 118 ss.; A. Caprio, *I rapporti tra*

l'improcedibilità dell'azione penale (e il conseguente venire meno della potestà punitiva del giudice penale) con la preservazione della possibilità che, sullo stesso bene già oggetto di confisca in sede penale, il provvedimento ablatorio sia mantenuto sotto forma di misura di prevenzione patrimoniale. È previsto, infatti, che, «nel dichiarare» l'improcedibilità dell'azione penale, il giudice dell'impugnazione, se in quel momento vi sono «beni in sequestro di cui è stata disposta confisca», trasmetta gli atti «al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto o al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo», affinché questi valutino la sussistenza dei presupposti per l'applicazione di una delle «misure patrimoniali di cui al Titolo II del Libro I del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159». La trasmissione è obbligatoria, posto che la disposizione citata non attribuisce alcun potere valutativo preliminare al giudice penale circa la presenza del *fumus boni iuris* dei suddetti presupposti. Perché operi l'obbligo è necessario che la sentenza impugnata dinanzi al giudice penale abbia già disposto la confisca del bene, non essendo tenuto, viceversa, il giudice dell'impugnazione ad alcuna iniziativa qualora il bene risulti ancora (soltanto) sequestrato (per essere intervenuto il provvedimento cautelare nel corso dello stesso giudizio di impugnazione).

La sola ipotesi in cui il giudice di appello o la Cassazione può intervenire in autonomia è relativa ai beni per i quali la legge prevede «obbligatoriamente» la confisca. Qui, trattandosi di situazioni nelle quali il potere ablatorio dell'ordinamento prescinde dall'accertamento della responsabilità penale (giacché inerisce alla stessa natura del bene), il giudice dell'impugnazione, contestualmente alla declaratoria di improcedibilità dell'azione penale, dispone la confisca.

Al di fuori di tale situazione residuale, il giudice penale si spoglia di ogni competenza sui beni sequestrati nel momento in cui trasmette gli atti alle autorità requirenti alle quali l'art. 17 del d.lgs. 6.9.2011 n. 159 conferisce, in via esclusiva, la «titolarità della proposta» di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali. Saranno, poi, tali autorità, effettuate le necessarie indagini patrimoniali (art. 19 d.lgs. 159/2011), a dover valutare se richiedere al tribunale dell'Ufficio di misure di prevenzione territorialmente competente l'applicazione del sequestro dei beni il cui valore risulti «sproporzionato» al reddito dichiarato dal proposto o all'attività economica svolta dal medesimo ovvero quando, «sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego».

Trattasi di presupposti, in tutto o in parte, diversi, tanto sotto il profilo descrittivo della fattispecie astratta, quanto sotto quello dello *standard* probatorio richiesto per il suo accertamento. Ciò spiega perché la riforma, nel disciplinare i rapporti tra l'improcedibilità e il procedimento di prevenzione, non abbia fatto ricorso alla stessa soluzione adottata per la definizione della pretesa risarcitoria avanzata dalla parte civile nel giudizio penale. Detta disomogeneità tra le due materie, invero, determina una insuperabile soluzione di continuità tra il procedimento penale (giunto già a un certo grado di stabilità decisoria) e il procedimento di prevenzione (ancora da instaurare) e, pertanto, renderebbe del tutto improprio il passaggio degli atti dal giudice dell'impugnazione penale direttamente al giudice del sistema prevenzionale «competente nello stesso grado».

Per scongiurare il rischio che, durante il tempo occorrente ai pubblici ministeri titolari della proposta della misura di prevenzione per svolgere i necessari accertamenti ed effettuare le conseguenti valutazioni, i beni, tornando nella libera disponibilità dell'imputato o del terzo interessato, si disperdano, l'art. 578-ter co. 3 Cpp stabilisce la protrazione, per novanta giorni, degli effetti del sequestro disposto nel procedimento penale. Termine la cui decorrenza la disposizione codicistica riferisce *sic et simpliciter* all'ordinanza con la quale il giudice penale trasmette gli atti ai sopra citati pubblici ministeri, così che sul computo complessivo dei novanta giorni nessuna incidenza può avere il fatto che detta ordinanza, tutte le volte in cui il tempo dell'emissione non coincide con quello della «comunicazione», pervenga in ritardo ai destinatari.

Nella fase intercorrente tra l'epilogo dell'impugnazione penale e l'eventuale inizio del procedimento di prevenzione, quel che "sopravvive" è un sequestro *sui generis*, atteso che la sua base giuridica non è costituita né dall'azione penale, divenuta ormai improcedibile, né, a rigore, dal sistema prevenzionale, i cui effetti non si sono ancora prodotti e, tra l'altro, non è neanche detto che si producano⁴⁶. L'unico fondamento giuridico è, quindi, costituito dall'art. 578-ter co. 3 Cpp, che, però, a parte delimitare lo spazio temporale di vitalità del sequestro, nulla dice in ordine alla sua "gestione". Era lecito attendersi, sul punto, una presa di posizione del legislatore delegato. In difetto, è probabile che, allo scopo di individuare l'interlocutore giurisdizionale al quale rivolgersi per le possibili questioni inerenti all'esecuzione del sequestro o all'amministrazione del bene vincolato, prevarrà il criterio della materiale disponibilità del fascicolo e, quindi, l'attribuzione della competenza al giudice della prevenzione. Non senza una notevole "forzatura ermeneutica", cioè, dovrebbe ritenersi competente a ricevere le istanze di tal fatta il tribunale di cui all'art. 20 d.lgs. 159/2011, il quale, pur non avendo emesso il sequestro, sarebbe il solo a potersene occupare *ratione materiae*.

Tali problemi non si pongono allorché, nel momento in cui il giudice penale pronuncia l'improcedibilità, il sequestro o la confisca di prevenzione risultino già disposti nella sede propria. Evenienza, questa, resa possibile dall'indipendenza dell'azione di prevenzione dall'esercizio dell'azione penale (artt. 29, 30 d.lgs. 159/2011).

7. All'indomani dell'ingresso dell'improcedibilità dell'azione penale nel nostro ordinamento si sono registrate voci dissonanti in ordine alla sua copertura costituzionale, sicché alla tesi di chi, non solo non ha rinvenuto siffatta copertura, ma ha recisamente contestato la compatibilità del nuovo istituto con alcuni principi della Carta fondamentale, si è opposto chi, con interpretazione altrettanto perentoria, ha individuato disposizioni costituzionali delle quali l'art. 344-bis Cpp costituirebbe una logica proiezione.

Nella prima direzione, si è affermato che «il precetto più vistosamente contraddetto dall'improcedibilità è l'art. 112 Cost.», la cui disposizione di obbligatorietà dell'azione penale, essendo «espressa come regola», sarebbe «insuscettibile di bilanciamento con il principio della ragionevole durata»⁴⁷. Risultato quest'ultimo che l'art. 111 co. 2 Cost. «demanda genericamente alla legge di assicurare», mediante «interventi positivi di tipo acceleratorio, ossia volti a propiziare, nel rispetto delle garanzie, la tempestiva conclusione del processo»⁴⁸. Deve, altresì, registrarsi la posizione di chi, pur negando la diretta lesione dell'art. 112, ritiene l'art. 344-bis Cpp confliggente con «l'effettività della funzione giurisdizionale»⁴⁹.

⁴⁶ «Misura-ponte rispetto alla confisca preventiva» lo definisce M. Bontempelli, *L'art. 578-ter c.p.p. e la natura dell'improcedibilità ex art. 344-bis c.p.p.*, in *ANPP* 2022, 577.

⁴⁷ P. Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata*, cit., 444. Conf. M. Daniele, *Improcedibilità dell'azione penale e reazioni applicative*, in *RDP* 2022, 863, il quale, più precisamente, ravvisa una «compressione dell'art. 112 Cost. incapace di soddisfare il (...) canone della stretta necessità». In chiave critica, cfr. anche E.N. La Rocca, *La delega per la riforma: genesi e principi*, cit., 7; P. Moscarini, *L'istituto della prescrizione*, cit., 1454. Questa e altre censure sono alla base dell'appello alla ministra Cartabia, sottoscritto da autorevoli studiosi italiani di diritto processuale penale, quali M. Daniele, P. Ferrua, R. Orlandi, A. Scalfati e G. Spangher, per il ripristino della prescrizione sostanziale come causa estintiva del reato. Il documento è consultabile in *IIDubbio*, 27.7.2021. L'appello è stato ribadito dagli stessi studiosi il 30.8.2021, dopo l'approvazione in prima lettura alla Camera dei deputati del disegno di legge poi sfociato nella l. 134/2021. Per questo secondo documento v. www.sistemapenale.it, 14.9.2021.

⁴⁸ Sempre P. Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata*, cit., 444.

⁴⁹ È la posizione di G. Spangher, *L'improcedibilità dei giudizi di impugnazione*, cit., 288 e 289. Deve, altresì, segnalarsi il «dubbio di legittimità costituzionale» avanzato da F. Cassibba, *Prescrizione del reato*, cit., 18, sul possibile contrasto dell'art. 344-bis Cpp con l'art. 117 co. 1 Cost. in rapporto all'art. 6 co. 1 Cedu, in conseguenza del fatto che «l'esercizio del contraddittorio probatorio (...) è intrinsecamente incompatibile con cadenze accelerate e predeterminate dalla legge». Da qui, la proposta dell'Autore di far coincidere il decorso del tempo come causa di improcedibilità o di improseguibilità dell'azione penale «esclusivamente con i tempi morti» (Id., 20).

Nella seconda direzione, però, muovendo dal presupposto che nella prescrizione convivono, quali fenomeni interrelati, la dimensione sostanzialistica e quella processualistica⁵⁰, si è ritenuto che la “continenza temporale” del processo sia un preciso diritto dell’imputato desumibile dalla lettura coordinata dei principi costituzionali sanciti dagli artt. 111 co. 2 e 112 Cost.⁵¹. Se, invero, da un lato, la seconda disposizione non osta a che l’azione, una volta esercitata, possa incontrare dei limiti normativi alla sua prosecuzione, essendo solo necessario che un tale “ostacolo” sia “giustificato” dall’esigenza di tutela di «valori antagonisti rispetto alla necessità di repressione dei reati»⁵², oltre che rispettoso, nelle sue modalità applicative, dei principi di legalità ed eguaglianza; dall’altro, l’art. 111 co. 2 Cost. opera quale garanzia imprescindibile per assicurare l’effettività dei cardini del giusto processo e la concreta attuazione della finalità rieducativa della pena⁵³. Detto altrimenti, sotto il profilo della finalità cognitiva, si invoca l’esistenza di un «nesso innegabile e inscindibile fra la tempestività dell’azione e la qualità della risposta giurisdizionale»⁵⁴, e, sotto il profilo della finalità sanzionatoria, la «(relativa) attualità della punizione rispetto al fatto» quale postulato della finalità attribuita dall’art. 27 co. 3 Cost. alla pena⁵⁵.

Tra le fila di coloro che non hanno manifestato ostilità nei confronti della novella, ancora più “tranciante” è la posizione di chi sostiene che l’azione penale non è «direttamente implicata» nel fenomeno giuridico di cui si discute, essendo più rispondente alla «fisionomia e all’ambito operativo

⁵⁰ In termini più ampi, v. O. Mazza, *Fenomenologia dell’improcedibilità*, cit., 986. La Corte costituzionale, dal canto suo, ritiene che la prescrizione abbia una «intrinseca natura sostanziale», ma, al tempo stesso, riconosce le «possibili ricadute che sulla (*durata della prescrizione*) possono avere norme processuali» e la conseguente necessità che anche tali regole processuali siano attratte alla garanzia del principio di legalità propria della dimensione sostanziale. Il che «comporta (...) la predeterminazione per legge del termine entro il quale sarà possibile l’accertamento nel processo, con carattere di definitività, della responsabilità penale». Così C. cost., 6.7.2021 n. 140, cit. Pur non assumendo una posizione definitiva sul tema, sembra propendere per la «natura anfibia» della prescrizione, M. Caianiello, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *DPenCont*, 2/2017, 225 ss. Per una recente e approfondita analisi della «dicotomia (...) tra concezione sostanziale e concezione processuale dell’istituto», si rinvia a D. Martire, *La prescrizione “costituzionale” del reato tra finalità rieducativa della pena e principio di legalità*, in *AP*, 3/2021, 9 ss.

⁵¹ Di vero e proprio «diritto soggettivo dell’imputato a beneficiare di un giusto processo di durata ragionevole che, proprio perché contenuto nei tempi, garantisca l’effettività di tutte le componenti del giusto processo», parla O. Mazza, *Fenomenologia dell’improcedibilità*, cit., 987; cfr. dello stesso Autore, *Prasseologia dell’inammissibilità (brevi note a margine della prima pronuncia di legittimità sulla disciplina intertemporale dell’art. 344-bis c.p.p.)*, in *AP*, 3/2021, 6 e 7. Si sono, tra gli altri, espressi (complessivamente) in favore dell’istituto anche: A. De Caro, *Tempo, punizione e processo*, cit., 7 ss.; G. Canzio, *Prescrizione del reato e improcedibilità*, cit., 6; D. Negri, *Dell’improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, in *www.sistemapenale.it*, 2/2022, 53; A. Nappi, *Appunti sulla disciplina dell’improcedibilità per irragionevole durata dei giudizi di impugnazione*, in *Quest. giust.* 2021, 177; S. Prandi, *Quando il tempo è sostanza: questioni di prescrizione nella giurisprudenza delle Corti, tra dubbi irrisolti e prospettive di riforma*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 17.6.2021, 22 ss.; L. Tavassi, *Tempo dell’azione e tempo del processo. Una proposta per garantire la ragionevole durata delle indagini preliminari*, in *DPP* 2021, 1266 ss.; R. Casiraghi, *L’improcedibilità dell’azione penale*, cit., 366.

⁵² In questi termini, D. Negri, *Dell’improcedibilità temporale*, cit., 53, che, in relazione all’art. 344-bis Cpp, individua, quale «contrappeso» al «vincolo dell’obbligatorietà», l’obiettivo della ragionevole durata del processo, «bene di sicuro e primario rango costituzionale».

⁵³ Cfr. O. Mazza, *Fenomenologia dell’improcedibilità*, cit., 987, secondo cui, dando un valore precettivo, anziché solo programmatico, al principio costituzionale di ragionevole durata del processo, si rispetta quel «consolidato canone ermeneutico per cui il testo costituzionale dovrebbe essere inteso nella sua massima potenzialità, garantendo il più possibile l’espansione delle garanzie»; D. Negri, *Dell’improcedibilità temporale*, cit., 56; L. Tavassi, *Improcedibilità dell’azione*, cit., 3.

⁵⁴ In termini, cfr. L. Tavassi, *Improcedibilità dell’azione*, cit., 10; analogamente, O. Mazza, *Fenomenologia dell’improcedibilità*, cit., 988; e G. De Francesco, *Riforma e tempi della giustizia: considerazioni generali su prescrizione e improcedibilità*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 15.2.2021, 9.

⁵⁵ 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, 5; *contra*, nel senso che il collegamento tra l’estinzione del reato per decorso del tempo e la funzione rieducativa della pena «sconta una *petizione di principio*», cfr. P. Moscarini, *L’istituto della prescrizione ed il “giusto processo”*, in *DPP* 2021, 1451.

dell'istituto» la tesi secondo cui, «una volta esercitata l'azione, la sequenza di atti verso l'epilogo non resta governata da quella, alla stregua d'una sua prosecuzione; trova invece impulso nell'alternarsi dei comportamenti tenuti dalle parti, riflesso delle rispettive situazioni giuridiche, e dei poteri-doveri del giudice»⁵⁶.

Lo scontro ideologico si è consumato anche sul terreno della coerenza dogmatica dell'istituto. In tale contesto, si è sostenuto che, mentre la prescrizione del reato costituisce pur sempre una risposta alla domanda di giustizia, in quanto all'esercizio dell'azione segue un accertamento che coinvolge il merito del reato, l'improcedibilità, dato il suo carattere processuale, preclude l'esame del merito⁵⁷. A siffatta ricostruzione, però, è stato opposto che l'errore di fondo starebbe proprio nell'attrarre il fenomeno estintivo al reato anziché all'azione, posto che prima del giudicato il reato non ha giuridica esistenza e non può, quindi, estinguersi⁵⁸. In effetti, a ben vedere, il fatto che la prescrizione del reato costituisca una risposta definitiva del processo non autorizza a ritenere che con siffatta pronuncia il giudice «accerta il reato», giacché in questi casi quel che si accerta è soltanto il «fatto estintivo» di una «ipotesi di reato»⁵⁹.

Ciò detto, non può negarsi che, al di là della sua compatibilità costituzionale e della sua presunta incoerenza dogmatica, la definizione del processo con la sentenza di improcedibilità è foriera di conseguenze irragionevoli e di potenziali disparità di trattamento, determinate, essenzialmente, dal «sistema bifasico della prescrizione (sostanziale e processuale)»⁶⁰, cioè dalla discontinuità tra la cessazione della prescrizione sostanziale e la decorrenza dei termini di durata massima dei giudizi di impugnazione⁶¹. Invero, ben potrebbe accadere che il processo per un fatto di remota consumazione, la cui notizia di reato sia emersa in epoca vicina alla prescrizione del reato, si protragga per un tempo eccessivo per via della «nuova» decorrenza dei termini di prescrizione processuale; e, viceversa, che un reato di recente consumazione, diventi improcedibile, nonostante il relativo processo sia iniziato senza ritardo, per via dell'eccessiva durata dei giudizi di impugnazione.

Volendo adesso prescindere da tutte le considerazioni di ordine tecnico-giuridico fino ad ora formulate ed accogliere l'invito di autorevole dottrina a prediligere un approccio volto a valorizzare i profili assiologici del problema⁶², occorre, innanzitutto, convenire sul fatto che, nel ricercare la quadratura del cerchio, non può attribuirsi decisività alla nomenclatura adoperata dal legislatore per dare un'identità all'istituto. È fin troppo evidente, infatti, che l'improprietà linguistica rinvenibile, nella rubrica dell'art. 344-bis Cpp non può, da sola, costituire un serio ostacolo alla «metabolizzazione» costituzionale del nuovo istituto, per la semplice ragione che un tale problema potrebbe essere superato con un semplice tratto di penna, volto a introdurre una formula più appropriata, quale «improseguibilità» o similari. Neanche l'inquadramento dogmatico può costituire un ostacolo insormontabile, essendosi già segnalato come, anche a voler rimanere nel solco teorico tradizionale che attribuisce alla prescrizione una natura esclusivamente sostanziale, le «contaminazioni» processuali sono già oggettivamente presenti nella disciplina della stessa

⁵⁶ Così, D. Negri, *Dell'improcedibilità temporale*, cit., 52.

⁵⁷ P. Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata*, cit., 450.

⁵⁸ Cfr. O. Mazza, *Fenomenologia dell'improcedibilità*, cit., 985; L. Tavassi, *Improcedibilità dell'azione*, cit., 4. Prima della «riforma Cartabia» si era già espresso a favore della «prescrizione dell'azione penale», sul presupposto che, a ben vedere, il riferimento al «reato» in seno alla prescrizione sostanziale non inerisce «all'effettività di un illecito penale nei suoi profili oggettivi e soggettivi», bensì a «un'ipotesi di tale illecito», G. Ubertis, *Prescrizione del reato e prescrizione dell'azione penale*, in *RIDPP* 2010, 1016 e 1018.

⁵⁹ Cfr. O. Mazza, *Fenomenologia dell'improcedibilità*, cit., 986.

⁶⁰ Così definito da G. Spangher, *Questioni in tema di sistema bifasico (prescrizione/improcedibilità)*, in *DPP* 2021, 1444; analoga definizione è utilizzata in Corte Suprema di Cassazione – Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Relazione tematica sugli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in ordine al rapporto tra inammissibilità del ricorso per cassazione e improcedibilità*, 2 (consultabile in www.cortedicassazione.it) ove si parla di «soluzione dualistica».

⁶¹ La «irragionevolezza del sistema» è evidenziata da G. Spangher, *L'improcedibilità dei giudizi di impugnazione*, cit., 284.

⁶² Il riferimento è a quanto auspicato da O. Mazza, *Fenomenologia dell'improcedibilità*, cit., 987.

prescrizione/causa di estinzione del reato (leggasi cause di interruzione e di sospensione) con le inevitabili loro “ricadute” sul tempo del processo. In linea di principio, quindi, un istituto che faccia incidere il fattore tempo sulla “vitalità” del processo – lo si chiami prescrizione del reato o prescrizione del processo – non è fuori da quegli stessi schemi concettuali dai quali prendono le mosse i più fermi oppositori dell’improcedibilità.

In definitiva, come si è sopra detto, il problema, al cospetto del suo probabilmente modesto impatto pratico, è valoriale. Le resistenze all’idea che l’aspettativa dell’ordinamento a una definizione di merito della vicenda giudiziaria possa dover cedere il passo a un proscioglimento in rito, allorché la sottoposizione dell’imputato al processo abbia superato un limite temporale massimo di “tollerabilità”, non possono vantare un fondamento ontologico. Esse non sono altro che l’effetto di un modo d’intendere la garanzia della ragionevole durata del processo, il cui significato, però, non è, e non può essere, “monopolio ermeneutico” di alcuno, neanche del più autorevole degli interpreti. Piuttosto, tale principio, come molti altri della nostra Carta fondamentale, è esposto a quel possibile, fisiologico, meccanismo di adeguamento contenutistico alla mutata sensibilità sociale verso determinati valori. Pertanto, stabilire se la ragionevole durata possa, da mero criterio di indirizzo operativo rivolto al legislatore, divenire limite invalicabile dell’esercizio della funzione giurisdizionale nei confronti di un imputato presunto non colpevole, non è tanto questione interpretativa, quanto di “pura” scelta politica.

In questa diversa cornice, allora, l’art. 344-*bis* Cpp, “decontaminato” dai suoi già evidenziati limiti applicativi e considerato unicamente per il fine che persegue, non sembra censurabile sotto il profilo della compatibilità costituzionale, in quanto prodotto di una scelta legislativa insindacabile, se non, come detto, sul piano esclusivamente politico.

La scelta “politica” è stata quella di elevare la ragionevole durata del processo a «fine in sé», e non più solo “a servizio” di altri valori. Un fine, cioè, la cui esistenza prescinde dal risultato sostanziale che l’itinerario giudiziale si propone di conseguire, trattandosi di «salvaguardare l’individuo presunto innocente dalla menomazione della propria sfera esistenziale (rapporti sociali, attività lavorativa, relazioni affettive), causata dalla soggezione al processo penale, con la carica afflittiva insita nel suo svolgimento»⁶³. Carica la cui capacità lesiva, tra l’altro, è enormemente aumentata nell’era moderna della comunicazione digitale, i cui strumenti, per tempestività, diffusività e pervasività, hanno acquisito una forza amplificatrice del pregiudizio sociale senza precedenti.

Altra storia è stabilire se i futuri equilibri politici condurranno al consolidamento di una tale ristrutturazione valoriale o se, al contrario, si dovrà assistere a una restaurazione in nome del primato della prescrizione sostanziale e della sua presunta inconciliabilità con la prescrizione processuale⁶⁴. In verità, ipotizzando una linea politica di continuità con il nuovo istituto voluto dalla “riforma Cartabia”, il risultato più soddisfacente potrebbe essere quello di una riunificazione delle due discipline (poco importa sotto quale etichetta), che, prendendo finalmente atto dell’esistenza di un loro «nucleo comune», fissi un punto di equilibrio tra l’esigenza dello Stato di disporre di un tempo congruo per adempiere al proprio dovere di accertamento dei reati e la legittima pretesa dell’individuo di porre fine al processo nel momento in cui il «vincolo di sopportazione»⁶⁵ diviene irragionevole⁶⁶.

⁶³ Così D. Negri, *Dell’improcedibilità temporale*, cit., 55.

⁶⁴ Decisamente contrario a tale prospettiva è G.L. Gatta, *Prescrizione e improcedibilità: alla Camera prove tecniche di una ennesima, improvvida, riforma*, in www.sistemapenale.it, 6/2023, 220, al quale si rinvia anche per l’analisi dei vari disegni di legge d’iniziativa parlamentare che, successivamente alla Riforma Cartabia, sono stati presentati al fine «di riaprire per l’ennesima volta il cantiere della prescrizione del reato».

⁶⁵ L’espressione è di D. Negri, *Dell’improcedibilità temporale*, cit., 55.

⁶⁶ Tale risultato potrebbe essere raggiunto pur rimanendo all’interno della prescrizione sostanziale, attraverso la razionalizzazione della disciplina degli atti interruttivi e delle cause di sospensione (istituti nei quali vivono già i profili processuali della prescrizione). Razionalizzazione che, in tale direzione, andrebbe perseguita muovendo da un criterio direttivo irrinunciabile: quale che sia il meccanismo mediante il quale la prescrizione opera, il suo dato finale, oltretutto il tempo complessivo entro il quale il reato può essere validamente accertato ed, eventualmente, punito, deve essere sufficientemente congruo; tale, cioè, da fissare un limite temporale predeterminabile oltre il quale il processo non può più

E questa sembra essere, almeno nelle intenzioni, la direzione da ultimo intrapresa dall'attuale Governo, al quale deve ricondursi il d.d.l. C. 893⁶⁷, già approvato dall'Assemblea della Camera e trasmesso, nel momento in cui si scrive, al Senato.

Con l'approvazione del progetto di legge "Nordio –Delmastro", quel che la Riforma Cartabia ha inteso soltanto "aggirare", ovverosia la cessazione della prescrizione con l'emissione della sentenza di primo grado, verrebbe definitivamente meno, giacché l'art. 161-*bis* Cp sarebbe formalmente abrogato e, a quel punto, la prescrizione sostanziale vedrebbe estendersi il suo "ciclo vitale", com'era in passato, fino al giudicato. Contestualmente, ad essere espunto dall'ordinamento, dopo appena due anni di vita e nonostante i suoi primi buoni risultati⁶⁸, sarebbe anche l'istituto dell'improcedibilità, posto che nel d.d.l. C. 893 è contemplata la cancellazione dell'art. 344-*bis* Cpp e, di conseguenza, delle ulteriori disposizioni codicistiche che a tale norma fanno attualmente rinvio⁶⁹. La qualcosa, tuttavia, non autorizza a dire che, così facendo, si ritornerebbe all'impostazione tradizionale volta a disconoscere qualsivoglia esigenza di coordinamento tra le due "anime" della prescrizione, quella sostanziale di causa estintiva del reato e quella di strumento realizzativo del diritto alla ragionevole durata del processo. A ben vedere, infatti, anche il citato d.d.l. riconosce la componente "deontica" della ragionevole durata⁷⁰ nella misura in cui propone un, seppur parziale, ritorno alla Riforma Orlando (l. 23.6.2017 n. 103), la quale, come si ricorderà, prima che su di essa intervenisse la scure della Riforma Bonafede (l. 3/2019)⁷¹, aveva introdotto i periodi di sospensione dei giudizi di impugnazione in conseguenza dell'emissione di una sentenza di condanna in primo o in secondo grado, fissandoli in diciotto mesi sia per l'appello sia per il ricorso in Cassazione⁷². Nella proposta

concludersi con una pronuncia di condanna, ma, al contempo, abbastanza ampio da consentire all'ordinamento di espletare compiutamente la propria funzione cognitiva. A tal fine, nella commisurazione dei termini di prescrizione dovrebbe tenersi conto del fatto che la notizia di reato può essere acquisita con notevole ritardo rispetto all'accadimento del fatto, senza che ciò possa essere imputato a carenze o disinteresse dell'ordinamento. Da qui, l'esigenza che, una volta acquisita la notizia di reato, laddove tale momento sia molto tardivo rispetto al momento consumativo e più prossimo alla scadenza del termine ordinario di prescrizione, l'ordinamento disponga comunque del tempo sufficiente a valutarne la fondatezza e, in caso positivo, a concludere utilmente il relativo giudizio. Nel dettaglio, l'obiettivo potrebbe essere raggiunto ipotizzando pochi e ben definiti atti interruttivi (richiesta di rinvio a giudizio e tutti gli atti introduttivi dei diversi gradi di giudizio, compresi gli atti instaurativi dei riti speciali), al cui verificarsi ricollegare termini complessivi progressivamente più ampi. Così facendo, l'imputato manterrebbe il diritto a poter predeterminare il tempo massimo del "suo" processo, ma, al tempo stesso, l'ordinamento non vedrebbe vanificati gli effetti di un procedimento penale condotto senza ritardi irragionevoli o, comunque, ad esso direttamente imputabili.

⁶⁷ Trattasi, più precisamente, di un testo derivante dall'unificazione di più proposte di legge parlamentari (C. 745, C. 1036, C.1380), d'iniziativa dei deputati P. Pittalis, A.T. Calderone e A. Patriarca, integrate da un emendamento dei relatori di maggioranza governativa E. Costa ed E. Pellicini. Il d.d.l. così formato è stato approvato il 16.1.2024 dall'Assemblea della Camera, alla quale era stato trasmesso in data 6.11.2023. I lavori preparatori afferenti al d.d.l. possono essere consultati in www.senato.it alla sezione "leggi e documenti".

⁶⁸ V., *infra*, nt. 79 e 80.

⁶⁹ Il testo del disegno di legge e una più compiuta analisi del suo contenuto sono reperibili in G.L. Gatta–M. Gialuz, *Prescrizione e improcedibilità: l'ennesima riforma e dieci verità nascoste*, in www.sistemapenale.it, 6.11.2023.

⁷⁰ L'espressione trae ispirazione dal pensiero di F. Giunta, *Tempo della prescrizione e tempo del processo*, in *La ragionevole durata del processo*, a cura di R.E. Kostoris, Torino 2005, 121-122, secondo cui «nel campo della giustizia penale, la durata ragionevole del processo condivide la funzione garantistica della prescrizione quale espressione della dimenticanza deontica, posta a protezione dell'individuo assoggettato al processo».

⁷¹ Il riferimento è all'art. 159 co. 2 Cp, così come modificato dall'art. 1 co. 1 lett. e l. 3/2019: «Il corso della prescrizione rimane altresì sospeso dalla pronuncia 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». Norma, poi, abrogata dall'art. 2 co. 1 lett. a l. 134/2021, ma il cui contenuto veniva, con la medesima legge (art. 2 co. 1 lett. c), parzialmente trasfuso nell'art. 161-*bis* Cp: «Il corso della prescrizione del reato cessa definitivamente con la pronuncia della sentenza di primo grado. Nondimeno, nel caso di annullamento che comporti la regressione del procedimento al primo grado o a una fase anteriore, la prescrizione riprende il suo corso dalla data della pronuncia definitiva di annullamento».

⁷² Lo stabiliva il previgente art. 159 co. 2 Cp: «Il corso della prescrizione rimane altresì sospeso nei seguenti casi: 1) dal termine previsto dall'articolo 544 del codice di procedura penale per il deposito della motivazione della sentenza di condanna di primo grado, anche se emessa in sede di rinvio, sino alla pronuncia del dispositivo della sentenza che definisce il grado successivo di giudizio, per un tempo comunque non superiore a un anno e sei mesi; 2) dal termine

governativa, detti periodi (cumulabili con quelli derivanti da altre eventuali cause di sospensione) sono ora quantificati in due anni per il giudizio di seconde cure e in un anno per il giudizio di legittimità; in essa, inoltre, è previsto, quale ulteriore punto di divergenza dalla succitata riforma del 2017, un differente – più ampio – *modus operandi* del meccanismo di “recupero” del tempo di prescrizione sospeso, nel caso in cui, in seguito all’impugnazione, la sentenza di condanna venga annullata (nella parte relativa all’accertamento della responsabilità o per la sussistenza delle nullità *ex art. 604 co. 1 4 e 5-bis Cpp*⁷³) o riformata in sentenza di proscioglimento⁷⁴.

Ideologia comune, quindi, tra sistema vigente e *work in progress*, ma “forza” ben differente dei relativi strumenti: la violazione dei termini imposti dall’art. 344-*bis* Cpp, essendo sanzionata con l’estinzione dell’azione penale, determina la fine del processo e il definitivo primato della ragionevole durata; il superamento dei termini di sospensione che il nuovo art. 159-*bis* Cp si propone di inserire fa sì che la prescrizione ritorni a decorrere e lascia, pertanto, integra la possibilità che il processo si concluda con una pronuncia di merito, sempre che, evidentemente, il giudice riesca a completare le residue attività processuali prima che il termine complessivo della prescrizione giunga a maturazione. Detto altrimenti, con il progetto “Nordio-Delmastro” non si rinnega la valenza precettiva della ragionevole durata (non aderendo così alla lettura riduttiva di chi vede nell’art. 111 co. 2 Cost. soltanto un principio genericamente rivolto al legislatore), ma si fa un notevole passo indietro quanto alla sua tutela, sicché al posto delle *red lines* invalicabili (seppure con le aleatorietà connesse all’indeterminatezza dei presupposti delle proroghe) tracciate dalla Riforma Cartabia si introducono (*rectius*, si reintroducono) degli argini temporali intermedi, oltrepassati i quali i giudici dell’impugnazione, non potendo più confidare nella temporanea paralisi della prescrizione, sarebbero indotti ad accelerare il proprio agire nel tentativo di concluderlo utilmente.

Ed è proprio da questo punto di vista che il proposito della *lex ferenda* lascia piuttosto perplessi. Il rischio concreto è che nei processi per reati aventi un tempo della prescrizione medio-lungo⁷⁵ (e il cui inizio non sia eccessivamente lontano dall’epoca di presunta consumazione del reato) il nuovo meccanismo possa avere un effetto acceleratorio molto modesto. In questi casi, invero, il diritto a essere giudicati (nel giudizio di appello e in quello di legittimità) entro un tempo ragionevole, tale da non compromettere tutte quelle garanzie che, come si è sopra detto, dell’art. 111 co. 2 Cost. costituiscono logici corollari, è sì riconosciuto per via della delimitazione temporale dei periodi di sospensione, ma può essere impunemente violato tutte le volte in cui il “tempo di riserva” di cui il

previsto dall’articolo 544 del codice di procedura penale per il deposito della motivazione della sentenza di condanna di secondo grado, anche se emessa in sede di rinvio, sino alla pronuncia del dispositivo della sentenza definitiva, per un tempo comunque non superiore a un anno e sei mesi».

⁷³ «Anche ai sensi dell’art. 623, co. 1, lett. b) e b-*bis*»: prosegue così l’art. 159-*bis* co. 5 Cp, nel testo proposto dal d.d.l. C. 893.

⁷⁴ La differenza consiste nel fatto che, vigente la Riforma Orlando, i periodi di sospensione dovevano essere computati ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere «dopo che la sentenza del grado successivo *avesse* prosciolto l’imputato ovvero *avesse* annullato la sentenza di condanna nella parte relativa all’accertamento della responsabilità o ne *avesse* dichiarato la nullità ai sensi dell’articolo 604, commi 1, 4 e 5-bis, del codice di procedura penale» (il corsivo è nostro), mentre nel testo *de iure condendo* il recupero viene esteso al proscioglimento nello stesso grado di giudizio in cui ha operato la sospensione. Al di là di tale elemento distintivo, il d.d.l. C. 893 conferma la scelta, già insita nella l. 103/2017, di non uniformare il trattamento degli imputati in ragione dell’esito del giudizio di primo grado. Si muove, evidentemente, dall’assunto che la presunzione di non colpevolezza, pur operando anche nei giudizi di impugnazione non sia incompatibile con una disciplina della prescrizione che tenga conto del diverso grado di “stabilità” raggiunto dalla garanzia presuntiva. Assunto condivisibile, ad avviso di chi scrive, ove si consideri che siffatta differenziazione, piuttosto che “punitiva” nei confronti del condannato in primo grado, andrebbe percepita unicamente come *favor* a vantaggio di chi è titolare di un’aspettativa particolarmente meritevole di protezione (l’essere stato giudicato non colpevole sulla base di un giudizio svoltosi con il metodo epistemologicamente più affidabile).

⁷⁵ Da questo punto di vista, si segnala che il d.d.l. C. 893, proponendosi di modificare l’art. 161 co. 2 Cp, aggiunge ai reati per i quali il termine di prescrizione, in presenza di atti interruttivi, è aumentato della metà (e non di un quarto), i reati di cui agli artt. «582 e 583-*quinquies*, nelle ipotesi aggravate ai sensi dell’articolo 585, limitatamente ai casi di cui agli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, 612-*bis*» Cp.

giudice può usufruire è ancora ampio⁷⁶. In sostanza, si continuano a sovrapporre – ad avviso di chi scrive, indebitamente – profili diversi, disconoscendo che il processo, in quanto fenomeno di per sé pregiudizievole, una volta instaurato, esigerebbe una “fine certa”, indipendentemente dal lasso di tempo trascorso tra il suo inizio e il momento consumativo del reato (ciò attenendo al diverso tema della “memoria” giustificativa della pretesa punitiva).

Se così è, il raffronto tra disciplina vigente e disciplina futura potrebbe condurre all’eventualità che, nel caso concreto, la prima risulti di maggiore favore per l’imputato, con tutti i riflessi che tale conclusione determinerebbe in ordine all’applicazione, sotto il profilo temporale, dell’una o dell’altra. E, a tal riguardo, ove ciò si risolvesse – come autorevolmente auspicato⁷⁷ – nella prevalenza della Riforma Cartabia rispetto allo *ius superveniens*, tutto quanto sommessamente esposto nelle pagine precedenti manterrebbe integra la sua utilità operativa, giacché l’art. 344-bis Cpp continuerebbe, seppur per un tempo definito, a sopravvivere.

Residua una perplessità di fondo. Coincidenza vuole che, nello stesso momento in cui l’iniziativa *de iure condendo* sta prendendo corpo, siano stati resi noti i primi dati statistici ufficiali sui tempi medi di definizione dei giudizi di impugnazione nel nostro Paese, al fine di verificarne la coerenza con gli impegni assunti, in sede europea, per la fruizione delle risorse del PNRR⁷⁸. Ebbene, da tali dati emerge che, finalmente, nel settore penale «la tendenza registrata nel primo semestre 2023 è in linea con l’obiettivo finale concordato con la Commissione europea, consistente nella riduzione del 25% della durata dei processi penali entro giugno 2026»; e, ancora, che «la durata media di un processo penale, in tutte le sue fasi, è scesa al di sotto della soglia dei mille giorni»⁷⁹. Ora, pur senza inneggiare a facili entusiasmi, nell’attesa di poter analizzare con il dovuto rigore i fattori causali di un tale progresso funzionale (e, in particolare, di verificare se questo costituisca la conseguenza fisiologica della Riforma Cartabia o, al contrario, rappresenti il frutto di contromisure patologiche impropriamente adottate dalla magistratura⁸⁰), non sarebbe più prudente ed equilibrato osservare empiricamente l’applicazione dell’improcedibilità dell’azione penale per poi trarne, dati oggettivi alla mano, una valutazione razionale sulla sua concreta funzionalità⁸¹? Non sarebbe questo, in un contesto

⁷⁶ A ciò si aggiunga quel che potrebbe essere un meccanismo psicologico deceleratorio: la sanzione dell’improcedibilità discende dall’attività processuale di una fase interamente riconducibile a un unico organo giudiziario (a seconda dei casi, giudice di appello o Cassazione) ed è quindi probabile che sia vissuta da quest’ultimo come una potenziale censura al proprio operato; la prescrizione, invece, è il risultato di una inerzia frammentata, manifestatasi cioè lungo l’intero procedimento penale e attribuibile a tutti i giudici fino a quel momento intervenuti. Non è allora azzardato ipotizzare che, nella prima ipotesi, il giudice sia psicologicamente proteso ad accelerare il più possibile i tempi del suo agire al fine di scongiurare la sanzione processuale; e, al contrario, nella seconda sia deresponsabilizzato, finendo la sua “percentuale di colpa” per confondersi con quella connessa ai ritardi degli altri giudici.

⁷⁷ Nel senso che «la causa di improcedibilità, legata alla durata dei giudizi di impugnazione, incide direttamente sulla punibilità in concreto e, per tale ragione, non può che essere sottratta alla discrezionalità legislativa nel dettare i principi intertemporali e ricondotta nell’alveo delle regole costituzionali sulla successione nel tempo delle norme penali sostanziali (art. 25 comma 2 Cost. e art. 2 c.p.)», v. O. Mazza, *Prasseologia dell’inammissibilità (brevi note a margine della prima pronuncia di legittimità sulla disciplina intertemporale dell’art. 344-bis c.p.p.)*, in AP, 3/2021, 4; *contra* Cass. Sez. V 10.1.2022 n. 334, in CEDCass., n. 282419-01; Cass. Sez. III 17.1.2022 n. 1567, in CEDCass., n. 282408-01,

⁷⁸ V, la *Relazione sul monitoraggio statistico sugli indicatori PNRR aggiornata al primo semestre 2023*, curata dalla Direzione generale di statistica e analisi organizzativa (DgStat) del Dipartimento per la transizione digitale della giustizia l’analisi statistica e le politiche di coesione del Ministero della Giustizia, pubblicata il 7.11.2023 sul sito del Ministero della giustizia. Per una dettagliata analisi della Relazione, cfr. G.L. Gatta-M. Gialuz, *Riforma Cartabia e durata media del processo penale: - 29% nel primo semestre del 2023. Raggiunto (al momento) il target del PNRR. I dati del monitoraggio statistico del Ministero della Giustizia*, in www.sistemapenale.it, 6.11.2023.

⁷⁹ Così, testualmente, nel Comunicato “Pnrr, si riduce la durata dei processi e l’arretrato” pubblicato il 7.11.2023 in www.giustizia.it, sezione “Il Ministro informa”.

⁸⁰ Si allude, ad esempio, a una possibile dilatazione, per via ermeneutica, della declaratoria di inammissibilità dell’appello per aspecificità estrinseca dei motivi di impugnazione.

⁸¹ Dello stesso avviso G.L. Gatta-M. Gialuz, *Prescrizione e improcedibilità*, cit., i quali, ripercorrendo i continui interventi normativi sulla prescrizione dal 2005 (c.d. “legge ex Cirielli”) a oggi, osservano come, così agendo, si sia «fatto il grave errore di rendere instabile una disciplina che per funzione deve invece essere stabile, perché destinata ad operare per

di armonico dialogo tra economia e diritto, l'approccio più scientifico al tema dell'efficienza processuale⁸²? Non sembra questa l'opinione dell'attuale legislatore. Dopo un'apparente inversione di rotta⁸³, pare, infatti, che l'idea prevalente, nell'agire del nomoteta, sia tornata ad essere quella delle riforme a «tema politico-identitario»⁸⁴, in virtù del quale, cioè, la novella si giustifica in quanto espressione di equilibrismi politici da raggiungere a ogni costo e non perché vi sia la prova (oggettivamente «misurabile») della sua reale necessità.

lunghe lassi di tempo». Dinanzi ai miglioramenti statistici già registrati nella prima fase di applicazione dell'art. 344-bis Cpp, dunque, gli Autori manifestano il loro stupore nel vedere che il legislatore si appresta «a varare l'ennesima riforma, inopinatamente volta ad abolire il formidabile pungolo dell'improcedibilità e a reintrodurre la prescrizione in appello e in cassazione».

⁸² Sul tema, volendo, v. A. Pulvirenti, *Il primato legislativo sul processo penale passa dal dialogo tra economia e diritto*, in *Quamdiu cras, cur non hodie? Studi in onore di Antonia Criscenti Grassi*, a cura di S. Lentini-S.A. Scandurra, Roma 2021, 835 ss., e, soprattutto, i riferimenti bibliografici ivi riportati.

⁸³ Intendiamo riferirci alla Riforma Cartabia, che, recependo, sul punto, una precisa indicazione della Commissione Lattanzi, all'art. 2 co. 16 l. 134/2021, ha previsto che «con decreto del Ministro della giustizia è costituito, presso il Ministero della giustizia, il Comitato tecnico-scientifico per il monitoraggio sull'efficienza della giustizia penale, sulla ragionevole durata del procedimento e sulla statistica giudiziaria, quale organismo di consulenza e di supporto nella valutazione periodica del raggiungimento degli obiettivi di accelerazione e semplificazione del procedimento penale, nel rispetto dei canoni del giusto processo, nonché di effettiva funzionalità degli istituti finalizzati a garantire un alleggerimento del carico giudiziario». Cfr. A. Pulvirenti, *Il primato legislativo*, cit., 843.

⁸⁴ Così G.L. Gatta-M. Gialuz, *Prescrizione e improcedibilità*, cit.

LA TRANSIZIONE DIGITALE DEL PROCESSO PENALE RIMANE INCOMPIUTA: UNA PANORAMICA SULLO STATO DELL'ARTE A MARGINE DEL D.M. 217/2023

di Donatella Curtotti e Wanda Nocerino (*Professoressa ordinaria di diritto processuale penale e Ricercatrice di diritto processuale penale presso dell'Università di Foggia*)

Con il D.M. n. 217/2024, il completamento della transizione digitale del processo penale viene rinviato di un (ulteriore) anno, in modo da consentire agli uffici e agli operatori tutti di farsi trovare preparati a gestire le nuove procedure informatizzate. In considerazione dell'ulteriore tempo supplementare concesso per informatizzare il processo penale, non sembra superfluo soffermarsi, ancora una volta, sul tema delle notifiche e dei depositi telematici, con lo scopo di approfondire quello che è stato e (tentare di) pronosticare quello che sarà quando la transizione digitale sarà compiuta in ogni suo aspetto.

With the Ministerial Decree n. 217/2024, the completion of the digital transition of the criminal trial is postponed for a (further) year, in order to allow all offices and operators to be prepared to manage the new computerized procedures. In consideration of the further additional time granted to computerize the criminal process, it does not seem superfluous to focus, once again, on the topic of electronic notifications and filings, with the aim of examining in depth what has been and (attempting to) predict what will be when the digital transition will be completed in all its aspects.

SOMMARIO: 1. La c.d. “Riforma Cartabia” compie un anno ma il dibattito non smette di alimentarsi. – 2. Processo penale e digitalizzazione: chiarimenti terminologici. – 3. Alle origini dell'informatizzazione del processo. – 3.1. *Segue*: le impostazioni giurisprudenziali. – 4. I primi tentativi di apertura: dal d.d.l. Bonafede alla disciplina anti-Covid. – 5. I criteri direttivi della l. 134/2021. – 6. La disciplina ultimata dal d.lgs. n. 150/2022: il deposito telematico e le sue eccezioni. – 6.1. *Segue*: le notificazioni telematiche. – 7. I regimi di operatività della riforma. Dal d.lgs. 150/2022 ai decreti ministeriali del 4 e 18 luglio 2023. – 8. La normativa (solo in parte) compiuta: il D.M. n. 217/2023. – 8.1. *Segue*: gli aspetti tecnici. – 8.2. *Segue*: la disciplina transitoria per i depositi telematici. – 9. Punti di forza e criticità. Uno sguardo d'insieme. – 9.1. *Segue*: con riferimento ai depositi telematici. – 9.2. *Segue*: con riferimento alle notificazioni telematiche. – 10. Nuovi spunti di riflessione alla luce dello Schema di decreto legislativo per “integrare” e “correggere” il d.lgs. n. 150/2022.

1. La riforma della giustizia penale – operata con legge delega n. 134/2021¹ e completata dal d.lgs. n. 150/2022² – è oramai entrata a pieno regime e, ad oltre un anno di sperimentazione³, continua a far parlare di sé: pletorici i cambiamenti di sistema atti a incidere in maniera significativa sui pilastri del processo⁴; radicali le novità introdotte in mancanza di regole transitorie adeguate alla portata delle innovazioni⁵; eccessivi i rimaneggiamenti in chiave efficientista⁶ che finiscono per stravolgere l’originaria fisionomia del rito e la sacralità delle sue forme⁷.

Insomma, la c.d. “Riforma Cartabia” sembra restituire un nuovo prototipo di processo penale nel quale il bisogno di efficienza finisce per superare il senso di giustizia. Nonostante il malcontento dei giuristi e dell’opinione pubblica sembri permeare ogni anfratto del testo legislativo, un aspetto –

¹ L. 27.9.2021 n. 134, recante “*Delega al Governo per l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*”, in *GU* 4.10.2021 n. 237. Per le significative innovazioni della legge c.d. Cartabia nel suo complesso, Aa. Vv., *La riforma Cartabia. Riflessioni sulla legge delega n. 134 del 2021. Atti della Tavola Rotonda del 21 aprile 2022*, a cura di F. Cassibba, L. Foffani, G. Garuti, Torino 2023; Aa. Vv., “*Riforma Cartabia*” e rito penale. *La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di A. Marandola, Padova 2022; A. Bassi-C. Parodi, *La riforma del sistema penale. L. n. 134/2021: la delega e le norme immediatamente applicabili*, Milano 2021; P. Bronzo, *Delega al governo per l’efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le Corti d’Appello*, in *CP* 2021, 3276; 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-J. Della Torre, *Giustizia per nessuno. L’inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino 2022; E.N. La Rocca, *Il modello di riforma “Cartabia”: ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *AP* 2021, 3, 1; G. Spangher, *La riforma Cartabia nel labirinto della politica*, in *DPP* 2021, 1155.

² D.lgs. 10.10.2022 n. 150, “*Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l’efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*”, in *GU* 17.10.2022 n. 243. Per approfondimenti, *ex plurimis*, Aa. Vv., *Gli snodi problematici della Riforma Cartabia con uno sguardo al futuro. Giovani studiosi a confronto*, a cura di G. Colaiacovo-F. Delvecchio-W. Nocerino, Bari 2023; Aa. Vv., *La procedura penale “riformata”*, a cura di F. Centorame-F. Fiorelli-L. Marafioti-G. Paolozzi, Torino 2023; Aa. Vv., *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, Pisa 2022; Aa. Vv., *Il giusto processo penale dopo la riforma Cartabia*, a cura di A. Gaito, Pisa 2023; Aa. Vv., *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Padova 2023.

³ Come è noto, l’art. 6 d.l. 31.10.2022 n. 162, recante “*Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di entrata in vigore del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di obblighi di vaccinazione anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali*”, in *GU* 31.10.2022 n. 255, convertito con modificazioni dalla l. 30.12.2022 n. 199, in *GU* 30.12.2022 n. 304, inserendo nel d.lgs. n. 150/2022 il nuovo art. 99 bis, ha differito dal 1° novembre 2022 al 30 dicembre 2022 l’entrata in vigore dell’intera riforma.

⁴ In questo senso, *ex multis*, M. Daniele, *La riforma della giustizia penale e il modello perduto*, in *CP* 2021, 3069; F. Petrelli, V. Manes, O. Mazza, G. Spangher, V. Maiello, *La Riforma Cartabia. Tra mediazione politica e scienza giuridica*, in www.dirittodidifesa.eu, 3.10.2021.

⁵ Emblematiche, a tal proposito, sono la nota dell’ANM, *Nuovo rito penale: l’urgenza di una adeguata disciplina transitoria*, 19.10.2022 e la lettera dei procuratori generali in tema di entrata in vigore della riforma penale del 25.10.2022.

⁶ Lo scopo che muove il legislatore della riforma è quello di garantire una maggiore efficienza del processo e, dunque, del settore giustizia, in conformità agli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.), concordati dal Governo con la Commissione Europea che mirano alla riduzione dei tempi del processo entro i prossimi cinque anni, pari, nei tre gradi di giudizio, al 25% nel settore penale.

⁷ In questi termini, A. Scella, *La riforma Cartabia del processo penale: spinte efficientiste e questioni irrisolte*, in *DPP* 2022, p. 1134; R. Fonti, *Strategie e virtuosismi per l’efficienza e la legalità delle indagini preliminari*, in “*Riforma Cartabia*” e rito penale, cit., 90.

ancora più degli altri – canalizza l’attenzione della dottrina⁸ e della giurisprudenza⁹. Si tratta delle novità in materia di digitalizzazione degli atti e di informatizzazione della giustizia penale con cui è stata espugnata l’ultima roccaforte dell’analogico nel segno della «semplificazione virtuosa delle procedure giudiziarie»¹⁰.

Se l’intenzione professata dai fautori della riforma è più che apprezzabile, tutti gli operatori del diritto rimarcano a più riprese i rischi che derivano dalla “dematerializzazione” del processo¹¹, tanto sotto il profilo giuridico-dogmatico quanto sul versante strettamente operativo¹². Si pensi, solo a titolo esplicativo, alle possibili disfunzioni delle infrastrutture telematiche e alla conseguente menomazione del diritto di difesa¹³, al nocimento arrecato a quei soggetti (tra cui, soprattutto, l’imputato) privi di conoscenze tecnologiche che possono vedere pregiudicato il diritto ad un’“effettiva giurisdizione”¹⁴, ai rischi per la *privacy* di chi è coinvolto nel procedimento¹⁵. Senza contare, poi, la scarsa formazione dei magistrati, del personale delle cancellerie e degli avvocati che, di fatto, ostacola lo sviluppo del pieno potenziale degli innesti legislativi e rende ancora più complesso il passaggio dall’analogico al digitale.

C’è da dire, però, che rispetto ad un passato in cui regnava «una vera e propria riluttanza [...] ad affrontare il tema del flusso giudiziario penale in una dimensione altra e diversa rispetto a quella tradizional[e]»¹⁶, ci si trova oggi di fronte a un contesto giuridico (e ancor prima culturale)

⁸ Sul tema, la dottrina è assai vasta. Per una panoramica degli istituti riformati, sin d’ora, vedasi D. Cimadomo, *Notificazioni e “riforma Cartabia”*, in *DPP* 2023, 121; G. Colaiaicovo, *Progressi e criticità nel nuovo assetto delle notificazioni*, in *GI* 2023, 1186; V. Di Nicola, *La semplificazione delle attività di deposito degli atti o, documenti e istanze*, in *PPG* 2023, 25; K. Di Nicolantonio, *La digitalizzazione degli atti processuali*, in *La procedura penale “riformata”*, cit., 95; B. Galgani, *Il processo penale telematico*, *ivi*, 114; Ead., ...*Along came il processo penale telematico. Le disposizioni generali sugli atti*, in *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, cit., 395; R. Grassia, *Nuove disposizioni in tema di notificazioni*, in *La procedura penale “riformata”*, cit., 113; L. Giordano, *L’istituzione di un processo penale telematico*, in *La riforma del sistema penale*, a cura di A. Basi-C. Parodi, Milano 2022, 19; V. Nardo, *La progressiva digitalizzazione del processo*, in *PPG* 2023, 5, 21; F. Nicolichia, *Domicilio digitale e notificazioni*, in *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, cit., 429.

⁹ Per una ricostruzione dettagliata degli orientamenti giurisprudenziali, per tutti, L. Giordano, *La giurisprudenza e la digital transformation del processo penale*, in *www.sistemapenale.it*, 8.1.2024.

¹⁰ Così, B. Galgani, *Forme e garanzie dell’innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale “virtuoso”*, Milano-Padova 2022, 137.

¹¹ Per una sintesi delle posizioni assunte dalla dottrina, per tutti, B. Galgani, ...*Along came*, cit., 396.

¹² Circa l’impatto della riforma sui principi del sistema processuale, si rinvia a §§ 9, 9.1. e 9.2.

¹³ Come noto, al fine di rendere effettivo l’esercizio del diritto di difesa, le parti devono essere poste nelle condizioni di poter compiere determinati atti per la tutela dei propri interessi. Di conseguenza, nel caso di malfunzionamenti dei sistemi informatici sui quali si fonda l’intricato meccanismo dei depositi e delle notifiche digitali, si realizza una inevitabile compressione del diritto di difesa, stante l’impossibilità per gli interessati di produrre istanze e richieste e/o ricevere comunicazioni dagli uffici. Non a caso, a causa delle suddette anomalie tecniche, si è reso necessario chiarire che il «*malfunzionamento*» deve essere attestato dal Direttore generale per i sistemi informativi automatizzati, con provvedimento pubblicato nel portale dei servizi telematici del Ministero della Giustizia e, solamente in tale ipotesi, il termine di decadenza per il deposito degli atti è prorogato di diritto fino al giorno successivo al ripristino della funzionalità del portale Cfr. l’art. 87, c. 6 *quater*, d. lgs. n. 150/2022.

¹⁴ Ci si riferisce alla necessità di garantire un’adeguata forma di tutela per tutti i soggetti del procedimento penale che non dispongono del *know-how*, delle abilità tecniche e/o dei mezzi idonei per procedere al deposito telematico degli atti. Tale tutela è espressamente pretesa anche a livello europeo, ogni qual volta si affronta in quella sede la questione della digitalizzazione della giustizia: cfr. *Bruxelles, 1.12.2021 COM(2021) 759 final 2021/0394 (COD) Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla digitalizzazione della cooperazione giudiziaria e dell’accesso alla giustizia in materia civile, commerciale e penale a livello transfrontaliero e che modifica taluni atti nel settore della cooperazione giudiziaria*. Cfr., pure, le impostazioni della Corte di Strasburgo: C. eur., 9.6.2022, *Xavier Lucas c. Francia*; C. eur., 28.10.2021, *Succi c. Italia*.

¹⁵ Pur se il Garante per la protezione dei dati personali ha espresso parere favorevole sullo schema di decreto legislativo per l’attuazione della legge delega n. 134/2021 (*www.garanteprivacy.it*, 16.09.2022), non si escludono i rischi che possono derivare dall’informatizzazione del processo. Sul punto, M. Martorana, *Giustizia digitale e data protection, ecco gli impatti privacy dei processi da remoto*, in *www.agedigitale.eu*, 3.6.2020.

¹⁶ Testualmente, B. Galgani, ...*Along came*, cit., 396.

completamente rimodernato e sempre più improntato alla dimensione tecnologica: abbandonato ogni pregiudizio ideologico sulla digitalizzazione del processo penale – riduttivamente intesa quale antidoto alla paralisi del sistema giustizia nell’era emergenziale¹⁷ –, allo stato dell’arte, l’accesso alla *e-justice* finisce per diventare «il formante della nuova giurisdizione»¹⁸.

Dunque, allo stato dell’arte, processo penale e digitalizzazione non sono più entità inconciliabili e, anzi, è assai diffusa la convinzione per cui proprio da un impiego meno frammentario del telematico possano «derivare benèfici effetti di “sistema”»¹⁹, garantendo un’architettura processuale più agile e snella per tutte le parti in gioco.

Sicuramente, alla diffusione della nuova cultura “digitalocentrica” contribuiscono alcuni interventi legislativi – interni e sovranazionali – che, nel potenziare e migliorare le tecniche di ricorso all’informatizzazione, mirano a superare le criticità riscontrate nel “periodo di prova” della Riforma Cartabia e a valorizzare l’importanza del contributo che le tecnologie digitali possono offrire per una migliore amministrazione della giustizia.

Intanto, l’atteso Decreto Ministeriale di definizione delle regole tecniche per il corretto funzionamento dei meccanismi di deposito, notifiche e consultazioni telematiche, è stato emanato²⁰; il che contribuisce a infondere negli operatori del diritto – a prescindere dal contenuto non sempre all’altezza delle aspettative²¹ – una maggiore fiducia circa la regolarità delle nuove procedure informatizzate da rispettare.

Senza contare, poi, il recente Regolamento europeo 2023/2844 sulla digitalizzazione della cooperazione giudiziaria²² che, pur non applicandosi al settore delle notificazioni, è diretto all’istituzione di un quadro giuridico uniforme sull’uso dei mezzi di comunicazione elettronica tra le autorità competenti e tra queste e le persone fisiche e giuridiche, concorrendo a rafforzare l’idea di una nuova cultura unionale fondata sul «digitale per *default*»²³.

Continua, però, a suscitare enorme preoccupazione la gestione dei “tempi” di trasformazione del processo in chiave tecnologica: se non vi sono più dubbi che il telematico porti delle migliorie al sistema procedimentale, permangono acute perplessità in rapporto alla “tenuta” degli uffici giudiziari che continuano a essere non del tutto preparati a reggere l’urto dell’informatizzazione. Come acutamente precisato, «è di tutta evidenza come l’impossibilità a richiedere agli uffici giudiziari un adattamento immediato a tutte le novità concernenti la transizione digitale del processo penale avrebbe comportato enormi difficoltà operative e organizzative con inevitabili ripercussioni sugli operatori e sull’utenza»²⁴.

Insomma, un anno di sperimentazione non sembra sufficiente²⁵.

¹⁷ Cfr. § 4.

¹⁸ Così, C. Castelli, *Le sfide da affrontare nella giustizia: PNRR, Ufficio per il processo, digitalizzazione*, in www.questionegiustizia.it, 6.12.2022.

¹⁹ Così B. Galgani, *Digitalizzazione e processo penale: riflessioni sul dover essere di una nuova “cartografia”*, in www.discrimen.it, 3.6.2021, 11.

²⁰ D.M. 29.12.2023 n. 217, Regolamento recante: “Decreto ai sensi dell’articolo 87, commi 1 e 3 del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 e dell’articolo 4, co. 1 del decreto-legge 29 dicembre 2009, n. 193, convertito con modificazioni dalla legge 22 febbraio 2010, n. 24, recante modifiche al decreto del Ministro della giustizia di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e l’innovazione 21 febbraio 2011, n. 44”, in *GU* 30.12.2023 n. 303.

²¹ Cfr. § 9.

²² Regolamento (UE) 2023/2844 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023 sulla digitalizzazione della cooperazione giudiziaria e dell’accesso alla giustizia in materia civile, commerciale e penale a livello transfrontaliero, in *GUUE* 27.12.2023.

²³ Così, Comunicazione del 2.12.2020, intitolata *Digitalizzazione della giustizia nell’Unione Europea. Un pacchetto di opportunità*, in www.eur-lex.europa.eu.

²⁴ Testualmente, V. Di Nicola, *La semplificazione delle attività di deposito degli atti o, documenti e istanze*, cit., 14.

²⁵ Occorre precisare sin d’ora che l’art. 87, d.lgs. n. 150/2022 subordina l’efficacia della riforma in materia di deposito telematico all’emanazione di due Decreti Ministeriali da adottarsi entro il 31 dicembre 2023, esattamente un anno dopo l’entrata in vigore del testo legislativo nel suo complesso (cfr. le interpolazioni della l. 30.12.2022 n. 199 di conversione del d.l. 31.10.2022 n. 162)

Di qui, in accoglimento alle preoccupazioni sollevate dalle associazioni di categoria che invocano un intervento correttivo per prorogare l'entrata in vigore della riforma in materia *de qua*²⁶, il completamento della transizione digitale del processo penale viene rinviato di un (ulteriore) anno, in modo da consentire agli uffici e agli operatori tutti di farsi trovare preparati a gestire le nuove procedure informatizzate²⁷.

Alla luce di tali riflessioni e in considerazione dell'ulteriore tempo supplementare concesso per informatizzare il processo penale, non sembra superfluo soffermarsi, ancora una volta, sul tema delle notifiche e dei depositi telematici, con lo scopo di approfondire quello che è stato e (tentare di) pronosticare quello che sarà quando la transizione digitale sarà compiuta in ogni suo aspetto.

Di qui, partendo da alcuni chiarimenti lessicali indispensabili per cogliere al meglio le implicazioni giuridiche che derivano dai dati tecnici, il saggio prosegue ricostruendo l'evoluzione "storica" degli istituti per comprendere il sostrato della riforma e la sua *ratio*. Una volta delineato l'*humus* in cui si insinua l'innesto legislativo, lo studio si sofferma sul contenuto delle modifiche introdotte anche alla luce degli apporti giurisprudenziali più recenti.

Poi, analizzato il complesso *iter* di transizione, si passa ad approfondire i contenuti del D.M. n. 217/2023 che concorre a disciplinare gli aspetti più propriamente tecnici degli istituti riformati. Infine, il saggio si concentra sui punti di forza e sulle criticità che sono emerse in questo anno di sperimentazione, soffermandosi particolarmente sulle implicazioni dogmatiche che ne derivano, con lo scopo di avanzare alcune proposte in prospettiva *de jure condendo*, considerando le (invero assai poche) azioni correttive messe a punto dal Governo per superare le criticità dell'assetto riformato.

2. Prima di analizzare i contenuti dell'innesto legislativo, sembra doveroso soffermarsi sui concetti-chiave sui quali poggia la riforma, nella ferma convinzione per cui tutte le volte che il sistema penale viene coinvolto da implicazioni tecnico-scientifiche, nessuna riflessione giuridica può prescindere dalla conoscenza del dato tecnico, dei nuovi strumenti informatici e delle loro azioni che rischiano di modificare gli istituti processuali alterandone la tradizionale operatività²⁸.

In primis, il termine "telematico" inerisce ad una disciplina scientifica e tecnologica che nasce dalla necessità di unificare metodologie e tecniche delle telecomunicazioni e dell'informatica per realizzare il trasferimento a distanza delle informazioni e delle elaborazioni²⁹.

Di conseguenza, il processo penale telematico è una nuova rappresentazione del processo tradizionale che tende alla digitalizzazione degli atti e alla informatizzazione delle procedure quale garanzia di efficienza e resilienza.

Svariate sono le modalità attraverso con cui prende vita questa inedita *species* procedimentale: si spazia, infatti, dalla circolazione "informatica" degli atti (sia con riferimento alle notifiche e alle comunicazioni, sia con riguardo al deposito telematico) alla digitalizzazione dei fascicoli processuali, dalla documentazione audio/video registrata della prova dichiarativa e dell'interrogatorio alla remotizzazione delle udienze.

Occorre chiarire sin d'ora che l'indagine rimane confinata al tema – invero assai complesso³⁰ – della circolazione digitale degli atti processuali e, più concretamente, delle notifiche e del deposito telematico.

²⁶ Cfr. parere del Consiglio superiore della magistratura e il Consiglio nazionale forense che si sono espressi in data 6.12.2023.

²⁷ L'operatività delle regole in materia di deposito digitale di tutti gli atti processuali è stata rinviata al 1° gennaio 2025. Cfr. art. 3 D.M. n. 217/2023.

²⁸ Sul punto cfr. W. Nocerino, *La Riforma Cartabia in materia di processo penale telematico e la circolazione digitale degli atti*, in www.camminodiritto.it, 28.4.2022.

²⁹ Così, G. Sartor, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione. Corso di informatica giuridica*, Torino 2016, 3.

³⁰ La dottrina si è da sempre mostrata attenta al tema in esame. Senza pretese di completezza, si vedano V. Bove, *Notificazioni telematiche nel procedimento penale: questioni giuridiche e problematiche applicative*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 10.10.2015; F. Delvecchio, *L'informatizzazione della giustizia penale*, in DPC

In questo preciso settore, l'informatizzazione si realizza attraverso l'impiego della posta elettronica certificata (P.E.C.) e del c.d. portale telematico (PDP).

La prima è «un sistema di posta elettronica, nel quale è fornita al mittente documentazione elettronica, con valenza legale, attestante l'invio e la consegna di documenti informatici»³¹, consentendo l'invio di messaggi la cui trasmissione è «valida agli effetti di legge»³².

Il portale telematico, invece, rappresenta uno spazio *online* riservato a un pubblico ristretto contenente una grande quantità di contenuti e informazioni utili a determinate categorie di utenti; in questo modo, i protagonisti della giustizia penale sono “in rete”, tutti sincronizzati su uno stesso applicativo per depositare atti o consultare da remoto il fascicolo processuale³³.

Sicuramente, l'impiego di tali strumenti migliora – almeno sotto il profilo dell'efficienza – il sistema delle notifiche e dei depositi degli atti del processo.

In particolare, il ricorso alla P.E.C. presenta innumerevoli vantaggi rispetto ai tradizionali messaggi di posta elettronica “semplice”, garantendo la tracciabilità e la trasparenza delle operazioni compiute. Da un punto di vista soggettivo, consente di avere certezza in ordine all'identità del mittente e del destinatario, prevedendo che i fornitori del servizio dispongano di responsabili preposti alla registrazione dei soggetti assegnatari della casella di posta elettronica e che l'accesso sia protetto con sistemi specifici di autenticazione. Sotto il profilo oggettivo, consente di avere certezza della consegna e della ricezione dei messaggi inviati, *ivi* incluse la data e l'ora. La validità della trasmissione e della ricezione del messaggio, infatti, sono attestate rispettivamente dalla ricevuta di accettazione e dalla ricevuta di avvenuta consegna che costituiscono la prova della relativa spedizione e recapito, con ciò superando le incertezze che sorgono al mittente circa il destino delle *e-mail* inviate allorquando il destinatario non fornisce alcuna risposta.

Per tali ragioni, il valore legale del messaggio inviato tramite P.E.C. è quello di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno³⁴.

Anche la previsione di un portale telematico segna un netto salto di qualità rispetto al passato, consentendo di procedere più agevolmente al deposito degli atti processuali: in effetti, «si [toccano] con mano gli innegabili vantaggi dati dalla modalità di estrazione copie attraverso il portale deposito atti, non solo per gli avvocati che possono agevolmente fruire degli atti di indagine rimanendo davanti al loro *pc*, ma anche e soprattutto per gli uffici giudiziari che vedono liberarsi risorse prima destinate a compiti di *front office*, ora non più necessari»³⁵.

3. Pur se descritto come novità assoluta dell'ultimo tempo, il tentativo di informatizzazione della giustizia penale rappresenta un retaggio del (recente) passato. Di qui, al fine di comprendere il sostrato normativo e giurisprudenziale nel quale si insinua la novella, conviene soffermarsi sull'evoluzione

2021, 2, 60; A. Diddi, *Quale futuro per l'elettronica nel processo penale? Osservazioni a margine dell'impiego della P.E.C. per le notificazioni*, in *PPG* 2017, 299 ss.; G. Marra, *Le notifiche telematiche*, in *CP* 2016, 250; W. Nocerino, *I limiti normativi all'uso della P.E.C. nel processo penale*, in *DPP* 2020, 812; V. Ventura, *La forma delle notificazioni, in Notificazioni e processo senza imputato. Vizi e difetti della comunicazione nel procedimento penale*, a cura di A. Trinci-V. Ventura, Milano 2015, 132 ss.

³¹ Art. 1 co. 1 lett. g) D.P.R. 11.2.2005, n. 68, “Regolamento recante disposizioni per l'utilizzo della posta elettronica certificata, a norma dell'art. 27, l. 16 gennaio 2003, n. 3”, in *GU* 28.3.2005, n. 97. Sui caratteri della P.E.C., per tutti, A. Barletta, voce *Posta elettronica certificata (P.E.C.)*, in *Dpubbl.*, Torino 2012, 572.

³² Art. 4, D.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68, cit.

³³ Sui caratteri del Portale Deposito Atti Penali, per tutti, R. Patcot, *Portale Deposito atti Penali (PPT)*, in *www.ilprocessotelematico.it*, 11.1.2020.

³⁴ Art. 48 d.lgs. 7.3.2005 n. 82, “Codice dell'amministrazione digitale”, in *G.U.* 16.5.2005 n. 112, così come modificato ex art. 33 d.lgs. 30.12.2010 n. 235. Da ultimo, v. d.lgs. 26.8.2016 n. 179, “Modifiche ed integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”, in *G.U.* 13.09.2016 n. 214, che qualifica l'indirizzo P.E.C. quale domicilio informatico e determina il rinvigorismento del sistema *de quo*, ampliandone il relativo ambito di operatività.

³⁵ Così Osservatorio informatizzazione del processo penale UCPI, *Il prezzo dei diritti*, in *www.camerepenali.it*, 23.5.2022

della disciplina scandendola in tre fasi ideali, segnate dall'infausto evento della pandemia da Covid-19³⁶ che ha spinto e accelerato il processo di digitalizzazione in ambito penale³⁷.

Sulla base di tale cronometria, può dirsi che in un primo tempo il legislatore si è mostrato alquanto refrattario alle innovazioni digitali, soprattutto quando esse intaccavano gli istituti delle notificazioni³⁸, delle comunicazioni³⁹ e dei depositi⁴⁰ i quali, come noto, si fondano sulla solennità delle forme⁴¹.

Poi, nella consapevolezza di non poter più ritardare l'ingresso della "modernità" nel circuito processuale al fine di apportare migliorie al macchinoso apparato burocratico⁴², a partire dai primi Anni del 2000 è stato avviato un processo di digitalizzazione delle informazioni – più cospicuo in ambito civile⁴³ e assai più timido penale⁴⁴ – volto alla progressiva sostituzione del documento cartaceo con quello digitale.

³⁶ Come precisato dal Nobel per la fisica Albert Einstein, «[L]a crisi è la più grande benedizione per le persone e le nazioni, perché la crisi porta progressi. La creatività nasce dall'angoscia come il giorno nasce dalla notte oscura. È nella crisi che sorge l'inventiva, le scoperte e le grandi strategie». Così A. Einstein, *Mein Weltbild – Come io vedo il mondo*, Amsterdam 1934, 17.

³⁷ Si tratta di uno dei pochi "meriti" (o, meglio, l'unico) della pandemia. In questo senso, V. Bove, *Analisi ed effetti della normativa emergenziale per il COVID-19 sugli uffici giudiziari ordinari di merito*, in www.ilprocessotelematico.it, 24.4.2020; S.M. Corso, *Le auspicabili ricadute della normativa emergenziale sulla comunicazione telematica prevista nel d.d.l. 2020 per la riforma della procedura penale*, in AP 2020, 2, 1; L. Kalb, *Emergenza sanitaria giustizia penale. Un'analisi delle misure incidenti sul sistema processuale penale*, in DPP 2020, 910.

³⁸ Il termine "notificazione" identifica lo strumento «finalizzato a far sì che con l'osservanza di determinate forme ed entro certi termini, gli atti del processo siano portati a conoscenza» dei destinatari. Così P.P. Rivello, sub art. 148 Cpp, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, diretto da G. Conso-V. Grevi, Padova 2005, 401. Più in generale, sull'istituto *de quo, ex plurimis*, A. Bellocchi, *Le notificazioni*, in *Trattato di procedura penale*, 1, II, a cura di G. Dean, diretto da G. Spangher, Torino 2008, 287 ss.; L. D. Cerqua, *Le notificazioni nel processo penale*, Milano 2004; D. Curtotti, voce *Notificazioni*, in *Dpen V Agg.*, Torino 2010, 593 ss.

³⁹ Non è del tutto chiara la distinzione fra notificazioni e comunicazioni, posta l'assenza di una definizione codicistica. Ciò nonostante, dall'interpretazione sistematica del codice di rito e delle disposizioni di attuazione si ricava che le comunicazioni si sostanziano nella trasmissione della copia di un atto da giudice a giudice, o da giudice a p.m. Al contrario, con le notificazioni si fa riferimento alla consegna di un atto (o della sua copia) al destinatario persona fisica (o giuridica), realizzata dall'ufficiale giudiziario o con mezzi tecnici idonei. Sul punto, esaurientemente, D. Curtotti, voce *Notificazioni*, cit., 595.

⁴⁰ Di norma, le memorie e le istanze di parte, le quali vanno portate a conoscenza del destinatario mediante deposito in cancelleria, ex art. 121 Cpp.

⁴¹ Come chiarito da G. Leone, *Il codice di procedura penale illustrato articolo per articolo, sotto la direzione di U. Conti*, I, Milano 1937, 63, le notifiche, le comunicazioni e i depositi telematici rappresentano «il centro dell'ingranaggio processuale nel quale si intrecciano le diverse attività delle parti». Invero, solo con riferimento alle notificazioni, il sistema prevedeva il ricorso a "mezzi tecnici idonei", consentendo, su espressa disposizione dell'autorità giudiziaria (art. 148 co. 2-bis Cpp), l'impiego di forme atipiche di trasmissione delle informazioni in ragione dell'urgenza della comunicazione (art. 149 co. 1 Cpp), oppure di particolari circostanze (art. 150 co. 2 Cpp).

⁴² Il legislatore del tempo ha intravisto nella speditezza del sistema giustizia la chiave di volta per il miglioramento strutturale della pubblica amministrazione. Cfr., art. 27 l. 16.1.2003 n. 3, recante "*Disposizioni ordinamentali in materia di pubblica amministrazione*", in *G.U.* 20.1.2003 n. 15, per cui, ai fini di una maggiore efficienza ed economicità dell'attività della pubblica amministrazione, è necessario garantire il diritto di accesso e reclamo esperibile da parte di tutti i soggetti interessati per via telematica.

⁴³ D.l. 25.6.2008 n. 112, recante "*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza*", convertito in l. 6. 8.2008 n. 133, in *G.U.* 21.8.2008 n. 195. Ai sensi dell'art. 51 co. 1 d.l. n. 112/2008, «[...] le notificazioni e comunicazioni di cui al primo comma dell'art. 170 del codice di procedura civile, la notificazione di cui al primo co. dell'articolo 192 del codice di procedura civile e ogni altra comunicazione al consulente sono effettuate per via telematica [...]». Tale comma è stato poi abrogato dal d.l. 18.10.2012 n. 179 (cfr. nt. 48).

⁴⁴ Art. 4 co. 2 d.l. 29.12.2009 n. 193, "*Interventi urgenti in materia di funzionalità del sistema giudiziario*", convertito, con modificazioni, in l. 22.2.2010 n. 24, in *G.U.* 26.2.2010 n. 47, per cui «[N]el processo civile e nel processo penale, tutte le comunicazioni e notificazioni per via telematica si effettuano [nei casi consentiti] mediante posta elettronica certificata [...]». Il processo di digitalizzazione delle comunicazioni telematiche ha, poi, trovato completamento con l'emanazione del D.M. 21.2.2011 n. 44, recante "*Regolamento concernente le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in attuazione dei principi previsti*

Nel 2008, è stata introdotta nel sistema giudiziario la procedura di trasmissione telematica mediante l'impiego della P.E.C.⁴⁵ con lo scopo di consentire «l'estensione dell'uso della posta elettronica nell'ambito delle pubbliche amministrazioni e dei rapporti tra [queste] e i privati»⁴⁶; nello stesso anno, tra i destinatari delle comunicazioni e delle notifiche che provengono dagli uffici giudiziari sono stati ricompresi anche gli avvocati che, in qualità di professionisti iscritti in appositi albi, sono tenuti a munirsi di un indirizzo di posta elettronica certificata⁴⁷.

Con specifico riguardo al rito penale, il (parco) ingresso del processo di trasmissione telematico è stato definitivamente consacrato dall'art. 16 co. 4 d.l. n. 179/2012⁴⁸ che ha positivizzato, a decorrere dal 15 dicembre 2014⁴⁹, l'impiego della P.E.C. solo per le notifiche «a persona diversa dall'imputato a norma degli artt. 148 co. 2-bis, 149, 150 e 151 co. 2 Cpp» da parte degli uffici giudiziari.

Tali disposizioni, pur non mirando ad imporsi come regole generali di diritto sostitutive dei *dicta* normativi, sono risultate funzionali a introdurre progressivamente un sistema comunicativo informatico “opzionale” idoneo ad assurgere quale alternativa privilegiata rispetto alle modalità tradizionali.

In particolare, per espressa disposizione legislativa, la P.E.C. ha potuto trovare impiego nei procedimenti dinanzi ai Tribunali, alle Corti di Appello⁵⁰ e, a decorrere dal 2017, anche presso la Corte di cassazione⁵¹.

In relazione ai legittimati “passivi”, la circolare ministeriale dell'11 dicembre 2014⁵² ha escluso dal novero dei destinatari della notifica attraverso la ricezione della posta elettronica certificata coloro che rivestono la qualità di imputato; di qui, *a contrario*, si è ritenuto che potessero essere autorizzati a ricevere comunicazioni tramite P.E.C. i difensori di tutte le parti private (compreso il difensore dell'imputato)⁵³, la persona offesa, le parti civili, i responsabili civili, i civilmente obbligati per la pena pecuniaria, gli amministratori giudiziari, i consulenti tecnici e i periti.

dal d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, ai sensi dell'art. 4, commi 1 e 2, del d.l. 29 dicembre 2009, n. 193, convertito nella l. 22 febbraio 2010, n. 24”, in G.U. 18.4.2011 n. 89 e del D.M. 12.9.2012 n. 216, recante “Disposizioni in materia di ripetibilità delle spese di notifica e determinazione delle somme oggetto di recupero nei confronti del destinatario dell'atto notificato”, in G.U. 30.10.2011 n. 254, tramite cui viene avviata una fase sperimentale presso la procura e il tribunale di Torino.

⁴⁵ D.l. 25.6.2008 n. 112, cit.

⁴⁶ Ex art. 27 co. 8 lett. e) l. 16.1.2003, n. 3, cit.

⁴⁷ Art. 16 co. 7 d.l. 29.11.2008 n. 185, recante “*Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale*”, convertito, con modificazioni, dalla l. 28.1.2009 n. 2, in G.U. 28.1.2009 n. 22.

⁴⁸ Il d.l. 18.10.2012 n. 179, recante “*Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*”, convertito, con modificazioni, dalla l. 17.12.2012 n. 221, in G.U. 18.12.2012 n. 294, attraverso una modifica della normativa vigente, introduce una disciplina integrata sul sistema di notificazioni e comunicazioni a mezzo di posta elettronica certificata, sia nel processo civile che in quello penale.

⁴⁹ L'art. 1 co. 19 lett. a) punto 1 l. 24.12.2012 n. 228, recante “*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*”, in G.U. 29.12.2012 n. 302, modificando l'art. 16 del d.l. n. 179/2012, prevede che il sistema di trasmissione telematico trovi impiego nel processo penale a decorrere dal 15 dicembre 2014.

⁵⁰ Così come previsto ex art. 1 co. 19 l. 24.12.2012 n. 228, cit., che introduce la lett. c-bis al comma 9 dell'art. 26 del d.l. n. 179/2012.

⁵¹ D.M. 14.9.2017 n. 228, “*Notifiche telematiche ai difensori nei procedimenti penali di legittimità presso la Corte Suprema di Cassazione ai sensi dell'art. 16, co. 10, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv., con modificazioni, in l. 17 dicembre 2012, n. 221*”, in G.U. 29.9.2017 n. 228.

⁵² Circolare ministeriale, 11.12.2014., recante “*Avvio del sistema di comunicazioni e notificazioni penali*”, in CP 2015, 2093 ss.

⁵³ Cfr. Cass., 31.3.2016 n. 16622, in GI 2016, 1242 ss., con nota di L. Kalb, *Valida la notificazione all'imputato effettuata mediante invio di posta elettronica certificata al difensore*. Sulla legittimità dell'uso degli altri strumenti tecnici di comunicazione tra i difensori, già, Cass., S.U., 28.4.2011 n. 28451, in GD 2011, 37, 72 ss., con nota di D. J. Antonelli, *Via libera all'utilizzo esteso dello strumento tecnico se la domiciliazione è scelta dal cliente o dalla legge*.

Inoltre, i difensori delle parti private sono stati legittimati a comunicare tra loro (ma non anche con l'autorità giudiziaria) mediante sistemi telematici e P.E.C.⁵⁴.

Infine, per quanto concerne le tipologie di atti suscettibili di trasmissione telematica, sono risultate ricevibili a mezzo P.E.C. le notificazioni e gli avvisi ai difensori disposte dall'a.g. (art. 148 co. 2-*bis* Cpp), gli avvisi e le convocazioni urgenti disposte dal giudice nei confronti di persona diversa dall'imputato (art. 149 Cpp), le notificazioni di altri atti disposte dal giudice sempre nei confronti di persona diversa dall'imputato, mediante l'impiego di mezzi tecnici che garantiscano la conoscenza dell'atto (art. 150 Cpp), nonché le comunicazioni richieste dal p.m. *ex* art. 151 Cpp.

Di conseguenza – almeno fino a quel tempo – la digitalizzazione non ha riguardato le comunicazioni tra uffici giudiziari, così come suggerito dalla lettera dell'art. 16 n. d.l. n. 179/2012⁵⁵.

Ben diversa è la situazione prefigurata in rapporto al deposito degli atti penali: soffermandosi sul dettato normativo di cui all'art. 16 del d.l. n. 179/2012, si è esclusa la possibilità di configurare come “bidirezionale” il processo di digitalizzazione delle comunicazioni⁵⁶.

Di qui, le parti private non hanno potuto servirsi delle tecnologie digitali né per il deposito di atti “interlocutori”, quali memorie, istanze e richieste, né di atti “performativi”, ovvero impugnazioni, opposizioni a decreto penale di condanna, liste testimoniali, ecc.

3.1. La panoramica della situazione vigente *ante*-Covid non può dirsi conclusa senza affrontare le posizioni della giurisprudenza di legittimità, per cui si sono registrati netti contrasti circa la possibilità di uniformare la realtà dell'avanguardistico processo civile al sistema penale.

Ad un orientamento maggiormente rigoroso – atto a proteggere la purezza del processo penale e la sua impermeabilità rispetto a forme inedite di deposito telematiche non espressamente contemplate dal codice di rito – si è contrapposto un indirizzo più elastico che ha intravisto nella digitalizzazione delle comunicazioni la chiave di volta per snellire l'eccessivo formalismo che imbriglia il sistema.

Più in particolare, secondo un indirizzo prevalente, nel processo penale «alle parti private non è consentito effettuare comunicazioni e notificazioni mediante l'utilizzo della posta elettronica certificata»⁵⁷, e, di conseguenza, è stata preclusa alle stesse la possibilità di utilizzare tale forma di trasmissione telematica per presentare istanze di gravame, in ragione del principio di tassatività che da sempre governa la materia delle impugnazioni⁵⁸.

Tale impostazione ha poggato su una pluralità di argomentazioni.

In primis, l'interpretazione restrittiva è stata suggerita dalla differente disciplina delle notificazioni e comunicazioni a mezzo P.E.C. nel processo civile e in quello penale. Se nel primo, infatti, il rapporto telematico, per espressa disposizione normativa, si è atteggiato come “bidirezionale”, nel rito civile, l'art. 16 co. 4, d.l. n. 179/2012 – attraverso il richiamo agli artt. 148 co. 2-*bis*, 149, 150 e 151 co. 2

⁵⁴ Cfr., per tutti, Cass., 11.1.2017 n. 6320, in *CED Cass.* n. 268984, per cui «[È] valida la notifica tramite posta elettronica effettuata, ai sensi dell'art. 299 co. 4-*bis* Cpp, dal difensore dell'imputato a quello della persona offesa».

⁵⁵ Mentre per il processo civile la norma richiama espressamente sia le notificazioni che le comunicazioni, per il processo penale fa riferimento alle sole notificazioni. Tuttavia, la Suprema Corte – facendo leva sul dettato di cui all'art. 64 co. 3 disp. att. Cpp – è giunta ad ammettere, in tema di riesame di una misura cautelare, la possibilità che il giudice procedente invii tramite P.E.C. al collegio tutta la documentazione utile *ex* art. 100 disp. att. Cpp. Cfr. Cass., 14.3.2019 n. 16064, non massimata.

⁵⁶ F. Cerqua, *La difesa non può comunicare con la posta elettronica certificata: osservazioni critiche*, in *DPP* 2019, 690.

⁵⁷ In questo senso, *ex multis*, Cass., 5.9.2019 n. 37126, in *DPP* 2020, 812; Cass., 16.5.2017 n. 31314, in *CED Cass.* n. 270702; Cass., 20.9.2016 n. 48584, *ivi*, n. 268192; Cass., 28.1.2015 n. 18235, *ivi*, n. 263189; Cass., 11.2.2014 n. 7058, *ivi*, n. 258443. Più di recente, Cass., 9.6.2022 n. 27008, in *www.ilprocessotelematico.it*, 21.7.2022.

⁵⁸ Cfr. Cass., 24.1.2020 n. 2951, in *CED Cass.* n. 278127; Cass., 11 luglio 2017, n. 50932, *ivi*, n. 272095; Cass., 16.5.2017 n. 31314, *ivi*, n. 270702; Cass., 30.3.2016 n. 18823, *ivi*, n. 266931. Invero, una parte minoritaria di giurisprudenza ha ritenuto che «la richiesta di rinvio dell'udienza per legittimo impedimento del difensore, inviata a mezzo posta elettronica in cancelleria, non è irricevibile né inammissibile, anche se l'utilizzo di tale irregolare modalità di trasmissione comporta l'onere, per la parte che intenda dolersi in sede di impugnazione dell'omesso esame della sua istanza, di accertarsi del regolare arrivo della *mail* in cancelleria e della sua tempestiva sottoposizione all'attenzione del giudice procedente». Cass., 16.11.2017 n. 1904, *ivi*, n. 272049. Nello stesso senso Cass., 27.8.2019 n. 45720, *ivi*, n. 277307.

Cpp, ha inteso limitare l'impiego della posta elettronica certificata alle sole comunicazioni e notificazioni da parte degli uffici giudiziari⁵⁹.

In secondo luogo, sarebbero state le stesse norme codicistiche a escludere una simile possibilità.

Per un verso, da un'esegesi del *dictum* di cui all'art. 121 Cpp, è sembrato che le parti processuali potessero presentare memorie e richieste rivolte al giudice solo mediante deposito in cancelleria, dal momento che l'impiego di strumenti tecnici idonei è stato riservato ai soli funzionari di cancelleria⁶⁰.

Per un altro verso, il principio di tassatività e inderogabilità delle forme di proposizione delle impugnazioni, *ex artt.* 582 e 583 Cpp⁶¹, ha escluso la possibilità di ricorrere a sistemi alternativi di trasmissione, con la conseguenza che «la presentazione dell'impugnazione con mezzi diversi da quelli previsti [...] è inammissibile»⁶².

Infine, sarebbero questioni di natura fattuale e pragmatica ad aver indotto la giurisprudenza maggioritaria a porre un simile veto, dal momento che – in quel tempo – non esisteva nel processo penale il c.d. fascicolo telematico che, come noto, costituisce il necessario approdo dell'architettura digitale degli atti giudiziari «quale strumento di ricezione e raccolta in tempo reale degli atti del processo [...]»⁶³.

Sull'opposto versante, l'apertura a favore del nuovo mezzo tecnologico ha trovato il suo massimo apprezzamento nell'orientamento secondo cui «alle parti processuali può essere consentito di effettuare comunicazioni e notificazioni mediante l'uso della posta elettronica certificata [...]»⁶⁴.

Di qui, «la richiesta di rinvio dell'udienza per legittimo impedimento del difensore, inviata a mezzo posta elettronica in cancelleria, non è irricevibile né inammissibile, anche se l'utilizzo di tale irregolare modalità di trasmissione comporta l'onere, per la parte che intenda dolersi in sede di impugnazione dell'omesso esame della sua istanza, di accertarsi del regolare arrivo della mail in cancelleria e della sua tempestiva sottoposizione all'attenzione del giudice precedente»⁶⁵.

In particolare, l'*overruling* giurisprudenziale si è fondato sull'esegesi di quegli orientamenti che, in nome del principio di prevalenza della sostanza rispetto alla forma, hanno ammesso forme alternative di trasmissione degli atti di parte.

Più nel dettaglio, la giurisprudenza, pur considerando l'istanza inviata al giudice precedente mediante telefax quale atto irregolare perché non conforme alle modalità tipiche di deposito previste *ex art.* 121 Cpp, non ha previsto che la stessa sia irricevibile o inammissibile qualora la parte interessata si adoperi nella verifica circa la regolarità della trasmissione, ossia che la richiesta «sia effettivamente pervenuta nella cancelleria del giudice competente a valutarla e sia tempestivamente portata all'attenzione di quest'ultimo»⁶⁶.

⁵⁹ Come sostenuto da Cass., 11.7.2018 n. 49459, cit., 3, «[I]n coerenza con il tradizionale canone interpretativo incluso unius, exclusio alterius, si è rilevato [...] che l'art. 16 del d.l. 179/2012 indica espressamente la volontà del legislatore di consentirne l'uso [...], nel processo penale, alle sole cancellerie: altrimenti la stessa sarebbe inutile, non avendo senso consentire espressamente l'utilizzo della P.E.C. alle cancellerie se fosse consentito a tutti [...]».

⁶⁰ Cfr. Cass., 11.2.2014 n. 7058, cit., che richiama la giurisprudenza stratificatasi in materia di comunicazioni e istanze trasmesse dal difensore delle parti private tramite telefax. Cfr. Cass., 30.1.2013, n. 28244, in *CED Cass.* n. 256894; Cass., 14.10.2009 n. 46954, *ivi*, n. 2453976; Cass., 23.1.2003 n. 21602, *ivi*, n. 256498.

⁶¹ Dal combinato disposto dagli artt. 582 e 583 Cpp, si evince che l'impugnazione va presentata personalmente all'organo competente oppure può essere trasmessa anche mediante telegramma o raccomandata. Per approfondimenti, M. Gialuz, *sub artt.* 582-583, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Milano 2017.

⁶² Per tutti, Cass., 23.1.2018 n. 21056, in *C.E.D. Cass.*, n. 272740.

⁶³ Così Cass., 11.7.2017 n. 50932, cit., 3.

⁶⁴ Cass., 17.5.2018 n. 43184, in *CP* 2018, 4272; Cass., 16.11.2017 n. 1904, cit.; Cass., 16.10.2014 n. 7706, in *CED Cass.* n. 262835.

⁶⁵ In questo senso, Cass., 16.11.2017 n. 1904, cit. *Contra*, Cass., 17.5.2018 n. 43184, cit.

⁶⁶ Sul punto Cass., S.U., 27.3.2014 n. 40187, in *GI* 2014, 2856, per cui è «viziata da nullità assoluta, insanabile e rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo, la sentenza emessa senza che il giudice si sia pronunciato sull'istanza di rinvio per legittimo impedimento a comparire, trasmessa via fax, perché riconosce alla parte privata la possibilità di avvalersi di modalità di trasmissione a ragione dell'evoluzione del sistema di comunicazioni e di notifiche e della

Conseguentemente, per ragioni di coerenza sistematica, si è ritenuta ammissibile la trasmissione di istanze di parte a mezzo di posta elettronica certificata che, *de facto*, è assai più garantita circa la correttezza della trasmissione rispetto al telefax, finendo per sostenere che nemmeno sarebbero dovute gravare sul difensore le incombenze circa la verifica della regolare esecuzione⁶⁷.

In una posizione meno netta, mediana rispetto ai due orientamenti estremi, altra parte di giurisprudenza ha consentito l'impiego della posta elettronica certificata da parte del difensore delle parti private per trasmettere agli uffici giudiziari istanze e memorie solo in relazione a peculiari circostanze, ovvero nel procedimento di convalida del divieto di accedere a manifestazioni sportive con obbligo di presentazione all'ufficio di polizia di sicurezza⁶⁸ oppure per effettuare notificazioni alle parti civili di una richiesta di rimessione del processo, *ex art. 45 Cpp*, avuto riguardo al brevissimo termine di sette giorni entro cui i richiedenti avrebbero dovuto adempiere all'incombente nei confronti di numerosi aventi diritto⁶⁹.

4. Il primo vero segnale del cambiamento è stato il disegno di legge presentato dal Ministro Bonafede durante il Governo "Conte *bis*"⁷⁰ che, a sua volta, ha rappresentato l'erede diretto della bozza ministeriale di 32 punti relativi ad una possibile legge-delega diretta che pure aveva colto la necessità di rimodulare (sia pur in maniera alquanto farraginoso)⁷¹ il rito penale nel segno della telematicità⁷². In effetti, quella proposta ha costituito il primo vero punto di cesura rispetto al passato nella consapevolezza delle problematicità che hanno per molto tempo attanagliato il sistema delle notificazioni, ritenute uno dei principali fattori di dilatazione del processo di reiterazione di atti, con conseguente allungamento dei tempi, approssimarsi della prescrizione disfunzione per tutti i soggetti coinvolti nel processo⁷³.

Quanto al contenuto, il disegno di legge prevedeva, da una parte, la legittimazione generalizzata dell'utilizzo della posta elettronica certificata e di altri (non meglio specificati) strumenti telematici per compiere comunicazioni o notificazioni a persona diversa dall'imputato nei procedimenti penali di ogni ordine e grado⁷⁴, dall'altra la possibilità o persino l'obbligo (in casi ancora da individuarsi con decreto del Ministero della Giustizia) di provvedere al deposito di atti e documenti con modalità tecnologiche accelerate⁷⁵, spingendosi fino a ricomprendere gli atti impugnatori di ogni genere⁷⁶.

Con precipuo riferimento al sistema delle notifiche, poi, si statuiva che solo la prima notificazione dovesse avvenire per il tramite di un contatto personale o ravvicinato con l'accusato, secondo la

formulazione letterale dell'art. 420-ter co. 5 Cpp, il quale pretende soltanto che l'impedimento sia "prontamente comunicato" al giudice senza dettare specifiche formalità».

⁶⁷ Cass., 17.5.2018 n. 43184, cit., 4275.

⁶⁸ Cass., 13.12.2017 n. 14832, in *C.E.D. Cass.*, n. 272692.

⁶⁹ Cass., 2.10.2018, n. 55886, in *C.E.D. Cass.*, n. 274603.

⁷⁰ Il 13 marzo 2020 è stato presentato alla Camera dei deputati il d.d.l. C-2435, intitolato "Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello". Per commenti, R. Bricchetti, *Prime considerazioni sul disegno di legge per la riforma del processo penale*, in *www.ilpenalista.it*, 24.2.2020; J. Della Torre-M. Gialuz, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, in *www.sistemapenale.it*, 21.4.2020; E.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 *AP* 2020, 1, 1; N. Triggiani, *La "Riforma Bonafede" della giustizia penale: un anno dall'approvazione della delega per ridare celerità ed efficienza al processo penale (... anche a scapito delle garanzie difensive)*, in *PPG* 2020, 759.

⁷¹ Si vedano le considerazioni contenute nel documento del Consiglio direttivo dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, *Prime osservazioni sui trentadue punti della bozza di disegno di legge delega per la riforma del processo penale*, in *AP* 2019, 1, 2.

⁷² La bozza di legge delega di 32 punti, presentata dal governo "giallo-verde" tra la fine del 2018 e la prima metà del 2019, è pubblicata (in calce a una lettera dell'Unione Camere Penali) su *AP* 2019, 1.

⁷³ L. Giordano, *La giurisprudenza di legittimità sulle prime applicazioni del processo penale telematico*, in *www.sistemapenale.it*, 21 marzo 2021.

⁷⁴ Art. 2 co. 1 lett. f) d.d.l. C-2435.

⁷⁵ Art. 2 co. 1 a-e) d.d.l. C-2435.

⁷⁶ Art. 7 co. 1 lett. b) d.d.l. C-2435.

disciplina degli artt. 156 e 157 Cpp, mentre tutte le notificazioni successive alla prima dovessero essere eseguite presso il difensore anche con modalità telematiche⁷⁷.

Posto il dovere generalizzato di eseguire le notifiche presso il legale rappresentante, tanto di fiducia quanto di ufficio, il d.d.l. prevedeva la necessità di introdurre «opportune deroghe alla notificazione degli atti mediante consegna di copia al difensore, a garanzia della effettiva conoscenza dell'atto da parte dell'imputato, nel caso in cui questi sia assistito da un difensore d'ufficio e la prima notificazione non sia stata eseguita mediante consegna dell'atto personalmente all'imputato o a persona che con lui conviva anche temporaneamente o al portiere o a chi ne fa le veci»⁷⁸.

Nel solco dell'instabile quadro disciplinare e regolamentare tracciato e dei timidi tentativi di apertura da parte del legislatore, ha fatto irruzione la pandemia da Covid-19 che ha impresso una netta accelerazione al processo di digitalizzazione solo in parte già avviato.

Evidentemente, l'esigenza di un netto e repentino cambiamento è sorta dalla necessità di contingentare gli spostamenti tra gli individui, fonte inevitabile di contagio e di propagazione dell'epidemia, e conseguentemente di limitare le occasioni di contatto tra gli attori del procedimento penale e gli uffici giudiziari.

In un contesto come quello descritto, per cui la dematerializzazione ha rappresentato il primo strumento di contrasto al morbo pandemico, il legislatore si è impegnato per velocizzare l'iter di digitalizzazione del processo penale⁷⁹.

Con precipuo riferimento al sistema delle notificazioni, il decreto c.d. "Cura Italia"⁸⁰ ha rimosso le barriere (sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo) che hanno caratterizzato l'impiego della P.E.C. nel processo penale.

Più nel dettaglio, l'art. 83 co. 13 d.l. n. 18/2020 ha ammesso il ricorso generalizzato alle notifiche e alle comunicazioni telematiche degli avvisi e dei provvedimenti adottati nei confronti di tutti i soggetti del processo (e, dunque, anche per l'imputato) da parte di qualsiasi ufficio giudiziario mediante invio all'indirizzo di poste elettronica certificata di sistema del difensore di fiducia⁸¹, anche non domiciliatario.

Ancor più incisive sono state le modifiche della normativa emergenziale alla disciplina dei depositi degli atti del procedimento penale.

A dispetto della inflessibilità del regime *pre-Covid*, il decreto "Cura Italia" ha aperto degli spiragli per ritenere ammissibili forme di deposito digitalizzate: da un lato, attraverso la facoltizzazione

⁷⁷ Art. 2 co. 1 lett. l-p) d.d.l. C-2435.

⁷⁸ Art. 2 co. 1, lett. l) C-2435. Per dovere di completezza illustrativa, si precisa che le modifiche in materia di notifiche concernono ulteriori due aspetti. da un lato, si prevede l'onere in capo agli imputati/indagati di indicare al loro difensore un recapito dove effettuare ogni successiva comunicazione, anche tramite modalità informatiche (art. 2 co. 1 lett. m)); da un altro lato, si propone di introdurre una causa di esenzione dalla responsabilità professionale per gli avvocati, operante nel caso in cui l'omessa o ritardata comunicazione a un assistito sia imputabile a fatto di quest'ultimo (art. 2 co. 1 lett. n)).

⁷⁹ Non pare anacronistico approfondire la normativa emergenziale *anti-Covid* rappresentando «l'archetipo» del nuovo processo penale informatizzato. In questo senso, L. Giordano, *La giurisprudenza e la digital transformation del processo penale*, cit., 3.

⁸⁰ D.l. 17.3.2020 n. 18, recante *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, conv. con modificazioni dalla l. 1. 24.4.2020 n. 27, in *G.U.* 29. 4.2020 n. 110.

⁸¹ Sebbene la disposizione faccia riferimento al difensore di fiducia, non sembra precludere la possibilità che la notifica all'imputato possa essere fatta anche al difensore di ufficio, sempre che non sia una prima udienza, in relazione alla quale, trattandosi di un accertamento di natura costitutiva, è necessario rinnovare la notifica all'imputato personalmente.

dell'uso della P.E.C. per la trasmissione degli atti penali interlocutori presso gli uffici delle procure richiedenti⁸², dall'altro istituendo il c.d. "Portale Deposito atti Penali" (PDP)⁸³.

Ma è con il successivo decreto c.d. "Ristori"⁸⁴ che il legislatore dell'emergenza – anche su sollecitazione dell'Avvocatura⁸⁵ – ha fatto un vero e proprio salto in avanti verso l'informatizzazione della giustizia, prevedendo un obbligo di deposito degli atti interlocutori (ossia istanze, memorie, documenti e atti contemplati dal co. 3 dell'art. 416-*bis* Cpp) attraverso il PDP e una facoltà di deposito con valore legale degli atti – diversi da quelli indicati espressamente dal decreto – all'indirizzo di posta elettronica certificata inserito nel Registro generale degli indirizzi certificati (c.d. ReGIndE)⁸⁶. Superfluo approfondire la *querelle* dottrinale e giurisprudenziale che – nel giro di pochissimi mesi – si è stratificata sul punto sollevando dubbi circa la possibilità di depositare telematicamente anche gli atti impugnatori⁸⁷. La risposta al quesito, infatti, è arrivata immediatamente dallo stesso legislatore con la l. n. 176/2020⁸⁸ che, convertendo il decreto "Ristori" e abrogando il decreto "Ristori-*bis*" ha delineato un regime più definito: mentre gli atti interlocutori dovevano essere depositati sul PDP, gli atti performativi potevano essere trasmessi a mezzo P.E.C.⁸⁹. Con una sola precisazione: gli atti ricompresi nel D.M. del gennaio 2021⁹⁰ (ossia denunce, querele, nomine e revoche e rinunce difensive, opposizione alla richiesta di archiviazione) hanno vissuto una disciplina "ibrida", a mezza via tra quelle indicate, posta la possibilità di deposito mediante portale telematico.

⁸² Con l'art. 83 d.l. n. 18/2020, è stata inserita la possibilità, prevista dal co. 12-*quater* 1, di depositare in modalità telematica, presso ciascun ufficio del pubblico ministero che ne avesse fatto domanda, memorie, documenti, richieste e istanze indicate dall'art. 415-*bis* co. 3 Cpp, previo provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia.

⁸³ Provvedimento DGSIA n. 5477 dell'11.5.2020, contenente le disposizioni relative al deposito con modalità telematica di memorie, documenti, richieste e istanze indicate dall'art. 415-*bis* co. 3 Cpp e previste dal co. 12-*quater*.1 dell'art. 83 d.l. n. 18/2020.

⁸⁴ D.l. 28.10.2020 n. 137, recante "*Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*", in *G.U.*, 28.10.2020 n. 269.

⁸⁵ Unione delle Camere Penali Italiane, *Covid e giustizia penale: le proposte UCPI al Ministro della Giustizia e il documento condiviso con le più importanti procure italiane*, in www.camerepenali.it, 27.10.2020.

⁸⁶ Cfr. art. 24 d.l. 28.10.2020.

⁸⁷ Mentre la dottrina aveva fornito una interpretazione estensiva del dettato di cui al co. 4 d.l. n. 137/2020, ricomprendendo nel novero degli "altri atti" anche le impugnazioni (G. Briola, M. Aienti, M. Picotti, *La cassazione delle P.E.C. Necessari rimedi in sede di conversione del decreto ristori?*, in *GP* 2020, 1), la giurisprudenza aveva adottato una posizione maggiormente rigorosa. Cfr. Cass., 19.11.2020 n. 32566, in *GI* 2021, 709, con nota di S. Tognazzi, *Deposito telematico degli atti penali e disciplina d'emergenza*.

⁸⁸ L. 18.9.2020 n. 176, recante "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, recante ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*", in *G.U.* 24.12.2020 n. 319.

⁸⁹ Secondo la nuova normativa, è necessario che le istanze di gravame vengano trasmesse tramite P.E.C. dal difensore all'indirizzo dell'ufficio giudiziario competente (art. 24 co. 6-*bis* e 6-*ter*), e siano sottoscritte digitalmente con l'indicazione degli allegati (anch'essi trasmessi in copia informatica con firma elettronica). Medesima disciplina si applica per il deposito di motivi nuovi e memorie (art. 24 co. 6-*quater*). Per dovere di completezza, si precisa che la novella, nell'ottica di rendere il quadro normativo più organico, ha anche elaborato nuove ipotesi di inammissibilità, che si aggiungono a quelle previste dall'art. 591 Cpp. Ai sensi dell'art. 24 co. 6-*sexies*, l. n. 176/2020, l'impugnazione è inammissibile: quando l'atto [lett. a)] o le copie informatiche per immagine [lett. b)] non sono sottoscritte digitalmente dal difensore, quando l'impugnazione è trasmessa da un indirizzo di posta elettronica certificata che non è presente nel Registro generale degli indirizzi certificati [lett. c)], o non è intestato al difensore [lett. d)], o, ancora, quando l'atto viene inviato ad un indirizzo di posta elettronica certificata diverso da quello indicato per l'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato [lett. e)].

⁹⁰ Art. 1, D.M. 13.1.2021, sul *Deposito di atti, documenti e istanze nella vigenza dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*.

5. Sulla scia segnata della proposta “Bonafede” e forte della sperimentazione occasionata dalla legislazione emergenziale *anti-Covid*, la legge c.d. “Cartabia” consacra il definitivo ingresso nel sistema del processo penale telematico⁹¹.

La novella, rifacendosi quasi integralmente le proposte di riforma della Commissione di studio “Lattanzi”⁹² e senza stravolgere il contenuto del precedente disegno di legge⁹³, avanza dei correttivi alla normativa *ivi* tratteggiata, rafforzando il ricorso alla digitalizzazione e all’informatizzazione quali strumenti per migliorare l’efficienza del processo penale senza, però, rinunciare (almeno formalmente) alle garanzie del giusto processo⁹⁴.

Se questa è la *ratio* della riforma, ben si comprende la scelta del legislatore di definire in maniera pressoché stringente e dettagliata i criteri direttivi in materia di informatizzazione della giustizia penale, ai quali il Governo delegato si è attenuto nell’emanazione del d.lgs. n. 150/2022.

Entrando nel vivo della delega, può dirsi che il nucleo della riforma è rappresentato dal co. 5 dell’art. 1 che consacra le regole generali per la realizzazione del processo telematico.

In particolare, la lett. a della norma in parola, introduce un regime di obbligatorietà del ricorso alle modalità telematiche per il deposito di tutti gli atti e documenti, nonché per le comunicazioni e notificazioni in ogni stato e grado del procedimento.

Così, da una parte, vengono demolite le barriere soggettive che negavano la possibilità di comunicare a mezzo P.E.C. con l’imputato: il grande escluso della disciplina previgente diventa parte integrante del rinnovato sistema, ben potendo rappresentare il destinatario di notificazioni telematiche. Dall’altra, si superano le limitazioni di ordine oggettivo in rapporto agli atti suscettibili di essere depositati telematicamente: in questo caso, ai sensi della modifica contemplata nell’art. 1 co. 13 lett. b) l. n. 134/2021, attraverso l’abrogazione degli artt. 582 co. 2 e 583 Cpp, anche per le impugnazioni è possibile seguire la regola stabilita per tutti gli altri atti procedurali.

L’assolutezza delle previsioni richiamate soffre di due sole eccezioni: la prima – di natura oggettiva – per cui, con decreto del Ministero della Giustizia, sentiti il CSN e il CNF, devono essere individuati degli uffici giudiziari e le tipologie di atti rispetto ai quali l’utilizzo delle modalità telematiche può costituire solo una facoltà⁹⁵; la seconda deroga – di carattere soggettivo – è prevista per gli atti che le parti compiono personalmente, per i quali il deposito può avvenire anche seguendo forme diverse da quella telematica⁹⁶.

Poi, al fine di garantire l’effettività della transizione digitale, la riforma opera delle modifiche complementari di raccordo al sistema delle notifiche; modifiche destinate a intersecarsi con la le

⁹¹ Cfr. art. 1 co. 5. Per dovere di completezza, si segnala che la delibera 22.7.2021, recante “*Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*”, in *G.U.* 3.11.2021 n. 262 e il decreto 28.10.2021 recante “*Modalità per l’attuazione del processo costituzionale telematico – regole tecniche*”, in *G.U.* 3.11.2021 n. 262, introducono il processo telematico davanti alla Corte costituzionale: si prevede che l’utilizzo delle modalità digitale sia l’unica modalità di funzionamento del processo e l’unica possibilità di dare impulso allo stesso o parteciparvi. A tal fine è stata creata la piattaforma *e-Cost*, alla quale potranno accedere gli avvocati, l’Avvocatura dello Stato, i giudici, le Regioni e tutti i soggetti che possono promuovere giudizi, costituirsi o intervenire davanti alla Consulta.

⁹² 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, nominata con D.M. 16.3.2021.

⁹³ Come chiarisce E.N. La Rocca, *La prima delega del decennio per la riforma del processo penale*, cit., 9, «del disegno di riforma messo a punto sotto il precedente Governo quello riformulato mantiene, solo in apparenza, l’originario schema, arricchito da talune nuove previsioni e da un alto tasso di tecnicismo volto a meglio strutturare taluni criteri direttivi».

⁹⁴ Per i primi commenti, F. Delvecchio, *Prospettive e tempi della digitalizzazione del processo*, in *PPG* 2021, 1, 8; B. Galgani, *Contributo per un rito penale dal volto digitale: gli assist offerti dalla legge delega “Cartabia”*, in “*Riforma Cartabia*” e rito penale, cit., 37; L. Giordano, *Riforma Cartabia; delega in tema di processo penale telematico*, in *www.ilpenalista.it*, 13.9.2021; A. Natalini, *Iter notificatorio più celere e moderno tramite recapiti telefonici e telematici*, in *GI* 2021, 41, 54 ss.; R. Nerucci-A. Trinci, *Riforma Cartabia: le notificazioni*, in *www.ilprocessotelematico.it*, 28.9.2021.

⁹⁵ Art. 1 co. 5 lett. d) l. n. 134/2021.

⁹⁶ Art. 1 co. 5 lett. a) l. n. 134/2021.

innovazioni che involgono la disciplina del processo in assenza⁹⁷, con lo scopo di «semplificare le modalità di rintraccio della persona e di contrarre i tempi occorrenti per il perfezionamento degli adempimenti connessi alle notifiche»⁹⁸, assicurando – comunque – l’effettività della conoscenza del procedimento⁹⁹.

Precisamente, per un verso, l’art. 1 co. 6 lett. a), prevede ulteriori doveri – peraltro non espressamente sanzionati¹⁰⁰ – in capo all’imputato che già al primo contatto con l’autorità giudiziaria e successivamente anche al difensore, è tenuto a fornire i recapiti telefonici e telematici presso i quali riceverà le eventuali ulteriori comunicazioni, riconoscendo allo stesso la facoltà di eleggere domicilio digitale¹⁰¹. Per altro verso, si introduce un meccanismo semplificato di notifica al difensore, per cui tutte le notifiche all’imputato non detenuto successive alla prima vanno effettuate mediante consegna al rappresentante legale, sia esso di fiducia o di ufficio¹⁰².

Anche in questo caso, sono previsti dei regimi derogatori: il primo – del tutto “nuovo” e introdotto per superare le criticità della proposta di riforma “Bonafede”¹⁰³ – per l’ipotesi dell’atto di *vocatio in ius*, il quale deve essere sempre notificato personalmente al prevenuto, in modo da assicurare l’effettiva conoscenza del processo. Il secondo – ricalcando quanto già proposto nel precedente disegno di riforma¹⁰⁴ –, inerisce alle ipotesi in cui il soggetto sia assistito da un difensore d’ufficio, per cui si prevede un’eccezione (non meglio definita nei criteri direttivi) allorché la prima notificazione non sia stata eseguita mediante consegna dell’atto personalmente all’imputato o a persona che con lui conviva o al portiere che ne fa le veci¹⁰⁵.

Da ultimo, va considerato il complesso di criteri diretti agli aspetti più propriamente “tecnici”, tutti tesi a garantire l’effettiva attuazione e concretizzazione delle innovazioni introdotte.

Intanto, la novella insiste sulla necessità di introdurre regole *ad hoc* per assicurare mittente e al destinatario la certezza, anche temporale, della trasmissione e ricezione delle comunicazioni e delle notificazioni e, dunque, la correttezza del deposito telematico¹⁰⁶.

Poi, al fine di rendere non eccessivamente traumatica la transizione digitale, la legge prevede una disciplina transitoria a “geometria variabile”, volta alla gradualità e alla differenziazione delle misure

⁹⁷ Art. 1 co. 7 l. n. 134/2021. Sull’istituto riformato, *ex plurimis*, 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*, cit., 337; A. Mangiaracina, *Giudizio in assenza: maggiori garanzie*, in *PPG 2022*, 1, 124 ss.; A. Natalini, *Mancata partecipazione, si va avanti solo con la certezza che è volontaria*, in *GI 2021*, 41, 57; G. Varraso, *Il “nuovo” processo in assenza dell’imputato*, in *Riforma Cartabia*, cit., 569 ss.

⁹⁸ B. Galgani, *Contributo per un rito penale dal volto digitale*, cit., 52.

⁹⁹ Come precisato da L. Kalb, *Valida la notificazione all’imputato effettuata mediante invio di posta elettronica certificata al difensore*, cit., 1245, il legislatore contemporaneo comprende che l’effettività della volontà dell’imputato di non prendere parte alle udienze che lo vedono protagonista deriva proprio dall’efficacia dell’atto che gli consente di avere conoscenza effettiva del processo, ossia dalla correttezza delle notificazioni.

¹⁰⁰ Secondo R. Nerucci-A. Trinci, *Riforma Cartabia: le notificazioni*, cit., § 8, proprio in ragione dell’assenza di sanzioni, tale obbligo sarebbe destinato a rimanere una «lettera morta».

¹⁰¹ Art. 1 co. 6 lett. a) e lett. c) l. n. 134/2021.

¹⁰² Art. 6 co. 1 lett. d) e lett. e) l. n. 134/2021.

¹⁰³ Cfr. J. Della Torre– M. Gialuz, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera*, cit., 156.

¹⁰⁴ Invero, il meccanismo *de quo* si modella su un istituto simile già sperimentato durante la pandemia: secondo quanto stabilito dall’art. 83 co. 14 d.l. n. 18/2020, infatti, se le notificazioni e le comunicazioni destinate all’imputato e le parti si sarebbero dovute effettuare attraverso la P.E.C. del difensore di fiducia; venivano ad ogni modo fatte salve le notifiche che per legge si svolgono presso il legale d’ufficio.

¹⁰⁵ Art. 1 co. 6 lett. b) l. n. 134/2021.

¹⁰⁶ Art. 1 co. 5 lett. a), seconda parte e lett. b) l. n. 134/2021. Secondo L. Giordano, *Riforma Cartabia; delega in tema di processo penale telematico*, cit., p. 2, «la certezza, anche temporale, circa l’esecuzione degli adempimenti processuali in ordine all’identità del mittente rappresenta il necessario presupposto per verificare il rispetto delle scansioni del processo penale e della legittimazione di colui che vi prende parte».

da adottare nelle strutture amministrative centrali e periferiche, nonché al coordinamento del processo di attuazione con quelli di formazione del personale coinvolto¹⁰⁷.

Infine, si richiede la predisposizione di modalità alternative di deposito nel caso di malfunzionamento dei sistemi¹⁰⁸. Prendendo atto degli innumerevoli guasti e inconvenienti tecnici durante l'era pandemica¹⁰⁹, il legislatore delega l'esecutivo a prevedere soluzioni alternative capaci di assicurare il tempestivo svolgimento dell'attività processuale¹¹⁰.

6. A distanza di poco più di un anno dalla legge n. 134/2021, in ossequio ai contenuti della delega, l'esecutivo materializza la trasformazione digitale del processo penale con d.lgs. n. 150/2022.

Tante le novità da introdurre, innumerevoli le modifiche da apportare e diverse le disposizioni da abrogare. Insomma, il lavoro del Governo non è certamente semplice e lineare: accanto a interventi di microchirurgia normativa si pongono, infatti, altrettante operazioni demolitorie e ricostruttive nell'ottica di forzare la virata del processo penale verso la dimensione digitale. Non devono, quindi, stupire né la quantità di disposizioni introdotte *ex novo*¹¹¹, né gli innumerevoli innesti alle previsioni già contemplate dal "vecchio" codice¹¹², per effetto dei quali anche le norme assumono sembianze del tutto diverse¹¹³; né devono destare meraviglia i ritocchi "sparsi" che il legislatore opera per adeguare il codice vigente alla realtà informatizzata.

Il prodotto che ci viene restituito è quello di un sistema del tutto stravolto rispetto al passato, nel quale – attraverso un'opera di riscrittura, abrogazione e "immissione" normativa – si consacra la creazione del nuovo rito telematico, la cui struttura si poggia sulla regola (oramai codificata) delle notifiche e dei depositi digitali.

Per quanto concerne il meccanismo dei depositi¹¹⁴, attraverso l'introduzione di un inedito art. 111-*bis* Cpp, si prevede che «in ogni stato e grado del procedimento, il deposito di atti, documenti, richieste, memorie ha luogo esclusivamente con modalità telematiche, [assicurando] la certezza, anche temporale, dell'avvenuta trasmissione e ricezione, nonché l'identità del mittente e del

¹⁰⁷ Art. 1 co. 5 lett. c).

¹⁰⁸ Art. 1 co. 5 lett. d).

¹⁰⁹ Come sottolinea B. Galgani, *Contributo per un rito penale dal volto digitale: gli assist offerti dalla legge delega "Cartabia"*, cit., 49, «il lemma prescelto rimanda indietro col pensiero, al primo dei provvedimenti normativi che ne ha fatto sfoggio, il d.l. n. 44/2021, e al caos che quel provvedimento aveva preceduto ossia le gravi criticità e i bug di sistema palesati dal PDP che ha sdoganato la presentazione telematica di atti anche da parte dell'utente esterno».

¹¹⁰ Art. 1 co. 5 lett. e) l. n. 134/2021.

¹¹¹ Si pensi agli artt. 111-*bis* e 111-*ter* Cpp, con riferimento al deposito e al fascicolo telematico; all'art. 175-*bis* Cpp, disciplinante la procedura da seguire nel caso di malfunzionamento dei sistemi informatici; all'art. 56 disp. att. Cpp che, di concerto con la modifica del co. 1 dell'art. 152 Cpp, riforma la disciplina delle notifiche telematiche effettuate dal difensore, consentendogli l'uso della posta elettronica certificata nei casi in cui è consentito l'impiego della raccomandata; o, ancora, agli artt. 157-*bis* e 157-*ter* Cpp con riferimento alle notifiche successive alla prima. Inoltre, seppur non introdotte *ex novo*, vi sono alcune disposizioni integralmente riscritte dal delegato. Si pensi all'art. 148 Cpp che riscrive completamente il sistema delle notifiche nel processo penale o alle previsioni dell'art. 157 Cpp in materia di prima notificazione all'imputato non detenuto o, ancora, alla riscrittura dell'art. 161 Cpp con riferimento alla dichiarazione o elezione di domicilio ai fini di notifica.

¹¹² Si faccia riferimento ai *neo*-introdotti commi 6-*bis* e 6-*ter* all'art. 172 Cpp in materia di termini per il deposito telematico; al nuovo co. 2-*bis* dell'art. 122 Cpp con riguardo al deposito della procura speciale; al co. 1-*ter* dell'art. 386 Cpp con riguardo alle forme di documentazione in caso di arresto e fermo; e, ancora, al co. 01 dell'art. 161 Cpp, centrale nell'attribuzione degli oneri informativi a carico della p.g. dai quali dipende l'*iter* notificatorio.

¹¹³ In questo senso depongono le modifiche al co. 3-*bis* dell'art. 116 Cpp in materia di atti e documenti presentati dal difensore; quelle degli artt. 309 e 311 Cpp per adeguare il deposito degli atti di gravame alle nuove modalità telematiche; l'adeguamento co. 3 dell'art. 391-*octies* Cpp sulla documentazione dell'attività investigativa difensiva; la modifica del co. 3 dell'art. 349 in materia di oneri comunicativi dell'indagato alla p.g. in fase di identificazione; e, ancora, la modifica dell'art. 149 Cpp sulle notificazioni urgenti nonché le modifiche agli artt. 152, 153 e 154 Cpp in materia di notificazioni telematiche effettuate dal difensore o al p.m. e agli altri soggetti e parti del processo.

¹¹⁴ Per approfondimenti sulle disposizioni riformate *in parte qua, ex multis*, K. Di Nicolantonio, *La digitalizzazione degli atti processuali*, cit., 95; B. Galgani, ...Along came, cit., 413; F. Porcu, *Digitalizzazione degli atti, videoriprese e partecipazione a distanza*, in *La riforma Cartabia*, cit., 43.

destinatario». Invero, non solo quelli interlocutori ma anche gli atti di gravame sono sottoposti a un simile regime: attraverso il ritocco pressochè integrale dell'art. 582 Cpp e l'abrogazione del successivo art. 583 Cpp, la novella statuisce che l'atto di impugnazione è presentato mediante deposito telematico nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato.

Alla regola richiamata si contrappongono delle ipotesi derogatorie, contenute nell'*incipit* della disposizione di cui all'art. 111-*bis* Cpp e nei successivi co. 3 e 4.

La prima inerisce al caso in cui il deposito telematico non possa avvenire per ragioni "tecniche": secondo quanto previsto dal *neo*-introdotto art. 175-*bis* Cpp¹¹⁵, gli «atti e documenti sono redatti in forma di documento analogico e depositati con modalità non telematiche»¹¹⁶ sia nel caso di «malfunzionamento certificato»¹¹⁷ che «non certificato»¹¹⁸.

La seconda eccezione inerisce agli atti che, «per loro stessa natura» o per non meglio chiarite «specifiche esigenze processuali», non possono essere acquisiti in copia informatica¹¹⁹.

La terza e ultima ipotesi riguarda gli atti compiuti personalmente dalle parti, suscettibili di essere depositati con le tradizionali modalità in segreteria o in cancelleria, al fine di «preservare le parti nell'esercizio del diritto al giudice e di difesa, giacchè esse potrebbero risultare sprovviste delle *skills* o dei dispositivi tecnici necessari per il deposito telematico degli atti loro riferibili»¹²⁰.

Conformemente, se l'atto da depositare è un'impugnazione, «le parti private possono presentare l'atto [...] personalmente, anche a mezzo di incaricato, nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato. In tal caso, il pubblico ufficiale addetto vi appone l'indicazione del giorno in cui riceve l'atto e della persona che lo presenta, lo sottoscrive, lo unisce agli atti del procedimento e rilascia, se richiesto, attestazione della ricezione»¹²¹.

Di conseguenza, nel caso del deposito degli atti di gravame, si impone un regime differenziato a seconda che l'impugnazione sia proposta dalle parti private o dai difensori, prevedendo l'uso delle modalità telematiche facoltativo nel primo caso e obbligatorio nel secondo¹²².

La standardizzazione del deposito telematico impone una modifica di raccordo sui termini di presentazione degli atti. In questo senso, l'art. 172 Cpp è stato interpolato attraverso l'aggiunta di due commi (6-*bis* e 6-*ter*), per effetto dei quali «il termine per fare dichiarazioni, depositare documenti o compiere altri atti in un ufficio giudiziario con modalità telematiche si considera rispettato se l'accettazione dello stesso da parte del sistema informatico avviene entro le ore 24 dell'ultimo giorno utile»; inoltre, «salvo sia diversamente stabilito (relativamente alla specifica tipologia di atto processuale), i termini decorrenti dal deposito telematico degli atti effettuato fuori dell'orario

¹¹⁵ Ipotesi tipizzata dall'art. 11 co. 1 lett. c) attraverso l'introduzione di un inedito art. 175-*bis* Cpp.

¹¹⁶ Così art. 175-*bis* co. 3 Cpp. Conviene precisare che, a fronte del rinvio operato dal co. 4 dell'art. 175 *bis* Cpp al co. 3 della medesima disposizione che, a sua volta, richiama la clausola di cui agli artt. 110 co. 4 e 111-*ter* Cpp, graverà sul dirigente dell'ufficio giudiziario l'obbligo di provvedere alla celere conversione degli atti analogici in formato digitale.

¹¹⁷ Tale ipotesi riguarda il malfunzionamento generalizzato dei domini del Ministero della giustizia: in tal caso il malfunzionamento è certificato dal direttore generale per i servizi informativi automatizzati del Ministero della giustizia, attestato sul portale dei servizi telematici del Ministero della giustizia e comunicato dal dirigente dell'ufficio giudiziario, con modalità tali da assicurarne la tempestiva conoscibilità ai soggetti interessati; con le medesime modalità viene accertato, attestato e comunicato il ripristino del corretto funzionamento.

¹¹⁸ Il malfunzionamento "non certificato" può verificarsi in relazione ad uno specifico ufficio giudiziario e/o in ambito locale e che comunque sia tale da impedire, per un tempo più o meno consistente, l'accesso alla modalità telematica: in tal caso, il malfunzionamento è accertato e attestato dal dirigente dell'ufficio ed anche in questo caso è previsto che siano verificate e attestate la data di inizio e quella della fine del malfunzionamento.

¹¹⁹ Si pensi a documenti aventi contenuto dichiarativo preformati rispetto al processo penale (una scrittura privata, un testamento olografo) di cui si contesti l'autenticità o documenti, quali ad esempio planimetrie, estratti di mappa, fotografie aeree e satellitari, per i quali appare indispensabile il deposito in forma di documento analogico, posto che l'acquisizione in forma di documento informatico priverebbe di nitidezza e precisione i relativi dati, incidendo sul loro valore dimostrativo in sede processuale.

¹²⁰ Così, B. Galgani, ...Along came, cit., 413.

¹²¹ Ai sensi del co. 1-*bis* dell'art. 582 Cpp

¹²² Così come è obbligatorio il ricorso alle modalità telematiche per i procuratori della Repubblica e i procuratori generali.

d'ufficio stabilito dal regolamento si computano dalla data della prima apertura immediatamente successiva dell'ufficio».

Come chiarito¹²³, con tali previsioni «si è favorito l'esercizio del diritto di difesa, in quanto la parte può far uso dell'intera giornata nella quale è in scadenza il lasso temporale previsto dalla legge per depositare telematicamente l'atto [...]. Allo stesso tempo, tuttavia, la soluzione non compromette l'organizzazione giudiziaria, consentendosi [...] che il termine per provvedere sulla domanda, depositata telematicamente fuori orario d'ufficio, decorra dalla prima apertura successiva dell'ufficio competente».

6.1. Il complesso disciplinare introdotto dal decreto diventa ancor più intricato e ingarbugliato allorquando si analizzano le previsioni in materia di notificazioni¹²⁴.

Al di là delle massicce e prevedibili modifiche apportate alla disciplina previgente, quello che rende impenetrabile la novella è l'alto (forse, esasperato) tecnicismo che connota tali disposizioni: è, infatti, evidente che in questo settore – più di qualunque altro – è richiesto al giurista di confrontarsi con gli aspetti tecnologici e di mettere in campo tutto il suo il sapere informatico. Sembra, in altre parole, che le competenze tecnico-scientifiche diventino propedeutiche a quelle giuridiche¹²⁵.

Venendo al dettato normativo, anche nel settore *de quo*, il delegante introduce il dovere generalizzato di ricorrere a modalità telematiche per la notificazione degli atti processuali provenienti sia dall'autorità giudiziaria, *ex art.* 148 co. 1 Cpp, sia dalle parti private, secondo il dettato di cui all'art. 152 Cpp.

Precisamente, il legislatore mira a ridisegnare la disciplina dell'intero sistema notificatorio dell'imputato non detenuto¹²⁶ attraverso la modifica dell'art. 157 Cpp e l'integrale riscrittura dell'art. 161 Cpp¹²⁷, prevedendo la possibilità di eseguire la notifica mediante consegna di una copia dell'atto in forma di documento analogico¹²⁸ solo nei casi delineati dall'art. 148 co. 4 Cpp¹²⁹ e qualora il

¹²³ *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134*, disponibile su www.penaledp, 4.8.2022, 19.

¹²⁴ Per un approfondimento sulle modifiche intervenute, *ex plurimis*, D. Cimadomo, *La nuova disciplina in materia di notificazioni*, in *La riforma Cartabia*, cit., 147; Id., *Notificazioni e "riforma Cartabia"*, cit., 121; R. Grassia, *Nuove disposizioni in tema di notificazioni*, cit., 113; F. Nicolichia, *Domicilio digitale e notificazioni*, cit., 429 ss.; C. Scaccianoce, *La nuova disciplina delle notificazioni all'imputato*, in *PPG 2023*, 4, 951.

¹²⁵ In questo senso, per tutti, D. Curtotti, *Rilievi e accertamenti tecnici*, Milano-Padova 2013.

¹²⁶ Per quanto concerne l'imputato detenuto, l'art. 156 Cpp – recependo il principio affermato da Cass., S.U. 27.2.2020, n. 12778, in www.sistemapenale.it, 24.4.2020, con nota di F. Lazzeri, *Depositata la sentenza delle Sezioni unite in tema di notifica all'imputato detenuto* – prevede che le notificazioni vanno sempre eseguite, mediante consegna di copia alla persona, nel luogo di detenzione, anche in presenza di dichiarazione od elezione di domicilio. Con riguardo alla detenzione in luoghi diversi da quelli penitenziari, si è inoltre esclusa (anche al di là delle regole sussidiarie dell'art. 148) la possibilità del ricorso a modalità telematiche soprattutto in considerazioni delle problematiche derivanti dal possibile, variegato contenuto delle prescrizioni (tra cui ad esempio il divieto di comunicazione con terze persone) imposte con le misure restrittive diverse da quelle da eseguirsi in ambiente penitenziario.

¹²⁷ Lo scopo è quello di responsabilizzare l'imputato sin dal primo contatto con l'a.g. Come chiarito da G. Colaiacovo, *Progressi e criticità nel nuovo assetto delle notificazioni*, cit., 1186, «[S]copo del 1° co., è favorire sin dal principio l'instaurazione di un rapporto tra l'imputato e il procedimento a suo carico attraverso l'indicazione di uno dei luoghi fisici ove eseguire le notificazioni ovvero di un indirizzo di posta elettronica certificata o di un altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato. Finalità del co. 01, invece, è la responsabilizzazione dell'imputato rispetto alle conseguenze del primo contatto con il procedimento».

¹²⁸ Conviene precisare che la disciplina dell'art. 157 Cpp è rimasta sostanzialmente invariata rispetto al passato, fatta salva la precisazione dedicata alle formalità di consegna presso il luogo di lavoro e all'inoltro della copia dell'atto stesso in luogo del semplice avviso di deposito in caso di impossibilità di recapito personale. Inoltre, l'art. 63-*bis* disp. att. Cpp, prevede l'invio di apposita comunicazione di cortesia tramite comunicazione telefonica ovvero messaggio di posta elettronica ai recapiti indicati all'epoca dell'identificazione in caso di consegna a persona diversa dall'interessato.

¹²⁹ Vale a dire esclusivamente nelle ipotesi per cui è impossibile ricorrere alla modalità telematica per impedimenti tecnici, ovvero nel caso in cui il destinatario non abbia un indirizzo di posta elettronica certificata "idoneo" o non abbia dichiarato domicilio telematico

destinatario non abbia già ricevuto gli avvisi di cui all'art. 161 co. 01 Cpp¹³⁰. In tutte le altre ipotesi, la prima notifica va effettuata con modalità telematiche.

Da ciò emerge che, proprio come nel caso di deposito telematico, la regola generale non è contemplata come esclusiva, soffrendo di alcune eccezioni.

Al di là del fatto che l'imputato "può" (e non deve) dichiarare domicilio digitale a fini di notifica¹³¹, il co. 4 dell'art. 148 Cpp introduce un regime derogatorio nel caso in cui «per espressa previsione di legge, per l'assenza o l'inidoneità di un domicilio digitale del destinatario o per la sussistenza di impedimenti tecnici, non è possibile procedere con le modalità indicate al co. 1, e non è stata effettuata la notificazione con le forme previste nei commi 2 e 3»¹³². In questi casi, l'*iter* notificatorio segue le regole "tradizionali"¹³³.

A tal proposito, sembra necessaria una precisazione posta la – almeno apparente – ambiguità della formula legislativa laddove si riferisce all' "assenza" e all' "inidoneità" del domicilio digitale quali condizioni necessarie e sufficienti per un "ritorno al passato".

In effetti, al fine di garantire la certezza delle trasmissioni e delle ricezioni degli atti processuali, è necessario che le notifiche vengano effettuate presso il c.d. "domicilio digitale"¹³⁴, la cui disponibilità da parte del destinatario costituisce presupposto indefettibile a garantire che le trasmissioni e le ricezioni in via telematica assicurino al mittente e al destinatario certezza, anche temporale, dell'avvenuta trasmissione e ricezione, nonché circa l'identità del mittente e del destinatario. Si badi, però, che – ai fini strettamente processuali – non è sufficiente che l'atto sia tramesso a mezzo P.E.C., posta la condizione indispensabile per cui il domicilio digitale deve essere reperito presso pubblici elenchi a norma dell'art. 16-ter d.l. n. 179/2012¹³⁵.

Di qui, un'indefettibile conclusione: il "recapito telematico", ovvero un semplice indirizzo di posta elettronica, non può mai avere caratteristiche tali per figurare quale domicilio idoneo ai fini della notifica. Né si ritiene conforme – ai fini della regolarità delle notifiche secondo il nuovo sistema – un indirizzo di posta elettronica certificato che non compaia in pubblici elenchi, non soddisfacendo la previsione dell'art. 16-ter d.l. n. 179/2012.

Ecco la ragione per cui si assiste alla previsione di regime tripartito in materia di notificazioni telematiche che corre "a tre velocità".

Il primo livello inerisce alle ipotesi in cui il destinatario sia titolare di un domicilio digitale inteso nei termini sopra riferiti. In questo caso, la regola generale della notificazione in via telematica si impone

¹³⁰ Il co. 01 dell'art. 161 statuisce che «[L]a polizia giudiziaria, nel primo atto compiuto con l'intervento della persona sottoposta alle indagini, se è nelle condizioni di indicare le norme di legge che si assumono violate, la data e il luogo del fatto e l'autorità giudiziaria procedente, ne dà comunicazione alla persona sottoposta alle indagini e la avverte che le successive notificazioni, diverse da quelle riguardanti l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, la citazione in giudizio ai sensi degli articoli 450, comma 2, 456, 552 e 601 e il decreto penale di condanna, saranno effettuate mediante consegna al difensore di fiducia o a quello nominato d'ufficio. Contestualmente la persona sottoposta alle indagini è altresì avvertita che ha l'onere di indicare al difensore ogni recapito, anche telefonico, o indirizzo di posta elettronica nella sua disponibilità, ove il difensore possa effettuare le comunicazioni, nonché di informarlo di ogni successivo mutamento».

¹³¹ Secondo la formulazione letterale dell'art. 161 co. 01 Cpp.

¹³² Occorre precisare che il concetto di "impedimento tecnico" delineato dal co. 4 dell'art. 148 Cpp non è sovrapponibile all'ipotesi del "malfunzionamento dei sistemi informatici" contemplata dall'art. 175 bis Cpp. Come precisato da F. Nicolichia, *Domicilio digitale e notificazioni*, cit., 432, «in ragione dell'intrinseca vaghezza della dizione normativa, [si] potrebbe finire per ricomprendere anche una contingente indisponibilità di strumentazione tecnica con il rischio di ridimensionare sensibilmente la frequenza del ricorso alla P.E.C.».

¹³³ Ossia col mezzo postale, ex art. 170 Cpp.

¹³⁴ Il domicilio digitale, come definito dal CAD (d.lgs. n. 82/2005), è l'indirizzo elettronico eletto presso un servizio di posta elettronica certificata (P.E.C.) o un servizio elettronico di recapito certificato qualificato, come definito dal Regolamento eIDAS, valido ai fini delle comunicazioni elettroniche aventi valore legale ai sensi dell'art. 1 co. 1 lettera n-ter) del CAD. Su tale concetto, per tutti, B. Galgani, *Contributo per un rito penale dal volto digitale: gli assist offerti dalla legge delega "Cartabia"*, cit., 52.

¹³⁵ Del resto, il CAD, all'art. 2 co. 5, prevede che «le disposizioni del presente Codice si applicano [...] al processo civile, penale, amministrativo, contabile e tributario, in quanto compatibili e salvo che non sia diversamente disposto dalle disposizioni in materia di processo telematico».

in tutta la sua dirompenza secondo quanto statuito dal novellato art. 148 Cpp che «costruisce le coordinate fondamentali che orientano tutta la disciplina delle notificazioni»¹³⁶.

Il secondo livello riguarda i casi in cui il destinatario – pur non essendo dotato di un indirizzo di posta elettronica certificata “idoneo” ai sensi dell’art. 16-ter del decreto del 2012 – abbia scelto di dichiarare domicilio telematico, secondo quanto disposto dal co. 1 dell’art. 161 Cpp¹³⁷. In tale circostanza, solo qualora l’indagato o l’imputato abbia deciso di recepire l’“invito” a dichiarare, ai fini della notificazione, un “proprio” indirizzo di posta elettronica certificata o altro servizio elettronico qualificato, si rende possibile il ricorso alle notifiche telematiche¹³⁸.

L’ultimo livello è, invece, rappresentato dall’ipotesi in cui il soggetto né sia titolare né abbia dichiarato domicilio digitale. In tal caso, non è ammessa la possibilità di procedere alle notifiche in via elettronica, posto che il semplice indirizzo di posta elettronica (non certificato) può solo essere idoneo al rintraccio del soggetto o alle comunicazioni di cortesia.

Tentando di riportare il *dictum* ai “casi” prospettabili nella prassi, possono evidenziarsi tre diverse ipotesi.

A) Il destinatario della prima notifica è titolare di un domicilio digitale idoneo e si sono delineate le condizioni per adempiere ai doveri informativi di cui all’art. 161 co. 01¹³⁹. In questo caso, la trasmissione avviene con modalità telematiche senza ribadire i “diritti” e i “doveri” dell’imputato, posto che la p.g. ha già fornito tutti gli avvisi al momento del compimento del primo atto utile.

B) Il destinatario della prima notifica non è titolare (o non ha dichiarato) un domicilio digitale idoneo oppure, ancora, subentra un impedimento tecnico. In tale ipotesi, si delinea la previsione di cui al co. 4 dell’art. 148 Cpp e, di conseguenza, non è possibile ricorrere a notifiche con modalità informatizzate. Anche in tale caso, qualora l’imputato sia stato destinatario degli avvisi di cui al co. 01 dell’art. 161 Cpp, l’a.g. non è tenuta a fornire altre comunicazioni.

C) Il destinatario della prima notifica non ha ricevuto alcun avviso dalla p.g., perché magari al compimento del primo atto compiuto con l’intervento dell’indagato la stessa non era nelle condizioni di indicare le norme di legge violate, la data e luogo del fatto e l’autorità procedente¹⁴⁰. In tale circostanza – sia quando la notifica viene effettuata in via telematica, sia quanto segue le regole

¹³⁶ *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo*, cit., 31.

¹³⁷ Secondo tale previsione, «il giudice, il p.m. o la p.g., nel primo atto compiuto con l’intervento della persona sottoposta alle indagini o dell’imputato non detenuto né internato lo invitano a dichiarare uno dei luoghi indicati nell’articolo 157, co. 1, o un indirizzo di posta elettronica certificata ovvero a eleggere domicilio».

¹³⁸ Occorre precisare che il decreto distingue l’ampiezza degli oneri “comunicativi” gravanti sulla persona sottoposta ad indagine a seconda che le informazioni da fornire all’a.g. siano funzionali ad attivare il meccanismo notificatorio oppure siano dirette all’identificazione del soggetto, ai sensi dell’art. 349 Cpp: se nel primo caso l’imputato “può” dichiarare domicilio anche presso un proprio “idoneo” recapito telematico, nel secondo questi è tenuto ad indicare i recapiti telefonici e telematici di cui ha la “disponibilità”. Precisamente, se la previsione di cui all’art. 161, co. 1, Cpp, fa riferimento solo ad un “invito” a dichiarare un “proprio” domicilio telematico, il co. 3 dell’art. 349 Cpp, prevede che l’indagato, al momento dell’identificazione, oltre a dichiarare o eleggere il domicilio per le notificazioni a norma dell’art. 161 Cpp, è tenuto ad indicare «il recapito della casa di abitazione, del luogo in cui esercita abitualmente l’attività lavorativa e dei luoghi in cui ha temporanea dimora o domicilio, oltre che ad indicare i recapiti telefonici o gli indirizzi di posta elettronica nella sua disponibilità». Non deve trarre in confusione la simmetria lessicale impiegata per le due ipotesi. Come si legge nella relazione illustrativa, infatti, «l’obbligo [nel caso di identificazione] consiste in una cosa distinta dalla facoltà di indicare un proprio idoneo indirizzo telematico ai fini delle notificazioni [...] pertanto, tale obbligo consist[e] solo nell’indicare un [qualsiasi] riferimento telefonico o telematico, che dovrebbero servire ai fini del rintraccio dell’indagato/imputato in caso di urgenza e delle interlocuzioni con il difensore». Così *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo*, cit., 55.

¹³⁹ Ossia quando la p.g. è nelle condizioni di indicare le norme di legge che si assumono violate, la data e il luogo del fatto e l’autorità giudiziaria procedente.

¹⁴⁰ Come precisato da F. Nicolichia, *Domicilio digitale e notificazioni*, cit., 437, «pare preferibile intendere la dizione normativa non già come astratta possibilità per gli operanti di circostanziare autonomamente in quel momento il nucleo della condotta, bensì come evocativa dell’esistenza di una contestazione sufficientemente dettagliata già enucleata dal titolare dell’azione».

“tradizionali” – con la notifica del primo atto, l’autorità avverte l’imputato “di quello che verrà”, rispettando il dettato di cui al co. 8-*bis* dell’art. 157 Cpp.

Per quanto attiene alle notifiche successive alla prima, la regola vuole che esse avvengano presso il difensore (di fiducia o di ufficio)¹⁴¹, sul quale grava l’onere – non sanzionato disciplinarmente¹⁴² – di informare autonomamente l’indagato degli accadimenti processuali ai recapiti da questi indicati a mente degli artt. 157 co. 8-*ter* e 161 co. 01 Cpp, ovvero in sede di identificazione, *ex art.* 349 Cpp¹⁴³. Con una precisazione. Come statuisce il co. 2 dell’art. 157 *bis* Cpp, «se l’imputato è assistito da un difensore di ufficio, nel caso in cui la prima notificazione sia avvenuta mediante consegna di copia dell’atto a persona diversa dallo stesso imputato o da persona che con lui conviva, anche temporaneamente, o dal portiere o da chi ne fa le veci e l’imputato non abbia già ricevuto gli avvertimenti di cui all’art. 161 co. 01 Cpp le notificazioni successive non possono essere effettuate al difensore», seguendosi la previsione di cui all’art. 157 Cpp.

Alla regola per cui tutte le notificazioni successive alla prima vengano eseguita presso il difensore si fa eccezione nel caso in cui l’atto da notificare inerisca alla *vocatio in iudicium* dell’indagato. In tale ipotesi, ai sensi dell’art. 157-*ter* Cpp, le notifiche degli atti introduttivi del giudizio devono essere sempre effettuate presso il domicilio, anche di posta elettronica certificata, dichiarato o al domicilio eletto e solo in mancanza dello stesso, la notificazione può essere effettuata con modalità tradizionali, trovando applicazione il dettato di cui all’art. 157 co. 1 Cpp.

Solo un cenno con riferimento alle notifiche rivolte al querelante¹⁴⁴. L’art. 153-*bis* Cpp prescrive l’obbligo di indicare un domicilio (anche digitale) per le notificazioni già al momento della presentazione della notizia di reato. Nel caso di inottemperanza alla prescrizione anzidetta, le notifiche al querelante andranno eseguite presso il difensore o, in mancanza, mediante deposito in cancelleria o segreteria¹⁴⁵.

7. Vista la dirompenza delle innovazioni introdotte, «[O]ccorre[va] trovare il modo di assicurare un lasso di tempo in qualche misura “neutro” e precipuamente funzionale all’implementazione effettiva degli applicativi strumentali alla nuova fisionomia dell’atto processuale, nonché ad un loro adeguato collaudo sulla scorta di un altrettanto diffuso utilizzo»¹⁴⁶.

Di qui, la necessità di ricorrere a un “sistema a geometria variabile”, prevedendo un passaggio graduale dall’analogico al digitale differenziando il tempo di entrata in vigore degli istituti riformati a seconda che si tratti di notifiche o di deposito telematici.

Con riferimento al primo degli istituti richiamati, le nuove norme – pur rimettendo ad una fonte di rango secondario¹⁴⁷ il compito di dettagliare le specifiche tecniche degli applicativi attraverso cui procedere alla «notifica di nuova generazione»¹⁴⁸ – producono immediatamente effetti con l’entrata

¹⁴¹ Occorre precisare che, a seguito dell’abrogazione del co. 8 *bis* dell’art. 157 Cpp, viene abbandonata la possibilità per il difensore di non accettare la notificazione.

¹⁴² L’art. 157 co. 8 *quater* Cpp precisa che l’omessa o ritardata comunicazione al diretto interessato non può dar luogo ad inadempimento degli obblighi derivanti dal mandato professionale se imputabili a fatto dell’assistito.

¹⁴³ Presupposto imprescindibile a che il sistema delineato produca i suoi effetti, è l’avviso precedentemente rivolto *ex art.* 161, co. 01 Cpp, ovvero a norma del co. 8 *ter* dell’art. 157 Cpp.

¹⁴⁴ Conviene precisare che la riforma non apporta significative innovazioni con riferimento alle procedure comunicative rivolte al p.m., alla persona offesa e alle altre parti private diverse dall’imputato. Con riferimento alle innovazioni relative alle notifiche indirizzate al querelante, per tutti, F. Vergine, *Le notificazioni al querelante*, in *PPG 2023*, numero straordinario, 16 ss.

¹⁴⁵ La disciplina *de qua* risulta applicabile anche all’offeso, con l’unica precisazione che, in caso di impossibilità della notifica telematica e in assenza di dichiarazione o elezione di domicilio, si ricorre alla procedura dettata per la prima notifica all’imputato non detenuto.

¹⁴⁶ Così B. Galgani, ...Along came, cit., 400.

¹⁴⁷ Ossia all’emanazione, entro il 31 dicembre 2023, di un decreto ministeriale per definire gli aspetti tecnici, innovando, se del caso, il D.M. 21.2.2011 n. 44.

¹⁴⁸ F. Nicolicchia, *Domicilio digitale e notificazioni*, cit., 431.

in vigore del d.lgs. n. 150/2022¹⁴⁹. Ciò significa che è possibile ricorrere – già a partire dal 30 dicembre 2022¹⁵⁰ – a sistemi telematici di notifica seguendo la disciplina delineata dall’art. 148 Cpp, vale a dire mediante invio con posta elettronica certificata ad un indirizzo risultante da pubblici elenchi o comunque accessibile dalle pubbliche amministrazioni al fine di assicurare «la identità del mittente e del destinatario, l’integrità del documento trasmesso, nonché la certezza, anche temporale, dell’avvenuta trasmissione o ricezione»¹⁵¹.

Assai più complessa è l’attuazione della normativa in materia di depositi telematici; e non può essere altrimenti trattandosi di una riforma di così ampia portata da abbisognare di un congruo lasso temporale per «costruire un ambiente digitale per il processo penale»¹⁵².

Insomma, la nuova disciplina *in parte qua* certamente non è in grado di trovare applicazione immediata: si tratta di dover riorganizzare gli uffici giudiziari per adattare il loro *modus operandi* alle nuove procedure di digitalizzate e di formare adeguatamente tutti gli operatori per evitare distorsioni applicative in grado finanche di alterare il “modello legale” di procedimento penale.

Così, con una dose di «sano principio di realtà e realismo»¹⁵³, si sceglie di procrastinare la validità della disciplina in materia di depositi telematici al fine di assicurare un adattamento graduale degli uffici giudiziari a tutte le novità inerenti al completamento della transizione digitale del processo penale¹⁵⁴.

Precisamente, ai sensi dell’art. 87 d.lgs. n. 150/2022, la piena vigenza della disciplina è subordinata all’emanazione di due Decreti Ministeriali da emanare entro il 31 dicembre 2023, concernenti, l’uno, le regole tecniche in materia di depositi, le comunicazioni e le notificazioni telematiche degli atti, l’altro, l’individuazione degli uffici giudiziari e delle tipologie di atti per cui continua ad essere ammesse le modalità tradizionali di deposito, comunicazione o notificazione.

La promulgazione dei decreti in parola rappresenta, dunque, lo spartiacque tra il “nuovo” e il “vecchio” processo: così, fino al quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione degli stessi, si applica la normativa vigente prima dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2022; dopo quella *deadline* la transizione digitale può dirsi definitivamente compiuta.

Analoghe le previsioni per il deposito degli atti di impugnazione: ai sensi dei commi 4 e 5 dell’art. 87, d.lgs. n. 150/2022, le disposizioni di cui agli artt. 111-*bis* e 582, commi 1 e 1-*bis* Cpp¹⁵⁵ si applicano a partire dal quindicesimo giorno successivo alla promulgazione dei suddetti regolamenti; prima di tale data continuano ad applicarsi le disposizioni previgenti¹⁵⁶.

In un quadro già di per sè alquanto farraginoso, nulla viene definito in rapporto ai regimi normativi valevoli nelle more della definitiva instaurazione del processo telematico: di qui, con il precipuo

¹⁴⁹ L’individuazione della disciplina da applicare in rapporto al caso concreto segue, pertanto, la regola del *tempus regit actum*. Cfr., per tutte, C. Cost. 14.4.2022 n. 96, con nota di L. Parlato, *Disparità telematica e normativa pandemica: tra irragionevolezza e “ironia della sorte”*, in *GC 2022*, 1016.

¹⁵⁰ Cfr. art. 6 d.l. n. 162/2022.

¹⁵¹ Art. 148 co. 1 cpp

¹⁵² *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo*, cit., 57.

¹⁵³ Testualmente, B. Galgani, *Il processo penale telematico*, in *DPP 2023*, 114. In senso contrario, S. Quattrococo, *Perché il differimento dell’entrata in vigore del d.lgs. 150/2022 è una sconfitta per la giustizia penale*, in www.legislazionepenale.eu, 2.11.2022.

¹⁵⁴ Ricostruire la normativa transitoria non è cosa agevole rappresentando il frutto di una stratificazione legislativa assai convulsa in cui provvedimenti legislativi – ordinari e speciali – si innestano alla normativa secondaria cui, peraltro, è affidato l’arduo compito di dettare le regole-chiave della disciplina. Sul tema, V. Nardo, *La progressiva digitalizzazione del processo*, cit., 21.

¹⁵⁵ Cfr. § 6.

¹⁵⁶ Ne consegue che, mentre il modificato art. 582, co. 1, Cpp (concernente le modalità di deposito telematico degli atti di impugnazione) e il nuovo co. 1-*bis* della medesima disposizione (inerente alle modalità di trasmissione degli atti di gravame da parte dei privati) sono destinati a entrare in vigore solo dopo la pubblicazione dei regolamenti attuativi, gli artt. 582, co. 2 e 583 Cpp sono stati abrogati con efficacia immediata a far data dall’entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2022, ossia il 30 dicembre 2022.

intento di colmare un simile vuoto normativo, il d.l. n. 162/2022¹⁵⁷ (c.d. decreto di *Halloween*) introduce nuove disposizioni transitorie e modifica quelle introdotte *ab origine* nel d.lgs. n. 150/2022, favorendo «un’operatività calibrata delle cospicue innovazioni [...], nel contempo evitando soluzioni di continuità nel percorso di digitalizzazione già intrapreso con l’adozione degli schemi normativi emergenziali»¹⁵⁸.

Lo scopo è quello di prevedere, *in medio tempore*, un regime di bipartito¹⁵⁹, consentendo il deposito telematico a mezzo P.E.C. per tutti gli atti per i quali non vige l’obbligo della trasmissione tramite portale¹⁶⁰.

Di qui, il legislatore modifica l’art. 87 d.lgs. n. 150/2022¹⁶¹ e vi innesta i commi *6-bis*, *6-ter*, *6-quater* e *6-quinquies*, riproducendo i contenuti della disciplina emergenziale *anti-Covid*¹⁶²; di conseguenza – ferma restando la possibilità di implementare *pro futuro* il catalogo degli atti da depositare sul portale¹⁶³ – la trasmissione delle memorie, dei documenti, delle richieste e delle istanze indicate dall’art. 415-*bis* co. 3 Cpp, dell’opposizione alla richiesta di archiviazione (art. 410 Cpp), della denuncia (art. 333 Cpp), della querela (art. 336 Cpp) e della relativa procura speciale, nonché della nomina del difensore e della rinuncia o revoca del mandato (art. 107 Cpp), avviene esclusivamente mediante il portale del processo penale telematico¹⁶⁴.

Tale previsione è da considerarsi perentoria, posto che non è consentito ed è insuscettibile di produrre qualunque effetto di legge l’invio tramite P.E.C. degli atti per i quali è previsto in via esclusiva il deposito tramite portale¹⁶⁵.

Poi, viene introdotto un nuovo art. 87-*bis* al d.lgs. n. 150/2022, mutuando – ancora una volta – la disciplina emergenziale del 2020¹⁶⁶, con lo scopo di consentire l’utilizzo della P.E.C. per il deposito degli atti processuali per i quali non è prevista l’esclusività della trasmissione a mezzo portale.

In altri termini, per tutti gli atti, documenti e istanze¹⁶⁷ – diversi, appunto, da quelli indicati nell’art. 87, co. *6-bis* e *6-ter* d.lgs. 150/2002 – è consentito il deposito con valore legale tramite P.E.C. presso gli indirizzi posta certificata degli uffici giudiziari destinatari indicati in apposito provvedimento del

¹⁵⁷ Per uno sguardo d’insieme ai contenuti del decreto, per tutti, J. Della Torre, *Riforma Cartabia: modifiche strutturali al processo penale – I profili di diritto intertemporale e transitorio*, in *GI* 2023, 1221.

¹⁵⁸ Così B. Galgani, ...Along came, cit., p. 401. Si tratta, invero, di una scelta alquanto criticata dalla dottrina (cfr. 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) e dalla giurisprudenza, tanto da divenire bersaglio di una questione di legittimità costituzionale sollevata dal tribunale di Siena. Cfr. Trib. Siena, 11.11.2022, *ivi*, 12.11.2022.

¹⁵⁹ Come chiarito da L. Giordano, *La giurisprudenza e la digital transformation*, cit., «certamente il deposito in forma cartacea rimane consentito dall’art. 87 co. 4 d.lgs. n. 150/2022».

¹⁶⁰ Con precipuo riferimento alla disciplina introdotta dal d.l. n. 162/2022, si vedano G. Amato, *Trasmissione del deposito degli atti: fissata in corner la disciplina Covid*, in *GD* 2022, 2, 74; V. Di Nicola, *La semplificazione delle attività di deposito degli atti o documenti e istanze*, in *PPG* 2023, 5, 14.

¹⁶¹ In particolare, attraverso la modifica del co. 6 dell’art. 87, il legislatore consente alle sole parti che si trovino all’estero il deposito dell’atto di impugnazione presso l’agente consolare, in modo da superare le criticità determinate dall’immediata abrogazione degli artt. 582, co. 2 e 583 Cpp e dall’impossibilità di ricorrere alle modalità di cui all’art. 111 *bis* Cpp.

¹⁶² Ossia, quella delineata dall’art. 24 co. 1, 2 e 3 d.l. n. 137/2020. Cfr. § 4.

¹⁶³ Ai sensi del co. 6 *ter* dell’art. 87 d.lgs. n. 150/2022.

¹⁶⁴ In questo senso la giurisprudenza di legittimità che – conviene precisarlo – si riferisce alle previsioni emergenziali di cui all’art. 24, co.1 e 2, d.l. n. 137/2020. Cfr., Cass. 20.10.2022 n. 910, non massimata, per cui l’atto di nomina del difensore presso gli uffici della procura della Repubblica rientra – fatto salvo l’inserimento di atto c.d. abilitante – nella categoria di atti dei quali occorre procedere in via esclusiva al deposito tramite il portale. Viceversa, la nomina del difensore di fiducia e la revoca dello stesso, invece, può essere depositata presso gli uffici giudicanti, utilizzando la posta elettronica certificata. Cfr. Cass. 26.10.2023, n. 45894, non massimata.

¹⁶⁵ Ai sensi del co. 6-*quater* dell’art. 87 d.lgs. n. 150/2022. In questo senso anche la giurisprudenza di legittimità Cass. 11.5.2023 n. 22708, in *CED Cass.*, n. 284657.

¹⁶⁶ Ossia l’art. 24 d.l. n. 137/2020.

¹⁶⁷ Come evidenziato da L. Giordano, *La giurisprudenza e la digital transformation*, cit., «[L]a lettera della norma pare tanto ampia da ricomprendere anche l’invio delle liste testimoni, periti e consulenti tecnici».

Direttore generali per i sistemi informativi automatizzati, con il quale devono essere annotate le specifiche tecniche relative ai formati degli atti e alla sottoscrizione digitale e le ulteriori modalità di invio¹⁶⁸.

La medesima disposizione regola anche il regime di transizione del deposito degli atti di impugnazione¹⁶⁹.

Si tratta di un innesto resosi necessario per superare le criticità venutesi a creare nella prassi a causa del “doppio regime” di validità della riforma in materia *de qua*¹⁷⁰; regime che, di fatto, rende oltremodo gravosa per le parti legittimate la presentazione del gravame.

Così, ponendo rimedio all'*impasse* riscontrato nelle aule di giustizia, il legislatore ammette la proponibilità del gravame tramite P.E.C.¹⁷¹, dall'indirizzo di posta elettronica certificata del difensore a quello dell'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato, degli atti di impugnazione, delle opposizioni di cui agli artt. 461 e 667 co. 4 Cpp e dei reclami giurisdizionali¹⁷². Solo nel caso di richiesta di riesame o di appello contro ordinanze in materia di misure cautelari, personali o reali, la disposizione – in deroga al principio generale secondo il quale l'atto di impugnazione va trasmesso all'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato ossia all'ufficio del giudice *a quo* – dispone che l'atto di impugnazione vada trasmesso all'indirizzo di posta elettronica certificata del giudice *ad*

¹⁶⁸ In mancanza della previsione di una specifica causa di inammissibilità – invero prevista dall'art. 87-*bis* co. 7 lett. b) solo per l'impugnazione (cfr. nt. 173), quando l'atto è trasmesso da un indirizzo di posta elettronica certificata che non è presente nel registro generale degli indirizzi elettronici di cui al co. 1 – l'eventuale invio ad un indirizzo diverso non determina l'applicazione di tale sanzione processuale, essendo possibile che la parte provi l'avvenuta conoscenza da parte dell'autorità giudiziaria destinataria dell'atto. In questo senso, Cass. 4.5.2023 n. 31802, non massimata; Cass. 4.6.2021 n. 25366, in *CED Cass.* n. 281667. Tuttavia, più di recente, la Corte chiarisce che «[E'] inammissibile l'impugnazione inviata a mezzo p.e.c. ad un ufficio giudiziario diverso da quelli indicati nel provvedimento del Direttore generale per i sistemi informativi automatizzati, pubblicato nel portale dei servizi telematici del Ministero della giustizia». Così, Cass. 2.2.2024 n. 4791, non massimata. Inoltre, la giurisprudenza precisa che «[L]'istanza inviata a mezzo P.E.C. non necessariamente deve essere sottoscritta con firma digitale. Tale sottoscrizione non è prevista, a differenza del deposito dell'impugnazione, per l'invio di altri atti a mezzo P.E.C. con valore legale». Così Cass. 24.1.2023 n. 46791, non massimata.

¹⁶⁹ Ci si riferisce ai commi 3-8 dell'art. 87-*bis*. Sulle modifiche apportate dalla riforma Cartabia al regime di forma e modalità di presentazione dell'impugnazione, v. in dottrina, D.N. Cascini, *Le impugnazioni: nuove forme e modalità di presentazione*, in *La Riforma Cartabia*, cit., 555.

¹⁷⁰ Come si è avuto modo di anticipare (cfr. nt. 156), una volta abrogato l'art. 583 Cpp e, di conseguenza, esclusa la possibilità per le parti e i difensori di proporre impugnazione mediante la spedizione dell'atto (con telegramma ovvero con raccomandata trasmessa alla cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento), diviene assai gravosa la facoltà per le parti legittimate (imputato *in primis*) di presentare l'atto di impugnazione nelle more dell'entrata in vigore a regime della disciplina relativa al processo telematico, perché sarebbe, nel frattempo, rimasta interamente vigente soltanto la disposizione di cui al primo comma dell'art. 582 Cpp nel testo del codice del 1988 (nella parte in cui prevede che l'atto di impugnazione è presentato, salvo che la legge disponga altrimenti, personalmente ovvero a mezzo di incaricato nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato), senza più la possibilità non solo di spedizione dell'atto di impugnazione ma anche senza più la possibilità – essendo stato abrogato anche il co. 2 dell'art. 582 c.p.p. – di presentazione del gravame nella cancelleria del tribunale o del giudice di pace del luogo in cui le parti si fossero trovate, nel caso di luogo diverso da quello in cui fu emesso il provvedimento da impugnare.

¹⁷¹ Secondo la dottrina maggioritaria, la presentazione dell'atto di impugnazione tramite P.E.C. si è aggiunta e non ha sostituito la modalità tradizionale, che si pone, dunque, come alternativa e concorrente rispetto alla presentazione informatica dell'impugnazione. Cfr. V. Di Nicola, *La semplificazione delle attività di deposito degli atti o, documenti e istanze*, cit., 27.

¹⁷² Tentando di semplificare, sino al momento in cui entrerà in vigore la nuova disciplina sul deposito telematico delle impugnazioni di cui al nuovo testo dell'art. 582 Cpp, l'atto di gravame può essere depositato con le seguenti modalità: a) tutte le parti processuali possono depositare l'atto in forma di documento analogico (cioè, in cartaceo) nella cancelleria dell'ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento impugnato, ai sensi dell'art. 582 co. 1 Cpp nella formulazione precedente alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 150/2022; b) le sole parti private che si trovino all'estero possono depositare l'atto di impugnazione davanti ad un agente consolare all'estero, ai sensi dell'art. 87 co. 6 d.lgs. n. 150/2022; c) i difensori possono, in via alternativa rispetto al deposito dell'atto in forma di documento analogico presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento, avvalersi della possibilità di depositare l'atto di impugnazione via P.E.C., ai sensi e con le modalità descritte dall'art. 87-*bis* d.lgs. n. 150/2022.

quem ossia del tribunale di cui all'art. 309 co. 7 Cpp, in conformità a quanto dispone l'art. 309 co. 4 Cpp¹⁷³.

Dopo soli 6 mesi dal c.d. “decreto di Halloween”, approfittando dell'opzione prevista dal co. 6-ter dell'art. 87, il 4 luglio viene adottato un decreto ministeriale¹⁷⁴ con si amplia – in barba alla gradualità che avrebbe dovuto caratterizzare la transizione digitale del processo – il catalogo degli atti che devono essere depositati, in via esclusiva, tramite l'utilizzo del portale, nelle rispettive segreterie della Procura della Repubblica presso il Tribunale e della Procura europea, della Procura generale presso la Corte di appello e nella cancelleria del Giudice di pace, del Tribunale e della Corte di appello¹⁷⁵. Inevitabile il disappunto dei penalisti che lamentano – tra l'altro – il malfunzionamento che il portale ha mostrato sin dalle sue prime applicazioni per il deposito degli atti destinati alle segreterie delle procure della Repubblica presso i tribunali. Inoltre, l'estensione del deposito obbligatorio anche ad atti difensivi indirizzati ai tribunali e alle Corti di Appello ha inevitabilmente sollevato l'ulteriore problema della mancata previsione di un preventivo percorso formativo per abilitare il personale degli uffici e valutare il potenziamento delle unità operative anche con gli addetti all'Ufficio del processo¹⁷⁶.

Di qui l'esigenza di un intervento correttivo *in limine litis*: dopo soli 14 giorni dal primo provvedimento, il Ministro della Giustizia, con un nuovo decreto ministeriale¹⁷⁷, differisce l'efficacia del provvedimento del 4 luglio 2023 al quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione dei regolamenti di cui ai co. 1 e 3 dell'art. 87: in questo modo, con la sospensione della validità del primo atto ministeriale limitatamente al regime di esclusività del portale, rivivono le precedenti modalità che consentono l'utilizzo della posta elettronica certificata per il deposito degli atti.

8. Allo scadere del termine ultimo fissato dal legislatore per portare a termine la transizione digitale in ogni suo aspetto, il Guardasigilli ottempera ai suoi doveri ed emana il tanto anelato decreto

¹⁷³ Per dovere di completezza, si precisa che il co. 7 disciplina i casi di inammissibilità dell'impugnazione per inosservanza delle forme stabilite per la presentazione dell'impugnazione tramite P.E.C., stabilendo che, fermo restando quanto previsto dall'art. 591 Cpp, nel caso di proposizione dell'atto ai sensi del co. 3 dell'art. 87-bis d.lgs. n. 150/2022, l'impugnazione è altresì inammissibile: a) quando l'atto di impugnazione non è sottoscritto digitalmente dal difensore; b) quando l'atto è trasmesso da un indirizzo di posta elettronica certificata che non è presente nel registro generale degli indirizzi elettronici di cui al co. 1 dell'art. 87-bis; c) quando l'atto è trasmesso a un indirizzo di posta elettronica certificata non riferibile, secondo quanto indicato dal provvedimento del Direttore generale per i sistemi informativi automatizzati di cui al co. 1 dell'art. 87-bis, all'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato o, nel caso di richiesta di riesame o di appello contro provvedimenti resi in materia di misure cautelari, personali o reali, a un indirizzo di posta elettronica certificata non riferibile, secondo quanto indicato dal provvedimento del Direttore generale per i sistemi informativi automatizzati di cui al co. 1 dell'art. 87-bis, all'ufficio competente a decidere il riesame o l'appello. Ne discende che, in assenza di una previsione sanzionatoria, il mancato rispetto delle prescrizioni contenute nelle norme citate non determina necessariamente l'inammissibilità dell'atto depositato a mezzo P.E.C., dovendo evitarsi formalismi avulsi dalle esigenze di certezza cui la normativa tecnica è preordinata. Cfr. Cass. 2.3.2023, n. 12986 non massimata, per cui va privilegiato «un approccio che ripudia un rigido formalismo, e che risponde alla necessaria verifica della tutela dei valori che le prescrizioni formali introdotte intendono presidiare». Sul punto, approfonditamente, C. Trabace, *Il deposito telematico delle impugnazioni, prima, durante e dopo l'emergenza epidemiologica*, in www.archiviopenale.it, 27.1.2023.

¹⁷⁴ D.M. 4 luglio 2023, in *G.U.* 5 luglio 2023 n. 155.

¹⁷⁵ Senza voler in questa sede indicare tutti gli atti interessati dalla riforma, basterà precisare che si tratta, in sostanza, di ben 103 atti relativi alla fase procedimentale e processuale, *ivi* comprese la vicenda cautelare e le impugnazioni, con l'espressa esclusione di tutti quelli destinati alla segreteria della procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni, e alle cancellerie del tribunale per i minorenni, del tribunale di sorveglianza e della Corte di cassazione oltre a tutti gli atti che riguardano le fasi disciplinate dai libri X e XI del codice di rito.

¹⁷⁶ Cfr. L. Palmieri, *Le innovazioni digitali nel processo penale: tutto si agita e niente si muove*, in www.penedp.it, 21.12.2023.

¹⁷⁷ D.M. 18 luglio 2023, «Integrazione al decreto 4 luglio 2023, recante Portale deposito atti penali – Avvio fase di sperimentazione», in *G.U.* 18.7.2023 n. 166. Su decreto in parola, per tutti, R. Arcella– G. Rocchi, *Il D.M. del 18 luglio 2023 sul rinvio dell'obbligatorietà del deposito del 103 atti via PDP*, in *IUS Processo telematico*, 20.7.2023.

ministeriale cui è affidato l'arduo compito di attuare e definire le regole tecniche di funzionamento del nuovo processo informatizzato¹⁷⁸.

Conviene dirlo immediatamente. Il provvedimento tradisce le aspettative di chi immaginava il 2024 come l'anno zero della digitalizzazione del sistema penale: il regolamento, pur avendo l'indiscusso merito di delineare (almeno sulla carta) gli aspetti tecnico-operativi per la corretta gestione delle notifiche e dei depositi telematici¹⁷⁹, si preoccupa di rinviare – ancora una volta – l'attuazione completa della riforma in materia di depositi telematici accogliendo le istanze dell'avvocatura che, a più riprese, sollecita il Ministero ad adottare «una soluzione di buon senso»¹⁸⁰.

L'«onnicomprensivo» decreto¹⁸¹ consta di soli quattro articoli: il primo dedicato a delineare l'ambito applicativo della normativa *ivi* contenuta¹⁸²; il secondo di modifica al d.lgs. n. 44/2011, per adeguare il CAD alle frontiere dell'era digitale; il terzo contenente le disposizioni riguardanti l'individuazione degli uffici giudiziari e delle tipologie di atti per cui è prevista una disciplina derogatoria ai depositi telematici mediante portale; il quarto inerente all'abrogazione della normativa previgente¹⁸³.

8.1. Per quanto concerne l'aspetto propriamente tecnico, il provvedimento interviene sia con riferimento ai depositi telematici tramite portale che con riguardo alle notifiche telematiche.

Intanto, il regolamento si preoccupa di ammodernare il decreto ministeriale che attua il CAD (D.M. n. 44/2011) soprattutto sotto il profilo lessicale, fornendo compiute definizioni di «portale dei depositi

¹⁷⁸ Come si è avuto modo di anticipare (cfr. nt. 20), il 30.12.2023 è stato pubblicato in *G.U.* n. 303 il D.M. n. 217, con il quale il Ministro della Giustizia ha, tra l'altro, apportato alcune modifiche al D.M. 21 febbraio 2011 n. 44, ossia al regolamento concernente le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (c.d. processo telematico).

¹⁷⁹ Nel definire l'ambito di applicazione si prevede che il regolamento è entrato in vigore il 14 gennaio 2024 ma solo per le regole tecniche *ex art.* 2 per il processo telematico (sia civile che penale) e per i soli depositi degli atti penali (essenzialmente gran parte degli atti delle indagini preliminari) in cui si è disposto che dal quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione del D.M. è consentito il deposito esclusivamente con modalità telematiche, rinviando ad altre date, scaglionate nel tempo, il completamento del percorso relativo al deposito telematico obbligatorio.

¹⁸⁰ Le richieste di rinvio del regime di operatività esclusiva del portale telematico sono state formalizzate dal Consiglio Nazionale Forense, dall'Organismo Congressuale Forense, dall'Unione camere penali e dall'Associazione Italiana Giovanni Avvocati. La notizia del rinvio al 1.1.2025 è stata ripresa dal Ministro della Giustizia nel corso dell'audizione dinanzi al *plenum* del CSM il 30.11.2023, per cui «[...] da gennaio anche il processo telematico sarà una realtà la affronteremo insieme, a cadenze serrate, ma con opportuna gradualità che porta a sintesi le esigenze e le soluzioni rappresentate così dall'Avvocatura come dagli Uffici Giudiziari». La relazione scritta del Ministro della Giustizia è consultabile al seguente link <https://www.gnewsonline.it/nordio-al-plenum-leale-collaborazione-tra-csm-e-ministro/>.

¹⁸¹ Invero, per come scritto, l'art. 87 d.lgs. n. 150/2022 sembrava subordinare l'operatività delle riformulate disposizioni codicistiche a due decreti ministeriali: il primo, contenente le regole tecniche riguardanti i depositi, le comunicazioni e le notificazioni telematiche; il secondo, relativo agli uffici giudiziari e alle tipologie di atti non interessati dalla riforma (cfr. § 7). Per converso, il Guardasigilli affida ad un unico regolamento entrambe le previsioni.

¹⁸² Ossia le regole tecniche riguardanti il deposito, la comunicazione e la notificazione con modalità telematiche degli atti e documenti, nonché la consultazione e gestione dei fascicoli informatici nel procedimento penale e nel procedimento civile, assicurando la conformità al principio di idoneità del mezzo e a quello della certezza del compimento dell'atto.

¹⁸³ L'art. 4 D.M. n. 217/2023 procede ad abrogare, tra l'altro, i decreti del Ministero della giustizia del 4 luglio e del 18 luglio 2023.

telematici»¹⁸⁴, «portale delle notizie di reato»¹⁸⁵, «identificazione informatica»¹⁸⁶, «firma elettronica qualificata»¹⁸⁷, «fascicolo informatico»¹⁸⁸.

Poi, l'art. 7-bis del D.M. n. 44/2011 precisa che «il portale dei depositi telematici consente la trasmissione in via telematica [...] degli atti e dei documenti del procedimento», delineando le modalità di comunicazione della notizia di reato da parte del personale di p.g. e di ogni altro soggetto tenuto all'obbligo informativo, ex art. 347 Cpp, che deve avvenire «su canale sicuro protetto da un meccanismo di crittografia, in modo da assicurare l'identificazione dell'autore dell'accesso e la tracciabilità delle relative attività»¹⁸⁹.

Ferma restando la regola generale del deposito telematico, il regolamento procede a descrivere dettagliatamente le modalità di trasmissione degli atti – riservate esclusivamente al procedimento penale – sia per i soggetti abilitati esterni¹⁹⁰ che per gli abilitati interni¹⁹¹.

Con riferimento ai primi, ai sensi dell'art. 13-bis co. 1 D.M. n. 44/2011, «gli atti e i documenti in forma di documento informatico [...] sono trasmessi da parte dei soggetti abilitati esterni attraverso la procedura prevista dal portale dei depositi telematici o dal portale delle notizie di reato previa autenticazione del soggetto depositante, secondo le specifiche tecniche previste dall'art. 34»¹⁹².

In questo ambito, viene identificato il momento esatto in cui l'atto può ritenersi correttamente depositato, con ciò garantendo l'effettività e la certezza della ricezione e, conseguentemente, innalzando il livello di tutela del diritto di difesa. In particolare, ai sensi del co. 2, «[G]li atti e i

¹⁸⁴ L'art. 2 co. 1 lett. b-bis) D.M. n. 44/2011, così come modificato dal D.M. n. 217/2023, definisce il portale dei depositi telematici quale «piattaforma informatica che consente il deposito di atti e documenti in formato digitale da parte dei soggetti abilitati esterni e degli utenti privati».

¹⁸⁵ Secondo il nuovo co. 1 lett. b-ter) dell'art. 2 D.M. n. 44/2011, il portale delle notizie di reato va inteso quale «piattaforma informatica che consente il deposito di atti e documenti in formato digitale riservata agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria ed a ogni altro soggetto tenuto per legge alla trasmissione della notizia di reato».

¹⁸⁶ Ossia quel «processo di identificazione dell'utente abilitato interno o esterno per l'accesso ai servizi, alle piattaforme e alle risorse del dominio giustizia, mediante autenticazione elettronica, in conformità alle disposizioni dettate in materia di identificazione e autenticazione elettronica dal decreto». Cfr. art. 2 co. 1 lett. f) D.M. n. 44/2011.

¹⁸⁷ Definita dall'art. 2 co. 1 lett. g-bis) D.M. n. 44/2011, come «firma elettronica avanzata, creata da un dispositivo per la creazione di una firma elettronica qualificata e basata su un certificato qualificato per firme elettroniche, di cui al Regolamento (UE) n. 910/2014 (eIDAS)».

¹⁸⁸ Inteso, ex art. 2 co. 1 lett. h) D.M. n. 44/2011, quale «fascicolo contenente gli atti e i documenti redatti in forma di documento informatico nonché le copie informatiche di atti e documenti redatti in forma di documento analogico, nel rispetto di quanto stabilito dal codice dell'amministrazione digitale e dalla disciplina processuale vigente». Il provvedimento si preoccupa di delineare anche i contenuti e le modalità di conservazione del fascicolo informatico. In particolare, ai sensi del riformato art. 9 co. 5, «il fascicolo informatico reca l'indicazione: a) dell'ufficio titolare del procedimento, che cura la formazione e la gestione del fascicolo medesimo; b) dell'oggetto del procedimento e di ogni altro specifico contenuto previsto dalla normativa processuale e regolamentare; c) dell'elenco dettagliato degli atti e dei documenti depositati o comunque acquisiti, compresi quelli in forma di documento analogico [...]», statuendo, al co. 4, che «[R]estano fermi gli obblighi di conservazione dei documenti originali unici su supporto cartaceo previsti dal codice dell'amministrazione digitale o di atti e documenti depositati o comunque acquisiti in forma di documento analogico in conformità alla disciplina processuale vigente».

¹⁸⁹ Così, art. 7-bis co. 2 D.M. n. 44/2011.

¹⁹⁰ Ai sensi dell'art. 2 co. 1 lett. m) punto 2 D.M. n. 44/2011, i soggetti abilitati esterni privati sono i difensori delle parti private, gli avvocati iscritti negli elenchi speciali, gli esperti e gli ausiliari del giudice, nonché le persone fisiche che possono stare in giudizio personalmente e quelle che rappresentano un ente privato; i soggetti abilitati esterni pubblici sono l'Avvocatura generale dello Stato, le avvocature distrettuali dello Stato, gli avvocati e i procuratori dello Stato, gli altri dipendenti di amministrazioni statali, regionali, metropolitane, provinciali e comunali nonché il personale di polizia giudiziaria ed ogni altro soggetto tenuto per legge alla trasmissione della notizia di reato e delle comunicazioni successive.

¹⁹¹ Secondo il dettato dell'art. 2 co. 1 lett. m) punto 2 D.M. n. 44/2011, i soggetti abilitati interni sono i magistrati, il personale degli uffici giudiziari e degli UNEP.

¹⁹² Ai sensi dell'art. 34 D.M. n. 44/2011, «[L]e specifiche tecniche sono stabilite dal responsabile per i sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia, sentito DigitPA e, limitatamente ai profili inerenti alla protezione dei dati personali, sentito il Garante per la protezione dei dati personali. Tale provvedimento è stato emanato ed integrato per adeguarlo progressivamente alle innovazioni tecnologiche (cfr. Provvedimento del 16.4.2014; Provvedimento del 28.12.2015; Provvedimento del 26.7.2021).

documenti [...] si intendono ricevuti dal dominio giustizia nel momento in cui viene generata la ricevuta di accettazione da parte del portale dei depositi telematici, che attesta il deposito dell'atto o del documento presso l'ufficio giudiziario competente, senza l'intervento degli operatori della cancelleria o della segreteria, salvo il caso di anomalie bloccanti». Inoltre, al fine di garantire la riservatezza degli atti e dei documenti da trasmettere, il co. 3 prevede l'utilizzo di (non meglio precisati) meccanismi di crittografia.

Con riferimento ai soggetti abilitati interni, l'art. 15 D.M. n. 44/2011, statuisce che «[L]'atto [...], redatto in forma di documento informatico [...] e sottoscritto con firma digitale o altra firma elettronica qualificata, è depositato nel fascicolo tramite l'applicativo informatico, secondo le specifiche tecniche stabilite ai sensi dell'art. 34. Se il provvedimento del magistrato è in forma di documento analogico, la cancelleria o la segreteria dell'ufficio giudiziario ne estrae copia informatica nei formati previsti dalle specifiche tecniche stabilite ai sensi dell'art. 34 e provvede a depositarlo nel fascicolo informatico».

Sul fronte delle comunicazioni e notificazioni telematiche, l'art. 16 del decreto n. 44/2011 prevede l'uso della posta elettronica certificata dell'ufficio giudiziario mittente all'indirizzo di posta elettronica certificata del destinatario per la trasmissione di atti e informazioni, precisando che l'indirizzo del ricevente (ossia il soggetto abilitato esterno) deve essere indicato nel registro generale degli indirizzi elettronici, ovvero negli altri pubblici elenchi previsto dalla legge.

La cancelleria o la segreteria dell'ufficio giudiziario provvede ad effettuare una copia informatica degli atti e dei documenti formati e depositati in forma di documento analogico da comunicare o da notificare nei formati previsti dalle specifiche tecniche stabilite ai sensi dell'art. 34, che conserva nel fascicolo informatico.

Ciò che più rileva è il co. 4 della medesima disposizione, per cui «[L] ricevute di avvenuta consegna e gli avvisi di mancata consegna sono conservati nel fascicolo informatico»; il che consente di assicurare la tracciabilità delle comunicazioni per garantire l'effettività dell'accesso alla giurisdizione e la certezza della conoscenza (*rectius*: conoscibilità) del processo da parte dell'imputato¹⁹³.

8.2. Per quanto riguarda la disciplina transitoria, l'art. 3 del decreto ridisegna la nuova disciplina del deposito telematico, fornendo precise scansioni temporali per il passaggio esclusivo al portale dei servizi telematici con conseguente progressivo abbandono delle altre forme di trasmissione.

Precisamente, il provvedimento "normativizza", nel periodo di transizione, un regime tripartito di deposito degli atti processuali che, allo stato, può avvenire tramite il portale, a mezzo P.E.C. e per via cartacea.

Intanto, il co. 1 dell'art. 3 del D.M. n. 217/2023 statuisce che durante le indagini preliminari il deposito di atti, documenti, richieste e memorie ha luogo esclusivamente con modalità telematiche a mezzo portale, presso la procura della Repubblica, la procura europea, l'ufficio g.i.p. e la procura generale presso la Corte di appello limitatamente al procedimento di avocazione. La normativa trova applicazione a partire dal quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione del regolamento e, dunque, dal 14 gennaio 2024.

La regola è soggetta a un'eccezione laddove si introduce un regime derogatorio transitorio per i soggetti abilitati interni, prevedendo che – fino al 31 dicembre 2024 – il deposito di tali atti può avvenire anche con «modalità non telematiche»¹⁹⁴, ovvero mediante posta elettronica certificata¹⁹⁵.

La deroga non può però trovare applicazione per gli atti relativi ai procedimenti di archiviazione (*ex artt.* 408, 409, 410, 411 e 415 Cpp) e alla riapertura delle indagini (*ex art.* 414 Cpp), per i quali – a

¹⁹³ Sono sempre attuali le considerazioni di M. Nobili, *Ancora sugli atti di polizia e sulla comunicazione giudiziaria: tendenze involutive nelle nuove argomentazioni adottate dalla Corte*, in GC 1976, 1741.

¹⁹⁴ Art. 3 co. 7 D.M. n. 217/2023.

¹⁹⁵ Art. 3 co. 8 ultima parte D.M. n. 217/2023.

partire dal quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione del decreto – vige l’obbligo del deposito telematico a mezzo portale¹⁹⁶.

Il co. 2 si riferisce agli atti trasmissibili dal difensore, ossia documenti, istanze e memorie, per cui si procede esclusivamente in modalità telematica a mezzo portale, anche al di fuori dei casi contemplati dal co. 1, presso il tribunale ordinario, la Corte di appello, il giudice di pace, la procura generale presso la Corte di appello, la procura della Repubblica e la procura europea.

Anche in tal caso, sono previste delle eccezioni.

Con riferimento alle *species* di atti difensivi, ai sensi del co. 8 dell’art. 3, il deposito può avvenire – fino al 31 dicembre 2024 – anche con forma cartacea ovvero a mezzo P.E.C. ad esclusione dei depositi nella fase delle indagini preliminari e nei procedimenti di archiviazione e di riapertura delle indagini, nonché delle nomine e delle rinunce o revoche del mandato difensivo, per i quali è prevista la trasmissione con modalità esclusivamente telematiche su portale¹⁹⁷.

Si badi, però, che tale preclusione non opera in rapporto al deposito dei provvedimenti relativi all’impugnazione di atti cautelari e di quelli in materia di sequestro probatorio i quali possono essere depositati anche con modalità non telematiche o a mezzo P.E.C.

Con riferimento agli uffici giudiziari, il regime di adozione del telematico *per default* è scaglionato nel tempo: ai sensi del co. 4, infatti, per il deposito degli atti presso il tribunale ordinario, la procura della Repubblica e la procura europea, la transizione digitale si completa il 1 gennaio 2025, mentre la trasmissione presso la Corte di appello, la Corte di cassazione e le rispettive procure generali è disposta con modalità esclusivamente telematica a mezzo portale dal 30 giugno 2025.

Tentando di semplificare il convulso quadro che si prospetta, può dirsi che: a) gli atti delle indagini preliminari soggiacciono ad un regime tripartito di deposito (portale, P.E.C., cartaceo) fino al 31 dicembre 2024, ad eccezione degli atti relativi alle procedure di archiviazione e riapertura delle indagini; b) fino alla stessa data, anche gli atti della difesa possono essere depositati alternativamente con modalità telematiche o analogiche, salvo che si tratti di nomina, revoca e rinuncia del mandato difensivo ovvero degli atti afferenti alle indagini preliminari (ad esclusione delle impugnazioni cautelari e di sequestro probatorio) che devono essere depositati esclusivamente a mezzo portale.

Così ricostruito il sistema, sembra che il decreto introduca – seppur gradualmente – l’obbligo del deposito telematico a mezzo portale per tutti gli atti e presso tutti gli uffici giudiziari a partire dal 1 gennaio 2025, tranne che per le trasmissioni alle Corti superiori per cui il regime è differito al 30 giugno 2025.

Tuttavia, il completamento della disciplina *de qua* trova ancora un ostacolo nelle previsioni di cui ai commi 3, 5 e 6. Precisamente, le regole in materia di deposito telematico tramite portale non trovano applicazione negli uffici giudiziari diversi da quelli indicati nei commi 1 e 2 del decreto – ossia tribunale per i minorenni e relativa procura, tribunale di sorveglianza e giudice di pace¹⁹⁸ – e nei procedimenti relativi a misure di prevenzione, all’esecuzione penale e ai rapporti giurisdizionali con autorità straniera, per i quali le previsioni di cui all’art. 111-*bis* Cpp trovano piena applicazione dal 1 gennaio 2026¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Con precipuo riferimento al dovere di deposito telematico degli atti relativi ai procedimenti di archiviazione, riapertura delle indagini e avocazione, le associazioni di categoria rilevano già le prime criticità applicative laddove «l’applicativo, così come allo stato congegnato, impiega il magistrato in attività meramente burocratiche [...], snaturando l’essenza stessa del ruolo di giudici e p.m.». Così Magistratura Indipendente, *Il processo penale telematico: un grido di allarme*, 29.1.2024, in www.areadg.it.

¹⁹⁷ Conviene precisare che il co. 8, nella sua versione originaria, faceva trasparire dei dubbi interpretativi rispetto alla possibilità per i difensori di depositare gli atti in forma cartacea o via P.E.C. durante il regime transitorio di un anno. Il Ministero della Giustizia è quindi prontamente intervenuto per rettificare l’errore materiale, consentendo il tradizionale deposito “a tre vie” per i difensori delle parti private. Cfr. Avviso di rettifica, in *G.U.* 10.1.2024 n. 7.

¹⁹⁸ Pur essendo contemplato nel co. 2, per l’ufficio del giudice di pace si prevedono regole temporali *ad hoc* secondo quanto previsto dal co. 6 dell’art. 3 D.M. n. 217/2023.

¹⁹⁹ Cfr. art. 3 co. 5 D.M. n. 217/2023.

9. Sulla base del quadro delineato, è ora possibile tirare le fila della portata e del “peso” della disciplina delineata dall’ultima riforma, con la piena consapevolezza della parzialità del quadro a disposizione.

Così, in attesa di conoscere gli esiti della conclusione della transizione digitale in ogni sua forma, non possono non evidenziarsi *in primis* i punti di forza dell’intervento legislativo.

Intanto, il “merito” e, quindi, l’originalità della riforma risiede senza dubbio nell’aver conferito sistematicità alla disciplina preesistente “cavalcando l’onda della modernità”: nella piena consapevolezza dell’impossibilità di serrare le porte del processo penale all’evoluzione tecnologica, il legislatore tenta di recepire gli effetti benefici della digitalizzazione, non solo nell’ottica di velocizzare i tempi del procedimento e con esso il sistema giustizia nel suo complesso ma anche per migliorarne la qualità in termini di accesso alla giurisdizione²⁰⁰, ragionevole durata²⁰¹, trasparenza²⁰², diritto di difesa²⁰³ e parità fra le parti²⁰⁴.

Vengono così «gettate le basi di un processo penale più moderno, in grado non solo di affrontare le principali sfide poste dalla società dell’informazione, ma anche di avvalersi dei significativi vantaggi in punto di efficienza assicurati dalle nuove tecnologie»²⁰⁵.

Inoltre, è sicuramente pregevole il messaggio metodologico trasmesso dal legislatore attraverso la modifica complessiva al sistema delle notificazioni e, di conseguenza, del farraginoso meccanismo che sorregge il processo in assenza²⁰⁶: a ben riflettere, «è la prima volta che nella storia del nostro *drafting* legislativo il rapporto tra tecnica e diritto processuale penale viene affrontato [...] olisticamente, tenendo in ugual considerazione tre profili tra loro complementari: il piano organizzativo la dimensione extraprocessuale e quella endoprocessuale»²⁰⁷.

Ma, più di tutto, quello che sorprende è l’attenzione che il legislatore riserva ai profili propriamente tecnico-operativi, con il manifesto intento di rendere la riforma concretamente attuabile e di scongiurare il rischio di lasciare inattuate parte delle modifiche.

Si pensi al complesso di norme tese ad assicurare la certezza della trasmissione e della ricezione degli atti telematici²⁰⁸ o, ancora, alle regole volte a garantire l’autenticità e l’integrità degli atti nativi digitali²⁰⁹, o ancora, alle previsioni “speciali” introdotte nel caso di malfunzionamento degli impianti²¹⁰.

²⁰⁰ Nel pieno rispetto dei *dicta* europei, per cui l’uso della tecnologia deve favorire la tutela dei diritti del cittadino, consentendo un più agevole accesso al processo senza rivelarsi causa di ulteriori ostacoli. Cfr. C. eur., 9.6.2022, *Xavier Lucas c. Francia*; C. eur., 28.10.2021, *Succi c. Italia*.

²⁰¹ *Ex plurimis*, M.G. Aimonetto, *La “durata ragionevole” del processo penale*, Torino 1997; B. Lavarini, *La ragionevole durata del processo come garanzia soggettiva*, in www.legislazionepenale.eu, 31.11.2019; B. Nacar, *I termini e la ragionevole durata del processo penale*, Torino 2012; D. Vicoli, *La “ragionevole durata” delle indagini*, Torino 2013.

²⁰² Sul punto, A. Procaccino, *Informazione e consapevolezza dell’imputato per la presenza al suo processo. Suggerimenti europee e problemi nazionali*, in www.legislazionepenale.eu, 16.2.2022.

²⁰³ Cfr. E. Marzaduri, *Inviolabilità della difesa e trasformazione del processo*, in www.legislazionepenale.eu, 6.7.2019. Più in generale, per tutti, P. Ferrua, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dpen*, III, Milano 1989, 478.

²⁰⁴ Si richiamo, a tal proposito, le considerazioni di M. Chiavario, *Giusto processo*, in *EGT*, X Agg., Roma 2001, 1 ss.; C. Conti, *Giusto processo*, in *EdD*, V Agg., Milano 2002, 637; G. Spangher, *Il “giusto processo” penale*, in *SI* 2000, 255.

²⁰⁵ Così M. Gialuz– J. Della Torre, *Giustizia per nessuno*, cit., p. 295. Come evidenzia B. Galgani, ...Along came, cit., 403, «il delegante prima ed il delegato poi hanno avuto la capacità di indicare la direzione, ovvero di aver disegnato quel “binario tecnologico assiologicamente orientato” sul quale posizionare, finalmente, il “treno” del processo penale telematico». In senso parzialmente difforme, L. Giordano, *L’istituzione di un processo penale telematico ad opera del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, in www.ilprocessotelematico.it, 4.11.2022.

²⁰⁶ Sul tema, *ex multis*, E.A.A. Dei Cas., *L’assenza dell’imputato*, Torino 2021; A. Mangiaracina, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino 2008; D. Negri, *L’imputato presente al giudizio*, Torino 2014; S. Quattrocchio, voce *Assenza e irreperibilità*, in *EdD* XI, Milano 2016, 29.

²⁰⁷ B. Galgani, *Contributo per un rito penale dal volto digitale*, cit., 38.

²⁰⁸ Art. 111-bis co. 2 Cpp e art. 2 D.M. n. 217/2023.

²⁰⁹ Cfr. art 111-ter Cpp

²¹⁰ Art. 175-bis Cpp

Alla medesima finalità risponde anche la scelta del legislatore di introdurre deroghe soggettive²¹¹ e oggettive²¹² al dovere generalizzato di deposito telematico degli atti per rendere effettiva la partecipazione di tutti gli attori del processo considerando sia le asimmetrie che contraddistinguono le realtà giudiziarie, sia i *deficit* cognitivi in materia digitale.

Così come è apprezzabile la scelta di non imporre all'indagato l'onere di dichiarare domicilio telematico ai fini notificatori²¹³: per quanto l'uso della tecnologia abbia invaso il processo, è rimessa alla discrezionalità dell'interessato la possibilità di ricevere – almeno per la prima notifica e per quelle relative agli atti di citazione a giudizio – la copia dell'atto in forma di documento analogico.

Come precisato, si tratta di «una [...] eccezione [...] quantomeno necessaria ed è, senz'altro, da accogliere con favore. Introdurre un regime assoluto di obbligatorietà del ricorso al deposito [nonché alla notifica] in via telematica degli atti porterebbe con sé problemi non marginali con riferimento all'effettività dell'accesso alla giustizia e del diritto di difesa di quei soggetti, *in primis* l'imputato, privi di conoscenze tecnologiche»²¹⁴.

Deve, tuttavia, osservarsi che – a prescindere dai buoni propositi del legislatore e del Governo – alcuni aspetti fondamentali per concretizzare il passaggio verso la digitalizzazione del processo continuano a rimanere avvolti nell'ombra di lacunosità ed incertezze, mentre altri appaiono addirittura “pericolosi” per la tenuta costituzionale degli istituti in esame²¹⁵.

Si parta da una considerazione di carattere generale.

Seppur la riforma in questo settore si presenta come organica e sistematica, il prodotto che ne deriva non è altrettanto armonico e coerente: gli innesti di raccordo, infatti, seppur funzionali ad adeguare la vecchia disciplina al rinnovato contesto informatizzato, non sempre riescono a combinarsi con le disposizioni introdotte *ex novo* che, di fatto, rappresentano il pilastro della transizione digitale²¹⁶.

«Si è, tuttora, dinanzi alla mera giustapposizione di una dimensione fisica [...] ad una dimensione digitale [...], che in quanto tale crea disparità trattamentali e stalli garantistici tutt'altro che ineluttabili»²¹⁷: così, si è detto, che «lo *switch off* del paradigma processuale cartaceo ad esclusivo favore di quello telematico non sia scenario ipotizzabile, quantomeno non a brevissimo termine»²¹⁸.

Insomma, la sensazione è che il legislatore non si sia voluto spingere fino ad operare una completa riscrittura delle norme che sorreggono il sistema dei depositi e delle notifiche, limitandosi a innesti sporadici o, peggio, alla riscrittura delle norme già in vigore. Non è, in questo caso, un problema di contenuto ma di metodo: probabilmente, il ricorso ad un'opera di “abbattimento e ricostruzioni”

²¹¹ Si pensi alla possibilità per le parti di depositare con le forme tradizionali gli atti che le parti compiono personalmente, *ex art.* 111-*bis*, co. 4 Cpp e art. 582 Cpp.

²¹² Ci si riferisce, in particolare, al criterio di legge delega di cui all'art. 1, co. 5, lett. b), c), d) l. n. 134/2021, poi trasfuso nell'art. 87 d.lgs. n. 150/2022 e nell'art. 3 del D.M. n. 217/2023, per cui la riforma è improntata alla gradualità per garantire che in alcuni uffici giudiziari e per alcuni atti possano essere adottate anche modalità non telematiche di deposito.

²¹³ Cfr. artt. 157 co. 1 e 161 co. 1 Cpp.

²¹⁴ M. Gialuz-J. Della Torre, *Giustizia per nessuno*, cit., 296. Nello stesso senso B. Galgani, *Contributo per un rito penale dal volto digitale*, cit., 49, per cui è apprezzabile «aver accettato l'idea di una implementazione iniziale “a geometria variabile” da governare con estrema cura, pena il riaffacciarsi di forme da trattamenti tali che potrebbero pregiudicare l'unitarietà del rito».

²¹⁵ Cfr. §§ 9.1 e 9.2.

²¹⁶ Si pensi alle previsioni di cui all'art. 148 co. 4 Cpp che richiedono un necessario – ma non sempre agevole – coordinamento con la vecchia disciplina delle notifiche; oppure alle disposizioni di cui all'art. 111-*bis* co. 3 e 4 Cpp che si intersecano con le regole tradizionali sui depositi in un fascicolo che, però, non è più cartaceo ma digitale.

²¹⁷ E.N. La Rocca, *Il modello di riforma “Cartabia”*, cit., 10.

²¹⁸ Sul tema, per tutti, B. Galgani, *Il processo penale paperless: una realtà affascinante, ancora in divenire*, in *Dimensione tecnologica e prova penale*, a cura di L. Luparia, L. Marafioti, G. Paolozzi, Torino 2019, 259.

avrebbe garantito più concretamente la realizzazione di una riforma di sistema, evitando qualsivoglia dubbio interpretativo derivante dal complesso coordinamento tra innovazione e conservazione²¹⁹. Senza considerare, poi, che anche il contenuto stesso delle disposizioni – sia quelle interpolate che quelle modificate – è poco chiaro e non sempre intelligibile: il tratto di penna del legislatore, infatti, ha dato luogo ad un frasario difficilmente comprensibile al giurista, chiamato a confrontarsi con altre discipline prettamente tecniche con cui inevitabilmente deve fare i conti. E, come sempre accade quando le regole sono “incerte”, il rinnovarsi della disciplina «accesce la moltitudine concettuale che, quand’anche ispirata ai più encomiabili modelli, fagocita il comune bisogno di confrontarsi con poche regole chiare»²²⁰.

9.1. Con precipuo riferimento al sistema dei depositi, è opportuno analizzare le criticità normative differenziando quelle di carattere prettamente “contenutistico” da quelle derivanti dalla disciplina transitoria.

In rapporto al primo aspetto, ossia alle disfunzioni emergenti dal discutibile apparato legislativo, occorre riflettere sulla scelta del delegante di ampliare le ipotesi derogatorie alla regola che impone un ricorso generalizzato alle modalità telematiche e, dunque, di consentire il ricorso alla vecchia disciplina per determinate categorie di atti.

Se non destano particolari criticità le previsioni derogatorie relative all’ipotesi di malfunzionamento dei sistemi informatici²²¹ e agli atti che, per loro natura, non sono suscettibili di trasmissione telematica²²², diversi dubbi si rinvengono con riferimento alla possibilità di procedere al deposito con modalità tradizionali degli atti che le parti compaiono «personalmente»²²³. Se da una parte, tale scelta rappresenta un punto di forza della novella proprio perché garantisce l’effettività dell’accesso alla giustizia anche per coloro che sono privi di conoscenze tecniche, dall’altra, si profila il rischio che una lettura poco rigorosa dell’avverbio “personalmente” possa costituire la «“breccia” per un numero eccessivo e indeterminato di deroghe, il cui vaglio di legittimità venga rimesso alla discrezionalità del personale di cancelleria dei tribunali e di segreteria delle procure»²²⁴.

Stessa considerazione in rapporto all’ultima ipotesi eccezionale prevista nel co. 3 dell’art. 111-*bis* Cpp, per cui per «specifiche esigenze processuali» è possibile ricorrere alle modalità alternative di deposito: a fronte della vaghezza del contenuto, deve ammettersi che l’ondivaga locuzione impiegata dal legislatore ben si presta a “letture” contrastanti, acuendo il rischio di trasformare l’eccezione in regola, adattando l’ipotesi *de qua* alle necessità (o, meglio, comodità) contingenti²²⁵.

²¹⁹ «Non che si spera in un impegno legislativo di sistema. La fase politica, sempre così incerta [...] non lo permetterebbe». Così A. Scalfati, *Giustizia penale e sistema produttivo: non prevalga solo l’idea di accorciare i tempi del processo*, in *PPG* 2021, 3, 503.

²²⁰ A. Scalfati, *A proposito di riforme sulla ragionevole durata del processo*, in *PPG* 2011, 2, 2.

²²¹ Art. 111-*bis*, co. 1, Cpp.

²²² Art. 111-*bis* co. 3 Cpp. In tali circostanze, infatti, i contorni che circoscrivono le condizioni per procedere “tradizionalmente” sono ben netti e definiti, difficilmente suscettibili di interpretazioni audaci. Tuttavia, in tale circostanza è difficile immaginare il raccordo con la disciplina di cui all’art. 111-*ter* Cpp in materia di fascicolo telematico. Seppur il co. 3 della disposizione in parola prevede una deroga alla formazione o conversione digitale degli atti nel caso in «per loro natura o per specifiche esigenze processuali non possano essere acquisiti o convertiti in copia informatica», deve ammettersi che si genererà un certo caos nella consultazione degli atti, posto che agli atti digitali contenuti nel fascicolo digitali si affiancheranno “documenti” cartacei. Cfr. *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo*, cit., 17.

²²³ Art. 111-*bis* co 4 Cpp.

²²⁴ Testualmente, B. Galgani, ... Along came, cit., 413, la quale precisa che l’avverbio “personalmente” dovrebbe essere riferito esclusivamente «agli atti che la parte è titolata ad effettuare senza il necessario conforto del difensore».

²²⁵ Inoltre, tale previsione genera qualche perplessità anche perché rappresenta un “eccesso di delega” governativa. A ben riflettere, tra i criteri direttivi contenuti nella l. n. 134/2021 compaiono solo due ipotesi “eccezionali” per le quali giustificare il deposito con modalità tradizionali: la prima, in rapporto agli atti compiuti personalmente dalle parti e la seconda, con riferimento a particolari tipologie di atti e uffici.

Di qui, una conclusione. L'estensione delle ipotesi derogatorie "ingiustificate" possono avere ripercussioni sull'effettiva applicabilità della disciplina, in particolare considerando le (ancora ragguardevoli) ritrosie culturali sulla dimensione digitale del processo penale.

Soprattutto, le maggiori perplessità si rinvengono con riferimento alle previsioni contenute nell'art. 111-ter Cpp in rapporto alle sanzioni processuali da comminare nel caso di mancato rispetto dei termini perentori per questioni legate al malfunzionamento degli apparati digitali

Sicuramente, il ricorso (solo momentaneo) all'analogico «per evitare stalli nell'attività processuale»²²⁶ è un aspetto determinante per garantire l'effettività del nuovo sistema dei depositi telematici senza rinunciare all'efficienza della macchina giudiziaria.

Tuttavia, un dato non va trascurato: a fronte del richiamo operato dal co. 5 dell'art. 175-bis Cpp all'art. 175 Cpp, allorquando l'interessato sia incorso in decadenza senza servirsi della tradizionale modalità analogica, si prevede l'operatività del meccanismo della rimessione in termini, attribuendo un onere (sicuramente assai dispendioso) a carico della parte tenuta a dimostrare che il mancato rispetto dei termini perentori è avvenuto per caso fortuito o forza maggiore.

Si converrà che, sotto il profilo pratico, non è sempre agevole riuscire a chiarire le ragioni del mancato deposito in forma digitale: se, per le ipotesi di malfunzionamento "certificato" o comunque nei casi in cui vi sia stata tempestiva comunicazione del disservizio, sembra più semplice la prova del ritardo nella trasmissione, molto più complessa si rileva la dimostrazione del ritardo nel caso in cui tale comunicazione non sia intervenuta. Difficile, in questa circostanza, dimostrare l'intervento di fattori esogeni che non hanno consentito il deposito alternativo.

E non si tratta nemmeno della violazione del "dovere di diligenza" del difensore, posto che le variabili che la tecnologia può prospettare sono infinite. Si pensi alle ipotesi in cui, nonostante la comunicazione di un malfunzionamento "non certificato" del sistema, il difensore riesca comunque ad accedere al sistema e a depositare l'atto o, viceversa, che in assenza di guasti "dichiarati" per banali problemi di collegamento alle Rete, questi non riesca ad ottemperare al dovere di deposito.

Senza contare, poi, il fatto che un'ipotesi di malfunzionamento del sistema possa impedire, in concreto, anche l'accesso al fascicolo informatico, con inevitabili riflessi anche sull'attività giudiziaria da svolgere: basti pensare al giudice del tribunale del riesame che deve adottare una decisione sulla libertà personale dell'indagato e che disponga del solo fascicolo informatico, o del difensore che deve depositare un'istanza *de libertate* o comunque urgente per la cui predisposizione necessita dell'accesso al fascicolo informatico o, ancora, del pubblico ministero che debba procedere alla convalida di un arresto e che disponga solo di atti depositati per via telematica e contenuti nel fascicolo informatico.

Probabilmente, al fine di evitare simili inconvenienti dai quali, inevitabilmente scaturisce una menomazione alle prerogative individuali, sarebbe stato preferibile prevedere – sulla scia di quanto già sperimentato in pandemia²²⁷ – i casi di malfunzionamento (quantomeno quelli "certificati") possano costituire causa di proroga o sospensione dei termini²²⁸.

Per quanto attiene alle criticità emergenti dalla disciplina transitoria delineata dal D.M. n. 217/2023, preme evidenziare *in primis* la discutibile scelta ministeriale di costruire il regime "applicativo" del digitale *per default* sulla base di eccezioni e rinvii; il che rende particolarmente macchinoso il testo e assai complicata la sua interpretazione.

Inoltre, al netto di sviste e refusi prontamente sanati dal Guardasigilli²²⁹, la disciplina transitoria continua per certi versi a rimanere monca e incompiuta. Ci si riferisce, in particolare, al regime da applicare in relazione agli atti trasmissibili presso la Corte di cassazione, per cui il deposito telematico

²²⁶ *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo*, cit., 20.

²²⁷ Art. 24 co. 2-bis d.l. 28.10.2020, n. 137, per cui «il termine di scadenza per il deposito degli atti [...] è prorogato di diritto fino al giorno successivo al ripristino della funzionalità del Portale».

²²⁸ Ipotesi del tutto scartata dal legislatore. Cfr. *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo*, cit., 21.

²²⁹ Cfr. nt. 169.

diventa esclusivo a partire dal 30 giugno 2025²³⁰. Considerando che tale ufficio non viene richiamato in alcuno dei commi precedenti e che l'eccezione del co. 8 dell'art. 3, D.M. n. 217/2023 – che, è bene ribadirlo, consente modalità di deposito alternative a quella mediante portale – resta valida fino al 31 dicembre 2024, ci si chiede quale disciplina vada applicata nelle more dell'attuazione della normativa, ossia dal 1 gennaio al 1 luglio 2025.

Da ultimo, non possono non evidenziarsi criticità in rapporto alla scelta di graduare il tempo della transizione digitale solo avendo riguardo agli uffici giudiziari e non anche considerando l'area territoriale di riferimento: se è vero che non può ritenersi ragionevole un regime derogatorio riferito al *locus* in cui è ubicata la sede dell'organo presso cui procedere al deposito – pena il rischio di acuire il fenomeno della c.d. “macchia di leopardo”²³¹ –, è altrettanto vero che non tutti gli uffici giudiziari sono in grado di accogliere la “bufera digitale” allo stesso modo; verosimilmente esistono sedi più avanguardiste, nelle quali il cambiamento è più agevole da recepire, ed altre, magari più periferiche, nelle quali la transizione digitale è solo iniziata.

Di qui, sarebbe stato preferibile prevedere un regime differenziale anche in base alle esigenze di ciascun ufficio, magari considerando la necessità di un maggior grado di “professionalizzazione” di alcune figure per evitare disfunzioni pratico-operative ai danni degli operatori e dell'utenza.

9.2. Per quanto concerne la riforma del sistema delle notificazioni, il primo aspetto discutibile attiene alla riduzione drastica dei casi di comunicazione diretta all'imputato non detenuto, attribuendo al difensore un ruolo centrale nell'economia e nella gestione degli avvisi al prevenuto.

Come oramai noto, secondo le nuove statuizioni solo la prima notifica e quelle attinenti alla *vocatio in iudicium* possano essere consegnate direttamente all'interessato, mentre per quelle successive l'unico destinatario è il difensore, sul quale grava il dovere comunicativo all'imputato²³².

È anche superflua la considerazione per cui solo la notifica *brevi manu* può considerarsi veicolo di certa conoscenza formale dell'atto²³³ e, conseguentemente, è l'unica davvero idonea ad assicurare l'effettiva conoscenza della celebrazione del rito²³⁴.

Seppur non si contesta la scelta legislativa di ammettere il ricorso – anche in sede di prima notificazione – alle modalità informatizzate, posto che l'indagato a scegliere consapevolmente di dichiarare domicilio telematico²³⁵, si ritiene eccessivamente drastica la previsione di bypassare completamente l'interessato, (paradossalmente) anche nel caso in cui quest'ultimo abbia dichiarato o eletto domicilio per le notificazioni.

Senza contare, poi, che la riduzione dei casi di notifica diretta all'imputato determina inevitabilmente un aggravio degli impegni burocratici del legale rappresentante, chiamato a un più intenso onere di cooperazione con i propri assistiti²³⁶, seppur non espressamente sanzionato²³⁷.

²³⁰ Art. 3 co. 4, lett. b) D.M. n. 217/2023.

²³¹ Ossia il rischio che la transizione digitale del processo penale si manifesti irregolarmente sul territorio.

²³² Artt. 157, 157-bis e 157-ter Cpp.

²³³ Sul punto, per tutti, E.A.A. Dei Cas., *L'assenza dell'imputato*, cit., 33 ss.

²³⁴ Si pensi al complesso di pronunce dei giudici di Strasburgo, con le quale il principio è stato ribadito a chiare lettere. Cfr., *ex multis*, C. eur., 12.2.1985, *Colozza c. Italia*; C. eur., 18.5.2004, *Somogyi c. Italia*; C. eur., 10.11.2004, *Sejdovic c. Italia*.

²³⁵ Cfr. art. 161 co. 1 Cpp

²³⁶ In questo modo «si finisce per trasferire al patrono stesso l'onere di una diligente e tempestiva informativa all'assistito, con una scelta di dubbia assonanza con la fisionomia dei ruoli delle parti». Così, F. Nicolicchia, *Domicilio digitale e notificazioni*, cit., 437. Analogamente, F.R. Dinacci, *Le prospettive di riforma delle notifiche all'imputato e processo in absentia: inconsapevolezze legislative*, in *AP* 2021, 1.

²³⁷ Cfr. art. 157 co. 8-bis Cpp.

In questo senso, la riforma acuisce le preoccupazioni dei pratici che intravedono nelle scelte legislative la volontà di snaturare il ruolo del difensore nel processo penale: non potendo più rifiutarsi di ricevere le notificazioni presso il proprio studio, gli avvocati diventano un “organo di notifica”²³⁸. Ancor di più, si ritiene controvertibile la previsione di non differenziare la posizione (*rectius*: il ruolo) del difensore di fiducia da quello di ufficio, sia per questioni operative sia per ragioni teleologiche. Intanto, c’è da discutere sull’effettiva praticabilità della previsione²³⁹.

Una tale e improvvida assimilazione – solo in parte smorzata dalla previsione del regime peculiare cui ricorrere in situazioni specifiche²⁴⁰ – sottovaluta le ben note (e raramente superabili) difficoltà fattuali che molti difensori d’ufficio incontrano nell’instaurare un rapporto sufficientemente continuo con i loro assistiti, specie se alloggiati o senza fissa dimora²⁴¹.

In secondo luogo, si rilevano punti di frizione della normativa con i principi cardine del sistema accusatorio, ossia il diritto al contraddittorio e il diritto di partecipazione dell’imputato²⁴², secondo le previsioni di cui all’art. 111 Cost. e dell’art. 6 Cedu.

Come è noto, da più parti²⁴³ è stata ripetutamente sottolineata la funzione fondamentale dell’informazione sull’accusa e sull’instaurazione del processo volto a scrutinare tale accusa e la prima condizione da realizzarsi affinché ogni processo rispetti il canone dell’equità è appunto l’effettività della conoscenza del rito e dei suoi snodi.

In altre parole, se per garantire il giusto processo il sistema deve assicurare il diritto del soggetto di scegliere in modo consapevole e volontario di presenziare al proprio processo, è necessario che

²³⁸ Secondo l’UCPI, *Le osservazioni critiche di UCPI sui punti indicati nella bozza proposta dall’Ufficio Legislativo del Ministero*, in www.camerepenali.it, 13.3.2019, l’istituzione di siffatti oneri informativi in capo al difensore ne snaturerebbero «la funzione col renderlo collaboratore attivo ai compiti che dovrebbero spettare alle autorità procedenti». In senso ugualmente critico sul punto, cfr. E.N. La Rocca, *La prima delega del decennio per la riforma del processo penale*, cit., 5. Invero, la tendenza di estendere le notifiche presso il difensore rappresenta anche l’ultimo approdo della giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass. S.U. 25.11.2021 n. 14573, in *DPP* 2002, 1518, con nota di A.C. Russo, *A volte ritornano: le Sezioni Unite si pronunciano nuovamente sui requisiti di validità formale della notifica e sulla effettiva conoscenza del processo; un’occasione di confronto con la disciplina introdotta dalla Riforma Cartabia*. Cfr. anche le considerazioni di R. G. Grassia Rosa Gaia, *Notifica postale con irreperibilità del destinatario: legittima la consegna al difensore*, in www.sistemapenale.it, 28.9.2022. Si rafforza in tal modo il meccanismo presuntivo che giustifica il processo in assenza per il tramite della dichiarazione o elezione di domicilio, contravvenendo il parametro europeo per cui i sistemi nazionali devono prevedere un certo grado di approfondimento delle ricerche per garantire la certezza della conoscenza del processo.

²³⁹ A tal proposito, cfr. le obiezioni dell’UCPI sollevate già nei confronti della prima bozza di riforma del governo “giallo-verde”.

²⁴⁰ Cfr. l’eccezione prevista dal co. 2 dell’art. 157-bis Cpp, per cui «[S]e l’imputato è assistito da un difensore di ufficio, nel caso in cui la prima notificazione sia avvenuta mediante consegna di copia dell’atto a persona diversa dallo stesso imputato o da persona che con lui conviva, anche temporaneamente, o dal portiere o da chi ne fa le veci e l’imputato non abbia già ricevuto gli avvertimenti di cui all’art. 161, co. 01, le notificazioni successive non possono essere effettuate al difensore. In questo caso anche le notificazioni successive alla prima sono effettuate con le modalità di cui all’art. 157 sino a quando non si realizzano le condizioni previste nel periodo che precede».

²⁴¹ Di questo avviso Cass. S.U. 28.11.2019, in *CP* 2021, 129, con nota di E.A.A. Dei Cas, *Considerazioni sugli indici sintomatici di conoscenza ai fini di procedere in assenza dell’imputato*. Cfr. anche C. Cost., 14.5.2008 n. 136 che, nel rigettare le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 157 co. 8-bis Cpp, aveva valorizzato la natura fiduciaria del mandato al fine di sostenere la conformità della consegna al principio del giusto processo e al diritto di difesa.

²⁴² Sulle intersezioni tra i diritti *de quibus*, per tutti, S. Quattrocchio, *Partecipazione al processo e contraddittorio*, in www.legislazionepenale.eu, 19.10.2020, 157. L’importanza della partecipazione dell’imputato al suo processo come garanzia di equità è stata sottolineata già durante la vigenza del codice del 1930 da M. Chiavario, *Partecipazione al processo e contraddittorio*, in *Processo e garanzie della persona*, II, a cura di M. Chiavario, III, Milano 1984, 171 ss.

²⁴³ Oltre alla già citata giurisprudenza della Corte edu (cfr. nt. 233), non può non sottolinearsi che il legislatore italiano – allorché ha trasformato il sistema il vecchio sistema contumaciale negli attuali istituti dell’assenza e dell’irreperibilità (cfr. l. 28.4.2014 n. 67), ha espressamente chiarito che l’esigenza fondamentale da assicurare è l’effettiva partecipazione dell’imputato al suo processo. V. Relazione di accompagnamento raccolta in calce al resoconto stenografico della seduta n. 39 della Camera dei deputati, 24.6.2013, in *Atti parl. Cam.*, XVII legislatura, doc. n. 331–927–A, 107, consultabile sul sito www.atticamera.it. Senza considerare le impostazioni della dottrina sul punto. Per tutti, G. Uberti, “*Truffa delle etichette*” nel processo penale: la “contumacia” è diventata “assenza”, in *CP* 2015, 935.

l'ordinamento assicuri la certezza della conoscenza, da parte dell'imputato, dell'intera vicenda che lo riguarda.

Certamente, la notificazione dell'avviso dell'udienza presso il difensore d'ufficio aumenta in modo esponenziale il livello di criticità insito nel rapporto con un legale non sempre conosciuto dall'imputato che, nelle more della comunicazione²⁴⁴, potrebbe rimanere allo scuro della celebrazione del processo²⁴⁵.

Inoltre, come notato²⁴⁶, «l'azzardo dell'equiparazione emerge anche dalla giurisprudenza della Corte Edu in tema di processo *in absentia*, la quale conferma che, mentre la nomina di un difensore di fiducia induce a ritenere una conoscenza del processo sufficientemente idonea a giustificarne il prosieguo, non altrettanto può dirsi quando la difesa sia affidata a un difensore d'ufficio»²⁴⁷.

Senza considerare, poi, le ripercussioni pratico-operative che una simile scelta può determinare. Non è, infatti, inverosimile ipotizzare l'effetto paradossale derivante dal ricorso più massiccio ai rimedi ripristinatori operanti nelle fattispecie in cui si proceda erroneamente in assenza.

Così, se l'obiettivo iniziale della riforma è quello di velocizzare ed efficientare la macchina giudiziaria, le previsioni in parola potrebbero provocare un cortocircuito del sistema, ingenerando un aumento dei tempi processuali con conseguente ingolfamento degli apparati deputati all'accertamento.

Probabilmente, al fine di evitare simili inconvenienti, sarebbe stato preferibile mantenere ben fermo il confine che tiene separati i ruoli e le funzioni delle due forme di rappresentanza nel processo penale, magari prevedendo una deroga al regime tradizionale qualora l'imputato venga assistito da un difensore di ufficio: così, statuendo che il prevenuto sia l'unico destinatario delle notifiche, si sarebbe assicurata l'effettività della conoscenza del processo da parte dell'interessato senza rinnegare i principi del *fair trial*.

10. Da ultimo, paiono doverose alcune riflessioni in prospettiva *de jure condendo* considerando gli apporti – almeno formalmente – migliorativi della bozza di riforma presentata il 12 dicembre 2023²⁴⁸. Nel dettaglio, l'art. 2 co. 1 lett. a) dello Schema di decreto interviene sul co. 4 dell'art. 111-*bis* Cpp laddove riconosce «alle parti» la facoltà di depositare gli atti compiuti personalmente anche con modalità non telematiche: accogliendo le istanze della dottrina più avveduta²⁴⁹, il nuovo delegato

²⁴⁴ Si badi al fatto che nella riforma non sono indicate le tempistiche entro cui il difensore deve portare a conoscenza del proprio assistito l'atto notificatogli nell'interesse dell'imputato.

²⁴⁵ In questo senso anche F. Nicolichia, *Domicilio digitale e notificazioni*, cit., 437.

²⁴⁶ Cfr. Consiglio direttivo dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, *Prime osservazioni sui trentadue punti della bozza di disegno di legge delega per la riforma del processo penale*, cit., 2, già con riferimento alla bozza iniziale del 2019.

²⁴⁷ Testualmente, C. eur., 10.11.2004, *Sejdovic c. Italia*.

²⁴⁸ Cfr. *Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di 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*, 12.12.2023, in www.camera.it. Si precisa che lo schema di decreto legislativo è stato approvato in esame preliminare dal Consiglio dei ministri, entro i primi giorni di febbraio le commissioni giustizia di Camera e Senato sono chiamate a esprimere i pareri a riguardo. Per uno sguardo d'insieme, M. Gialuz, *Osservazioni sui corrispettivi alla riforma Cartabia tra rettifiche condivisibili, qualche occasione perduta e alcune sbavature*, in www.sistemapenale.it, 29.1.2024.

²⁴⁹ Secondo M. Gialuz-J. Della Torre, *Giustizia per nessuno*, cit., 296, «un problema potrebbe sorgere se si considera la formulazione testuale dell'eccezione, che è limitata specificamente alle “parti”. Categoria che [...] sembrerebbe escludere la persona offesa [...]. Sul punto, la proposta avanzata dalla Commissione Lattanzi aveva avuto, al contrario, la cura di esplicitare quali destinatari della deroga, l'imputato e la persona offesa. Al di là del tenore testuale della direttiva, sembra che si debba interpretare la delega in coerenza con il canone di ragionevolezza ed estendere dunque la deroga anche alla persona offesa». Si vedano pure le considerazioni di B. Galgani, ...*Along came*, cit., 413, per cui «l'astratta idoneità del termine tecnico riprodotto nella *littera legis* [...] a escludere dall'eccezione al deposito telematico la persona offesa che ancora non abbia azionato o non intenda azionare la propria pretesa risarcitoria, con tutto ciò che ne potrebbe seguire in

estende la deroga anche «alla persona offesa dal reato», superando il *vulnus* arrecato alla vittima che, di fatto, allo stato risulta esclusa dal beneficio del deposito tradizionale²⁵⁰.

In secondo luogo, l'art. 2 co. 1 lett. d) arricchisce la previsione di cui all'art. 153 Cpp in tema di notificazioni alla persona offesa che non ha proposto querela e non ha nominato un difensore. In questo caso, ferma la regola per cui le notifiche vanno eseguite presso il domicilio digitale²⁵¹, si prevede che l'autorità giudiziaria possa avvalersi della p.g. per le notificazioni alla persona offesa²⁵² dei soli atti introduttivi del giudizio.

La forma “alternativa” di comunicazione, però, è riservata al verificarsi di circostanze eccezionali espressamente indicate dalla norma²⁵³ per le quali è già consentito l'ausilio della p.g. per le notifiche all'imputato.

Sempre con riferimento alle notificazioni, lo Schema di decreto interviene sull'art. 157-ter Cpp per superare il riscontrato “deficit di coordinamento”²⁵⁴ tra la previsione in parola e l'art. 161 co. 4 Cpp; in questo modo, si chiarisce che se il domicilio dichiarato o eletto dall'imputato è insufficiente o inidoneo, la notifica degli atti di *vocatio in ius* è effettuata mediante consegna al difensore²⁵⁵.

Infine, con un intento dichiaratamente deflattivo sotto il profilo pratico-operativo, si suggerisce la modifica dell'art. 63-bis disp. att. Cpp che, come noto²⁵⁶, inerisce all'avviso di cortesia dell'avvenuta consegna di un atto processuale destinato all'indagato allorquando lo stesso venga recapitato a persona diversa dall'interessato.

Sostituendo la locuzione “persona sottoposta alle indagini” con la parola “imputato” e descrivendo dettagliatamente gli atti sottoposti al regime *de quo*²⁵⁷, il legislatore intende restringere il campo di applicazione della norma alla notifica dei soli atti introduttivi del giudizio, «che è il terreno di elezione di una previsione strettamente connessa ai riflessi – in materia di certezza della conoscenza dell'atto – in tema di dichiarazione di assenza»²⁵⁸.

Queste le migliori; null'altro se non interventi volti a perfezionare l'esistente senza cogliere l'occasione per affrontare le criticità di una normativa che si presenta tutt'altro che immune da censure sia sotto il profilo pratico-operativo che sul versante assiologico.

Così, fallito il tentativo di una “riforma della riforma”²⁵⁹, nemmeno la bozza di modifica “in cantiere” sembra del tutto soddisfacente. Ma nulla è del tutto perso: rimane ancora un anno per decidere e riportare sui giusti binari il “treno” del processo penale telematico²⁶⁰.

punto di irragionevole compressione dei diritti». In senso analogo, M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 2.11.2022.

²⁵⁰ A ben guardare, infatti, considerando la formulazione testuale della previsione di cui al co. 4 dell'art. 111-bis Cpp, la norma sembrerebbe escludere dall'eccezione proprio la persona offesa la quale, sotto il profilo squisitamente tecnico, non è “parte” del processo penale.

²⁵¹ Ovvero, nei casi di cui all'art. 148, co. 4, Cpp presso il domicilio dichiarato o eletto (*ex art. 153 bis*, co. 4, Cpp, richiamato dal co. 1 dell'art. 154 Cpp), oppure, quando anche la dichiarazione o l'elezione di domicilio mancano o sono insufficienti o inidonee, secondo le disposizioni dell'art. 157, commi 1, 2, 3, 4 e 8, Cpp.

²⁵² Nei soli casi previsti dal co. 1 dell'art. 154 Cpp.

²⁵³ Ossia quando è necessario per evitare la scadenza del termine di prescrizione del reato o il decorso del termine di improcedibilità di cui all'articolo 344-bis Cpp oppure è in corso di applicazione una misura cautelare.

²⁵⁴ *Relazione illustrativa recante disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di 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*, disponibile su www.sistemapenale.it, 14.1.2024, 18.

²⁵⁵ È evidente che, in mancanza di un simile intervento, l'avviso dato *ex art. 161 Cpp* circa le conseguenze della dichiarazione o elezione inidonea sarebbe *inutiliter dato*, ciò che peraltro risulterebbe in contrasto con i principi e i criteri di delega richiamati. Così *Relazione illustrativa*, cit., 18.

²⁵⁶ Cfr. nt. 128.

²⁵⁷ Ossia l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, degli atti di citazione a giudizio ai sensi degli artt. 450 co. 2, 456, 552 e 601, nonché del decreto penale di condanna.

²⁵⁸ *Relazione illustrativa*, cit., 19.

²⁵⁹ Cfr. UCPI, *Proposte di emendamenti al d.lgs. 150/2022*, in www.camerepenali.it, 7.2.2023.

²⁶⁰ Cfr. B. Galgani, ...Along came, cit., 403.

GENESI, INDAGINE, PREVENZIONE E REPRESSIONE DELLA DEVIANZA ORGANIZZATIVA, TRA FALLACIE COGNITIVE E ‘TENTAZIONI SACRIFICALI’. ALCUNE RIFLESSIONI A PARTIRE DAL VOLUME DI MAURIZIO CATINO “TROVARE IL COLPEVOLE. LA COSTRUZIONE DEL CAPRO ESPIATORIO NELLE ORGANIZZAZIONI”

di Arianna Visconti (*Professore Associato di Diritto Penale, Università Cattolica del Sacro Cuore, Alta Scuola “Federico Stella” sulla Giustizia Penale*)*

Prendendo spunto dall’analisi empirica di alcuni scandali e disastri d’impresa e del collegato fenomeno del ‘capro espiatorio organizzativo’, condotta nel volume “Trovare il colpevole” di Maurizio Catino, il contributo riflette sugli elementi di contesto – anche ordinamentale – che possono influenzare, distorcendola, l’applicazione delle disposizioni penali, non solo sul piano della valutazione del compendio probatorio acquisito, ma, a monte, su quello della selezione, interpretazione e corretta applicazione delle norme.

Building on Maurizio Catino’s empirical analysis of a number of corporate scandals and disasters, and of the related phenomenon of ‘organizational scapegoats’, this paper discusses some of the contextual elements - including those related to any given legal system - that can generate or strengthen serious bias in the application of criminal provisions, not only with respect to the evaluation of collected evidence, but, upstream, in the very process of selecting, interpreting, and applying the correct legal rules and principles.

SOMMARIO: 1. Premessa. Formarsi alla complessità: un dovere per tutti gli operatori del diritto. 2. Problemi di *design* ordinamentale? 2.1. Agenti modello, organizzazioni modello, e modelli di regolamentazione. 2.2. Confrontare l’agente modello con la realtà organizzativa: l’importanza della misura soggettiva della colpa. 3. Il caso Costa Concordia come modello (negativo) di giudizio *biased*. 4. Per concludere. *Bias* del giudizio e contesto normativo: le irrazionalità del ‘sistema 231’.

1. Il tema della costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni non è solo di estrema attualità, come testimoniato dalla portata – in termini di lesività, ma anche di impatto mediatico – dei principali casi affrontati esemplificativamente dal volume *Trovare il colpevole* di Maurizio Catino (dal c.d. Dieselgate¹, al naufragio della Costa Concordia², passando per gli abusi e le torture nel carcere di Abu Ghraib³), ma, si può ben dire, è o dovrebbe essere un ‘rovello fondativo’ per ogni giurista, studioso o praticante del diritto penale, data l’intima cointeressenza tra *ius terribile* e ‘logiche

* Il testo costituisce la rielaborazione, con minime integrazioni, della relazione tenuta in occasione dell’incontro di presentazione del volume di M. Catino, *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Il Mulino, 2022, tenutosi il 28 settembre 2023 presso l’Aula Magna Storica dell’Università degli Studi di Pisa. Per questo motivo, i riferimenti in nota sono strettamente limitati a quelli indispensabili a esplicitare i richiami testuali operati nel corso dell’intervento o a rendere meno intrusive, nel testo scritto, brevi digressioni tipiche del parlato. Con l’occasione si ringraziano in modo particolare l’organizzatore dell’incontro, Prof. Alberto Gargani, e l’autore del volume, Prof. Maurizio Catino, per la preziosa e stimolante occasione di riflessione e confronto.

¹ Cfr. in particolare M. Catino, *op. cit.*, 180-196.

² *Ibi*, 67-151.

³ *Ibi*, 168-180.

sacrificali»⁴. Se, come l'intera ricerca di Maurizio Catino ben illustra⁵, ogni sistema complesso reca strutturalmente in sé un certo numero di fallacie, di 'angoli ciechi' e di 'semi di autodistruzione', ineliminabili in quanto *strutturalmente* legati al suo stesso *design* organizzativo (a sua volta, in una certa misura, necessitato dagli obiettivi perseguiti e dalle risorse, sempre limitate, disponibili per perseguirli)⁶, neppure il sistema giuridico-penale può sfuggire a questa regola. Ne consegue che, come in ogni altro contesto organizzativo, anche in quello dell'amministrazione della giustizia penale solo una diffusa *sorveglianza* su fallacie ed errori organizzativi, a sua volta necessariamente preceduta da un'adeguata *conoscenza* delle dinamiche organizzative – tanto fisiologiche quanto patologiche, dal momento che le seconde rappresentano per lo più, semplicemente, l'ineliminabile «dato oscuro dell'organizzazione»⁷ – può consentire di mantenere il sistema entro margini di errore 'tollerabili'. Tollerabilità, per altro, che dovrebbe essere tanto più bassa proprio in questo ambito, dati i «valori di immensa portata posti in gioco dal processo penale»⁸, non solo in caso di effettiva sottoposizione a sanzione, ma già con il semplice coinvolgimento in un procedimento giudiziario.

Per queste ragioni – e per quelle che verranno brevemente discusse nel prosieguo – chiunque abbia a che fare, non solo come magistrato (requirente o giudicante) o come difensore, ma anche come giurista d'impresa, redattore di un modello di organizzazione e gestione, componente di un organismo di vigilanza, e così via, col diritto penale e con le sue plurime diramazioni in ambito economico-produttivo, non può esimersi, oggi, dal cercare di acquisire una conoscenza almeno basilare dei meccanismi di funzionamento delle organizzazioni *anche* da una prospettiva sociologica e di scienza dell'organizzazione.

Diversamente, il rischio sempre in agguato sarà quello di contribuire involontariamente – ove si operi all'interno di un'impresa o in stretto collegamento con questa – alla stessa genesi dei fallimenti organizzativi, e – ove ci si trovi a giudicare o a rappresentare una delle parti in un procedimento per reati d'impresa (o per fatti più generalmente inquadrabili, per l'appunto, come illeciti organizzativi) – quello di contribuire alla creazione di «capri espiatori organizzativi», vuoi attivamente, vuoi (per l'incapacità di costruire una difesa efficace) passivamente. Come il volume di Maurizio Catino ben evidenzia, in particolare nella meticolosa analisi della vicenda relativa al naufragio della Costa Concordia, da cui, non a caso, si prenderà spunto per la maggior parte delle riflessioni che cercheremo di sviluppare in questa sede.

Premessa la necessaria natura cursoria dell'esposizione – sollecitata dall'abbondanza di spunti offerti dallo studio all'origine della stessa – alcuni fili conduttori (a cominciare proprio da quello relativo

⁴ Non a caso, il fenomeno dei 'capri espiatori organizzativi' è stato affrontato anche nella più ampia riflessione sviluppata nel percorso giusletterario annualmente indirizzato, presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, a studenti e operatori del diritto e nel successivo volume di G. Forti-C. Mazzucato-A. Provera-A. Visconti (a cura di), *L'ombra delle 'colonne infami'. La letteratura e l'ingiustizia del capro espiatorio*, Milano 2022 (cfr. in particolare, ivi, M. Catino, *Il capro espiatorio nelle organizzazioni complesse*, 251-262). Cfr. altresì G. Forti-S. Petrosino, *Logiche follie. Sacrifici umani e illusioni della Giustizia*, Milano 2022.

⁵ Si rinvia, in particolare, a M. Catino, *Da Chernobyl a Linate. Incidenti tecnologici o errori organizzativi?*, Milano 2002; Id., *Miopia organizzativa. Problemi di razionalità e previsione nelle organizzazioni*, Bologna 2009; Id., *Capire le organizzazioni*, Bologna 2012.

⁶ Come è reso evidente dal confronto tra sistemi organizzativi a componenti in serie e sistemi organizzativi a componenti in parallelo: mentre il primo modello organizzativo assicura una migliore verifica della correttezza delle attività compiute in sequenza, al prezzo però di ridurre la tempestività di esecuzione e dunque di aumentare il rischio di errore consistente nel *mancato* compimento di azioni dovute (es. mancata diagnosi, mancata effettuazione in tempo utile di una terapia o intervento), il secondo modello organizzativo garantisce, tendenzialmente, la tempestività della reazione agli input esterni, ma riduce le possibilità di controllo sulla correttezza delle azioni intraprese e aumenta dunque il rischio di errore consistente nel compimento di azioni *inadeguate* (es. terapia o intervento sbagliati). Cfr. M. Catino, *Trovare il colpevole*, 157 s.

⁷ Espressione di D. Vaughan, *The Dark Side of Organizations: Mistake, Misconduct, and Disaster*, in *Ann. Rev. Sociology*, 25 (1999), 271-305.

⁸ Così F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*³, Milano 2003, *passim*, in part. 116 ss.

all'importanza di una formazione autenticamente interdisciplinare del giurista) cercheranno di legare e ricondurre a unità le considerazioni che seguono.

2. Nell'analizzare la costruzione del «capro espiatorio come strumento di razionalità organizzativa»⁹ – in quanto funzionale, una volta materializzatosi un fallimento organizzativo, a deviare il biasimo, dell'ordinamento come dell'opinione pubblica, su singoli individui in qualche misura 'distaccabili', dal punto di vista dell'immagine e della ricostruzione delle responsabilità, dall'ente nel suo complesso – il saggio di Maurizio Catino tocca anche un tema di grande e diretto interesse per il giurista. Viene, infatti, messo in luce come la strutturazione dei diversi ordinamenti penali e processual-penali nazionali possa favorire, o al contrario ostacolare, l'individuazione di 'capri', a cui viene addossata l'intera ed esclusiva responsabilità del fatto illecito da parte dei vertici organizzativi, ovviamente interessati a deviare l'attenzione – tanto degli inquirenti, quanto della società in generale – dal proprio operato e dalla necessità di complessi e assai costosi cambiamenti strutturali da parte dell'impresa. In particolare, emerge come il sistema, di matrice statunitense ma ormai ampiamente diffuso anche altrove (in particolare negli altri ordinamenti di *common law*)¹⁰, dei c.d. *deferred prosecution agreements* possa facilmente favorire la pratica della costruzione di capri espiatori organizzativi. Nella negoziazione di questi accordi di sospensione dell'azione penale nei confronti dell'impresa, infatti, è frequente che, tra le misure rimediali concordate con il *public prosecutor*, rientri la collaborazione dell'azienda nell'individuazione dei responsabili (persone fisiche) degli illeciti. Il dipendente che è prevedibile verrà comunque coinvolto nell'inchiesta viene, anzi, spesso incentivato a dichiararsi unico colpevole, in cambio di vantaggi atti ad 'attutire' l'impatto della sanzione penale individuale. Si tratta, in buona sostanza, di una forma di «*reverse whistle-blowing*»¹¹ – tanto più comune quanto più la *corporation* interessata rivesta una posizione di forza sul mercato («*too big to jail*»)¹² – in cui l'impresa si assicura clemenza in ragione di una forma di *compliance ex post* consistente nel 'sacrificare' individui che nella compagine aziendale occupino posizioni intermedie o medio-alte, fornendo alla pubblica accusa gli elementi necessari per portarli in giudizio e condannarli.

Prassi di questo tipo, tuttavia, possono finire per comportare una sostanziale distorsione delle finalità preventive e repressive del sistema penale, contro cui studiosi come John Coffee mettevano in guardia già quarant'anni fa, e nuovamente in occasione di disastri organizzativi recenti (come quelli che hanno visto coinvolta la Boeing)¹³. Già in questo ambito, si può osservare come la formazione a una

⁹ Cfr. M. Catino, *Trovare il colpevole*, 41-66.

¹⁰ Ci si permette di rinviare, per alcuni esempi, a M. Meiselles-N. Ryder-A. Visconti (eds.), *Corporate Criminal Liability and Sanctions. Current Trends and Policy Challenges*, Abingdon-New York 2024, in corso di pubblicazione.

¹¹ M. Catino, *Trovare il colpevole*, 48.

¹² Cfr. B.L. Garrett, *Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise with Corporations*, Cambridge-London 2014, in part. pp. 58-100.

¹³ Cfr. J.C. Coffee Jr., "No Soul to Damn: No Body to Kick": *An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, in *Mich. Law Rev.*, 79(3) 1981, 386-459 (in part. 409 ss.). Questo stesso meccanismo procedurale sembra aver giocato un ruolo importante nel consentire alla Boeing di evitare gravi conseguenze sanzionatorie e reputazionali per aver fornito alla Federal Aviation Administration, e alle compagnie aeree acquirenti, informazioni incomplete e decettive circa lo specifico addestramento integrativo necessario per pilotare il nuovo modello 737 MAX. Tuttavia, il DPA concluso tra l'azienda e il Dipartimento di Giustizia, il quale includeva l'individuazione del responsabile interno della violazione (il Chief Technical Pilot, il quale fu, per altro, assolto a seguito di dibattimento, probabilmente proprio perché ritenuto un mero capro espiatorio dalla giuria), ha comportato la mancata revisione, da parte della FAA, delle indicazioni di addestramento al pilotaggio del Boeing 737 MAX. Un fattore che risulta aver contribuito agli incidenti fatali poi verificatisi nel 2018 e 2019. Cfr. J.C. Coffee Jr., *Nosedive: Boeing and the Corruption of the Deferred Prosecution Agreement*, 6.6.2022, SSRN, online (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4105514>). Merita anche osservare che le pressioni della compagnia per imputare esclusivamente a errore umano dei piloti il primo dei due incidenti fatali in questione (volo Lion Air 610) hanno a loro volta contribuito a ritardare la piena comprensione delle cause tecniche dell'incidente e favorito il secondo schianto letale (volo Ethiopian Airlines 302), rispetto al quale si è nuovamente assistito a un tentativo di colpevolizzazione dei piloti. Il Rapporto finale della *US Committee on Transportation and Infrastructure*,

conoscenza almeno basilare delle più comuni dinamiche organizzative da parte dei rappresentanti della pubblica accusa sarebbe indispensabile a evitare risultati disfunzionali al contenimento e alla prevenzione del *corporate crime*.

Dal punto di vista del ‘*design* ordinamentale’, va riconosciuto che l’impostazione di base del sistema italiano di responsabilità da reato dell’ente ha il merito di essere fondata su un approccio più squisitamente organizzativo. Lo testimonia, tra l’altro, la strutturazione del sistema delle sanzioni interdittive per l’ente (le più temute, come è noto), sia nel suo fondamento – con l’esclusione delle stesse, in base al combinato disposto degli artt. 13, co. 3 e 12, co. 1 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, quando il reato sia stato commesso nell’interesse prevalente dell’autore individuale, senza, o con minimo, vantaggio per l’ente (e con la causazione di un danno patrimoniale di particolare tenuità) – sia, soprattutto, nella costruzione legislativa delle forme di *remediation* che consentono all’ente di evitare sanzioni interdittive per le quali ricorrerebbero tutti i presupposti *ex art.* 13 co. 1¹⁴. L’impostazione dell’art. 17 d.lgs. 231/2001, infatti, è decisamente imperniata su misure strutturali: a parte risarcimento e riparazione delle conseguenze del reato e messa a disposizione del profitto a fini di confisca, il vero punto nodale, qualificante, è la pretesa legislativa che l’ente abbia eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato, mediante l’adozione e attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Una formulazione che esclude qualsiasi rilevanza per comode strategie cosmetiche di *scapegoating* e rimozione di una manciata di individui ‘colpevoli’ e che impone, al contrario, un processo di revisione critica, di apprendimento e cambiamento organizzativi orientati al futuro, alla prevenzione del ripetersi di eventi avversi del tipo di quello o quelli verificatisi in passato.

Tuttavia, pagato questo doveroso tributo ai tratti positivi del modello italiano di responsabilità da reato degli enti, occorre anche riconoscere che il confronto con la realtà empirica esplorata nel volume di Maurizio Catino mette in luce anche molte debolezze del nostro ordinamento – compreso lo stesso ‘sistema 231’, come si cercherà di illustrare brevemente in conclusione.

2.1. Uno degli snodi critici del nostro ordinamento viene individuato da Catino, a livello di responsabilità penale individuale, nel reato colposo, e più specificamente nella categoria giuridica dell’agente modello, identificata, per i suoi tratti strutturali, quale potenziale «anticamera del capro espiatorio», in particolare laddove – come nella normalità dei casi – il soggetto cui l’evento lesivo viene imputato *non* agisse all’interno di una «organizzazione modello». Ove, infatti, l’ente in cui l’individuo è inserito ed esplica la sua attività, anziché funzionare in modo ottimale, presenti scostamenti rilevanti dal modello organizzativo di riferimento, «l’agente modello non potrà agire nel modo ottimale richiesto. In altre parole, un agente modello» sarebbe «possibile solo in un’organizzazione modello. In assenza di procedure chiare e di un’organizzazione esemplare l’agente modello rischia di essere soltanto un capro espiatorio, con uno slittamento dalla responsabilità personale alla responsabilità oggettiva legata al ruolo ricoperto»¹⁵.

Si tratta, in effetti, di uno slittamento ben noto allo studioso del diritto, favorito da prassi interpretative e applicative tra le quali campeggia la frequente, surrettizia trasformazione delle note omissive che strutturalmente connotano tutte le condotte attive colpose (nella forma della *mancata* osservanza di una o più regole cautelari) in ‘grimaldello’ per inquadrare la condotta nel suo complesso come omissiva, anche ove palesemente attiva. Una prestidigitazione a sua volta funzionale a concentrare l’argomentazione sulla (reale o asserita) posizione di garanzia rivestita dall’imputato, aprendo al contempo la strada a un indebolimento dell’accertamento relativo alla sussistenza del nesso causale sul piano oggettivo. Quest’ultimo risulta, infatti, troppo spesso posposto logicamente, e quindi

pubblicato il 16.9.2020, è consultabile online: https://www.govinfo.gov/content/pkg/GOVPUB-Y4_T68_2-PURL-gpo144993/pdf/GOVPUB-Y4_T68_2-PURL-gpo144993.pdf (ultimo accesso 31.1.2024).

¹⁴ Commissione del reato da parte di apicali o, ove autore sia un sottoposto, determinata o agevolata da gravi carenze organizzative, nonché profitto di rilevante entità, oppure reiterazione degli illeciti.

¹⁵ M. Catino, *Trovare il colpevole*, 53 s.

appiattito probatoriamente, sull'accertamento del nesso di rimproverabilità colpa-evento. A questo punto diviene facile fondare l'affermazione di responsabilità sulla prova che la condotta alternativa lecita, omessa nel caso di specie, avrebbe ragionevolmente potuto prevenire eventi lesivi del tipo di quello verificatosi. Con il risultato finale di trasformare *di fatto*, per l'appunto, quella che dovrebbe essere una responsabilità per l'attiva causazione colposa di un evento lesivo, in una forma di *responsabilità oggettiva da posizione*, basata, in definitiva, sulla mera individuazione (spesso forzata) di una posizione di garanzia in capo all'agente e di un'idoneità lesiva della condotta.

Ma le perplessità che l'indagine empirica solleva in relazione alla figura dell'agente modello si spingono oltre, fino a indurre Catino ad osservare, criticamente, che si tratterebbe di «un concetto sfuggente e piuttosto problematico, dal forte sapore ottativo e deontologico più che descrittivo»¹⁶.

Da un lato, è indiscutibile l'ampio riconoscimento, anche in seno alla dottrina penalistica, dei significativi problemi di determinatezza intrinseci alla figura dell'agente modello e alla categoria della colpa generica. Sotto questo profilo, per altro, va anche rilevato che i tentativi sempre più frequenti e diffusi di positivizzazione delle regole cautelari, e di conseguente erosione dell'area della colpa generica in favore di un ampliamento della colpa specifica, non sono scervi, a loro volta, da profili problematici, che l'analisi delle cause e delle dinamiche del naufragio della Costa Concordia operata nello studio in esame permette di illustrare con un esempio pratico di grande efficacia.

Viene, infatti, ben evidenziato come una delle responsabilità attribuite al comandante dalla pubblica accusa fosse quella «di non aver saputo gestire l'evento emergenziale. Tale valutazione si basa sulla concezione che un'emergenza vada gestita attraverso procedure. Ma l'emergenza non è riducibile all'esecuzione ordinata di procedure da parte di atomi organizzativi: la gestione affidabile di un'emergenza richiede la preparazione di un team affidabile»¹⁷, che la ricostruzione puntuale della vicenda dimostra, per altro, essere mancata a livello di scelte d'impresa (non solo il personale di bordo non aveva ricevuto un addestramento adeguato, ma spesso non possedeva neppure la padronanza necessaria della lingua di lavoro prescelta – l'italiano – o almeno della lingua inglese)¹⁸. Catino sottolinea, al contrario, come si tratti di «una questione organizzativa, non di burocrazia (“c'erano le procedure”), né di eroismo individuale. Pensare di poter gestire un'emergenza attraverso norme e procedure significa non aver chiaro cosa sia un'emergenza, in particolare quando le informazioni sono continuamente mutevoli e il livello di consapevolezza della situazione è limitato e non corrispondente all'evoluzione dei fatti. Gli attori», quindi, per lo più si troverebbero ad agire «in una situazione di razionalità limitata, non di razionalità assoluta, tipica dell'idealtipo al quale fa riferimento chi giudica»¹⁹. A tutti gli effetti, nel caso di specie l'osservanza delle regole di condotta codificate avrebbe, con ogni probabilità, aggravato la portata lesiva del disastro: «Secondo le norme vigenti, prima di dare l'ordine di abbandonare la nave, il comandante avrebbe dovuto far fare dal commissario di bordo l'appello (con megafoni e liste nomi) di tutti i passeggeri e l'equipaggio: ben 4.229 persone sparse lungo 220 metri nei vari punti di riunione. [...] Sarebbero occorse, dunque, dalle due ore e dieci alle due ore e venti minuti, naturalmente mantenendo sempre lo stesso ritmo e senza mai fermarsi. Se poi, come è ovvio, oltre a chiamare le persone occorre anche verificare la loro risposta per accertarne la presenza, il tempo necessario sarebbe quantomeno raddoppiato. In ogni caso sarebbe stato tempo tolto alla gestione dell'emergenza. Tra l'altro dalle indagini è emersa una differenza di oltre cinquecento persone tra i passeggeri nella lista a disposizione del comandante e quelli effettivamente a bordo» (un'ulteriore *defaillance* organizzativa). «Le operazioni per l'appello avrebbero quindi richiesto ancora più tempo»²⁰, di fatto fino a paralizzare l'effettiva evacuazione. Questo emblematico episodio induce alcune riflessioni sia in tema di c.d. misura soggettiva della colpa – su cui si tornerà – sia, come si diceva, in relazione all'attuale 'corsa' alla positivizzazione

¹⁶ M. Catino, *Trovare il colpevole*, 51.

¹⁷ Ibi, 112.

¹⁸ Ibi, 115 s.

¹⁹ Ibi, 112.

²⁰ Ibi, 120.

delle regole cautelari. Guardando alle norme di sicurezza della navigazione, appare infatti evidente come la ‘regola dell’appello’ sia stata sviluppata e codificata in un contesto di ingegneria navale molto diverso: per navi molto più piccole, con numeri di persone imbarcate infinitamente più bassi. È quindi un classico esempio di obsolescenza delle norme positivizzate (obsolescenza sempre più rapida man mano che i progressi tecnologici si fanno più serrati), oltre a illustrare, più in generale, come queste ultime possano facilmente non attagliarsi, in pratica, alle specificità del concreto contesto in cui l’agente si trova a operare. Tutte situazioni, tra l’altro, nelle quali la giurisprudenza riconosce, e afferma anzi rigorosamente, che il dovere di diligenza diventa quello di *discostarsi* dalla regola positiva, per adottare cautele – anche non tipizzate – più adeguate alla concreta prevenzione dell’offesa ai beni minacciati di lesione.

Questa intrinseca ambivalenza dei tentativi di ‘codificazione’ delle regole cautelari è del resto ben illustrata dalle vicende che hanno interessato la legislazione penale in un altro settore in cui condotte individuali e problematiche organizzative risultano strutturalmente e inestricabilmente intrecciate, ossia quello della responsabilità in ambito medico-chirurgico²¹. Non è casuale, infatti, che nel quadro della più recente riforma penale in materia, attuata con la c.d. legge Gelli-Bianco (l. 8.3.2018, n. 24), si sia voluto esplicitare, in relazione alla morte o lesioni derivanti da attività medico-chirurgica, che l’esclusione della punibilità per imperizia è riservata al caso in cui le linee guida (o, in mancanza, le buone pratiche clinico-assistenziali) seguite dall’operatore sanitario «risultino adeguate alle specificità caso concreto». Del pari emblematica è la successiva vicenda interpretativa cui è andato incontro l’art. 590 *sexies* Cp, che ha rivelato la sostanziale velleità di questo tentativo di aumentare la certezza del diritto nell’ambito dell’attività medico-chirurgica. L’immediata spaccatura interpretativa originatasi nella giurisprudenza di legittimità, e il successivo intervento ampiamente ‘creativo’ delle Sezioni Unite²² (con la ben nota reintroduzione in via interpretativa della distinzione tra colpa lieve e grave, e la complessa stratificazione – sempre in via interpretativa – di distinzioni tra fasi della condotta, selettiva ed esecutiva delle linee guida), testimoniano dell’estrema difficoltà di dare adeguata risposta legislativa alla complessità del fenomeno che si pretende di regolare. Difficoltà del resto confermate dall’attuale riapertura del ‘cantiere legislativo’ in materia, per la terza volta in poco più di dieci anni²³.

Ritornando, però, al tema dell’agente modello, dal punto di vista dello studioso del diritto penale è difficile concordare che possa essere la natura ‘deontologica’ di tale parametro di riferimento, in sé, lo snodo realmente problematico. Al contrario, come è noto, vi sono ottime ragioni di tutela dei beni giuridici rilevanti alla base dell’avvertita necessità di costruire l’agente modello sul ‘dover essere’ di ciascun ruolo sociale-professionale, anziché su ciò che usualmente viene fatto – ossia per adottare, per l’appunto, un modello deontologico, e non sociologico (o descrittivo che dir si voglia) di agente,

²¹ Cfr. M. Catino, *Trovare il colpevole*, 208-212, nonché G. Forti-M. Catino-F. D’Alessandro-C. Mazzucato-G. Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell’ambito dell’attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa 2010.

²² Cass. S.U. 22.2.2018 n. 8770, ric. Mariotti, in *CP* 2018, 5, 1452 ss., con nota di C. Cupelli, *L’art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un’interpretazione ‘costituzionalmente conforme’ dell’imperizia medica (ancora) punibile*, 1470-1485; in *FI*, II, 2018, 6, 366 ss., con nota di L. Bettiol, *L’intervento delle Sezioni unite sulla causa di non punibilità dell’art. 590 sexies c.p. in tema di responsabilità medica*, 366-369; in *Resp. civ. e prev.* 2018, 3, 888, con nota di R. Alagna, *La colpa penale del medico dinanzi alle Sezioni Unite: innovazioni, incertezze e perplessità*, 888-899; in *DPP*, 2018, 5, 646, con nota di C. Brusco, *Responsabilità medica penale: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d’opera*, 646-654; in *GI* 2018, 4, 841, con note di A. Majo, *Il giudizio di responsabilità civile del medico dopo la legge Gelli e cioè la perizia “guidata”*, 841-844, e di L. Riscato, *Le Sezioni Unite salvano la rilevanza in bonam partem dell’imperizia “lieve” del medico*, 948-954.

²³ D. Min. Giust. 28.3.2023 - Costituzione della Commissione per lo studio delle problematiche relative alla colpa professionale medica. In corso di lavori della Commissione è stata presentata anche una proposta di legge di iniziativa parlamentare (AC 1327), per non parlare del proposto emendamento al c.d. decreto ‘Milleproroghe’ che introdurrebbe un’estensione della limitazione della punibilità ai soli casi di colpa grave, prevista dall’art. 3 *bis* d.l. 1.4.2021, n. 44 (convertito con modificazioni dalla l. 28.5.2021, n. 76), fino al 31.12.2024, in considerazione della contingente situazione di grave carenza di personale sanitario.

nell'ambito della colpa generica. È dato di comune esperienza la sciattezza delle prassi prevalentemente seguite in moltissime attività pericolose, dalla circolazione stradale all'edilizia (solo per citare due esempi sotto gli occhi di tutti), ed è quindi evidente che un abbassamento degli standard normativi al livello dell'«essere» corrente non solo sacrificerebbe in modo intollerabile le esigenze di tutela di primari interessi individuali e collettivi, ma in definitiva incoraggerebbe una rincorsa al ribasso nella stessa definizione degli standard cautelari (a questo punto, di fatto, demandata a una prassi che avrebbe tutta la convenienza a privilegiare un approccio strettamente economicistico a uno solidaristico).

Piuttosto, sono (almeno) altri due i profili di criticità della categoria dell'agente modello, evidenziati nello studio di Maurizio Catino, a risultare effettivamente problematici. Essi si legano non tanto alla categoria in sé, quanto piuttosto a *come questa viene compresa* – o non compresa – e applicata nella prassi giudiziale. Si legano, quindi, a loro volta, al *contesto* in cui l'operatore del diritto, chiamato a maneggiare le categorie e le norme giuridiche, si trova ad agire, e dunque alle precomprensioni e fallacie cognitive di cui, per caratteristiche individuali, ma ancor più per *condizionamenti situazionali e sistemici*, (anche) l'individuo che indaga, o che giudica, può cadere vittima²⁴.

In primo luogo, è innegabile – e da tempo ampiamente riconosciuto dalla migliore dottrina – come la categoria dell'agente modello sia *intrinsecamente* prona alla fallacia del senno di poi (*hindsight bias*). Nella colpa generica – come pure in presenza di regole cautelari positivizzate elastiche, o di «varchi» o «disallineamenti» tra regole cautelari positivizzate e rischi da fronteggiare in concreto – lo standard di condotta deve essere ricostruito interpretativamente, e lo sarà necessariamente «a cose fatte», da qualcuno – il giudice – che, volente o nolente, si trova in una posizione privilegiata di osservatore *ex post* e «dall'alto» (fuori dalla mischia, spesso caotica, degli eventi in corso, con un quadro in genere molto più completo dei dati rilevanti, e col beneficio di conoscere la conclusione della vicenda). Ne consegue, all'evidenza, che la tentazione di ricostruire il modello di riferimento sulla base di tali «informazioni privilegiate» non possa che essere tanto forte, quanto ineliminabile.

Si tratta, cioè, di un problema *strutturale* dell'attuale sistema penale. Problema che, per altro, allo stato non possediamo gli strumenti concettuali e normativi per risolvere o aggirare, considerati anche i diversi problemi dai quali la colpa specifica a sua volta non è immune, e a cui si è accennato sopra. Dunque, anche in questo ambito – come in ogni altro contesto di agire umano organizzato – l'unico rimedio possibile è lavorare su misure sistemiche per ridurre quanto più possibile il rischio che questo problema strutturale produca *in concreto* i suoi effetti nocivi. Il che significa, essenzialmente, investire in *formazione critica* degli operatori del diritto.

Questo richiede, evidentemente, uno sforzo su più fronti. In primo luogo, occorrerebbe invertire la tendenza, sempre più evidente, ad appiattare la formazione universitaria e (soprattutto) post-universitaria sullo «stato dell'arte» della giurisprudenza, e dunque sulla passiva assimilazione delle posizioni interpretative prevalenti nella prassi, insistendo, al contrario, su un'analisi critica di tale prassi, alla luce dei principi e degli istituti fondamentali dell'ordinamento penale. Inoltre, sarebbe indispensabile integrare nella formazione degli operatori del diritto anche conoscenze di base in materia di psicologia cognitiva e sociale, di criminologia, di sociologia delle organizzazioni, in modo da modificarne l'ancora prevalente approccio «disaggregato e autoreferenziale, che non rispecchia e non coglie la complessità organizzativa»²⁵. È, in effetti, abbastanza bizzarro che ancora oggi, a quasi quarant'anni dalla pubblicazione delle fondamentali riflessioni di James Coleman sul profondo impatto, a tutti i livelli (politico, sociale, culturale, e ovviamente normativo), della crescita esponenziale delle «interazioni di tipo 2» (individuo-ente collettivo) e delle «interazioni di tipo 3» (ente collettivo-ente collettivo) avvenuta a partire dall'inizio del Ventesimo secolo²⁶, la formazione

²⁴ Particolarmente dettagliata e interessante è l'analisi di «precomprensioni e bias nell'inchiesta» sul naufragio della Costa Concordia: cfr. M. Catino, *Trovare il colpevole*, 136-151. V. anche *infra*.

²⁵ A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa 2022, 205.

²⁶ Cfr. J. Coleman, *Social Theory, Social Research, and a Theory of Action*, in *Am. Journ. Sociol.* 1986, 91(6), 1309-

del giurista su temi tanto essenziali sia lasciata all'iniziativa individuale di questo o quel docente e alla eventuale curiosità dei singoli discenti, anziché costituire una componente obbligatoria del curriculum accademico.

2.2. Un'adeguata conoscenza e comprensione delle dinamiche organizzative potrebbe soccorrere anche nel rimediare (almeno in qualche misura) a un'altra cronica debolezza contingente della figura dell'agente modello, ossia al pressoché totale disinteresse della prassi per l'idea di una parametrizzazione soggettiva della colpa. Se qualcosa si concede – spesso più a parole che di fatto – nella fase della commisurazione della pena, infatti, questa considerazione è, com'è noto, totalmente assente – salvo rare e non esplicite eccezioni – nella fase della valutazione della sussistenza o meno della colpevolezza.

Dare il giusto spazio, e una concreta applicazione, all'idea di una misura soggettiva della colpa non significa, ovviamente, ritagliare lo standard di condotta sull'agente concreto. *Tout comprendre c'est tout pardonner*, ed evidentemente non può essere questo l'obiettivo dell'ordinamento penale, pena l'abdicazione alla sua funzione general- e specialpreventiva. La categoria è però funzionale, come è noto, a una 'raffinazione' della figura, *pur sempre* oggettiva, dell'agente modello, sulla base di specificità di condizione individuale che renderebbero sostanzialmente impossibile (o, in prospettiva di commisurazione, assai arduo) a qualsiasi individuo, nelle stesse circostanze, soddisfare lo standard ordinario di diligenza.

Da questo punto di vista, il classico esempio manualistico dell'anziana contadina che, non avendo mai preso la metropolitana e non avendo idea di come funzionino le porte scorrevoli, permette al nipotino di appoggiarsi e così ne causa il ferimento, è ormai peggio che antiquato: è controproducente rispetto alla maturazione della capacità di riconoscere quelle situazioni che *più comunemente* possono rendere necessaria questa operazione di *fine tuning* del modello di riferimento. Che sono proprio quelle, approfonditamente analizzate nel lavoro di Catino, degli operatori di *front-line* che, in contesti organizzativi complessi, si trovano a fronteggiare scenari *organizzativamente* imprevisi (per quanto non imprevedibili) ed eccezionali e ad agire quindi in situazioni caotiche, in assenza di informazioni essenziali, in assenza di un *training* adeguato, e con l'esigenza di adattarsi alla meglio a una situazione in rapidissima evoluzione.

Ragionare avendo in mente *questo* tipo di scenario consentirebbe forse di comprendere meglio la stessa *ratio* dell'individuazione di una misura soggettiva della colpa, non solo in funzione di graduazione della colpa stessa tra lieve e grave, ma anche, ove necessario, di esclusione della concreta rimproverabilità e punibilità dell'agente. Una comprensione che potrebbe, auspicabilmente, consentire all'istituto di prendere finalmente piede nella considerazione della giurisprudenza, vincendone tanto la connaturata resistenza al cambiamento, quanto l'attenzione sempre prevalentemente accordata ad avvertite esigenze di difesa sociale.

3. L'analisi della vicenda del naufragio della Costa Concordia risulta, come già osservato, particolarmente emblematica delle problematiche che si è fin qui cercato di evidenziare, e degli ulteriori fattori di contesto capaci di esasperarle. Anche in ragione dell'(inevitabile) impatto mediatico dell'episodio, e del conseguente immediato spostamento del 'processo' dai palazzi di giustizia al tribunale dell'opinione pubblica, si è rapidamente creato un circolo vizioso tra *mass media* e investigatori, prima, e tra *mass media* e giudicanti, una volta giunti a dibattimento²⁷.

Quello del massiccio sopravvento della «giustizia mediatica» su tempi e garanzie del «giusto processo»²⁸ è ormai da decenni un tema seguito con attenzione e preoccupazione anche dalla dottrina

1335, e Id., *Foundations of Social Theory* (1990), trad. it. di G. Ballarino, *Fondamenti di teoria sociale*, Bologna 2005, 673-719.

²⁷ Cfr. M. Catino, *Trovare il colpevole*, 122-151.

²⁸ V. Manes, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna 2022.

penalistica più attenta, vieppiù a seguito dell'avvento dei *social media*. Questi ultimi, con le loro caratteristiche di istantaneità della comunicazione e disintermediazione dei contenuti, e grazie al circolo di rinforzi reciproci instauratosi con le strategie commerciali già tipiche dei mezzi di comunicazione tradizionali, hanno portato a un'esasperazione della da tempo nota 'delocalizzazione' del processo (*rectius*: della caccia ai colpevoli) in un «foro alternativo» che, a differenza del processo giurisdizionale, non ha «nessun luogo» deputato, «nessun ordine» prestabilito²⁹ (salvo, ovviamente, quello degli stilemi e stereotipi della rappresentazione mediatica del crimine)³⁰, «nessun tempo» predeterminato³¹. I *social media* hanno reso, anzi, ancora più letteralmente vero quello che già vent'anni fa si osservava in relazione ai mezzi di comunicazione tradizionali, ossia che, oggi, il 'processo penale' «può essere 'ufficiato' da chiunque», raccogliendo «in modo bulimico ogni conoscenza» (o apparente tale) buttata nell'agone mediatico, «conoscendo soltanto regole d'inclusione» e obbedendo solo a «intuizione», «buon senso» (*rectius*: senso comune) ed «emotività»³².

Non è questa la sede per discutere di quanto un naufragio si presti, in sé, particolarmente bene alla riproposizione di stereotipi narrativi e rigurgiti banalizzati di famosi *topoi* letterari³³. Sta di fatto che era, in questo caso, particolarmente facile, per i *media*, costruire da subito un apologo morale, estremamente avvincente e accattivante per l'opinione pubblica, incentrato *esclusivamente* sulla figura del comandante; prospettiva che sembra aver finito per dilagare anche nel recinto della giustizia formalmente amministrata. Nella prospettiva accusatoria in merito alle responsabilità del comandante si è così finito per incorporare nell'agente modello di riferimento quelle 'capacità superiori' la cui costante attivazione (a differenza di quella delle eventuali conoscenze superiori) la dottrina più attenta *rifiuta* sia pretesa perfino dal soggetto con caratteristiche individuali sopra-standard.

Nella valutazione dell'abbandono della nave e della 'mancata' risalita a bordo, infatti, il fatto che occasionalmente qualche figura eroica, non specificamente addestrata e non adeguatamente attrezzata, sia riuscita (domanda: nella realtà o nella *fiction*?) in imprese sostanzialmente impossibili, manifestando così capacità *di molto* superiori allo standard, ha finito per condurre all'integrazione, nel modello di riferimento usato per la valutazione della rimproverabilità o meno della condotta dell'imputato, di capacità *eccezionali*³⁴. *Absit iniuria verbis*, è un po' come sostenere che il Navy

²⁹ G. Giostra, *Processo penale e mass media*, in *Crim 2007*, 57-69, qui 59.

³⁰ In particolare quelli della criminalità-spettacolo, che includono, tra i meccanismi principali, una «discorsivizzazione degli eventi», tanto funzionale a renderli 'godibili' e 'intriganti' per il pubblico, quanto disfunzionale a una reale comprensione della loro complessità; una «messa in scena di saperi competenti», atta a dare al pubblico, al contrario, l'illusione di approfondimento e comprensione (magari addirittura superiore a quella degli inquirenti); l'uso di toni e stilemi tipici della «narrazione archetipa», tanto capace di suscitare echi nel pubblico, quanto necessariamente stereotipata; la «simulazione di un processo di visione mediato [...] con il quale si vuole far vedere ciò che non può essere visto», aumentando nel pubblico l'illusione di onniscienza; la messa in campo di una «guerra dialettica» tra 'colpevolisti' e 'innocentisti', utile a polarizzare il dibattito, alzandone la posta, e quindi catturare e trattenere l'attenzione; quest'ultima abbinata o alternativa (a seconda del format prescelto) all'esplicita evocazione del «giudizio popolare» e della «sanzione finale» da parte dell'opinione pubblica. Cfr. R. Eugeni-A. Bellavita, *Espropriazione senza mandato. La rappresentazione del crimine nella fiction, nell'intrattenimento e nei programmi di approfondimento televisivi*, in G. Forti-M. Bertolino (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano 2005, 240-274, qui 254-258.

³¹ G. Giostra, *Processo penale e mass media*, 59.

³² *Ibidem*.

³³ Si richiama nel volume, tra i molti, un articolo intitolato, non a caso, *Un improbabile Lord Jim, disonorato dalla fuga*, apparso su *La Repubblica* del 27.1.2012. Cfr. M. Catino, *Trovare il colpevole*, 126.

³⁴ Tralasciando qui la diatriba sull'abbandono della nave, reso in realtà inevitabile dall'inclinazione raggiunta in quel momento dal vascello (ribaltatosi pochi istanti dopo) e dunque anche dalla plancia di comando, del tutto inagibile, lo stigma ulteriore – altrettanto e più enfatizzato, all'epoca, in tutti i *media* – per la mancata risalita a bordo non tiene conto del dato di realtà che la stessa inclinazione del relitto rendeva tale operazione fisicamente impossibile, e un tentativo non avrebbe, con ogni probabilità, portato ad altro che alla morte del comandante «per salvare la sua immagine, anche se questo non avrebbe salvato la vita a nessuno». Cfr. M. Catino, *Trovare il colpevole*, 129.

SEAL (se non Aquaman) dovrebbe costituire l'agente modello di riferimento anche per il bagnino di Riccione...

Siamo qui in presenza, con tutta evidenza, di una distorsione cognitiva dell'operatore professionale del diritto che dimostra come, in assenza di un'adeguata formazione alla conoscenza delle dinamiche organizzative (e a quella di tutti i più comuni *bias* del giudizio), si rischia di non sapersi interfacciare con i *saperi non giuridici* che devono necessariamente fare ingresso nel processo penale (emblematico è che i quesiti posti dai giudici ai periti si siano concentrati eminentemente sulla «storia breve» del naufragio, largamente scotomizzando, al contrario, la «storia lunga», organizzativa, che ha reso possibile l'incidente)³⁵. Di più, si corre l'ulteriore, e in un certo senso più drammatico, rischio di distorcere l'applicazione delle stesse *norme*. Un *bias* che operi sotto il livello di coscienza, cioè, non incide solo a livello cognitivo, sulla comprensione e valutazione del compendio probatorio (il che comporta già da solo effetti distorsivi potenzialmente molto gravi), ma, prima ancora e più radicalmente, a livello di comprensione *normativa*, ossia sulla selezione e applicazione di disposizioni, istituti e principi giuridici, che possono così rivelarsi non adeguati al caso e/o non correttamente utilizzati.

Anche in una ricerca empirica condotta alcuni anni fa in materia di *corporate violence*³⁶, del resto, è emerso come spesso, in casi drammatici che vedono emergere gravi vittimizzazioni di massa (morte o lesioni in conseguenza di violazioni di norme sulla salute e sicurezza sul lavoro, sulla sicurezza di prodotti o servizi, o in materia ambientale), i pubblici ministeri finiscano spesso per cadere vittima di una sorta di 'sindrome di Erin Brockovich', assumendo così talora posizioni giuridicamente – prima ancora che probatoriamente – insostenibili in giudizio, e finendo per promettere alle vittime (intese nel senso ampio di cui alla Direttiva 2012/29/UE) esiti sanzionatori obiettivamente irraggiungibili. Con involontari effetti di vittimizzazione secondaria, e di disgregazione della fiducia sociale nel sistema giudiziario, non trascurabili. Un atteggiamento, per altro, che – volendo tenere l'occhio sulle prospettive sistemiche – è stato probabilmente incentivato dal passaggio dell'ordinamento processualpenalistico, nel 1989, dal modello inquisitorio a quello accusatorio³⁷, oltre che dai fattori di contesto mediatico già evocati.

Nella vicenda giudiziaria del naufragio Costa Concordia, come analizzata nel volume, non solo si perde di vista, o addirittura si sovverte, la questione della misura soggettiva della colpa, ma, più radicalmente, laddove si insiste sulla mancata comunicazione della variazione di rotta alla capitaneria di porto quale elemento di rimproverabilità³⁸, si perdono di vista i fondamenti stessi della responsabilità colposa. Se, infatti, il necessario nesso colpa-evento richiede che l'evento che si è concretamente verificato rientri nella tipologia di eventi lesivi che la regola cautelare violata mirava a impedire, quale dovrebbe essere la rilevanza, in un naufragio causato dall'impatto del natante sugli scogli, dell'infrazione a una regola evidentemente destinata a ridurre il (diverso) rischio di collisioni tra natanti? E se si può affermare – come certamente si può affermare nel caso di specie – che il comportamento alternativo lecito (la comunicazione della variazione di rotta) non avrebbe comunque evitato il verificarsi dell'evento (perché, come dimostrato dall'analisi, le capitanerie non si ingerivano

³⁵ Cfr. M. Catino, *Trovare il colpevole*, 70-121; 137.

³⁶ Cfr. G. Forti-C. Mazzucato-A. Visconti-S. Giavazzi (eds.), *Victims and Corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, Milano 2018, oltre agli ulteriori materiali disponibili online (<https://asgp.unicatt.it/asgp-ricerca-e-pubblicazioni-pubblicazioni>; ultimo accesso 31.1.2024), tra i quali si segnalano in particolare S. Giavazzi-C. Mazzucato-A. Visconti (trad. it. di E. Greco-M. Lamanuzzi), *I bisogni delle vittime di corporate violence: risultati della ricerca empirica in Italia*, agosto 2017, e A. Visconti (a cura di), *Linee guida nazionali per la polizia giudiziaria, le Procure della Repubblica e i magistrati giudicanti*, luglio 2017.

³⁷ Con questo non si intendono revocare in dubbio gli innegabili pregi del modello accusatorio, ovviamente, ma solo richiamare quanto già osservato *supra*, in relazione alla presenza in *ogni* sistema di specifiche vulnerabilità, strutturalmente connaturate al suo *design* e agli obiettivi da questo perseguiti, che lo rendono più pronò di altri sistemi, dal *design* differente, ad altrettanto specifici errori e malfunzionamenti. V. nota 6.

³⁸ Cfr. M. Catino, *Trovare il colpevole*, 102 s.

mai nelle variazioni di rotta finalizzate agli ‘inchini’), dove sta – ancora una volta – il necessario nesso colpa-evento, in questa contestazione?³⁹

Ovviamente, queste considerazioni non valgono a esonerare il comandante della Costa Concordia da ogni responsabilità: come chiarito da Maurizio Catino fin dalle prime battute dell’analisi, il capro espiatorio organizzativo è, tipicamente, un capro espiatorio *non innocente*⁴⁰, ossia qualcuno che ha effettivamente contribuito, oggettivamente e soggettivamente, alla genesi dell’illecito organizzativo. Nel caso di specie, benché gli ‘inchini’ fossero una prassi non solo tollerata, ma incentivata ed encomiata dalla compagnia, e ignorata dai controllori istituzionali (dunque, normale per lo standard *sociologico* di riferimento)⁴¹, essi restavano comunque una prassi intrinsecamente pericolosa, animata da finalità turistico-commerciali del tutto aliene alla sicurezza della navigazione, la cui attuazione o meno era in ultimo demandata al comandante. Ed è, in effetti, la decisione individuale del comandante di discostarsi dal modello *deontologico* di riferimento (che non avrebbe rischiato una collisione solo per una parata cerimoniale) ad aver costituito la causa *ultima* del disastro della Costa Concordia.

Ma questa decisione individuale *non* è maturata nel vuoto. E la comprensione delle sue origini organizzative, oltre a essere indispensabile per apprezzare *correttamente* l’effettiva misura di rimproverabilità dell’individuo che, con la sua condotta, ha portato *a compimento* (ma non ha causato da solo) l’‘allineamento’ di tutti i ‘buchi’ nei diversi diaframmi che avrebbero dovuto fraporsi al naufragio⁴², scomputandone doverosamente «importanti lacerti di colpa ‘di sistema’»⁴³, è altresì necessaria in ottica *preventiva*, per chiunque sia interessato a ridurre numero e dimensioni di tali ‘falle’, riducendo quindi il rischio di ulteriori futuri ‘allineamenti’ fatali⁴⁴.

Da ultimo, è importante ribadire, l’analisi della vicenda giudiziaria del caso Concordia ha il grande pregio di illustrare, icasticamente, come il non essere consapevoli dei possibili *bias* strutturalmente generati dallo specifico contesto (mediatico e non solo) in cui ci si trova a operare, in particolare ove unito al non aver cognizione delle peculiarità degli illeciti organizzativi, possa finire per influenzare negativamente gli operatori del diritto *non solo* nell’esercizio di quelle *non-technical skills* sempre più indispensabili in un quadro di continua complessificazione dei fenomeni sociali e della loro gestione ordinamentale, *ma addirittura* nell’esercizio delle loro specifiche competenze tecnico-giuridiche.

4. Come si è già avuto modo di constatare, questi stessi ‘fallimenti del giudizio’ non nascono nel vuoto. Fallacia del senno di poi, *confirmation bias*, *tunnel vision*, errore fondamentale di attribuzione, condizioni di fissazione cognitiva, ecc.⁴⁵, sono, quando non generati, comunque influenzati e potenziati da tratti strutturali dell’ambiente – mediatico, sociale e normativo – in cui gli esseri umani preposti all’amministrazione della giustizia operano. Per questo sembra utile chiudere con qualche osservazione sull’influenza proprio dell’ambiente normativo, riprendendo l’accento iniziale ai punti deboli del ‘sistema 231’.

³⁹ Appare quindi condivisibile la conclusione che l’unica vera ragione dell’insistenza su tale aspetto della condotta fosse «quella di mostrare il comandante come un soggetto che violava le regole». Ibi, 102 s.

⁴⁰ Cfr. M. Catino, *Trovare il colpevole*, 33-40.

⁴¹ Ibi, 82-101.

⁴² Cfr. J. Reason, *Managing the Risk of Organizational Accident*, Aldershot 1997; Id., *Human Error: Models and Management*, in *BMJ* 2000, 320, 768-770.

⁴³ G. Forti, *Nuove prospettive sull’imputazione penale “per colpa”*: una ricognizione interdisciplinare, in M. Donini-R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna 2013, 97-127, qui 122.

⁴⁴ Alla disfunzionalità, in ottica preventiva, di un modello di reazione alle devianze organizzative che si concentri solo sul livello individuale e si faccia guidare da una logica di *blame-mongering*, inibendo così l’apprendimento dall’errore e l’eliminazione dei fattori causali situazionali e sistemici, è dedicata, non a caso, tutta l’ultima parte del volume. Cfr. M. Catino, *Trovare il colpevole*, 197-234.

⁴⁵ V. *supra*, nota 24.

I disastri che colpiscono l'opinione pubblica, che creano indignazione e conducono a spettacolari «cerimonie di degradazione»⁴⁶, che esasperano l'«imprenditorialità morale»⁴⁷ dei mezzi di comunicazione e scatenano i più potenti cortocircuiti processual-mediatici, perché comportano la perdita di numerose vite umane, sono, tipicamente, di natura *colposa*. Così il naufragio della Costa Concordia, così il disastro di Viareggio, così il crollo del ponte Morandi, così la caduta della funivia del Mottarone, così, da ultimo, l'incidente ferroviario di Brandizzo⁴⁸.

Ma c'è un *altro* tratto che tutti questi casi, a eccezione dell'ultimo⁴⁹, hanno in comune, ossia il fatto di *sfuggire* al sistema di responsabilità da reato degli enti, quanto meno rispetto ai profili di maggiore gravità, relativi alle morti e alle lesioni personali. Senza voler sottostimare il peso di altri fattori di contesto, quali la scarsa conoscenza e applicazione del d.lgs. 231/2001 all'infuori di poche procure di maggiori dimensioni (come di recente confermato anche da accurate indagini empiriche)⁵⁰, sembra essere questo il principale problema strutturale, di *design* ordinamentale, che produce un enorme *paradosso di sistema*: a fronte di illeciti che tipicamente incarnano, al tempo stesso, la quintessenza del reato colposo individuale e la quintessenza della colpa di organizzazione (e in cui, quindi, i due profili sono, sul piano genetico, inestricabilmente connessi, con il primo per lo più fortemente debitore del secondo), l'attuale sistema normativo continua a privilegiare un approccio sostanzialmente individualistico e a ignorare proprio quello organizzativo, tolti solo i casi di morte o lesioni causalmente riconducibili alla violazione – specificamente ed esclusivamente – di regole cautelari finalizzate alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori⁵¹. Viceversa, lesioni e omicidio colposi riconducibili a violazioni di regole in materia di sicurezza dei prodotti o dei servizi (come

⁴⁶ Cfr. H. Garfinkel, *Conditions of Successful Degradation Ceremonies* (1956), trad. it. *Condizioni di successo delle cerimonie di degradazione*, in E. Santoro (a cura di), *Carcere e società liberale*, Torino 1997, 270-278.

⁴⁷ Cfr. H. Becker, *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, New York 1963, 135, 147-163.

⁴⁸ Utile segnalare, in merito a quest'ultimo episodio, M. Catino, *L'incidente di Brandizzo e l'ansia punitiva*, in *Sist. pen.*, 22.9.2023, online (<https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/catino-lincidente-di-brandizzo-e-lansia-punitiva>; ultimo accesso 2.2.2024).

⁴⁹ Vero che nel procedimento relativo al naufragio della Costa Concordia era stata contestata anche, in relazione alla morte e alle lesioni di membri dell'equipaggio, la responsabilità dell'ente, è lecito domandarsi che ne sarebbe stato di tale imputazione ove la compagnia non avesse patteggiato, alla luce dei principi poi correttamente affermati da Cass. 6.9.2021 n. 32899, in *Sist. pen.*, 9.11.2021, online, con nota di P. Brambilla, *Disastro ferroviario di Viareggio: le motivazioni della sentenza di Cassazione* (<https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cassazione-2021-32899-disastro-ferroviario-viareggio-motivazioni>; ultimo accesso 30.1.2024); in *CP* 2022, 7-8, 2738 ss., con nota di A. Di Martino, *Illecito punitivo di enti stranieri tra giurisdizione punitiva e giurisdizione penale, territoriale ed extraterritoriale: somiglianze apparenti, realtà inosservate (a proposito della sentenza della Corte di cassazione sul 'disastro di Viareggio')*, 2747-2763; in *GI* 2022, 4, 953, con nota di V. Mongillo, *Imputazione oggettiva e colpa tra 'essere' e normativismo: il disastro di Viareggio*, 953-962; in *RP* 2021, 9, 733, con nota di G. Faillaci, *Strage di Viareggio: l'esclusione della circostanza aggravante della violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro ha comportato l'estinzione del reato di omicidio colposo per prescrizione*, 733. Come si ricorderà, infatti, in tale sede si è riconosciuto che, per aversi integrazione della circostanza aggravante del 'fatto commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro' (necessaria, ai sensi dell'art. 25 *septies* d.lgs. 231/2001, per trovarsi in presenza di uno dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente tassativamente individuati dal legislatore) occorre sia stata violata una regola cautelare volta a eliminare o ridurre lo specifico rischio, derivante dallo svolgimento di attività lavorativa, di morte o lesioni in danno dei lavoratori (o di terzi esposti alla medesima situazione di rischio e a questi assimilabili) e che l'evento verificatosi sia concretizzazione di tale *specifico* rischio 'lavorativo', e non del diverso rischio (assistito da specifiche cautele) attinente alla sicurezza dei trasporti, non potendo ritenersi sufficiente che l'evento lesivo si verifichi *in occasione* dello svolgimento di un'attività lavorativa.

⁵⁰ Cfr. F. Centonze-S. Manacorda (a cura di), *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa*, Bologna 2023, e ivi in particolare S. Ferro, *L'applicazione del d.lgs. n. 231/2001 sul territorio*, 163-193, e gli altri saggi ospitati nella Parte Prima.

⁵¹ E sempre che l'ansia punitiva degli inquirenti non li spinga a contestare – come, ad esempio, ventilato inizialmente proprio nel caso del disastro ferroviario di Brandizzo (cfr. ad es. E. Sola, *Due indagati per la strage di Brandizzo, sotto inchiesta i sopravvissuti. "Gravi violazioni sulla sicurezza", ipotesi del "dolo eventuale"*, in *La Repubblica*, 1.9.2023) – il dolo eventuale, il che, comportando una modifica del capo di imputazione individuale in omicidio o lesioni dolose, escluderebbe per definizione l'applicabilità della responsabilità da reato degli enti, non prevista per tali ipotesi.

pure in materia ambientale)⁵² restano tutt'oggi – alla fine del primo quarto del Ventunesimo secolo – fuori dal tassativo elenco dei reati presupposto della responsabilità da reato degli enti.

Data questa impostazione dell'ordinamento, non deve stupire che (a maggior ragione in procedimenti in cui l'applicazione del d.lgs. 231/2001 sia esclusa, vuoi in ragione delle fattispecie di reato contestabili e contestate, vuoi per meditata strategia difensiva dell'ente, come nel caso del patteggiamento prescelto dalla Costa Crociere), magistrati requirenti e giudicanti possano finire per perdere completamente di vista la dimensione organizzativa quasi sempre presente nella genesi dell'evento lesivo, e magari si lascino addirittura influenzare da preconcetti e stereotipi atti ad accentuare ulteriormente la focalizzazione stigmatizzante sull'individuo già in sé connaturata al diritto penale. Con il rischio aggiuntivo di assecondare scaltre strategie di *management* reputazionale dell'impresa⁵³, per parte sua, come è ovvio, fortemente interessata all'individuazione e ostensione di comodi capri espiatori organizzativi.

Così, a livello di responsabilità individuale il nostro è ancora un ordinamento penale in cui *mancano* strumenti normativi veramente adeguati a dare rilievo alle componenti di responsabilità organizzativa nella valutazione delle condotte colpose individuali. Il legislatore ha compiuto sforzi in questo senso solo in relazione alla responsabilità medico-chirurgica, per altro con risultati, come si è accennato, tutt'altro che soddisfacenti. Rispetto a tutto il restante vasto mondo dei reati colposi di evento che si radicano in contesti produttivi organizzati, regna il silenzio. E a livello di responsabilità da reato degli enti, per altro verso, il legislatore persevera (diabolicamente, verrebbe da dire), da un lato, nella sua corsa ormai più che ventennale a 'farcire' l'elenco dei reati-presupposto di delitti dolosi, molti dei quali dalla componente organizzativa veramente improbabile (basti pensare solo al recente inserimento del reato di devastazione e saccheggio di beni culturali, *ex art. 518 terdecies Cp*⁵⁴), dall'altro, nella sua amnesia per la gran parte dei reati colposi di evento in danno della vita, della salute e dell'integrità fisica delle persone.

Certo, per chiudere con un'ultima riflessione 'di sistema', occorre anche interrogarsi su quanto un cambiamento di attitudine – sia da parte del legislatore, sia da parte degli operatori del diritto – sia realisticamente possibile nell'attuale ambiente mediatico e all'interno dell'«epistemologia civica»⁵⁵ oggi dominante. Se, come si è avuto modo di accennare, già l'avvento dei *media* 'tradizionali' aveva portato a un cortocircuito tra tempi e modi della giustizia penale e tempi e modi della 'giustizia di popolo', fatta in televisione e sui giornali, rinfocolando nell'opinione pubblica mai sopite simpatie per *drumhead courts* e *stocks and pillory*, la situazione è ulteriormente peggiorata con l'avvento dei *social media* e del loro modello di *business*, che pone la rapida viralizzazione dei contenuti al di sopra di qualsiasi considerazione di attendibilità, correttezza e legittimità degli stessi. In questo ecosistema digitale – che ormai è così strettamente intrecciato agli aspetti fisici, biologici, sociali 'analogici' delle nostre vite da indurre a parlare di «onlife»⁵⁶ – non è solo la qualità complessiva del discorso

⁵² Va infatti notato che tra le fattispecie elencate tra i reati presupposto in materia ambientale dall'art. 25 *undecies* d.lgs. 231/2001 non è incluso l'art. 452 *ter* Cp, sicché eventuali morti o lesioni verificatesi come conseguenza di inquinamento ambientale non determinano una specifica (e più grave) sanzione per l'ente nel cui interesse o vantaggio il delitto sia stato commesso.

⁵³ Cfr. M. Catino, *Trovare il colpevole*, 144-151.

⁵⁴ Oltre all'improbabilità (per usare un eufemismo) empirico-criminologica di commissione di tale condotta 'nell'interesse o vantaggio' di un ente di natura lecita, si segnala anche la scarsa plausibilità dell'ipotesi che possano esistere enti il cui scopo 'unico o prevalente' sia quello di consentire o agevolare la commissione di atti di devastazione e saccheggio del patrimonio culturale (*unica* ipotesi, per altro, che il legislatore sembra aver formulato, essendosi 'dimenticato', in relazione a questo reato come pure a quello di riciclaggio di beni culturali, di prevedere l'applicabilità delle 'ordinarie' sanzioni interdittive: cfr. art. 25 *duodevicies* d.lgs. 231/2001).

⁵⁵ M. Catino, *Trovare il colpevole*, 230-234, il quale riprende il termine da S. Jasanoff, *Designs on Nature: Science and Democracy in Europe and United States* 2005, trad. it. di E. Gambini e A. Roffi, *Fabbriche della natura. Biotecnologie e democrazia*, Milano 2008, e Id., *Restoring Reason: Causal Narratives and Political Culture*, in B. Hutter-M. Power, *Organizational Encounter with Risk*, Cambridge 2005, 209-232.

⁵⁶ L. Floridi (ed.), *The Onlife Manifesto. Being Human in an Hyperconnected Era*, Cham 2015.

pubblico a peggiorare progressivamente: sono le stesse capacità *cognitive* delle persone, nella loro veste di cittadini e, quando esercitino quei ruoli, anche di inquirenti, giudicanti, difensori.

La devianza organizzativa è un fenomeno estremamente complesso, che può essere prevenuto – il che è quello che soprattutto dovrebbe interessare a tutti in quanto cittadini, consumatori, e potenziali vittime dei rischi ubiquitari che porta con sé – solo attraverso approcci altrettanto complessi. Ma la capacità di capire e gestire la complessità, come pure la pazienza di affrontare tali compiti, non sono attitudini che si possano dare per scontate nelle persone. Esse dipendono in larga misura, a loro volta, dal modo e dal contesto in cui le persone vengono socializzate. E il contesto attuale socializza sempre meno all'attenzione, sempre meno alla curiosità e alla riflessione, sempre meno allo spirito critico, sempre meno alla resistenza alla frustrazione – in definitiva, sempre meno alla complessità. E così – sia consentito di chiudere con una battuta – è possibile che, a influire sulla capacità del sistema penale di scrollarsi di dosso (o meno) la tentazione del capro espiatorio (organizzativo e non solo) e di sperimentare nuovi modelli di regolamentazione – come ad esempio quello 'responsivo' e 'piramidale' sviluppato da John Braithwaite⁵⁷ – finiranno per essere più l'efficacia ed effettività (o meno) di provvedimenti come il *Digital Services Act* o il Regolamento europeo (in corso di approvazione) in materia di intelligenza artificiale, di qualunque cosa possa essere detta o scritta in un consesso di studiosi di diritto penale.

C'è però certamente un compito a cui l'accademia, e gli studiosi di diritto penale in particolare, non possono abdicare: cercare di fornire una formazione autenticamente interdisciplinare, e delle chiavi di lettura del crimine organizzativo aggiornate e adeguate, ai giuristi di domani.

⁵⁷ Cfr. in particolare I. Ayres-J. Braithwaite, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford 1992, e B. Fisse-J. Braithwaite, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge 1993.