

Rivista trimestrale | Luglio/Settembre 2022

### DIREZIONE

Ennio AMODIO - Massimo DONINI - Sergio MOCCIA - Fermin MORALES PRATS - Tullio PADOVANI - Bartolomeo ROMANO - Giorgio SPANGHER - Luigi STORTONI - Eugenio Raul ZAFFARONI

## IN EVIDENZA

### EDITORIALI

Cristiano Cupelli - **Tentazioni e contraddizioni del sistema penale contemporaneo: creazionismo giudiziario, panpenalismo legislativo e caccia al colpevole**

### ARTICOLI

Ali Abukar Hayo - **Principio di *non refoulement* e legittima difesa**

### OPINIONI

Giorgio Spangher - **Bajrami forever**

Antonio Cavaliere - **L'art. 5 d.l. 31 ottobre 2022, n. 162: tolleranza zero contro le "folle pericolose" degli invasori di terreni ed edifici**

### DALLE CORTI

Rebecca Girani - **Lo sfregio permanente al viso dopo il c.d. Codice rosso: una prima applicazione dell'art. 583-*quinquies* c.p.**

## **Direzione**

Ennio Amodio - Massimo Donini - Sergio Moccia - Fermin Morales Prats - Tullio Padovani - Bartolomeo Romano - Giorgio Spangher - Luigi Stortoni - Eugenio Raul Zaffaroni

## **Comitato scientifico editoriale**

Enrico Mario Ambrosetti - Giuliano Balbi - Roberto Bartoli - Carlo Bonzano - Stefano Canestrari - Donato Castronuovo - Elena Maria Catalano - Mauro Catenacci - Antonio Cavaliere - Giovanni Cocco - Carlotta Conti - Cristiano Cupelli - Giovannangelo De Francesco - Pierpaolo Dell'Anno - Leonardo Filippi - Giovanni Flora - Gabriele Fornasari - Marco Gambardella - Alberto Gargani - Dario Grosso - Luigi Kalb - Carlo Longobardo - Adelmo Manna - Antonella Marandola - Maria Riccarda Marchetti - Anna Maria Maugeri - Carlo Enrico Paliero - Marco Pelissero - Lucia Risicato - Francesco Schiaffo - Sergio Seminara - Silvia Tordini Cagli - Francesco Vergine - Costantino Visconti

## **Comitato scientifico (revisori)**

Tutti i contributi sono sottoposti in forma anonima a peer review. La peer review, c.d. revisione paritaria, è finalizzata a garantire il livello qualitativo della Rivista.

I contributi pervenuti per la pubblicazione nella Rivista vengono trasmessi, in forma anonima, a un revisore scelto tra i membri del Comitato dei Revisori tenendo conto delle loro competenze specifiche. Il Revisore trasmette alla Direzione Scientifica, nel rispetto dei tempi indicati, una succinta valutazione, adeguatamente motivata, del lavoro indicando la meritevolezza di pubblicazione. Qualora il giudizio sia di meritevolezza della pubblicazione, il Revisore può indicare, in prospettiva migliorativa, ulteriori interventi. Sono oggetti di revisione i contributi destinati alle rubriche, agli approfondimenti, agli articoli e alle note a sentenza, nonché sotto le voci "Commenti" e "Dalle Corti" contenute nella Rivista web, inoltre sono soggetti a revisione tutti i contributi inseriti nella Rivista a stampa.

La documentazione relativa alla procedura di revisione svolta per ciascun contributo è conservata dal coordinamento di redazione.

Il comitato dei revisori della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Ali Abukar Hayo - Giuseppe Amarelli - Alessandro Bondi - Sergio Bonini - Pasquale Bronzo - Mario Caterini - Andrea Chelo - Luigi Cornacchia - Francesca Curi - Agostino De Caro - Giuseppe Della Monica - Giulio De Simone - Alessandro Diddi - Andrea Di Landro - Alberto Di Martino - Paolo Ferrua - Stefano Fiore - Roberto Flor - Luigi Foffani - Rossella Fonti - Francesco Forzati - Emanuela Fronza - Gianluca Gentile - Filippo Giunchedi - Clelia Iasevoli - Luigi Ludovici - Beatrice Magro - Gabriele Marra - Valentina Masarone - Luca Mario Masera - Antonella Massaro - Alessandro Melchionda - Vincenzo Mongillo - Davide Petrini - Gianrico Ranaldi - Ivan Salvadori - Silvio Sau - Nicola Selvaggi - Antonino Sessa - Fabrizio Slracusano - Carlo Sotis - Kolis Summerer - Vico Valentini - Antonio Vallini - Francesco Viganò

## **Comitato di redazione**

Il *comitato editoriale* della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Ersi Bozheku - Giulio Colaiacovo - Fabrizio Galluzzo - Luana Granozio - Ottavia Murro

Il *comitato di redazione* della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Bruno Andò - Silvia Astarita - Fabio Ballarini - Iacopo Benevieri - Andrea Borgheresi - Gian Marco Caletti - Diamante Ceci - Donatello Cimadomo - Francesco Compagna - Angela Compagnone - Irma Conti - Sylva D'Amato - Francesco Marco De Martino - Laura Dipaola - Nicola Madia - Gaetano Galluccio Mezio - Maria Novella Masullo - Matteo Mattheudakis - Giuseppe Murone - Antonio Nappi - Giuseppe Palmieri - Francesco Porcu - Francesca Rocchi - Mattia Romano - Leonardo Suraci - Francesca Tribisonna

Segreteria di redazione: Gloria Giacomelli

ggiacomelli@pacinieditore.it

Phone +39 050 31 30 243 - Fax +39 050 31 30 300

Amministrazione:

Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Pisa

Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300

www.pacinieditore.it • abbonamenti\_giuridica@pacinieditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

In corso di registrazione presso il Tribunale di Pisa

Direttore responsabile: Patrizia Alma Pacini

## Editoriali

CRISTIANO CUPELLI, *Tentazioni e contraddizioni del sistema penale contemporaneo: creazionismo giudiziario, panpenalismo legislativo e caccia al colpevole* p. 379

## Articoli

ALI ABUKAR HAYO, *Principio di non refoulement e legittima difesa* » 391

MARIKA SCHIAVO, *La lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione Europea a seguito della "direttiva PIF"* » 411

LUIGI PALMIERI, *La nuova rinnovazione dibattimentale nel giudizio di appello alla luce della Riforma Cartabia* » 425

MARIA ANASTASIA ARCURI, *Favor minoris e giurisdizione "specializzata" nel futuro Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie* » 447

## Opinioni

GIORGIO SPANGHER, *Bajrami forever* » 457

FILIPPO LOMBARDI, *Le Sezioni unite in tema di abnormità dell'atto processuale nel caso di indebita regressione del procedimento* » 461

ANTONIO CAVALIERE, *L'art. 5 d.l. 31 ottobre 2022, n. 162: tolleranza zero contro le "folle pericolose" degli invasori di terreni ed edifici* » 465

ARMANDO CAVALIERE, *Il trattamento penale della violazione degli obblighi economici di assistenza familiare: gli artt. 570, comma 2, n. 2, e 570-bis c.p.* » 471

## Dalle corti

CHIARA FIACCHI, *Applicabilità agli enti della disciplina della messa alla prova e poteri impugnatori del Procuratore Generale* » 483

REBECCA GIRANI, *Lo sfregio permanente al viso dopo il c.d. Codice rosso: una prima applicazione dell'art. 583-quinquies c.p.* » 497

FRANCESCO MARTIN, *Sul rapporto tra bancarotta fraudolenta documentale e falso in bilancio* » 509

MARTINA MANDALARI, *L'interpretazione costituzionalmente conforme del delitto di auto-addestramento con finalità di terrorismo: nota a una recente pronuncia di legittimità* » 517

---

# TENTAZIONI E CONTRADDIZIONI DEL SISTEMA PENALE CONTEMPORANEO: CREAZIONISMO GIUDIZIARIO, PANPENALISMO LEGISLATIVO E CACCIA AL COLPEVOLE

Cristiano Cupelli\*

**Sommario:** Premessa. – **1.** Creazionismo e divieto di analogia. Un antidoto al *panpenalismo giudiziario*. – **2.** Le modifiche al decreto *rave* e la virtù del dialogo parlamentare. – **3.** Come nasce il *panpenalismo legislativo*. Un esempio. – **4.** *Trovare un colpevole*.

## Premessa.

Segnali contraddittori aleggiano sul sistema penale: tentazioni e scivolamenti semplificatori, ricerca del consenso e uso simbolico delle fattispecie incriminatrici, intrecci politici e mediatici sulle opzioni politico-criminali, furia giustizialista e pulsioni palingenetiche; ma anche sentenze costituzionali e di legittimità incoraggianti e scorci di razionalità applicativa, in una salutare riscoperta di principi di garanzia.

Proviamo allora a cogliere – senza pretese di esaustività – alcuni fra gli spunti e le linee di tendenza (e *controtendenza*) della contemporaneità penalistica, alle porte di una nuova stagione della politica e forse anche di politica penale.

## 1. Creazionismo e divieto di analogia. Un antidoto al *panpenalismo giudiziario*.

Muovendo dai principi costituzionali, l'attenzione va alla non ortodossa applicazione del divieto di analogia e del vincolo di tassatività della norma penale e al ruolo «sacerdotale» assunto, per tale via, dal potere giudiziario.

---

\* Professore ordinario di diritto penale - Università di Roma Tor Vergata.

Come è ben noto, determinatezza/tassatività/precisione e divieto di analogia, corollari del più ampio principio di legalità penale di cui al secondo comma dell'articolo 25 Cost., impongono – quale argine a possibili invasioni di campo tra poteri – al legislatore un onere di formulazione della norma e al giudice un vincolo di applicazione della stessa; il testo della legge, insomma, quale fondamento e limite della responsabilità penale, presidio di «lacune» da intendersi non come vuoti di tutela ma quali spazi di libertà. È facile notare come questo approccio tradizionale abbia perso consistenza a favore di una visione 'tirannica' del diritto giurisprudenziale, patrocinata da chi reputa la legalità violata non solo quando il legislatore sia venuto meno al dovere di precisione e determinatezza nella formulazione della fattispecie, ma soprattutto allorché il potere legislativo sia stato esercitato in maniera, per così dire, inadeguata o maldestra, lasciando impunte (o non adeguatamente punite) condotte ritenute invece meritevoli di sanzione e quindi bisognose di una 'ripenalizzazione' per via interpretativa; è la ravvisata esigenza politico-criminale di colmare – per via giudiziaria – asseriti vuoti di tutela ad alimentare dunque un *panpenalismo giudiziario*.

Solo per fare qualche esempio, va richiamato lo scivoloso terreno della responsabilità colposa degli operatori sanitari.

La legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) ha introdotto, nel codice penale, il nuovo articolo 590-*sexies*, concernente la responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario, la cui non felice formulazione ha da subito suscitato interpretazioni difformi nella giurisprudenza di legittimità. In sostanza, le Sezioni unite, di fronte a una scelta esplicita posta in essere dal legislatore (l'obliterazione della gradazione della colpa), hanno ritenuto – evocando un'interpretazione costituzionalmente conforme resa attraverso un'attività ermeneutica spintasi dichiaratamente «oltre» la letteralità del testo, reinterprestando il canone dell'art. 12 delle preleggi – che la nozione di colpa lieve, ad onta di una «mancata evocazione esplicita da parte del legislatore del 2017», fosse comunque da ritenere sottesa o meglio «intrinseca alla formulazione del nuovo precetto», così di fatto recuperandola quale elemento implicito nel dato normativo<sup>1</sup> e introducendo nel corpo di una fattispecie dal tenore letterale inequivoco, come l'art. 590-*sexies* c.p., un elemento nuovo e ulteriore (la distinzione tra gradi di imperizia) e per di più *in malam partem*, con effetti limitativi della non punibilità.

Altre non meno significative esemplificazioni si rinvencono fra i delitti contro il patrimonio.

Paradigmatiche talune pronunce che hanno ampliato la nozione di cosa *mobile*, riconoscendo la sussistenza del delitto di appropriazione indebita nel caso di impossessamento di *file* informatico (copiato e successivamente cancellato dal computer del proprietario), evidentemente privo del requisito

<sup>1</sup> Cass., sez. un., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018) n. 8770, in *Cass. pen.*, 2018, 1452 ss.

della materialità<sup>2</sup>, ovvero qualificando come rapina, anziché violenza privata, l'asportazione di ovociti in assenza di consenso della donna<sup>3</sup>, ritenendo una parte del corpo, peraltro dotata di propria potenziale vitalità successiva, cosa *mobilizzabile*. Poche incertezze, al di là del *travestimento* da interpretazioni estensive, sulla natura para-analogica delle soluzioni prospettate: per quanto ampio (e autonomo), il concetto penalistico di cosa mobile non autorizza la sussunzione al suo interno – a meno di travalicare i confini della *littera legis* – di *files* informatici od ovociti. Nella medesima prospettiva, e sempre nell'ambito patrimoniale, si segnalano i tentativi di «rimodulazione» del concetto di *sottrazione* nel delitto di rapina impropria; da ultimo, quello diretto a riconoscere, quale presupposto del reato di cui all'art. 628, co. 2 c.p., non necessariamente un furto seguito da violenza o minaccia, ma un qualsiasi reato nel quale vi sia stata una sottrazione della cosa da parte dell'autore del reato, intendendo per l'appunto tale sottrazione come qualsiasi atto in base al quale la cosa sia passata dalla vittima all'autore<sup>4</sup>.

Si potrebbe proseguire, ricordando fra l'altro il costante ampliamento del perimetro applicativo dell'abuso d'ufficio (nonostante gli svariati interventi legislativi in senso opposto), le evanescenti condotte di traffico di influenze illecite e l'ineffabile corruzione per l'esercizio della funzione o il grande classico del concorso esterno in associazione mafiosa.

Il quadro è senza dubbio sconcertante, ma non tutto è perduto. Un cambio di passo lo si può cogliere nell'atteggiamento della Corte costituzionale, che in alcune recenti sentenze (in particolare, la numero 98 del 2021) ha ribadito il peso del divieto di applicare la legge penale *oltre* i casi da essa espressamente stabiliti: divieto che impedisce di riferire la norma a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei significati letterali delle espressioni utilizzate dal legislatore, «*a garanzia sia del principio della separazione dei poteri, che assegna al legislatore – e non al giudice – l'individuazione dei confini delle figure di reato; sia della prevedibilità per il cittadino dell'applicazione della legge penale, che sarebbe frustrata laddove al giudice fosse consentito assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello desumibile dalla sua immediata lettura*».

Il rilievo della sentenza appena richiamata (invero trascurata dai commentatori) si ricollega all'argomentazione posta a sostegno del ravvisato difetto di rilevanza nel giudizio *a quo*, e cioè la violazione del divieto di analogia *in malam partem* dell'indirizzo ermeneutico accolto in sede di modifica peggiorativa dell'imputazione, e al segnale lanciato nei rapporti tra potere legislativo e giudiziario in un momento storico nel quale viene messa in discussione,

---

<sup>2</sup> Cfr. Cass., sez. II, 7 novembre 2019 (dep. 10 aprile 2020), n. 11959, in *Sist. pen.*, 4 marzo 2021.

<sup>3</sup> Cfr. Cass., sez. II, 25 novembre 2020 (dep. 30 dicembre 2020), n. 37818, in *Giur. it.*, 2021, 1732 ss.

<sup>4</sup> Cass., sez. II, 28 aprile 2021 (dep. 16 giugno 2021), n. 23779, in *Giur. it.*, 2021, 2764 ss.

da più parti e con varietà di argomenti, l'attualità di alcuni principi fondamentali di garanzia del sistema penale.

Le argomentazioni addotte – sulla scia di altre recenti decisioni, rese in relazione al c.d. mutamento giurisprudenziale favorevole, a chiusura della c.d. saga Taricco e in materia di misure di prevenzione (segnatamente le sentenze n. 230 del 2012<sup>5</sup>, n. 115 del 2018<sup>6</sup> e n. 25 del 2019<sup>7</sup>) – celebrano proprio l'imprescindibilità degli argini sostanziali di garanzia offerti dal *nullum crimen*. Sono, quelle ricordate, pronunce che muovono tutte dal presupposto che la legalità penale – in ogni suo corollario – rappresenta un tratto identitario del nostro ordinamento costituzionale, non rinunciabile o sostituibile da interpretazioni giurisprudenziali dirette a rimediare a (vere o presunte) carenze originarie del tipo legislativo. In particolare, nella sentenza n. 115 del 2018 (il referente più immediato della n. 98), la Corte, riconoscendo alla legalità penale il rango di *principio fondamentale dell'ordinamento*, in grado di arginare financo la primazia del diritto europeo, ha insistito sul deficit di determinatezza delle espressioni contenute nella c.d. *regola Taricco* per bloccarne in via definitiva l'ingresso nel nostro ordinamento, esaltandone il ruolo a garanzia della separazione dei poteri; se è vero, infatti, che la precisione linguistica s'impone, a un tempo, come vincolo di produzione di regole chiare e garanzia di una percezione sufficientemente determinata delle stesse da parte dei consociati, è altrettanto evidente – e consequenziale – che finisce per ridurre anche lo spazio di manovra riconosciuto all'interprete, spettando (solo) al legislatore il compito di stabilire, per il tramite della legge scritta, quali fatti punire, con quale pena ed entro quale limite temporale, residuando al giudice una funzione ausiliaria, quella di interpretare la disposizione, trarne il suo significato proprio e scrutare nelle eventuali zone d'ombra.

Tornando alla sentenza n. 98, le va riconosciuto il merito di avere rivendicato il peso della *testualità* della legge e riaffermato la pluralità di funzioni garantiste ascrivibili al divieto di analogia e al correlato principio di tassatività, e cioè: *i*) limitare gli spazi di azione del potere giudiziario, ribadendo il monopolio del legislatore nella materia penale e la concentrazione della potestà punitiva nelle mani dell'unico soggetto legittimato a compiere – nella garanzia procedimentale della dialettica parlamentare – scelte politico-criminali idonee a incidere sulla libertà personale dei consociati; *ii*) assicurare l'accessibilità e la conoscibilità delle norme incriminatrici e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie e dunque la libertà delle scelte d'azione, la capacità di autodeterminarsi e la motivabilità dei consociati attraverso le norme penali; *iii*) tutelare l'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge penale, evitando che casi identici siano valutati difformemente da parte dei singoli giudici che li scrutinano; *iv*) salvaguardare la funzione rieducativa della pena,

---

<sup>5</sup> Corte cost., 8 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, 3474 ss.

<sup>6</sup> Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115, in *Giur. cost.*, 2018.

<sup>7</sup> Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 25, in *Dir. pen. proc.*, 2020.



che rischierebbe di essere frustrata laddove si legittimasse l'applicazione di una pena per un fatto non espressamente previsto dalla legge come reato, ma valutato penalmente rilevante dal giudice sulla base di una *eadem ratio*; v) garantire la frammentarietà del diritto penale, che si traduce non solo nel delimitare in maniera selettiva e chiara i fatti di rilievo penale ma anche (come nel caso di specie) nel rispettare i confini punitivi tra le diverse ipotesi criminose e la relativa gradualità offensiva indicata dalla legge.

Gli effetti che ne possono discendere, sul piano dei rapporti istituzionali, paiono tutt'altro che irrilevanti e sono calibrati sui diversi destinatari della sentenza: nei confronti dei *giudici*, di merito e di legittimità, si coglie un monito affinché, quand'anche riscontrino lacune normative o esigenze di tutela che il legislatore pare non avere colto, non si cimentino in interpretazioni sganciate dal tipo criminoso predeterminato nella fattispecie (monito raccolto, ad esempio, dalla Sesta sezione della Cassazione nella sentenza n. 5536 del 2022 con riferimento alla fattispecie di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente)<sup>8</sup>; al *legislatore*, poi, è rivolto l'invito a formulare incriminazioni chiare e precise, che riducano ambiguità e pluralità di significati a disposizione della giurisprudenza.

Letta in filigrana, e con una buona dose di ottimismo, vi è spazio per una virtuosa ricaduta sul sindacato stesso della Corte costituzionale, ricavando dalle parole, nette e inequivoche, sul principio di tassatività una sorta di *automonito*, al quale ricollegare risvolti, *pro futuro*, in termini di rinnovato vigore nel vaglio di costituzionalità sulle norme penali: controllare in maniera più rigida che siano prodotte regole non solo adeguatamente definite *a priori* per essere applicate da parte del giudice, ma anche realmente idonee ad assicurare a ciascuno una percezione chiara e immediata dei risvolti penalistici della propria condotta e una interpretazione coerente con il tenore letterale.

A ben vedere, si può anche rintracciare un segnale in relazione alla giustiziabilità dello stesso divieto di analogia, il quale – non va dimenticato – ha scontato a lungo i limiti processuali di azionabilità di sue eventuali violazioni; la Corte sembra aprire un nuovo canale per sindacare possibili forzature interpretative del diritto vivente, proseguendo nella strada di ampliamento dei margini di ammissibilità, già intrapresa allorquando si è riconosciuto che «in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, il giudice *a quo* – se pure è libero di non uniformarvisi e di proporre una diversa esegesi del dato normativo, essendo la “vivenza” di una norma una vicenda per definizione aperta, ancor più quando si tratti di adeguarne il significato a precetti costituzionali – ha alternativamente, comunque, la facoltà di assumere l'interpretazione censurata in termini di “diritto vivente” e di richiederne, su tale presupposto, il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali»<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Cass., sez. VI, 28 ottobre 2021 (dep. 16 febbraio 2022), n. 5536, in *Giur. it.*, 2022, 2487 ss.

<sup>9</sup> Corte cost., 9 gennaio 2020, n. 12, in *Giur. cost.*, 2020, 146 ss.; nello stesso senso, in precedenza, anche le sentt. n. 75 del 2019, n. 39 del 2018, n. 259 del 2017, n. 122 del 2017, n. 200 del 2016 e

## 2. Le modifiche al decreto *rave* e la virtù del dialogo parlamentare.

Cambiando prospettiva, nonostante le crescenti spinte critiche in merito alla perdurante utilità e alla reale effettività della funzione di garanzia della riserva di legge, la cronaca parlamentare offre incoraggianti segnali in controtendenza; il più recente dei quali è costituito dall'*iter* di conversione del decreto-legge n. 162 del 2022 (il cd decreto *rave*), nell'ambito del quale gli emendamenti approvati in Commissione Giustizia del Senato non solo hanno migliorato il testo originario del provvedimento (approvato poi in via definitiva, senza modifiche, dalla Camera<sup>10</sup>), ma anche proposto spunti, di metodo e di merito, sui primi (e forse sui prossimi) passi del nuovo governo in tema di giustizia.

Spunti di metodo, anzitutto. Da più parti ritenuto in crisi, come detto, il Parlamento, inverando l'ideale di razionalità discorsiva, ha dimostrato di conservare l'originaria funzione di garanzia; l'opera di mediazione e rivisitazione svolta in Commissione ha infatti restituito l'immagine di una sede deliberativa capace di ascoltare, recepire ed elaborare soluzioni migliorative, idonee a superare le principali criticità emerse all'indomani dell'emanazione del provvedimento, e di saperle affiancare a proposte ulteriori e innovative.

Nel merito, poi, il decreto, pesantemente avversato sul piano mediatico, sembra oggi, per come emendato, avere risolto (o grandemente attenuato) i più rilevanti limiti tecnici denunciati e avere al contempo acquisito una coerenza interna. Nel dettaglio, il rinnovato articolo 633-*bis* c.p., ora rubricato quale «*invasione di terreni o edifici con pericolo per la salute pubblica o l'incolumità pubblica*», è stato collocato all'interno dei delitti contro il patrimonio e deprivato del pericolo per l'ordine pubblico e del numero minimo dei partecipanti (la cui punibilità, non più espressamente contemplata, residuerà, ricorrendone i presupposti, ai sensi dell'art. 633 c.p.). Eliminate le misure di prevenzione e il riferimento al codice antimafia, sono stati inseriti, in uno sforzo di tipizzazione, molteplici elementi che ne circoscrivono la portata applicativa: da un lato, dovrà trattarsi di un raduno musicale o avente altro scopo di intrattenimento; dall'altro, il pericolo concreto per salute e incolumità pubbliche dovrà trovare causa nell'inosservanza di norme in materia di sostanze stupefacenti ovvero di sicurezza o di igiene degli spettacoli e delle manifestazioni pubbliche di intrattenimento, tenendo conto del numero dei partecipanti o dello stato dei luoghi. Sono stati in sostanza delineati i contorni di una fattispecie che, per come riformulata, difficilmente troverà applicazione (il dolo richiesto è di ardua verificabilità), ma che è in grado di raggiungere il vero obiettivo: scongiurare, dissuadendone le attività prodromiche, eventi pericolosi sinora non facilmente contrastabili.

n. 11 del 2015.

<sup>10</sup> Legge 30 dicembre 2022, n. 199, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162 (in *Gazzetta Ufficiale. Serie Generale*, n. 304 del 30 dicembre 2022).

Su un diverso piano, un passo avanti è stato compiuto pure in ambito di benefici penitenziari, con l'esclusione dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione dal novero dei reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario. Si è infine perfezionato, assieme a taluni primi miglioramenti (ad esempio sulle cause di inammissibilità delle impugnazioni inviate via pec), un rinvio «organizzativo» della riforma Cartabia, con l'introduzione di una disciplina transitoria per scandire una graduale entrata in vigore delle più delicate modifiche contenute nel decreto legislativo n. 150 del 2022, attutendone l'impatto sulla macchina giudiziaria.

Quale morale se ne ricava? Una, molto semplice ma non scontata: il dialogo conta, nella fisiologica dialettica parlamentare tra maggioranza e opposizione e nel confronto tra le stesse forze di governo, soprattutto se – come in questo caso, almeno all'apparenza – non del tutto allineate. Si è riusciti a realizzare una proficua sintesi tra istanze di garanzia e sicurezza: un segnale incoraggiante al cospetto del vasto programma (che va dalla modifica dell'abuso d'ufficio e del traffico di influenze illecite alla separazione delle carriere, passando per una ridefinizione in senso restrittivo del perimetro applicativo delle intercettazioni, per il contrasto all'abuso della carcerazione preventiva e per l'incremento delle pene alternative al carcere) presentato nelle scorse settimane in Parlamento dal Ministro della Giustizia nelle sue linee programmatiche e delle fibrillazioni che ne sono immediatamente scaturite.

### 3. Come nasce il *panpenalismo legislativo*. Un esempio.

Restando sul fronte parlamentare, non può trascurarsi come, parallelamente, la discussione tenda a direzionarsi sulla capacità di offrire risposte efficaci a nuovi bisogni di sicurezza e tutela, senza scadere in abusi dello strumento penale.

Un banco di prova interessante è rappresentato da fragorosi fenomeni di protesta che, in una esemplare eterogenesi dei fini, si trasformano, nella percezione comune, in forme di intollerabile disturbo della collettività o in deprecabili atti di vandalismo a danno del patrimonio culturale o di palazzi storici. Ci si riferisce alle ricorrenti interruzioni della circolazione stradale da parte di manifestanti (in particolare, ma non solo, sul Grande Raccordo Anulare di Roma), all'imbrattamento (non permanente) di quadri e opere d'arte (da ultimo, sempre a Roma, è stato insudiciato, con una zuppa di verdura, «il seminatore» di Van Gogh) e al danneggiamento, tramite vernice, di mura di sedi istituzionali (è stata cosparsa di vernice in questi giorni la facciata di Palazzo Madama, sede del Senato), compiuti da sedicenti ambientalisti.

Eterogenesi dei fini, anzitutto; perché si tratta di manifestazioni che, in realtà, anziché stimolare empatia, rafforzare sensibilità e attrarre consensi sul tema ambientale, finiscono per ripercuotersi negativamente sugli stessi obiettivi sbandierati: ne sono ampia riprova l'aumento esponenziale del (già elevato) tasso di inquinamento a causa degli ingorghi che ne scaturiscono, da un lato, e il danno (per fortuna non irreparabile) cagionato a opere dell'in-

gegno che non possono non essere ricomprese nel perimetro del concetto di natura che si pretenderebbe di preservare, dall'altro.

Accantonato questo profilo, che rasenta il confine tra sociologia e (psico) patologia, i disagi e i danni (di vario genere, effettivi e potenziali) arrecati da tali condotte hanno portato a invocare ancora una volta la potenza salvifica del diritto penale e a reclamare l'introduzione di nuove fattispecie calibrate sulla specifica esigenza di reprimere fenomeni del genere (qualcuno, ancor più fantasiosamente, ha addirittura auspicato l'applicazione dell'art. 5 del d.l. 162 del 2022, la sopra citata norma c.d. «*anti-rave*»).

Ora, prescindendo qui da ogni considerazione sulla reale meritevolezza di pena, va segnalato come il nostro ordinamento già contempra ipotesi dirette a fronteggiare condotte siffatte.

Con riferimento ai blocchi stradali, ferma restando l'applicazione delle sanzioni per eventuali reati ipotizzabili quando a tali manifestazioni di protesta passiva si associno la resistenza o la violenza contro chi tenta di far spostare la persona dalla strada (artt. 336 e 337 c.p.) ovvero un'interruzione di pubblico servizio (art. 340 c.p.), si può infatti richiamare l'articolo 1-bis del d.lgs. n. 66 del 1948, come modificato dal d.l. n. 113 del 2018, a tenore del quale si applica la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da 1.000 a 4.000 euro a «*chiunque impedisce la libera circolazione su strada ordinaria, ostruendo la stessa con il proprio corpo*» (stessa sanzione per promotori e organizzatori). Nei confronti invece di chi, «*al fine di impedire od ostacolare la libera circolazione, depone o abbandona congegni o altri oggetti di qualsiasi specie in una strada ordinaria o ferrata o comunque ostruisce o ingombra una strada ordinaria o ferrata*», si applica, ai sensi dell'art. 1 del medesimo decreto, la reclusione da uno a sei anni (pena raddoppiata se il fatto è commesso da più persone, anche non riunite, o se è commesso usando violenza o minaccia alle persone o violenza sulle cose).

Sul versante della tutela di quadri e opere d'arte, può trovare applicazione il secondo comma dell'art. 518-duodecies c.p. (introdotto dalla legge n. 22 del 2022 in materia di «*reati contro il patrimonio culturale*»), che punisce con reclusione da sei mesi a tre anni e multa da 1.500 a 10.000 euro chiunque, senza che il bene sia distrutto, disperso, deteriorato o reso in tutto o in parte inservibile (si ricadrebbe in tal caso nella più severa ipotesi del primo comma), «*deturpa o imbratta beni culturali o paesaggistici propri o altrui*». Per l'imbrattamento dei palazzi ove hanno sede le istituzioni, nel caso specifico del Senato è stato invocato (e applicato in sede di convalida dell'arresto degli autori) l'ipotesi di danneggiamento aggravato (art. 635, terzo comma c.p., come modificato dall'art. 7 del d.l. 14 giugno 2019, n. 53, convertito nella legge 8 agosto 2019, n. 77, a tenore del quale «*chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui in occasione di manifestazioni che si svolgono in luogo pubblico o aperto al pubblico è punito con la reclusione da uno a cinque anni*»).

Questa breve ricostruzione mette in luce come la combinazione tra l'istinto verso una pervasività del penale in ogni piega delle relazioni sociali,

la pulsione emotiva e la fascinazione ancestrale verso la creazione di nuovi reati possa giocare brutti scherzi ai moderni *punitores*, finendo per prendere il sopravvento sulla preliminare considerazione dell'esistente e sulla serena disamina della realtà fattuale e legislativa; e spiega meglio di qualunque trattato come si (auto)alimenti – tra precomprensioni ermeneutiche errate e ricognizioni normative incomplete – la proliferazione di fattispecie penali simboliche e ineffettive, emanate sull'onda di una contingente emotività per placare l'opinione pubblica. In breve, ci esemplifica come nasce il panpenalismo (*legislativo*, stavolta).

#### 4. *Trovare un colpevole.*

Transitando dal terreno della legalità in senso stretto alla colpevolezza, vi è un'altra domanda che affolla e inquieta la quotidianità della giustizia penale, nella morsa della logica accusatoria del «senno del poi» ed è una delle più classiche della nostra epoca: *chi è il colpevole? O meglio, chi sarà il prossimo colpevole?*

Lo schema imputativo è semplice e lineare: a fronte di un evento avverso, da un disastro ferroviario a una frana, da una pandemia a un incendio o a un'inondazione, da un terremoto al crollo di un ponte, da un incidente stradale a un intervento chirurgico dall'esito infausto sino a un fallimento o a un'operazione societaria errata, non può non esserci un responsabile, qualcuno che in fondo non abbia fatto tutto ciò che si sarebbe potuto fare per evitarlo, controllando e impedendo, attivandosi o astenendosi. Parte allora la ricerca, iniziando – per non sbagliare – da chi riveste posizioni apicali, meglio se mediaticamente esposto e politicamente schierato. E va da sé che, una volta messa in moto la macchina infallibile del «senno del poi», con l'ampia e immancabile grancassa mediatica di supporto, qualcosa che si sarebbe potuto fare, di più o di diverso (e certamente di meglio), o qualcuno che si sarebbe potuto attivare, prima e più efficacemente, o che in ogni caso avrebbe potuto controllare, si riesce sempre a trovare. Si chiude così il cerchio, inizia il processo sommario (ben prima che si arrivi a celebrarlo ritualmente nelle aule di tribunale) e *giustizia è fatta*. Che poi, magari a distanza di anni, si arrivi a riconoscere l'assoluta estraneità degli indagati o imputati è un dato destinato a essere relegato nelle brevi di cronaca di quei quotidiani che si sono dimostrati più implacabili nella caccia al colpevole.

Per provare a spiegare le cause di questa furia colpevolista si possono certamente invocare la tendenza a placare l'ansia con la ricerca di responsabili, sino a sfociare nella tentazione del capro espiatorio, e il ben noto circuito mediatico-giudiziario che accompagna l'apertura di indagini su fatti eclatanti; a ben vedere, però, sul piano tecnico-giuridico la matrice di questo guasto risiede soprattutto all'interno del sistema penale, nel combinato esplosivo tra l'improbabile e talora esoterico accertamento del rapporto di causalità e i tormentati rapporti tra responsabilità omissiva e colpa, tra obblighi impeditivi e regole cautelari, tra evanescenza della cosiddetta posizione di garanzia (sia

essa di protezione o di controllo) e fluidità delle regole cautelari, nel complicato crinale tra precauzione e prevenzione. Sono queste le pieghe in cui si annida e prolifera la logica moralizzatrice e spietata del «senno del poi», per la quale tutto è sempre prevedibile e quindi evitabile, tutto ciò che astrattamente «si sarebbe potuto fare» (anche a costo di inibire o bloccare qualsivoglia attività lavorativa, professionale, culturale o ludica che sia) allora anche «si sarebbe dovuto fare» e, in una perversa sovrapposizione di piani, quanto *ex post* era evitabile per ciò solo diviene anche (e sempre) prevedibile. Va aggiunto che, nelle *indifferenziate* contestazioni colpose, una qualche regola cautelare violata – alla fine – la si riesce sempre a scovare: una non meglio specificata negligenza o imprudenza, lieve o grave che sia, sovrastante l'omnicomprensivo e pervasivo dovere di diligenza a cui potersi appellare. Tutto ciò è coerente con la sensazione che, assunta la necessità di trovare *a tutti i costi* un colpevole per placare, col clamore simbolico della giustizia immediata, presunte o reali istanze di protezione sociale, si vada *solo dopo* alla ricerca di eventuali regole cautelari violate o di obblighi prevenzionistici disattesi.

In questo scenario, basterebbe ricordare, soprattutto al cospetto di eventi per natura straordinari, che nel diritto penale *non tutto ciò che è potere è anche dovere* e che il giudizio di evitabilità, contaminato dalla logica del «senno del poi», non può leggersi in modo disgiunto da quello, ad esso preliminare, di prevedibilità, da condurre in una prospettiva di verifica da svolgersi necessariamente *ex ante*.

Si attendono anche qui segnali nuovi e incoraggianti, stavolta da parte del potere giudiziario, che all'*onore* del rivendicato ruolo di co-legislatore deve sapere affiancare l'*onere* di una consapevole capacità auto-limitativa, privilegiando la corretta applicazione dei principi che governano l'imputazione penale alle seduzioni palingenetiche.

Un prototipo, nella direzione auspicata, è rappresentato dalla sentenza della Cassazione (ancora una volta della Sesta sezione) che nel giugno scorso ha posto fine alla vicenda Impregilo<sup>11</sup>. Nel sancire la definitiva assoluzione della società – a processo, ai sensi dell'art. 25-ter, lett. r), del d.lgs. n. 231 del 2001, per un'ipotesi di aggio taggio informativo (art. 2637 c.c.), ascritto a tre persone fisiche e consumato tra il dicembre 2002 e il marzo 2003 –, i giudici rifuggono dalla deriva del *versari in re illicita* e, sposando un modello di colpa di organizzazione aderente ai principi costituzionali, chiariscono come, nella valutazione dell'idoneità del modello organizzativo, vada rigorosamente bandita qualsiasi scorciatoia del *post hoc* (traducibile nell'equazione per cui alla commissione del reato non può non corrispondere l'inidoneità del modello); piuttosto, si sostiene, nella valutazione di idoneità il giudice dovrà sempre collocarsi idealmente nel momento in cui il reato è stato commesso, verificandone la prevedibilità e l'evitabilità al metro della prognosi postuma,

---

<sup>11</sup> Cass., sez. VI, sent. 11 novembre 2021 (dep. 15 giugno 2022), n. 23401, in *Sistema penale*, 27 settembre 2022.

con l'ulteriore precisazione che il sindacato sul modello non deve possedere una portata "totalizzante", ma limitarsi a valutare l'impatto della violazione delle cautele con il rischio di reiterazione del reato della stessa specie.

Un passo avanti importante che non lascia però del tutto tranquilli per il futuro: saprà la magistratura tenere fermo questo 'coraggio interpretativo' anche al di là del campo della responsabilità degli enti, tutto sommato circoscritto e di certo più defilato rispetto allo sguardo colpevolista dell'opinione pubblica?





## PRINCIPIO DI NON REFOULEMENT E LEGITTIMA DIFESA

Ali Abukar Hayo\*

**Sommario:** 1. La “ragion di Stato” e le ragioni della persona. – 2. Il principio di *non refoulement* nel diritto internazionale e sovranazionale. – 3. I criteri di individuazione del Paese “sicuro” e il libero convincimento del Giudice. – 4. La questione della legittima difesa nel caso *Vos Thalassa*.

### ABSTRACT

*Il principio di non refoulement, di produzione giurisprudenziale, trae origine dalle Convenzioni internazionali sulle modalità di accoglienza dei rifugiati e sui doveri di soccorso in mare. Il denominatore comune, secondo l'Autore, si ravvisa nella necessaria connessione con una, più o meno grave e urgente, “emergenza umanitaria”, che impone il discernimento di una destinazione sicura. Il “rifugiato”, ieri identificato in ragione della “discriminazione” subita nella terra di origine, oggi ha lasciato il posto al “fuggitivo”, identificato in ragione del rischio di condizioni di vita altamente degradate. A tale fuggitivo è riconosciuto il diritto soggettivo di non-respingimento in un Paese non-sicuro, sicché sempre e comunque acquista rilevanza centrale la questione del Paese “sicuro”. La giurisprudenza della Corte Europea detta i criteri di discernimento in funzione delle procedure vigenti per la richiesta di asilo. Secondo l'Autore, gli atti legislativi o di Governo non possono fornire un catalogo preciso e rigido dei Paesi sicuri; solo il prudente apprezzamento del Giudice, guidato dai criteri normativi e giurisprudenziali, si rivela conducente. La vicenda Vos Thalassa ci pare abbastanza significativa al riguardo.*

*The principle of non-refoulement is a product of case law and originates from the international Conventions on refugees and the duty of rescue at sea. According to the Author, the common denominator rests on the necessary connection with a, more or less serious and urgent, “humanitarian emergency”, which requires the determination of a safe destination. “Refugees”, previously identified on the basis of the “discrimination” suffered by them in their country of origin, have given way today to “fugitives” running away from harsh living conditions. Such fugitives are granted the subjective right of non-refoulement to a non-secure Country, as a result of which the “security” of the Country always and in any case is a matter of key importance. The case law of the European Court provides the criteria for discernment, depending on the asylum application procedures in place. The Author maintains that legislative or government acts cannot provide a precise strict catalogue of safe Countries; only the prudent appreciation of the Court, based on regulatory criteria and case law, can be effective. The Vos Thalassa case seems to him quite significant in this regard.*

---

\* Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Roma “Unicusano”.

## 1. La “ragion di Stato” e le ragioni della persona.

Nel campo della migrazione si rendono più evidenti e si acquiscono, fino al limite estremo, l'attrito latente e i conflitti potenziali tra le ragioni della persona e la “ragion di Stato”. La possibilità di scegliere il luogo di dimora, secondo il proprio progetto di vita e le inclinazioni personali, può essere pensato senz'altro come un complemento necessario dello statuto giuridico naturale della persona<sup>1</sup>. Al contempo la prerogativa dello Stato di difendere i propri confini ed esercitare il controllo sul territorio sottoposto alla sua sovranità è condizione essenziale, non solo della sua stessa effettività, ma anche della pacifica convivenza internazionale, basata sul mutuo riconoscimento degli Enti sovrani. Ne discende che un diritto soggettivo di ogni persona umana a fare ingresso nel territorio di uno Stato straniero (diverso da quello della propria nazionalità) non può essere pieno e assoluto, ma soltanto e necessariamente condizionato. Il rispetto delle regole d'ingresso, fissate dallo Stato “ricevente”, costituisce il presupposto essenziale per entrare in quel determinato territorio, cosicché può ritenersi sussistente un diritto, non già all'ingresso purchessia, ma solo a quello “regolare”.

Ne discende la domanda se sia configurabile un diritto soggettivo al non respingimento e, eventualmente, a quali condizioni. S'intende facilmente che configurare il diritto generalizzato e incondizionato al non-respingimento equivale a riconoscere un diritto d'ingresso, alla stessa maniera e parimenti, generalizzato e incondizionato, per l'ovvia considerazione che non-respingere equivale a far entrare, sicché il soggetto che non viene respinto, per ciò stesso fa ingresso.

Ciò premesso, risulta evidente che la questione del diritto al non-respingimento e quella connessa della legittima difesa di tale diritto acquistano autonoma rilevanza in un contesto “emergenziale”, al di fuori del quale si pone solo la questione se l'ingresso sia regolare o irregolare e se ne traggono le conseguenze in ordine al respingimento. L'indefettibile presupposto logico-giuridico del *non-refoulement* è la condizione di “rifugiato” (del beneficiario), la quale sempre e comunque si configura in termini di “emergenza umanitaria”; e tanto più, quando la vicenda riguarda una pluralità di persone in fuga da condizioni di vita insostenibili e si verte nell'ambito del “salvataggio” di vite umane<sup>2</sup>. In casi di emergenza umanitaria di massima

---

<sup>1</sup> In questo senso CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sist. pen.*, 4/2022, 43 ss. Sul presupposto dei diritti fondamentali dei migranti, l'Autore evidenzia gli effetti distorsivi dell'adozione, ad opera del legislatore, del “controllo dei flussi”.

<sup>2</sup> In argomento, tra gli altri, cfr. MARCHEGIANI, *Il principio di non - refoulement ai tempi del covid-19*, in *Dir., Imm. Citt.*, 3/2021, 28 ss.; IPPOLITO, *Understanding Vulnerability in International Human Rights Law*, Napoli, 2020; MASERA, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos Thalassa)*, in [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org), 24 giugno 2019; BOLOGNESE, *Il diritto di asilo costituzionalmente garantito versus il concetto di 'Stato terzo sicuro' nel parere dell'assemblea generale del Consiglio di Stato francese*, in [www.questionegiuristica.it](http://www.questionegiuristica.it).

urgenza, che involgono il dovere di soccorso e salvataggio immediato, il paradigma della “regolarità” lascia il posto a quello della “necessità” e il diritto che viene in rilievo è quello prioritario della sicurezza delle persone soccorse, ovviamente prevalente su qualsiasi altro. E tuttavia, anche negli altri casi di minore urgenza, nei quali non viene in rilievo la necessità del soccorso immediato, si verte, sempre e comunque, in tema di emergenza umanitaria, giacché la questione del *non-refoulement* si intreccia inestricabilmente con quella del diritto di asilo<sup>3</sup>, da prestare al “rifugiato”, ossia al soggetto in fuga dal pericolo che corrono la sua persona e i suoi diritti naturali.

Ne discende che le questioni relative al diritto (prioritario) della sicurezza personale diventano decisive e assorbenti rispetto a tutte le altre. Se il “salvataggio” delle vite umane prevale, per ragioni evidenti – in relazione alle quali è assolutamente superfluo spendere altre parole – sulla regolarità d’ingresso, il punto decisivo si riduce a uno solo: i “salvati” possono dirsi tali solo se condotti in un posto sicuro, nel quale la loro incolumità non è messa in pericolo. La *ratio* stessa del salvataggio impone che il beneficiario sia condotto in un luogo sicuro; non è tanto questione di respingimento/non-respingimento quanto di approdo sicuro/insicuro. A questa stregua, le sottigliezze giuridiche devono cedere il passo alle valutazioni concrete di opportunità; per certi versi, la questione veste panni politici (in senso lato) più che giuridici (in senso stretto)<sup>4</sup>, anche perché i principi di diritto internazionale involti nella vicenda nascono da convenzioni internazionali politicamente orientate, dall’interpretazione comunque “flessibile” e “aperta”.

*stizia.it*, 3 ottobre 2018; DEL GUERCIO, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2016; LENZERINI, *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. dir. intern.*, 3/2012, 721 ss.; SALERNO, *L’obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Dir. umani e diritto internazionale*, 4/2010, 487 ss.; BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in PINESCHI, (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, 167.

<sup>3</sup> Non a caso, come meglio si dirà nel paragrafo successivo, i criteri del non-respingimento nei Paesi non-sicuri tengono conto delle procedure ivi vigenti per la concessione del diritto di asilo.

<sup>4</sup> La centralità della questione attinente alla “sicurezza” del Paese terzo (verso il quale si opera l’eventuale respingimento) e l’“opinabilità” politica (in senso lato) della “materia del contendere” emergono, anche per via dell’evidente connessione con l’orientamento governativo sul diritto di asilo; ne è testimonianza la difformità di vedute in seno agli organi di Governo francese, in ordine alla compatibilità tra il diritto di asilo costituzionalmente garantito e la direttiva “procedure” della UE; sul punto BOLOGNESE, *Il diritto di asilo costituzionalmente garantito versus il concetto di ‘Stato terzo sicuro’ nel parere dell’assemblea generale del Consiglio di Stato francese*, in *www.questionegiustizia.it*, 3 ottobre 2018.

## 2. Il principio di *non refoulement* nel diritto internazionale e sovranazionale.

Le superiori osservazioni trovano conferma nel quadro normativo interno e internazionale<sup>5</sup>, in cui è esplicitamente disciplinato, piuttosto che il diritto al non-respingimento, il dovere di soccorso<sup>6</sup>; e tuttavia, in relazione alle modalità doverose del secondo, sorge implicitamente il primo, di origine giurisprudenziale, il cui riconoscimento comporta evidentemente la possibilità della legittima difesa ex art. 52 c.p.. Le nostre questioni trovano dunque una prima risposta: la necessità e il dovere di apportare soccorso circoscrivono la cornice di riferimento entro la quale si può iscrivere il diritto al non-respingimento, che non sussiste come diritto autonomo bensì come conseguenza del dovere del soccorritore di condurre la persona soccorsa in un luogo sicuro<sup>7</sup>. A tale dovere corrisponde non già il diritto del soggetto a non essere respinto *tout court*, bensì il *diritto a non essere respinto in un luogo insicuro*. Sicché tale diritto, proprio perché sorge di riflesso e in un ambito circoscritto dall'emergenza, non si può enunciare in positivo e privo di condizioni, perché in tal caso equivarrebbe a un impossibile diritto incondizionato d'ingresso, ma solo in negativo, come diritto a *non* essere trasportato (dal soccorritore) in un luogo *non sicuro*.

In sintesi, la cornice concettuale entro la quale è ristretta la questione del *non refoulement* è segnata da un *inizio* e una *fine*: il presupposto è la condizione di "rifugiato", la fine è la "sicurezza" del luogo di accoglimento; si tratta, come ben si vede, di categorie ben lontane dal parametro della "re-

<sup>5</sup> Cfr. PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2019, 507 ss.; Id., *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3/2017, 1 ss.; Rizzo, *Sicurezza della vita umana in mare*, in *Riv. Dir. Eco. Tra. Amb.*, Vol. IX, 2011, 395 ss.

<sup>6</sup> Vengono in rilievo, in primo luogo, le norme convenzionali che regolano l'obbligo di soccorso in mare, a cominciare dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare UNCLLOS (*United Nations Convention on the law of the sea*), la quale venne aperta alla firma a Montego Bay il 10 dicembre 1982 ed entrò in vigore in Italia il 16 novembre 1994 e fu ratificata con la L. 2 dicembre 1994, n. 689. L'art. 98, comma 1, della Convenzione UNCLLOS prevede che il comandante della nave deve prestare soccorso «a chiunque sia trovato in mare in pericolo di vita quanto più velocemente possibile», nei limiti della ragionevolezza dell'intervento; al comma secondo, invece, è stabilito che ogni Stato costiero è tenuto a «promuovere l'istituzione, l'attivazione e il mantenimento di un adeguato ed effettivo servizio di ricerca e soccorso relativo alla sicurezza in mare e, ove le circostanze lo richiedano, di cooperare a questo scopo attraverso accordi regionali con gli Stati limitrofi». Quanto enunciato dalla Convenzione UNCLLOS costituisce un'esplicazione di due accordi internazionali, tutt'oggi in vigore, elaborati a suo tempo dalla IMO, (*International Maritime Organization*), ossia la Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare, SOLAS (*Safety of Life at Sea*), aperta alla firma a Londra il 1 novembre 1974, entrata in vigore il 25 maggio 1980, ratificata con L. 23 maggio 1980, n. 313 e la Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo, SAR (*Search and Rescue*), aperta alla firma ad Amburgo il 27 aprile 1979, entrata in vigore il 22 giugno 1985, ratificata con L. 3 aprile 1989, n. 147.

<sup>7</sup> La connessione tra il "soccorso" e il "*non refoulement*" emerge chiaramente in PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, cit., 507 ss.; Id., *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, cit., 1 ss.

golarità” (di transito da un Paese a un altro). Ciò si deve al fatto che la situazione emergenziale, per sua stessa natura, è cogente, nel senso che, per tutta la sua durata, “sospende” la condizione giuridica della persona soccorsa, la quale non è più un migrante “regolare” o “irregolare”, ma semplicemente una persona umana, ricondotta alla sua originaria carnalità, nuda e priva di qualifica giuridica.

Infatti, il principio di *non-refoulement*, riconosciuto come “diritto vivente” nella giurisprudenza nazionale e internazionale, non riguarda l’ordinario flusso migratorio per ragioni turistiche, di lavoro, interscambio culturale, economico etc., svolto in condizioni di “normalità”, ma trae origine dal diritto internazionale sui rifugiati, la cui prima fonte può individuarsi nella Convenzione della Società delle Nazioni relativa allo status dei rifugiati del 1933<sup>8</sup>. Si può inoltre ravvisare una fonte collaterale, meno conosciuta, afferente al diritto internazionale, bilaterale o multilaterale, di cooperazione penale<sup>9</sup>; se ne scorgono tracce, già prima del XX secolo, nei trattati di estradizione o “restituzione” di sospetti o condannati in contumacia<sup>10</sup>. Oggi la materia è disciplinata dall’art. 33, comma 1, della Convenzione relativa allo status dei rifugiati di Ginevra del 1951<sup>11</sup>, rubricato “divieto d’espulsione e di rinvio al confine”, così formulato: «Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche»<sup>12</sup>. La protezione giuridica del “rifugiato”, prevista nella

<sup>8</sup> *Convention of 28 October, 1933 relating to the International Status of Refugees League of Nations, Treaty Series* Vol. CLIX No. 3663

<sup>9</sup> I termini del principio risultano sanciti in alcuni strumenti convenzionali e atti di *soft law* antecedenti al XX secolo come ad esempio l’ *Arrangement relatif au Statut Juridique des Réfugiés Russes et Arméniens*, 30 giugno 1928, *League of Nations Treaty Series*, vol. 89, 53, punto 7.

<sup>10</sup> Cfr. *International Commission of Jurists (ICJ)*, *Transnational Injustices: National Security Transfers and International Law*, Ginevra, 2017 ([www.icj.org/wp-content/uploads/2017/09/Europe-Transnational-Injustices-Publications-Reports-Thematic-reports-2017-ENG.pdf](http://www.icj.org/wp-content/uploads/2017/09/Europe-Transnational-Injustices-Publications-Reports-Thematic-reports-2017-ENG.pdf)). Per una disamina del diritto internazionale sull’immigrazione, cfr. ICJ, *Migration and International Human Rights Law*, Ginevra, 2014 (seconda ed.) su [www.icj.org](http://www.icj.org). La prima edizione disponibile in italiano è: *Immigrazione e normativa internazionale dei diritti umani - Raccolta di giurisprudenza e normativa internazionale*, Ginevra, 2012, consultabile su [www.icj.org](http://www.icj.org).

<sup>11</sup> La Convenzione di Ginevra del 1951, anche conosciuta, appunto, come Convenzione relativa allo status dei rifugiati, rappresenta, dal punto di vista giuridico, un trattato internazionale multilaterale delle Nazioni Unite approvato nella Conferenza di Ginevra del 28 luglio 1951. Tracce del principio di *non refoulement* si possono scorgere nel Protocollo addizionale n. 4 della *Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e della Libertà fondamentali*, che riconosce ulteriori diritti e libertà fondamentali, rispetto a quelli già previsti e garantiti dalla Convenzione medesima, nonché dal primo Protocollo addizionale alla Convenzione, emendato dal protocollo n. 11.

<sup>12</sup> Il principio di *non refoulement* nasce dunque dall’obbligo degli Stati Parte della Convenzione di Ginevra, di non trasferire, in maniera diretta o indiretta, un rifugiato o un richiedente asilo in un luogo nel quale la sua vita o la sua libertà sarebbe posta in pericolo in relazione ai concetti di razza, religione o nazionalità od ancora alla sua appartenenza ad un determinato gruppo sociale o a causa delle sue opinioni politiche. Il diritto della persona (del rifugiato) è un riflesso del dovere

Convenzione, non ha carattere assoluto, in quanto nel secondo comma del medesimo articolo è contemplata un'eccezione nel caso in cui «per motivi seri, (...) debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del Paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto Paese»<sup>13</sup>.

È bene precisare che lo *status* di “rifugiato” non ha carattere derivato, ma originario, nel senso che non è necessario un esplicito atto di riconoscimento dello Stato accogliente, con l'evidente conseguenza che i potenziali richiedenti asilo, anche se non espressamente richiedenti, rientrano nella sfera di protezione del principio. Ciò, tuttavia, non è sufficiente a equiparare la figura del “rifugiato” a quella del “migrante”, essendo la prima una *species*, caratterizzata dal presupposto specifico della discriminazione subita dal “rifugiato” nello Stato di partenza a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche; beninteso una discriminazione tanto grave, da minacciarne “la vita o la libertà”.

Un'accezione più ampia del principio – inizialmente legato, ai sensi della Convenzione di Ginevra, allo *status* di “rifugiato-discriminato” (ancorché preesistente al riconoscimento dello Stato *accipiens*) e comunque gravato di clausola derogatoria – si deve oggi alla giurisprudenza della Corte EDU, che gli conferisce carattere esteso e lo sgancia dal presupposto “persecutorio-discriminatorio”<sup>14</sup>. Il principio, nell'accezione della Corte, viene riconosciuto valido, non già solo in ragione di un *passato* (consistente nella discriminazione subita), ma anche in ragione di un rischio *futuro*, come si evince dalla sentenza emessa nel caso Soering c. Regno Unito: «(...) se uno Stato Parte decide di estradare un fuggitivo (...), tale decisione può dar luogo a una procedura per violazione dell'art. 3, in tal modo comportando la responsabilità di tale Stato in base alla Convenzione se sia dimostrata l'esistenza di motivi

---

che incombe sullo Stato *accipiens*.

<sup>13</sup> Il principio di *non refoulement* viene oggi universalmente riconosciuto come vincolante, in base al diritto internazionale consuetudinario, per quanto non espressamente richiamato nelle Convenzioni. Sul punto si è espresso lo stesso Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati, sancendo che, detto principio, così come contenuto nell'art. 33 della Convenzione del 1951 si pone a completamento del quadro dei diritti umani, ed è idoneo a soddisfare i requisiti della pratica consuetudinaria.

Sulla natura consuetudinaria e imperativa del *non refoulement*, cfr. per tutti LENZERINI, *op. cit.*, 725; TREVISANUT, *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, in *Max Planck UNYB* 12 (2008), 205 ss.

<sup>14</sup> Tra le pronunce più significative, si confrontino Corte EDU, *Vilvarajah e al. c. Regno Unito*, ricorsi n. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, sentenza del 30 ottobre 1991; *Chahal c. Regno Unito*, ricorso n. 22414/93, sentenza del 15 novembre 1996; *H.L.R. c. Francia*, ricorso n. 24573/94, (GC), sentenza del 29 aprile 1997; *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, ricorso n. 1948/04, sentenza dell'11 gennaio 2007; *Saadi c. Italia*, ricorso n. 37201/06, sentenza del 28 febbraio 2008; *Hirsi Jamaa e al. c. Italia*, ricorso n. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012.

sostanziali per ritenere che la persona coinvolta, se estradata, correrebbe il *rischio reale di essere sottoposta, nel Paese richiedente, a tortura o ad altro trattamento (o punizione) inumano o degradante*<sup>15</sup>.

S'intende che la cornice di riferimento del principio enunciato dalla Corte Europea per i Diritti dell'Uomo è sempre e comunque, non già l'ordinario flusso migratorio, bensì, come detto, una situazione emergenziale, designata in termini di "fuga"; infatti, il beneficiario del principio di *non refoulement* è qualificato come "fuggitivo". I limiti di applicazione del principio sono ribaditi dalle Convenzioni internazionali riguardanti il soccorso in mare.

Viene in rilievo, in primo luogo, la Convenzione SOLAS<sup>16</sup>, che al capitolo V, Regolamento 33, par. 1, prevede che «il comandante di una nave in posizione idonea a prestare assistenza, che abbia ricevuto informazioni sulla presenza di persone in una situazione di pericolo in mare, è obbligato a procedere con tutta rapidità alla loro assistenza»<sup>17</sup>. Al contempo, il Regolamento 7, par.

---

<sup>15</sup> *Soering c. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88, sentenza del 7 luglio 1989, par. 91. Sulla valutazione della responsabilità derivante dalla violazione del principio, così prosegue la Corte: «la determinazione di tale responsabilità comporta inevitabilmente una valutazione alla stregua degli standard previsti dall'art. 3 delle condizioni esistenti nel Paese richiedente, seppure non si tratti di sottoporre a giudizio lo Stato di destinazione, o di determinarne una responsabilità alla stregua del diritto internazionale generale, della Convenzione o sotto qualsiasi altro profilo. Nella misura in cui una responsabilità emerga o possa emergere ai sensi della Convenzione, essa grava sullo Stato parte che estrada, per la ragione che esso ha intrapreso un'azione che ha come diretta conseguenza quella di esporre un individuo al maltrattamento vietato».

<sup>16</sup> Il 1° novembre 1974 a Londra venne sottoscritta da 70 Paesi la "Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare" (International Convention for the Safety of Life at Sea - SOLAS 1974), entrata in vigore sul piano internazionale il 25 maggio 1980. La SOLAS 1974 è stata resa esecutiva in Italia con la l. 23 maggio 1980, n. 313 ed è entrata in vigore per il nostro Paese l'11 settembre 1980. Per un commento della SOLAS si vedano, tra gli altri, Rizzo, *Sicurezza della vita umana in mare*, cit., 395 ss.; CAMARDA, *L'evoluzione della normativa internazionale, comunitaria e nazionale vigente in materia di sicurezza della navigazione e prevenzione dell'inquinamento marino*, in *Riv. giur. Ambiente*, 5/2001, 699 ss.; BOISSON, *Safety at sea. Policies, regulations & international law*, Paris, 1999, 200 ss.; GRIGOLI, *Introduzione al nuovo volto del diritto della navigazione*, Torino, 1995, 241 ss.; LEANZA, *La sicurezza marittima nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento italiano*, in *Nuovi saggi di diritto del mare*, Torino, 1988, 277 ss.; RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo*, Milano, 1987, 1938 ss.

<sup>17</sup> Si riporta il testo della *Regulation 33*, par. 1, dal titolo *Distress messages: obligations and procedures*: «*The master of a ship at sea which is in a position to be able to provide assistance, on receiving a signal from any source that persons are in distress at sea, is bound to proceed with all speed to their assistance, if possible informing them or the search and rescue service that the ship is doing so. If the ship receiving the distress alert is unable or, in the special circumstances of the case, considers it unreasonable or unnecessary to proceed to their assistance, the master must enter in the log-book the reason for failing to proceed to the assistance of the persons in distress, taking into account the recommendation of the Organization to inform the appropriate search and rescue service accordingly.*».

Analogamente l'art. 10, par. 1, della *International Convention on Salvage*, firmata il 28.4.1989, resa esecutiva in Italia con la l. 12.4.1995, n. 129, intitolato *Duty to render assistance*, sancisce: «*Every master is bound, so far as he can do so without serious danger to his vessel and persons thereon, to render assistance to any person in danger of being lost at sea.*».

1, prevede che gli Stati parte sono tenuti «a garantire che vengano presi gli accordi necessari per le comunicazioni di pericolo e per il coordinamento nella propria area di responsabilità e per il soccorso di persone in pericolo in mare lungo le loro coste»<sup>18</sup>.

La ricerca e il soccorso sono disciplinati dalla Convenzione SAR<sup>19</sup>, la quale prevede una ripartizione d'intesa tra gli Stati interessati delle zone di ricerca e salvataggio<sup>20</sup>. Ai sensi del par. 2.1.10 dell'Annesso, le Autorità dello Stato competente devono intervenire immediatamente assicurando «(...) che sia fornita assistenza a ogni persona in pericolo in mare (...) senza tener conto della nazionalità o dello *status* di tale persona, né delle circostanze nelle quali è stata trovata»<sup>21</sup>. Inoltre, ai sensi del par. 1.3.2 dell'Annesso alla Convenzione SAR, per salvataggio si intende una «operazione destinata a recuperare le persone in pericolo e a prodigare loro le prime cure mediche o altre di cui potrebbero aver bisogno e a trasportarle in un *luogo sicuro*»<sup>22</sup>. L'espressione «luogo sicuro» viene utilizzata altresì nel par. 3.1.9 della Convenzione di Amburgo, laddove il soccorritore è gravato dell'onere di garantire che «i superstiti assistiti siano sbarcati dalla nave che ha prestato assistenza e consegnati in un *luogo sicuro*» e che «lo sbarco sia effettuato al più presto, come ragionevolmente praticabile»<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Regulation 7, par. 1, SOLAS, intitolata *Duty to render assistance*, secondo cui «Each Contracting Government undertakes to ensure that any necessary arrangements are made for coast watching and for the rescue of persons in distress at sea round its coasts. These arrangements should include the establishment, operation and maintenance of such maritime safety facilities as are deemed practicable and necessary having regard to the density of the seagoing traffic and the navigational dangers and should, so far as possible, afford adequate means of locating and rescuing such persons».

<sup>19</sup> *International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR)*, firmata ad Amburgo il 27.4.1979 nell'ambito dell'*International Maritime Organization (IMO)*, resa esecutiva in Italia con la l. 3.4.1989, n. 147, e attuata con il d.p.r. 28.4.1994, n. 662.

<sup>20</sup> La collaborazione tra l'Italia e la Libia, nell'ambito degli accordi derivanti dalla Convenzione SAR, è stata ribadita, perfezionata e ulteriormente disciplinata con il *Memorandum* di intesa tra Italia-Libia del 2 febbraio 2017. Cfr. nota 41.

<sup>21</sup> Par. 2.1.10 della *International Convention on maritime search and rescue*, 1979, prevede che «Parties shall ensure that assistance be provided to any person in distress at sea. They shall do so regardless of the nationality or status of such a person or the circumstances in which that person is found».

<sup>22</sup> Par. 1.3.2 della *Resolution MSC.167(78)*, intitolata *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued At Sea*, del 20.05.2004.

<sup>23</sup> Par. 3.1.9 della *Resolution MSC.167(78)*, intitolata *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued At Sea*, del 20.05.2004, secondo cui: «Parties shall co-ordinate and co-operate to ensure that masters of ships providing assistance by embarking persons in distress at sea are released from their obligations with minimum further deviation from the ships' intended voyage, provided that releasing the master of the ship from these obligations does not further endanger the safety of life at sea. The Party responsible for the search and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and co-operation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization. In these cases, the relevant Parties shall arrange for such disembarkation to be effected as soon as reasonably practicable».



### 3. I criteri di individuazione del Paese “sicuro” e il libero convincimento del Giudice.

Risulta evidente, dunque, che il punto dirimente è la sicurezza del luogo di destinazione dei salvati. Sul discernimento del “luogo sicuro” le Convenzioni Internazionali non indicano, e giammai potrebbero indicare, certezze risolutive<sup>24</sup>. Né tanto meno può indicarle, una volta per tutte, una norma legislativa interna. In una materia siffatta, possono tutt'al più ravvisarsi criteri di massima e linee guida d'interpretazione giurisprudenziale, poiché la rigidità e la precisione della previsione *ex ante* mal si conciliano con la mutevolezza del divenire storico-politico; ciò che appare sicuro oggi potrà divenire insicuro domani e viceversa. Sicché il ragionevole discernimento del Giudice del caso concreto, con il suo insostituibile margine di discrezionalità, sarà sempre e comunque indispensabile ed è un bene che sia così, giacché la purezza astratta del “diritto” è una chimera irraggiungibile, oltre che pericolosa; tanto più in una materia politicamente orientata, come quella riguardante i rapporti di collaborazione tra Stati sovrani.

In primo luogo, i criteri generali risultano enunciati in seno all'art. 38 della Direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (la cosiddetta “direttiva procedure”). La figura del «Paese terzo sicuro» è identificata “in negativo”, in base alla *mancata sussistenza* di alcuni presupposti; il Paese è considerato sicuro e la domanda di protezione internazionale<sup>25</sup> è ammissibile a condizione che: a) non sussistano minacce alla vita e alla libertà (del richiedente) per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale; b) non sussista il rischio di danno grave definito nella direttiva 2011/95/UE; c) sia rispettato il principio di “non-refoulement” conformemente alla convenzione di Ginevra; d) sia osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale; e) esista la

---

<sup>24</sup> L'individuazione del *place of safety* è divenuta una questione centrale nelle relazioni internazionali. Nel 2004 gli Stati membri dell'IMO (*International Maritime Organization*) hanno adottato degli emendamenti alle Convenzioni SOLAS e SAR volti ad implementare gli obblighi di coordinamento e di cooperazione tra gli Stati e a ridurre al minimo gli inconvenienti per la nave che presta assistenza. Si tratta di indicazioni “a maglie larghe”, lungi dal predisporre un rigido elenco di Paesi sicuri. Nella *Regulation* 33, par. 1-1, SOLAS, e nel Capitolo 3.1.9 dell'Allegato alla Convenzione SAR, tuttavia, si richiede agli Stati aderenti di cooperare al fine di liberare quanto prima i comandanti delle navi coinvolte nelle attività di salvataggio e di assicurare ai naufraghi il riparo in un *luogo sicuro* in tempi, per quanto possibile, ragionevoli.

Sulla problematica relativa all'individuazione del “luogo sicuro” vedi TUMMINELLO, *Il soccorso in mare: i concetti di “porto sicuro” e “porto vicino” nel diritto internazionale*, in *Iusinitinere*, 10 agosto 2019; CASU, *Le zone Sar*, in *Iusinitinere*, 3 marzo 2019.

<sup>25</sup> Sulla domanda di protezione cfr. art. 33 direttiva 2013/32/UE.

possibilità di chiedere lo *status* di rifugiato e, per chi è riconosciuto come rifugiato, ottenere protezione in conformità della convenzione di Ginevra<sup>26</sup>.

A tali criteri generali ha dato applicazione la Grande Camera della Corte EDU, nel recente caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*<sup>27</sup>. I richiedenti contestavano gli atti dell'Autorità ungherese, la quale, considerando la Serbia un Paese "sicuro", dichiarava inammissibili le richieste d'asilo di chi ne avesse attraversato la frontiera "irregolarmente". La Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 3 della Convenzione, osservando che il respingimento «lascia intatta la responsabilità dello Stato contraente in merito al suo dovere di non deportare (i migranti) se siano stati presentati motivi sostanziali per credere che una tale azione possa esporli direttamente (cioè in quel Paese terzo) o indirettamente (per esempio, nel Paese di origine o in altro Paese) a un trattamento contrario, in particolare, all'articolo 3»<sup>28</sup>. In sintesi, la qualifica di sicurezza, declinata nella versione della Corte, non riguarda solo il Paese (terzo) direttamente investito dall'eventuale flusso migratorio respinto, ma anche il Paese di origine dove i "respinti" sarebbero costretti a tornare, per mancata accettazione della loro richiesta d'asilo nel Paese terzo; si può dire che la giurisprudenza europea accoglie una nozione lata di sicurezza, in accezione diretta e indiretta.

L'applicazione del principio di *non refoulement* involge dunque la questione centrale: se la persona abbia accesso o meno a una procedura di asilo adeguata nel Paese terzo che lo riceverà<sup>29</sup>; non si potrà respingere il migrante, senza valutare il rischio che, in mancanza di asilo, la persona possa essere sottoposta a un trattamento contrario all'articolo 3 nel Paese di origine. Sul

---

<sup>26</sup> Sul rapporto problematico tra le clausole di esclusione previste dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e gli obblighi a tutela dei diritti fondamentali si rinvia a PITEA, *La Corte EDU compie un piccolo passo in avanti sui Paesi terzi "sicuri" e un preoccupante salto all'indietro sulla detenzione di migranti al confine. A margine della sentenza della Grande Camera sul caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, *Dir. Imm. citt.*, 3/2020, 193 ss.; MARCHEGIANI, *Clausole di esclusione del riconoscimento dello status di rifugiato, principio di non refoulement ed incidenza delle pronunce di un tribunale penale internazionale in una recente sentenza del Consiglio di Stato francese*, in *Dir. um. e dir. intern.*, 3/2019.

<sup>27</sup> Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15. Per un commento alla decisione, v. STOYANOVA, *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary: Immigration Detention and how the Ground beneath our Feet Continues to Erode*, in *Strasbourg Observers*, 23.12.2019; GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria* (Parte I - espulsione e Art. 3 CEDU e Parte II), in *ADiM Blog*, 12/2019; PENASA, *Le politiche migratorie "al confine": la Corte EDU tra nozione di "paese terzo sicuro" e di restrizione della libertà delle persone richiedenti asilo. Il caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2020; ZIRULIA, *Per Lussemburgo è "detenzione", per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo? - Riflessioni a margine di CGUE, Grande Camera, 14 maggio 2020, cause riunite C 924/19 e C 925/19 PPU (FMS e FNZ) e C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 21 novembre 2019, Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Sist. pen.*, 25 maggio 2020.

<sup>28</sup> *Ilias e Ahmed* (Grande Camera), cit., par. 129.

<sup>29</sup> *Ilias e Ahmed* (Grande Camera), cit., par. 131.

punto così si esprime la Corte nel caso Ilias e Ahmed: «in tutti i casi di spostamento di un richiedente asilo da uno Stato contraente a un Paese terzo intermedio senza esame della domanda d'asilo nel merito, e indipendentemente dall'appartenenza dello Stato terzo all'UE o alla Corte EDU, resta il dovere dello Stato espellente di valutare in dettaglio se vi sia o meno il rischio reale che il richiedente asilo si veda negare, nel Paese terzo, l'accesso a una procedura d'asilo adeguata e che possa proteggerlo/la dal *refoulement*. Se viene stabilito che le garanzie esistenti in merito sono insufficienti, l'articolo 3 implica un obbligo di non ricollocamento dei richiedenti asilo verso tale Paese terzo»<sup>30</sup>.

Si è detto poc'anzi che l'accezione del principio, da parte della giurisprudenza europea, è più ampia rispetto a quella derivante dalla lettera della Convenzione di Ginevra, perché guarda al rischio futuro del migrante, oltre che al patimento passato. Inoltre, la nozione di "fuggitivo" viene estesa anche al "migrante economico", nella fase di "prima accoglienza". Infatti, in risposta all'obiezione di alcuni Stati, la Corte ha chiarito che, quando si utilizza una procedura di rimozione verso un Paese terzo, senza esaminare la richiesta d'asilo nel merito, «non è possibile sapere se la persona da espellere rischi un trattamento contrario all'articolo 3 nel suo Paese di origine o sia un mero migrante economico. È solo attraverso una procedura giuridica risultante in una decisione di valore giuridico che una valutazione su questo punto può essere eseguita e può far fede». In dettaglio, «una valutazione *post-factum* che il richiedente asilo non correva nessun rischio nel suo Paese di origine non può assolvere lo Stato retrospettivamente da tale obbligo procedurale»<sup>31</sup>.

Resta fermo comunque il caposaldo giustificativo del principio di *non refoulement*, ossia il presupposto emergenziale che oppone il paradigma della "necessità" a quello della "regolarità", senza il quale perfino il "turista", e non solo il "migrante", avrebbe sempre e comunque il diritto d'ingresso in territorio straniero, pure in violazione delle regole dello Stato *accipiens*. A ben vedere, l'emergenza umanitaria, che fa del mero trasferimento territoriale una vera e propria "fuga", è la *condizione senza la quale non* può configurarsi un diritto soggettivo che la persona fisica può legittimamente difendere.

---

<sup>30</sup> *Ilias e Ahmed* (Grande Camera), cit., par. 134.

<sup>31</sup> *Ilias e Ahmed* (Grande Camera), cit., par. 137. In merito alla valutazione, la Corte EDU così si esprime: «mentre è onere del richiedente asilo di allegare le proprie circostanze individuali che non possono essere a conoscenza delle autorità nazionali, queste stesse autorità devono procedere di propria iniziativa a una valutazione aggiornata, in particolare, dell'accessibilità e del funzionamento del sistema d'asilo del Paese ricevente e delle garanzie che dia in pratica. La valutazione va condotta principalmente con riferimento ai fatti che fossero conosciuti dalle autorità nazionali al momento dell'espulsione, ma è obbligo di quelle autorità ricercare a tal fine ogni informazione rilevante che sia generalmente accessibile (...). Vi è una presunzione di conoscenza per quanto concerne carenze generali che siano ben documentate in rapporti autorevoli, in particolare quelli dell'Unhcr, del Consiglio d'Europa e dell'Ue. (...) [Lo Stato espellente] deve, come prima cosa, verificare come le autorità di quel Paese applichino in concreto la loro legislazione sull'asilo» (par. 139).

Le Convenzioni internazionali, come si è detto, codificano solo un dovere di soccorso dello Stato, condizionato alla “sicurezza” della meta finale; ebbene, non tutti i doveri dello Stato fanno nascere diritti soggettivi della persona. Al di fuori del quadro emergenziale, non sarebbero in gioco la vita e l’incolumità della persona, ma solo l’ingresso nel territorio dello Stato; e poiché non è sostenibile un ingresso “libero” *tout court*, solo il bene superiore della vita e dell’incolumità personale può giustificare che, dal dovere convenzionale gravante sullo Stato, si tragga un diritto soggettivo della persona.

In conclusione, ci pare che la cornice di riferimento emergenziale sia alla base del principio di *non refoulement*, giacché, solo in condizioni di emergenza umanitaria, le modalità d’esercizio dei doveri incombenti sugli Stati Parte delle convenzioni internazionali incidono sulla condizione “psicofisica” e sui diritti naturali della persona; e quando non sono in ballo i beni personali primari, è in ballo solo la “regolarità” d’ingresso, ossia una condizione non originaria della persona fisica, bensì un *quid* “derivato” dalle regole interne dello Stato *accipiens* e dunque tutt’al più una sorta di legittima aspettativa. S’intende poi che l’emergenza umanitaria può riguardare anche il singolo individuo richiedente asilo; ciò che conta realmente è la condizione di “fuggitivo”; e ovviamente la “fuga” dal pericolo di persecuzione e trattamenti degradanti non connota solo le vicende degli esodi collettivi, ma anche vicende personali.

#### 4. La questione della legittima difesa nel caso *Vos Thalassa*.

A questa stregua, si ribadisce che risulta decisivo individuare il Paese “sicuro”, per esclusione dal novero dei Paesi “non sicuri”<sup>32</sup>. In proposito, si oscilla tra due estremi, entrambi rischiosi: da un lato, l’automatismo della “sicurezza” prefigurata; dall’altro, la piena discrezionalità del Giudice del caso concreto. Il primo estremo è contraddistinto dalla pre-visione normativa, con tutti i limiti di ogni valutazione *ex ante*; il secondo postula una valutazione *ex post*, non guidata da criteri individuati *ex ante* e perciò potenzialmente “arbitraria”.

In riferimento al primo estremo, possiamo osservare che nelle relazioni internazionali tra gli Stati si assiste a una progressiva erosione dei margini di discrezionalità amministrativa e giudiziaria, giacché si tende a prestabilire un elenco preciso dei Paesi sicuri. Si pensi, a titolo meramente esemplifica-

---

<sup>32</sup> In argomento FRIGO, *I paesi sicuri alla prova del diritto internazionale*, in *Questione Giustizia*, 1/2020, PITEA, *La nozione di «Paese di origine sicuro» e il suo impatto sulle garanzie per i richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 3/2019, 627 ss.; LENZERRINI, *op. cit.*, 733. In particolare l’A. nota come questo tema sia «assai dibattuto e di non agevole soluzione. Di fatto, sostenere che il divieto di cui si tratta non possa essere sottoposto ad alcuna deroga equivarrebbe a sostenerne la natura cogente; già di per se stessa, questa costruzione non potrebbe fare altro che sollevare delle perplessità, vista la generale cautela con cui si tende ad affrontare la tematica dello *jus cogens*».

tivo, ai vari *travel bans* di Donald Trump negli Stati Uniti, al sistema comune europeo di asilo, che uniforma i criteri di accoglienza degli Stati nazionali, ai decreti interministeriali vigenti in Italia, che fissano le linee guida in detta materia. Orbene, se gli interventi dei Governi nazionali mirano a stilare una lista preventiva dei Paesi sicuri, la cui rigidità impedisce il libero discernimento del Giudice, il rischio, già menzionato, è ben evidente: gli eventi (imprevedibili) di oggi possono radicalmente mutare il quadro di riferimento di ieri. L'esempio più eclatante è fornito dalla nuova situazione in Ucraina, inserita nell'elenco dei Paesi sicuri e oggi tragicamente lontana dai livelli minimi di sicurezza, per essere coinvolta in una guerra aspra, sanguinosa e, pare anche, durevole. Si potrebbe obiettare che nulla vieta di "aggiornare" di volta in volta la lista stilata dal Governo con decreto interministeriale; ma l'obiezione non ci pare decisiva, giacché, per quanti sforzi si possano fare, la rinnovata valutazione governativa potrebbe rivelarsi sempre e comunque tardiva rispetto all'evento concreto, sottoposto all'interpretazione giudiziale. Ne discende che la necessaria "flessibilità" della verifica di sicurezza mal si adatta alla rigida prefigurazione in atti di Governo o - a maggior ragione - legislativi, postulando, al contrario, il necessario ricorso al libero convincimento del Giudice.

D'altro canto, l'opzione giudiziale non può consistere nel mero arbitrio. Se così fosse, gli inconvenienti sarebbero molteplici: a) la scelta del Giudice diverrebbe incontrollabile e perfino esente da qualsiasi valutazione critica; b) il Giudice potrebbe non tenere in alcun conto gli interessi politici nazionali e internazionali coinvolti in vicende che attengono ai rapporti tra gli Stati. Si converrà che la "ragion di Stato" e gli interessi politici ad essa sottesi non possono essere del tutto esclusi ed elusi nel loro territorio elettivo per eccellenza, ossia quello delle relazioni tra Enti sovrani, i quali sono detti e nominati "sovrani", proprio per il fatto di far valere i propri interessi politici. Ne discende che gli atti delle Autorità politiche (legislativi, di Governo, nazionali e sovranazionali), nei quali sono sussunti superiori interessi politici, non possono lasciare indifferente il Giudice del caso concreto. Solo osservando alcuni criteri vincolanti, la sua indispensabile discrezionalità non diviene arbitrio e dunque il suo convincimento, libero ma vincolato, deve tener conto, non solo della giurisprudenza nazionale e sovranazionale, ma anche delle linee guida desumibili dagli atti delle Autorità politiche.

In proposito, viene in rilievo il nuovo art. 2-*bis* del d.lgs n. 25 del 2008, intitolato "Paesi di origine sicuri"<sup>33</sup>. Il decreto interministeriale indicato nel primo

<sup>33</sup> L'art. 7-*bis* del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (c.d. "Primo decreto sicurezza e immigrazione" o "Decreto Salvini"), convertito nell'art. 1 della l. 1° dicembre 2018, n. 132, ha inserito nel d.lgs. 28 gennaio 2008 n. 25 il nuovo art. 2-*bis*, che è articolato in cinque commi e recita: «Art. 2-*bis* (Paesi di origine sicuri). - 1. Con decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con i Ministri dell'interno e della giustizia, è adottato l'elenco dei Paesi di origine sicuri sulla base dei criteri di cui al comma 2. L'elenco dei Paesi di origine sicuri è aggiornato periodicamente ed è notificato alla Commissione europea.

2. Uno Stato non appartenente all'Unione europea può essere considerato Paese di origine

comma emanato il 4 ottobre 2019 e pubblicato nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana del 7 ottobre 2019<sup>34</sup> indica i Paesi che sono considerati al momento sicuri: Albania, Algeria, Bosnia-Erzegovina, Capo Verde, Ghana, Kosovo, Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, Senegal, Serbia, Tunisia e Ucraina<sup>35</sup>. Come appena detto, in tale atto di governo si può ravvisare il più eclatante esempio dell'inevitabile fallibilità di qualsivoglia pre-visione *ex ante*, per il continuo divenire della storia e conseguente impossibilità di "cristallizzare" la situazione di oggi sulla base di quella di ieri; infatti l'Ucraina di oggi è ben diversa da quella di ieri, ritenuta "sicura". L'elenco può ritenersi

sicuro se, sulla base del suo ordinamento giuridico, dell'applicazione della legge all'interno di un sistema democratico e della situazione politica generale, si può dimostrare che, in via generale e costante, non sussistono atti di persecuzione quali definiti dall'articolo 7 del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, né tortura o altre forme di pena o trattamento inumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale. La designazione di un Paese di origine sicuro può essere fatta con l'eccezione di parti del territorio o di categorie di persone.

3. Ai fini della valutazione di cui al comma 2 si tiene conto, tra l'altro, della misura in cui è offerta protezione contro le persecuzioni ed i maltrattamenti mediante: a) le pertinenti disposizioni legislative e regolamentari del Paese ed il modo in cui sono applicate; b) il rispetto dei diritti e delle libertà stabiliti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, aperto alla firma il 19 dicembre 1966, ratificato ai sensi della legge 25 ottobre 1977, n. 881, e nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 10 dicembre 1984, in particolare dei diritti ai quali non si può derogare a norma dell'articolo 15, paragrafo 2, della predetta Convenzione europea; c) il rispetto del principio di cui all'articolo 33 della Convenzione di Ginevra; d) un sistema di ricorsi effettivi contro le violazioni di tali diritti e libertà.

4. La valutazione volta ad accertare che uno Stato non appartenente all'Unione europea è un Paese di origine sicuro si basa sulle informazioni fornite dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo, che si avvale anche delle notizie elaborate dal centro di documentazione di cui all'articolo 5, comma 1, nonché su altre fonti di informazione, comprese in particolare quelle fornite da altri Stati membri dell'Unione europea, dall'EASO, dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti.

5. Un Paese designato di origine sicuro ai sensi del presente articolo può essere considerato Paese di origine sicuro per il richiedente solo se questi ha la cittadinanza di quel Paese o è un apolide che in precedenza soggiornava abitualmente in quel Paese e non ha invocato gravi motivi per ritenere che quel Paese non è sicuro per la situazione particolare in cui lo stesso richiedente si trova».

Sul punto cfr. RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2020, 1-30; VENTURI, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente". L'introduzione nel diritto italiano del concetto di "Paesi di origine sicuri" ad opera della legge 132/2018 di conversione del c.d. "decreto sicurezza"*, in *Dir. imm. citt.*, 2/2019, 149.

<sup>34</sup> Sul punto ARNONE, *Il decreto interministeriale sui Paesi di origine sicuri e le sue ricadute applicative*, in *Questione Giustizia*, 3/2020.

<sup>35</sup> Sul punto cfr. ASGI, *Nota di commento del decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale 4 ottobre 2019 sull'elenco dei Paesi di origine sicuri*, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it), 27 novembre 2019.

comunque un indice, ancorché non del tutto preciso e, come detto, “fallibile”, della reale situazione di sicurezza, rilevante ai fini della procedura di asilo<sup>36</sup>.

Una controprova dell’incerta capacità indicativa dei criteri politici, “cristallizzati” in atti valutativi *ex ante*, può ravvisarsi nella nota vicenda *Vos Thalassa*<sup>37</sup>. La Corte di cassazione, con sentenza n. 15869, del 16 dicembre

<sup>36</sup> Il menzionato decreto interministeriale ha reso operative altre disposizioni modificative del d.lgs n. 25/2008, introdotte dallo stesso art. 7-*bis* dl n. 113/2018, che concernono il procedimento (amministrativo e giurisdizionale) di riconoscimento della protezione internazionale. Le più rilevanti sono le seguenti:

- il nuovo comma 2-*bis* dell’art. 9, secondo cui «la decisione con cui è rigettata la domanda presentata dal richiedente di cui all’articolo 2-*bis*, comma 5, è motivata dando atto esclusivamente che il richiedente non ha dimostrato la sussistenza di gravi motivi per ritenere non sicuro il Paese designato di origine sicuro in relazione alla situazione particolare del richiedente stesso»;
- la nuova lettera c-*ter* dell’art. 28, comma 1, che aggiunge un nuovo caso di esame prioritario delle domande di protezione internazionale, facendo riferimento a quelle dei richiedenti che provengono da un Paese designato di origine sicuro;
- il nuovo art. 28-*bis*, comma 2, lett. a, in base al quale i termini di trasmissione ed esame della domanda di protezione, rispettivamente da parte della questura e della commissione territoriale, sono raddoppiati nelle ipotesi dell’art. 28-*ter*, contestualmente introdotto;
- il nuovo art. 28-*ter*: «1. La domanda è considerata manifestamente infondata, ai sensi dell’articolo 32, comma 1, lettera b-*bis*), quando (...) il richiedente proviene da un Paese designato di origine sicuro ai sensi dell’articolo 2-*bis*».

A cascata, l’introduzione delle disposizioni relative ai Paesi sicuri, in particolare l’attrazione dei provvedimenti di rigetto per appartenenza del richiedente a un Paese sicuro nel novero dei rigetti per manifesta infondatezza, determina ulteriori conseguenze. Ci si riferisce all’art. 35-*bis*, comma 3, d.lgs. n. 25/2008, dove è stabilito che la proposizione del ricorso giurisdizionale determina la sospensione automatica dell’efficacia esecutiva del provvedimento di rigetto della domanda di asilo, ma con alcune eccezioni, tra cui l’ipotesi in cui la domanda sia stata rigettata per manifesta infondatezza ai sensi dell’art. 32, comma 1, lett. b-*bis*. Poiché tale ultima norma fa rinvio al novellato art. 28-*ter*, che comprende nella manifesta infondatezza la domanda del richiedente asilo proveniente da un Paese sicuro, le novità in materia di Paesi sicuri incidono anche sulle garanzie giurisdizionali dei richiedenti asilo; il venir meno dell’effetto sospensivo automatico lascia aperta al richiedente asilo la sola strada dell’istanza cautelare di sospensione, ai sensi dell’art. 35-*bis*, comma 4.

<sup>37</sup> La vicenda riguarda il soccorso di circa sessanta migranti, prestato dal rimorchiatore *Vos Thalassa* l’8 luglio 2018 al largo delle coste libiche. Il comandante del natante, battente bandiera italiana, segnalò tempestivamente l’evento s.a.r. all’*Italian Maritime Rescue Centre Coordination* (IMRCC) e provvide al salvataggio delle persone in difficoltà. Gli fu inizialmente indicato di fare rotta verso Lampedusa; successivamente fu contattato dalla Guardia Costiera Libica (GCL), che gli chiese di dirigersi a circa 15 miglia dalla costa africana, in acque internazionali, per effettuare il trasbordo dei migranti su una motovedetta libica. Dopo l’inversione della rotta, uno dei migranti tratti in salvo si rese conto del mutamento di direzione e allertò i compagni di viaggio, alcuni dei quali minacciarono e aggredirono membri dell’equipaggio, al fine di impedire il rientro in Libia.

2021<sup>38</sup>, annullando la sentenza della Corte di Appello di Palermo<sup>39</sup>, ha ritenuto sussistente la legittima difesa degli imputati, diretta a impedire il respingimento dei naufraghi (salvati dalla Guardia costiera italiana in un tratto di mare di competenza dell'Autorità libica, ai sensi del Trattato SAR) in territorio libico. La Suprema Corte ha ritenuto che sussistesse, nel caso in esame, il diritto soggettivo al *non refoulement* in un Paese non sicuro (con ciò escludendo, ovviamente, la Libia dal novero dei Paesi sicuri)<sup>40</sup>.

Non può negarsi che l'opzione giurisprudenziale contraddice pienamente l'indirizzo politico rinvenibile negli atti del Governo italiano, fra i quali in primo luogo, la stipula della Convenzione SAR. L'accordo internazionale, che ha suddiviso le zone di competenza degli Stati costieri, con onere di controllo dei natanti e salvataggio dei naufraghi, ha ragion d'essere, in quanto si fonda sul reciproco riconoscimento degli Stati-parte di attuare efficacemente le procedure concordate; con il che ovviamente si dà atto, implicitamente, della loro "sicurezza"<sup>41</sup>. Sarebbe infatti contraddittorio affidare le procedure di sal-

<sup>38</sup> La sesta sezione della Suprema Corte, con tale sentenza, ha affermato il principio di diritto secondo cui, in presenza di tutti i presupposti previsti dall'art. 52 c.p., è scriminata la condotta di resistenza a pubblico ufficiale da parte del migrante che, soccorso in alto mare e facendo valere il diritto al non respingimento verso un luogo non sicuro, si opponga alla riconsegna allo stato libico. Per un commento alla sentenza cfr. CARDANOBILO, *Principio di non respingimento e stato di necessità dei naufraghi*, in *www.diritto.it*, 4 luglio 2022, 8; FAILLACI, *Caso 'Vos Thalassa': configurabile la legittima difesa a favore dei migranti che si oppongono alla riconsegna alla Libia*, in *NJus.it*, 26 aprile 2022, 1; MASERA, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*, cit., 3.

<sup>39</sup> Corte d'Appello di Palermo, sez. IV pen., sentenza del 3 giugno 2020, n. 1525; sul punto NATALE, *Caso Vos Thalassa: il fatto, la lingua e l'ideologia del giudice*, in *Questione Giustizia*, 23 luglio 2020. La sentenza è stata commentata con accenti molto critici da CANCELLARO, *Caso Vos Thalassa: una discutibile pronuncia della Corte d'Appello di Palermo sui rapporti tra legittima difesa e non-refoulement*, in *ADiM Blog*, Università della Tuscia, agosto 2020, 1-9; MASERA, *I migranti che si oppongono al rimpatrio in Libia non possono invocare la legittima difesa: una sentenza che mette in discussione il diritto al non refoulement*, in *Sist. pen.*, 21 luglio 2020, 1-13; SABELLA, *Il caso Vos Thalassa: il 'carosello' delle scriminanti in un apparente conflitto fra legge penale e principio di non-refoulement*, in *www.giustiziainsieme.it*, 15 ottobre 2020, 1-31.

<sup>40</sup> Annullando la sentenza d'appello, il Supremo Collegio ha reso esecutiva la sentenza di primo grado. La pronuncia del GIP presso Tribunale di Trapani del 23 maggio 2019 (con verdetto assolutorio), riformata in appello, era stata commentata da RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, cit., 210. L'Autrice evidenzia un mutamento giurisprudenziale, nel senso che «fino ad oggi gli interpreti avevano fatto leva prevalentemente sull'art. 54 c.p.», mentre «le decisioni citate cambiano prospettiva ed applicano le cause di giustificazione della legittima difesa (art. 52 c.p.) e dell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.), con importanti ricadute sulla qualificazione delle condotte dei soggetti coinvolti e sul regime giuridico ad esse applicabile».

<sup>41</sup> Al riconoscimento di cui alla Convenzione SAR del 1979, si deve aggiungere la recente stipula del *Memorandum Italia-Libia* del 2017, denominato *Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana*. Già la denominazione rende palese che l'Italia riconosce nella Libia un partner



vataggio alle Autorità nazionali riconosciute competenti in base al Trattato SAR e poi disconoscerne del tutto le indicazioni di salvataggio. Sarebbe come dire che si affida “l’agnello alle cure del lupo”. Eppure, nel caso di specie, è avvenuto ciò: le Autorità libiche competenti hanno indicato la Libia come luogo di approdo sicuro, ma, a seguito della ribellione dei naufraghi, l’unità di soccorso italiana è stata costretta a invertire la rotta e la Suprema Corte ha riconosciuto il loro diritto (legittimamente difeso) al *non refoulement* in territorio libico. Insomma, l’opzione giurisprudenziale, che ha dichiarato non sicuro il territorio libico, si è contrapposta all’opzione politica, consistente nel riconoscimento alle Autorità libiche della competenza ad attuare e dirigere le procedure di salvataggio nel tratto di mare affidato alle loro cure, che si risolve nell’implicito riconoscimento di sicurezza della “sovranità libica” contenuto nella Convenzione SAR.

Ebbene, in questa contrapposizione, riteniamo più fondate le ragioni del Giudice, rispetto a quelle “cristallizzate” *ex ante* in atti di Governo. Invero, non pare che in Libia siano garantite ai migranti condizioni di sicurezza minimamente compatibili con gli *standard* fissati dalla Corte Europea per i Diritti dell’Uomo. Il reingresso in territorio libico dei naufraghi li avrebbe sicuramente esposti alle ritorsioni dei vecchi o alle condizioni capestro di nuovi trafficanti di uomini, c.d. “scafisti”, senza scrupoli. E non è un mistero che in quel territorio è in corso un conflitto intestino, una sorta di guerra civile permanente, mentre imperversano bande armate di ogni risma, difficilmente catalogabili come “regolari”<sup>42</sup>. Non sfugge peraltro che i naufraghi provenivano proprio dalla Libia, da cui si erano risolti a fuggire affrontando un viaggio penoso e rischioso; segno che le condizioni di vita colà fossero ancora più penose e rischiose<sup>43</sup>. Pare proprio che il convincimento del Giudice sia

---

affidabile nel programma di sicurezza riguardante la navigazione nel mar Mediterraneo (nelle zone di rispettiva competenza). Più in generale, sulla prassi di gestire i flussi migratori attraverso la conclusione di accordi informali che tendono ad esternalizzare il controllo frontaliero verso Paesi terzi cfr. ZAMBRANO, *Accordi informali con Stati terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento alla prassi dell’Unione europea e dell’Italia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1/2019, 119 ss.; DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell’Unione europea nella conclusione e nell’esecuzione di ‘accordi’ per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Dir. um. e dir. intern.*, 1/2018, 5 ss.

<sup>42</sup> Le disumane condizioni di vita cui i migranti sono costretti sul territorio libico risultano ormai documentate da numerose ed autorevoli fonti, tra le quali cfr. *Council of Europe. Commissioner for Human Rights, Recommendation: Lives saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean*, June 2019, 43 ss.; UNHCR, *Position on Returns to Libya – Update II, September 2018*, p. 14 ss.; *Amnesty International, Between the Devil and the Deep blue sea. Europa fails refugees and migrants in the central Mediterranean*, August 2018, 17 ss. Numerose conferme si traggono, poi, anche da alcune recenti pronunce giurisdizionali, tra le quali cfr. Corte d’assise di Milano, sent. 10.10.2017 (dep. 1.12.2017), con nota di BERNARDI, *Una condanna della Corte d’Assise di Milano svela gli orrori dei “centri di raccolta e transito” dei migranti in Libia*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2018, 207 ss.; Corte d’Assise di Agrigento, sent. 12.6.2018 (dep. 22.6.2019), n. 1.

<sup>43</sup> Se così non fosse non avrebbe ragion d’essere il recente appello di *Amnesty International*, così formulato: «Sono passati 5 anni dalla firma del *memorandum* di intesa tra Italia e Libia il 2 feb-

fondato, mentre l'Autorità politica non ha previsto e non poteva prevedere il corso degli eventi in Libia, dopo la firma della Convenzione SAR. Le ragioni alla base di quella Convenzione sono valide, probabilmente, ancora oggi, per quanto sia mutato il quadro di riferimento della "sicurezza" in Libia; tuttavia, la banale "imprevedibilità" dei destini umani sta lì ad ammonirci sui limiti intrinseci di ogni rigida pre-determinazione e sull'ineludibile necessità del libero convincimento del Giudice, che non sia sordo ai criteri di politica criminale, ma non succube di essi, per serbarsi sempre fedele ai valori universali di giustizia.

Le connesse questioni ermeneutiche, attinenti alla legittimità della difesa, non ci sembrano particolarmente ardue, una volta che sia stato riconosciuto, come bene ha fatto la Corte di cassazione, il diritto soggettivo al *non refoulement*<sup>44</sup>. Innanzitutto, che si tratti di diritto soggettivo e non di mera "aspettativa" discende come si è detto dalla natura della "sicurezza/non sicurezza" in questione. Quando è in gioco il bene della vita e dell'incolumità personale, ogni singola persona, titolare di quei beni, per diritto naturale, li può legittimamente difendere. Ne discende che è titolare anche del diritto strumentale (al *non refoulement* in un luogo non sicuro), alla protezione dei beni fondamentali della vita e dell'incolumità fisica.

Con ciò viene meno qualsiasi questione sul requisito dell'attualità del pericolo a fondamento della legittima difesa<sup>45</sup>. Il diritto che i naufraghi hanno dife-

---

braio del 2017. Per tutto questo tempo abbiamo continuato a documentare violazioni dei diritti umani e abusi ai danni di migranti e rifugiati, tra cui uccisioni illegali, torture e altri maltrattamenti, stupro e altre violenze sessuali, detenzione arbitraria a tempo indefinito in condizioni crudeli e inumane e lavoro forzato. Nonostante questo, l'Italia continua a fornire supporto materiale e perseguire politiche migratorie che permettono ai guardacoste libici di intercettare uomini, donne e bambini che cercano di scappare alla ricerca di salvezza attraversando il mar Mediterraneo e ne consentono il ritorno forzato in Libia, dove vengono sottoposti a detenzione illegittima e abusi di ogni tipo (...). Il *Memorandum d'Intesa* tra Italia e Libia scadrà nel febbraio 2023 ma sarà rinnovato automaticamente per altri tre anni se le autorità italiane non lo annulleranno entro il 2 novembre 2022. *Amnesty International Italia* continua a sollecitare il governo a sospendere e non rinnovare l'accordo, oltre che a chiedere al parlamento di avviare le opportune iniziative nei confronti del governo».

<sup>44</sup> La suprema Corte ha riaffermato l'orientamento precedentemente espresso nel caso *Sea Watch*. Sul punto ZIRULIA, *La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresto di Carola Rackete*, in *Sist. pen.*, 24 febbraio 2020; ODDI, *Soccorrere è un dovere. Commento e riflessioni sull'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari di Agrigento sul caso "Sea Watch 3" (Carola Rackete)*, in *Dir. pen. e uomo*, 7-8/2019, 31 ss.

<sup>45</sup> Sui presupposti dell'attualità del pericolo nella legittima difesa si rimanda, nella manualistica, a MARINUCCI - DOLCINI - GATTA, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2020, 320 ss.; PALAZZO, *Corso di Diritto Penale*, Torino, 2021, 366 ss.; FIANDACA - MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, 8<sup>a</sup> ed., Bologna, 2019, 302; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 10<sup>a</sup> ed., Milano, 2017, 251; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2017, 201 ss.; GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, 5 ss.

Più in generale sull'irrelevanza penale del fatto cfr. fra tutti BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto tra logiche deflattive e meritevolezza di pena*, in DE FRANCESCO - VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Torino, 2002, 101 ss.; RONCO, *L'irrelevanza penale del fatto. Verso la depenalizzazione per mano del giudice*, in *Crit. Dir.*, 4/1998, 274 ss.

so in via diretta non era quello finale alla vita e all'incolumità fisica, bensì quello indiretto e strumentale al non-respingimento in un luogo insicuro<sup>46</sup>. Ebbene il pericolo del respingimento era attuale e immediato, mentre poteva ritenersi differito il pericolo ulteriore riguardante i beni finali (vita e incolumità), che sarebbero stati messi in pericolo solo successivamente, dopo l'approdo in Libia. Dunque, la Suprema Corte, riconoscendo il diritto soggettivo dei naufraghi al *non refoulement*, non poteva che riconoscere, per necessaria conseguenza, la legittimità della difesa di tale diritto e la proporzione difensiva.

Viene meno altresì la questione relativa alla "libera" scelta dei naufraghi, che avrebbero volontariamente cagionato la condizione di pericolo<sup>47</sup>. Seppure si volesse ipotizzare che i "manovratori" dell'imbarcazione confidassero nel "previsto" salvataggio ad opera della motovedetta italiana<sup>48</sup>, non si potrebbe comunque pensare che gli imbarcati fossero complici di quel traffico disumano. Si deve supporre invece che ne fossero le vittime involontarie e nient'affatto consenzienti<sup>49</sup>, costrette dalla necessità di sfuggire a pericoli ancora maggiori nei loro territori di origine e anche nell'infido e malsicuro territorio libico.

A margine, ci preme sottolineare ulteriormente che al di fuori del quadro emergenziale, qualsiasi disputa sul diritto al *non refoulement* perde ogni ra-

<sup>46</sup> A commento della sentenza della Corte di Appello di Palermo, SABELLA, *op. cit.*, 20-21, ritiene difficilmente configurabile la legittima difesa, perché l'attualità del pericolo sussisterebbe al momento del controllo delle Autorità libiche. A nostro avviso, in quel momento si concretizza (in ipotesi) il respingimento, ossia il fatto, non già il pericolo di respingimento. In quel momento (ipotetico), la "non-sicurezza" del Paese terzo fa sì che sorga un ulteriore pericolo avente ad oggetto la persona fisica, mentre il pericolo avente ad oggetto il diritto al *non refoulement* è già sorto e divenuto attuale ancor prima della (eventuale) consegna alle Autorità libiche.

<sup>47</sup> La sentenza della Corte d'Appello aveva escluso l'operatività della scriminante sulla base di quell'orientamento giurisprudenziale - criticato dalla dottrina prevalente (per una compiuta ricostruzione cfr. VIGANÒ, *Art. 52 c.p.*, in *Codice penale commentato*, DOLCINI - GATTA, (a cura di), IV ed., 2015, 924 ss.) - che estende anche alla legittima difesa il requisito della involontaria causazione del pericolo, espressamente previsto dal codice penale (solo) per lo stato di necessità (art. 54 c.p.). Nell'interpretazione della Corte, i migranti che si trovavano sull'imbarcazione soccorsa dalla *Vos Thalassa*, si sarebbero posti volontariamente in una situazione di pericolo, riconducibile alla scelta di imbarcarsi su un natante inadatto alla traversata; sul punto CANCELLARO, *op. cit.*, 5. La Corte di Cassazione ha annullato la sentenza, riconoscendo la non volontaria causazione della situazione di pericolo.

<sup>48</sup> L'ipotesi è formulata da MUSARÒ - PARMIGGIANI, *Taxi o ambulanze del mare? Politiche dell'immigrazione nella crisi dei migranti nel Mediterraneo*, in *Problemi dell'informazione*, 1/2018, 87 ss.

<sup>49</sup> Non a caso la giurisprudenza della Corte EDU sul principio di *non refoulement* si innesta in una casistica di "criminalità migratoria", in cui non sussiste affatto il libero consenso delle parti contrattuali. Cfr. *Affaire Drozd et Janousek c. France et Espagne, requête*, ricorso n. 12747/87, sent. del 26 giugno 1992; *Affaire Loizidou c. Turquie, requête*, ricorso n. 15318/89, sent. del 23 marzo 1995; *Chahal c. Regno Unito*, sent. del 15 novembre 1996; *Soering c. Regno Unito*, sent. del 7 luglio 1989; *Saadi c. Italia*, sent. 28 febbraio 2008; *Hussun e altri c. Italia*, ricorsi n. 10171/05, 10601/05, 11593/05 e 17165/05, sent. del 19 gennaio 2010; *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, sent. 23 febbraio 2012, par. 113. Sul punto, in dottrina, cfr. MILITELLO, *I traffici illeciti nell'area del Mediterraneo. Prevenzione e repressione nel diritto interno, europeo e internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2018.

gion d'essere e ad essa si sostituiscono le questioni attinenti alla regolarità d'ingresso. La condizione emergenziale di "rifugiato" o "fuggitivo" richiedente asilo innesca la questione successiva della traduzione in luogo sicuro; se manca il presupposto della "fuga", il "rifugiato-fuggitivo" non può ritenersi tale e la questione attiene alla "regolarità" d'ingresso. Sicché, dal punto di vista logico, prim'ancora di porsi la questione del diritto al *non refoulement*, bisogna chiedersi se sussista o meno la "fuga emergenziale". Nel caso *Vos Thalassa* la "fuga", ossia la non volontaria causazione della situazione di pericolo, da parte dei naufraghi, non solo corrispondeva alla realtà dei fatti storici, ma era anche implicitamente presupposta dalla stessa "materia del contendere" che verteva sul diritto al *non refoulement*. Infatti, compito del Giudice è quello, in primo luogo, di definire i confini della controversia; se il diritto controverso, riconosciuto in giudizio, è quello al non respingimento (in un luogo "non sicuro"), segno è che il presupposto "emergenziale" della "fuga" è stato già accertato e la "fuga" è tale, proprio perché non volontariamente causata.

# LA LOTTA CONTRO LA FRODE CHE LEDE GLI INTERESSI FINANZIARI DELL'UNIONE EUROPEA A SEGUITO DELLA "DIRETTIVA PIF"

Marika Schiavo\*

**Sommario:** **1.** Considerazioni introduttive. - **2.** L'attuazione della "direttiva PIF": a) le modifiche al codice penale. - **3.** b) le modifiche in materia di reati tributari. - **4.** c) le modifiche in materia doganale. - **5.** d) le modifiche in materia di aiuti al settore agricolo. - **6.** e) le modifiche in materia di responsabilità da reato degli enti. - **7.** Prospettive *de jure condendo*.

## ABSTRACT

*Il contributo si sofferma sul tema della lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione europea a seguito della direttiva UE 2017/1371 (c.d. direttiva PIF) approfondendo le modifiche al codice penale, ai reati tributari, alla materia doganale, agli aiuti al settore agricolo e alla responsabilità degli enti derivante da reato nonché le prospettive de jure condendo.*

*The paper focuses on the fight against fraud to the European Union's financial interests after EU directive 2017/1371 (so-called PIF directive) deepening the changes to the penal code, tax and customs offenses, aid to the agricultural sector and liability of entities deriving from a crime as well as the prospects for reform.*

---

\* Dottore di ricerca e Cultore del diritto penale e del diritto penale dell'impresa nell'Università degli Studi di Palermo.

## 1. Considerazioni introduttive.

La direttiva dell'Unione europea 2017/1371, nota come "direttiva PIF", relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, obbliga gli Stati membri: a sanzionare penalmente le frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione europea identificate - secondo quanto stabilito dall'art. 3, § 2, rispettivamente alle lettere a e b e alle lettere c e d - nelle frodi in materia di spese, ripartite in frodi in materia di spese non relative e relative agli appalti, e nelle frodi in materia di entrate, a loro volta distinte in frodi in materia di entrate non derivanti e derivanti dalle risorse provenienti dall'IVA; ad adottare le misure necessarie rispetto agli altri reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione individuati - ai sensi dell'art. 4 - nel riciclaggio, nella corruzione passiva e attiva e nell'appropriazione indebita; ad intervenire su alcune disposizioni generali relative - come previsto dal titolo III - alla frode e agli altri reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, con particolare riguardo a istigazione, favoreggiamento, concorso di persone e tentativo, responsabilità da reato degli enti, confisca e termini di prescrizione<sup>1</sup>.

Tale direttiva, i criteri per l'attuazione della quale sono enucleati dalla l. 4 ottobre 2019, n. 117, ossia la legge di delegazione europea 2018, al suo art. 3, comma primo<sup>2</sup>, è stata attuata dal d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75, «Attuazione della direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale», rispetto al quale il 28 luglio 2022 il Consiglio dei Ministri ha approvato in esame preliminare un decreto legislativo contenente disposizioni correttive e integrative<sup>3</sup>.

Anzitutto, sembra opportuno premettere, al fine di inquadrare il tema sul piano della teoria generale del diritto penale, che il ricorso allo strumento delle direttive costituisce la più diffusa delle svariate modalità con le quali il diritto dell'Unione europea si rivolge al diritto penale dei singoli Paesi membri dal momento che quest'ultimo non possiede la potestà di introdurre direttamente norme penali incriminatrici. Invece, ai sensi dell'art. 83 TFUE, il diritto dell'Unione europea può stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente gravi che

---

<sup>1</sup> Per un quadro generale sul contenuto della direttiva PIF, si rinvia a: BASILE, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in *Dir. pen. cont.*, 12/2017, 63; PARISI, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Giurisprudenza penale Web*, 9/2017; S.M. RONCO, *Frodi 'gravi' IVA e tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea: quali ricadute nell'ordinamento interno alla luce della direttiva 2017/1371 del 5 luglio 2017*, in *Archivio penale*, 3/2017.

<sup>2</sup> A proposito della legge di delegazione europea 2018 con particolare riguardo alla delega per l'attuazione della direttiva del 2017, si vedano le considerazioni di LANOTTE, *Luci e ombre della legge di delegazione europea 2018 (e del sistema di trasposizione degli obblighi UE previsto dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234) con particolare riguardo alla materia penale*, in *Eurojus*, 2019, 93 ss.

<sup>3</sup> Sottoposto al parere delle competenti Commissioni parlamentari.

presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli e, ai sensi dell'art. 86 TFUE, può istituire, per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, una Procura europea per individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori dei reati che ledono gli interessi dell'Unione definiti dal regolamento previsto dal paragrafo 1 e i loro complici<sup>4</sup>.

Prima di approfondire le conseguenze dell'attuazione della direttiva 2017/1371 nel diritto penale italiano, inoltre, occorre considerare che il nostro ordinamento risultava in gran parte già allineato a quanto richiesto, anche in considerazione di taluni precedenti interventi normativi dei quali ci limitiamo a ricordare alcuni tra i più risalenti quali la l. 19 marzo 1990, n. 55, «Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale», e la l. 7 febbraio 1992, n. 181, «Modifiche al codice penale in tema di delitti contro la pubblica amministrazione»<sup>5</sup>, ma anche il recente d.lgs. 8 novembre 2021, n. 195, «Attuazione della direttiva (UE) 2018/1673 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale»<sup>6</sup>.

Procedendo, a questo punto, a tratteggiare la disciplina della frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione europea risultante dall'attuazione della direttiva PIF, deve immediatamente evidenziarsi che non si tratta, come – forse – pure sarebbe stato possibile, di un'unica figura di reato o comunque

---

<sup>4</sup> Per alcune recenti osservazioni sul ruolo del diritto dell'Unione europea rispetto al diritto penale, cfr.: GIUNTA, *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici*, in *Criminalia*, 2019, 285; MANES-CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020; e, nella manualistica, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Bologna, 2019, 64 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 11ª ed., Wolters Kluwer, Milano, 2020, 1013 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, 9ª ed., Milano, 2020, 56 ss.; B. ROMANO, *Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Milano, 2020, 103 ss.; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 11ª ed., Milano, 2022, 56 ss.

<sup>5</sup> Interessanti gli studi sull'ampio tema della tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso il diritto penale di MEZZETTI, *Frodi comunitarie*, in *Digesto pen.*, Utet, Torino, 2010, 25, e di VENEGONI, *Il concetto di "interessi finanziari dell'Unione europea" ed il diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2018, 4382, nonché, con una particolare attenzione alla prospettiva comparatistica, di GIUFFRIDA, *The protection of the Union's financial interests after Lisbon*, in Sicurella-Mitsilegas-Parizot-Lucifora (a cura di), *General Principles for a Common Criminal Law Framework in the EU*, Giuffrè, Milano, 2017, 245.

<sup>6</sup> Tenuto conto della data di entrata in vigore di tale intervento normativo, sembra utile rinviare per eventuali approfondimenti a: CRIMI, *Lotta al riciclaggio: in G.U. il D.Lgs. n. 195/2021*, in *Quotidiano giuridico*, 2 dicembre 2021; PESTELLI, *Riflessioni critiche sulla riforma dei reati di ricettazione, riciclaggio, reimpiego e autoriciclaggio di cui al d.lgs. 8 novembre 2021, n. 195*, in *Sistema penale*, 12/2021, 49; BELLAGAMBA, *La riforma del riciclaggio è legge: un'occasione mancata per andare oltre il mero recepimento della direttiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 445; MELCHIONDA, *Il nuovo assetto normativo per la "lotta al riciclaggio mediante il diritto penale"*, in *Archivio penale*, 2/2022; PALMIERI, *Note "a prima lettura" sul d.lgs. n. 195/2021 recante attuazione della direttiva UE 2018/1673 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale*, in *Penale diritto e procedura*, 2022, 83; SANTORIELLO, *Dalla modifica delle fattispecie in tema di riciclaggio ad un'ipotesi di responsabilità a tutto campo per gli enti collettivi?*, in *Rivista231*, 2/2022, 9.

di disposizioni *ad hoc*, ma, come generalmente accade nell'adempimento degli obblighi provenienti dall'Unione europea, di una pluralità di modifiche eterogenee che interessano, nell'ordine nel quale procederemo al loro approfondimento, i delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti contro il patrimonio, i reati tributari, i reati doganali, le frodi nel settore agricolo e la responsabilità da reato degli enti<sup>7</sup>.

Dunque, deve mettersi in luce, sotto il profilo della tecnica legislativa, che, oltre ad avere adeguatamente chiarito che i richiami alle Comunità europee contenuti nelle norme penali recanti la disciplina dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea devono intendersi all'Unione europea<sup>8</sup>, si è scelto opportunamente di intervenire sulle disposizioni vigenti, anziché optare per l'abrogazione e l'eventuale introduzione di nuove disposizioni, e comprensibilmente di rinunciare all'elaborazione di definizioni, anziché riprodurre le numerose definizioni presenti nella direttiva.

Allo stesso tempo, però, deve sin da ora segnalarsi che le previsioni che hanno tratto scaturigine dalla direttiva del 2017 si sono aggiunte a tutte quelle previsioni, come, tra le altre, l'art. 316-*bis* c.p. o l'art. 640-*bis* c.p., per mezzo delle quali il nostro ordinamento offriva già protezione agli interessi finanziari dell'Unione europea.

## 2. L'attuazione della "direttiva PIF": a) le modifiche al codice penale.

Venendo, allora, al contenuto delle disposizioni attraverso le quali il nostro ordinamento persegue la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione europea a seguito della direttiva PIF, in primo luogo, si può osservare che, all'art. 1, il d.lgs. 75/2020 ha previsto talune modifiche al codice penale in materia di delitti contro la pubblica amministrazione e in materia di delitti contro il patrimonio.

Per quanto concerne i delitti contro la pubblica amministrazione, in particolare, sono stati modificati gli artt. 316, 316-*ter*, 319-*quater* e 322-*bis*.

Invero, all'art. 316 e all'art. 316-*ter*, ove sono disciplinati rispettivamente il peculato mediante profitto dell'errore altrui e l'indebita percezione di erogazioni pubbliche, è stata stabilita, rispettivamente al comma secondo e all'ultimo periodo del comma primo, la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni se il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea e il danno o il profitto sono superiori a euro centomila.

All'art. 319-*quater*, recante la fattispecie incriminatrice dell'induzione indebita a dare o promettere utilità, poi, all'ultimo comma, è stato introdotto,

---

<sup>7</sup> Ci pare opportuno sottolineare che il termine «modifiche» da qui in poi sarà generalmente impiegato senza fare riferimento al piano delle relazioni intertemporali, l'approfondimento delle quali non sarebbe possibile in questa sede.

<sup>8</sup> Si tratta di quanto stabilito dall'art. 7 del d.lgs. 75/2020.



quando il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea e il danno o il profitto sono superiori a euro centomila, il trattamento sanzionatorio della reclusione fino a quattro anni per chi dà o promette denaro o altra utilità.

Per quanto attiene all'art. 322-*bis*, il quale rende applicabili le disposizioni sul peculato (artt. 314 e 316), sulla concussione (art. 317), sulla corruzione e sull'istigazione alla corruzione (artt. 318-320 e 322) ai membri degli organi delle Comunità europee e ai funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri, invece, è stato aggiunto, al comma primo, il numero 5-*quinquies*, che prevede l'applicazione delle disposizioni ora richiamate, quando il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea, anche alle persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di Stati non appartenenti all'Unione europea.

A ben vedere, a differenza di quest'ultima previsione che parrebbe limitarsi ad estendere la platea dei soggetti attivi delle fattispecie incriminatrici interessate<sup>9</sup>, le altre modifiche risultano suscettibili di generare qualche criticità.

Una questione potrebbe attenerne alla natura giuridica di circostanze aggravanti (ed eventualmente di che tipo) ovvero di fattispecie autonome di reato delle disposizioni introdotte. Infatti, ove si propendesse per la prima soluzione – come parrebbe essere sostenuto in via prevalente<sup>10</sup> – l'obbligo sanzionatorio imposto dalla direttiva potrebbe rimanere inadempito a causa della mancata previsione di una disposizione volta a determinare l'esclusione dal giudizio di bilanciamento delle circostanze, l'assenza della quale, tuttavia, potrebbe risultare superabile in virtù dei margini di autonomia degli Stati membri ulteriormente ribaditi dalla stessa direttiva PIF<sup>11</sup>.

Un'ulteriore criticità potrebbe porsi, con specifico riguardo alla previsione ora contenuta nell'art. 316-*ter*, sotto il profilo del coordinamento e della proporzionalità rispetto alle altre cornici edittali previste dallo stesso articolo e al trattamento sanzionatorio stabilito dall'art. 640-*bis* per la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Tuttavia, taluni possibili riflessi sul piano sistematico della modifica apportata all'art. 322-*bis* c.p. sono stati segnalati da BALLINI, *Le novità introdotte dal d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75 in attuazione della c.d. Direttiva PIF*, in *Discrimen*, 28 luglio 2020, 5.

<sup>10</sup> In tal senso, tra gli altri, CORSARO-ZAMBRINI, *Il recepimento della Direttiva PIF e le novità in materia di reati contro la pubblica amministrazione e reati tributari. L'ulteriore ampliamento dei reati presupposto per la responsabilità degli enti*, in *Giurisprudenza penale Web*, 7-8/2020, e MAZZANTI, *La riforma delle frodi europee in materia di spese. Osservazioni a prima lettura sull'attuazione della 'direttiva pif' (d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75)*, in *Sistema penale*, 25 settembre 2020.

<sup>11</sup> Si osservi, in particolare, il considerando 34 della direttiva.

<sup>12</sup> Al riguardo, BASILE, *Riflessioni di lege ferenda sul recepimento della direttiva PIF: la repressione delle frodi e lo strano caso dell'art. 316-ter c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 31 maggio 2019; *Id.*, *Il recepimento della direttiva PIF in Italia e l'evergreen' art. 316-ter c.p.*, in *Dir. pen. cont.-Riv. Trim.*, 2/2020, 178.

Inoltre, sempre rispetto all'art. 316-ter, a questo punto, non sembrerebbe essere chiaro neppure secondo quali modalità commisurare la pena della reclusione quando il fatto sia commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso della sua qualità o dei suoi poteri, ipotesi nella quale la forbice edittale è ricompresa tra uno e quattro anni, e, allo stesso tempo, offenda gli interessi finanziari dell'Unione europea e il danno o il profitto siano superiori a euro centomila, ipotesi nella quale, invece, la cornice edittale va da sei mesi a quattro anni<sup>13</sup>.

Proseguendo con l'esame delle modifiche apportate al codice penale in materia di delitti contro il patrimonio, si deve considerare che il d.lgs. 75/2020 ha ampliato la categoria di soggetti passivi della truffa introducendo il riferimento all'Unione europea nell'art. 640, comma secondo, n. 1, sicché l'inasprimento sanzionatorio e la procedibilità d'ufficio stabiliti per la truffa aggravata dall'art. 640 ai commi secondo e terzo trovano ora applicazione anche ove il fatto sia commesso a danno dell'Unione europea.

Le conseguenze di tale ultima modifica, però, parrebbero destinate a essere alquanto circoscritte se si tiene conto che l'applicabilità dell'art. 640, comma secondo, n. 1, ai fatti commessi a danno dell'Unione europea, nonostante la possibile frizione con il principio di tassatività, era riconosciuta da tempo da un orientamento giurisprudenziale sulla base del richiamo agli enti pubblici<sup>14</sup>. Ma, soprattutto, si deve segnalare che l'ampiezza dell'oggetto materiale della truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche di cui all'art. 640-bis sembrerebbe limitare in modo significativo, quantomeno in materia di spese, la possibile configurabilità della truffa aggravata a danno dell'Unione europea<sup>15</sup>.

### 3. b) le modifiche in materia di reati tributari.

Dall'opera di adeguamento alla direttiva PIF, poi, sono conseguite alcune modifiche inerenti alla materia dei reati tributari.

Difatti, ai sensi dell'art. 2 del decreto del 2020, nel d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, recante «Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205», è avvenuta, al suo art. 6, l'aggiunzione del comma 1-bis, che prevede che, salvo che il fatto integri il reato previsto dall'articolo 8, la disposizione di cui al comma 1 non si applica quando gli atti diretti a commettere i delitti di

<sup>13</sup> Su questo aspetto, CORSARO-ZAMBRINI, *Il recepimento della Direttiva PIF e le novità in materia di reati contro la pubblica amministrazione e reati tributari. L'ulteriore ampliamento dei reati presupposto per la responsabilità degli enti*, cit.

<sup>14</sup> Si veda Cass., S.U., 24 gennaio 1996, n. 2780, in *Foro it.*, 1996, II, 273, ma anche Cass., sez. II, 9 marzo 2011, n. 12795, in *Diritto e giustizia*, 13 aprile 2011, con nota di CORRADO, *Procede il giudice del luogo in cui sarebbe dovuto avvenire il pagamento dell'IVA*.

<sup>15</sup> Sul punto, CREAZZO, *Art. 640*, in Ronco-Romano (a cura di), *Codice penale ipertestuale commentato online*, Wolters Kluwer, Milano.

cui agli artt. 2, 3 e 4 sono compiuti anche nel territorio di altro Stato membro dell'Unione europea al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un valore complessivo non inferiore a dieci milioni di euro.

Dunque, per effetto dell'aggiunzione del comma 1-*bis* all'art. 6 del decreto del 2000, le fattispecie incriminatrici di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici e di dichiarazione infedele sono state sottratte in presenza di taluni requisiti, ossia allorché sia realizzato anche nel territorio di altro Stato membro dell'Unione europea e al fine di evadere l'IVA per un valore complessivo non inferiore a dieci milioni di euro, dall'ambito di applicazione dell'art. 6 del d.lgs. 74/2000, che, com'è noto, esclude la punibilità del tentativo dei delitti di cui agli artt. 2, 3, e 4, sicché queste ipotesi delittuose risultano adesso punibili anche ove si manifestino nella forma tentata.

Tale previsione, da una parte, parrebbe trovare giustificazione nel maggior disvalore riconducibile agli atti diretti a commettere questi delitti ove compiuti anche nel territorio di un altro Stato membro al fine di evadere l'IVA per un valore particolarmente elevato; dall'altra parte, però, sembrerebbe contravvenire alla *ratio* della deroga, contenuta nell'art. 6, primo comma, del d.lgs. 74/2000, della non punibilità del tentativo delle predette fattispecie incriminatrici<sup>16</sup>, che è quella di escludere dalla sfera del penalmente rilevante la mera realizzazione della dichiarazione<sup>17</sup>.

Il comma 1-*bis* dell'art. 6 del decreto del 2000, inoltre, contiene la clausola di riserva «salvo che il fatto integri il reato previsto dall'art. 8», che, per un verso, parrebbe chiarire che il tentativo di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti di cui all'art. 8 del decreto del 2000 rimane punibile secondo le regole stabilite dalla parte generale del diritto penale e, per altro verso, soprattutto, sembrerebbe superare eventuali dubbi sull'esclusione del concorso effettivo tra le fattispecie incriminatrici interessate<sup>18</sup>.

Rispetto all'intervento sulla materia dei reati tributari derivante dall'attuazione della direttiva del 2017, da ultimo, vi è un'altra considerazione che merita di essere accennata.

Dall'attuazione della direttiva – che al suo art. 5, § 2, richiede di adottare le misure necessarie affinché sia punibile, tra l'altro, il concorso di persone nei reati ritenuti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea<sup>19</sup> – sareb-

---

<sup>16</sup> A questo riguardo, FLORA, *Prime riflessioni sulle problematiche penalistiche del recepimento della "direttiva PIF" nel settore dei reati tributari e della responsabilità "penale" degli enti*, in *Discrimen*, 3/2019, 83 ss., e VENEZIANI, *Problemi attuali in tema di responsabilità dell'ente da reato tributario*, in *Cass. pen.*, 2020, 3097 s.

<sup>17</sup> Diffusamente, sulla previsione contenuta nell'art. 6, primo comma, del decreto del 2000, FLORA, *Errore, tentativo, concorso di persone e di reati nella nuova disciplina dei reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 704 ss.

<sup>18</sup> Sul punto, BALLINI, *Le novità introdotte dal d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75 in attuazione della c.d. Direttiva PIF*, cit., 7.

<sup>19</sup> Si tratta di quanto previsto altresì dalla l. 117/2019 all'art. 3, comma primo, lettera c.

be potuta derivare incautamente anche l'abrogazione dell'art. 9 del d.lgs. 74/2000, che prevede sì una deroga alla disciplina del concorso di persone nel reato per le fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 2 e 8 dello stesso decreto, ma al fine di escludere che taluno possa rispondere di entrambi i delitti per uno stesso fatto<sup>20</sup>.

#### 4. c) le modifiche in materia doganale.

Altra materia rilevante nella lotta alle frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione europea interessata dall'adeguamento alla direttiva PIF, specialmente per la sua capacità di condizionare l'efficacia della normativa sovranazionale di riferimento, è quella doganale.

In particolare, all'art. 3, il decreto 75/2020 ha modificato l'art. 295 del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, recante «Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale»<sup>21</sup>, ove sono previste le circostanze aggravanti del contrabbando, introducendo, mediante l'aggiunzione della lettera d-bis, un ulteriore aggravamento di pena quando l'ammontare dei diritti di confine sia superiore a euro centomila e aggiungendo, attraverso la sostituzione del comma terzo, alla pena della multa quella della reclusione fino a tre anni quando l'ammontare dei diritti di confine sia maggiore di euro cinquantamila e non superiore a euro centomila.

All'aggiunzione della pena della reclusione accanto a quella della multa nei casi ora indicati sembrerebbe conseguire, quale effetto di maggiore rilevanza, la sottrazione di tali ipotesi criminose dall'intervento di depenalizzazione dovuto al d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, recante «Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'articolo 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014, n. 67».

Per comprendere quanto avvenuto, dunque, è indispensabile rammentare che il d.lgs. 8/2016 ha costituito, insieme alla l. 24 novembre 1981, n. 689, «Modifiche al sistema penale», il più importante intervento di depenalizzazione avendo determinato la trasformazione in illeciti amministrativi di tutti i reati collocati al di fuori del codice penale, con l'eccezione di alcune materie selezionate e con l'espressa inclusione degli atti contrari alla pubblica decenza di cui all'art. 726 c.p., per i quali fosse prevista la sola pena della multa o dell'ammenda<sup>22</sup>.

Ma, sotto il medesimo profilo, con riguardo al contrabbando il legislatore del 2020 si è spinto oltre la modifica di cui all'art. 3.

<sup>20</sup> Ad ogni modo, secondo FLORA, *Prime riflessioni sulle problematiche penalistiche del recepimento della "direttiva PIF" nel settore dei reati tributari e della responsabilità "penale" degli enti*, cit., 84 s., l'eventuale abrogazione sarebbe stata essenzialmente priva di conseguenze pratiche.

<sup>21</sup> T.U.L.D.

<sup>22</sup> Per eventuali approfondimenti sull'intervento di depenalizzazione del 2016, si rinvia, in particolare, a ROMANO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 13.

Difatti, l'art. 4 del d.lgs. 75/2020 ha modificato espressamente l'art. 1, comma quarto, del d.lgs. 8/2016 prevedendo il richiamo ai reati di cui al d.P.R. 43/1973 quando l'ammontare dei diritti di confine dovuti sia superiore a euro diecimila.

L'espressa modifica apportata dal decreto del 2020 al d.lgs. 8/2016, che essenzialmente è consistita nell'esclusione di tali ipotesi criminose dall'ambito di applicazione dell'art. 1, comma primo, di quest'ultimo decreto (ai sensi del quale non costituiscono reato e sono soggette alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro tutte le violazioni per le quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda), quindi, ha comportato la reintroduzione della penale rilevanza, ogniqualvolta l'ammontare dei diritti di confine dovuti sia superiore a euro diecimila, degli illeciti doganali puniti con la sola pena pecuniaria.

Queste previsioni, benché, probabilmente, suscettibili di risultare problematiche sul versante della successione di norme penali nel tempo, sembrerebbero essere riconducibili al novero delle altre eccezioni (ambiente, salute e sicurezza nei luoghi di lavoro etc.) – tutte giustificate dall'importanza dei beni coinvolti – all'opera di depenalizzazione realizzata dal decreto del 2016.

## 5. d) le modifiche in materia di aiuti al settore agricolo.

Il decreto 75 del 2020 è intervenuto anche sulla materia degli aiuti comunitari al settore agricolo e, precisamente, sulla l. 23 dicembre 1986, n. 898, recante «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 ottobre 1986, n. 701, recante misure urgenti in materia di controlli degli aiuti comunitari alla produzione dell'olio di oliva. Sanzioni amministrative e penali in materia di aiuti comunitari al settore agricolo».

Così, l'art. 6 del d.lgs. 75/2020 ha modificato l'art. 2, primo comma, della l. 898/1986 stabilendo la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni quando il danno o il profitto siano superiori a euro centomila per chi, ove il fatto non configuri il più grave reato previsto dall'art. 640-*bis* c.p., mediante l'esposizione di dati o notizie falsi, consegue indebitamente, per sé o per altri, aiuti, premi, indennità, restituzioni, contributi o altre erogazioni a carico totale o parziale del Fondo europeo agricolo di garanzia e del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale.

Tuttavia, nonostante il rinnovato interesse del legislatore, questa fattispecie incriminatrice parrebbe ormai essere assorbita da quella di indebita percezione di erogazioni pubbliche di cui all'art. 316-*ter* c.p.<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Alcune considerazioni relative all'attuale ruolo della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 2 della l. 898/1986 nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea sono state sviluppate da MAZZANTI, *Le frodi agricole nello specchio della tutela penale degli interessi finanziari UE*, in *Rivista di diritto agrario*, 2020, 102.

## 6. e) le modifiche in materia di responsabilità da reato degli enti.

Tra le modifiche più significative rientrano sicuramente quelle apportate in materia di responsabilità degli enti derivante da reato.

Segnatamente, le modifiche al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, recante «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300», sono dovute all'art. 5 del decreto 75 del 2020.

Rispetto alla responsabilità da reato degli enti, quest'ultimo ha esteso notevolmente l'elenco dei c.d. reati-presupposto, ossia quei reati previsti dallo stesso d.lgs. 231/2001 dai quali, in presenza degli altri requisiti richiesti, può derivare questa forma di responsabilità.

Così, tra i reati-presupposto sono stati introdotti:

- il delitto di frode nelle pubbliche forniture di cui all'art. 356 c.p. se il fatto è commesso in danno dello Stato o di altro ente pubblico o dell'Unione europea e il delitto di cui all'art. 2 della l. 898/1986 (art. 24, comma primo e comma 2-*bis*, del decreto del 2001);
- i delitti di peculato, peculato mediante profitto dell'errore altrui e abuso d'ufficio di cui, rispettivamente, agli artt. 314, comma primo, 316 e 323 c.p., qualora il fatto offenda gli interessi finanziari dell'Unione europea (art. 25, comma primo, di detto decreto);
- i delitti di dichiarazione infedele, di omessa dichiarazione, di indebita compensazione di cui, rispettivamente, agli artt. 4, 5 e 10-*quater* del d.lgs. 74/2000, se commessi nell'ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri e al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro (art. 25-*quinquiesdecies*, comma 1-*bis*, dello stesso decreto)<sup>24</sup>;
- le fattispecie incriminatrici in materia doganale di cui al d.P.R. 43/1973, attraverso l'aggiunzione al decreto 231/2001 dell'art. 25-*sexiesdecies*, rubricato «Contrabbando», ove è stata stabilita l'applicazione di talune sanzioni interdittive in aggiunta a una diversa sanzione pecuniaria a seconda che i diritti di confine superino o meno i centomila euro.

E sempre all'ampliamento dell'elenco dei reati-presupposto sembrerebbe riconducibile l'aggiunzione del richiamo all'Unione europea nell'art. 24, comma primo, del medesimo decreto, che parrebbe produrre l'effetto di introdurre tra i reati dai quali può derivare una responsabilità dell'ente la malversazione pubbliche di cui all'art. 316-*bis* c.p., l'indebita percezione di erogazioni pubbliche di cui all'art. 316-*ter* c.p., la truffa aggravata nell'ipotesi di cui

<sup>24</sup> Per un'attenta disamina delle peculiari criticità poste da tale previsione, si vedano GROTTI, *Direttiva PIF e d.lg. n. 231 del 2001. La repressione penale delle gravi frodi IVA e la responsabilità degli enti per reati tributari, tra situazione attuale e prospettive future*, in *Cass. pen.*, 2020, 3926, e VENEZIANI, *Problemi attuali in tema di responsabilità dell'ente da reato tributario*, cit., 3086.

all'art. 640, comma secondo, n. 1, c.p., la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche di cui all'art. 640-*bis* c.p. e la frode informatica di cui all'art. 640-*ter* c.p. anche ove realizzati in danno dell'Unione europea<sup>25</sup>.

Quale conseguenza dell'arricchimento dell'elenco dei reati-presupposto, poi, sono state sostituite le rubriche dell'art. 24, ora rubricato «Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato, di un ente pubblico o dell'Unione europea o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico e frode nelle pubbliche forniture», e dell'art. 25, ora rubricato «Peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e abuso d'ufficio».

Ciò detto, tenuto conto che le novità riguardanti l'elenco dei reati-presupposto presentano essenzialmente, sia sotto il profilo del *drafting* legislativo sia sotto il profilo della *ratio legis*, le medesime caratteristiche delle altre disposizioni con le quali il nostro ordinamento è intervenuto sulla frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione europea a seguito della direttiva PIF, sembrerebbe rendersi necessaria un'unica precisazione e, cioè, che la previsione tra i reati-presupposto del peculato, del peculato mediante profitto dell'errore altrui, dell'abuso d'ufficio, nonché della dichiarazione infedele, dell'omessa dichiarazione, dell'indebita compensazione è stata limitata alle sole ipotesi ritenute maggiormente lesive degli interessi finanziari dell'Unione europea.

Inoltre, sembra solo il caso di ricordare che il d.l. 26 ottobre 2019, n. 124, convertito, con modificazioni, dalla l. 19 dicembre 2019, n. 157, recante «Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili», al quale si deve l'introduzione, con l'art. 25-*quinquiesdecies* del d.lgs. 231/2001, dei reati tributari nell'elenco di fattispecie incriminatrici dalle quali può derivare la responsabilità dell'ente, deve avere senz'altro inciso sulla portata dell'intervento poi avvenuto ad opera del decreto del 2020<sup>26</sup>.

Complessivamente, allora, a proposito delle modifiche in materia di responsabilità degli enti derivante da reato, può osservarsi che, nell'attuale tessuto normativo, tale forma di responsabilità parrebbe svolgere, perlomeno sul piano teorico<sup>27</sup>, un ruolo decisivo nella lotta alla frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione europea.

<sup>25</sup> Similmente, BALLINI, *Le novità introdotte dal d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75 in attuazione della c.d. Direttiva PIF*, cit., 10 s.

<sup>26</sup> In tal senso, anche LANOTTE, *Sistema penale-tributario per la protezione degli interessi finanziari europei: adeguato e rispondente agli obblighi comunitari?*, in *Sistema penale*, 3/2021, 114.

<sup>27</sup> A proposito dei numerosi nodi problematici nei quali è incorsa l'applicazione del d.lgs. 231/2001, si vedano le recenti osservazioni, tra gli altri, di PIERGALLINI, *Aspettative e realtà della (ancor breve) storia del D.Lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità da reato degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 861.

## 7. Prospettive *de jure condendo*.

Se quello fin qui delineato è il quadro discendente dal decreto 75/2020, occorre tenere presente che, in prossimità della scadenza del termine per l'esercizio della delega, nella seduta del 28 luglio 2022, il Consiglio dei Ministri ha approvato in esame preliminare un decreto legislativo contenente disposizioni correttive e integrative di detto decreto.

Nei suoi cinque articoli (il sesto è dedicato alla clausola di invarianza finanziaria), quest'ultimo si propone di apportare ulteriori modifiche al codice penale, al d.P.R. 43/1973, alla l. 898/1986, al d.lgs. 74/2000 e al d.lgs. 231/2001.

In particolare, per quanto concerne il codice penale, viene aggiunto l'art. 323 c.p., e cioè l'abuso d'ufficio, tra le fattispecie incriminatrici alle quali si applica l'art. 322-*bis* c.p.

Il d.P.R. 43/1973 e la l. 898/1986, invece, sono modificati, rispettivamente all'art. 301 con riguardo ai delitti doganali e all'art. 2 con riguardo alla figura di reato ivi contenuta, prevedendo la confisca per equivalente quando non sia possibile procedere alla confisca diretta.

Quanto, poi, al d.lgs. 74/2000, il decreto legislativo contenente disposizioni correttive e integrative interviene sull'art. 6, che, nella formulazione ora approvata in esame preliminare, stabilisce, al comma primo, che i delitti previsti dagli artt. 2, 3 e 4 non sono punibili a titolo di tentativo salvo quanto previsto al comma 1-*bis* e, al comma 1-*bis*, integralmente riformulato, che, quando la condotta è posta in essere al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto nell'ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri connessi al territorio di almeno un altro Stato membro dell'Unione europea dai quali consegua o possa conseguire un danno complessivo pari o superiore a dieci milioni di euro, il delitto previsto dall'art. 4 è punibile a titolo di tentativo e, fuori dei casi di concorso nel delitto di cui all'art. 8, i delitti previsti dagli artt. 2 e 3 sono punibili a titolo di tentativo quando ricorrono le medesime condizioni.

Venendo, infine, al d.lgs. 231/2001, la modifica riguarda il comma 1-*bis* dell'art. 25-*quinquiesdecies*, che, nella nuova formulazione, dovrebbe prevedere la responsabilità dell'ente derivante dai delitti di dichiarazione infedele, di omessa dichiarazione, di indebita compensazione di cui, rispettivamente, agli artt. 4, 5 e 10-*quater* del d.lgs. 74/2000 quando siano commessi al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto nell'ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri connessi al territorio di almeno un altro Stato membro dell'Unione europea da cui consegua o possa conseguire un danno complessivo pari o superiore a dieci milioni di euro.

Ora, a ben riflettere, tutte tali correzioni e integrazioni, con la sola eccezione di alcune di quelle in materia di reati tributari, parrebbero dettate dalla



necessità di garantire il pieno adattamento dell'ordinamento interno alla direttiva 2017/1371, come, peraltro, è confermato nella relazione illustrativa<sup>28</sup>.

Difatti, la previsione del richiamo all'art. 323 c.p. nel testo dell'art. 322-bis c.p. sarebbe volta a incriminare l'appropriazione indebita del funzionario pubblico in linea con quanto richiesto dall'art. 4, § 3, della direttiva anche nell'ipotesi di distrazione per una finalità diversa da quella propria del peculato, che, a seguito dell'abrogazione del peculato per distrazione, la giurisprudenza di legittimità riconduce all'abuso d'ufficio<sup>29</sup>.

Anche l'introduzione della confisca per equivalente per le fattispecie incriminatrici doganali e per quella di cui all'art. 2 della l. 898/1986 si spiega per l'esigenza di conformare la disciplina interna alla direttiva, questa volta con riguardo al suo art. 10 in tema di congelamento e confisca.

E la medesima finalità, sia pure in tal caso con riferimento all'art. 3, § 2, lettera d, e all'art. 6, § 2, della direttiva, è sottesa alle modifiche dell'art. 25-*quinq*uesdecies, comma 1-bis, del d.lgs. 231/2001 e dell'art. 6 del d.lgs. 74/2000 relative alla realizzazione dei reati in materia di IVA nell'ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri.

Come spesso accade in occasione dell'adattamento dell'ordinamento interno agli obblighi provenienti dall'Unione europea, dunque, il legislatore parrebbe avere trascurato – tanto nel primo decreto quanto, almeno per il momento, in quello contenente le disposizioni correttive e integrative – l'esigenza di garantire, oltre all'adempimento degli obblighi imposti dalla direttiva PIF, la razionalizzazione del quadro normativo nazionale.

Invero, tra le correzioni e le integrazioni al d.lgs. 75/2020 parrebbero mosse da questo intento solamente alcune di quelle riguardanti l'art. 6 del d.lgs. 74/2000, ove opportunamente il decreto approvato in esame preliminare, nel comma primo, elimina l'avverbio «comunque» divenuto superfluo e inserisce la dicitura «salvo quanto previsto al comma 1-bis» con funzione di raccordo rispetto al comma successivo; nel comma 1-bis, modifica la formulazione adoperata per descrivere la fattispecie realizzata nella forma tentata («a titolo di tentativo» in luogo di «atti diretti a») e chiarisce la funzione della clausola di riserva riguardante l'art. 8 del decreto del 2000<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Ci si riferisce alla *Relazione illustrativa* dello schema di decreto legislativo approvato in esame preliminare dal Consiglio dei Ministri il 28 luglio 2022 consultabile in [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>29</sup> Così, tra le altre, Cass., sez. VI, 23 settembre 2020, n. 27910, in *C.E.D. Cass.*, n. 279677; Cass., sez. VI, 23 gennaio 2018, n. 19484, in *C.E.D. Cass.*, n. 273783; Cass., sez. VI, 2 marzo 2016, n. 12658, in *C.E.D. Cass.*, n. 226871.

<sup>30</sup> Più precisamente, la clausola di riserva «fuori dei casi di concorso nel delitto di cui all'art. 8» e il suo riferimento ai soli delitti di cui agli artt. 2 e 3, come previsto nella formulazione del decreto contenente disposizioni correttive e integrative approvato in esame preliminare, in luogo di quella «salvo che il fatto integri il reato previsto dall'art. 8» e del suo riferimento ai delitti di cui agli artt. 2, 3 e 4, come previsto, invece, nella formulazione dovuta al d.lgs. 75/2020, si conformano al prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità in ordine all'interpretazione dell'art. 9 del decreto del 2000 (cfr., tra le altre, Cass., sez. III, 22 maggio 2019, n. 41124, in *C.E.D. Cass.*, n. 277978).

La disciplina interna della frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione europea, con l'apporto del decreto 75 del 2020 e del decreto recentemente approvato in esame preliminare, allora, parrebbe definitivamente spostarsi nel senso di un ruolo prioritario della tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea rispetto alla tutela degli interessi finanziari nazionali.

E, così, tale assetto normativo, ormai costituito da un insieme di disposizioni disseminate tra il codice penale e la legislazione extracodicistica e risultanti dalla stratificazione normativa pressoché parallela allo stesso processo di formazione dell'Unione, magari potrebbe presto presentarsi pienamente allineato con il diritto dell'Unione europea, ma potrebbe destare maggiori perplessità in ordine alla sua compatibilità con i caratteri fondamentali del diritto penale. D'altra parte, un obiettivo tanto ambizioso non parrebbe essere perseguito neppure dalla delega.

# LA NUOVA RINNOVAZIONE DIBATTIMENTALE NEL GIUDIZIO DI APPELLO ALLA LUCE DELLA RIFORMA CARTABIA

Luigi Palmieri\*

**Sommario:** **1.** La trasformazione della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello a partire dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – **2.** La rinnovazione e il contenuto della prova dichiarativa ritenuta decisiva: il raffronto tra il testimone, il perito e il consulente tecnico. – **3.** La rinnovazione nel giudizio abbreviato d'appello. – **4.** Gli altri casi di rinnovazione obbligatoria e i limiti al riesame dei testimoni previsti dall'art. 190-bis c.p.p. – **5.** Conclusioni.

## ABSTRACT

*Le modifiche apportate dalla Riforma Cartabia all'art. 603 c.p.p. hanno contribuito a definire la fisionomia della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello a seguito del lungo processo di trasformazione cominciato con l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza sovranazionale e proseguito con la legge 23 giugno 2017 n. 103. La norma è ispirata al recupero dell'immediatezza nel giudizio di appello attraverso la previsione di un vero e proprio obbligo per il giudice di procedere alla rinnovazione delle prove dichiarative ritenute decisive nel caso di impugnazione del pubblico ministero avverso la sentenza di proscioglimento. Nonostante le diverse indicazioni provenienti dalla Suprema Corte, il richiamo espresso dell'art. 603, c. 3-bis, c.p.p. alle sole ipotesi di integrazione probatoria ha escluso l'estensione dell'obbligo di rinnovazione al giudizio abbreviato incondizionato, in caso di ribaltamento in peius della pronuncia assolutoria.*

*The changes made by the Reform Cartabia to art. 603 c.p.p. contributed to defining the physiognomy of the renewal of the hearing investigation in the appeal judgment following the long transformation process that began with the interpretation provided by the supranational jurisprudence and continued with the law of 23 June 2017 n. 103. The rule is inspired by the recovery of immediacy in the appeal judgment through the provision of a real obligation for the judge to proceed with the renewal of the declaratory evidence considered decisive in the event of an appeal by the public prosecutor against the acquittal sentence. Despite the different indications coming from the Supreme Court, the express reference of the renewed art. 603, c. 3-bis, c.p.p. to the sole hypotheses of evidentiary integration, it excluded the extension of the obligation of renewal to the abbreviated unconditional judgment, in the event of the overturning in peius of the acquittal judgment.*

---

\* Assegnista di ricerca presso l'Università degli studi di Salerno.

## 1. La trasformazione della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello a partire dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in grado di appello è stata concepita dal legislatore del 1988<sup>1</sup> in termini di "eccezionalità" come previsione di carattere residuale e riservata alla discrezionalità del giudice, alla quale poteva farsi ricorso esclusivamente ove il giudice avesse ritenuto di non poter decidere allo stato degli atti<sup>2</sup>, in coerenza con la presunzione di completezza dell'accertamento probatorio svolto nel primo grado di giudizio<sup>3</sup>.

Il legislatore ha relegato il fenomeno della rinnovazione ad ipotesi residuali attivabili su richiesta di parte, per l'assunzione di prove già acquisite o di prove nuove (con il limite di manifesta superfluità o irrilevanza ex artt. 603 c. 2, 495 c. 1 e 190 c. 1 c.p.p.), o d'ufficio dal giudice dell'appello nel caso di assoluta necessità ai fini della decisione (ex art. 603 c. 3 c.p.p.), in maniera simmetrica all'analogo potere riconosciuto al giudice di primo grado (ai sensi dell'art. 507 c.p.p.)<sup>4</sup>.

A seguito dell'interpretazione elaborata dalla Corte di Strasburgo<sup>5</sup> è cominciato l'inizio del lungo processo di ampliamento delle ipotesi di rinnovazione nel giudizio di appello terminato con le modifiche apportate all'art. 603 dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale è indicata all'art. 2 criterio 94 della l. 16 febbraio 1987, n. 81 «*Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale*».

<sup>2</sup> Sul concetto di eccezionalità della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello, v. in dottrina, BARGI, *La rinnovazione dell'istruttoria in appello tra potere discrezionale del giudice e diritto alla prova*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 95; DINACCI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio*, in *Cass. pen.*, 2007, 3503. In giurisprudenza v. Cass., Sez. Un., 24.1.1996, Panigoni, n. 2780, in *Cass. pen.* 1996, 2892; Negli stessi termini, C. Cost., 23.5.2019, n. 124, in *Giur. Cost.*, 2019, 3, 1501.

<sup>3</sup> SPANGHER, *Sistema delle impugnazioni penali e durata ragionevole del processo*, in *Corriere Giur.*, 2002, 10, 1261.

<sup>4</sup> Sulla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale v., in dottrina, AIUTI, *Il ribaltamento della condanna in appello*, in *Cass. pen.*, 11, 2013, 4057; CARACENI, *Sulle forme dell'esame testimoniale nella rinnovazione del dibattimento in appello*, in *Cass. pen.*, 1993, 2860; CHINNICI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello*, in *Cass. pen.*, 2012, 9, 3159; FALLONE, *Appello dell'assoluzione, motivazione rafforzata, principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, rinnovazione dibattimentale: la giurisprudenza italiana e della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2, 2015, 820; FIORIO, *Le impugnazioni penali*, I, Torino, 1998, 299; MARANDOLA, *L'appello riformato*, Milano, 2020, 168; NAPPI, *Ambito oggettivo ed estensione soggettiva dei giudizi di impugnazione*, in *Cass. pen.*, 2009, 3239.

<sup>5</sup> Cfr., C. EDU, Sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, n. 899/07, in *Arch. pen.*, 2012, 1, 349, con nota di GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*.

<sup>6</sup> V. art. 34 del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, in G.U. il 17.10.2022 «*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*».

La celebre sentenza *Dan c. Moldavia*<sup>7</sup> ha riconosciuto il diritto dell'imputato di ottenere la riassunzione della prova dichiarativa ritenuta decisiva ai fini del ribaltamento *in peius* della sentenza assolutoria di primo grado

L'intuizione elaborata dalla Corte Edu ha fatto sì che emergesse l'asimmetria tra il giudizio di primo grado - ossequioso dei canoni dell'oralità e dell'immediatezza - e l'appello cartolare, la cui decisione si fonda sulla riletura dei verbali di prova del giudizio di primo grado con spazi d'intervento assai contenuti per le ipotesi di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale<sup>8</sup>.

Va subito evidenziato che la connotazione dell'appello cartolare, in termini di controllo critico e non nuovo giudizio - *revisio prioris instantiae* -, rende la rivalutazione *ex actis* di secondo grado compatibile con la fisionomia del sistema processuale ispirato ai principi del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza nella formazione della prova<sup>9</sup>.

La conformazione del gravame così delineata dai principi naturali del giudizio soffre di un'area di rischio rappresentata dall'assenza di limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento, con il possibile ribaltamento *in peius* della decisione assolutoria assunta in primo grado<sup>10</sup>.

In sede sovranazionale la sollevata questione di compatibilità tra il c.d. *overturning* e l'art. 6 CEDU si è sviluppata attraverso la nozione di immediatezza e la valutazione di ammissibilità della rinnovazione della prova dichiarativa nel giudizio di appello.

L'interpretazione convenzionalmente orientata dell'immediatezza nel giudizio cartolare di appello non si accontenta di una forma di contraddittorio

<sup>7</sup> Cfr., C. EDU, Sez. III, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, cit.

<sup>8</sup> La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è costante nel ritenere l'affermazione nel giudizio di appello della responsabilità dell'imputato prosciolti in primo grado sulla base di prove dichiarative consentita solo previa nuova assunzione diretta dei testimoni nel giudizio di impugnazione, a pena di violazione dell'art. 6 CEDU par. 3, lett. d), che assicura il diritto dell'imputato di esaminare o fare esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico..

<sup>9</sup> In dottrina, v. DE CARO - MAFFEO, voce *Appello*, in *Dig. pen.*, agg. V, Torino, 2010, p. 61; CIGNACCO, *Condanna in appello e giusto processo: tra indicazioni europee e incertezza italiane*, in questa *Dir. pen. e proc.*, 2014, 5, 537; CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009, 229; GAETA, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, in AA.VV., *Treccani. Il libro dell'anno del diritto*, 2014, 627. CABIALE, *Verso un appello "convenzionalmente orientato": necessità di un nuovo esame testimoniale per condannare in seconde cure*, in *Dir. pen. e proc.*, Speciale 2014, 47; COMI, *Riforma in appello di una sentenza assolutoria e obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2, 2014, 191; CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, 87; SPANGHER, *Appunti per un ripensamento del giudizio di appello*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 5, 623; ID., *La Corte costituzionale e la cassazione rafforzano il diritto di difesa*, in *Giur. It.*, 2022, 8-9, 1961; STELLIN, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello: nuove conferme, vecchie ambiguità*, in *Cass. pen.*, 4, 2016, 1640.

<sup>10</sup> DE CARO, *Inappellabilità delle sentenze di assoluzione da parte del p.m.: l'incostituzionalità della "Pecorella"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 5, 605.

debole ma postula un rapporto privo di intermediazioni tra l'assunzione della prova e la decisione<sup>11</sup>.

Dunque, se da un lato la giurisprudenza europea ha ammesso l'*overturning*, dall'altro ha censurato l'eventuale condanna in riforma della sentenza assolutoria di primo grado fondata sulla semplice lettura dei verbali delle prove dichiarative.

Il principio è stato consacrato dalla Corte di Strasburgo<sup>12</sup> che ha dichiarato la violazione dell'art. 6 CEDU in caso di condanna dell'imputato senza la riassunzione nel giudizio di appello delle prove di natura dichiarativa ritenute decisive ai fini del ribaltamento *in peius* della decisione assolutoria.

A seguito dell'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo, la sezione unite della Suprema Corte hanno affermato l'obbligo per il giudice di appello di rinnovare, anche d'ufficio, le prove dichiarative decisive qualora s'intenda riformare la sentenza assolutoria di primo grado, in assenza di mutamenti del materiale probatorio<sup>13</sup>.

La giurisprudenza di legittimità, in particolare, ha statuito che il rispetto della previsione contenuta nell'art. 6, par. 3, lett. d), CEDU implica che il giudice di appello, investito della impugnazione del pubblico ministero avverso la sentenza di assoluzione di primo grado con cui si adduca una erronea valutazione delle prove dichiarative, non può riformare la sentenza impugnata, affermando la responsabilità penale dell'imputato, senza avere proceduto, anche d'ufficio, ai sensi dell'art. 603 c.p.p., alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo<sup>14</sup>.

Nel richiamato *decisum* la Corte ha evidenziato come l'obbligo di rinnovazione investa soltanto la decisività della prova dichiarativa (c.d. *main evidence*) e la necessità di una rivalutazione dell'attendibilità dei testimoni (c.d. *indirect evidence*), non certamente un generico recupero delle fonti di prova nel giudizio di appello.

I limiti delineati attengono esclusivamente ad un giudizio di valutazione della prova e non al metodo di acquisizione probatoria: in questo senso la

---

<sup>11</sup> Così C. EDU, Sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, cit.: «[...] Se una Corte d'Appello è chiamata ad esaminare un caso in fatto e in diritto e a compiere una valutazione completa della questione della colpevolezza o dell'innocenza del ricorrente, essa non può, per una questione di equo processo, determinare correttamente tali questioni senza una valutazione diretta delle prove».

<sup>12</sup> C. EDU, Sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, cit.

<sup>13</sup> V. Cass., Sez. Un., 28.4.2016, n. 27620, DASGUPTA, in *Cass. pen.*, 2016, 9, 3203.

<sup>14</sup> Il giudice di appello, anche in presenza della sola impugnazione dell'imputato, può procedere alla riqualificazione giuridica del fatto nel rispetto del principio del giusto processo previsto dall'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, anche senza disporre una rinnovazione totale o parziale dell'istruttoria dibattimentale, sempre che sia sufficientemente prevedibile la ridefinizione dell'accusa inizialmente formulata, che il condannato sia in condizione di far valere le proprie ragioni in merito alla nuova definizione giuridica del fatto e che questa non comporti una modifica *in peius* del trattamento sanzionatorio e del computo della prescrizione. Così, Cass., Sez. V, 14.01.2020, n. 5083, in *CED Cass.*, 278143.

giurisprudenza di legittimità ha, successivamente, ribadito che l'obbligo di rinnovazione dovesse trovare spazio anche a fronte di una pronuncia assolutoria emessa a seguito di giudizio abbreviato, ove la stessa si fosse basata sulla diversa valutazione di prove dichiarative<sup>15</sup>.

Ai fini dell'obbligo di rinnovazione è processualmente indifferente se l'apporto dichiarativo sia stato valutato in primo grado sulla base delle risultanze investigative dei soli atti di indagine, oppure se la prova sia stata assunta in contraddittorio tra le parti secondo i canoni dell'oralità-immediatezza.

L'interpretazione così formulata dalle sezioni unite della Suprema Corte<sup>16</sup> è stata, però, superata dalle modifiche apportate dalla c.d. Riforma Cartabia<sup>17</sup> che ha limitato, nel giudizio abbreviato d'appello, la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, in caso di ribaltamento *in peius* della pronuncia assoluta, ai soli casi di integrazione probatoria (v. *infra* par. 3).

I giudici di legittimità hanno sì recepito l'orientamento convenzionale ma hanno, nel contempo, offerto una chiave di lettura ulteriore incentrata sul canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, già in precedenza individuato dalla giurisprudenza quale inderogabile regola di giudizio che assume veste di criterio generalissimo nel processo penale, direttamente collegato al principio costituzionale della presunzione di innocenza<sup>18</sup>.

Per riformare un'assoluzione non basta una diversa valutazione fondata esclusivamente sulla lettura dei verbali di prova, ma per far crollare ogni ragionevole dubbio è necessaria «una forza persuasiva superiore», perché, «mentre la condanna presuppone la certezza della colpevolezza, l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza, bensì la mera non certezza della colpevolezza»<sup>19</sup>.

Proprio perché l'enunciato principio rappresenta un corollario della regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, in caso di riforma della sentenza di condanna in senso assolutorio il giudice di appello non ha l'obbligo di procedere alla rinnovazione della prova dichiarativa<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 14.4.2017, n. 18620, PATALANO, in *Cass. pen.*, 2017, 7-8, 2666. In dottrina, v. APRATI, *Overtuning sfavorevole in appello e mancanza del riesame*, in *Cass. pen.*, 2017, 7-8, 2666; LUPÁRIA - BELLUTA, *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle sezioni unite*, in *Dir. pen. e cont.*, 3, 2017, 151; TESORIERO, *Una falsa garanzia: l'obbligatoria attuazione del contraddittorio nel giudizio abbreviato d'appello*, in *Cass. pen.*, 2017, 10, 3668

<sup>16</sup> Cass., Sez. Un., 14.4.2017, n. 18620, PATALANO, cit.

<sup>17</sup> Cfr. art. 34 del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, in *G.U.* il 17.10.2022. In dottrina, v. SPANGHER, *La riforma Cartabia nel labirinto della politica*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, 9, 1155.

<sup>18</sup> Sul punto, v. Cass, Sez. Un., 10.07.2002, n. 30328, Franzese, in *CED Cass.*, 222139.

<sup>19</sup> In questi termini, Cass., Sez. Un., 14.4.2017, n. 18620, Patalano, cit.

<sup>20</sup> Così Cass., Sez. Un., 21.12.2017, n. 14800, TROISE, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, 274 «[...] Il principio di immediatezza, privo di garanzia costituzionale autonoma, costituisce fondamentale ma non indispensabile carattere del contraddittorio, modulabile dal legislatore sulla base dell'incidenza dell'oltre ogni ragionevole dubbio sulla decisione da assumere, sicché esso diviene recessivo là dove – come nel caso di riforma in senso assolutorio di una sentenza di condanna – detto canone non venga in questione». In dottrina v., TURCO, *Giudizio d'appello e "overtuning in melius": per le Sezioni unite non scatta l'obbligo di rinnovare la prova dichiarativa*, in *Processo penale e*

La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che l'assoluzione in appello possa conseguire anche ad una diversa valutazione del medesimo compendio probatorio «[...] caratterizzata da pari o addirittura minore plausibilità rispetto a quella operata dal primo giudice», giacché «se la condanna deve presupporre la certezza della colpevolezza, l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza, ma la mera non certezza della colpevolezza»<sup>21</sup>.

Appare, pertanto, evidente la differente natura del giudizio di appello che abbia ribaltato una sentenza assolutoria, rispetto a quello cartolare che si risolve in una mera sede di valutazione critica dei percorsi logico-motivazionali del giudice di primo grado<sup>22</sup>.

Anche il limitato spazio di recupero dell'oralità-immediatezza nel giudizio di gravame proviene dalle indicazioni formulate dalla Corte di Strasburgo che ha individuato le deroghe alla rinnovazione obbligatoria, escludendo la violazione dell'art. 6 CEDU quando la sentenza di condanna in appello sia fondata su elementi di prova diversi dalla prova dichiarativa, nonché quando il testimone non possa più essere risentito nel processo di appello o qualora sia necessario garantire ai testimoni il diritto a non autoincriminarsi<sup>23</sup>.

*Giustizia*, 2018, 5, 9; VARRECCIONE, *L'inapplicabilità dell'obbligo di rinnovazione dibattimentale in appello, ex art. 603, c. 3-bis, c.p.p., nel caso di c.d. doppia conforme di assoluzione, in penaledp.it*, 20 maggio 2021. La S.C. ha, inoltre, evidenziato come il giudice d'appello, pur non essendo obbligato alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, è tenuto ad offrire una motivazione puntuale e adeguata che dia razionale giustificazione della difforme decisione adottata, indicando in maniera approfondita e diffusa gli argomenti, specie se di carattere tecnico-scientifico, idonei a confutare le valutazioni del giudice di primo grado. Cfr. Cass., Sez. IV, 15.10.2021, n. 2474, in *iusexplorer*; Cass., Sez. V, 16.9.2014, n. 6403, in *iusexplorer*. Cass., Sez. V, 22.7.2020, n. 25949, in *CED Cass.*, 279448. In senso difforme, v. Cass., Sez. II, 24.4.2014, n. 32619, in *CED Cass.*, 260071 che ha statuito l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale non solo nel caso di *reformatio in peius*, ma anche in quello inverso, in cui il giudice sia pervenuto ad una pronuncia assolutoria dell'imputato condannato in primo grado.

<sup>21</sup> Sul punto cfr. Cass. Sez. III, 27.11.2012, n. 42007, in *Cass. pen.*, 2013, 4055, con nota di V. Aiuti, *Il ribaltamento della condanna in appello*; Cass., Sez. VI, 26.10.2011, n. 4996, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 205, con nota di SCARCELLA, *Regola del B.A.R.D. nel giudizio d'appello e riforma contra reum della sentenza assolutoria*. In dottrina v. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2012, 236. V. pure, FALLONE, *Appello dell'assoluzione, motivazione rafforzata, principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, rinnovazione dibattimentale: la giurisprudenza italiana e della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2015, 2, 0820B.

<sup>22</sup> Il ribaltamento in *peius* del giudizio assolutorio di primo grado si risolve in un nuovo giudizio per cui il dubbio «[...] sull'innocenza dell'imputato può essere superato solo impiegando il metodo migliore per la formazione della prova». Così, Cass., Sez. Un., 14.4.2017, n. 18620, PATALANO, *op. cit.*

<sup>23</sup> Sulla rinnovazione divenuta impossibile per il decesso del dichiarante, v. Cass., Sez. Un., 30.9.2021, D., n. 11586, in *Cass. pen.*, 2022, 6, 2090. In dottrina, v. AGOSTINO, *Appello penale-rinnovazione istruttoria impossibile: ammessa la riforma del proscioglimento*, in *Giur. It.*, 2022, 8-9, 1964; BARGIS, *Brevi riflessioni sulla pronuncia delle Sezioni unite relative all'art. 603 c. 3-bis c.p.p. nell'ipotesi in cui sia impossibile rinnovare la prova per decesso del dichiarante*, in *Sistemapenale web*. La sentenza ha evidenziato che «[...] la riforma, in appello, della sentenza di assoluzione non è preclusa nel caso in cui la rinnovazione della prova dichiarativa decisiva, oggetto di discordante valutazione, sia divenuta impossibile per decesso del dichiarante; tuttavia, la motivazione della



Il processo di adeguamento nazionale è stato preceduto da una pronuncia della Corte europea di Strasburgo che ha riguardato un cittadino italiano condannato per la prima volta in appello sulla base della mera lettura delle dichiarazioni rese dai testimoni nel corso del giudizio primo grado<sup>24</sup>.

Nonostante la ritenuta violazione dell'art. 6 CEDU non sia stata determinata da un *decifit* normativo dell'ordinamento processuale – bensì dalla mancata applicazione dell'art. 603 c.p.p. – la l. n. 103 del 2017<sup>25</sup> è, successivamente, intervenuta per codificare le indicazioni fornite espressamente dalla richiamata giurisprudenza di legittimità.

La norma è ispirata al recupero dell'immediatezza nel giudizio di appello attraverso la previsione di un vero e proprio obbligo per il giudice di procedere alla rinnovazione delle prove dichiarative nel caso di impugnazione del pubblico ministero avverso la sentenza di proscioglimento<sup>26</sup>.

Il legislatore ha recepito le indicazioni comunitarie ed ha introdotto una nuova ipotesi di ammissione d'ufficio delle prove – ex art. 190, c. 2, c.p.p. –,

*sentenza che si fondi sulla prova non rinnovata deve essere rafforzata sulla base di elementi ulteriori, idonei a compensare il sacrificio del contraddittorio, che il giudice ha l'onere di ricercare ed eventualmente acquisire anche avvalendosi dei poteri officiosi di cui all'art. 603 c.p.p.»*. V. diffusamente in dottrina, AIUTI, *L'immediatezza presa sul serio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 1, 109; BENE, *I poteri di controllo della Corte di cassazione in punto di discorso argomentativo*, in *Archivio penale*, 2016, 2, 580; CERESA CASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflattive. A proposito dell'imminente varo del d.d.l. C 4368 (e dei recenti interventi delle Sezioni Unite)*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2017, 3, 166; GIORDANO - NOCERA, *La rilevabilità della mancata rinnovazione della prova dichiarativa nel caso di "reformatio in peius" in appello della sentenza assolutoria*, in *Cass. pen.*, 2017, 5, 332; GIUNCHEDI, *Giudizio di rinvio e rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, in *Processo penale e Giustizia*, 2018, 4, 8; VALENTI, *Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello: Corte europea e Corte di cassazione a confronto*, in *Cass. pen.*, 2021, 3, 1079.

<sup>24</sup> Cfr. C. EDU, Sez. I, 29 giugno 2017, Lorefice c. Italia, n. 63446/13, in *Dir. pen. cont.*, n. 7, 2017, 260, con nota di PRESSACCO, *Una censura ampiamente annunciata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il ribaltamento in appello dell'assoluzione senza rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*. Secondo la Corte al fine di giungere al ribaltamento di una sentenza di proscioglimento occorre procedere alla rinnovazione dell'attività istruttoria dibattimentale. In senso conforme, C. EDU, Maestri c. Italia, 8.7.2021, 20903/15, 20973/15, 20980/15, 24505/15, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2021, 315. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. I, 21.9.2021, n. 45179, in *penaledp.it*, 25 febbraio 2022, con nota di MANGIARACINA, *La portata della sentenza Maestri v. Italia: le sezioni unite "non decido-no"*. La Suprema Corte ha rimesso alle sezioni unite la questione dell'applicabilità generale della sentenza della Corte di Strasburgo Maestri c. Italia che ha censurato l'ordinamento processuale italiano per non avere previsto, a garanzia dell'imputato assolto nel primo grado di giudizio e condannato nel processo di appello, uno specifico onere di audizione del medesimo prima di assumere la decisione di condanna.

<sup>25</sup> Il riferimento è all'art. 1 c. 58 della L. 23 giugno 2017, n. 103, recante «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*» che ha introdotto il c. 3-bis all'art. 603 c.p.p.: «*Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*. In dottrina, v. SPANGHER, *La Riforma delle impugnazioni: le linee guida*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 10, 1325.

<sup>26</sup> V. diffusamente in dottrina, DE CARO, voce *Impugnazioni (dopo la riforma Orlando)*, in *Digesto*, X, 2018, 333.

limitando, però, l'obbligo di procedere alla rinnovazione dell'istruttoria nell'eventualità in cui l'oggetto dell'impugnazione sia una sentenza di condanna (e non di proscioglimento), e che i motivi dell'impugnazione proposta dal pubblico ministero siano attinenti ad una diversa valutazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva dal giudice di primo grado al fine di addivenire ad una pronuncia assoluta<sup>27</sup>.

Pur subordinando la rinnovazione nel giudizio d'appello alla sola impugnazione proposta dal pubblico ministero, il c. 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p. non ha escluso la sussistenza di un identico obbligo nel caso di impugnazione della sola parte civile<sup>28</sup>.

La S.C. ha statuito che il giudice di appello è obbligato alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale anche nel caso di impugnazione della sola parte civile e ai soli effetti civili, quando la sentenza di condanna del giudice dell'appello sia fondata su un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una prova dichiarativa ritenuta decisiva dal primo giudice<sup>29</sup>.

L'interpretazione fornita dalla S.C. va raccordata con quanto statuito dal nuovo art. 573, c. 1-*bis*, c.p.p.<sup>30</sup> per cui l'impugnazione per i soli interessi civili sarà devoluta al giudice civile che, ricorrendone i presupposti, dovrà procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale espletata in primo grado dal giudice penale<sup>31</sup>.

Le successive modifiche apportate dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, hanno escluso l'applicabilità dell'art. 603, c. 3-*bis*, c.p.p. all'ipotesi di giudizio abbreviato "incondizionato" (v. *infra* par. 3) ed introdotto due nuove ipotesi – tassativamente indicate al c. 3-*ter* dell'art. 603 c.p.p. – di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale direttamente ricollegabili alla riformata disciplina sull'assenza (v. *infra* par. 4).

<sup>27</sup> Il principio si applica anche nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento della sentenza di appello. Ed invero, l'art. 627, c. 2, c.p.p. ha previsto che il giudice, se le parti ne fanno richiesta, dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per l'assunzione delle prove rilevanti per la decisione.

<sup>28</sup> V. Cass., Sez. Un., 28.1.2021, n. 22065, in *Cass. pen.*, 2021, 12, 4012; Cass., Sez. V, 18.2.2020, n. 15259, in *CED Cass.*, n. 279255. Secondo la summenzionata pronunciata l'esclusione dell'obbligo di rinnovazione nel caso di impugnazione della sola parte civile viola il principio di ragionevolezza delle scelte normative che s'ispira all'art. 3 della Costituzione.

<sup>29</sup> V. in giurisprudenza, Cass., Sez. V, 15.4.2019, n. 32854, in *CED Cass.*, 277000; Cass., Sez. V, 4.4.2019, n. 38082, in *CED Cass.*, 276933; Cass., Sez. VI, 7.10.2016, n. 52544, in *CED Cass.*, 268579.

<sup>30</sup> Il c. 1-*bis* dell'art. 573 c.p.p. è stata introdotto dall'art. 33 del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, in *G.U.* il 17.10.2022 e così testualmente recita: «Quando la sentenza è impugnata per i soli interessi civili, il giudice d'appello e la Corte di cassazione, se l'impugnazione non è inammissibile, rinviando per la prosecuzione, rispettivamente, al giudice o alla sezione civile competente, che decide sulle questioni civili utilizzando le prove acquisite nel processo penale e quelle eventualmente acquisite nel giudizio civile».

<sup>31</sup> In dottrina, v. DE CARO, *Le ambigue prospettive di riforma del processo penale contenute nel d.d.l. n. 2435/2020: il declino delle garanzie e il (vano) tentativo di accelerare la durata dei processi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, 4, 524.

## 2. La rinnovazione e il contenuto della prova dichiarativa ritenuta decisiva: il raffronto tra il testimone, il perito e il consulente tecnico.

Secondo l'interpretazione fornita dalla sentenza "Dasgupta"<sup>32</sup>, l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, in caso di ribaltamento di una pronuncia assolutoria, persiste senza distinguere la qualità soggettiva rivestita del dichiarante.

L'obbligo per il giudice di appello di procedere – anche d'ufficio – alla rinnovazione è ancorato al diverso apprezzamento dell'attendibilità di una dichiarazione ritenuta decisiva ai fini del giudizio assolutorio di primo grado.

La fisionomia di prova decisiva è incentrata sull'idea che la sentenza di condanna del giudice di appello sia fondata su una diversa valutazione delle prove dichiarative che hanno determinato – o anche soltanto contribuito a determinare – una sentenza di proscioglimento.

Il concetto di decisività muove da una valutazione globale del compendio probatorio, per cui la prova diviene decisiva anche se altre fonti probatorie, di diversa natura, se espunte dal complesso materiale probatorio, si rivelano potenzialmente idonee ad incidere sull'esito del giudizio<sup>33</sup>.

Allo stesso modo, un prudente giudizio di decisività va espletato in ragione del valore probatorio che il giudice di primo grado ha attribuito alla prova dichiarativa ovvero se le stesse siano state ritenute di scarso o nullo valore nella pronuncia assolutoria e siano, invece, ritenute decisive nella prospettazione accusatoria, al fine di pervenire ad un giudizio di colpevolezza.

Il concetto di *main evidence*<sup>34</sup> elaborato a Strasburgo, e recepito dalla giurisprudenza di legittimità, è fondato sull'idea della mancata assunzione nel giudizio di appello della prova dichiarativa – unica e determinante – per ribaltare la decisione assolutoria nel giudizio di primo grado.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha successivamente ampliato e delineato la portata del principio attraverso l'apprezzamento dell'equità complessiva del processo quale possibile meccanismo compensativo con altre garanzie processuali idonee, comunque, a far ritenere il processo equo<sup>35</sup>.

Ad ogni modo, i principi fissati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, e il nuovo innesto normativo introdotto con la riforma Cartabia<sup>36</sup>, non ha trattato (e risolto) alcuni aspetti attinenti alla diversa natura delle fonti dichiarative.

<sup>32</sup> Sul punto, v. Cass., Sez. Un., 28.4.2016, n. 27620, DASGUPTA, *op. cit.*

<sup>33</sup> Sul concetto di prova dichiarativa decisiva, v. Cass., Sez. VI, 6.10.2015, in *CED Cass.*, 265879; Cass., Sez. II, 22.9.2015, n. 41736, in *CED Cass.*, 264682; Cass., Sez. III, 18.9.2014, n. 45453, in *CED Cass.*, 260867; Cass., Sez. VI, 1.7.2014, n. 18456, in *CED Cass.*, 263944.

<sup>34</sup> V. C. EDU, Sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, *cit.*

<sup>35</sup> Così in dottrina, PULITO, *La rinnovazione istruttoria "europea". Overturning in appello e giusto processo*, Bari, 2020, 54.

<sup>36</sup> Il riferimento è al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, *cit.* (c.d. Riforma Cartabia).

L'art. 603, c. 3-bis, c.p.p. fa genericamente riferimento alle «*prove dichiarative*» senza offrire ulteriori riferimenti alle dichiarazioni provenienti dalle diverse fonti di prova.

Ci si riferisce, in particolare, al perito e al consulente tecnico, le cui dichiarazioni, nel corso del giudizio di primo grado, non di rado, sono dirimenti ai fini della decisione.

A seguito della sentenza “Dasgupta<sup>37</sup>”, sul concetto di «*prova dichiarativa*» si sono susseguiti due contrapposti orientamenti di legittimità che hanno operato un raffronto tra le dichiarazioni rese dal testimone con quelle provenienti dal perito e del consulente tecnico.

Secondo l'orientamento condiviso dalle sezioni unite, la natura delle dichiarazioni dei periti e dei consulenti tecnici renderebbe le stesse assimilabili alla fonte testimoniale e, di conseguenza, al concetto di prova dichiarativa indicata nell'art. 603 c.p.p.

Il giudice dell'appello sarebbe, pertanto, obbligato alla rinnovazione delle dichiarazioni rese dal perito e dal consulente tecnico, qualora la valutazione delle stesse fosse ritenuta decisiva per la riforma in *peius* della sentenza assolutoria di primo grado.

Il diverso, opposto, orientamento distingue l'apporto probatorio offerto dal testimone “puro” – del quale il giudice è chiamato a valutare l'attendibilità e la credibilità – dalle dichiarazioni testimoniali rese dal perito e del consulente tecnico, il cui profilo di valutazione attiene «[...] *all'affidabilità scientifica del metodo seguito e, quindi, le ragioni per cui ritiene preferibile la tesi del perito piuttosto che un'altra*»<sup>38</sup>.

Le motivazioni sottese a tale orientamento sono ricollegabili al tema della perizia come “prova neutra”, non potendo le stesse rivestire il carattere decisività<sup>39</sup>.

In realtà, la Suprema Corte ha correttamente evidenziato come il perito – il c.d. testimone esperto – sia chiamato a svolgere accertamenti e valutazioni ed ha l'obbligo di riferire sui fatti sui quali viene esaminato<sup>40</sup>.

Non appare rilevante la natura del contenuto delle dichiarazioni (perceptiva o valutativa), ma ciò che incide sull'eventuale ribaltamento del giudizio assolutorio di primo grado è l'apporto probatorio della testimonianza o (non di rado) della perizia.

<sup>37</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 28.4.2016, n. 27620, Dasgupta.

<sup>38</sup> V. sul punto, Cass. Sez. V, 14.09.2016, n. 1691, in *iusexplorer*; Cass., Sez. III, 18.10.2017, n. 57863, in *iusexplorer*.

<sup>39</sup> Così, Cass., Sez. IV, 22.02.2018, n. 22022, in *CED Cass.* 273586; Cass. Sez. IV, 10.03.2016, n. 15493, in *CED Cass.* 266787; Cass., Sez. V, 07.10.2014, n. 6754, in *CED Cass.* 262722.

<sup>40</sup> Sulla qualifica del perito come *expert witness*, v. C. EDU, 12.05.2016, Poletan e Azirovik c. Macedonia; C. EDU, 27.3.2014, Matytsina c. Russia; C. EDU, 5.7.2007, Sara Lind c. Islanda; C. EDU, 5.4.2007, Stoimenov c. Macedonia; C. EDU, 2.1.2002, G.B. c. Francia; C. EDU, 18.3.1997, Mantovanelli c. Francia; C. EDU, 26.3.2006, Doorson c. Paesi bassi.

La scelta appare coerente anche con il sistema processuale che ha assicurato la garanzia del contraddittorio sia nella fase dello svolgimento dell'incarico peritale nella fase dibattimentale, concedendo alle parti la possibilità di nominare propri consulenti ex art. 225 c.p.p.: le regole previste per l'audizione dei periti e dei consulenti tecnici sono assimilate – per espressa previsione dell'art. 501 c.p.p. – all'esame dei testimoni ovvero sono assistite dalla garanzia del contraddittorio attraverso l'esame incrociato<sup>41</sup>.

L'esigenza di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale non può basarsi sulla mera rivalutazione delle perizie e delle consulenze tecniche versate negli atti del giudizio di primo grado, ma il giudice d'appello – che intenda *rifomare in peius* una sentenza assolutoria – deve procedere alla nuova audizione degli autori dei predetti elaborati<sup>42</sup>.

Ed invero, le considerazioni espresse per il perito sono valide anche per il consulente tecnico di parte, per essere la posizione di quest'ultimo assimilabile a quella del testimone<sup>43</sup>.

Diversa è l'ipotesi in cui la relazione peritale venga acquisita, con l'accordo delle parti, al fascicolo per il dibattimento, senza procedere all'esame del perito.

Sul punto, la Cassazione ha correttamente evidenziato la non applicabilità della regola della rinnovazione del dibattimento per essere la relazione peritale veicolata al dibattimento attraverso la forma cartolare e non per il tramite della prova dichiarativa<sup>44</sup>.

### 3. La rinnovazione nel giudizio abbreviato d'appello.

L'elaborazione giurisprudenziale della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale ha riservato un identico spazio d'intervento alle parti e al giudice nell'ipotesi in cui l'imputato abbia scelto, in primo grado, di farsi giudicare nelle forme del giudizio abbreviato<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> V. in dottrina, KALB, *La «ricostruzione orale» del fatto tra «efficienza» ed «efficacia» del processo penale*, Torino, 2005, 57.

<sup>42</sup> Sul punto, v. Cass., Sez. IV, 21.02.2018, n. 14649, in *iusexplorer*.

<sup>43</sup> Cfr. Cass. Sez. IV, 26.04.2018, n. 25127, in *CED Cass.* 273406.

<sup>44</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 28.01.2019, Pavan, n. 14426, in *CED Cass.*, 275112. La sentenza, sul punto, ha così evidenziato: «Il dato processuale rilevante – nella suddetta ipotesi – va, quindi, rinvenuto, nella circostanza che la relazione peritale è veicolata nel processo attraverso la sola scrittura: di conseguenza, poiché il contraddittorio, per volontà delle stesse parti, si attua nella sola forma cartolare, deve ritenersi non applicabile la regola della rinnovazione obbligatoria del dibattimento di cui all'art. 603 c.p.p., comma 3-bis, in quanto – costituendo un'eccezione alla regola stabilita nel precedente comma 3 – è riservata, in modo tassativo, alle sole prove dichiarative ossia a quelle prove in cui l'informazione è veicolata nel processo attraverso il linguaggio verbale».

<sup>45</sup> Sulla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio abbreviato d'appello, v. in dottrina APRATI, *Giudizio abbreviato e imprevedibilità della rinnovazione istruttoria in appello*, in *Archivio penale*, 2013, 3, 1019; BALESTRINI, *Giudizio abbreviato e rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 2000, 961; GAETA, *Il rito abbreviato tra la stabilità del quadro probatorio e le «incursioni» di prove supplementari*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 1, 9; LARICCHIA, *La rinnovazione*

In passato la giurisprudenza costituzionale si è soffermata sull'operatività della rinnovazione nel giudizio abbreviato d'appello, evidenziando come l'istituto sia estendibile ai casi di assunzione di nuove prove o di prove già acquisite in primo grado, nel caso in cui il giudice lo ritenga assolutamente necessario al fini della decisione<sup>46</sup>.

L'eventuale incompletezza della piattaforma probatoria è rimessa al prudente apprezzamento del giudice dell'appello che ha il compito di valutare l'assoluta indispensabilità potendo ritenerla superflua anche sulla base dello sviluppo motivazionale della sentenza di primo grado<sup>47</sup>.

L'ingresso in forma ridotta della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale ai casi di prove già acquisite o sopravvenute è stato da tempo ammesso anche nel giudizio abbreviato d'appello ed esteso - a seguito di due interventi a sezioni unite della Suprema Corte<sup>48</sup> - all'ipotesi di ribaltamento *in peius* della sentenza assolutoria<sup>49</sup>.

Ed invero, nel caso di impugnazione del pubblico ministero contro una pronuncia di assoluzione emessa nell'ambito del giudizio abbreviato - ove la decisione sia basata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive dal primo giudice, e il cui valore sia posto in discussione nell'atto di appello - il giudice del gravame ha l'obbligo di porre in essere i poteri di integrazione probatoria adottabili anche in questo speciale rito.

---

*dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio abbreviato d'appello*, in *La Giustizia penale*, 2014, 7, 421; MANI, *Tra diritto alla prova e principio di legalità: giudizio abbreviato e rinnovazione istruttoria in appello*, in *ArchivioPenale.it*, 2013, 2, 18; *Id.*, *Rinnovazione istruttoria e giudizio di rinvio. Problematiche e prospettive in caso di rito abbreviato*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 3, 1011; MARANDOLA, *I limiti all'appello incidentale del p.m. nel rito abbreviato tra le Sezioni Unite e la Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1994, 2375; MARIUCCI, *Il giudizio abbreviato d'appello e le preclusioni istruttorie nella rinnovazione dibattimentale*, in *Processo penale e Giustizia*, 2013, 6; PACIFICI, *L'integrazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio abbreviato d'appello*, in *Cass. pen.*, 2016, 4275; PANSINI, *L'appello nel giudizio abbreviato*, Milano, 2013, 150; GAITO, *Condanna a seguito di giudizio abbreviato e limiti all'appello del p.m.*, in *Giur. it.*, 1993, II, 631; PATANÈ, *Giudizio abbreviato e consenso: una problematica compatibilità costituzionale?*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Itinerario attraverso la giurisprudenza*, DI CHIARA (a cura di), Torino, 2009, 98; PIATTOLI, *Giudizio abbreviato e integrazione probatoria*, in *Giur. it.*, 1997, II, 431; SURACI, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 2008, 447; TESORIERO, *Il sindacato costituzionale sulla (ir)ragionevole estensione dell'art. 603, comma 3-bis, c.p.p. al giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2018, 10, 3389; *Id.*, *Una falsa garanzia: l'obbligatoria attuazione del contraddittorio nel giudizio abbreviato d'appello*, in *Cass. pen.*, 2017, 3675. VIGONI, *L'appello contro la sentenza nel giudizio abbreviato fra lacune normative e regole giurisprudenziali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 3, 413.

<sup>46</sup> Sul punto, v. C. Cost., 19.12.1991, n. 470, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 39.

<sup>47</sup> V. Cass., sez. II, 09.11.2021, n. 46386, in *iusexplorer*; Cass., Sez. V, 18.6.2018, n. 53495, in *CED Cass.*, 274593; Cass., Sez. II, 24.3.2017, n. 17103, in *CED Cass.*, 270069; Cass., Sez. II, 19.04.2017, n. 40855, in *CED Cass.*, 271163.

<sup>48</sup> V. Cass., Sez. Un., 28.4.2016, n. 27620, Dasgupta, cit.; Cass., Sez. Un., 14.4.2017, n. 18620, PATALANO, *op. cit.*

<sup>49</sup> V. diffusamente in dottrina, SPANGHER, *Le acquisizioni probatorie nel giudizio abbreviato in grado d'appello*, *Dir. pen. proc.*, 1996, 734; TONINI, *Giudizio abbreviato e patteggiamento a vent'anni dalla riforma del 1988*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 6, 649.

Anche nel giudizio di appello è necessario prevedere il metodo di accertamento più appagante rappresentato dall'oralità e immediatezza senza alcuna diversificazione a seconda del modello di accertamento.

In questi termini, le richiamate pronunce hanno, di fatto, parificato il giudizio abbreviato d'appello a quello ordinario per quanto attiene alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale a seguito dell'impugnazione proposta dal pubblico ministero avverso una sentenza assolutoria.

Nessuna distinzione, dunque, tra le fonti dichiarative assunte nella fase delle indagini preliminari (e confluite nella piattaforma probatoria a seguito dell'accesso dell'imputato al rito abbreviato allo stato degli atti) e le eventuali integrazioni probatorie richieste dall'imputato, ex art. 438, c. 5, c.p.p., e disposte dal giudice ai sensi dell'art. 441, c. 5, c.p.p.<sup>50</sup>.

Ai fini della rinnovazione non rileverebbe la modalità di assunzione del mezzo di prova, ma soltanto il diverso apprezzamento del giudice dell'appello sulle dichiarazioni rese dinanzi al giudice di primo grado.

La modifica apportata all'art. 603, c. 3-bis c.p.p. dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150<sup>51</sup>, ha sconfessato le due summenzionate pronunce della Suprema Corte, valorizzando il precedente orientamento che impediva all'imputato, giudicato nelle forme del giudizio abbreviato non condizionato, di maturare, nel successivo grado appello, il diritto convenzionale del recupero dell'oralità-immediatezza nel caso di *overturning in peius*<sup>52</sup>.

Il richiamo espresso del rinnovato art. 603, c. 3-bis, c.p.p. alle sole ipotesi di integrazione probatoria – a norma degli articoli 438, c. 5, c.p.p. e 441, c. 5, c.p.p. – esclude espressamente l'estensione dell'obbligo di rinnovazione al giudizio abbreviato incondizionato.

Dunque, in caso di appello del pubblico ministero fondato su una diversa valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, l'imputato assolto in primo grado con rito abbreviato resta privo del diritto di ottenere la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

<sup>50</sup> Conforme alla sentenza "Patalano", v. Cass., sez. IV, 28.05.2019, n. 29538, in *iusexplorer*.

<sup>51</sup> Il riformato art. 603 c. 3-bis ha previsto che «*Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice, ferme le disposizioni di cui ai commi da 1 a 3, dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei soli casi di prove dichiarative assunte in udienza nel corso del giudizio dibattimentale di primo grado o all'esito di integrazione probatoria disposta nel giudizio abbreviato a norma degli articoli 438, comma 5, e 441, comma 5*».

<sup>52</sup> In senso contrario alle Sezioni unite "Patalano", v. Cass., Sez. II, 23.05.2014, n. 33690, in *CED Cass.*, 260147; Cass., Sez. II, 12.06.2014, Avallone, in *CED Cass.*, 260442; Cass., Sez. II, 15.07.2014, n. 32655, in *CED Cass.*, 261851; Cass., Sez. III, 24.02.2015, n. 11658, in *CED Cass.*, 262985; Cass., Sez. III, 23.06.2015, n. 38786, in *CED Cass.*, 264793; Cass., Sez. III, 12.07.2016, n. 43242, in *CED Cass.*, 267626. Diversamente, invece, nel caso di richiesta di giudizio abbreviato nella forma condizionata, la giurisprudenza ha ritenuto il diritto dell'imputato di formulare direttamente l'istanza di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, v. Cass., Sez. III, 12.3.2008, n. 11100, G.M., in *CED Cass.*, 239081.

Il distinguo è rappresentato dalla modalità di assunzione della fonte dichiarativa decisiva: l'imputato matura il diritto di ottenere la riassunzione della prova dichiarativa in appello soltanto se l'assunzione del mezzo di prova sia stata veicolata al giudice dell'abbreviato (ai sensi dell'art. 438, c. 5, c.p.p. e 441, c. 5, c.p.p.) con le garanzie del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza.

All'inverso, se le dichiarazioni sono contenute nel fascicolo del pubblico ministero e utilizzate dal giudice dell'abbreviato per la decisione, ai sensi dell'art. 442, c. 1-bis, e 416 c.p.p., l'imputato può essere condannato per la prima volta in appello sulla medesima piattaforma probatoria diversamente valutata dal giudice del gravame.

Secondo quanto si legge dalla relazione illustrativa, le modifiche apportate al giudizio di appello mirano «[...] *ad implementare l'efficienza attraverso una riduzione dell'appellabilità oggettiva delle sentenze e dei casi di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*»<sup>53</sup> senza, però, tenere in considerazione le garanzie difensive poste a presidio di un giusto (equo) processo.

Il principio del superamento dell'oltre ogni ragionevole dubbio per l'eventuale ribaltamento *in peius* di una pronuncia assolutoria, pretende la riassunzione delle prove decisive impiegando il metodo migliore per la formazione e la valutazione della prova: oralità, immediatezza e contraddittorio ovvero contatto diretto tra la fonte dichiarativa (decisiva) e il giudice dell'appello che intenda diversamente valutare gli apporti probatori che hanno condotto il giudice di primo grado ad una pronuncia assolutoria.

Per quanto attiene all'obbligo di rinnovazione, in caso di *overturning in peius*, la giurisprudenza di legittimità ha equiparato il giudizio ordinario e il giudizio abbreviato, classificando il giudizio di appello come «[...] *un giudizio asimmetrico rispetto a quello di primo grado nel quale è comunque necessaria un'integrazione probatoria, non più da considerare in termine di eccezionalità rispetto ad un primo grado di giudizio connotato dalla presunzione di regolare esaustività dell'accertamento*»<sup>54</sup>.

Più di un dubbio di incostituzionalità aleggia sulla richiamata soluzione normativa, suffragato, tra l'altro, dalle indicazioni già fornite sul punto dalla Consulta<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Cfr. p. 159 della relazione illustrativa allo «*Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*».

<sup>54</sup> Sul punto, v. Cass., Sez. Un., 14.4.2017, n. 18620, PATALANO, *op. cit.*

<sup>55</sup> C. Cost., 23.5.2019, n. 124, in *Giur. Cost.*, 2019, 3, 1501. In dottrina, v. LUPÁRIA - BELLUTA, *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle sezioni unite*, in *Dir. pen. e cont.*, 3, 2017, 151; BELLUTA, *Tra legge e giudice: la Corte costituzionale "approva" la nuova fisiologia della rinnovazione probatoria in appello, come interpretata dalle Sezioni unite*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2019, 6, 3.



Ci si riferisce, in particolare, alle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 603, c. 3-*bis*, c.p.p. - con riferimento agli artt. 111, c. 2, e c. 5, Cost. e 117, c. 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 20 della direttiva 2012/29/UE<sup>56</sup> - nella parte in cui tale disposizione, nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, obbliga il giudice a disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale anche in caso di giudizio di primo grado celebrato nelle forme del rito abbreviato, e pertanto definito in quella sede "allo stato degli atti".

La Consulta ha sì ritenuto non fondata la questione ma, nel contempo, ha espressamente aderito alle conclusioni rassegnate dalle sezioni unite<sup>57</sup>, ritenendo il metodo orale di assunzione della prova imposto anche nell'ambito del giudizio abbreviato «[...] *in ragione dell'esigenza di far cadere l'implicito dubbio ragionevole determinato dall'avvenuta adizione di decisioni contrastanti*»<sup>58</sup>.

Ed invero, la Suprema Corte ha sottolineato - prima dell'intervento della Consulta - il profilo di incostituzionalità, per violazione dell'art. 27, c. 2, Cost., per l'imputato assolto con il giudizio abbreviato e condannato in appello senza rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale: «[...] *la rinuncia al contraddittorio non può riflettersi negativamente sulla giustezza della decisione, né può incidere sulla prioritaria funzione cognitiva del processo, il cui eventuale esito di condanna esige, sia nel giudizio ordinario che in quello abbreviato, la prova della responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio, poiché oggetto del consenso dell'imputato ai sensi dell'art. 111 c. 5 Cost. è la rinuncia ad un metodo di accertamento, il contraddittorio nella formazione della prova, non all'accertamento della responsabilità nel rispetto del canone epistemologico attraverso cui si inverte il principio stabilito dall'art. 27, c. 2, Cost.*»<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Cfr. direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, «che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato».

<sup>57</sup> Il riferimento è alle due pronunce delle sezioni unite intervenute sul punto, cfr. Cass., Sez. Un., 14.4.2017, n. 18620, PATALANO, *op. cit.*; Cass., Sez. Un., 21.12.2017, n. 14800, TROISE, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 2019, 1, 274.

<sup>58</sup> La Consulta, pur specificando di non essere chiamata a fornire una interpretazione sull'art. 603 c. 3-*bis* c.p.p. ma soltanto ad effettuare una verifica sulla compatibilità dell'interpretazione fornita dalle richiamate pronunce delle sezioni unite, ha evidenziato che la Suprema Corte «[...] *fornisce idonea ragione giustificativa della dilatazione dei tempi processuali determinata dalla disposizione medesima, ritenuta dalle Sezioni unite della Corte di cassazione necessaria a una piena tutela dell'interesse primario dell'imputato a non essere ingiustamente condannato*». Così, C. Cost., 23.5.2019, n. 124, cit.

<sup>59</sup> Così, Cass., Sez. Un., 21.12.2017, n. 14800, Troise, cit. La Corte ha evidenziato, inoltre, «[...] *un accertamento cartolare in grado di appello a seguito di impugnazione del pubblico ministero di sentenza di proscioglimento è incompatibile con il superamento del limite del "ragionevole dubbio", posto che una condanna che non si è nutrita dell'oralità nell'acquisizione della base probatoria confligge nella evenienza precisata - con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art.*

Di segno contrario è l'interpretazione fornita, di recente, dalla Corte EDU che ha ritenuto inapplicabile all'imputato che ha scelto il rito abbreviato l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, neppure nell'ipotesi di ribaltamento della sentenza di assoluzione nel giudizio di secondo grado<sup>60</sup>.

La Corte di Strasburgo ha posto a fondamento della decisione la scelta dell'imputato di rinunciare all'immediatezza in ragione della "prezialità" per l'eventuale riduzione di pena in caso di condanna: «[...] *la rinuncia alle prove orali ha avuto come conseguenza che il loro processo fosse basato sulle prove documentali acquisite al fascicolo. Pertanto, le presenti cause si distinguono da quelle che la Corte ha precedentemente esaminato, nelle quali la giurisdizione di appello non aveva rispettato l'obbligo di interrogare direttamente i testimoni che erano stati sentiti dal giudice di primo grado, e di cui il giudice di appello doveva interpretare le dichiarazioni in maniera sfavorevole all'imputato e radicalmente diversa per condannare quest'ultimo per la prima volta*»<sup>61</sup>.

Occorre, sul punto, sottolineare che l'idea del legislatore di differenziare, in termini di garanzie, il giudizio abbreviato e il giudizio ordinario muove dall'errata considerazione che l'accertamento allo stato degli atti rivesta i connotati tipici della premialità derivante dall'eventuale diminuzione di pena che il giudice applica all'imputato in caso di condanna.

Siffatto ragionamento non tiene in considerazione, però, che il processo si concluda con una sentenza di proscioglimento: la scelta dell'imputato di rinunciare all'oralità-immediatezza oltre al diritto costituzionalmente garantito del contraddittorio nella formazione della prova non è necessariamente funzionale ad acquisire un beneficio sulla pena che gli sarà inflitta<sup>62</sup>.

A bene vedere, la giurisprudenza ha affrontato (e correttamente risolto) la questione, evidenziando che «[...] *la rinuncia dell'imputato al contraddittorio nel giudizio di primo grado non fa premio sulla esigenza di rispettare il valore obiettivo di tale metodo ai fini del ribaltamento della decisione assolutoria*»<sup>63</sup>.

La legittima scelta dell'imputato di farsi giudicare nelle forme del rito abbreviato potrebbe essere determinata da plurime valutazioni di carattere processuale.

---

27 Cost. c. 2».

<sup>60</sup> Sul punto, v. C. EDU, 25.3.2021, n. 15931/15 e 16459/15, Di Martino e Molinari c. Italia, in *Sistema Penale on line*, 18 maggio 2021, con nota di VASTA, *Overturning in appello dell'assoluzione nel giudizio abbreviato: la decisione della Corte di Strasburgo sulla rinnovazione delle prove dichiarative*.

<sup>61</sup> Così par. 36 della pronuncia resa dalla C. EDU, 25.3.2021, n. 15931/15 e 16459/15, Di Martino e Molinari c. Italia, cit.

<sup>62</sup> Sia consentito il rinvio a PALMIERI, *Oralità e immediatezza nel giudizio appello: una riforma solo annunciata*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 8, 1075.

<sup>63</sup> Cass., Sez. Un., 14.4.2017, n. 18620, PATALANO, *op. cit.*

Nessuna premialità, pertanto, sarebbe riconosciuta all'imputato assolto all'esito della celebrazione del giudizio abbreviato allo stato degli atti che possa giustificare una sfavorevole disparità di trattamento rispetto all'imputato assolto all'esito del giudizio ordinario.

Alla luce delle inequivocabili indicazioni provenienti dalla Consulta, appare evidente la disparità di trattamento introdotta dal riformato art. 603, c. 3-*bis*, c.p.p. che penalizza la posizione dell'imputato assolto in primo grado all'esito del giudizio abbreviato incondizionato rispetto all'imputato assolto con il giudizio ordinario.

#### 4. Gli altri casi di rinnovazione obbligatoria e i limiti al riesame dei testimoni previsti dall'art. 190-*bis* c.p.p.

Il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, ha introdotto due nuove ipotesi – tassativamente indicate al c. 3-*ter* dell'art. 603 c.p.p. – di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale direttamente ricollegabili alla riformata disciplina sull'assenza<sup>64</sup>.

La prima attiene all'opportunità concessa all'imputato di richiedere la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nelle ipotesi di "assenza incolpevole" previste dall'art. 604 c. 5-*ter* lett. a) e b) c.p.p.<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Ai sensi del riformato art. 598-*bis*, c. 4, c.p.p., la Corte di appello dispone che l'udienza si svolga con la partecipazione delle parti quando ritiene necessario procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. Inoltre, i termini previsti dall'art. 344-*bis*, c. 1 e 2, c.p.p., sono sospesi, «con effetto per tutti gli imputati nei cui confronti si sta procedendo, nei casi previsti dall'articolo 159, c.1, c.p. e, nel giudizio di appello, anche per il tempo occorrente per la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. In caso di sospensione per la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, il periodo di sospensione tra un'udienza e quella successiva non può comunque eccedere sessanta giorni» (Cfr. art. 344-*bis*, c. 6, c.p.p.). Sulla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello a seguito della riforma Cartabia, v. in dottrina, NOCERINO, *La ridefinizione della rinnovazione dibattimentale in appello: un inevitabile ripensamento legislativo*, in *Le impugnazioni a cura di COLAIACOVO, La riforma Cartabia. Codice penale-Codice di procedura penale-Giustizia riparativa*, a cura di SPANGHER, Pisa, 627.

<sup>65</sup> Il legislatore ha introdotto due ipotesi di "assenza incolpevole" tassativamente indicate nell'art. art. 604 c. 5-*ter* lett. a) e b) c.p.p. ovvero quando l'imputato «fornisce la prova che, per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento, si è trovato nell'assoluta impossibilità di comparire in tempo utile per esercitare le facoltà dalle quali è decaduto e che non ha potuto trasmettere tempestivamente la prova dell'impedimento senza sua colpa oppure dimostra «di non aver avuto effettiva conoscenza della pendenza del processo e di non essere potuto intervenire senza sua colpa in tempo utile per esercitare le facoltà dalle quali è decaduto». Per effetto dell'art. 7 del d. l. 31.10.2022, n. 162, in *GU* il 31.10.2022, le disposizioni normative in materia di assenza – introdotte con l'art. 23 del d. lgs. ottobre 2022, n. 150, ed espressamente richiamate dal riformato articolo 603 c. 3-*ter* c.p.p. – entreranno in vigore a partire dal 31.12.2022, salvo quanto previsto dalle disposizioni transitorie di cui all'art. 89 del d.lgs. 20 ottobre 2022, n. 150. Per una disamina approfondita della disciplina del processo in assenza introdotto dalla riforma Cartabia, v. diffusamente in dottrina, KALB, *La nuova disciplina del processo in assenza dell'imputato: la ricerca di una soluzione equilibrata per il superamento dei problemi ancora irrisolti*, in *La riforma Cartabia. Codice penale-Codice di procedura penale-Giustizia riparativa*, a cura di SPANGHER, Pisa,

Ed invero, il giudice dell'appello, ai sensi dell'art. 604, c. 5-*quater*, c.p.p. può annullare la sentenza e disporre la trasmissione degli atti al giudice della fase nella quale l'imputato può esercitare le facoltà da cui è decaduto o, in via alternativa e soltanto su richiesta dell'imputato, disporre la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale<sup>66</sup>.

La seconda ipotesi di rinnovazione opera con i limiti previsti dall'art. 190-*bis* c.p.p. ed è subordinata allo *status* di latitante rivestito dall'imputato, oppure quando lo stesso si sia «[...] *volontariamente sottratto alla conoscenza della pendenza del processo*»<sup>67</sup>.

Il richiamo del nuovo articolo 603, c. 3-*ter*, c.p.p. ai limiti probatori della prova dichiarativa che il legislatore ha riservato alla disciplina dell'imputato latitante, consente di soffermarsi sull'analisi di un profilo processuale rimasto irrisolto e che attiene alla compatibilità del principio enucleato dall'art. 603, c. 3-*bis*, c.p.p. con i limiti posti dall'art. 190-*bis* c.p.p. per la testimonianza.

Si tratta di valutare se le limitazioni al riesame dei testimoni - nei casi indicati dall'art. 190-*bis* c.p.p. - siano estendibili anche in caso di ribaltamento della sentenza assolutoria di primo grado.

L'ipotesi testè indicata evidenzia il contrasto tra due contrapposti principi: da un lato, il recupero dell'immediatezza nel giudizio di appello attraverso l'audizione della fonte dichiarativa ritenuta decisiva per l'*overturning* della pronuncia assolutoria di primo grado e, dall'altro, le restrizioni alla prova testimoniali previste dall'art. 190-*bis* c.p.p.<sup>68</sup>.

Con riferimento al giudizio ordinario, sulla questione si è pronunciata la giurisprudenza di legittimità che ha ritenuto la compressione delle garanzie difensive previste dell'art. 111, c. 2, 3, 4, Cost. e del diritto all'immediatezza delle prove orali assunte nel giudizio di appello, compatibile con le limitazioni previste per l'escussione del testimone nei processi per i delitti indicati dall'art. 190-*bis* c.1 e c.1-*bis* c.p.p.<sup>69</sup>.

Ciò perché la prova dichiarativa viene, comunque, assunta nel contraddittorio (in dibattimento o nel corso dell'incidente probatorio) e valutata dal giudice dell'appello senza procedere alla riassunzione.

L'interpretazione fornita dalla S.C. è stata ritenuta compatibile con le indicazioni della Corte Edu che ha valorizzato le esigenze di protezione «[...]

2022, 337 ss.

<sup>66</sup> Il riformato art. 604, c. 5-*quater*, c.p.p. consente, inoltre, all'imputato di richiedere l'applicazione della pena su richiesta (ai sensi dell'art. 444 c.p.p.) o l'oblazione.

<sup>67</sup> Stando alla nuova formulazione dell'art. 420-*bis*, c. 3, c.p.p., il giudice procede in assenza anche quando «[...] *l'imputato è stato dichiarato latitante o si è in altro modo volontariamente sottratto alla conoscenza della pendenza del processo*».

<sup>68</sup> Prima dell'interpretazione convenzionalmente orientata della rinnovazione dell'istruttoria in appello, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che l'art. 190-*bis* fosse compatibile con l'eccezionalità della rinnovazione in appello ovvero con il solo limite costituito dalle ipotesi di richieste concernenti prove vietate dalla legge o manifestamente superflue o irrilevanti. V. Cass., Sez. V, 9.5.2002, n. 43464, in *CED Cass.*, 223541.

<sup>69</sup> Sul punto, v. Cass., Sez. III, 14.06.2018, n. 47702, in *CED Cass.*, 274947.

come fattore in grado di giustificare la compressione di alcune garanzie difensive, a fronte di garanzie procedurali in grado di assicurare l'equità della procedura nel suo insieme, e rispetto alle quali il legislatore ha dettato una specifica disciplina con la modifica dell'art. 190 bis c.p.p., c.1-bis c.p.p.»<sup>70</sup>.

Il problema del rapporto tra tutela dell'esigenza di conservazione della fonte di prova e il recupero dell'immediatezza nel giudizio di appello si pone, però, nell'ipotesi del giudizio abbreviato, ove la natura cartolare dell'accertamento in primo grado viene modificata attraverso la rinnovazione delle prove dichiarative<sup>71</sup>.

La questione è approdata, in via incidentale, alla Corte Edu<sup>72</sup> che ha ritenuto inapplicabile l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per l'imputato che ha scelto il rito abbreviato nell'ipotesi di ribaltamento, nel giudizio di secondo grado, della sentenza di assoluzione (v. *supra* par. 2).

Nonostante il focus sottoposto al vaglio della Corte di Strasburgo non fosse stato esteso specificamente ai limiti alla prova testimoniale previsti dall'art. 190-bis c.p.p., i fatti contestati agli imputati hanno avuto ad oggetto plurime imputazioni rientrati nei procedimenti di cui all'art. 51, c. 3-bis, c.p.p.

<sup>70</sup> Cfr. Cass., Sez. III, 14.06.2018, n. 47702, cit., ha così testualmente evidenziato: «La Corte EDU ha ritenuto che la dichiarazione resa dal teste, nella fase delle indagini preliminari, per costituire prova compatibile con il diritto al contraddittorio, deve ordinariamente essere seguita da una occasione in cui l'imputato possa contestarla e interrogare il suo autore e che, se manca tale possibilità, tale dichiarazione non può costituire fonte unica o preponderante della prova della responsabilità, perchè ne deriverebbe un processo non equo [...] deve ricordarsi, che la stessa Corte Edu ha escluso, comunque, la violazione dell'art. 6, par. 3, lett. d) Cedu nel caso di condanna che si basi unicamente o in misura determinante su una testimonianza non sottoposta a controinterrogatorio, nè nella fase dell'istruzione nè in quella del dibattimento, se il pregiudizio così arrecato alla difesa sia stato controbilanciato da elementi sufficienti, ovvero da solide garanzie procedurali in grado di assicurare l'equità della procedura nel suo insieme (sent. Corte EDU, del 15 dicembre 2011, Al Khawaja e Tahery c/ Regno Unito), e da una "adeguata e sufficiente" occasione per l'imputato di confutare, tramite l'esame, il dichiarante (sent. Corte Edu Matytsina c/ Russia, del 27 marzo 2014)».

<sup>71</sup> La questione è stata sollevata dalla giurisprudenza di legittimità e rimessa alle sezioni unite ma è, ad oggi, rimasta irrisolta Cfr. Cass., Sez. II, 8.11.2017, n. 55419, in *iusexplorer*. La seconda sezione della Suprema Corte ha rimesso alle sezioni unite il seguente quesito: «Se nel processo con rito abbreviato, relativo a delitti aggravati ex art. 7 D.L. 152/1991, la condanna in appello di imputati assolti in primo grado, fondata sulla rivalutazione di elementi già presenti agli atti (intercettazioni) e sulla rinnovazione parziale del dibattimento, attraverso l'esame di due collaboratori di giustizia, che hanno fornito informazioni su dati di contesto, comporti la necessità di procedere all'esame delle persone offese che hanno sporto denuncia in ordine ai fatti incriminati, in conformità del principio di diritto espresso dalle S.U. Patalano (sentenza n. 18620/2017), ovvero se tale principio non risulti superato alla luce del nuovo comma 3 bis dell'art. 603 cod. proc. pen., introdotto dalla legge n. 103/2017, secondo cui: nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, norma che sembrerebbe escludere l'obbligo di rinnovare le prove cartolari, contemplando soltanto la necessità di far rivivere l'oralità dell'assunzione, tenendo conto anche della recente pronuncia della Corte EDU nel caso Fornataro c/o Italia che ha ribadito la compatibilità del giudizio abbreviato con la CEDU».

<sup>72</sup> Cfr. C. EDU, 25.3.2021, n. 15931/15 e 16459/15, Di Martino e Molinari contro Italia, cit.

La Corte EDU ha ritenuto compatibile con i principi enunciati nell'art. 6 par. 1 e 3 della CEDU la condanna in appello per delitti rientranti nell'area della c.d. criminalità organizzata degli imputati assolti in primo grado e condannati in appello attraverso la mera rivalutazione cartolare delle prove dichiarative.

Il giudice nazionale sarà, pertanto, chiamato a rivedere il precedente orientamento di legittimità, in considerazione delle indicazioni sovranazionali che lo vincolano a conformarsi agli orientamenti consolidati dalle Corte EDU.

## 5. Conclusioni.

Le modifiche apportate dalla riforma Cartabia all'art. 603 c.p.p. hanno contribuito a definire la fisionomia della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello a seguito del lungo processo di trasformazione cominciato con l'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo.

Le perplessità manifestate (v. *supra* par. 3) derivano dalla scelta del legislatore di non estendere, nell'ipotesi di giudizio abbreviato allo stato degli atti, l'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa ritenuta "decisiva" al fini del ribaltamento *in peius* della pronuncia assolutoria.

L'opzione dell'imputato di avvalersi del rito a prova contratta non produce preclusioni all'esercizio del potere del giudice di disporre – anche d'ufficio – mezzi di prova ritenuti assolutamente necessari per l'accertamento del fatto, vieppiù in considerazione di una opposta valutazione della prova dichiarativa del giudice del gravame.

La decisione s'innesta nel solco tracciato dalla riforma Cartabia, il cui *leitmotiv* si sostanzia «nell'efficienza della giustizia penale attraverso una riforma organica per la riduzione dei tempi del processo»<sup>73</sup> e, per quanto concerne specificamente le impugnazioni, l'utilizzo di una logica selettiva – comune alla forma dell'impugnazione e all'appellabilità oggettiva delle sentenze<sup>74</sup> – finalizzata a restringere i casi di rinnovazione, sacrificando la posizione processuale dell'imputato assolto con il rito abbreviato.

<sup>73</sup> Così p. 7 della relazione illustrativa allo «Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari».

<sup>74</sup> Ci si riferisce, in particolare, ai c. 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 581 c.p.p. introdotti dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, in G.U. il 17.10.2022. Il c. 1-*bis* ha previsto la causa d'inammissibilità dell'impugnazione per mancanza di specificità dei motivi, ed il c. 1-*ter* ha introdotto un'ulteriore condizione di ammissibilità dell'impugnazione. Ed invero, con l'atto di impugnazione dovrà essere presentata la dichiarazione o elezione di domicilio ai fini della notificazione del decreto di citazione. Ai sensi dell'art. 593, c. 3, c.p.p. (come riformato dal d.lgs 10 ottobre 2022, n. 150, in G.U. il 17.10.2022) è stata, inoltre, esclusa l'appellabilità delle sentenze di proscioglimento e di non luogo a procedere relative a reati puniti con la sola pecuniaria o con pena alternativa, nonché delle sentenze di condanna qualora sia stata applicata la sola pena dell'ammenda o la nuova pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità.

L'esigenza è nata da prassi distorsive legate ad una scorretta applicazione del principio introdotto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Ed invero, sin dalla sentenza "Dasgupta"<sup>75</sup>, le Corti territoriali hanno disposto la rinnovazione istruttoria dibattimentale come conseguenza della mera proposizione dell'atto di appello del pubblico ministero ovvero senza nessun, preventivo, vaglio di ammissibilità rispetto ad una diversa valutazione della prova dichiarativa.

Di conseguenza, la prassi adoperata ha sacrificato i tempi del processo, inevitabilmente dilatati dall'assunzione del mezzo di prova.

Il decorso del tempo, inoltre, limita l'efficacia del principio di immediatezza in appello e rischia di compromettere gli elementi di genuinità e spontaneità legati al primo contatto che il giudice di primo grado e le parti hanno avuto con la fonte di prova.

Sul punto, non può non rilevarsi l'inconciliabilità delle decisioni assunte dalla giurisprudenza di legittimità: da un lato, la sentenza "Bajrami"<sup>76</sup> che ha demolito il principio di oralità, immediatezza e concentrazione espressamente consacrato nell'art. 525 c.p.p. e, dall'altro, le sentenze "Dasgupta"<sup>77</sup> e "Patalano"<sup>78</sup> che hanno, invece, rafforzato l'immediatezza in appello attraverso i casi di rinnovazione obbligatoria della prova dichiarativa.

Orientamenti ondivaghi ancorati a scelte ideologiche mutevoli nel tempo che hanno fortemente influenzato il legislatore incapace di (ri)appropriarsi del potere attribuitogli dalla Costituzione: «*La fenomenologia della creazione giurisprudenziale, letta come tendenziale espansione del potere giudiziario, è pertanto idonea a creare squilibri nei rapporti tra i poteri dello Stato e tensioni tali da delegittimarlo come potere soggetto soltanto alla legge*»<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 28.4.2016, n. 27620, Dasgupta, cit.

<sup>76</sup> V. Cass., Sez. Un., 10.10.2019, Bajrami, n. 41736, in CED Cass., 276754. Sulle motivazioni della richiamata sentenza osserva DE CARO, *La Corte Costituzionale chiama, le Sezioni Unite rispondono: il triste declino del principio di immediatezza*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 3, 293 «*A ben vedere anche la esatta perimetrazione del diritto vivente è un dato equivoco e troppo ancorato alle scelte ideologiche di che quel diritto forgia e muta, alle volta senza neppure interrogarsi sulle ragioni dell'evoluzione storica di un dato istituto e senza considerare le distorsioni provocate all'interno del sistema*». In dottrina, v. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen.*, 2, 2019; MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Arch. pen.*, 2, 2019; NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. pen.*, 2, 2019; SPANGHER, *Sentenza Bajrami, il nuovo dibattito nel solco delle divisioni*, in *Guida al Diritto*, 2019, 47, 13; Id., *Bajrami: contraddittorio versus oralità*, in *dirittodidifesa.eu*, 2 luglio 2022.

<sup>77</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 28.4.2016, n. 27620, DASGUPTA, op. cit.

<sup>78</sup> V. Cass., Sez. Un., 14.4.2017, n. 18620, PATALANO, op. cit.

<sup>79</sup> Così, KALB, «*Legalità processuale e funzione giurisdizionale*»: *alcune osservazioni sulla tenuta del binomio in materia di intercettazioni telefoniche*, in *Materiali per una cultura della legalità*, a cura di ACOCELLA, Torino, 2022, 3.





# FAVOR MINORIS E GIURISDIZIONE “SPECIALIZZATA” NEL FUTURO TRIBUNALE PER LE PERSONE, PER I MINORENNI E PER LE FAMIGLIE

Maria Anastasia Arcuri\*

**Sommario:** 1. Considerazioni preliminari sulla riforma “Cartabia”. - 2. Dal Tribunale per i minorenni al Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie. - 3. Il valore della “specializzazione”.

## ABSTRACT

*Il contributo intende dimostrare il valore che ha mantenuto la giurisdizione specializzata per i minorenni all'esito della riforma Cartabia. Quest'ultima riguarda il diritto civile, quello penale e l'ufficio per il processo, e mira a contribuire - in attuazione della legge delega - alla risoluzione degli arretrati. Il lavoro si sofferma sulle modifiche apportate alle fonti normative riguardanti l'organo giurisdizionale che si occupa dei minorenni e, in particolare, al passaggio dal Tribunale per i minorenni al Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, incentrandosi sul valore della specializzazione, che emerge anche attraverso l'elaborazione giurisprudenziale della Corte costituzionale. La specializzazione della giurisdizione, in seguito alle modifiche apportate dalla riforma Cartabia, viene ridimensionata in ambito civilistico, mentre viene confermata e - in alcuni casi - accresciuta in ambito penalistico.*

*The paper wants to demonstrate the value that the specialized jurisdiction for minors has maintained after the implementations of the Cartabia reform. The reform concerns civil law, criminal law and the process office, and has the logic, which inspired the enabling law, of efficiency, of the resolutions of arrers. The working paper focuses on the changes made to the normative sources of the court that deals with minors, after the transition from the Jovenile Court to the Court for people, minors and families, and it is focused on the value of specialization, which emerges also through the elaboration of the constitutional court. The specialization of the jurisdiction, after the changes brought by the Cartabia reform, is reduced in the civil law field, while it is confirmed and -in some cases- increased in the criminal law field.*

---

\* Dottore in Giurisprudenza.

## 1. Considerazioni preliminari sulla riforma “Cartabia”.

Sono stati pubblicati il 17 ottobre u.s., in Gazzetta Ufficiale, i decreti legislativi sulla riforma della giustizia civile (d.lgs. n. 149 del 2022, che attua la legge del 26 novembre 2021, n. 206), penale (d.lgs. n. 150 del 2022, che attua la legge del 27 settembre 2021, n. 134) e dell’ufficio per il processo (d.lgs. n. 151 del 2022 in attuazione della legge del 26 novembre 2021, n. 206, e della legge del 27 settembre 2021, n. 134).

Come attentamente sottolineato, la legge n. 134 del 2021 ha modificato notevolmente l’originario testo del d.d.l. della Camera (A.C.) n. 2435<sup>1</sup> e l’iter parlamentare che ha portato alla stesura del testo della legge è stato molto travagliato.

La riforma “Cartabia” si è posta come obiettivo il conseguimento di un più elevato rispetto dei diritti costituzionalmente riconosciuti alle vittime dei reati e agli stessi imputati, garantendo altresì una durata ragionevole del processo e la realizzazione del fine ultimo, stabilito con il PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza)<sup>2</sup>, della riduzione della durata media dei processi penali del 25% entro il 2026<sup>3</sup>.

Diverse sono state le modifiche che ha apportato la riforma<sup>4</sup>. Sicuramente una delle principali novità è rappresentata dall’implementazione del processo penale telematico: infatti, si propende per un uso maggiore della digitalizzazione e delle tecnologie informatiche per tutta la durata del procedimento<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. CANZIO, *Ancora una riforma del processo penale?*, in *Diritto penale e processo*, 1, 2021, 5 ss. Per un’approfondita disamina del complessivo scenario riguardante la riforma in materia penale, v. SPANGHER, *Introduzione*, in AA.VV., *La riforma Cartabia*, a cura di SPANGHER, Pisa, 2022, XXI ss. e SPIGARELLI, *Prefazione*, in AA.VV., *La riforma Cartabia*, cit., XXVII ss.

<sup>2</sup> Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) identifica un progetto, approvato in Italia, per recuperare e promuovere lo sviluppo del Paese dopo la pandemia da Covid-19. Si tratta di un’iniziativa, concordata a livello europeo, rientrante nel Programma Next Generation EU (NGEU), che ha una durata di sei anni, dal 2021 al 2026, per rispondere alla crisi generata dall’emergenza sanitaria mondiale. Esso intende recuperare le conseguenze nefaste apportate sia sul piano economico che sociale, promuovendo la digitalizzazione e innovazione, la transizione ecologica e l’inclusione sociale.

<sup>3</sup> All’inaugurazione dell’anno giudiziario 2022, il presidente della Corte di Cassazione, Pietro Curzio, sottolineava che, al 30 giugno 2021, sul sistema giudiziario italiano pesavano più di due milioni e mezzo di procedimenti. Cfr. CURZIO, *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2021. Considerazioni finali*, Corte Suprema di Cassazione, Roma, 21 gennaio 2022 [https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Cassazione\\_Relazione\\_2022.pdf](https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Cassazione_Relazione_2022.pdf), 45.

<sup>4</sup> Sulle novità introdotte dalla riforma, ma anche sulle criticità ancora da risolvere si sofferma un interessante e ultimo contributo di ANDOLINA, *Gli strumenti di deflazione endo-processuale: prospettive applicative a seguito della riforma Cartabia*, in *Diritto penale e processo*, 10, 2022, 1367 ss.

<sup>5</sup> Sul tema cfr. GALGANI, *Il processo penale in “ambiente” digitale: ragioni e (ragionevoli) speranze*, in *Questione giustizia online*, 17 gennaio 2022, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-processo-penale-in-ambiente-digitale-ragioni-e-ragionevoli-speranze>.

Sono stati introdotti nel sistema molti istituti eccezionali utilizzati durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19, come quelli riguardante la progressiva digitalizzazione e la videoregistrazione.

La telematizzazione del processo, iniziata per fronteggiare i disagi causati dalla pandemia e concretizzatasi nella riforma del processo penale, civile e dell'ufficio del processo, si è resa necessaria per perseguire e realizzare gli obiettivi di smaltimento degli arretrati assunti dall'Italia in sede di PNRR<sup>6</sup>.

Non si può ritenere che la digitalizzazione del processo possa compensare l'eventuale rischio di demolire la sussistenza di determinate garanzie, motivo per cui, al fine di realizzare l'obiettivo fondamentale dell'efficienza del sistema, si dovrebbe incidere sulle condizioni materiali di funzionamento dell'apparato giudiziario<sup>7</sup>. Proprio in virtù di ciò, per permettere il riassetto organizzativo degli uffici giudiziari e la definizione della disciplina transitoria, su indicazione degli operatori del diritto, che hanno inviato una lettera al Ministro della giustizia, il Governo ha rinviato al 30 dicembre 2022 l'entrata in vigore della riforma Cartabia.

Le modifiche apportate dalla riforma producono i loro effetti sulla prescrizione del reato e sull'improcedibilità dell'azione penale, sull'evoluzione del procedimento penale, sul sistema sanzionatorio penale e sulla giustizia riparativa<sup>8</sup>.

Relativamente alla prescrizione del reato e all'improcedibilità dell'azione penale, viene abrogata la disposizione della legge n. 3 del 2019, con cui la sentenza di primo grado sospendeva la prescrizione sino alla conclusione del processo e viene introdotta una nuova causa di improcedibilità nell'art. 344-bis c.p.p., allo scopo di evitare il rischio che, una volta intervenuta la sentenza di primo grado e – dunque – cessato il corso della prescrizione, l'imputato possa rimanere a lungo bloccato nei vari gradi successivi<sup>9</sup>.

Per quanto riguarda la procedura penale, gli interventi hanno coinvolto l'intero percorso processuale: dalle indagini preliminari, al dibattimento, ai riti alternativi, al processo, ai giudizi di impugnazione, fino all'esecuzione penale.

Con riferimento al sistema sanzionatorio, gli interventi mirano sia a differenziare che a rendere più effettive le pene e ad incentivare la definizione anticipata del procedimento, attraverso il ricorso ai riti deflattivi.

---

<sup>6</sup> Cfr. MARANDOLA, *2022 e la mutazione genetica del processo: dalla cessazione dell'emergenza al passaggio (automatico) all'efficienza*, in *Diritto penale e processo*, 5, 2022, 573 ss.

<sup>7</sup> Cfr. SCCELLA, *La riforma Cartabia del processo penale: spinte efficientistiche e questioni irrisolte*, in *Diritto penale e processo*, 9, 2022, 1133 ss.

<sup>8</sup> Sul tema cfr. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "Legge Cartabia"*, [https://sistemapenale.it/pdf\\_contenuti/1634284469\\_gatta-2021a-legge-134-2021-riforma-cartabia-giustizia-penale.pdf](https://sistemapenale.it/pdf_contenuti/1634284469_gatta-2021a-legge-134-2021-riforma-cartabia-giustizia-penale.pdf). Per una visione critica di sintesi Cfr. NATALE, *Introduzione. La c.d. "riforma Cartabia" e la giustizia penale*, in *Questione giustizia*, IV Trimestre 2021, marzo 2022, 10-27.

<sup>9</sup> Cfr. SPANGHER, *Questioni in tema di sistema bifasico (prescrizione/improcedibilità)*, in *Diritto penale e processo*, 11, 2021, p. 1444 ss.

In merito alla giustizia riparativa, si ha, per la prima volta, una cornice normativa a prassi già diffuse, in virtù della normativa europea e internazionale. Vengono istituiti centri per la giustizia riparativa in ogni Corte d'appello, attraverso il coinvolgimento degli enti locali. La giustizia riparativa si accosta al processo penale, senza sostituirsi ad esso, per perseguire l'interesse delle vittime dei reati. La riforma segue la Dichiarazione di Venezia dei Ministri della giustizia del Consiglio d'Europa, adottata durante il semestre di presidenza italiano.

Lo studio vuole soffermarsi, in particolare, sull'attenzione che la riforma ha destinato – in generale – all'organizzazione giurisdizionale disposta per il minorenni, istituendo il neo Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, facendo emergere il valore della funzione giurisdizionale ordinaria, ma specializzata dello stesso. In particolare, gli spunti di riflessione avranno ad oggetto gli uffici che hanno a che fare con la vicenda penale ovvero con l'accertamento di un fatto reato attribuito al minorenni.

## **2. Dal Tribunale per i minorenni al Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie.**

La riforma Cartabia ha comportato cambiamenti sostanziali nella sfera della giustizia minorile, determinando l'abrogazione del Tribunale per i minorenni e l'istituzione, a partire dal 17 ottobre 2024, del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie<sup>10</sup>. Il legislatore è intervenuto tanto sul nome che sulle funzioni dell'attuale Tribunale per i minorenni, apportando modifiche a diverse fonti, quali la legge n. 835 del 1935, il r.d. n. 12 del 1941, il D.P.R. n. 448 del 1988, il d.lgs. n. 160 del 2006 e il d.lgs. n. 121 del 2018.

Il nuovo Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie si occupa, nel campo civile, soprattutto della protezione del minore in situazioni di abbandono o di pregiudizio. Nel momento in cui vengono accertate tali condizioni, il Tribunale può limitare l'esercizio della responsabilità genitoriale, fino a decretarne la decadenza, può disporre il collocamento del minore fuori dalla famiglia o può dichiararne l'adottabilità. Si occupa anche del riconoscimento di figli naturali, di autorizzazioni al matrimonio dei minorenni, della rimozione di un genitore dall'amministrazione dei beni, dell'autorizzazione ad avere informazioni sulle proprie origini da parte del minore adottato e di tutto ciò che riguarda le adozioni nazionali e internazionali e le procedure di rimpatrio dei minori sottratti.

Ancora, questo nuovo Tribunale esercita le funzioni di giudice tutelare e tutte le altre funzioni ad esso deferite, sempre nei modi stabiliti dalla legge.

---

<sup>10</sup> Cfr. art. 49, comma 1, d.lgs. n. 149/2022, secondo il quale “Le disposizioni previste dalla sezione settima del capo IV hanno effetto decorsi due anni dalla data della pubblicazione del presente decreto nella Gazzetta Ufficiale e si applicano ai procedimenti introdotti successivamente a tale data”.

Il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie non ha competenza nei procedimenti aventi ad oggetto la cittadinanza, l'immigrazione e il riconoscimento della protezione internazionale.

In materia penale, invece, il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie è competente per tutti i reati commessi da coloro che erano minorenni al momento della commissione del fatto e ha giurisdizione anche in materia di sorveglianza.

Meritano attenzione gli uffici che, in particolare, hanno a che fare con l'accertamento di un fatto reato attribuito al minorenne. In proposito è stato disposto che presso il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie vi sia un ufficio autonomo del pubblico ministero, con sede nel capoluogo del distretto, escludendo, così, che debbano essere costituiti uffici circondariali del pubblico ministero.

Al procuratore della Repubblica sono attribuiti, nelle materie di competenza del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, tutti i poteri attribuiti dalla legge al procuratore presso il Tribunale.

In ogni sezione distrettuale del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie vengono incaricati uno o più magistrati per i provvedimenti previsti dal codice di procedura penale per la fase delle indagini preliminari. Il giudice delle indagini preliminari è, così come già prima della riforma, giudice monocratico. Per quanto riguarda, invece, il giudice dell'udienza preliminare, lo stesso opera in composizione collegiale, non monocratica come accade nei procedimenti penali per gli adulti.

Infine, le funzioni di giudice di sorveglianza sono esercitate dal giudice addetto al Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie.

Proseguendo lo studio delle nuove disposizioni emerge come sia stata ridefinita la giurisdizione del nuovo Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, che risulterà composto dalla sezione distrettuale, costituita presso ciascuna sede di Corte d'appello o di sezione di Corte d'appello, e da una o più sezioni circondariali, costituite presso ogni sede di Tribunale ordinario.

Le sezioni distrettuali, come accade attualmente al Tribunale per i minorenni, avranno competenza in materia penale, di sorveglianza e di adozione, e avranno, anche, funzione di giudice d'appello delle decisioni della sezione circondariale.

Le sezioni circondariali, equiparabili alle preesistenti sezioni distaccate dei Tribunali ordinari, invece, si occuperanno di tutte le altre materie riguardanti la famiglia e i soggetti di minore età (con riferimento anche ai procedimenti degli artt. 330-333-403 c.c.).

Nello specifico, occorre soffermarsi sulle singole competenze della sezione circondariale e di quella distrettuale.

La sezione circondariale si occupa di tutti i procedimenti attualmente attribuiti alla competenza del Tribunale per i minorenni dall'articolo 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile, di quelli di cui all'articolo 403 del codice civile e di quelli in materia di affidamento familiare previsto dalla legge del 4

maggio 1983 n. 184, nonché di quelli in materia di autorizzazione all'ingresso o alla permanenza nel territorio dello Stato del familiare del minore previsti dall'articolo 31 del decreto legislativo del 25 luglio 1998 n. 286.

Sono, inoltre, attribuiti alla sezione circondariale tutti i procedimenti in materia di stato e capacità delle persone, famiglia, unione civile, convivenze e minori, attualmente attribuiti alla competenza del Tribunale ordinario e quelli attribuiti al giudice tutelare, tra cui quelli volti alla protezione degli adulti vulnerabili. È stato, infine, specificato che sono attratte alla competenza della sezione circondariale del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie anche le domande di risarcimento del danno connesse per l'oggetto o per il titolo con i procedimenti di cui si è detto.

Sono, viceversa, attribuiti alla sezione distrettuale, con norma di chiusura, i procedimenti civili di primo grado, diversi da quelli sopra indicati, e attualmente di competenza del Tribunale per i minorenni, i quali maggiormente necessitano di gestione centralizzata (si pensi ai procedimenti di adozione, a quelli di sottrazione internazionale di minori o alla materia dei minori stranieri non accompagnati), nonché quelli penali minorili, comprese le competenze del giudice di sorveglianza per i minorenni e gli altri procedimenti attualmente attribuiti al Tribunale per i minorenni quali, ad esempio, i procedimenti amministrativi previsti dall'articolo 25 del r.d.l. n. 1404 del 1934.

Vengono attribuiti, in via residuale, alla sezione distrettuale, le controversie che non siano state oggetto di specifica individuazione, al fine di prevenire - quanto più possibile - eventuali vuoti normativi in relazione alle controversie oggi attribuite alla competenza del Tribunale per i minorenni.

In materia civile, poi, sono attribuite alla sezione distrettuale le impugnazioni avverso i provvedimenti definitivi e i provvedimenti temporanei aventi contenuto decisorio emessi dalla sezione circondariale.

La ripartizione degli affari tra la sezione circondariale e la sezione distrettuale o tra diverse sezioni circondariali dello stesso Tribunale non dà luogo a questioni di competenza, in conseguenza della loro natura di mere articolazioni interne dell'unitario Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie.

Nell'ambito del codice di procedura civile o delle relative disposizioni di attuazione saranno poi inserite, sempre con il decreto previsto dal comma 25 dell'articolo 1 della legge delega, le norme volte a disciplinare le questioni inerenti all'attribuzione del processo all'una o all'altra sezione, sulla falsariga di quanto in origine previsto per gli analoghi conflitti tra sede centrale e sezione distaccata del Tribunale o tra diverse sezioni distaccate.

Ulteriore riflessione riguarda la composizione del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie.

Al di là del presidente, che dirige l'ufficio e lo rappresenta, ove ci siano Tribunali cui afferiscano più di dieci giudici, possono essere istituite sezioni, con conseguente nomina di presidenti di sezione, purché venga sempre rispettata la proporzione di uno a dieci.

Il presidente del Tribunale può anche riservare a se stesso la funzioni di direzione, coordinamento e vigilanza di una specifica sezione. I giudici afferenti a questo Tribunale sono esonerati dall'applicazione del "limite dell'assegnazione decennale nella funzione" e possono essere assegnati congiuntamente a più sezioni, tramite la procedura tabellare.

Si tratta di una scelta che può essere dettata non solo dalla necessità di far fronte ad esigenze contingenti, ma che può anche essere di tipo organizzativo. Di conseguenza, lo stesso giudice può avere una pluralità di sedi di servizio. La riforma stabilisce, inoltre, i requisiti per svolgere la funzione di giudice, di presidente di sezione e di sostituto procuratore.

Nel soffermarsi sulla composizione del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, dopo la figura del presidente del Tribunale, occorre riferire sulla organizzazione delle sezioni circondariali e delle sezioni distrettuali.

La sezione circondariale giudica in composizione monocratica, caratterizzata, quindi, dall'unica presenza di un giudice togato.

La sezione distrettuale, in materia civile, giudica in composizione collegiale, con un collegio composto da tre giudici; in materia penale, invece, nei procedimenti previsti dai titoli II, III e IV della legge del 4 maggio 1983, n. 184, e nelle altre materie attribuite alla sezione distrettuale, giudica in composizione collegiale, con la presenza di due magistrati e due giudici onorari esperti.

Novità estremamente rilevante è data dalla composizione della sezione distrettuale del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie nell'udienza preliminare e nel giudizio abbreviato richiesto dall'imputato in seguito a un decreto di giudizio immediato. In queste due occasioni la sezione distrettuale è costituita da un magistrato e da due giudici onorari esperti. Si ha, quindi, una maggioranza di giudici esperti rispetto a quelli togati.

Un'ultima riflessione porta a sottolineare come sia stata confermata la presenza di giudici onorari esperti anche nel Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, caratteristica propria del Tribunale per i minorenni.

Ciò permette di constatare che il riformatore ha ribadito la necessità di assicurare l'intervento di una giurisdizione "specializzata" in materia penale.

Si specifica, al riguardo, che alla sezione specializzata del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie devono essere tabellarmente assegnati, ove possibile, magistrati dotati di specifica esperienza nelle materie a questa attribuite; norma che è coerente con le esigenze di specializzazione dei magistrati incaricati della trattazione dei procedimenti di cui si discute.

### **3. Il valore della "specializzazione".**

L'ineludibile ricorso alla giurisdizione penale "specializzata" ovvero all'esercizio della funzione giurisdizionale penale da parte di organi integrati dalla partecipazione di "esperti" risulta più volte ribadito nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte costituzionale, che ha costantemente sottolineato

l'esigenza di differenziare le soluzioni normative previste per i minorenni da quelle destinate agli adulti.

Già in materia di esecuzione penale (v. la sentenza n. 168 del 1994) la Corte ha evidenziato come proprio la particolare condizione del minore induca a prevedere un trattamento punitivo il più possibile diversificato rispetto alla disciplina generale.

Sono state numerose le censure di incostituzionalità della Corte, che ha con frequenza rilevato come l'automatico rinvio, per la generalità dei condannati, alla disciplina generale impedisse il ricorso a valutazioni tali da garantire esecuzioni della pena e restrizioni della libertà conformi alle esigenze costituzionali di protezione della personalità del minore (v. sent. n. 125 del 1992 e n. 450 del 1998).

In particolare, la Corte (sentenza n. 310 del 2008) ha rilevato come la preminenza dell'interesse del minore trovi una tutela adeguata proprio nella composizione particolare del giudice specializzato.

Il sistema penale minorile, nello specifico, ponendosi come obiettivo il totale recupero del minore, richiede trattamenti che si basino su valutazioni poste in essere da soggetti dotati di elevate competenze scientifiche.

Il procedimento penale a carico di un minorenne deve essere “in bilico tra repressione ed educazione” e deve riuscire a soddisfare i bisogni del minore e dei suoi diritti e il diritto della società a difendersi dalla trasgressione<sup>11</sup>.

L'obiettivo non deve essere quello del mero accertamento della verità, in quanto deve aver luogo un'evoluzione positiva della personalità dell'imputato, attraverso una serie progressiva di interventi che devono mirare a proporzionare e, a volte, anche ad escludere l'impatto del minore con l'apparato giudiziario.

Ciò si può realizzare mediante l'attivazione di meccanismi che permettono di espellere il minore dalla vicenda penale, grazie all'attività di guida e di sostegno svolta dai servizi sociali. Il giudice ha, tra l'altro, il compito di spiegare all'imputato minorenne il significato delle attività processuali che si svolgono in sua presenza, insieme al contenuto e alle ragioni, anche etico sociali, delle decisioni, “in una sintesi di applicazione sanzionatoria e funzione rieducativa”<sup>12</sup>.

La Corte attribuisce “valore” alla “specializzazione” dell'organo giurisdizionale.

L'insopprimibilità dell'intervento dell'esperto, ribadita più volte dalla Corte costituzionale, permette di assegnare un valore specifico a questa funzione giurisdizionale ordinaria ma specializzata, perché rivolta *intuitu personae* all'accertamento del fatto attribuito al minorenne.

Il Tribunale per i minorenni è sempre stato caratterizzato dalla presenza di soggetti estranei alla magistratura, dotati, però, di imprescindibile professionalità per la decisione da adottare nei confronti del minorenne. Si tratta

---

<sup>11</sup> Cfr. PATANÉ, *Origini storiche e percorsi legislativi*, in *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, a cura di ZAPPALÀ, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2015, 13.

<sup>12</sup> Cfr. PATANÉ, *op. cit.*, 14.



di psicologi, neuropsichiatri, assistenti sociali, professionisti esperti che hanno assunto il ruolo di giudici onorari e che hanno affiancato i giudici togati nell'esaminare e nel decidere i casi riguardo ai minorenni. Proprio in ragione di ciò, il Tribunale per i minorenni ha costantemente rappresentato un esempio di organo giurisdizionale specializzato autonomo.

La riforma, istituendo una nuova organizzazione del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, composto da sezioni circondariali e sezioni distrettuali, ha determinato, però, in riferimento alle competenze della sezione circondariale, un ridimensionamento della specializzazione, della collegialità e della multidisciplinarietà, tipiche del Tribunale per i minorenni. Ciò comporterebbe la possibilità per i giudici onorari di svolgere le loro funzioni solo in ambiti marginali e l'assegnazione ad un giudice monocratico delle delicate questioni sugli allontanamenti, sulle limitazioni della responsabilità genitoriale e sugli affidamenti familiari. Inoltre, si potrebbe assistere a un aumento del ricorso alle consulenze tecniche d'ufficio (C.T.U.), che si limiterebbero a ritrarre il quadro familiare del minore nel momento in cui vengono effettuate, mentre sarebbe necessaria una presenza continua dei Servizi socioassistenziali e/o sanitari per superare le difficoltà che portano all'intervento dei giudici minorili.

Gli interventi attuati dal legislatore sembrano, quindi, aver ridimensionato la tutela sostanziale che mette al centro la vita del soggetto minorenne, al posto di valorizzarla, provocando numerose critiche da parte degli operatori della giustizia<sup>13</sup>.

La nuova distribuzione, avente ad oggetto l'affidamento delle cause ad un giudice collegiale o monocratico, riguarderà solo l'ambito civilistico, poiché il riformatore non ha rinnegato la specializzazione del giudice nel procedimento penale minorile nonché in quello di sorveglianza, confermando – con la collegialità dell'organo giurisdizionale – il necessario contributo dell'esperto.

La conferma della convinta adesione, in ambito penale, all'originaria scelta legislativa di garantire, in ragione del *favor minoris*, la c.d. giurisdizione "specializzata" – come più volte ribadito dalla Corte costituzionale – è offerta dalla riforma contenuta nel d.lgs. n. 149 del 2022, che la eleva in modo significativo, fino al punto da optare per una collegialità con maggioranza "non togata".

Infatti, il riformulato art. 50-*bis*, comma 2, r.d. n. 12 del 1941 prevede che «nell'udienza preliminare e nel giudizio abbreviato richiesto dall'imputato in seguito a un decreto di giudizio immediato, la sezione distrettuale del tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie giudica composta da un magistrato e da due giudici onorari esperti della stessa sezione».

---

<sup>13</sup> Cfr. TONIZZO - DE MEIS, *La riforma della giustizia minorile. Intervenire con modifiche "dalla parte dei bambini"*, 25 ottobre 2021, in <https://welforum.it/la-riforma-della-justizia-minorile/>.



## BAJRAMI FOREVER

Giorgio Spangher\*

Una delle questioni che ha più infiammato il confronto sulla riforma del processo penale è stata sicuramente quella avviata a seguito della sentenza delle Sez. Unite Bajrami, con la quale il Supremo Collegio ha ridefinito il significato e le implicazioni della modifica della composizione del collegio giudicante: l'art. 525, comma 2, c.p.p. delineando il c.d. principio di immediatezza di cui alla rubrica, afferma che "alla deliberazione concorrono a pena di nullità assoluta gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento".

Com'è noto, la materia, da sempre controversa ma già presente anche nel codice Rocco all'art. 472, comma 2, c.p.p., è stata delineata inizialmente dalle Sez. Un. con la quale si è precisato che nel caso di rinnovazione del dibattimento a causa del mutamento della persona del giudice monocratico o della composizione del giudice collegiale, la testimonianza raccolta dal primo giudice non è utilizzabile per la decisione mediante semplice lettura, senza ripetere l'esame del dichiarante, quando questo possa aver luogo e sia stato richiesto dalle parti (le S.U. hanno precisato che se nel corso del dibattimento rinnovato a causa del mutamento del giudice anche una sola delle parti faccia richiesta di nuovo esame del dichiarante già sentito, la mera lettura delle relative dichiarazioni viola le norme degli artt. 511 e 514, determinando l'inutilizzabilità delle stesse. Al contrario, nel caso in cui nessuna delle parti riproponga la richiesta di ammissione della prova assunta in precedenza, il giudice può disporre d'ufficio la lettura delle dichiarazioni precedentemente raccolte nel contraddittorio delle parti e inserite legittimamente nel fascicolo per il dibattimento, dichiarazioni che sono trattate alla stessa stregua di quelle rese nell'incidente probatorio) (Cass., Sez. Un. 15.01.99, Iannuso ed a., *C. pen.* 99, 2494).

Pur sollevata molte volte davanti alla Corte costituzionale, sempre con esito negativo (C. n. 17 del 1994; n. 205 del 2010; n. 318 del 2008; n. 67 del 2007; n. 418 del 2004; n. 13 del 2003; n. 59 del 2002; nn. 431 e 397 del 2001), la questione, con la sentenza n. 132 del 2019, pur nella confermata inammissibilità della questione sollevata, ha visto

---

\* Professore emerito di diritto processuale penale - Università di Roma "La Sapienza".

tuttavia i giudici della Consulta dare al legislatore alcune indicazioni strutturali, fra le quali la videoregistrazione della prova dichiarativa, per superare alcune incongruità che la prassi evidenziava (peraltro note o relative al fatto di comportamenti delle difese che richiedevano la rinnovazione dell'atto ma non prospettavano la necessità di integrazioni a monte date in precedenza).

A stretto giro, confermando le sempre più frequenti interlocuzioni tra le Corti, interveniva la citata sentenza Bajrami con la quale si affermava che l'intervenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere sia prove nuove sia, indicandone specificamente le ragioni, la rinnovazione di quelle già assunte dal giudice di originaria composizione, fermi restando i poteri di valutazione del giudice di cui agli artt. 190 e 495 anche con riguardo alla non manifesta superfluità della rinnovazione stessa (Cass., sez. un. 30.05.19, p.m. in c. Bajrami, 276754). La facoltà per le parti di richiedere, in caso di mutamento del giudice, la rinnovazione degli esami testimoniali presuppone la necessaria previa indicazione, da parte delle stesse, dei soggetti da riesaminare nella lista ritualmente depositata di cui all'art. 468 (Cass., sez. un. 30.05.19, p.m. in c. Bajrami, 276754). In caso di rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice, il consenso delle parti alla lettura degli atti già assunti dal giudice di originaria composizione non è necessario con riguardo agli esami testimoniali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perché non richiesta, non ammessa o non più possibile (Cass., sez. un. 30.05.19, p.m. in c. Bajrami, 276754).

Le riserve da più parti prospettate nei confronti della sentenza sono note e sono state alla base di una richiesta di modifica nella prospettata riforma del processo penale in discussione al Parlamento, anche, perché, nel contesto dell'A.C. 2435, l'allora Governo inserì un irrescindibile criterio di delega che rendeva esplicabile l'art. 190 *bis* c.p.p. alle dichiarazioni precedentemente rese al diverso collegio, consentendo la rinnovazione dell'esame solo se relativo a circostanze diverse da quelle oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero qualora il giudice a tutela delle parti lo ritengano necessario sulla base di specifiche esigenze.

Nel testo definitivo della l. delega il comma 11, lett. d) dell'art. 1 della l. n. 134 del 2021 prevedeva che "nell'ipotesi di mutamento del giudice o di uno o più componenti del collegio, il giudice disponga, a richiesta di parte, la riassunzione della prova dichiarativa già assunta; stabilire che, quando la prova dichiarativa è stata verbalizzata tramite videoregistrazione, nel dibattimento svolto innanzi al giudice diverso o al collegio diversamente composto, nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate, il giudice disponga la riassunzione della prova solo quando lo ritenga necessario sulla base di specifiche esigenze".

Il significato della previsione configurava un diritto alla riassunzione della prova, a richiesta di parte, nonché, qualora la prova fosse stata verbalizzata con la videoregistrazione, che il giudice ne disponesse la riassunzione solo quando l'avesse ritenuto necessario sulla base di specifiche esigenze".

Nel dar seguito alla delega il comma 4-ter dell'art. 495 c.p.p., dispone che "se il giudice muta nel corso del dibattimento, la parte che vi ha interesse ha diritto di ottenere l'esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni nel medesimo dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate, salvo che il precedente esame sia stato documentato integralmente mediante mezzi di riproduzione audiovisiva. In ogni caso, la rinnovazione

dell'esame può essere disposta quando il giudice lo ritenga necessario sulla base di specifiche esigenze”.

La riferita formulazione non pare pienamente rispondente alla delega e non solo perché il “solo” diventa “in ogni caso”, ma perché il diritto alla riassunzione viene condizionato dalla modalità della documentazione, stante la successione delle due ipotesi di rinnovazione, collegate dalle parole “salvo che” e perché affida al giudice il potere di rinnovare l'atto qualora lo ritenga necessario sulla base di specifiche esigenze.

La questione attiene cioè al fatto se il riferimento ad “ogni caso” copra anche la richiesta di parte.

Quello che emerge dalle due previsioni è tuttavia la separazione tra il diritto alla riassunzione e le modalità della sua documentazione: solo quest'ultima può, infatti, condizionare il diritto alla ripetizione dell'atto, recuperabile dalla decisione del giudice.

Il dato assume un non secondario rilievo alla luce della proposta di una disposizione transitoria (art. 93-*bis*) prospettata dall'Ufficio legislativo del Ministero ove si prevede che “la disposizione di cui all'art. 495, comma 4-*ter*, c.p.p., come introdotta dal presente decreto (*id est*, d.lgs. n. 150 del 2022), non si applica quando è chiesta la rinnovazione dell'esame di una persona che ha reso le precedenti dichiarazioni in data anteriore al 1° gennaio 2024”.

La ragione del differimento viene ricondotta alla necessità di concedere all'amministrazione i tempi necessari per organizzare il servizio di registrazione audiovisiva evitando così una indiscriminata rinnovazione di dibattimenti penali, a causa dell'indisponibilità di strumenti tecnici (e del personale).

La non marginale ragione del differimento viene altresì individuata nelle diverse opinioni formulate da più parti che non aderiscono al collegamento con quanto previsto tra l'art. 495 c.p.p. e l'art. 94 del cit. d.lgs. n. 150 del 2022, ove si prevede che la nuova modalità di documentazione deve trovare applicazione decorso un anno dall'entrata in vigore della riforma.

Per cercare di tacitare evidenti perplessità legate al differimento di cui alla proposta di riforma del cit. art. 94 che proroga di due anni l'operatività dell'art. 30, comma 1, lett. i) del d.lgs. n. 150 del 2022 (cioè 1° gennaio 2025) in relazione a quanto previsto per l'art. 510 c.p.p. al nuovo comma 2 *bis*) si afferma che “questa volta” il differimento è a “data fissa” (1° gennaio 2024) così da rescindere il legale ritenuto oggi esistente. Anche volendo credere futuristicamente a queste affermazioni, invero, poco convincenti, resta un problema di fondo.

In altri termini, fino all'indicata scadenza continueranno ad applicarsi le Sez. unite Bajrami.

Non può negarsi che, considerato che la previsione riformata scinde le due ipotesi di riassunzione, la norma che si vorrebbe introdurre – anche a prescindere dalla ritenuta scissione temporale con il cit. art. 30 – è molto di più di una mera norma transitoria, nella misura in cui – di fatto – abroga la riforma e ripristina la sentenza Bajrami che la delega voleva superare.

\*\*\*\*\*

Le riserve prospettate nei confronti dell'emendamento governativo al regime transitorio di cui all'art 495, comma 4-*ter*, c.p.p. sono state in parte recepite dal Parlamento nella conversione in legge del D. lgs n. 162 del 2022.

Si è così previsto che il rinvio di due anni per l'entrata a regime delle videoregistrazioni sia di sei mesi e che la Bajrami opererà solo per le dichiarazioni assunte prima del 1° gennaio del 2023.

Restano tutte le perplessità relative alle modalità con le quali si svilupperà l'ingresso della prova davanti al nuovo collegio quali saranno i poteri del giudice e delle parti.

Restano aperte le questioni legate alla rispondenza della previsione con la delega.

Ulteriori riserve si evidenziano con riferimento ai tempi indicati in relazione al loro repentino mutamento non escludendosi soltanto un temporaneo effetto suscettibili di attenuare l'impatto delle originarie previsioni.

## LE SEZIONI UNITE IN TEMA DI ABNORMITÀ DELL'ATTO PROCESSUALE NEL CASO DI INDEBITA REGRESSIONE DEL PROCEDIMENTO

Filippo Lombardi\*

La Corte di cassazione a Sezioni unite, con la pronuncia che qui brevemente si annota, ha risolto il quesito se sia abnorme il provvedimento con cui il giudice dell'udienza preliminare, ritenuto erroneamente che per il reato sottoposto al suo vaglio l'azione penale debba essere esercitata con citazione diretta dal pubblico ministero, disponga - ai sensi dell'art. 33-sexies c.p.p. - la restituzione degli atti in favore di quest'ultimo affinché provveda in conformità.

Per fornire una risposta alla domanda, sottoposta al supremo consesso riunito con ordinanza Cass. sez. III, ord. 1° ottobre 2021, n. 46033, il Collegio transita per la risoluzione della questione pregiudiziale se, intanto, costituisca una decisione proceduralmente errata quella di restituire gli atti al pubblico ministero per un reato per cui effettivamente sia prevista la celebrazione dell'udienza preliminare. Il caso che ha comportato la rimessione alle Sezioni unite è di peculiare rilievo; infatti, la controversia attiene al delitto di dichiarazione infedele di cui all'art. 4 del decreto legislativo n. 74 del 2000, per il quale il fatto storico veniva contestato come commesso durante la vigenza della normativa più favorevole, che prevedeva all'epoca la pena massima di anni tre di reclusione; al momento dell'esercizio dell'azione penale, tuttavia, il massimo edittale era già stato elevato dal legislatore ad anni quattro e mesi sei di reclusione.

Il giudice dell'udienza preliminare, ritenendo che il divieto di retroazione sfavorevole della norma sostanziale avrebbe comunque imposto di applicare al caso il quadro edittale previgente, aveva interpretato la norma processuale (art. 550 c.p.p.) nel senso di consentire, anche al momento in cui il pubblico ministero si era determinato ad esercitare l'azione penale, il modello della citazione diretta anziché della richiesta di rinvio a giudizio.

---

\* Giudice presso il Tribunale di Lagonegro.

La Corte di legittimità giudica tale provvedimento errato, siccome pronunciato in violazione della regola *tempus regit actum* secondo la quale, nel caso di mutamento del quadro edittole di una fattispecie criminosa, che abbia riverberi sull'applicazione di norme processuali ad esso facenti rinvio, deve tenersi in considerazione la pena prevista al momento dell'esercizio dell'azione penale, versandosi in ipotesi di rinvio "fisso" valutabile al momento dell'applicazione della norma procedurale (conforme-mente, oltre alla stessa ordinanza di rimessione, Cass. sez. II, 12 febbraio 2021, n. 9876, CED 280724; Cass. sez. III, 4 marzo 2020, n. 18297, CED 279238): nel caso di specie, trattasi di una pena che, al momento della richiesta di rinvio a giudizio, imponeva di transitare per l'udienza preliminare, con la conseguenza che è illegittima l'ordinanza di restituzione degli atti alla pubblica accusa, assumendo valenza neutra il divieto ex art. 2 c.p.

Lo step ermeneutico successivo riguarda l'analisi dell'intima natura di questo errore procedurale, vale a dire se la scorretta applicazione dell'art. 33 *sexies* c.p.p. rientri tra le ipotesi di abnormità ricorribile per cassazione.

Le Sezioni unite passano così a esplorare il nodo centrale della questione assegnata: l'abnormità degli atti processuali, categoria non precisata dal legislatore e per la quale non sono stati espressamente previsti rimedi, a cagione della difficoltà di tipizzare tutti quei casi di eclatante sviamento del potere in grado di violare in maniera significativa la legalità della sequela procedimentale, alterandone lo svolgimento e incidendo inevitabilmente sulle istanze di difesa. In questi casi, in deroga al principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, la giurisprudenza ha ammesso il ricorso per cassazione.

La perimetrazione del concetto di abnormità, piuttosto complessa, si è presto affinata venendo ricondotta a due possibili filoni.

Il primo è noto come "abnormità strutturale" che si verifica quando l'atto, per la sua singolarità, non sia inquadrabile nell'ordinamento processuale (c.d. *carenza di potere in astratto*), nonché quando esso, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, al di là di ogni ragionevole limite (c.d. *carenza di potere in concreto*); la categoria, in sintesi, come evidenziato anche da accreditata giurisprudenza, nasce per porre rimedio a comportamenti procedimentali posti in essere dall'organo giudicante da cui derivino atti non altrimenti impugnabili e al contempo espressivi, in concreto, di uno sviamento della funzione giurisdizionale, non più rispondente al modello previsto dalla legge (Cass. sez. V, 4 maggio 2020, n. 15691; sul tema, di recente, VARONE, *Non è abnorme il provvedimento con cui il G.i.p. rigetta la richiesta di archiviazione e restituisce gli atti al P.M. per interrogare l'imputato*, in *Cass. pen.*, 2022, 7-8, 2543 ss.; cfr. anche TRAPELLA, *La citazione diretta a giudizio: una riflessione*, *ivi*, 2020, 7, 3030 ss.).

Occorre però precisare, quanto ai casi di abnormità strutturale per carenza di potere in concreto, che, al fine di meglio tracciare la linea di demarcazione tra questo fenomeno (atto *extra legem*) e quello, limitrofo, di violazione della legge processuale (atto *contra legem*), si è meglio argomentato nel senso che il primo deve sostanziarsi nell'esercizio di un potere previsto dall'ordinamento, «*ma in una situazione processuale radicalmente diversa da quella configurata dalla legge e cioè completamente al di fuori dei casi consentiti, perché al di là di ogni ragionevole limite*» (SCARCELLA, *L'opposizione a decreto penale di condanna priva il g.i.p. del potere di pronunciarsi sull'imputazione*, in *Cass. pen.*, 2010, 11, p. 3772). Deve trattarsi dunque di atti che,



ancorché riconducibili ad uno schema normativo, non sono previsti in riferimento ad un determinato segmento procedimentale (così, PAULESU, sub *art. 177 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, diretto da G. Illuminati e L. Giuliani, Padova, 2017, p. 661-662).

Il secondo tipo di abnormità è noto come “abnormità funzionale”, e si concretizza quando, pur non essendo estraneo al sistema normativo, l'atto determini la stasi del procedimento e la impossibilità di proseguirlo. All'interno dell'abnormità funzionale viene tradizionalmente ricondotto il fenomeno della regressione anomala o indebita del procedimento. Essa, secondo il noto arresto delle Sezioni unite, sentenza “Battistella n. 5307/2007 (dep. 2008)”, rientra tra gli atti abnormi in quanto il potere, seppur riconosciuto, viene esercitato oltre i limiti; si concludeva in quella pronuncia nel senso che ogni indebita regressione costituisce un serio *vulnus* all'*ordo processus*, inteso come sequenza logico-cronologica ordinata di atti, in spregio dei valori costituzionali dell'efficienza e della ragionevole durata del processo.

Le giurisprudenza successiva ha ridimensionato tale approccio.

Le Sezioni unite “Toni” (n. 25957/2009, CED 243590) si sono pronunciate sulla diversa ipotesi in cui il giudice del dibattimento, ritenuto – per errore – non correttamente notificato l'avviso ex art. 415 *bis* c.p.p., dichiara la nullità del decreto di citazione a giudizio e restituisca gli atti alla Procura; in questo caso, la Corte non ha ravvisato l'abnormità dell'atto, in quanto, da un lato, esso costituisce espressione di un potere assegnato dal sistema normativo e, dall'altro, pur determinando una regressione anomala o indebita, non è in grado di cagionare la stasi del procedimento – al più un suo rallentamento che incide sulla ragionevole durata del processo – potendo il pubblico ministero notificare nuovamente l'avviso di conclusione indagini senza incorrere in irregolarità di sorta (si veda più di recente PERONI, *Avviso di conclusione delle indagini e regressione del procedimento: esclusa l'abnormità*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 9, p. 1078 ss.).

Si è dunque iniziato a maneggiare con maggiore cautela la nozione di regressione anomala del procedimento, consentendole di rifluire nell'alveo dell'abnormità non secondo meri automatismi, bensì soltanto allorché la regressione stessa abbia cagionato una stasi irreversibile del procedimento, per essere il pubblico ministero posto nella inestricabile condizione di ottemperare all'ordine del giudice compiendo un atto nullo (orientamento da ultimo confermato da Cass. sez. V, 28 giugno 2022, n. 36028; cfr. in dottrina RICCIO, *Le Sezioni unite sull'atto abnorme*, in *Il Penalista*, 9 maggio 2022).

Procedendo nell'iter motivazionale, le Sezioni unite danno atto che la giurisprudenza successiva si è sostanzialmente allineata alla sentenza “Toni”, tuttavia formandosi – con riferimento alla peculiare questione oggetto di vaglio – un contrasto giurisprudenziale.

Infatti, stando ad alcune pronunce della Corte di legittimità, l'ordinanza di restituzione degli atti pronunciata dal g.u.p. sarebbe abnorme, poiché, nel fare indebitamente regredire il procedimento, impone al pubblico ministero il compimento di un atto nullo vale a dire la citazione diretta a giudizio con pretermissione dell'udienza preliminare (Cass. sez. I, 29 settembre 2020, n. 30062, CED 279729; Cass. sez. III, 4 marzo 2020, n. 18297, CED 279238); altri arresti hanno invece optato per la non abnormità di questo atto, poiché, una volta esercitata l'azione penale con una citazione diretta nulla, il giudice del dibattimento potrebbe pur sempre restituire gli atti al pubblico

ministero ex art. 550 co. 3 c.p.p., imponendogli di transitare per l'udienza preliminare, statuizione che né l'organo di accusa né il giudice dell'udienza preliminare potrebbero disattendere (Cass. sez. II, 17 luglio 2020, n. 23814, CED 279547; Cass. sez. VI, 5 febbraio 2019, n. 6945, CED 275083; in dottrina, in senso adesivo, ALMA, *Rimessa alle Sezioni unite la valutazione dell'abnormità del provvedimento del g.u.p. che dispone la restituzione degli atti al p.m. nell'erroneo presupposto che per il reato oggetto della richiesta di rinvio a giudizio si debba procedere con citazione diretta*, in *Sist. pen.*, 20 gennaio 2022).

La Sezioni unite aderiscono al primo orientamento citato, rilevando nel caso di specie un'alterazione nello sviluppo della sequenza procedimentale violativa dei principi di efficienza e ragionevole durata, ma anche una stasi «derivante non dal merito fatto della regressione in sé, quanto dall'imposizione al pubblico ministero di un adempimento *contra legem*, che dà luogo ad un atto affetto da nullità, rilevabile nel corso del giudizio».

Si tratta, secondo la Corte, di una peculiare ipotesi di nullità a regime intermedio che, sebbene non espressamente prevista, è riconducibile al generale modello ex art. 178 co. 1, lett. c), c.p.p., poiché attinente al profilo dell'intervento e dell'assistenza delle parti, pur essendo rilevabile ed eccepibile entro i più stringenti termini di cui agli artt. 491 co. 1 e 550 co. 3, c.p.p. (conf. Cass. sez. I, 4 dicembre 2014, dep. 2015, n. 5967, CED 262426); con la precisazione che la nullità si forma in questa ipotesi a cagione della mancata celebrazione dell'udienza preliminare, che si pone quale importante campo di esplicazione delle facoltà difensive, mentre non si anniderebbe nell'ipotesi opposta – svolgimento dell'udienza preliminare per reati a citazione diretta – in quanto in questa seconda ipotesi si assisterebbe ad una «*causa di espansione delle facoltà difensive e la cui fissazione non può di per sé dare luogo ad alcuna nullità, salva la deducibilità, con le modalità e nei limiti stabiliti, della relativa questione, al fine di salvaguardare l'assetto normativamente previsto*».

Può osservarsi dunque che, nel caso in cui il pubblico ministero abbia esercitato l'azione penale con citazione diretta anziché con richiesta di rinvio a giudizio, si è in presenza di nullità intermedia, sanata ove non dedotta entro la fase deputata ad affrontare le questioni preliminari; ove invece il pubblico ministero abbia correttamente rivolto al g.u.p. la richiesta di rinvio a giudizio e quel giudice gli abbia restituito gli atti affinché si proceda nelle forme della citazione diretta con pretermissione dell'udienza preliminare, l'ordinanza del giudice è abnorme e ricorribile per cassazione in ogni stato e grado del procedimento, sino all'irrevocabilità della sentenza (TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2016, 223).

Infine, pare che la nozione di stasi irrimediabile sia ormai interpretata, in maniera dominante, come situazione procedimentale che necessiti, per ripristinare la corretta sequenza di atti, del compimento di un atto nullo e dunque inefficace; ciò a prescindere dal fatto che il compimento di un atto nullo non comporta mai, materialmente, un blocco dell'attività processuale, potendo infatti il giudice applicare i principi di cui all'art. 185 c.p.p. rimuovendo la nullità e dando impulso al regolare svolgimento della procedura.

## L'ART.5 D.L. 31 OTTOBRE 2022, N.162: TOLLERANZA ZERO CONTRO LE “FOLLE PERICOLOSE” DEGLI INVASORI DI TERRENI ED EDIFICI

Antonio Cavaliere\*

L'art. 5 del decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162, rubricato «Norme in materia di occupazioni abusive e organizzazione di raduni illegali», introduce l'art. 434-bis c.p.: «(Invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica). - L'invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica consiste nell'invasione arbitraria di terreni o edifici altrui, pubblici o privati, commessa da un numero di persone superiore a cinquanta, allo scopo di organizzare un raduno, quando dallo stesso può derivare un pericolo per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica.

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

Per il solo fatto di partecipare all'invasione la pena è diminuita.

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

Il secondo comma dell'art. 5 dello stesso d.l. sancisce che «All'articolo 4, comma 1, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, dopo la lettera *i-ter*, è aggiunta la seguente: «*i-quater*) ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 434-bis del codice penale».

Si tratta di un insieme di disposizioni di stampo autoritario, caratterizzato dalla tutela fortemente anticipata di beni superindividuali noti per la carente determinatezza, nonché dall'eccessiva severità delle sanzioni previste. Per di più, la formulazione tecnica dell'art. 5 presenta numerosi difetti tecnici e gravi irragionevolezza.

Preliminarmente, va osservato che l'art. 633 c.p., nel testo originario, prevedeva già il reato di “Invasione di terreni o edifici”: «Chiunque invade arbitrariamente terreni o edifici altrui, pubblici o privati, al fine di occuparli o di trarne altrimenti profitto, è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a due anni o con la multa da lire mille a diecimila.

---

\* Professore ordinario di diritto penale presso l'Università Federico II di Napoli.

Le pene si applicano congiuntamente, e si procede d'ufficio, se il fatto è commesso da più di cinque persone, di cui una almeno palesemente armata, ovvero da più di dieci persone, anche senza armi».

Il codice fascista considerava dunque l'invasione di terreni o edifici quale delitto contro il patrimonio immobiliare e prevedeva sanzioni più lievi di quelle previste per un furto semplice, ossia la reclusione fino a tre anni ed in più una multa. Nell'ipotesi di una radunata sediziosa "di dieci o più persone", si applicava e si applica tuttora l'art. 655 c.p., che «per il solo fatto della partecipazione» prevede l'arresto fino a un anno. In base al terzo comma dello stesso articolo, «non è punibile chi, prima dell'ingiunzione dell'Autorità, o per obbedire ad essa, si ritira dalla radunata»: uno strumento, per così dire, singolarmente dialogico, predisposto dal codice Rocco per indurre ad obbedire, ottenendo attraverso tale condotta 'recuperatoria' l'esenzione da pena. Certamente, il regime fascista disponeva di ben altri strumenti di 'prevenzione della pericolosità' - anche *ante delictum*: misure di prevenzione e di repressione - del dissenso e della 'devianza': dai reati di opinione e di associazione e cospirazione politica al manicomio 'civile' o criminale ed al confino di polizia.

Il primo "decreto sicurezza" Salvini, d.l. n. 113/2018 conv. con modif. dalla l. n. 132/2018, ha inasprito le pene nell'ipotesi di cui al primo comma dell'art. 633 c.p., prevedendo, in via non più alternativa bensì congiunta, «la reclusione da uno a tre anni e [...] la multa da euro 103 a euro 1.032»; in base alla disciplina delle aggravanti di cui ai co. 2 e 3, «si applica la pena della reclusione da due a quattro anni e della multa da euro 206 a euro 2.064 e si procede d'ufficio se il fatto è commesso da più di cinque persone o se il fatto è commesso da persona palesemente armata. Se il fatto è commesso da due o più persone, la pena per i promotori o gli organizzatori è aumentata».

Dunque l'invasione di terreni o edifici commessa da più di cinque persone è già punibile con la reclusione da due a quattro anni, e per promotori o organizzatori è aumentata fino ad un terzo, ossia fino a cinque anni e quattro mesi. Tali sanzioni, considerevolmente più severe di quelle originariamente previste dal codice Rocco, possono risultare applicabili, in particolare, a fatti di 'occupazione' commessi da lavoratori o da studenti in occasione di proteste sociali; e sicuramente il decreto "sicurezza" mirava pure ad inasprire proprio la repressione dei 'movimenti' in rapporto alle occupazioni dei 'centri sociali'. Si trattasse pure di occupazioni per scopi socialmente utili quali, ad esempio, l'offerta di servizi socio-sanitari, di assistenza e consulenza legale, volta a sopperire alle carenze, sul territorio, della pubblica amministrazione.

Alla luce della menzionata disciplina vigente, l'art. 434-bis c.p. appare quale norma prevalentemente simbolica, tutt'altro che necessaria, giacché si limita in sostanza ad aumentare ulteriormente le pene per fatti già preveduti quali reati. Per di più, si tenga presente che, qualora l'invasione dia luogo ad una devastazione, risulta applicabile l'art.419 c.p., che prevede la pena della reclusione da otto a quindici anni! Ciò significa che mancano assolutamente i requisiti della "straordinaria necessità ed urgenza" richiesti dall'art. 77 co. 2 Cost. per l'adozione di un decreto-legge.

Peraltro, sia la struttura della 'nuova' figura delittuosa, sia il rilevante inasprimento sanzionatorio risultano inquietanti. Si può parlare di un giro di vite repressivo arbitrariamente posto in essere dall'Esecutivo, confermando le riserve da tempo prospettate da autorevole dottrina in rapporto alla decretazione d'urgenza in materia penale, anche a causa dei suoi possibili effetti irreversibili sulla libertà personale nei sessanta giorni di provvisoria vigenza del decreto.

Il fatto di reato viene descritto dal Governo con farraginosità grottesca, al limite della tautologia: «L'invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica consiste nell'invasione arbitraria di terreni o edifici altrui, pubblici o privati, commessa da un numero di persone superiore a cinquanta, allo scopo di organizzare un raduno, quando dallo stesso può derivare un pericolo per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica». I beni tutelati – qualora, nonostante la ripetizione legislativa, residuasse qualche dubbio – sono indifferentemente l'ordine, l'incolumità o la salute pubblici. Ciò che distingue il reato di cui all'art. 434-*bis* c.p. da quello meno grave di cui all'art. 633 c.p. – come suggerisce pure la singolare collocazione sistematica della norma, tra il disastro innominato e la fabbricazione o detenzione di materie esplodenti – è dunque il pericolo per uno di tali beni. Ma, mentre incolumità e salute pubblica sono beni almeno parzialmente dotati di un substrato afferrabile, in quanto vengano riferiti ad un numero indeterminato di persone in carne ed ossa, l'ordine pubblico è, com'è noto fin dall'Ottocento, un “ripostiglio concettuale”, secondo l'arcinota definizione di Binding: un concetto pericolosamente vago e manipolabile dal potere punitivo statale – dal legislatore, alle forze dell'ordine, alla magistratura inquirente e giudicante – per finalità di repressione delle libertà individuali e del dissenso politico. Se l'invasione collettiva è vista, discrezionalmente, quale pericolo per l'ordine pubblico, si può considerevolmente inasprire la pena.

L'indeterminatezza del bene si riflette sul giudizio di pericolo, rendendo anche quest'ultimo manipolabile. Peraltro, l'art. 434-*bis* c.p. anticipa ulteriormente la soglia di intervento penale, perché definisce il raduno pericoloso quale raduno «dal quale può derivare un pericolo»: si punisce, cioè, non la messa in pericolo, ma la possibilità, ovvero il pericolo di un pericolo. Ma non basta: non occorre neppure che il raduno da cui “può derivare” il pericolo si sia realizzato, bensì è sufficiente, ai fini della punibilità, che si invada un terreno o un edificio “allo scopo di organizzare” quel raduno, cioè ci si rende punibili ancor prima di organizzarlo, per il solo fatto di invadere terreni o edifici, con la finalità interiore di organizzare un raduno da cui potrà, forse, scaturire un pericolo, ossia una probabilità di offesa ad uno di quei beni.

E l'anticipazione della tutela parrebbe non arrestarsi neppure qui. Infatti, è punibile “chiunque organizza o promuove l'invasione di cui al primo comma”. Non è detto chiaramente, a ben vedere, se l'invasione debba essersi verificata. Ciò, peraltro, costituirebbe un parossistico arretramento della soglia di rilevanza penale, frontalmente contrastante con i principi di materialità ed offensività: bisogna quindi ritenere che la norma richieda l'effettivo verificarsi dell'invasione “promossa” o “organizzata”, sia pure ‘implicitamente’, ossia con una formulazione oscura e, perciò, incompatibile con la necessaria chiarezza e precisione della norma incriminatrice, imposta dal principio costituzionale di legalità.

Resta il dato per cui la condotta punibile è incentrata sul mero fatto dell'invasione, mentre il pericolo del pericolo per i beni tutelati è oggetto di un dolo specifico, ossia di una mera finalità interiore: il che contrasta con il principio costituzionale della necessaria offensività. Certamente, l'invasione è di per sé offensiva del patrimonio; ma tale offesa è già punibile ex art. 633 c.p. e dunque la pena più severa prevista dall'art. 434-*bis* c.p. si basa sul mero atteggiamento interiore.

In effetti, la *ratio* dell'incriminazione risulta proprio quella della repressione anticipata ed esasperata di “raduni” che possono avere finalità di protesta sociale o anche

semplicemente ricreative – è il caso dei cosiddetti *rave* – per i pericoli che possono derivarne, anche soltanto per “l’ordine pubblico”.

Il vago termine di “raduno” riprende, qui, la terminologia impiegata dal codice fascista nel ricordato art. 655 c.p., “radunata sediziosa”, e ci riporta indietro di un secolo. In effetti, nella prassi applicativa dell’art. 633 c.p. si era assistito, dal finire degli anni Sessanta, ad un’interpretazione sotto vari profili restrittiva, tendente a riconoscere in sostanza quali socialmente adeguate e, pertanto, non tipiche quelle condotte di ‘occupazione’ che, se da un lato risultavano, in maniera più o meno tenue e temporanea, offensive del patrimonio immobiliare altrui, magari abbandonato, dall’altro costituivano aggregazioni collettive o riunioni di carattere ricreativo o politico-sociale meritevoli di tutela in quanto tali. Si realizzava, in tal modo, un bilanciamento, interno alla fattispecie e costituzionalmente orientato, tra gli interessi patrimoniali di chi subiva l’occupazione – talvolta tollerandola e/o avendo abbandonato l’immobile – e quello a “riunirsi pacificamente e senz’armi” – come recita l’art. 17 Cost. – per finalità ricreative e/o di iniziativa e confronto socio-politici.

Da qualche tempo, invece, sull’onda emotiva di un pensiero securitario, si torna a considerare “devianti” – termine manipolabile per eccellenza – i gruppi che promuovono, organizzano o anche solo partecipano a tali “radunate”; si torna all’idea positivista della repressione anticipata delle “folle pericolose”, dei sediziosi, dei soggetti pericolosi per l’ordine pubblico o soltanto ‘oziosi’ o ‘sbandati’. Le occupazioni e le riunioni ricreative divengono oggetto di una tolleranza zero che esalta, in chiave repressiva, il primato dell’ordine e della sicurezza.

Il riferimento alle folle di “persone pericolose per l’ordine pubblico” non è causale: perché, come abbiamo visto, il secondo comma dell’art. 5 d.l. 31 ottobre 2022, n. 162 sancisce che tra i soggetti destinatari delle misure di prevenzione di cui all’art 4, co. 1, del «codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione» di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, vengano inseriti «i soggetti indiziati del delitto di cui all’articolo 434-bis del codice penale». Per il solo fatto di essere indiziati di aver promosso od organizzato un’invasione finalizzata ad un raduno potenzialmente pericoloso, o di avervi soltanto partecipato, si potrà essere assoggettati alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza.

A fronte di tutto ciò, assumono un ruolo tutto sommato secondario, ma comunque non trascurabile, gravi difetti tecnici di formulazione come quello che rischia di rendere la norma – in modo involontariamente umoristico – sovente inapplicabile, stando al suo tenore testuale: ma come si dovrebbe interpretare una norma incriminatrice, in un sistema fondato sul principio costituzionale di legalità, se non in base al suo tenore testuale?

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

Dunque, per risultare punibile, l’invasione deve essere “commessa” da più di cinquanta persone, “allo scopo di organizzare un raduno”. Di conseguenza, se l’invasione, come non insovente avviene, è commessa anche da molto meno di cinquantuno persone, con la finalità di organizzare poi un raduno (ad esempio, il famigerato *rave*) al quale di persone ne parteciperanno migliaia, il fatto non sussiste! Non si dica che,

per il solo fatto di radunarsi, quelle migliaia di persone “invascono”, perché l’invasione, secondo il tenore della norma incriminatrice, è quella realizzata “allo scopo di organizzare” il successivo raduno, che diventa una sorta di postfatto non punibile. Del resto, è punibile chi organizza o promuove l’“invasione” – o vi partecipa –, non il successivo raduno.

Qualora, in senso contrario a quanto poc’anzi osservato, si volesse insistere nel ritenere punibili tutti coloro che partecipano al raduno, in quanto *eo ipso* partecipi all’“invasione”, ne deriverebbe la minaccia di una criminalizzazione indiscriminata, di massa.

In effetti, l’art. 434-*bis* c.p. “lancia un segnale”, *rectius* un messaggio ‘terroristico’ ai giovani potenzialmente interessati a feste non autorizzate – perché questo sono i famigerati “rave” – o all’attivismo politico-sociale dentro scuole od Università. D’ora in poi, si rischiano arresti e procedimenti penali – e di prevenzione – di massa, oppure, magari più realisticamente, arbitrariamente selettivi. In tal senso, sì, ad essere concretamente minacciate di pena sono attività di riunione finora considerate socialmente adeguate, o anche solo tollerate, ma non represses penalmente. Il messaggio è “la pacchia è finita”: manganello e manette per i giovani “devianti”.

Sia chiaro, nessuno nega che in occasione di feste e riunioni – autorizzate o meno, in discoteca o all’aperto – possano essere commessi reati; ad esempio, in materia di sostanze stupefacenti. Ma allora, è sui singoli fatti di reato che si deve intervenire. Quando, invece, si vuol criminalizzare indiscriminatamente gruppi numerosi di giovani, anziché, com’è avvenuto finora, superare i conflitti mediante il dialogo o, comunque, con mezzi meno invasivi, ciò significa fare di tutti i partecipanti al “raduno” un... fascio.

Neppure il codice penale del 1930 si era spinto a prevedere che l’invasione di terreni od edifici potesse essere punita severamente; il pacchetto sicurezza, come ricordato, ha aumentato considerevolmente le pene. Ora le si inasprisce ulteriormente – con finalità dichiaratamente ed esasperatamente intimidatorie – allorché il fatto assume, sia pure molto alla lontana vista l’anticipazione della tutela, connotati di pericolo per beni superindividuali tra cui l’ordine pubblico: l’occupazione o il *rave* diventano una grande “radunata sediziosa o pericolosa”. Si è detto che l’inasprimento sarebbe strumentale a consentire le intercettazioni: in tal caso, si assisterebbe, ancora una volta, alla perversione per cui il massimo edittale non corrisponde all’effettiva gravità del fatto, ma viene strumentalizzato per scopi relativi al procedimento. Pare che nella compagine governativa vi sia stato un sussulto di ragionevolezza, allorché si è esclamato in chiave critica: «Non possiamo metterci ad intercettare i ragazzini». Si tratta tuttavia di un curioso garantismo a corrente alternata: non li si vorrebbe intercettare... – ma li si intercetterà! –; però li si può arrestare in flagranza, porre in custodia cautelare in carcere – l’art. 280 c.p.p. prevede infatti che essa sia ammessa quando la pena massima non è inferiore a cinque anni – e poi rinchiudere in galera, quali condannati a titolo definitivo, da tre a sei anni! E va posto in evidenza che il ricorso ad intercettazioni, arresto in flagranza e custodia cautelare in carcere saranno possibili anche per la mera partecipazione, che è – curiosamente, ma non tanto – concepita come mera circostanza attenuante comune e, dunque, non incide sulla loro applicabilità.

Tutto ciò risulterebbe accettabile soltanto all’interno di una “democrazia illiberale”, come quelle recentemente teorizzate e praticate da alcune criptodittature. In un ordinamento costituzionale come il nostro, fondato sul primato della persona e

non dell'autorità, l'intervento penale deve rimanere, invece, l'*extrema ratio*; dev'essere fondato su fatti offensivi, descritti in modo chiaro e preciso - principio di legalità, art. 25 co. 2 Cost. - e su responsabilità personali, art. 27 co. 1 Cost.; dev'essere proporzionato e tendere non a funzioni repressivo-deterrenti, bensì verso finalità di rieducazione, art. 27 co. 3 Cost.



## IL TRATTAMENTO PENALE DELLA VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI ECONOMICI DI ASSISTENZA FAMILIARE: GLI ARTT. 570, COMMA 2, N. 2, E 570-BIS C.P.

Armando Cavaliere\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa - 2. L'introduzione dell'art. 570-bis c.p. - 3. L'ambito applicativo oggettivo delle due norme ed il rapporto tra loro - 4. I (diversi) beni tutelati e la natura dei due delitti - 5. I soggetti attivi delle norme - 6. L'assoluta, persistente, oggettiva ed incolpevole impossibilità di adempiere e la distribuzione dell'onere della prova.

### ABSTRACT

*Il contributo muove dalla introduzione dell'art. 570-bis c.p., evidenziandone comunque la mancata portata innovativa dal punto di vista sostanziale rispetto alle previsioni precedenti, al rapporto tra questo e l'art. 570, comma 2, n. 2, c.p. L'Autore sottolinea poi particolari situazioni in cui si potrebbe pensare di andare esenti da responsabilità penale per il delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare ma in cui, invece, il soggetto attivo si è visto condannare. Non trascura in ultimo di trattare l'assoluta impossibilità di adempiere a causa di una persistente, oggettiva, incolpevole indisponibilità di introiti che esclude la colpevolezza e pone sotto l'occhio critico l'attuale regime probatorio di tale scriminante alla luce dei principi che governano la materia processuale penale.*

*The paper moves from the introduction of art. 570-bis criminal code, highlighting the substantial non-innovation compared with previous normative provisions, to the relationship between this statement and the art. 570 criminal code. The Author also underline particular situations that in which you might think exempt from criminal liability from the delict of violation of family assistance obligations but in which, instead, the defendant was convicted. Lastly, he does not neglect to deal with the absolute impossibility of performance due to persistent, objective, blameless unavailability of income which excludes culpability and places under the critical eye the current evidentiary regime of this exculpatory in light of the principles governing criminal procedural matters.*

---

\* Avvocato.

## 1. Premessa.

Come stabilisce il Codice civile, con il matrimonio – ma anche attraverso altri ed ormai giustamente riconosciuti modelli di formazione sociale che danno vita comunque a consorzi familiari – entrambi i coniugi acquistano gli stessi diritti ma assumono anche i medesimi doveri. In particolare, dal matrimonio deriva (tra gli altri) l'obbligo di assistenza, oltre che morale, materiale alla collaborazione nell'interesse della famiglia. I coniugi sono tenuti, poi, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e capacità, a contribuire ai bisogni della famiglia e ad istruire, educare, assistere moralmente oltre che mantenere, i figli.

Tutto questo non ha rilevanza esclusivamente sul piano civile, ma da comportamenti contrari al rispetto di detti obblighi derivano conseguenze significative anche in ambito penale e, nel più ampio ambito dei delitti contro la famiglia, si discorre di violazione degli obblighi di assistenza familiare.

Occorre precisare subito, data la vastità degli interessi in gioco ogniqualvolta si discorra di “famiglia”, che gli obblighi oggetto del presente contributo saranno quelli di natura economica e non riguardano i rapporti *tout court* personali del provvedimento emesso in sede di separazione, tutelati dall'art. 388, comma 2, c.p.<sup>1</sup>. Si pensi, ad es., alle situazioni in cui l'obbligato al versamento dell'assegno di mantenimento non riesca o non voglia adempiere in favore dei soggetti aventi diritto ed alle circostanze in cui (magari inoltre) questi ultimi necessiterebbero di tale sostegno per far fronte a spese indispensabili.

## 2. L'introduzione dell'art. 570-bis c.p.

Lo stesso legislatore ha anche recentemente inteso agire – per la verità solo apparentemente e comunque in una prospettiva di riorganizzazione sistematica dell'ordinamento penale per come subito si dirà – sul fenomeno attraverso il D.Lgs. n. 21 del 01.03.2018, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 68 del 22.03.2018 e rubricato “*Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'art. 1, comma 85, lett. q), L. 23 giugno 2017, n. 103*”.

Nella legge delega si richiedeva la “*attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali, attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato*”. Tale indicazione è stata recepita

---

<sup>1</sup> Cass. pen., Sez. VI, 02.05.2000, n. 9414.

dal legislatore delegato - oltre che per quanto vedremo - in primo luogo inserendo l'art. 3-bis c.p. secondo cui *“Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia”*.

Ebbene, per quanto più da vicino qui interessa, però, precisamente, mediante l'art. 2, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 21/2018, è stato introdotto, all'interno del Codice penale sostanziale, l'art. 570 bis, rubricato *“Violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio”*, che sanziona con le pene previste dall'art. 570 c.p. la condotta del coniuge che *“si sottrae all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli”*.

In particolare, la “nuova” fattispecie di reato assorbe due previsioni: i) l'art. 12-sexies, L. n. 898/1970 (*“Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio”*), il quale già disponeva l'applicazione delle pene di cui all'art. 570 c.p. al coniuge che si sottragga all'obbligo di corresponsione dell'assegno dovuto ex artt. 5 e 6, L. n. 898/1970; ii) l'art. 3, L. n. 54/2006 (*“Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli”*), che pure prevedeva l'applicazione delle pene di cui all'art. 570 c.p., attraverso il rinvio a quanto previsto dal detto art. 12 sexies, nei casi di violazione di obblighi di natura economica.

Le due norme riprodotte (anche se non in modo letterale), conseguentemente, sono state espressamente abrogate dall'art. 7, lett. b) e o), D.Lgs. n. 21 del 2018.

Ma le modifiche così effettuate - come vedremo - hanno pure richiesto un'attenta verifica, sotto il profilo della successione delle leggi penali nel tempo, in ordine al se il nuovo art. 570 bis c.p. si sia effettivamente limitato ad un diverso collocamento ordinamentale di norme incriminatrici senza che ciò comportasse modifiche anche dal punto di vista sostanziale, ovvero se la non perfetta sovrapposibilità tra l'attuale art. 570-bis c.p. ed i previgenti artt. 12-sexies, L. n. 898/1970, e 3, L. n. 54 del 2006, potesse lasciare spazio ad una interpretazione differente e nuova, con ricadute anche sul piano applicativo, della normativa oggetto di un simile fatto intervento.

Invero, la violazione degli obblighi di cui trattasi di assistenza familiare è sanzionata, oltre che dal detto art. 570-bis c.p., anche dall'art. 570, comma 2, n. 2, c.p. il quale prevede che le pene previste come alternative al comma 1 (la reclusione fino a un anno o con la multa da 103 euro a 1.032 euro), si applicano invece congiuntamente a chi *“fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato [per sua colpa]”*.

### 3. L'ambito applicativo oggettivo delle due norme ed il rapporto tra loro.

Ora, però, per meglio e subito comprendere quale sia la portata applicativa dal punto di vista oggettivo delle norme in disamina, è utilissimo qui richiamare il recente e maggioritario indirizzo giurisprudenziale che ammette la sussistenza del concorso

<sup>2</sup> Oggi, visto la nuova formulazione degli artt. 151, comma 2, e 156, comma 1 e 3, c.c. si dovrebbe parlare di «addebito».

formale eterogeneo (escludendo il rapporto di consunzione o assorbimento), tra gli artt. 570-bis e 570, comma 2, n. 2, c. p. in quanto il primo richiede esclusivamente la mancata corresponsione dell'assegno divorzile o di separazione, mentre il secondo presuppone che (nel caso, anche attraverso) tale inadempimento si faccia mancare al beneficiario i mezzi di sussistenza<sup>3</sup>.

Il soggetto attivo, quindi, con una sola azione od omissione (*rectius* la mancata corresponsione dell'assegno di mantenimento) potrebbe ritenersi responsabile della violazione delle due diverse norme con tutto quanto ne possa derivare anche sotto il profilo sanzionatorio ex art. 81 c.p.

Tuttavia, dovendosi ammettere che in questo modo si rischia di punire due volte lo stesso comportamento, sempre in sede di legittimità, si è affermato (con riguardo all'art. 12-sexies, L. n. 898/1970) come la condotta del genitore separato che faccia mancare i mezzi di sussistenza ai figli minori – omettendo di versare l'assegno di mantenimento – integri esclusivamente il reato di cui all'art. 570, comma 2, n. 2, nel quale è assorbita la violazione meno grave prevista dall'art. 12-sexies, L. n. 898/1970<sup>4</sup>. Secondo quest'ultimo indirizzo, in particolare, *“Trattasi di diverse violazioni di legge che, tuttavia, determinano un concorso apparente di reati, in quanto, in situazioni siffatte, il delitto di aver fatto mancare i mezzi di sussistenza ai figli minori implica l'omissione del versamento dell'assegno di mantenimento stabilito dal giudice civile. Come hanno precisato le Sezioni Unite, quest'ultima violazione non integra il reato di cui all'art. 570 c.p., comma 2, n. 2, giacché il generico rinvio, quoad poenam, all'art. 570 c.p., operato dalla L. 1 dicembre 1970, n. 898, art. 12 sexies, come modificato dalla L. 6 marzo 1987, n. 74, art. 21, (ed ora anche dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, art. 3), deve intendersi riferito alle pene alternative previste dall'art. 570 c.p., comma 1 (Cass. Sez. U, n. 23866 del 31/01/2013, rv. 255269). Ne deriva che mentre può essere realizzata la violazione dalla L. 1 dicembre 1970, n. 898, art. 12 sexies, o della L. 8 febbraio 2006, n. 54, art. 3, senza che siano fatti mancare i mezzi di sussistenza alle parti offese indicate nell'art. 570 c.p., comma 2, n. 2, il genitore separato che fa mancare i mezzi di sussistenza ai figli minori, omettendo di versare l'assegno di mantenimento, commette un unico reato, quello previsto dall'art. 570 c.p., comma 2, n. 2. La violazione meno grave (l'omissione di versamento dell'assegno di mantenimento) per il principio di assorbimento, volto ad evitare il bis in idem sostanziale, perde infatti la sua autonomia e viene ricompresa nella accertata sussistenza della più grave violazione della norma prevalente per severità di trattamento sanzionatorio (aver fatto mancare i mezzi di sussistenza nei confronti del beneficiario dell'assegno di mantenimento)”*.

Tale ultima impostazione interpretativa potrebbe peraltro ritenersi anche oggi avvalorata perché l'art. 12-sexies, L. n. 898/70, che faceva rinvio *quoad poenam* all'art. 570 c.p., solo in passato aveva ingenerato dubbi e contrasti interpretativi – determinati dalla circostanza che l'art. 570 c.p. prevede sanzioni differenziate al primo (pene alternative) e secondo comma (pene congiunte), di talché non era chiaro quale dei due regimi fosse applicabile in caso di omesso versamento dell'assegno divorzile o di mantenimento – ampiamente superati dalle Sezioni Unite le quali, con decisione n. 23866 del 2013, hanno affermato che il generico rinvio, previsto dall'art. 12-sexies L. n.

<sup>3</sup> Cass, pen., Sez. VI, 10.04.2019, n. 18572.

<sup>4</sup> Cass. pen., Sez. VI, 10.11.2017, n. 57237.

898/70, come richiamato dall'art. 3. L. n. 54/2006, al trattamento sanzionatorio di cui all'art. 570 c.p. deve intendersi riferito alle pene alternative previste dal comma primo di tale ultima disposizione (se ne ribadiva però anche il regime della procedibilità d'ufficio quando, dall'altro lato invece, il delitto di cui all'art. 570, comma 2, n. 2, c.p. è punibile a querela della persona offesa salvo – tra l'altro e per quanto più da vicino ci interessa – il caso in cui il reato sia commesso nei confronti dei minori). Conclusione certamente applicabile anche al nuovo art. 570-bis c.p., atteso che tale norma, avendo integralmente sostituito il previgente art. 12-sexies, ha comunque conservato il medesimo trattamento sanzionatorio.

#### 4. I (diversi) beni tutelati e la natura dei due delitti.

Il primo degli indirizzi giurisprudenziali ricordati, comunque, si ritiene essere quello che maggiormente verrà sostenuto – a ragione – anche in futuro, viste anche le altre (e non poche) differenze tra le norme in esame.

Infatti, non sfugge come l'art. 570 c.p. non sanziona – come fa invece il successivo – l'inosservanza degli obblighi civilistici di mantenimento; esso tutela invece il più ampio diritto della persona a ricevere il necessario sostegno dai propri familiari, ove si trovi in condizioni di estremo disagio. In sostanza, l'omesso versamento dei mezzi di sussistenza – tra gli altri – ai discendenti di età minore è configurabile anche in mancanza di un valido provvedimento giudiziale di separazione, in quanto l'obbligo morale e giuridico di contribuire al mantenimento dei figli grava sui genitori anche in caso di separazione di fatto<sup>5</sup>.

Così, appunto, recente giurisprudenza<sup>6</sup> che si soffermava proprio su tale profilo: sussiste concorso formale eterogeneo, e non rapporto di consunzione, fra il delitto previsto dall'art. 12-sexies, L. 1 dicembre 1970, n. 898 (trasfuso nell'art. 570-bis c.p.) e quello previsto dall'art. 570, comma 2, n. 2, c.p., in quanto il primo fornisce tutela penale all'inadempimento dell'obbligo di natura economica imposto dal Giudice civile, mentre il secondo preserva l'interesse a garantire al minore i mezzi di sussistenza, ove la loro mancanza determini lo stato di bisogno.

Proseguendo e approfondendo proprio da quanto appena detto, inoltre, va rilevato che il reato di cui al citato art. 12-sexies è reato omissivo proprio, di carattere formale e di natura permanente. L'elemento materiale del reato previsto da questo è diverso da quello del delitto di cui all'art. 570 c.p., comma 2, n. 2, in quanto, la condotta consiste nella mera inosservanza all'obbligazione civile, nella mancata corresponsione dell'assegno di mantenimento stabilito dal giudice in sede di divorzio, a prescindere dalla prova della mancata messa a disposizione dei mezzi di sussistenza e dello stato di bisogno dell'avente diritto. Ai fini dell'integrazione del reato è, quindi, sufficiente l'inadempimento anche solo parziale dell'obbligo, dal momento che all'obbligato non è riconosciuto un potere di adeguamento dell'assegno in revisione della

---

<sup>5</sup> Cass. pen., Sez. VI, 30.01.2020, n. 5237, con cui la S.C. ha confermato la condanna dell'imputato con la quale si era ritenuto irrilevante che il provvedimento che disciplinava l'assegno di mantenimento fosse stato dichiarato nullo per un difetto di notificazione dell'atto introduttivo del giudizio.

<sup>6</sup> Cass. pen., Sez. V, 04.02.2022, n. 12190.

determinazione fattane dal Giudice. In ossequio ai principi generali in tema di reati omissivi (basti ricordare qui il brocardo *impossibilia nemo tenetur*), il versamento dell'assegno non è ovviamente esigibile, e pertanto non è sanzionabile, nel caso in cui il soggetto agente versi in stato di impossibilità di adempiere per ragioni al medesimo non imputabili. Tra l'altro, l'art. 12-*sexies* della L. n. 898/70, non è suscettibile di applicazioni analogiche, ostandovi il disposto dell'art. 1 c.p. e, conseguentemente, la sanzione predetta non è applicabile all'inosservanza dell'ordinanza emessa, a norma dell'art. 4 della legge citata, dal Presidente del Tribunale in via temporanea e urgente nell'interesse dei coniugi e della prole, ma soltanto al mancato rispetto delle prescrizioni in materia disposte dal Tribunale con la Sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio<sup>7</sup>.

L'art. 570, comma 2, n. 2, c.p. sanziona, invece, la condotta di colui il quale faccia mancare, cioè ometta di apprestare, i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge non legalmente separato. La condotta punita integra pertanto un reato omissivo ma di evento, là dove impone la verifica circa l'integrazione della mancata soddisfazione dei bisogni dei soggetti passivi<sup>8</sup>. Per *ratio* e struttura è diversa la fattispecie disciplinata dall'art. 570 c.p. poiché sanziona chi con la propria condotta faccia mancare i mezzi di sussistenza, nell'occasione, connessi alla minore età dell'avente diritto al mantenimento<sup>9</sup>.

Va poi precisato che la nozione penalistica di "mezzi di sussistenza" non si identifica con il concetto civilistico di "alimenti" previsto dagli artt. 433 c.c. ss. atteso che, seppure entrambi postulano lo stato di bisogno, gli alimenti devono essere determinati in proporzione al bisogno di chi li domanda ed alle condizioni economiche di chi deve somministrarli, tenendo conto delle necessità di vita in relazione alla posizione sociale dell'alimentando. Detti mezzi non sono riconducibili neanche al concetto di "mantenimento" - che viene in rilievo nei procedimenti giudiziari di separazione personale e divorzio ai sensi degli artt. 155 e 156 c.c. e della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6 - in quanto esso non presuppone lo stato di bisogno dell'avente diritto e viene determinato in relazione alla capacità economica dell'obbligato e rapportato al tenore di vita del soggetto avente diritto. I mezzi di sussistenza rilevanti ai fini della incriminazione si identificano, invece, in tutti i bisogni fondamentali della vita quotidiana (quali il vitto, l'abitazione, i canoni per forniture, i medicinali, le spese per l'istruzione dei figli e di vestiario, mezzi di trasporto e di comunicazione). Quest'ultimo concetto ha, dunque, un ambito diverso da quelli di "mantenimento" e di "alimenti", in quanto è indipendente dalla condizione sociale del destinatario e si riferisce alle cose necessarie per assicurare una vita dignitosa e complementari esigenze di vita quotidiana, secondo parametri di carattere universale che non tengono conto della provenienza sociale dell'obbligato né dell'avente diritto.

L'incriminazione per il delitto di cui all'art. 570, comma 2, n. 2, c.p. presuppone quindi, seppure in modo implicito, che il soggetto passivo versi in "stato di bisogno", inteso come stato effettivo, che si traduca in una mancanza di mezzi di sussistenza al

<sup>7</sup> Cass. pen., Sez. VI, 13.04.2018, n. 24162.

<sup>8</sup> Cass. pen., Sez. V, 04.02.2022, n. 12190.

<sup>9</sup> Trib. Napoli, 04.11.2021, n. 9464.

momento del fatto cui la persona non sia in grado di fare fronte autonomamente, a prescindere dalle ragioni per cui esso si sia verificato.

## 5. I soggetti attivi delle norme.

Tra le fattispecie in parola intercorrono differenze anche quanto ai possibili soggetti attivi del reato: nell'art. 570 c.p. il novero è *ictu oculi* più esteso – ma non in modo illimitato<sup>10</sup> – anche laddove si tenga presente la previsione di cui all'art. 574-ter c.p.

Vale la pena sottolineare come, in relazione all'art. 570-bis c.p. per la convivenza *more uxorio*, in seno alla stessa Sez. VI della S.C. sono emersi, anche a distanza di pochissimo tempo, due orientamenti contrapposti: *i*) quello maggiormente attento al testo delle norme in questione ha evidenziato come il reato di omesso versamento dell'assegno periodico previsto dall'art. 12 *sexies*, Legge dell'1 dicembre 1970, n. 898 (richiamato dall'art. 3 della Legge 8 febbraio 2006, n. 54) è configurabile esclusivamente nel caso di separazione dei genitori coniugati, ovvero di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, mentre, nel caso di violazione degli obblighi di natura economica derivanti dalla cessazione del rapporto di convivenza può configurarsi il solo reato di cui all'art. 570, comma secondo, n. 2, c.p. anche perché il testo della nuova previsione richiama esclusivamente il “coniuge” (Sez. VI, del 07.012.2016, dep. il 19.01.2017, n. 2666); *ii*) quello più recente ed estensivo della tutela penale, maggiormente aderente ad una interpretazione sistematica della disciplina sul tema delle unioni civili e della responsabilità genitoriale nei confronti dei figli, secondo cui il delitto di omesso versamento dell'assegno periodico per il mantenimento, educazione e istruzione dei figli previsto dall'art. 12-*sexies* è configurabile non solo nel caso di separazione dei genitori coniugati, ovvero di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, ma anche in quello di violazione degli obblighi di natura economica derivanti dalla cessazione del rapporto di convivenza (Sez. VI, del 06.04.2017, dep. il 19.05.2017, n. 25267).

Sulla questione interviene successivamente la Consulta<sup>11</sup> quando il Tribunale di Nocera Inferiore rimettente – oltre ad altri Giudici – sottolineava in proposito come, nel vigore della fattispecie di reato di cui all'art. 3 della L. n. 54 del 2006, una lettura sistematica e costituzionalmente orientata delle disposizioni della legge consentisse di equiparare, anche dal punto di vista penale, la tutela accordata in favore dei figli di genitori non coniugati a quella dei figli nati in costanza di matrimonio. Tuttavia, sempre secondo questa tesi rimettente, detta estensione, dopo la riorganizzazione avvenuta ad opera del D.Lgs. n. 21/2018, non sarebbe stata più possibile in ragione del chiaro dato letterale della disposizione censurata (l'art. 570-bis c.p.). Non omettevano i Tribunali però di considerare come una tale situazione normativa sarebbe stata, comunque, distonica rispetto alla totale equiparazione dello *status* di figlio avvenuta in sede civile per effetto del D.Lgs. del 28 dicembre 2013, n. 154 (“*Revisione*

<sup>10</sup> Cass. pen., Sez. VI, 18.12.2019, n. 12201, secondo cui il convivente *more uxorio* non è soggetto agli obblighi di assistenza previsti dall'art. 570, comma 2, n. 2, c.p. pena, diversamente, una non consentita interpretazione *in malam partem* di detta previsione normativa (v. art. 14 disp. sulla legge in generale).

<sup>11</sup> C. cost., 18.07.2019, n. 189.

delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della Legge 10 dicembre 2012, n. 219"), con conseguente irragionevole ed ingiustificata diversità di trattamento nell'ambito dei rapporti tra genitori e figli nati in costanza o al di fuori del matrimonio, in palese contrasto con il principio di eguaglianza formale e sostanziale, consacrato nell'art. 3 Cost.

Solo il successivo art. 4, comma 2, della L. n. 54 del 2006 – tutt'oggi in vigore e non abrogato come il precedente – prevede che le disposizioni della Legge medesima si applichino “*anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati*”. Ciò ha fatto sorgere il dubbio se il delitto previsto dall'art. 3 si applichi anche all'ipotesi di mancato versamento dell'assegno – o comunque di mancato adempimento delle prestazioni di natura economica – stabilite dal Tribunale a carico del genitore in favore dei figli nati fuori dal matrimonio. Insomma, essendo intervenuto il D.Lgs. n. 21 del 2018, che ha abrogato l'art. 3 della L. n. 54 del 2006 introducendo contestualmente l'art. 570-*bis* cod. pen., i giudici a *quibus* si domandano se la mancata estensione della disciplina prevista dalla nuova disposizione al fatto commesso a danno dei figli minorenni nati fuori dal matrimonio sia compatibile con i parametri costituzionali sopra indicati, non essendo peraltro praticabile – ad avviso di rimettenti – alcuna interpretazione costituzionalmente orientata di tale disciplina.

Orbene, a fronte di un'isolata pronuncia della Corte di cassazione secondo la quale l'art. 4, comma 2, Legge n. 54 del 2006, si riferirebbe esclusivamente alla disciplina civilistica dei rapporti tra genitori non coniugati e figli (appunto il suddetto provvedimento n. 2666 depositato il 19 gennaio 2017), varie Sentenze successive del Giudice di legittimità hanno invece ritenuto che l'inciso in parola si riferisca a tutte le disposizioni previste dalla legge citata, comprese quelle che attengono al diritto penale, e in particolare anche al delitto di cui all'art. 3 (abrogato) (*ex multis* Cass. pen., Sez. VI, Sentenza del 22.02.2018, dep. il 30.03.2018, n. 14731; Sentenza del 31.01.2018, dep. il 16.03.2018, n. 12393; Sentenza del 06.04.2017, dep. il 19.05.2017, n. 25267). Tale esito ermeneutico è stato in particolare argomentato in chiave di interpretazione costituzionalmente conforme, posto che la soluzione opposta avrebbe determinato – in violazione dell'art. 30, primo e terzo comma, Cost. – una ingiustificabile disparità di trattamento tra figli legittimi e non, accordando una più ampia e severa tutela penale ai soli figli di genitori coniugati rispetto a quelli nati fuori dal matrimonio (così, in particolare, Cass. pen., Sez. VI, Sentenza del 06.04.2017, dep. il 19.05.2017, n. 25267). Su questo consolidato assetto interpretativo e di legittimità è intervenuta la disposizione oggetto delle censure. Così, a giudizio del Giudice delle leggi, tale interpretazione maggioritaria ed ormai stabilmente adottata dalla giurisprudenza di legittimità trova fondamento nella legge e merita di continuare a trovare applicazione, e in particolare nel combinato disposto di due norme (l'art. 4, comma 2, della legge n. 54 del 2006 e l'art. 8 del d.lgs. n. 21 del 2018) che a loro volta si integrano con la disposizione incriminatrice di cui all'art. 570-*bis* c.p., determinando l'estensione del relativo ambito applicativo.

Non deve trascurarsi, infine e al riguardo, come altrimenti il legislatore delegato sarebbe andato anche oltre, abusando dei poteri conferitigli dalla delega del Parlamento per come anche inizialmente detto: che l'intenzione del legislatore delegato fosse esclusivamente quella di riordinare la materia è desumibile anche dalla relazione ministeriale allo schema del D.Lgs. 21/2018, lì dove si afferma che il nuovo art. 570-



*bis* c.p. assorbe le previsioni di cui all'art. 12-*sexies* L. del 1 dicembre 1970, n. 898 e di cui all'art. 3, L. del 8 febbraio 2006, n. 54. Con il D.Lgs. 10 marzo 2018, n. 21 (attuativo del principio della riserva di codice), le incriminazioni di cui ai citati artt. 12 *sexies* e 3 sono state abrogate e le relative condotte – in termini sostanzialmente inalterati – sono confluite nel novello art. 570-*bis* c.p.

Considerata la sostanziale sovrapposibilità delle condotte rispetto a quella contemplata dall'art. 570-*bis* c.p., risultano dunque tuttora validi i principi elaborati al riguardo dalla giurisprudenza di legittimità ed ormai stabilizzati, quindi è ad essi che deve farsi riferimento.

## 6. L'assoluta, persistente, oggettiva ed incolpevole impossibilità di adempiere e la distribuzione dell'onere della prova.

Ora, le ragioni per le quali si può credere di andare esenti da responsabilità penale sono molte, ma la giurisprudenza va tutt'altro che in questa direzione. Ad es., se il genitore non affidatario omette di fornire i mezzi di sussistenza ai figli minorenni o inabili al lavoro, il reato ex art. 570 c.p., comma 2, n. 2, è stato giudicato sussistente anche se l'assistenza pubblica ovvero l'altro genitore<sup>12</sup> o terzi provvedono a soddisfare i bisogni della prole (anzi, proprio tale sostituzione costituisce prova dello stato di bisogno in cui versa il minore<sup>13</sup>) e l'eventuale convincimento del genitore inadempiente di non essere tenuto, in tale situazione, all'assolvimento del suo primario dovere, non integra neanche un'ipotesi di ignoranza scusabile della legge<sup>14</sup>. Ancora, è stato condannato alle pene della reclusione e della multa, ritenuto colpevole per i reati di cui agli artt. 570 e 570-*bis* c.p., l'imputato che non abbia mai provveduto a versare alcuno degli importi dovuti a titolo di mantenimento in favore dei figli minorenni, anche alla luce delle precarie condizioni economiche degli stessi, non mutando atteggiamento neppure una volta ammesso alla percezione del reddito di cittadinanza, senza provvedere in alcun modo alle necessità dei figli<sup>15</sup>.

Esclude la responsabilità, invece, un'assoluta impossibilità di adempiere a causa di una persistente, oggettiva, incolpevole indisponibilità di introiti<sup>16</sup>.

Certo, si lascia sullo sfondo il tema di chi debba provare la volontaria violazione dell'obbligo ovvero, più in generale, la colpevolezza che sembra presunta in alcuni casi più che in altri. A qualcuno potrebbe sembrare – non a torto per la verità – che debba essere l'imputato a dover allegare tale situazione scriminante per vedersi assolto e, a dirla tutta, nelle occasioni in cui si tratti di minori, anche la Suprema Corte ribadisce più volte come viga la presunzione dello stato di bisogno, ricadendo al più sul soggetto attivo (il genitore inadempiente) l'inversione dell'onere della prova<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Salva la condotta dell'altro genitore, ove questo provveda in via esclusiva, in virtù delle sue floride risorse economiche, a garantire il benessere e l'agiatazza della prole (Cass. pen., Sez. III, 28.04.2022, n. 21026).

<sup>13</sup> Trib. Nola, 17.02.2022, n. 352.

<sup>14</sup> Cass. pen., Sez. VI, 10.04.2018, n. 21320; Cass. pen., Sez. VI, 23.03.2018, n. 19508.

<sup>15</sup> Trib. Pescara, 15.02.2022, n. 440.

<sup>16</sup> Cass. pen., Sez. VI, 10.03.2022, n. 20013.

<sup>17</sup> Cass. pen., Sez. VI, 04.10.2016, n. 50075; Cass. pen., Sez. VI, 08.02.2012, n. 8063; Cass. pen., Sez. VI, 14.12.2010, n. 5751.

In realtà, a parere di chi scrive, questo indirizzo è assolutamente da criticare e abbandonare, non meritando (ancora) adesione: anche se si volesse continuare a presumere lo stato di bisogno in un tale caso, a considerarlo reale anche quando vi provveda l'altro genitore, un terzo o l'assistenza pubblica, non si vede come possa valere una presunzione, anche relativa, in ordine alla (im)possibilità ad adempiere del soggetto obbligato.

Nel rispetto dei principi che governano la materia processulpenalistica, la prova della incolpevole impossibilità di adempiere non può essere posta a carico dell'imputato perché, se ciò si avallasse, sarebbero violate le regole dell'accertamento probatorio che impongono al Pubblico ministero di provare il fatto oggetto della imputazione nonché la sua ascrivibilità soggettiva al di là di ogni ragionevole dubbio.

Dunque, è la pubblica accusa a dover provare che il soggetto, pur potendo, non abbia volontariamente adempiuto ovvero si sia posto in condizione di non adempiere oppure, ancora, non abbia fatto nulla per mettersi in condizioni di versare il mantenimento o per non far mancare i mezzi di sussistenza. Diversamente, si addosserebbe all'imputato la prova di un fatto "liberatorio" strumentale all'esonero di una sorta di presunzione di responsabilità per posizione derivante dal mero fatto dell'inadempimento; se cioè la prova della impossibilità incolpevole di adempiere fosse posta a carico dell'imputato si costruirebbe un meccanismo presuntivo per cui, in assenza di prova contraria, l'imputato dovrebbe ritenersi sempre responsabile del reato. Un onere di allegazione che trasmoderebbe in una collisione con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 Cost.<sup>18</sup>.

Le strettoie del diritto e del processo non possono essere superate per andare al cuore empirico della vicenda, massificando condotte e responsabilità individuali in nome di una semplificazione, o peggio indifferenza, probatoria.

Così, l'imputato - solo dopo che il P.M. abbia allegato che il soggetto accusato, pur potendo, non abbia volontariamente adempiuto piuttosto che si sia posto in condizione di non adempiere - ha l'onere di provare gli elementi dai quali desumere la sua impossibilità di adempiere, dovendosi ammettere però che non basta a tal fine la dimostrazione di una mera flessione degli introiti economici o la generica allegazione di difficoltà (semmai, a parere di chi scrive, potrebbe dimostrare la reale ricerca di lavoro mediante l'invio di *curriculum* piuttosto che l'effettuazione di colloqui di lavoro anche se non andati a buon fine, ecc...). La stessa effettiva indisponibilità di mezzi, insomma, non gioverebbe all'interessato poiché dovrebbe anche risultare una seria sua attivazione al fine di ottemperare ai doveri di assistenza economica verso i figli, e dunque che lo stesso non sia riuscito a conseguire un reddito adeguato pur avendo usato, in proposito, ogni possibile diligenza.

Ma lasciando ora da parte il caso di operatività di tale presunzione relativa e quindi in cui persona offesa sia un minore, ponendo invece il caso in cui questa fosse ad es. il coniuge, si ritiene che debba prestarsi medesima attenzione e che, in sede penale, non possa essere meno rigoroso un accertamento in ordine al presupposto della fattispecie tipica del reato dell'effettivo stato di bisogno della persona offesa: questo non può essere meramente desunto dalla esistenza del provvedimento civile adottato in sede di separazione o divorzio. Se, infatti, l'impossibilità di far fronte agli

---

<sup>18</sup> Cass. pen., Sez. VI, 02.07.2019, n. 4116.

adempimenti sanzionati dall'art. 570 c.p., deve integrare una situazione di persistente, oggettiva ed incolpevole indisponibilità di introiti che non può ritenersi dimostrata sulla base della documentazione dello stato formale di disoccupazione dell'obbligato<sup>19</sup>, *“per converso, anche con riferimento allo stato di bisogno dell'avente diritto non possono essere dirimenti la mancanza di un proprio reddito o una situazione di mera disoccupazione, essendo necessario invece accertare l'impossibilità del suddetto soggetto a procurarsi i mezzi di sussistenza senza ricorrere all'aiuto di terzi soggetti. Ove risulti accertata la sua capacità di lavorare, va dimostrato infatti che il soggetto si sia inutilmente attivato e proposto sul mercato per reperire un'occupazione retribuita confacente, e quindi l'impossibilità di procurarsi da solo, secondo il canone dell'ordinaria diligenza, i mezzi di sussistenza”*<sup>20</sup>.

In definitiva, ai fini della configurabilità del delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare il Giudice penale deve accertare, nell'ipotesi di mancata corresponsione da parte del coniuge obbligato al versamento dell'assegno di mantenimento – che non è in grado da sola di dimostrare la mancanza dei mezzi di sussistenza richiesta ai fini dell'integrazione della fattispecie incriminatrice (salvo il caso in cui opera la presunzione detta) –, se per effetto di tale condotta siano venuti in concreto a mancare, ai beneficiari impossibilitati a procurarseli, i mezzi di sussistenza, questi ultimi nel senso sopra chiarito.

Per la sussistenza del delitto di cui all'art. 570 *bis* c.p., invece, non deve darsi prova dello stato in cui versi il soggetto passivo.

Tutto quanto, in ogni caso, fermo restando la distribuzione dell'onere probatorio anche in ordine alla possibilità (o impossibilità) di adempiere a carico del P.M. prima e dell'imputato poi, ciascuno per le proprie prerogative ed i propri interesse processuali.

---

<sup>19</sup> Cass. pen., Sez. VI, 09.10.2019, n. 49979.

<sup>20</sup> Cass. pen., Sez. VI, 16.06.2022, n. 25562.



# APPLICABILITÀ AGLI ENTI DELLA DISCIPLINA DELLA MESSA ALLA PROVA E POTERI IMPUGNATORI DEL PROCURATORE GENERALE

Cass. pen., Sezioni Unite, ud. 27 ottobre 2022, informazione provvisoria n. 17 del 2022, Presidente Cassano – Relatore Pezzullo

Chiara Fiacchi\*

**Sommario:** **1.** Premessa. – **2.** Il ricorso: applicabilità agli enti della disciplina ex artt. 168 bis e ss. c.p.p. – **3.** L'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite: poteri impugnatori del Procuratore Generale presso la Corte di Appello. – **4.** L'istituto della messa alla prova: cenni. – **5.** La questione di merito: l'(in)applicabilità dell'istituto della messa alla prova agli enti di cui al d.lgs. n. 231 del 2001. – **6.** La decisione delle Sezioni Unite. – **7.** Considerazioni conclusive.

## ABSTRACT

*Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, all'esito dell'udienza pubblica del 27 ottobre 2022, con l'informazione provvisoria annotata, hanno stabilito che il Procuratore Generale presso la Corte di Appello è legittimato, ai sensi dell'art. 464-quater, comma 7, c.p.p., ad impugnare l'ordinanza di ammissione alla prova ritualmente comunicatagli ai sensi dell'art. 128 c.p.p.; in conformità a quanto previsto dall'art. 586 c.p.p., inoltre, in caso di omessa comunicazione dell'ordinanza, il Procuratore Generale è legittimato ad impugnare quest'ultima insieme con la sentenza, al fine di dedurre anche motivi attinenti ai presupposti di ammissione alla prova. L'istituto dell'ammissione alla prova non trova applicazione con riferimento agli enti di cui al d.lgs. n. 231 del 2001.*

*The United Sections of the Court of Cassation, following the public hearing of 27 October 2022, through a provisional information, established that the Attorney General at the Court of Appeal is entitled, pursuant to art. 464-quater, paragraph 7, code of criminal procedure (c.p.p.), to challenge the judicial order admitting the defendant to probation (messa alla prova) ritually communicated to the Attorney General pursuant to art. 128 c.p.p.; moreover, in compliance with art. 586 c.p.p., if the judicial order is not ritually communicated, the Attorney General is entitled to challenge the latter together with the judgment, deducing grounds of appeal pertaining also to the requirements for the admission to probation. Legal persons, referred to in Legislative Decree no. 231 of 2001, are not eligible for probation.*

\* Avvocato del Foro di Roma.

## 1. Premessa.

Con sentenza del 27 ottobre 2022, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno stabilito, in primo luogo, che il Procuratore Generale presso la Corte di Appello è legittimato ad impugnare l'ordinanza ammissiva della messa alla prova ritualmente comunicatagli e, in ipotesi di omessa comunicazione, la sentenza conclusiva del giudizio unitamente all'ordinanza, anche al fine di dedurre motivi attinenti ai presupposti di ammissione della messa alla prova, e, in secondo luogo, che l'istituto della messa alla prova non trova applicazione con riferimento agli enti di cui al d.lgs. n. 231 del 2001.

Con specifico riferimento a quest'ultimo profilo, si deve premettere che quella concernente l'applicabilità all'ente dell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova è stata, specie negli ultimi anni, questione assai dibattuta, che ha interessato tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, soprattutto di merito.

Le pronunce che si sono espresse sull'argomento sono state discordanti: da una parte, alcuni Tribunali hanno ritenuto l'istituto ex art. 168-*bis* c.p. incompatibile con la fisionomia e gli scopi del diritto e del processo penale a carico degli enti, sancendone l'inapplicabilità, dall'altra, in diversi contesti, mediante un'interpretazione estensiva dell'istituto, si è ritenuta configurabile tale possibilità.

Del tema, peraltro, sono stati investiti i giudici del Supremo Collegio, chiamati a decidere il ricorso presentato dal Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Trento contro la sentenza emessa dal Tribunale di Trento che aveva dichiarato il non doversi procedere nei confronti dell'ente, ritenendo l'illecito ascritto alla società estinto per esito positivo della prova.

All'ente era stato contestato l'illecito di cui all'art. 25-*septies*, comma 3, d.lgs. n. 231 del 2001 in relazione al delitto di cui all'art. 590, comma 3, c.p..

Secondo l'impianto accusatorio, il legale rappresentante della società (a sua volta ammesso alla prova e nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di estinzione del reato), violando le disposizioni in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro – e segnatamente l'art. 71, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2008 – si era reso responsabile del delitto di lesioni personali colpose commesse in violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro; l'ente, da questo delitto, aveva tratto vantaggio economico, risparmiando sui costi connessi all'adeguamento del macchinario che la persona offesa stava utilizzando quando si verificò l'infortunio.

La società, dopo essere stata ammessa all'istituto della messa alla prova, aveva provveduto al risarcimento del danno nei confronti della persona offesa, alla revisione del proprio modello organizzativo e allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, consistito nel fornire ad un organismo religioso dei beni di propria produzione.

Con sentenza del 18 dicembre 2019, il Tribunale di Trento, verificato l'esito positivo della prova, dichiarava il non doversi procedere nei confronti dell'ente per l'illecito allo stesso ascritto.

## 2. Il ricorso: applicabilità agli enti della disciplina ex artt. 168 *bis* e ss. c.p.p.

Avverso tale decisione, come premesso, proponeva ricorso per cassazione il Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Trento, deducendo, con i primi due

motivi di gravame, inosservanza ed erronea applicazione della legge penale, in merito alla ritenuta applicabilità agli enti dell'istituto di cui all'art. 168-*bis* c.p. e, con il terzo e il quarto motivo, mancanza e contraddittorietà della motivazione dell'ordinanza con cui era stata disposta l'ammissione alla prova della persona giuridica. Precisava, inoltre, che tale ordinanza non era mai stata comunicata all'ufficio di Procura Generale, che, pertanto, ne aveva avuto notizia solo con la comunicazione della sentenza.

Il difensore della società depositava memoria difensiva, rilevando che i motivi di ricorso avanzati dalla Procura Generale avevano già trovato chiarimento nell'ordinanza di ammissione alla prova e che la possibilità di applicare agli enti l'istituto previsto dall'art. 168-*bis* c.p., in relazione agli illeciti previsti dal d.lgs. n. 231 del 2001, era stata riconosciuta non solo dal Tribunale di Trento ma anche da altri giudici di merito.

Il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione depositava conclusioni scritte e - richiamando precedenti giurisprudenziali che affermavano la legittimazione del Procuratore Generale presso la Corte di Appello ad impugnare l'ordinanza di ammissione alla prova ai sensi dell'art. 464-*quater*, comma 7, c.p.p. - chiedeva l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata e dell'ordinanza con la quale la società era stata ammessa alla prova.

### 3. L'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite: poteri impugnatori del Procuratore Generale presso la Corte di Appello.

La Quarta Sezione della Corte di Cassazione, assegnataria del ricorso, prima ancora di valutare i motivi di impugnazione concernenti l'applicazione o meno dell'istituto della messa alla prova agli enti di cui al d.lgs. n. 231 del 2001, riteneva di dover affrontare un'altra questione, parimenti dibattuta e certamente preliminare rispetto a quella sottoposta nel merito, inerente alla legittimazione del Procuratore Generale a proporre impugnazione avverso l'ordinanza ammissiva dell'imputato all'istituto della messa alla prova ai sensi dell'art. 464 *bis* c.p.p. e avverso la sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 464 *septies* c.p.p.. Ed invero, nell'ipotesi in cui non si fosse ritenuto legittimato il Procuratore Generale all'impugnazione, il Supremo Collegio non avrebbe potuto procedere all'esame nel merito della questione dedotta dal ricorrente.

Rilevando, sul punto, l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale, la Quarta Sezione rimetteva la decisione alle Sezioni Unite.

Più precisamente, la Sezione rimettente chiedeva - in prima battuta - di stabilire se il Procuratore Generale fosse legittimato ad impugnare, con ricorso per cassazione, l'ordinanza che ammetteva l'imputato alla messa alla prova (ex art. 464-*bis* c.p.p.) e, in caso affermativo, per quali motivi e - in seconda battuta - di chiarire se il Procuratore Generale fosse legittimato ad impugnare con ricorso per cassazione la sentenza di estinzione del reato pronunciata ai sensi dell'art. 464-*septies* c.p.p..

Nel caso in esame, difatti, il Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Trento non aveva impugnato l'ordinanza ammissiva della prova ai sensi dell'art. 464 *quater* c.p.p. (perché non gli era mai stata comunicata), bensì aveva proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 464-*septies* c.p.p., assumendo di trovarsi ancora nei termini per impugnare l'ordinanza avendone avuto conoscenza solo dopo aver ricevuto comunicazione della sentenza che aveva dichiarato estinto l'illecito ascritto alla società per esito positivo della prova.

Sulla questione, come accennato, la giurisprudenza di legittimità si è espressa in termini non uniformi e contrapposti.

In particolare, secondo un primo orientamento, fatto proprio dal Procuratore Generale ricorrente, *“il Procuratore Generale presso la Corte di Appello è legittimato ad impugnare l’ordinanza di accoglimento dell’istanza di sospensione del procedimento unitamente alla sentenza con la quale il giudice dichiara l’estinzione del reato per esito positivo della prova, qualora non sia stata effettuata nei suoi confronti la comunicazione dell’avviso di deposito dell’ordinanza di sospensione”*<sup>1</sup>.

A sostegno di tale tesi, viene osservato come, in assenza di una previsione espressa, il carattere incidentale del procedimento di messa alla prova non vale ad escludere il Procuratore Generale dai soggetti legittimati al ricorso.

Per corroborare ancor di più tale interpretazione, viene richiamata la tesi secondo cui il legislatore, nel procedimento cautelare, ha previsto esplicitamente che siano legittimati a ricorrere per cassazione contro le ordinanze cautelari emesse in sede di riesame o di appello solo il pubblico ministero che ha richiesto l’applicazione della misura e il pubblico ministero presso il Tribunale del Riesame, proprio perché in materia di impugnazioni, salva espressa previsione, le disposizioni che menzionano come soggetto legittimato il pubblico ministero fanno riferimento ad entrambe le figure del Procuratore della Repubblica e del Procuratore Generale presso la Corte di Appello.

L’interpretazione in esame, però, per giungere a tale conclusione, prende le mosse dall’assunto secondo cui l’ordinanza ex art. 464-*quater* c.p.p. deve essere portata a conoscenza, mediante lettura in udienza o mediante notifica o comunicazione dell’avviso di deposito, non solo alle parti del procedimento che hanno diritto all’avviso della data dell’udienza, ma anche al Procuratore Generale presso la Corte di Appello, titolare del potere di impugnazione al pari del Procuratore della Repubblica ai sensi dell’art. 570 c.p.p., facendo propri i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite in tema di individuazione del pubblico ministero legittimato all’impugnazione<sup>2</sup>.

Un secondo orientamento, al contrario, afferma che *“il Procuratore Generale presso la Corte di Appello non sarebbe legittimato ad impugnare l’ordinanza di accoglimento dell’istanza di sospensione del procedimento non essendo individuato tra i soggetti - l’imputato, il pubblico ministero e la persona offesa - che possono proporre ricorso per cassazione (...) ai sensi dell’art. 464-*quater*, comma 7, c.p.p.”*<sup>3</sup>.

Nell’ambito di tale ultimo indirizzo, sono maturate due diverse impostazioni: la prima, avallata dalla “sentenza Stomponato”, qui sopra citata, che esclude la legittimazione del Procuratore Generale presso la Corte di Appello ad impugnare l’ordinanza di accoglimento dell’istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova sul presupposto che lo stesso non sia comunque individuato esplicitamente tra

<sup>1</sup> Cass. pen., Sez. I, n. 43293, 27 ottobre 2021, ONGARO, Rv. 282156; Cass. pen., Sez. I, n. 41629, 14 aprile 2019, LORINI, Rv. 277138; Sez. V, n. 7231, 6 novembre 2020, HOELZI, non massimata; Cass. pen., Sez. II, n. 7477, 8 gennaio 2021, SPERINDEO, non massimata.

<sup>2</sup> Cass. pen., Sez. Un., n. 22531, 31 maggio 2005, Campagna, Rv. 231056 e Cass. pen., Sez. Un., n. 310111, 28 maggio 2009, COLANGELO, Rv. 244029, secondo le quali l’espressione “pubblico ministero” è utilizzata dal codice di rito indifferentemente per il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale e per il Procuratore Generale presso la Corte di Appello.

<sup>3</sup> Cass. pen., Sez. VI, n. 18317, 9 aprile 2021, STOMPANATO, Rv. 281272.



i soggetti legittimati ai sensi dell'art. 464-*quater* c.p.p. (tra i quali sono, invero, indicati l'imputato e il pubblico ministero); la seconda, invece, sostenuta dalla "sentenza Betti", che ritiene, in termini espliciti, solo che il pubblico ministero non sia legittimato ad impugnare tale ordinanza ai sensi dell'art. 586 c.p.p., quindi congiuntamente alla sentenza di non luogo a procedere, sottolineando come con l'impugnazione della sentenza debbano ritenersi ormai inibite le doglianze relative all'originaria insussistenza di uno dei presupposti stabiliti dall'art. 168-*bis* c.p.p. per l'accesso al rito speciale<sup>4</sup>.

A sostegno dell'orientamento contrario a ritenere sussistente in capo al Procuratore Generale presso la Corte di Appello la legittimazione ad impugnare l'ordinanza ammissiva della prova, viene evidenziato che il sistema dei rimedi esperibili avverso la predetta ordinanza "è improntato, sul piano dell'economia processuale, alla finalità di ridurre sensibilmente le ipotesi di regressione del procedimento, se non addirittura di eliminarle del tutto e di garantire il massimo favore all'istituto della messa alla prova"<sup>5</sup>.

Proprio dal carattere incidentale del procedimento di messa alla prova vengono desunti argomenti a sostegno dell'interpretazione restrittiva; si ritiene, in particolare, che il Procuratore Generale presso la Corte di Appello non abbia alcuna competenza nella materia in esame, non essendo istituito presso il giudice che ha emanato il provvedimento impugnato (e dal quale deriva la competenza in materia di impugnazione) né presso il giudice avente giurisdizione di merito a livello superiore, dal momento che l'ordinanza di sospensione del procedimento per messa alla prova è impugnabile solo con il ricorso per cassazione.

Così delineati sinteticamente i contrapposti orientamenti, emerge che, nella sostanza, il contrasto insorto all'interno della giurisprudenza di legittimità deve ritenersi unicamente riferito alla possibilità per il Procuratore Generale di impugnare l'ordinanza con la quale l'imputato viene ammesso alla prova, a seguito della sua comunicazione o unitamente alla sentenza.

Di contro, si deve osservare come non vi sia sostanziale contrasto nell'escludere la legittimazione del Procuratore Generale ad impugnare la sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 464-*septies* c.p.p. per violazione di legge o vizi motivazionali che riguardino l'ordinanza *de qua*, nell'ipotesi in cui ne abbia avuto tempestiva comunicazione in sede di ammissione.

La questione, dunque, sembra focalizzarsi sull'interpretazione che deve essere conferita all'espressione "pubblico ministero" contenuta nell'art. 464 *quater*, comma 7, c.p.p., ossia se debba essere intesa in senso restrittivo, con esclusivo riferimento al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale o, come inducono a pensare le pronunce delle Sezioni Unite, sopra richiamate, in senso estensivo.

<sup>4</sup> Cass. pen., Sez. VI, n. 21046, 10 giugno 2020, BETTI, Rv. 279744. Di tenore analogo Cass. Pen., Sez. V, n. 5093, 14 gennaio 2020, CICOLINI, Rv. 278144 e Cass. pen., Sez. V, n. 17951, 1 aprile 2019, Bonifacio, non massimata, nelle quali non si esclude in termini espliciti l'ammissibilità dell'impugnazione dell'ordinanza di ammissione alla prova da parte del Procuratore Generale, ma, a fronte di un ricorso proposto contro la sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato, si sostiene che tale impugnazione non possa essere proposta per vizi afferenti al provvedimento di sospensione del processo di cui all'art. 464-*quater* c.p.p.; vizi che avrebbero dovuto essere fatti valere con l'impugnazione del provvedimento.

<sup>5</sup> Cass. pen., Sez. Un., n. 33216, 31 marzo 2016, RIGACCI, Rv. 267237.

Ravvisato il contrasto giurisprudenziale, la Quarta Sezione Penale della Corte di Cassazione, con ordinanza n. 15493 del 23 marzo 2022, rimetteva alle Sezioni Unite la risoluzione del seguente quesito di diritto: “*se il Procuratore Generale sia legittimato a proporre impugnazione avverso l’ordinanza che ammette l’imputato alla messa alla prova ai sensi dell’art. 464 bis c.p.p. e avverso la sentenza pronunciata ai sensi dell’art. 464 septies c.p.p., e quali siano i vizi deducibili con il ricorso avverso tale sentenza*”.

#### 4. L’istituto della messa alla prova: cenni.

In tale prospettiva, al fine di meglio inquadrare il tema, pare opportuno esaminare sinteticamente i presupposti applicativi dell’istituto della messa alla prova e l’iter procedimentale che lo riguarda.

La sospensione del processo con messa alla prova, introdotta con la l. 28 aprile 2014, n. 67, rappresenta una modalità alternativa di definizione del processo, attivabile sin dalla fase delle indagini preliminari, mediante la quale è possibile pervenire ad una pronuncia di proscioglimento per estinzione del reato, laddove il periodo di prova cui acceda l’indagato/imputato, ammesso dal giudice in presenza di determinati presupposti normativi, si concluda con esito positivo.

Si tratta di un istituto che ha natura consensuale e funzione di riparazione sociale e individuale del torto connesso alla consumazione del reato, la cui *ratio* viene ricondotta alla necessità di decongestionare i procedimenti penali al fine di ottenere, nel lungo termine, anche effetti di decarcerizzazione<sup>6</sup>.

Ai fini dell’ammissione alla prova, il legislatore ha previsto requisiti formali, a tutela della volontarietà della scelta, e presupposti applicativi sia di natura oggettiva che di natura soggettiva, che sottendono valutazioni di compatibilità dei reati o delle tipologie di delinquenza con l’istituto in questione<sup>7</sup>.

Quanto ai requisiti formali, la richiesta deve essere formulata dall’indagato/imputato<sup>8</sup>, oralmente o per iscritto, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, e corredata da un programma di trattamento elaborato dall’Ufficio Esecuzione Penale Esterna competente per territorio, ovvero da un’istanza rivolta al medesimo Ufficio e finalizzata alla sua elaborazione.

Con riferimento ai presupposti applicativi di natura oggettiva, l’istanza può essere attualmente presentata solo in ipotesi di reato punito con la pena pecuniaria o con la pena detentiva fino a quattro anni, ovvero di reato che rientri fra quelli previsti dall’art. 550, comma 2, c.p.p. di competenza del Tribunale in composizione monocratica, per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> FIORENTIN, *Preclusioni e soglie di pena riducono la diffusione*, in *Guida Dir.*, 21, 2014.

<sup>7</sup> LARUSSA, *Messa alla prova*, in *Altalex*, 2017.

<sup>8</sup> Con la recentissima “riforma Cartabia” (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150) è stato inoltre stabilito che la richiesta possa essere avanzata anche dal pubblico ministero nell’avviso di conclusione delle indagini preliminari ovvero in udienza e che, entro il termine di venti giorni, la persona sottoposta ad indagini possa aderire alla proposta.

<sup>9</sup> Con la sentenza della Corte Costituzionale n. 174 depositata il 12 luglio 2022, è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 168 bis, comma 4, c.p. nella parte in cui non prevede che l’imputato possa essere ammesso alla sospensione del procedimento con messa alla prova nell’ipotesi in cui si proceda per reati connessi, ai sensi dell’art. 12, comma 1, lett. b), c.p.p., con altri

I presupposti applicativi soggettivi, invece, ineriscono alla personalità del soggetto.

In particolare, il beneficio non può essere richiesto da chi sia stato dichiarato delinquente o contravventore abituale, professionale o per tendenza, da colui al quale sia stata già concessa e poi revocata, ovvero da colui al quale sia stata concessa con esito negativo.

La richiesta di ammissione alla sospensione del processo con messa alla prova può essere avanzata anche prima dell'esercizio dell'azione penale, durante la fase delle indagini preliminari, a tal fine prevedendosi che lo stesso pubblico ministero, ove ne ricorrano i presupposti, dia avviso all'indagato in ordine alla possibilità di accedere all'istituto in questione.

In tal caso, la richiesta deve essere presentata al Giudice per le Indagini Preliminari, il quale deve trasmetterla al pubblico ministero per il parere.

Dopo l'esercizio dell'azione penale, la richiesta deve essere presentata, nel rito ordinario, entro le conclusioni in sede di udienza preliminare, nel rito direttissimo e nel procedimento con citazione diretta a giudizio, sino all'apertura del dibattimento, nel procedimento per decreto, con l'atto di opposizione e nel giudizio immediato, entro 15 giorni dalla notifica del decreto di giudizio immediato<sup>10</sup>.

Successivamente alla presentazione dell'istanza, corredata dal programma di trattamento o dalla richiesta finalizzata alla sua elaborazione, il giudice procede alla valutazione nel corso della stessa udienza ovvero in un'udienza camerale della quale deve essere dato avviso alle parti e alla persona offesa per garantire il contraddittorio.

Qualora il giudice ritenga che ne ricorrano i presupposti, emette un'ordinanza con la quale ammette l'indagato/imputato alla prova e dispone la sospensione del processo per un periodo che non può essere superiore ad un anno quando si tratta di reati puniti con pena pecuniaria e a due anni quando si tratti di reati puniti con una pena detentiva (periodo che inizia a decorrere dal momento di sottoscrizione del verbale di messa alla prova).

Con l'ordinanza, il giudice stabilisce il termine entro cui le prescrizioni e gli obblighi del programma di trattamento devono essere eseguiti; termine prorogabile una sola volta, su esplicita richiesta dell'indagato/imputato.

Nel caso di sospensione del procedimento, ove la persona offesa e danneggiata dal reato si sia costituita parte civile prima dell'ordinanza ammissiva, non trova applicazione l'art. 75, comma 3, c.p.p. e, conseguentemente, la stessa potrà esercitare l'azione civile nella sede propria, senza incorrere nella sospensione del procedimento civile in attesa della definizione di quello penale<sup>11</sup>.

La messa alla prova consiste, in concreto, nello svolgimento degli impegni indicati nel programma di prova predisposto di concerto con l'Ufficio Esecuzione Penale Esterna competente per territorio, ovvero, del luogo di residenza o domicilio dell'indagato/imputato.

reati per i quali tale beneficio sia già stato concesso.

<sup>10</sup> GALATI, RANDAZZO, *La messa alla prova nel processo penale*, Milano, 2020.

<sup>11</sup> LARUSSA, *Messa alla prova*, in *Altalex*, 2017.

Una volta concluso il periodo di prova, il giudice, verificatone l'esito positivo (e, quindi, verificato l'adempimento alle prescrizioni del programma di trattamento), dichiara con sentenza ex art. 464-septies c.p.p. l'estinzione del reato.

## 5. La questione di merito: l'(in)applicabilità dell'istituto della messa alla prova agli enti di cui al d.lgs. n. 231 del 2001.

La questione di diritto rimessa alle Sezioni Unite implica necessariamente la individuazione e analisi di un diverso e correlato quesito, inerente al merito delle doglianze mosse dal Procuratore Generale con il ricorso per cassazione: la possibilità di applicare l'istituto di cui all'art. 168-bis c.p. agli enti di cui al d.lgs. n. 231 del 2001.

A tale riguardo, si osserva che la disciplina codicistica dell'istituto individua espressamente quale soggetto legittimato a formulare la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova il solo imputato, senza menzionare in maniera espressa anche la persona giuridica incolpata di un illecito amministrativo dipendente da reato.

In tal guisa, gli artt. 62 ss. d.lgs. n. 231 del 2001, nel contemplare ipotesi specifiche di procedimenti speciali applicabili nei confronti degli enti, non menzionano, tra questi, l'istituto della messa alla prova.

D'altro canto, l'art. 34 d.lgs. n. 231 del 2001 prevede l'applicabilità delle norme del codice di procedura penale, se compatibili, al procedimento d'accertamento della responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, mentre il successivo articolo 35, rubricato "*estensione della disciplina relativa all'imputato*", in maniera più specifica stabilisce l'applicabilità all'ente delle "*disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili*".

Alla luce di quanto rappresentato, è stato ritenuto che la messa alla prova potrebbe estendersi anche agli enti in ossequio agli artt. 34 e 35 del d. lgs. 231/01, secondo cui è possibile applicare la normativa processuale penale alle persone giuridiche per quanto non previsto nella Decreto 231. Tuttavia, non pochi dubbi sorgono rispetto alle implicazioni pratiche di suddetta norma. In particolare, per ciò che concerne le condizioni soggettive previste per l'accesso al rito (comma 5 dell'articolo 168-bis c.p.), non è chiaro come la persona giuridica possa rendere una dichiarazione di non trovarsi una delle condizioni previste dagli articoli 102, 103, 104, 105 e 108 c.p., non essendo tali norme sostanziali espressamente applicabili agli enti<sup>12</sup>.

La questione, come anticipato in premessa, risulta esser stata affrontata in seno alla giurisprudenza di merito, non giungendo a conclusioni univoche.

Il Tribunale di Milano, con ordinanza del 27 marzo 2017, si esprimeva in senso negativo, respingendo l'istanza difensiva formulata nell'interesse dell'ente ed escludendo che l'istituto potesse trovare applicazione anche nei confronti delle persone giuridiche.

La decisione del Tribunale evidenziava che l'applicazione all'ente dell'istituto della messa alla prova si risolverebbe in un'applicazione analogica delle disposizioni sopra richiamate di cui occorre verificare l'ammissibilità<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> M. RICCARDI e M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversione dell'ente?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 10, 2017, pag. 62.

<sup>13</sup> A tale fine, il Tribunale ha richiamato la sentenza n. 36272 delle Sezioni Unite del 31 marzo

La pronuncia riconosceva alla messa alla prova una dimensione prettamente ibrida, che racchiude in sé sia profili di diritto processuale che aspetti più chiaramente sostanziali e, proprio in ragione della riconosciuta natura sostanziale, richiamava i corollari del principio di legalità ex art. 25, comma 2, Cost., in materia penalistica, affermando che *“in assenza, de jure condito, di una normativa di raccordo che renda applicabile la disciplina di cui agli artt. 168 bis c.p. alla categoria degli enti, ne deriva che l’istituto in esame, in ossequio al principio di riserva di legge, non risulta applicabile ai casi non espressamente previsti, e quindi alle società imputate ai sensi del d.lgs. 231 del 2001”*.

Infatti, secondo il consolidato insegnamento di legittimità, il principio di legalità è riferito sia alle previsioni contenenti il precetto penale che a quelle recanti la pena.

Ne consegue che, essendo l’istituto della messa alla prova riconducibile al novero delle sanzioni penali, in ragione della sua natura (pure) sostanziale, è preclusa l’applicazione analogica della relativa disciplina, la quale violerebbe anche la riserva di legge, che in materia di pene è unanimemente riconosciuta come assoluta.

Ha opinato in senso diverso il Tribunale di Modena che, con l’ordinanza dell’11 dicembre 2019 e la successiva sentenza del 19 ottobre 2020, aveva ammesso l’ente alla sospensione del procedimento con messa alla prova, ponendo a fondamento il presupposto secondo cui si applicano, nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, le disposizioni relative all’imputato anche quando ivi non regolamentate, con l’unico limite della compatibilità<sup>14</sup>.

Con un’ulteriore pronuncia sul punto, il Tribunale di Bologna, seguendo le tracce del giudice meneghino – ma, differentemente, ritenendo astrattamente possibile una applicazione analogica della messa alla prova all’ente, non riconoscendo ai lavori di pubblica utilità correlati al programma di trattamento natura sanzionatoria – dichiarava comunque inammissibile l’istanza di applicazione dell’istituto in esame a una persona giuridica accusata degli illeciti amministrativi di induzione indebita e di truffa ai danni dello Stato<sup>15</sup>.

Secondo tale orientamento, l’applicazione analogica è comunque impossibile, poiché la lacuna normativa conseguente al mancato coordinamento della disciplina sostanziale della messa alla prova con il d.lgs. n. 231 del 2001, in realtà, è intenzionale,

---

2016, nella parte in cui ha riconosciuto all’istituto della messa alla prova natura giuridica sia processuale, trattandosi di un procedimento speciale, nell’ambito del quale “l’imputato che rinuncia al processo ordinario trova il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo”, sia sostanziale, giacché la prestazione del lavoro di pubblica utilità – costituente uno dei contenuti della messa alla prova – è qualificabile come una sanzione penale non detentiva, “che persegue scopi special preventivi in una fase anticipata, in cui viene “infranta” la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto” (la natura ibrida, sostanziale e processuale, dell’istituto è stata affermata pure dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 240 del 26 novembre 2015).

<sup>14</sup> BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, in BASSI, EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006.

<sup>15</sup> Trib. Bologna, 10 dicembre 2020, con nota di MEAZZA, *Messa alla prova e persone giuridiche: una nuova pronuncia del Tribunale di Bologna*, in *Giur. Pen.*, 2020.

rispecchiando una precisa scelta del legislatore volta ad escludere la persona giuridica dall'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto.

In particolare, il giudice esaltava la finalità “*non soltanto special preventiva, riparativa e conciliativa, ma soprattutto rieducativa*” dell'istituto, inconcepibile in relazione all'ente.

L'inapplicabilità dell'istituto alla persona giuridica, veniva pure sancito, seppure per ragioni differenti, dai giudici della Suprema Corte di Cassazione, ma sulla base della “*natura amministrativa*” che “*non consente l'applicabilità di istituti giuridici specificamente previsti per le sanzioni di natura penale*”<sup>16</sup>.

Alla stessa stregua, il Tribunale di Spoleto, con ordinanza del 21 aprile 2021, riteneva l'istituto non compatibile con la fisionomia e gli scopi di diritto e del processo penale a carico degli enti.

Condividendo, da ultimo, l'orientamento espresso dal Tribunale di Modena, anche il Tribunale di Bari, con ordinanza del 22 giugno 2022, riteneva l'istituto della messa alla prova compatibile con il sistema di responsabilità della persona giuridica, traendo spunto dall'assunto secondo cui l'applicazione della disciplina all'ente non determinerebbe una violazione dei principi di tassatività e di riserva della legge penale, dal momento che il divieto di analogia opera soltanto quando vi siano effetti sfavorevoli per l'imputato.

La messa alla prova per l'ente, invece, si risolverebbe in un ampliamento del ventaglio di procedimenti speciali a sua disposizione, consentendogli una miglior definizione della strategia processuale.

La ritenuta ammissibilità all'istituto per l'ente, dunque, non determinerebbe il venir meno della disciplina di cui all'art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001, atteso che l'ambito di applicazione della norma citata non coincide affatto con quella della messa alla prova<sup>17</sup>.

## 6. La decisione delle Sezioni Unite.

Con l'informazione provvisoria in commento, le Sezioni Unite, all'esito della pubblica udienza del 27 ottobre 2022, hanno risolto la questione inerente alla legittimazione del Procuratore Generale a proporre impugnazione avverso l'ordinanza ammissiva dell'imputato alla messa alla prova in termini affermativi, statuendo, altresì, la non accessibilità dell'ente a tale istituto.

In attesa di conoscere le motivazioni pronuncia, è stato dunque affermato il seguente principio di diritto: “*il Procuratore Generale è legittimato, ai sensi dell'art. 464-quater, comma 7, c.p.p., ad impugnare l'ordinanza di ammissione alla prova (art. 464-bis, c.p.p.) ritualmente comunicatagli ai sensi dell'art. 128 c.p.p.. In conformità a quanto previsto dall'art. 586 c.p.p., in caso di omessa comunicazione dell'ordinanza è legittimato ad impugnare quest'ultima insieme con la sentenza al fine di dedurre*

<sup>16</sup> Cass. pen., Sez. III, 2 novembre 2020, n. 30305.

<sup>17</sup> L'art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001, infatti, stabilisce un trattamento sanzionatorio più mite nell'ipotesi in cui, prima dell'apertura del dibattimento, l'ente ponga in essere delle condotte riparatorie, mentre la messa alla prova ha un oggetto ben più ampio, contemplando pure l'affidamento al servizio sociale per un programma che può comprendere attività di volontariato di rilievo sociale, nonché la prestazione di pubblica utilità.

anche motivi attinenti ai presupposti di ammissione alla prova. L'istituto dell'ammissione alla prova (art. 168-bis c.p.) non trova applicazione con riferimento agli enti di cui al d.lgs n. 231 del 2001".

## 7. Considerazioni conclusive.

In attesa di conoscere il percorso motivazionale seguito dalle Sezioni Unite, può affermarsi che appaiono pienamente condivisibili le conclusioni rassegnate nella pronuncia in commento in punto di legittimazione del Procuratore Generale ad impugnare l'ordinanza di ammissione alla prova che gli sia stata ritualmente comunicata o, in caso di omessa notificazione, unitamente alla sentenza ex art. 464-septies c.p.p., al fine di dedurre anche motivi attinenti ai presupposti di ammissione alla prova.

Come noto, la disciplina processuale dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova è contenuta nel titolo V *bis* del Libro VI del Codice di rito, dedicato ai procedimenti speciali: ai fini che qui interessano, viene in considerazione, in particolare, l'art. 464-*quater*, comma 7, c.p.p., in base al quale imputato e il pubblico ministero, anche su istanza della persona offesa, possono ricorrere per cassazione contro l'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova.

Quanto ai limiti di impugnabilità ad opera della pubblica accusa del provvedimento di sospensione del procedimento per la messa alla prova dell'imputato, la Suprema Corte ha avuto modo di osservare come il ricorso per cassazione avverso il provvedimento ammissivo previsto dall'art. 464-*quater*, comma 7, c.p.p. dovesse considerarsi, per il pubblico ministero, limitato al rilievo delle violazioni di legge, con esclusione, quindi, delle questioni che attengono al merito, quali la quantità e la qualità degli obblighi e delle prescrizioni imposte, nonché i termini della loro esecuzione ovvero la congruità rispetto al fatto commesso e alle finalità rieducative che giustificano il provvedimento stesso<sup>18</sup>.

Orbene, se la legge non distingue e non seleziona per il profilo soggettivo uno specifico ufficio del pubblico ministero, il riferimento al pubblico ministero come titolare del potere di impugnazione non può che implicare la legittimazione anche del Procuratore Generale: vale, invero, la regola generale dell'art. 570, comma 1, c.p.p. ove, in via generale, si stabilisce l'attribuzione concorrente del potere di impugnazione in capo ad entrambi gli uffici del pubblico ministero.

In tale prospettiva, nella nozione di pubblico ministero di cui all'art. 464-*quater*, comma 7, c.p.p., ove si indicano i soggetti legittimati al ricorso per cassazione, rientra a buon diritto il procuratore generale: ciò in quanto, in via preminente, le disposizioni in materia di impugnazioni che menzionano come soggetto legittimato il pubblico ministero intendono, salvo che sia espressamente stabilito in modo diverso, entrambe le figure, del procuratore della Repubblica e del procuratore generale presso la corte di appello. Solo in alcuni casi, e specificamente in materia di impugnazione delle ordinanze cautelari emesse in sede di riesame o di appello, la legittimazione al ricorso per cassazione è espressamente limitata al pubblico ministero che ha richiesto l'applicazione della misura e al pubblico ministero presso il tribunale del riesame.

<sup>18</sup> Cass. pen., Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 33216, RIGACCI, *op. cit.*

Vi sono, poi, le impugnazioni avverso i provvedimenti emessi dal tribunale come giudice dell'esecuzione, per le quali la giurisprudenza concordemente ritiene che il Procuratore Generale presso la Corte di Appello non sia legittimato a proporre ricorso per cassazione, in quanto però in tal caso, secondo l'elaborazione di legittimità, nel concetto di parte usato nell'art. 570, comma 1, c.p.p., non può comprendersi la Procura Generale rimasta estranea al procedimento di esecuzione, riferendosi l'espressione usata ai concreti protagonisti della dialettica processuale del procedimento specifico e non ad altri soggetti rimasti estranei a quella fase processuale<sup>19</sup>.

Fuori da questi settori, il riferimento al pubblico ministero non può che essere inteso nel senso onnicomprensivo e quindi non pare poter dubitarsi che l'ordinanza ammissiva debba essere portata a conoscenza mediante comunicazione dell'avviso di deposito, non solo delle parti del provvedimento ma anche, come espressamente indicato nell'art. 128 c.p.p., di tutti "*coloro cui la legge attribuisce il diritto di impugnazione*".

Né è possibile limitare il potere del Procuratore Generale mediante il richiamo al principio di tassatività delle impugnazioni: non è dubbio che sia la legge a dover indicare gli atti impugnabili, lo strumento con cui possono essere impugnati e i soggetti che sono legittimati: esso implica non solo che un soggetto processuale non possa impugnare se ciò non è previsto, ma anche che non possa essere escluso dall'area dei legittimati se la legge in tal senso non ha espressamente disposto, perché in entrambi i casi risulterebbe violato il principio di legalità processuale di cui è corollario quello di tassatività, anche per il profilo soggettivo.

L'ordinanza ex art. 464-*quater* c.p.p. deve essere dunque portata a conoscenza - mediante lettura in udienza o mediante notifica o comunicazione dell'avviso di deposito - non solo alle parti del procedimento che hanno diritto all'avviso della data dell'udienza, ma anche al Procuratore Generale presso la Corte di Appello, titolare del potere di impugnazione al pari del Procuratore della Repubblica ai sensi dell'art. 570 c.p.p.: ove ciò non avvenga, trova legittimazione l'eventuale impugnazione proposta dal Procuratore Generale nei confronti della sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 464 *septies* c.p.p. per violazione di legge che riguardi l'ordinanza di ammissione dell'imputato alla messa alla prova.

Secondo tale impostazione, anche al Procuratore Generale deve essere consentito di rilevare la violazione di legge, che può certamente attenere sia alle ragioni che consentono la sospensione del procedimento, sia alla legalità delle prescrizioni imposte, e fra queste alla durata dei lavori di pubblica utilità, determinata anche con riferimento alla pena irrogabile per il reato contestato.

Sotto altro profilo, non appare, invece, parimenti condivisibile la soluzione rassegnata dalle Sezioni Unite in merito alla non applicabilità dell'istituto della messa alla prova agli enti di cui al d.lgs. n. 231 del 2001, soprattutto se correlata alle recenti modifiche apportate dalla riforma del sistema penale introdotta con il d.lgs. n. 150 del 10 ottobre 2022 all'istituto di cui all'art. 168-*bis* c.p. e alla *ratio* propria della riforma.

In via generale può osservarsi che, in un'ottica generale di incentivazione dell'accesso al rito e di potenziamento delle finalità deflattive del sistema, la "riforma Carabita" ha previsto che la sospensione del procedimento con messa alla prova possa

<sup>19</sup> Cass. pen., Sez. I, 2 febbraio 1999, n. 943, Rv. 212743.



essere proposta anche dal pubblico ministero a seguito della chiusura delle indagini preliminari, con ciò in via del tutto innovativa assegnando a tale parte processuale un possibile onere in tal senso: da tale punto di vista, la conclusione cui è pervenuta la Suprema Corte si pone in discordanza con la *ratio* della novella.

La possibilità per l'ente di accedere all'istituto della messa alla prova potrebbe di certo favorire una più rapida e favorevole risoluzione del procedimento penale, coerente con gli scopi riparativi in via generale perseguiti dal legislatore, e appare maggiormente coerente sul piano pratico e sistematico, soprattutto in tutte quelle ipotesi in cui tanto la persona fisica imputata quanto la persona giuridica ritenuta responsabile dell'illecito amministrativo di cui al d.lgs. 231 del 2001 richiedono la sospensione del procedimento con messa alla prova. Non vi è chi non veda come, negando la possibilità all'ente di poter accedere all'istituto, si creerebbe il paradosso di dover proseguire il procedimento penale nei soli confronti dell'ente per accertarne la responsabilità in relazione all'illecito amministrativo che deriva dalla commissione di un reato che verrà dichiarato estinto.

Alla stregua di tale ultima considerazione e per superare le resistenze all'accessibilità dell'ente all'istituto in considerazione, anche per rispondere al "vuoto normativo espresso" cui, con ogni probabilità, le Sezioni Unite hanno fatto riferimento al fine di escludere la possibilità dell'ente di beneficiarne, è più che mai auspicabile una riforma della disciplina inerente alla responsabilità dell'ente, che espressamente contempra, tra le ipotesi specifiche di procedimenti speciali applicabili nei suoi confronti, anche l'istituto della messa alla prova, in linea di assoluta coerenza con il favore che il legislatore ha in via generale mostrato per l'istituto della messa alla prova.



## LO SFREGIO PERMANENTE AL VISO DOPO IL C.D. CODICE ROSSO: UNA PRIMA APPLICAZIONE DELL'ART. 583-QUINQUIES C.P.

G.U.P. Parma, sent. n. 786 del 7 dicembre 2021, Giudice Agostini

Rebecca Girani\*

**Sommario:** **1.** Il fatto. – **2.** La fattispecie di sfregio permanente. – **3.** L'art. 583-*quinquies* c.p. è una fattispecie autonoma di reato. – **4.** Il rigetto della questione di legittimità costituzionale dell'art. 583-*quinquies* c.p. – **5.** Alcuni rilievi critici.

### ABSTRACT

*Il contributo dedica alcune riflessioni parzialmente critiche a una delle prime pronunce di merito, in cui ha trovato applicazione l'art. 583-quinquies c.p. L'iter giudiziario si conclude in primo grado con la condanna dell'imputato, al quale si contestava – tra gli altri capi di imputazione – di aver provocato lo sfregio permanente al volto della vittima. Con la sentenza in commento si conferma che l'interpretazione giurisprudenziale della distinzione tra sfregio permanente e deformazione non ha subito modificazioni di rilievo in seguito all'entrata in vigore del c.d. Codice rosso. Inoltre, il G.U.P. del Tribunale di Parma afferma chiaramente che l'art. 583-quinquies c.p. costituisce una nuova figura criminosa autonoma. Infine, le statuizioni inserite dal giudice nella pronuncia, in merito al rigetto della questione di legittimità costituzionale dell'art. 583-quinquies c.p., sollevata dalla Difesa nel corso del giudizio, consentono all'autore del commento di avanzare alcune considerazioni parzialmente diverse rispetto a quelle proposte dal Giudice, con riferimento ai profili dell'aumento sanzionatorio e alla previsione della pena interdittiva perpetua.*

*The paper proposes some partially critical reflections to one of the first decision about art. 583-quinquies Criminal Code. The judicial process ends with the conviction of the accused, who was challenged – among other charges – for having caused the permanent scarring of the victim's face. The sentence confirms the traditional jurisprudential interpretation on the distinction between permanent scarring and deformation, even after the entry into force of the so-called "Codice rosso". Furthermore, the judge clearly states that art. 583 Criminal Code is a new autonomous crime. Finally, the part of the sentence regarding the rejection of the question of constitutional legitimacy of art. 583 Criminal Code (issue raised by the Defense during the trial) allow the author of the comment to propose some considerations that are partially different from those proposed by the judge.*

---

\* Assegnista di ricerca in diritto penale presso l'Università di Bologna.

## 1. Il fatto.

Il 9 maggio 2021 l'imputato incontra la vittima in un parco per venderle dell'*hashish*. Ne nasce una discussione, al termine della quale la vittima tenta di fuggire. Quest'ultima viene inseguita con un monopattino dall'imputato, che impugna un grosso coltello. Una volta raggiunta la vittima, l'imputato la colpisce prima al braccio destro poi alla parte sinistra del corpo, in particolare al braccio, alla spalla, alla coscia e alla caviglia, riportando ferite multiple da taglio guaribili in trenta giorni. Infine, l'imputato sferra un ultimo colpo alla guancia sinistra della vittima, ormai a terra, provocandole una ferita lacerocontusa, che lascerà esiti cicatriziali permanenti. Successivamente, grazie all'intervento di terzi, l'imputato viene spinto ad allontanarsi.

Richiesto e ammesso il giudizio abbreviato, ai sensi dell'art. 438 c.p.p. ss., la Difesa dell'imputato eccepisce l'illegittimità costituzionale dell'art. 583-*quinquies* c.p. Tuttavia, la questione viene rigettata dal G.U.P. del Tribunale di Parma perché manifestamente infondata ai sensi dell'art. 23, l. 11 marzo 1953, n. 87.

All'esito del procedimento, il Giudice, con la sentenza n. 786 del 7 dicembre 2021, condanna l'imputato per il reato di cui agli artt. 582 e 585 c.p.; per il reato di cui agli artt. 583-*quinquies* e 585 c.p. e per la violazione dell'art. 4, della l. n. 110/1975. A ciò si aggiunge la condanna all'interdizione in perpetuo da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno e all'interdizione per cinque anni dai pubblici uffici.

La pronuncia in esame costituisce una delle prime applicazioni della fattispecie di «Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso», che il c.d. Codice rosso ha trasformato da circostanza aggravante a titolo autonomo di reato. In particolare, la sentenza appare interessante perché il Giudice si sofferma sull'analisi di alcune questioni – già discusse in dottrina – sorte con l'introduzione dell'art. 583-*quinquies* c.p.

## 2. La fattispecie di sfregio permanente.

L'art. 583-*quinquies* c.p. punisce con la reclusione da 8 a 14 anni colui che cagiona ad alcuno una lesione personale dalla quale derivano la deformazione o lo sfregio permanente al viso<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, 5° ed., Bologna, 2020, 103 ss.; PADOVANI, *Lo sfregio, da aggravante a delitto*, in CADOPPI, VENEZIANI, ALDROVANDI, PUTINATI (a cura di), *Legalità e diritto penale dell'economia. Studi in onore di Alessio Lanzi*, Roma, 2020, 246 ss.; MANNA, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso tra codice penale, codice rosso e principio di proporzionalità*, in *Arch. pen.*, 3, 2020; LO MONTE, *Il "nuovo" art. 583-quinquies c.p. ("deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso")*: l'ennesimo esempio di simbolismo repressivo, in *Leg. Pen.*, 22 novembre 2019; CASALNUOVO, COLELLA, *Il nuovo reato di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso introdotto dal codice rosso*, in *Riv. Pen.*, 2019, 983 ss.; LASALVIA, *Appunti sulla deformazione o sfregio permanente del viso. Note critiche sulle modifiche introdotte con il Codice rosso*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 3, 2021, 23 ss. Sia concesso anche il riferimento a BOTTO, GIRANI, *Ipotesi speciali di lesioni personali dolose*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale*, II, Torino, 2022, 5097 ss. e GIRANI, *Il fenomeno del vitriolage: da circostanza aggravante a fattispecie*

Mentre il Codice Rocco annoverava tale ipotesi tra le circostanze aggravanti del delitto di lesioni personali, la legge 19 luglio 2019, n. 69, pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. 173 del 25 luglio 2019, recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere»<sup>2</sup>, ha trasformato la deformazione e lo sfregio permanente al viso in un titolo autonomo di reato, con un proprio trattamento sanzionatorio.

Nel caso in esame, alla luce della valutazione del compendio probatorio, il Giudice rileva che l'evento lesivo ha determinato lo sfregio permanente della persona offesa.

Infatti, i segni di sutura sono particolarmente visibili; la guancia sinistra presenta un affossamento ben visibile in corrispondenza della cicatrice; tale traccia è decisamente appariscente in quanto collocata al centro del volto tra la mandibola e l'orbita; il segno è stato cagionato da una lama e non potrà mai scomparire in modo completo.

Ad avviso del Giudice, la ferita è dunque permanente ai sensi dell'art. 583-*quinquies* c.p. Infatti, l'imputato ha provocato alla vittima un «turbamento irreversibile dell'armonia e delle linee del viso, interrotte dalle linee dei punti di sutura che le intersecano in orizzontale in modo innaturale»<sup>3</sup>.

In linea con quanto previsto dalla giurisprudenza, il Giudice conferma che nella valutazione del carattere permanente della ferita appare irrilevante la possibilità di eliminazione o di attenuazione del danno fisionomico attraverso il ricorso a trattamenti di chirurgia estetica. Non rileva, infatti, la possibilità di eliminazione o di attenuazione di tale danno mediante speciali trattamenti di chirurgia facciale<sup>4</sup>.

Nel caso in esame, l'imputato ha provocato «uno sfregio permanente, perché senza determinare la più grave conseguenza della deformazione, la lesione al volto comportò [...] un'apprezzabile alterazione, tale da incidere, sia pure in misura contenuta, sulla funzione estetico-fisiognomica, sull'armonia e sull'euritmia delle linee del viso

*autonoma di reato*, in questa *Rivista*, 3, 2021, 517 ss.

<sup>2</sup> In generale, per un'ampia analisi della legge 19 luglio 2019, n. 69, comunemente denominata dai mezzi di comunicazione e dagli stessi esponenti del mondo politico con l'espressione "Codice rosso", si vedano: MARANDOLA, PAVICH, *Codice rosso. L. n. 69/2019*, Milano, 2019; ROMANO B., MARANDOLA, *Codice rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pisa, 2020; BASILE, *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal Codice Rocco... al codice Rosso*, in *Dir. pen. e uomo*, 20 novembre 2019; DE SANTIS, "Codice Rosso". *Le modifiche al codice penale (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 2020, 1, 1 ss.; MATTIO, "Codice Rosso". *Le modifiche al codice penale (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2020, 2, 141 ss.; RECCHIONE, *Codice Rosso. Come cambia la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere con la legge 69/2019*, in *ilPenalista*, 26 luglio 2019; RUSSO, *Emergenza e "Codice Rosso"*, in *Sistema pen.*, 2020, 1, 5 ss.; VALSECCHI, "Codice rosso" e diritto penale sostanziale, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 2, 163 ss.; GATTA, *Il disegno di legge in tema di violenza domestica e di genere (c.d. Codice Rosso): una sintesi dei contenuti*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2019; ALGERI, *Il Codice rosso in gazzetta: nuovi reati e una corsia preferenziale per la tutela delle vittime*, in *Quotidiano Giuridico*, 26 luglio 2019. Più in generale, sulla violenza di genere, si veda PECORELLA, *Violenza di genere e sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1181 ss.

<sup>3</sup> G.U.P. Parma, sent. n. 786 del 7 dicembre 2021, 6.

<sup>4</sup> In giurisprudenza si vedano Cass., sez. V, 21.4.2010, n. 26155, in CED 247892; Cass., sez. V, 16.1.2012, n. 21998, in CED 252952; Cass., sez. V, 16.6.2014, n. 32984, in CED 261653; più di recente Cass. pen., sez. V, 7 maggio 2021 n. 23692 in CED, Rv. 281319-01. In dottrina, sul punto, si veda PULITANÒ, *Lesioni personali, percosse, rissa*, in Id. (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. Tutela penale della persona*, II, Torino, 2019, 77.

[...], nonché da comportare un effetto sgradevole, anche se non al punto da ingenerare un senso di ripugnanza, secondo un osservatore comune, di gusto normale e di media sensibilità»<sup>5</sup>.

Dunque, il Giudice conferma la giurisprudenza che identifica un gradiente progressivo di lesività della condotta illecita che procede dallo sfregio permanente alla deformazione, distinguendo le due ipotesi<sup>6</sup>.

Infatti, già in epoca precedente all'introduzione del c.d. Codice rosso, con riferimento all'aggravante della deformazione, ovvero dello sfregio permanente del viso, la giurisprudenza aveva affermato che per deformazione si deve intendere un'alterazione anatomica del viso, che ne alteri profondamente la simmetria tanto da causarne uno sfiguramento ridicolizzante e sgradevole. Rientrano nella nozione di deformazione, ad esempio, la mutilazione delle narici o la paresi facciale. Invece, lo sfregio permanente è inteso come un qualsiasi nocumento che non venga a determinare la più grave conseguenza della deformazione, ma che importa un turbamento irreversibile dell'armonia e dell'euritmia delle linee del viso. In particolare, integra lo sfregio permanente qualsiasi segno idoneo ad alterare la fisionomia della persona, ancorché di dimensioni contenute, rispetto ai tratti naturali dei lineamenti, escludendone l'armonia con effetto sgradevole o di ilarità, anche se non di ripugnanza, e compromettendone l'immagine in senso estetico.

L'interpretazione della giurisprudenza non ha subito modificazioni di rilievo in seguito alla trasformazione della fattispecie da circostanza aggravante a titolo autonomo di reato, perché la struttura letterale della norma è rimasta invariata<sup>7</sup>.

### 3. L'art. 583-*quinquies* c.p. è una fattispecie autonoma di reato.

Nel caso di specie, il Giudice afferma chiaramente che l'art. 583-*quinquies* c.p. costituisce una nuova figura criminosa autonoma<sup>8</sup>.

Come anticipato, nella formulazione originaria del Codice penale, la deformazione e lo sfregio permanente del viso erano puniti ai sensi dell'art. 583, co. 2, n. 4 c.p. In passato un orientamento, invero minoritario, identificava, all'interno dell'art. 583 c.p., una pluralità di fattispecie autonome di reato, escludendo qualsiasi rapporto di specie a genere tra l'ipotesi di deformazione e sfregio, da una parte, e la fattispecie di lesioni personali, dall'altra. Secondo l'orientamento maggioritario, invece, l'art. 583 c.p. annoverava una serie di circostanze aggravanti della fattispecie di lesioni personali, avuto riguardo alla rubrica, alla presenza di elementi specializzati rispetto all'ipotesi base delle lesioni personali e al testo dell'art. 582 c.p. che rinvia alle circostanze aggravanti di cui all'art. 583 c.p.<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> G.U.P. Parma, sent. n. 786 del 7 dicembre 2021, 7.

<sup>6</sup> Sulla distinzione tra sfregio permanente e deformazione si vedano Cass. Sez. I, 10.6.1978; Cass., sez. IV, 4.7.2000, n. 12006, in CED, n. 217879; Cass., 16.01.2012, n. 21998, in CED, n. 252912; Cass., Sez., V, 16.6.2014 n. 32984 in CED n. 261653; Cass., 21.09.2020, n. 27564, in CED, n. 279471.

<sup>7</sup> A conferma del costante orientamento della giurisprudenza, si veda Cass., 21.09.2020, n. 27564, cit., spec. p. 3 della pronuncia.

<sup>8</sup> G.U.P. Parma, sent. n. 786 del 7 dicembre 2021, 7.

<sup>9</sup> Sulla distinzione tra i due orientamenti si vedano: PANNAIN, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 1965, 192 ss.; ANTOLOSEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, I, Milano, 2016,

Con l'entrata in vigore del c.d. Codice rosso, il Legislatore ha introdotto una fattispecie autonoma di reato, per quanto attiene alla specifica ipotesi della deformazione e sfregio permanente al viso<sup>10</sup>. Infatti, la circostanza aggravante prima prevista all'art. 583, co. 2, n. 4 c.p.<sup>11</sup> muta, divenendo un'autonoma figura criminosa che punisce con la reclusione da 8 a 14 anni colui che cagiona ad alcuno una lesione personale dalla quale derivano la deformazione o lo sfregio permanente al viso<sup>12</sup>. Il nuovo titolo autonomo delittuoso prevede un proprio trattamento sanzionatorio costituito dall'applicazione di una pena principale, di una pena accessoria perpetua ed eventualmente di circostanze aggravanti (art. 585, co. 1, c.p. e art. 576, co. 1, n. 5 c.p.).

Alla luce dei principi generali del diritto penale, la fattispecie viene sottratta, quindi, al giudizio di bilanciamento, di cui all'art. 69 c.p., con eventuali circostanze attenuanti.

Infatti, la conseguenza di maggiore novità che discende dalla trasformazione della circostanza aggravante in reato autonomo è il fatto che si sottrae la fattispecie in parola al giudizio di bilanciamento delle circostanze. Mentre in passato il regime sanzionatorio previsto per le lesioni aggravate dall'aver cagionato una deformazione o uno sfregio permanente del viso poteva essere contemperato dalla sussistenza di circostanze attenuanti, attualmente risulta inapplicabile l'ipotesi di bilanciamento, determinandosi così un irrigidimento sul piano sanzionatorio<sup>13</sup>.

84 ss.; SALCUNI, sub artt. 582-583. *Lesioni personali dolose e circostanze aggravanti*, in MANNA (a cura di), *Reati contro la persona*, I, Torino, 2007, 116 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, I, Milano, 2016, 140 ss.; GALIANI, *Lesioni personali e percosse*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974, 157 ss.; BAIMA BOLLONE, ZAGREBELSKY, *Percosse e lesioni personali*, Milano, 1975, 129 ss.; BASILE, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, III, Milano, 2015, 1 ss.; MASERA, *Delitti contro l'integrità fisica*, in VIGANÒ, PIERGALLINI (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino, 2015, 112 ss.

<sup>10</sup> La scelta del legislatore di trasformare una circostanza aggravante in fattispecie autonoma non costituisce un *unicum*. Già in passato, il legislatore aveva utilizzato un simile meccanismo trasformando le due aggravanti del furto domiciliare (art. 625, n. 1) e del furto con scippo (art. 625, n. 4) in reati autonomi, con pena pecuniaria triplicata nel minimo, sottraendole così al bilanciamento di cui all'art. 69. Si veda MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, II, Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2018, 90. Il medesimo *modus procedendi* è stato applicato nell'ipotesi del delitto di omicidio stradale che costituiva prima una circostanza aggravante dell'omicidio colposo e che poi è stato trasformato dal Legislatore in un reato autonomo. Sul punto si veda Corte di cassazione - Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Relazione su "Legge 19 Luglio 2019, n.69, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale a altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere"*, 27 ottobre 2019, consultabile all'indirizzo ufficiale [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it): "il Legislatore, con modalità analoga a quella già precedentemente seguita in tema di omicidio stradale, trasforma in autonoma fattispecie di reato il fatto di lesione causativo della deformazione o dello sfregio permanente al viso [...]".

<sup>11</sup> Norma ad oggi abrogata, contestualmente, dal comma 3 dell'art. 12 della legge 19 luglio 2019 n. 69. Per un'analisi dettagliata della circostanza aggravante in parola si veda BASILE, sub art. 583, in DOLCINI, GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015.

<sup>12</sup> Sulla natura di reato autonomo, confermato dalla contestuale abrogazione della corrispondente ipotesi aggravata di lesioni personali gravissime, si vedano in dottrina FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., 104; PADOVANI, *Lo sfregio, da aggravante a delitto*, cit., 248.

<sup>13</sup> Un'altra conseguenza derivante dal passaggio da circostanza aggravante (contestualmente abrogata) a titolo autonomo di reato - che tuttavia non rileva ai fini della presente nota a senten-

Dunque, nel caso di specie, il reato in questione concorre con quello di lesioni in quanto le ulteriori ferite arrecate alla persona offesa riguardano distretti corporei diversi dal volto, ossia zone prive del peculiare disvalore tipico della fattispecie di cui all'art. 583-*quinquies* c.p.

Tra l'altro, nel caso concreto viene riconosciuta anche la sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 585 c.p. per entrambi i reati di cui agli artt. 583-*quinquies* e 582 c.p., in quanto i delitti furono commessi con uno strumento atto a offendere. Tuttavia, nel caso di specie, il Giudice ha riconosciuto le attenuanti generiche e le ha ritenute prevalenti sulle aggravanti<sup>14</sup>.

#### 4. Il rigetto della questione di legittimità costituzionale dell'art. 583-*quinquies* c.p.

Nella sentenza il Giudice afferma che durante il procedimento è stata proposta dalla Difesa la questione di legittimità costituzionale dell'art. 583-*quinquies* c.p., per violazione degli art. 3 e 27, co. 3, Cost., sotto i profili dell'aumento sanzionatorio introdotto dal c.d. Codice rosso, della previsione dell'interdizione perpetua come pena accessoria e dell'inserimento della fattispecie nel novero dei reati menzionati dal comma 1 *quinquies* dell'art. 4 *bis* della legge n. 354/1975. Tuttavia, il Giudice rigetta la questione perché manifestamente infondata ex art. 23, l. 11 marzo 1953, n. 87.

Con riferimento alla prima questione, in linea con quanto previsto dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza n. 236/2016 e confermato dalla sentenza n. 40/2019, la Difesa invoca la violazione dell'art. 3 Cost. Il Giudice, dopo aver esplicitamente dimostrato di avere contezza delle voci critiche sollevate in dottrina dall'art. 583-*quinquies* c.p.<sup>15</sup>, a cui probabilmente la Difesa si è ispirata nell'eccepire l'illegittimità costituzionale della fattispecie in parola, afferma che la sanzione prevista dall'art. 583-*quinquies* c.p. non appare viziata da irragionevolezza intrinseca per mancanza di proporzionalità rispetto alle condotte ad esso riconducibili.

Infatti, ad avviso del Giudice, il Legislatore del Codice rosso, nell'ambito della sua discrezionalità, ha non solo mutato la fattispecie aggravata nel reato autonomo di cui all'art. 583-*quinquies* c.p., ma anche ne ha incrementato i limiti edittali al fine di punire

za - è che dopo l'entrata in vigore del "Codice rosso" non si può applicare l'art. 583-*quinquies* c.p. nel caso in cui la deformazione o lo sfregio permanente al viso mediante lesioni siano state provocate da una condotta colposa. Prima della riforma, la circostanza aggravante della deformazione o dello sfregio permanente del viso poteva essere addebitata all'autore solo se in linea con il principio di colpevolezza e, quindi, soltanto se era dall'agente conosciuta ovvero ignorata per colpa o ritenuta inesistente per errore determinato da colpa, secondo quanto previsto dall'art. 59, co. 2, c.p. Invece, dopo l'entrata in vigore del "Codice rosso", che ha contestualmente abrogato l'art. 583, co. 2, n. 4, l'art. 583-*quinquies* costituisce una fattispecie autonoma, perciò il fatto potrà essere ascritto all'agente secondo i normali criteri dell'ascrizione della responsabilità penale (art. 42, co. 2, c.p.), vale a dire a titolo di dolo, non essendovi alcun riferimento esplicito alla colpa. Sul punto, si veda MANNA, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso tra codice penale, codice rosso e principio di proporzione*, in *Arch. pen.*, 3, 2020, 6; PADOVANI, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, in *Guida dir.*, n. 37, 7 settembre 2019, 55.

<sup>14</sup> G.U.P. Parma, sent. n. 786 del 7 dicembre 2021, 8.

<sup>15</sup> Il riferimento sembra essere a MANNA, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso tra codice penale, codice rosso e principio di proporzione*, cit., 1 ss.



in modo più severo una condotta di particolare disvalore come quella lesiva dell'estetica del volto della vittima. Infatti, tale condotta non lederebbe solo la sua integrità fisica ma andrebbe oltre, aggredendo la sua individuale personalità e la sua dignità come persona. La condotta lesiva, dunque, inciderebbe sull'immagine della vittima, che rappresenta un veicolo essenziale nei rapporti interpersonali<sup>16</sup>.

Con riferimento alla seconda questione, ad avviso del Giudice, il Legislatore del 2019 – sempre nella propria discrezionalità legislativa – ha introdotto l'art. 583-*quinquies*, co. 2, c.p. che prevede l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio connesso alla tutela dei soggetti deboli. A tal proposito, il G.U.P. del Tribunale di Parma afferma che tale pena accessoria è a tutela dei soggetti deboli, che potrebbero essere influenzati negativamente da tali rei. Infatti, la tutela, la curatela e l'amministrazione di sostegno sarebbero uffici di notevole delicatezza, che possono essere conferiti solo a individui di comprovata serietà morale. Inoltre, il carattere perpetuo della pena non apparirebbe incompatibile di per sé con l'art. 27 Cost., in quanto la perpetuità consentirebbe di isolare a tempo indeterminato i criminali che abbiano dimostrato una particolare pericolosità ed efferatezza, al pari di quanto avverrebbe per l'art. 609-*nonies*, n. 2, c.p. e in tutte le ipotesi di cui al combinato disposto degli artt. 28, n. 3, e 29 c.p.<sup>17</sup>.

Infine, con riferimento all'art. 4-*bis*, co. 1-*quinquies*, della l. n. 354/1975, il Giudice ritiene che tale normativa non sia suscettibile di trovare applicazione nel giudizio di merito<sup>18</sup>. Se è vero che in dottrina si è paventata l'illegittimità costituzionale dell'art. 583-*quinquies* c.p. per violazione degli artt. 3 e 27, co. 3, Cost, sotto il profilo dell'inserimento della fattispecie al comma 1-*quinquies* dell'art. 4-*bis* della l. 26 luglio 1975, n. 354<sup>19</sup>, tuttavia, non si può negare che nel caso di specie tale disposizione non avrebbe comunque trovato applicazione nel giudizio di merito, ma solo eventualmente nella fase di esecuzione della pena<sup>20</sup>. Dunque, il Giudice ha condivisibilmente rigettato la questione.

## 5. Alcuni rilievi critici.

Con riferimento all'aumento sanzionatorio, sin dall'entrata in vigore dell'art. 583-*quinquies* c.p., in dottrina sono stati sollevati dubbi sulla legittimità costituzionale della disposizione per violazione dell'art. 3 Cost., così come individuato dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 236/2016 e 40/2019<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> G.U.P. Parma, sent. n. 786 del 7 dicembre 2021, 2.

<sup>17</sup> G.U.P. Parma, sent. n. 786 del 7 dicembre 2021, 2.

<sup>18</sup> G.U.P. Parma, sent. n. 786 del 7 dicembre 2021, 3.

<sup>19</sup> MANNA, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso tra codice penale, codice rosso e principio di proporzionalità*, cit., 10.

<sup>20</sup> Il co. 1-*quinquies*, dell'art. 4-*bis*, della l. 26 luglio 1975, n. 354 recita: «Salvo quanto previsto dal comma 1, ai fini della concessione dei benefici ai detenuti e internati per i delitti di cui agli articoli 583-*quinquies*, 600-*bis*, 600-*ter*, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609-*undecies* del codice penale, nonché agli articoli 609-*bis* e 609-*octies* del medesimo codice, se commessi in danno di persona minorenni, il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza valuta la positiva partecipazione al programma di riabilitazione specifica di cui all'articolo 13-*bis* della presente legge».

<sup>21</sup> Critico sul punto MANNA, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso tra codice penale*,

Sul punto, con la sentenza n. 236/2016<sup>22</sup>, in tema di alterazione di stato, di cui all'art. 567, co. 2, c.p., la Corte costituzionale ha abbandonato il tradizionale requisito del *tertium comparationis*, che fino a un recente passato condizionava l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale inerenti all'art. 3 Cost. Sul tema del principio di proporzionalità sanzionatoria si è pronunciata in termini non dissimili la stessa Corte costituzionale nella più recente sentenza n. 40/2019<sup>23</sup>, in materia di traffico di sostanze stupefacenti.

Da ciò si evince che, nel caso di specie, non è condivisibile la posizione del Pubblico Ministero che aveva chiesto che la questione venisse dichiarata inammissibile o manifestamente infondata evidenziando che il parametro dell'uguaglianza sotteso all'art. 3 della Costituzione avrebbe richiesto un *tertium comparationis* non rinvenibile né indicato dal difensore<sup>24</sup>.

Ad ogni modo, nonostante i dubbi espressi dalla Difesa, che richiama in sostanza i temi già espressi in dottrina<sup>25</sup>, il Giudice conferma che il severo trattamento sanzionatorio riservato alle ipotesi di deformazione e sfregio permanente al viso sarebbe la conseguenza del maggior disvalore dell'evento e della notevole gravità delle conseguenze subite dalla vittima.

Se da un lato, la scelta dell'aumento sanzionatorio costituirebbe una decisione frutto dell'esercizio discrezionale del potere legislativo<sup>26</sup>, dall'altro, il Giudice pare non prendere sufficientemente in considerazione il fatto che la scelta di cosa e come punire spetta sì al Legislatore, ma quest'ultimo incontra un limite nella Costituzione, in particolare nei principi di ragionevolezza e di proporzione, così come interpretati dalle richiamate sentenze della Corte costituzionale<sup>27</sup>.

---

codice rosso e principio di proporzione, cit., 11 ss.

<sup>22</sup> Corte cost., sent. n. 236 del 2016 con nota di VIGANÒ, *Una importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>23</sup> Corte cost., sent. n. 40 del 2019, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sul punto si veda, in dottrina DODARO, *Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 10, 1403 ss.; nonché BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019, 2, 139 ss.

<sup>24</sup> G.U.P. Parma, sent. n. 786 del 7 dicembre 2021, 1.

<sup>25</sup> MANNA, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso tra codice penale, codice rosso e principio di proporzione*, cit., 1 ss.

<sup>26</sup> Ad avviso di chi scrive, il Legislatore del "Codice rosso" nell'esercizio del suo potere discrezionale sarebbe stato animato da una sorta di "populismo penale". Sulla funzione simbolico-espressiva svolta dall'aumento della pena, si vedano MANNA, *La deformazione o lo sfregio permanente al viso tra codice penale, codice rosso e principio di proporzione*, cit., p. 4; BONINI S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018, GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2018, 1488 ss.; PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *ibid.*, 447 ss.; CAIAZZA, *Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 589 ss.; PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *ibid.*, 5 ss.; PELISSERO, *Politica consenso sociale e dottrina: un dialogo difficile sulle riforme attuate e mancate del sistema sanzionatorio*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, 1 ss.; PULITANÒ, *Idee per un manifesto sulle politiche del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2019, 361 ss.

<sup>27</sup> In generale, sul tema della proporzionalità della pena, intesa quale criterio limitativo della discrezionalità legislativa nella determinazione dell'entità delle sanzioni, si veda VIGANÒ, *La propor-*

Con riferimento alla pena accessoria, sembrano potersi avanzare considerazioni parzialmente diverse rispetto a quelle proposte dal G.U.P. del Tribunale di Parma.

Se da un lato, è condivisibile affermare che la pena accessoria dell'interdizione perpetua del condannato da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e alla amministrazione di sostegno assolve il fine di allontanare il condannato dal bene giuridico che ha leso, dall'altro, può apparire non conforme alla Costituzione il carattere perpetuo della pena prevista.

Sembrirebbe emergere, a parere di chi scrive, un contrasto con il principio di proporzionalità e di rieducazione del reo, alla luce della dottrina penale sul punto<sup>28</sup> e, soprattutto, della posizione – in via di consolidamento – della Corte costituzionale sul tema<sup>29</sup>.

Ciò è confermato anche nella Relazione sulla “Legge 19 Luglio 2019, n. 69, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere”, pubblicata dalla Corte di cassazione – Ufficio del Massimario e del Ruolo, il 27 ottobre 2019, in cui si afferma che «in tale ottica», cioè di maggior rigore sanzionatorio, «deve altresì leggersi la disposizione in tema di pena accessoria, non senza rilevare che di recente la Corte costituzionale, con la sentenza n. 222 del 2018, ha formulato rilievi fortemente critici nei confronti delle pene accessorie perpetue».

La pena fissa – e *a fortiori* quella perpetua – stride con il principio di ragionevolezza (art. 3, co. 1, Cost.) rispetto al fatto commesso perché essa parifica irrazionalmente tutti i fatti di reato e tutti i soggetti che li hanno commessi, non consentendo di distinguere situazioni diverse. Dal *vulnus* appena menzionato deriva la conseguente violazione dell'art. 27, co. 3, Cost. in quanto l'impossibilità di commisurare la pena in base al disvalore del fatto commesso non consente di individualizzare la pena per ciascun reo. Dunque, ciò stride, in conclusione, anche con la finalità rieducativa della pena, in quanto quest'ultima non si pone come base per un percorso rieducativo del condannato. A tal proposito, il sindacato sulla pena fissa non necessita di una valutazione sistematica, ma mira a rendere manifesta l'irragionevolezza intrinseca della norma, proprio con riferimento alla fissità e (*a fortiori*) della perpetuità della pena<sup>30</sup>.

La stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 50/1980 aveva già affermato che le pene fisse sono indiziate di essere in contrasto con i principi costituzionali sulla

*zionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021. Si veda anche RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 127 ss.

<sup>28</sup> PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: vecchi e nuovi argomenti*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1981, 725 ss.; MANNA, *Sulla illegittimità delle pene accessorie fisse. L'art. 2641 del codice civile*, in *Giur. Cost.*, 1980, 910 ss.

<sup>29</sup> Corte cost., sent. n. 222 del 2018.

<sup>30</sup> LASALVIA, *Appunti sulla deformazione o sfregio permanente del viso. Note critiche sulle modifiche introdotte con il Codice rosso*, cit., 31. In generale, sul tema si vedano MANES, *Proporzionalità senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2110 ss.; MANES, NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, Itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 372 ss.; PULITANO, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2, 2017, 56 ss.; BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità?* in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2, 2019, 145 ss.

pena, salvo che sia accertata nel caso concreto la proporzione della pena fissa in relazione a tutte le ipotesi fattuali riconducibili alla norma incriminatrice<sup>31</sup>.

Più di recente, la Corte costituzionale con la sentenza n. 222/2018<sup>32</sup>, con riferimento alla pena accessoria della durata fissa di dieci anni prevista per la bancarotta fraudolenta, ha affermato che, siccome il delitto di bancarotta fraudolenta incrimina condotte di diverso disvalore sociale e punite con pene principali diverse, la pena accessoria fissa in egual misura per tutte le ipotesi si pone in contrasto con il principio di proporzione e con quello di rieducazione della pena<sup>33</sup>.

Allo stesso modo, da un lato, il delitto di cui all'art. 583-*quinquies* c.p. consente di punire condotte dotate di un diverso disvalore sociale (la deformazione e lo sfregio), dall'altro, la norma prevede una pena accessoria perpetua per tutte quelle ipotesi riconducibili al delitto in esame.

Ciò pare potersi porre in contrasto con i principi costituzionali sopra esposti, in quanto si finisce per sottoporre alla stessa pena fatti dalla portata offensiva evidentemente diversa.

Con riferimento all'ultima questione, ossia al comma 1-*quinquies*, art. 4-*bis*, l. n. 354/1975, appare condivisibile la decisione del Giudice, posto che la predetta dispo-

---

<sup>31</sup> Corte cost., sent. n. 50 del 1980: «sussiste di regola l'esigenza di una articolazione legale del sistema sanzionatorio, che renda possibile tale adeguamento individualizzato, "proporzionale", delle pene inflitte con le sentenze di condanna. Di tale esigenza, appropriati ambiti e criteri per la discrezionalità del giudice costituiscono lo strumento normale. In linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono pertanto in armonia con il "volto costituzionale" del sistema penale ed il dubbio d'illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente "proporzionata" rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato».

<sup>32</sup> Corte cost., sent. n. 222 del 2018. In dottrina, si veda MANNA, *Corsi di diritto penale, Parte generale*, 5° ed., Milano, 2020, 608; M. ROMANO, *Forme di automatismo nell'applicazione delle sanzioni interdittive*, in *Arch. pen.*, 1, 2020, 1 ss.

<sup>33</sup> Corte cost., sent. n. 222 del 2018: «Ma anche all'interno delle singole figure di reato previste in astratto da ciascun comma, nonché di quelle previste dall'art. 223, secondo comma, della legge fallimentare, la gravità dei fatti concreti ad esse riconducibili può essere marcatamente differente, in relazione se non altro alla gravità del pericolo di frustrazione delle ragioni creditorie (in termini sia di probabilità di verifica del danno, sia di entità del danno medesimo, anche in termini di numero delle persone offese) creato con la condotta costitutiva del reato. La durata delle pene accessorie temporanee comminate dall'art. 216, ultimo comma, della legge fallimentare resta invece indefettibilmente determinata in dieci anni, quale che sia la qualificazione astratta del reato ascritto all'imputato (ai sensi del primo, del secondo o del terzo comma dello stesso art. 216), e quale che sia la gravità concreta delle condotte costitutive di tale reato; e resta, altresì, insensibile all'eventuale sussistenza delle circostanze aggravanti o attenuanti previste dall'art. 219 della medesima legge, le quali pure determinano variazioni significative della pena edittale, potendo determinare un abbassamento del minimo sino a due anni (ulteriormente riducibili in caso di scelta di riti alternativi da parte dell'imputato), ovvero un innalzamento del massimo sino a quindici anni di reclusione. Una simile rigidità applicativa non può che generare la possibilità di risposte sanzionatorie manifestamente sproporzionate per eccesso - e dunque in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost. - rispetto ai fatti di bancarotta fraudolenta meno gravi; e appare comunque distonica rispetto al menzionato principio dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio».

sizione non avrebbe trovato applicazione nel giudizio, ma solo nella fase di eventuale esecuzione della pena.

In conclusione, il G.U.P. del Tribunale di Parma ha ritenuto le questioni come manifestamente infondate ex art. 23, l. n. 87/1953, motivando dettagliatamente la sua scelta. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, nel procedimento che ha dato origine alla sentenza in commento, sembrerebbe intravedersi la presenza di elementi che avrebbero potuto portare il Giudice a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 583-*quinquies* c.p. con riferimento all'aumento sanzionatorio o, quantomeno, alla previsione della pena interdittiva perpetua.



# SUL RAPPORTO TRA BANCAROTTA FRAUDOLENTA DOCUMENTALE E FALSO IN BILANCIO

Francesco Martin\*

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. Sulla bancarotta fraudolenta documentale. – 3. Sul falso in bilancio. – 4. Il rapporto tra le due fattispecie. – 5. Brevi note conclusive.

## ABSTRACT

*Recentemente la Commissione Brichetti, organo incaricato di porre in essere la riforma dei reati fallimentari, ha ultimato i suoi lavori mediante la redazione di una relazione.*

*In tal senso molte sono le modifiche di una disciplina che vede la sua nascita in epoca fascista ed il cui impianto è rimasto immutato per molti anni.*

*Su questo sfondo verrà analizzata una pronuncia della Corte di cassazione in tema di bancarotta fraudolenta documentale e falso in bilancio.*

*Recently the Brichetti Commission, charged with implementing the reform of bankruptcy crimes, completed its work by drafting a report.*

*In this sense, there are many changes to a discipline that sees its birth in the Fascist era and whose structure has remained unchanged for many years.*

*Against this background, a decision by the Court of Cassation will be analyzed on the subject of documentary fraudulent bankruptcy and false accounting.*

---

\* Borsista di ricerca presso l'Università degli studi di Udine.

## 1. Premessa.

Il legislatore dell'epoca fascista, autore anche del codice Rocco, si è preoccupato di prevedere i c.d. reati fallimentari che rappresentavano, nella concezione dello Stato accentratore e totalitario, dei delitti di particolare gravità, in quanto andavano a ledere la pubblica economia.

Se quindi per lungo tempo la disciplina in vigore risaliva al 1942, in tempi molto recenti vi è stata una riscrittura del quadro normativo ad opera della Commissione Bricchetti.

In particolare, l'attenzione si è concentrata sui reati di bancarotta fraudolenta, mantenendo invariato il trattamento sanzionatorio, nonché sulle condotte riparatorie e le esimenti.

Sussiste inoltre una speciale causa di non punibilità per irrilevanza penale del fatto in relazione a condotte di modestissima incidenza sul ceto creditorio che non meritano l'esercizio dell'azione penale; tale causa di non punibilità è strutturata sulla falsariga dell'art. 131-*bis* c.p., ma completata da altri requisiti connessi alla non abitualità e alla valutazione dei parametri di cui all'art. 133 c.p.: una non punibilità dunque non esclusivamente dovuta a considerazioni di esiguità oggettivo patrimoniale.

In questo scenario, che si potrebbe definire in divenire, la Corte di cassazione<sup>1</sup> si è pronunciata con una recente sentenza circa i rapporti tra il delitto di bancarotta fraudolenta documentale e quello di falso in bilancio.

## 2. Sulla bancarotta fraudolenta documentale.

Al fine di una migliore disamina della questione pare opportuno soffermarsi sui tratti essenziali del delitto di bancarotta, con particolare riferimento a quella fraudolenta documentale.

La bancarotta ha origini storiche profondamente radicate nel contesto imprenditoriale e sociale che caratterizzava già l'epoca medievale; in tale contesto storico al banchiere divenuto insolvente veniva spezzato il tavolo e la panca, da cui l'odierno termine.

I reati di bancarotta erano originariamente contemplati all'interno della Legge Fallimentare, il R.D. 16 marzo 1942, n. 267, in seguito riscritta dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, anche se la novella non toccava le disposizioni penali di cui al Titolo VI, dedicato, per l'appunto, anche ai reati di bancarotta. La principale distinzione all'interno della bancarotta era tra bancarotta semplice (artt. 217 e 224, L. Fall.) e bancarotta fraudolenta (artt. 216 e 223, L. Fall.), relativa ad una differente intensità della gravità oggettiva e soggettiva.

La disciplina dei reati di bancarotta è stata rimodellata a seguito della pubblicazione del D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, recante il "*Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155*", avente l'obiettivo di riformare in modo organico la disciplina delle procedure concorsuali, con le principali finalità di consentire una diagnosi precoce dello stato di difficoltà delle imprese e sal-

---

<sup>1</sup> Cass. pen., Sez. V, 30.09.2022, n. 37077.



vaguardare la capacità imprenditoriale di coloro che vanno incontro a un fallimento di impresa dovuto a particolari contingenze.

Per effetto di tale intervento normativo, la disciplina della bancarotta e degli altri reati fallimentari viene ricondotta all'interno del Titolo IX del nuovo Codice, dedicato alle "Disposizioni penali" (artt. 322-347), senza che questo comporti alcuna abrogazione della normativa contenuta all'interno della legge fallimentare, così come delle disposizioni penali sulla bancarotta<sup>2</sup>.

Come noto il legislatore ha previsto due macro-ipotesi di bancarotta: quella semplice e quella fraudolenta punita in maniera più grave. Elemento comune ad entrambe è la sentenza di fallimento da cui decorre il termine di prescrizione e che assume la connotazione di causa obiettiva di punibilità. Per quanto attiene la presente analisi, ci si soffermerà solamente sulla bancarotta fraudolenta con particolare riferimento a quella documentale, con un breve digressione su quella per distrazione a titolo di confronto.

La bancarotta distrattiva si configura quando l'imprenditore o l'amministratore della società sottrae, distrae, nasconde o distrugge beni e risorse finanziarie dal proprio patrimonio o da quello collettivo per arricchire sé stesso, privando nel contempo i creditori di qualsiasi forma di garanzia patrimoniale su cui soddisfarsi<sup>3</sup>.

L'oggetto materiale del reato è costituito dai beni dell'imprenditore soggetto a dichiarazione giudiziale o il patrimonio, inteso come il complesso dei rapporti giuridici economicamente valutabili facenti capo all'imprenditore medesimo<sup>4</sup>.

Le modalità in cui può esplicarsi la condotta consistono nella dissimulazione, distruzione dissipazione o occultamento dei beni facenti capo all'impresa.

Per quanto attiene l'elemento soggettivo questo consiste nel dolo specifico anche se, secondo un certo orientamento giurisprudenziale, il dolo specifico sarebbe configurabile solo nell'ipotesi di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti, mentre nei casi di occultamento, distrazione, sarebbe sufficiente il dolo generico<sup>5</sup>.

L'art. 216 L.F., comma 1, n. 2, punisce con la stessa pena prevista per la bancarotta fraudolenta patrimoniale (da tre a dieci anni di reclusione) la condotta di chi: "ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari".

L'apparente unitarietà della formulazione del reato cela due distinte fattispecie<sup>6</sup>, anche se e ben vedere risultano accomunate unicamente dall'oggetto del reato, per entrambe consistenti dai libri e dalle scritture contabili, ancorché non obbligatorie,

---

<sup>2</sup> MARTIN, *Bancarotta fraudolenta per distrazione e peculato: concorso o assorbimento?*, in *Riv. Pen.*, n. 9, 2021.

<sup>3</sup> DE MARTINO - D'AVIRRO, *La bancarotta fraudolenta*, Milano, 2018.

<sup>4</sup> CASAROLI, *Qualche riflessione sull'oggetto materiale del delitto di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, 403.

<sup>5</sup> SOANA, *I reati fallimentari*, Milano, 2020.

<sup>6</sup> AMATI - MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2021, 226; CRISTOFORI, *La bancarotta fraudolenta documentale*, in CADOPPI - CANESTRARI - MANNA - PAPA (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2019, 2175.

purché utili alla ricostruzione dell'andamento aziendale, mentre differiscono sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo.

A differenza della bancarotta documentale semplice, il cui oggetto può essere costituito solo e soltanto dai libri e dalle scritture obbligatorie in relazione all'impresa oggetto di fallimento, nelle fattispecie fraudolente rilevano anche le condotte commesse su libri e contabilità meramente facoltative, purché idonee a ricostruire attività e passività aziendali.

La prima, c.d. specifica, enuclea una serie di condotte materiali (sottrazione, distruzione, falsificazione, anche solo parziali) aventi ad oggetto contabilità e libri aziendali, accomunate dal dolo specifico consistente nel procurare a sé o ad altro ingiusto profitto o recare pregiudizio ai creditori.

Trattasi, dunque, di reato di mera condotta e a dolo specifico<sup>7</sup>.

Sul versante soggettivo, le condotte fraudolente devono essere orientate a recare pregiudizio ai creditori o a conseguire ingiusto profitto.

Apparentemente, tali finalità sono alternative; tuttavia, parte della dottrina<sup>8</sup> le interpreta sostanzialmente come una sorta di endiadi, essendo difficile ipotizzare la volontà di danneggiare i creditori senza, 335 al contempo, voler conseguire un ingiusto profitto; tale rilievo implica che tali obiettivi debbano essere perseguiti cumulativamente.

La bancarotta fraudolenta documentale c.d. generica, reato d'evento a dolo generico, costituisce invece la forma alternativa rispetto a quella sorretta dal dolo specifico, e consiste nel tenere i libri e le scritture contabili in guisa da rendere – relativamente – impossibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari<sup>9</sup>.

La norma, più che alternativa, ha portata residuale e generale rispetto alla specifica, nel senso che mira a sanzionare tutte quelle condotte – in qualunque modo esse si concretino – il cui risultato sia quello di ostacolare concretamente l'operato della curatela fallimentare a prescindere dai fini concretamente perseguiti dal fallito.

Si tratta di un reato proprio che può essere commesso solamente dai soggetti che rivestono la specifica qualifica prevista dal legislatore.

Per il reato di bancarotta sono previste delle specifiche circostanze aggravanti che sono ora previste all'interno dell'art. 326 del nuovo codice della crisi di impresa. Una prima circostanza aggravante, disciplinata dal primo comma della norma, consiste nel caso in cui i fatti previsti negli artt. 322, 323 e 325 del medesimo codice abbiano cagionato un danno patrimoniale di rilevante gravità<sup>10</sup>.

L'entità del danno va valutata in relazione al pregiudizio arrecato alla massa dei creditori, non dalla liquidazione giudiziale, bensì dalla bancarotta; ovviamente, nel caso di più fatti di bancarotta, occorre far riferimento al danno arrecato nel complesso.

Un'ulteriore circostanza aggravante si configura se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno dei summenzionati articoli; deve trattarsi di una molteplicità di azioni criminose, indifferentemente relative alla medesima ipotesi di

---

<sup>7</sup> MAGNELLI, *Bancarotta documentale specifica, generica o semplice? La Cassazione alla ricerca degli "indici di fraudolenza" perduti in caso di omessa tenuta della contabilità*, in *Giur. pen.*, n. 10, 2021.

<sup>8</sup> AMATI - MAZZACUVA, *op. cit.*

<sup>9</sup> GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 2006, 101.

<sup>10</sup> PERINI - DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001.

reato realizzata più volte, o a distinte ipotesi o al cumulo tra la reiterazione di singole ipotesi e l'attuazione di ipotesi diverse.

Anche nel caso in cui il soggetto attivo per divieto di legge non poteva esercitare un'impresa commerciale verrà applicato un aumento di pena.

Dal punto di vista delle circostanze attenuanti, è prevista solamente quella del danno di particolare tenuità che comporta una diminuzione di un terzo della pena.

Con riferimento alle modifiche proposte dalla Commissione Bicchetti si evidenzia che la bancarotta fraudolenta documentale, nonostante la norma parli di ricostruzione delle scritture contabili è da ritenere che la condotta riparatoria possa consistere più genericamente nella scelta dell'imprenditore di fornire un'agevolazione a vantaggio del curatore nell'accertamento circa l'entità e la sorte del patrimonio e del movimento degli affari dell'impresa.

Con riferimento alle condotte riparatorie una parte della dottrina<sup>11</sup> ritiene che l'imprenditore, più che assumere una condotta di riparazione del danno, si adoperi per un risarcimento dello stesso, attività il cui contenuto dovrebbe essere presumibilmente determinato individuando quali conseguenze patrimoniali negative sono derivate in capo alla massa fallimentare per l'effetto delle censurabili scelte dell'imprenditore.

In ogni caso, le condotte riparatorie devono intervenire prima della apertura della procedura concorsuale.

La riforma, inoltre, qualifica come bancarotta documentale fraudolenta qualsiasi omissione dell'imprenditore agli obblighi di tenuta della contabilità.

In tal senso quindi l'omessa tenuta della contabilità sicuramente rende in ogni caso impossibile la ricostruzione degli affari e del patrimonio dell'impresa, è facile pronosticare che ogni qualvolta l'imprenditore non avrà ottemperato ai suoi obblighi si concluderà nel senso che tale sua omissione sia stata determinata dall'intenzione di occultare dati informativi essenziali alla curatela e quindi tale omissione sarà senz'altro penalmente rilevante.

In definitiva quindi per tale delitto si procede in continuità con l'attuale assetto normativo conservando la struttura di reato di mera condotta e di pericolo e differenziando due ipotesi (specifica e generale), mentre sul piano dell'elemento oggettivo l'unica novità è rappresentata dalla estensione della seconda delle due fattispecie alla condotta di omessa tenuta dei libri e delle altre scritture contabili.

### 3. Sul falso in bilancio.

Esaminati in precedenza gli aspetti fondamentali del reato di bancarotta fraudolenta documentale è ora opportuno soffermarsi sul secondo oggetto della sentenza in commento: il falso in bilancio.

L'art. 9 della L. 27 maggio 2015 n. 69 ha sostituito l'art. 2621 c.c.; tale fattispecie è ora configurata come un delitto, punito con la reclusione da uno a cinque anni anziché con l'arresto fino a due anni. Vengono introdotti nuovi elementi mediante i quali i fatti materiali non rispondenti al vero devono essere "rilevanti", l'esposizione di questi

---

<sup>11</sup> SANTORIELLO, *Qualche breve riflessione sulla proposta di riforma del diritto penale fallimentare*, in *Sist. Pen.*, 27.07.2022.

deve essere “consapevole” e la condotta deve essere “concretamente” idonea ad indurre altri in errore<sup>12</sup>.

Si tratta di un reato proprio i cui autori sono gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori.

La disposizione di cui all'art. 2639 c.c. opera un'estensione delle qualifiche soggettive, includendo nel novero dei soggetti attivi sia coloro che svolgono le stesse funzioni rivestite dai soggetti di volta in volta individuati dal precetto penale (anche se diversamente qualificate), sia il c.d. responsabile di fatto ossia il soggetto che, in assenza di formale investitura, esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione richiamata dalla fattispecie<sup>13</sup>.

La condotta può esplicarsi nell'espone fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero o nell'omettere fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore.

Si tratta di reato istantaneo che si consuma nel momento e nel luogo in cui il bilancio, le relazioni o le altre comunicazioni sociali sono portate a conoscenza dei destinatari ed il cui elemento soggettivo è dato dal dolo specifico, caratterizzato dal fine di procurare per sé o per altri un ingiusto profitto.

#### 4. Il rapporto tra le due fattispecie.

Come evidenziato in precedenza la Corte di cassazione si è recentemente pronunciata circa il rapporto tra i due reati.

La sentenza origina dal ricorso per cassazione presentato dal difensore dell'imputato contro la sentenza della Corte d'Appello che aveva parzialmente riformato, limitatamente alla pena, riducendola in anni tre e mesi sei di reclusione, la pronuncia emessa Tribunale che, ritenuta la contestata recidiva specifica e reiterata, aveva dichiarato l'imputato colpevole dei reati fallimentari di cui agli artt. 216, comma 1, n. 1 e 2, 223, comma 2, n. 1 in relazione agli artt. 2621 e 2622 c.c. e 219, comma 2, n. 1, L.F.-

Il gravame si basava, quanto al primo motivo, sulla violazione di legge e vizio di omessa motivazione, ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e) c.p.p., in relazione all'art. 99 c.p., con riferimento alla ritenuta sussistenza della recidiva, con il secondo motivo, si contesta complessivamente la illegittimità delle contestazioni suppletive intervenute nel giudizio di primo grado e la violazione del principio di corrispondenza tra l'accusa e la condanna, con il terzo motivo si ravvisano plurimi profili di censura riguardo ai singoli capi di imputazioni ritenuti sussistenti e con il quarto e ultimo motivo si deduce la violazione di legge ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b), c.p.p. per mancanza di motivazione da parte della Corte territoriale in ordine alle statuizioni civili.

Preliminarmente la Corte ritiene il ricorso inammissibile.

Con riferimento al rapporto tra la bancarotta fraudolenta documentale, per la quale l'imputato era stato assolto, ed il reato di falso in bilancio la Suprema corte ritiene che l'ipotesi di falso in bilancio seguito da fallimento della società di cui all'art.

<sup>12</sup> TRINGALI, *Falso in bilancio*, in *Altalex*, 21.12.2015.

<sup>13</sup> MEAZZA, *Falso in bilancio e valutazioni, nota alle Sezioni Unite*, in *Giur. Pen.*, n. 6, 2016.

223, comma 2, n. 1, R.D. 267/1942, costituisce un'ipotesi di bancarotta fraudolenta impropria e si distingue dal falso in bilancio previsto dall'art. 2621 c.c., che è reato sussidiario punito a prescindere dall'evento fallimentare, sia dalla bancarotta documentale propria concernente ipotesi di falsificazione di libri o di altre scritture contabili.

Orbene l'assoluzione dal reato di cui all'art. 223, comma 2, n. 1, R.D. 267/1942, nella fattispecie di falso in bilancio seguito dal fallimento, non interferisce sulla decisione in ordine al reato di bancarotta fraudolenta documentale stante la diversità dei rispettivi oggetti, potendo quello di bancarotta documentale propria concernere ipotesi di falsificazione di libri o di altre scritture contabili e non di bilanci, costituenti invece l'oggetto della indicata specifica fattispecie di cui all'art. 223, comma 2, n. 1, L.F.-

La Corte ha quindi ritenuto che: *“Sicché si deve riaffermare che, come già evidenziato da questa Corte nella pronuncia Sez. 5, n. 10810 del 20/10/1993, Rv. 196305 - 01 (sia pure in relazione a società cooperativa a responsabilità limitata), in tema di bancarotta documentale, ai fini dell'individuazione dell'oggetto materiale del reato, la cui condotta è delineata dall'art. 216, comma primo, n. 2 legge fallimentare, occorre distinguere tra impresa individuale e impresa collettiva. Mentre, infatti, nel caso di bancarotta documentale dell'imprenditore individuale vengono in considerazione i libri o le altre scritture contabili previste dall'art. 2214 cod. civ., per ciò che concerne le società commerciali - per effetto dell'implicito richiamo operato dall'art. 223 legge fallimentare, tramite la previsione di punibilità dei fatti di bancarotta fraudolenta commessi dagli amministratori, direttori generali e sindaci di società dichiarate fallite - vengono in rilievo tutti quei libri che la legge rende per esse obbligatori. Nell'ipotesi di società a responsabilità limitata, pertanto, oltre ai libri ed alle scritture contabili previste dall'art. 2214 cod. civ., vengono in considerazione, grazie all'art. 2478 cod. civ., anche i libri sociali obbligatori previsti da tale disposizione normativa, fra i quali il libro delle adunanze e delle deliberazioni del collegio sindacale”.*

In merito ai restanti motivi di ricorso, il primo risulta aspecifico in quanto il giudice di *prime cure* aveva già evidenziato i plurimi precedenti penali, anche specifici, risultanti a carico dell'imputato e che la Corte d'Appello ha a sua volta comunque fatto riferimento alla gravità dei fatti.

Inoltre, le attenuanti generiche erano state valutate in termini di equivalenza rispetto alle ravvisate aggravanti dei più fatti di bancarotta e della recidiva, sicché alcuna indicazione della pena base e degli eventuali aumenti o diminuzioni di pena per aggravanti o attenuanti si sarebbe dovuta effettuare.

Su questo punto i giudici di legittimità correttamente affermano che: *“Si deve, quindi, ribadire il principio secondo cui ai fini della prescrizione del reato, deve tenersi conto della recidiva ad effetto speciale ancorché siano annullati i suoi effetti ai fini della pena per essere stata ritenuta subvalente o equivalente nel giudizio di bilanciamento con le concorrenti circostanze attenuanti, poiché l'art. 157, comma 3, cod. pen. esclude espressamente che il giudizio di cui all'art. 69 cod. pen. abbia incidenza sulla determinazione della pena massima del reato (cfr. tra tante, Sez. 6, n. 50995 del 09/07/2019, PASTORE GIOVANNI, Rv. 278058)”.*

Con riferimento al motivo di gravame inerente le nuove contestazioni effettuate dal Pubblico Ministero si è evidenziato che qualora quest'ultimo effettuò una integrazione dell'imputazione ai sensi dell'art. 516 c.p.p. e dal verbale di udienza non risulti specificamente che il giudice abbia informato l'imputato del diritto di chiedere un termine per la difesa ex art. 519 c.p.p. non si verifica la nullità della sentenza a norma

dell'art. 522 c.p.p. se dal detto verbale emerge che, dopo tale contestazione, nulla abbiano opposto le difese.

Le norme che disciplinano le nuove contestazioni, infatti, sono preordinate a garantire, nello svolgimento del contraddittorio, il pieno esercizio del diritto di difesa ed è con specifico e diretto riferimento a questa finalità che devono essere interpretate.

Circa il quarto ed ultimo motivo la Corte ritiene che: *“Secondo la giurisprudenza costante di questa Corte non è, infatti, impugnabile con ricorso per cassazione la statuizione pronunciata in sede penale e relativa alla concessione e quantificazione di una provvisoria, trattandosi di decisione di natura discrezionale, meramente deliberativa e non necessariamente motivata, per sua natura insuscettibile di passare in giudicato e destinata ad essere travolta dall'effettiva liquidazione dell'integrale risarcimento”*.

La Corte di cassazione ha quindi dichiarato inammissibile il ricorso e condannato il ricorrente al pagamento delle spese processuali e di una somma in favore della cassa delle ammende, nonché alla rifusione delle spese di rappresentanza e difesa sostenute dalla parte civile.

## 5. Brevi note conclusive.

Mediante la pronuncia in commento la Corte di cassazione ha fatto buon uso dei principi giurisprudenziali in materia.

La distinzione tra impresa individuale e collettiva, per l'individuazione delle scritture obbligatorie, diviene fulcro centrale per attribuire il delitto di bancarotta fraudolenta documentale all'imprenditore dichiarato fallito, anche alla luce dei necessari controlli in capo al Collegio sindacale.

Su questo punto la Corte ha più volte stabilito che: *“Si rammenta che sul collegio sindacale incombe la cura e la tenuta del libro delle adunanze e delle deliberazioni (nel quale saranno trascritti i verbali delle riunioni e sarà dato conto delle attività effettuate e degli accertamenti eseguiti), mentre della consegna di tale libro, come di tutti i libri della società, è responsabile l'amministratore, trattandosi pur sempre di libro sociale obbligatorio che la società deve tenere, come espressamente prevede l'art. 2478 c.c., oltre i libri e le altre scritture contabili prescritti nell'articolo 2214 c.c.; sul collegio sindacale incombe dunque unicamente la sua cura; la tenuta a cura del collegio sindacale è cosa diversa dall'obbligo di tenuta di tale libro che grava sulla società”*.

Quanto al rapporto tra la bancarotta fraudolenta documentale ed il falso in bilancio nel caso tale ipotesi sia seguita da fallimento della società di cui all'art. 223, comma 2, n. 1, R.D. 267/1942, tale delitto integra un'ipotesi di bancarotta fraudolenta impropria e si distingue dal falso in bilancio previsto dall'art. 2621 c.c., che è reato sussidiario punito a prescindere dall'evento fallimentare, sia dalla bancarotta documentale propria concernente ipotesi di falsificazione di libri o di altre scritture contabili.

Infine, di particolare interesse risulta anche il passaggio inerente il rapporto tra la prescrizione del reato e la recidiva nella parte in cui si stabilisce che ai fini della prescrizione del reato, deve tenersi conto della recidiva ad effetto speciale ancorché siano annullati i suoi effetti ai fini della pena per essere stata ritenuta subvalente o equivalente nel giudizio di bilanciamento con le concorrenti circostanze attenuanti.

# L'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALMENTE CONFORME DEL DELITTO DI AUTO-ADDESTRAMENTO CON FINALITÀ DI TERRORISMO: NOTA A UNA RECENTE PRONUNCIA DI LEGITTIMITÀ

Cass. pen., Sez. V, sent. 22 settembre 2022 (ud. 05 luglio 2022) n. 35690,  
Pres. Sabeone, Rel. Pilla, P.M. Venegoni

**Martina Mandalari\***

**Sommario:** **I. La sentenza.** – **I.1.** Svolgimento del processo. – **I.1.2.** La decisione della Cassazione. – **I.2.1.** Il richiamo all'interpretazione adeguatrice del delitto di addestramento. – **I.2.2.** L'introduzione del reato di auto-addestramento e gli approdi giurisprudenziali. – **I.2.3.** L'interpretazione costituzionalmente conforme proposta dalla sentenza: l'idoneità e univocità dei comportamenti e il collegamento teleologico tra le informazioni acquisite e gli atti terroristici. – **II. Alcune considerazioni.** – **II.1.** Inquadramento della fattispecie. – **II.2.** Le questioni affrontate dalla sentenza. – **II.3.** Il problematico giudizio di idoneità e univocità dei comportamenti finalizzati ad atti terroristici. – **II.3.1.** L'univocità della condotta rispetto ad uno specifico reato. – **II.4.** Il requisito del "collegamento teleologico" tra le informazioni acquisite dal soggetto agente e gli atti terroristici. – **II.5.** Conclusioni.

## ABSTRACT

*Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione torna a pronunciarsi sul delitto c.d. di auto addestramento ad attività con finalità di terrorismo, dando rilievo "assorbente", al fine di una interpretazione costituzionalmente orientata della norma, al fine terroristico perseguito dal soggetto agente. La pronuncia, in particolare, valorizza l'elemento della finalità terroristica non solo per interpretare l'art. 270-quinquies c.p. in chiave di idoneità offensiva, ma anche al fine di ritenere integrato il presupposto della condotta, id est l'auto-istruzione del soggetto agente. Il presente contributo, pertanto, si propone di indagare se una lettura oggettivistica del dolo specifico sia sufficiente a ricondurre la norma nell'alveo della legittimità costituzionale, oppure se il nullum crimen sine inuria possa dirsi rispettato solo laddove sia richiesto l'accertamento in concreto dello specifico reato a cui è univocamente diretta la condotta incriminata. Si vedrà, in conclusione, come il Supremo Consesso ha accolto, tra le righe, quest'ultima impostazione, laddove, superando il precedente orientamento, ha immaginato che sia necessario accertare un nesso teleologico tra le informazioni acquisite dal lupo solitario e gli atti terroristici.*

---

\* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico - Università di Roma - Tor Vergata.

*The present note analyses judgment no. 35690/2022 of the Supreme Court, whereby the Court ruled once again on the so-called criminal offence of self-training terrorism-related activities. The judgement follows a constitutionally oriented interpretation of the law, by placing particular emphasis on the aim pursued by the offender. The Court valorized the terroristic purpose in order not only to interpret the art. 270-quinquies of the Italian Criminal Code in terms of offensive suitability, but also to integrate the concept of "self-training" of the offender. Therefore, this contribution aims at investigating whether an objectivist reading of the offender's specific intention is enough to maintain the provision within the boundaries of constitutional legitimacy or, in alternative, the nullum crime sine iniuria principle is respected only in case an assessment in concrete of the specific offence is necessary. By reading between the lines, eventually, it is noticeable how the Supreme Court preferred this last approach, going beyond the previous case law and deciding that a "teleological connection" between the skills acquired by the lone wolf and the terrorism-related activities needs to be ascertained.*

## I. La sentenza.

### I.1. Svolgimento del processo.

Oggetto di ricorso è la sentenza con cui la Corte di Assise di Appello di Bologna ha confermato la condanna dell'imputato per il reato di cui all'art. 270-quinquies cod. pen., oltre alla misura di sicurezza dell'espulsione dallo Stato a pena espiata, previa rideterminazione della pena in anni due e mesi otto di reclusione e revoca della pena accessoria della interdizione dai pubblici uffici.

La sentenza di primo grado aveva condannato l'imputato «per il reato di cui all'art. 270-quinquies cod. pen. di addestramento ad attività con finalità di terrorismo per avere, attraverso contatti con ambienti del terrorismo islamico e attraverso la rete internet e social web, acquisito e conservato numeroso materiale volto al suo auto-addestramento per compiere atti di terrorismo».

Il Giudice di merito aveva ritenuto configurato il reato sulla base di numerosi indici fattuali concreti: il possesso da parte dell'imputato di video ed immagini, scaricati con elevata frequenza nell'arco di un significativo periodo di tempo, riconducibili alla propaganda terroristica per lo Stato islamico, illustrativi di tecniche per la preparazione di ordigni esplosivi, tecniche di combattimento e consigli su autodifesa e fuga; il possesso di appunti manoscritti riproducenti la celebrazione di simboli e pratiche terroristiche dell'"ISIS"; l'acquisizione di almeno 40 file video, veicolati sul web da gruppi riferibili all'organizzazione terroristica dell'ISIS, in cui si incitavano altri islamici ad intraprendere la jihad, esaltando la morte in nome di Allah; il contatto con numerose utenze estere; il rinvenimento, all'interno della abitazione dell'imputato, di materiale destinato alla fabbricazione di un ordigno rudimentale, tra cui numerosissime lampadine di vecchio tipo, una sveglia senza pile identica a quella raffigurata nel tutorial, una pinza da elettricista, nonché alcune taniche contenenti alcool etossilato individuate come possibili contenitori per riporre l'ordigno esplosivo.

Avverso la decisione della Corte territoriale, propone ricorso per cassazione l'imputato, lamentando, per quanto di interesse in questa sede, la violazione di legge in relazione alla configurabilità del reato contestato, laddove, in estrema sintesi, gli



elementi posti a fondamento della condanna sarebbero mere ipotesi suggestive prive di riscontro probatorio. In subordine, il ricorrente ha richiesto che venisse sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 270-*quinquies* cod. pen. per violazione degli artt. 13, 21, 25 e 27 Cost., nella parte in cui la fattispecie incrimina una condotta indeterminata, priva di materialità e di offensività.

## 1.2. La decisione della Cassazione.

La V sezione penale della Corte di cassazione, con la sentenza che si annota, rigetta il ricorso, ritenendolo nel complesso infondato e, per l'effetto, conferma la condanna dell'imputato.

I Giudici di legittimità ritengono che la Corte territoriale, facendo corretta applicazione degli orientamenti giurisprudenziali aventi ad oggetto il delitto c.d. di auto addestramento, abbia ritenuto provata la materialità del fatto con motivazione logica e non contraddittoria.

Secondo il Supremo Consesso, infatti, i Giudici del merito hanno, dapprima, correttamente evidenziato i comportamenti significativi della avvenuta radicalizzazione dell'imputato e della sua adesione morale alla propaganda *jiihadista*. Poi, ai fini della configurabilità della fattispecie ex art. 270 *quinquies* c.p., hanno correttamente dato rilievo, da un lato, alla disponibilità da parte del reo di materiale destinato all'addestramento e, dall'altro, all'acquisto e al possesso di strumenti base idonei in concreto alla fabbricazione di un ordigno esplosivo, così logicamente concludendo per la responsabilità dell'imputato per il reato ascrittogli.

### 1.2.1. Il richiamo all'interpretazione adeguatrice del delitto di addestramento.

Prima di arrivare a tale conclusione, i Giudici di legittimità ripercorrono l'evoluzione giurisprudenziale che ha riguardato l'art. 270-*quinquies* cod. pen.

Si soffermano, innanzitutto, sul delitto di addestramento e di istruzione ad attività con finalità di terrorismo, *id est* sulle condotte incriminate prima che il d.l. 18 febbraio 2015, n. 7 introducesse, nell'ultima parte della norma, il delitto c.d. di auto addestramento.

La corte evidenzia che l'art. 270-*quinquies* cod. pen. puniva colui che addestra o fornisce istruzioni sull'uso di «*ogni altra tecnica o metodo*» per il compimento di atti terroristici di violenza o di sabotaggio dei servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo, estendendo la punibilità al soggetto addestrato.

Lo strutturale *deficit* di offensività della norma che, analogamente ad altre fattispecie penali di contrasto al terrorismo, anticipa il momento consumativo alla commissione di atti preparatori di un attentato, ha indotto la giurisprudenza, osserva la Corte, ad adottarne una interpretazione adeguatrice.

Viene richiamata sul punto una delle pronunce che ha avuto una importanza cruciale nel fare piena luce sulla struttura del delitto *de quo*, ossia la sentenza della Sesta Sezione della Corte di cassazione n. 29670 del 2011, a mente della quale «*la fattispecie dell'art. 270-quinquies integra un delitto a consumazione anticipata, a duplice dolo specifico, caratterizzata non solo dalla realizzazione di una condotta in concreto idonea al compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici*

essenziali, ma anche dalla presenza della finalità di terrorismo descritta dall'art. 270 *sexies c.p.*».

Ne è derivato, pertanto, che dovendosi qualificare i reati a dolo specifico senza evento naturalistico come reati di pericolo concreto, nei quali allo scopo perseguito deve corrispondere l'oggettiva idoneità della condotta a realizzare l'obiettivo, l'idoneità sia diventata un requisito necessario per assicurare alla condotta la sua tipicità. Se tale finalità non fosse concretamente perseguibile perché le attività realizzate risultassero inidonee al raggiungimento dello scopo, si costituirebbe, dice la corte, una fattispecie l'anticipazione della cui consumazione contrasterebbe con il principio di offensività.

Questa impostazione, continua la sentenza, ha trovato l'avallo della dottrina e della giurisprudenza che, nell'indagine sulla condotta penalmente rilevante, hanno distinto tra "formazione" e "mera informazione", giungendo ad affermare che non è punibile la condotta che sia mera divulgazione e non ancora insegnamento.

Sul punto viene richiamata un'altra fondamentale pronuncia di legittimità, sempre del 2011, la n. 38220 della Prima Sezione, che, quanto ai soggetti puniti dalla norma in esame, ha rilevato che bisogna distinguere la figura dell'addestratore, quella dell'informatore, dell'addestrato, nonché quella del mero informato.

In particolare, la sentenza richiamata afferma che l'"addestratore" è colui che non si limita a trasferire informazioni ma somministra specifiche nozioni, in tal guisa formando i destinatari e rendendoli idonei ad una funzione determinata o ad un comportamento specifico; l'"informatore" è colui che raccoglie e comunica dati utili nell'ambito di un'attività e che, quindi, agisce solo quale veicolo di trasmissione e diffusione di tali dati; infine, "l'addestrato" è colui che, al di là dell'attitudine soggettiva di esso discende o dell'efficacia soggettiva del docente, si rende pienamente disponibile alla ricezione non episodica delle specifiche nozioni somministrategli. Non rientra nella previsione punitiva dell'art. 270-*quinquies* il mero informato che, invece, è un percettore occasionale di informazioni, al di fuori di un rapporto, sia pure informale, di apprendimento.

### **I.2.2. L'introduzione del reato di auto-addestramento e gli approdi giurisprudenziali.**

Dopo essersi soffermata sulla prima parte dell'art. 270 *quinquies c.p.*, la corte analizza la fattispecie ascritta all'imputato, individuabile nel delitto di auto-addestramento punito dall'ultima parte della norma.

I Giudici di legittimità osservano che l'intervento normativo del 2015 ha integrato la fattispecie delittuosa in esame aggiungendo un periodo finale al primo comma, così da assoggettare a pena anche «*la persona che avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'articolo 270 sexies*». In tal modo, si osserva, è diventato suscettibile di sanzione il comportamento successivo all'acquisizione di informazioni, qualora sia univocamente finalizzato a compiere condotte con finalità di terrorismo.

Al fine di delimitare l'ambito di applicazione della fattispecie, la sentenza richiama la pronuncia cautelare emessa nel presente procedimento<sup>1</sup>, secondo cui, ai fini della configurabilità del delitto in esame, la persona che ha acquisito in modo autonomo informazioni strumentali al compimento di atti con la finalità di terrorismo, al fine di integrare il delitto in esame, deve porre in essere comportamenti significativi sul piano materiale, univocamente diretti alla commissione delle condotte di cui al 270 *sexies* cod. pen., e non limitarsi ad una mera attività di raccolta di dati informativi o a manifestare le proprie scelte ideologiche.

La necessaria significatività dei comportamenti su cui l'art. 270-*quinquies* ult. parte fonda l'incriminazione viene sottolineata con il richiamo ad un'altra pronuncia di legittimità, in cui si è ritenuta penalmente irrilevante la condotta dell'imputato di solamente prendere visione numerosi video riguardanti tematiche *jihadiste*, di cui alcuni strumentali all'auto addestramento.

Infine, la sentenza richiama la recente giurisprudenza che ha esteso le conclusioni raggiunte sul delitto di addestramento di cui alla prima parte dell'art. 270 *quinquies* al reato previsto dalla seconda parte, tra cui la circostanza che la norma richieda un duplice dolo specifico, caratterizzato dalla realizzazione di una condotta in concreto idonea al compimento di atti di violenza o di sabotaggio dei servizi pubblici e dalla presenza di una delle finalità di terrorismo contemplate dall'art. 270 *sexies*, finalità che devono costituire oggetto di specifico accertamento sulla base delle emergenze del caso concreto (Cass. n. 7898 del 2019 e n. 6061 del 2017).

### **1.2.3. L'interpretazione costituzionalmente conforme proposta dalla sentenza: l'idoneità e univocità dei comportamenti e il collegamento teleologico tra le informazioni acquisite e gli atti terroristici.**

A questo punto, il Supremo Consesso, inserendosi nella tendenza giurisprudenziale ad interpretare in chiave offensiva il delitto di auto addestramento, afferma che, ai fini di una interpretazione costituzionalmente orientata della norma, «*appare necessario immaginare un collegamento un collegamento teleologico tra le informazioni raccolte e gli atti a scopo terroristico, pur non imposto dal tenore letterale della disposizione*».

Invero, prosegue la corte, la finalità terroristica perseguita assume un «*valore quasi assorbente*» rispetto al resto della fattispecie, con la conseguenza che in caso di inidoneità dell'azione non è possibile immaginare nessuna offesa, non potendosi in ipotesi ricondurre la fattispecie né ad una ipotesi di reato di pericolo concreto ma neanche di pericolo presunto o astratto.

È necessario, dunque, secondo i Giudici di legittimità, tipizzare i singoli momenti che definiscono la condotta, con la conseguenza che la possibilità che le condotte descritte possano realizzarsi deve essere attentamente valutata secondo modelli non

---

<sup>1</sup> In data 24 febbraio 2020 era stata applicata all'imputato la misura della custodia cautelare in carcere dal GIP del Tribunale di Bologna, misura confermata dalla Corte di cassazione, con la sentenza n. 22066 del 06/07/2020, chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto dall'imputato avverso l'ordinanza del Tribunale della libertà di Bologna che aveva rigettato la richiesta di riesame.

astrattamente ma concretamente idonei, così che siano verificabili dal giudice nella loro proiezione verso il risultato rappresentato e voluto.

Nel delitto in esame, prosegue la sentenza, è la idoneità dei mezzi che conferisce rilevanza penale al fine e, al contempo, è la finalità presa di mira dal soggetto agente che a sua volta ne giustifica la punibilità.

Allora, conclude sul punto la corte, la salvaguardia del principio di offensività è assicurata allorché il dolo specifico accompagna la tipizzata condotta terroristica, colorandola dei requisiti necessari a far sì che la stessa possa essere considerata del tutto idonea a realizzare la finalità terroristica.

Nel paragrafo 3.5., il Supremo Consesso torna sull'interpretazione costituzionalmente conforme della norma e dichiara infondata la richiesta del ricorrente di sollevare questione di costituzionalità, affermando che è possibile superare gli asseriti profili di frizione della norma con la Costituzione.

In particolare, viene affermato che «l'utilizzo ad opera del legislatore del termine *comportamenti e non atti non contrasta con tipicità e determinatezza di cui all'art. 25 Cost. se l'interprete individua comportamenti concreti e ben definiti, percepibili dall'esterno e non confinati nell'area di semplici atteggiamenti suggestivi*».

Allo stesso modo, l'utilizzo della espressione univocamente finalizzati è compatibile con l'offensività laddove, come sostenuto dalla giurisprudenza della Corte, sia stata verificata l'offensività in concreto, quale criterio interpretativo-applicativo che il giudice dovrà utilizzare per accertare se la condotta ha effettivamente leso o messo in pericolo l'interesse tutelato.

Infatti, prosegue la Corte, l'interpretazione della norma alla luce del principio di necessaria offensività porta a «*catalogare l'attentato nella categoria dei reati di pericolo, postulandosi il concreto accertamento della pericolosità della condotta attraverso il riscontro non solo della univocità ma anche della idoneità degli atti a realizzare il risultato lesivo*». Tale interpretazione si impone al fine di evitare la punizione, a priori, di fatti o condotte che si rivelino innocue ed inidonee ad arrecare la lesione o messa in pericolo del bene giuridico protetto.

## II. Alcune considerazioni.

### II.1. Inquadramento della fattispecie.

Tra le varie fattispecie che, nell'ambito della legislazione penale anti-terrorismo, incriminano atti preparatori di atti terroristici, il delitto di auto-addestramento ha suscitato, sin dalla sua introduzione ad opera del d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, recante "Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale"<sup>2</sup>, le

---

<sup>2</sup> Per un commento alla riforma si veda CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. anti-terrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 936 ss., VALSECCHI, *Le modifiche alle norme incriminatrici in materia di terrorismo*, in AA. VV. "Il nuovo pacchetto anti terrorismo" a cura di KOSTORIS - VIGANÒ, Torino, 2015, 3 ss., FASANI, "Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura", in *Dir. pen. e proc.*, 2015, n. 8, 926-947, nonché COLAIOCO, *Prime osservazioni sulle nuove fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto-legge n. 7 del 2015*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 1, 7 ss.

maggiori perplessità, a partire da come è stato impropriamente pubblicizzato nel dibattito mediatico e politico.

Come è noto, l'art. 270 *quinquies* cod. pen. puniva, con la reclusione da cinque a dieci anni, esclusivamente le condotte dell'addestratore e di chi fornisce istruzioni<sup>3</sup> sulla preparazione o uso di qualunque tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali con finalità di terrorismo, con estensione della punibilità alla persona addestrata. La condotta di chi si limita a ricevere istruzioni senza essere addestrato o quella di chi si auto-istruisce diventa, invece, penalmente rilevante solo<sup>4</sup> con il d.l. 7/2015.

Con la riforma, infatti, il legislatore introduce il reato di auto-addestramento e prevede la punibilità «della persona che, avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'art. 270-sexies c.p.», ossia condotte che «per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia»<sup>5</sup>.

---

e MARINO, "Il sistema antiterrorismo alla luce della L. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico?", in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2016, n. 3, 1389-1426.

<sup>3</sup> Per il dibattito che ha interessato il delitto di addestramento di cui alla prima parte dell'art. 270-*quinquies* c.p. e, in particolare, la problematica distinzione tra addestratore e informatore, nonché l'estensione della punibilità al soggetto addestrato con il rischio di incriminazione della mera pericolosità soggettiva, v. DONINI, *Lo status di terrorista: tra il nemico e il criminale. I diritti fondamentali e la giurisdizione penale come garanzia contro, o come giustificazione per l'uso del diritto come arma?*, in MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli, 2009, 99, nonché PICCICHÈ "Prime riflessioni della Corte di Cassazione sulla struttura del delitto di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale", in *Riv. Pen.*, La Tribuna, anno 2012, fasc. 10, 1002 ss.; VALSECCHI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1222; PELLISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e diritto penale al limite*, in *Gli speciali di questione Giustizia. Terrorismo internazionale, politiche di sicurezza, diritti fondamentali*, settembre 2016.

<sup>4</sup> Nel rilevare che solo con il decreto "anti-terrorismo" si è inteso punire l'auto-addestrato, è d'uopo ricordare che un unico precedente giurisprudenziale, in un *obiter dictum*, ha affermato che "il comma 2 della norma estende la punizione delle condotte vietate alle persone addestrate e quindi anche al soggetto che si auto-addestra" (Cass. Pen., Sez. I, sent. n. 4433 del 6 novembre 2014). La conclusione della sentenza è stata criticata dalla dottrina che ha sottolineato che, invece, secondo le intenzioni del legislatore, è solo con la riforma del 2015 si è estesa la punibilità all'auto-istruito. Sul punto, FASANI, *op. cit.*, 942, nonché WENIN, *L'addestramento per finalità di terrorismo alla luce delle novità introdotte dal D.L. 7/2015*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 3 aprile 2015, nonché ID, *Una riflessione comparata sulle norme in materia di addestramento per finalità di terrorismo*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 4, 2016, 108 ss.

<sup>5</sup> Sulla problematica definizione dei contorni della finalità terroristica si è interrogata la dottrina fin da quando, dopo l'attentato alle Torri gemelle a New York dell'11 settembre 2001, il

La *ratio* della riforma dell'art. 270 *quinquies* è stata individuata nell'esigenza di adeguare gli strumenti repressivi alle mutate caratteristiche del fenomeno terroristico<sup>6</sup>, con l'intento di reprimere la condotta del "lupo solitario"<sup>7</sup>, anche detto combattente isolato, la condotta cioè dell'"aspirante terrorista" che opera da solo o in piccoli gruppi sganciati dal sodalizio criminale.

Il referente criminologico disegnato dalla relazione illustrativa allegata al d.l. 7 del 2015, infatti, è l'estremista islamico che, pur non essendo partecipe di associazioni terroristiche (tant'è che la norma si apre con una clausola di sussidiarietà rispetto al reato di cui all'art. 270 *bis* c.p.), acquisisce in modo autonomo istruzioni circa l'uso di armi o esplosivi, normalmente attingendo al materiale propagandistico e informativo presente sul *web*, e si attiva per realizzare attentati di matrice *jihadista*.

Dal punto di vista dell'elemento oggettivo, sebbene nel dibattito politico si sia fatto riferimento all'avvenuta introduzione del delitto di auto addestramento, la dottrina più attenta<sup>8</sup> non ha mancato di evidenziare che, dall'analisi della fattispecie, emerge che l'auto-addestramento (*rectius* auto-istruzione), è un mero presupposto della con-

---

legislatore, nell'ambito di un ampio intervento repressivo, ha introdotto il reato di associazione finalizzata al terrorismo anche internazionale all'art. 270-*bis* c.p., superando così l'incriminazione del solo terrorismo interno. Alle continue critiche di indeterminazione della fattispecie, il legislatore ha risposto introducendo l'art. 270-*sexies* c.p. che, riproducendo la definizione presente nella decisione quadro 2002/475/GAI, prevede che «Sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia». La finalità terroristica, si è osservato, come elemento di fattispecie o come circostanza aggravante, costituisce la "ratio generale" del sistema delle disposizioni anti-terrorismo. Vd. VIGNA, CHELAZZI, *Terrorismo*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di VASSALLI, Padova, 1986, 1060. Si rimanda anche, *ex plurimis*, a MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, Milano, 2007; SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, in *Cass. pen.*, 2006, 3366, a VIGANÒ, *La nozione di terrorismo ai sensi del diritto penale*, in *Sanzioni "individuali" del Consiglio di Sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, a cura di SALERNO, Padova, 2010, 193-220. Si rimanda anche a Cass., Sez. VI, n. 28009 del 15/05/2014, Rv. n. 260076 che, in merito alle vicende del movimento c.d. no "TAV" esamina *funditus* la nozione di finalità di terrorismo.

<sup>6</sup> Per il rapporto tra l'*escalation* terroristica del terrorismo islamico nei primi decenni del XXI secolo nel mondo occidentale e la risposta normativa si veda, tra gli altri, FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016, p. 5 ss. e 109 e ss., in cui l'Autore evidenzia come le risposte ordinamentali siano caratterizzate dai paradigmi del diritto penale del nemico e della perenne emergenza.

<sup>7</sup> VIGANÒ, *Minaccia dei lupi solitari e risposte dell'ordinamento: alla ricerca di un delicato equilibrio tra diritto penale, misure di prevenzione e diritti fondamentali della persona*, in AA.VV. "Il nuovo pacchetto anti terrorismo" a cura di KOSTORIS - VIGANÒ, Torino, 2015, 9-13.

<sup>8</sup> La dottrina sottolinea che il delitto in esame è stato pubblicizzato impropriamente come reato di auto-addestramento mentre, invece, reprime "comportamenti" finalizzati alla realizzazione di condotte terroristiche, posti in essere dopo l'acquisizione di informazioni relative agli strumenti necessari per lo svolgimento di tale attività. Si veda, *ex plurimis*, FASANI, *op. cit.*, 940.

dotta, mentre la condotta tipica è la realizzazione di ulteriori comportamenti preparatori di condotte con finalità di terrorismo.

Ne è derivato così un sistema in cui l'acquisizione del *know how* per commettere atti di terrorismo costituisce la condotta che perfeziona il reato punito dalla prima parte del 270-*quinquies* che, oltre all'addestratore e all'informatore, incrimina chi ha ricevuto l'addestramento.

Nel delitto punito dalla seconda parte della norma, invece, l'acquisizione del *know how* è un presupposto che va ad integrare la condotta vera e propria, costituita da *quid pluris* di compiere, grazie alle capacità acquisite, atti finalizzati al terrorismo<sup>9</sup>.

Con riferimento alla struttura del reato, si è evidenziato che è una fattispecie a consumazione anticipata, in base alla quale, per via del generico richiamo alle condotte di cui all'art. 270-*sexies*, possono essere puniti atti prodromici di qualsiasi delitto caratterizzato da finalità eversiva, tra cui il delitto di associazione terroristica ex art. 270-*bis* c.p. o anche i delitti di attentato disseminati nel Titolo I del Libro II del codice penale.

Peraltro, come accennato, la fattispecie *de quo*, innovando rispetto al sistema normativo precedente che si incentrava su una "dinamica relazionale" del fenomeno terroristico<sup>10</sup>, dà rilevanza penale a un atto preparatorio "monosoggettivo", in quanto sia l'auto-istruzione che i successivi comportamenti possono essere commessi da un soggetto isolatamente, non essendo necessario che questi abbia avuto alcun contatto con l'associazione terroristica madre o con più piccole cellule operative<sup>11</sup>.

Dal punto di vista dell'elemento soggettivo, la norma richiede la presenza di un duplice dopo specifico, individuando due finalità che l'agente deve perseguire in progressione. La prima finalità che l'agente deve prefigurarsi, a sua volta duplice e alternativa, è la realizzazione di atti di violenza o di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, "colorati"<sup>12</sup> dall'ulteriore finalità di compiere atti terroristici come definiti dall'art. 270-*sexies* c.p.

## II.2. Le questioni affrontate dalla sentenza.

Così brevemente individuati gli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie, è d'uopo spostare l'attenzione sulla proposta di interpretazione costituzionalmente conforme offerta dai Giudici di legittimità nella pronuncia in commento.

Il Supremo Consesso, preso atto dell'estrema anticipazione della tutela penale da parte dell'art. 270-*quinquies*, valorizza, al fine una interpretazione in chiave offensiva

---

<sup>9</sup> COLAIOCCO, *op. cit.*, 6.

<sup>10</sup> VARVARESSOS, *Commento al d.l. 7/2015, art. 1*, in *Studi*, [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 15.1.2016, 2.

<sup>11</sup> Che sia un atto monosoggettivo fa sì che manchi quella relazione intersoggettiva che rende l'incriminazione degli atti preparatori "tradizionali", tra cui l'istigazione o apologia a delinquere ex art. 414 c.p., compatibile con il principio di offensività, laddove la volontà interiore deve necessariamente manifestarsi all'esterno. In questi termini si esprime BARTOLI, in "*Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*", in *DPC*, 3, 2017, 243 ss.

<sup>12</sup> VALSECCHI, *sub art. 270-quinquies*, in DOLCINI - MARINUCCI, *Codice penale commentato*, IV edizione, Milano, 2015, 3025.

della norma, il requisito della finalità terroristica ed afferma che detta finalità assume nella fattispecie un valore «*quasi assorbente*».

Ne propone, dunque, in linea con la migliore dottrina e il consolidato orientamento giurisprudenziale, una interpretazione oggettivizzante, insistendo sulla necessità che l'azione sia idonea rispetto alla finalità criminosa, che è «*l'idoneità dei mezzi che conferisce rilevanza penale al fine*» e ancora che «*il dolo specifico accompagna la condotta tipizzata colorandola dei requisiti necessari a far sì che la stessa sia idonea a porre in essere la finalità terroristica*».

La sentenza poi si spinge oltre e, sempre in nome di una interpretazione costituzionalmente orientata, valorizza la finalità di terrorismo anche rispetto al presupposto della condotta tipica, affermando, seppure senza approfondirne il significato, che è necessario immaginare come elemento della fattispecie «*il requisito, non imposto dal tenore letterale della norma, del nesso teleologico tra le informazioni acquisite dal soggetto agente e gli atti a scopo terroristico obiettivo della condotta*».

Con riferimento, invece, alla compatibilità con il dettato costituzionale dell'incriminazione di “comportamenti univocamente finalizzati” ad atti terroristici, la Corte di legittimità si limita ad evidenziare che l'utilizzo, ad opera del legislatore, del termine comportamenti non contrasta con tipicità e determinatezza di cui all'art. 25 Cost., sol che l'interprete individui comportamenti concreti e ben definiti percepibili dall'esterno e non confinati nell'area di semplici atteggiamenti suggestivi.

Con precipuo riferimento al requisito dell'univocità, la sentenza evidenzia che l'espressione “univocamente finalizzati” è conforme al principio di necessaria offensività della condotta, laddove sia verificata l'offensività in concreto, nel senso che la condotta abbia effettivamente leso o messo in pericolo l'interesse tutelato.

Ebbene, rispetto a tali conclusioni pare opportuno muovere alcune considerazioni.

### 11.3. Il problematico giudizio di idoneità e univocità dei comportamenti finalizzati ad atti terroristici.

Riguardo all'operazione ermeneutica di valorizzazione del requisito implicito dell'idoneità dei comportamenti rispetto agli atti terroristici avuti di mira dal lupo solitario, è d'uopo rilevare che tale operazione non solo rischia di polarizzare il disvalore della fattispecie più sullo scopo per cui il soggetto agisce che sul disvalore del fatto commesso<sup>13</sup>, ma appare anche insufficiente a dotare la norma di un contenuto minimo di offensività.

Invero, stante il mancato richiamo nell'art. 270-*quinquies* al carattere di idoneità dei comportamenti, la dottrina e la giurisprudenza hanno formulato diverse interpretazioni della norma.

Un primo orientamento<sup>14</sup>, e da ultimo la sentenza che si annota, ha ritenuto di applicare alla fattispecie in esame il costante indirizzo interpretativo<sup>15</sup> che legge il dolo

<sup>13</sup> Vd. PELLISSERO, *I delitti di terrorismo*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale. Reati contro la personalità dello Stato*, diretto da PALAZZO - PALIERO, Torino 2010, 159 ss.

<sup>14</sup> Tra tutti, si vd. FASANI, *op. cit.*, 944.

<sup>15</sup> Il riferimento è a MARINUCCI - DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, Milano, 2001, 576 ss.; v. anche PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, Milano, 1993,



specifico in termini di idoneità, ritenendo così necessario accertare che il comportamento realizzato dal reo sia oggettivamente idoneo a realizzare la finalità terroristica.

Si è osservato che l'art. 270-*quinquies* seconda parte incrimina una condotta neutra, quale porre in essere dei "comportamenti", il cui disvalore è incentrato, oltre che nell'essersi il soggetto agente auto-istruito, nella doppia finalità oggetto del dolo specifico, consistente nella volontà di compiere atti di violenza con finalità terroristica.

Ne consegue che per ritenere il soggetto agente penalmente responsabile, senza incorrere in una violazione del principio *cogitationis poenam nemo patitur*, sia necessario accertare la proiezione oggettiva della finalità della condotta. Occorre, in altri termini, interpretare il reato come reato di pericolo concreto<sup>16</sup>, in cui l'obiettivo perseguito diventa l'evento pericoloso rispetto al quale il giudice è chiamato ad esprimere un giudizio *ex ante* sulla idoneità della condotta a raggiungerlo.

In senso opposto, una parte della dottrina<sup>17</sup> sottolinea le criticità del giudizio di idoneità nei reati che prevedono una tutela fortemente anticipata del bene giuridico, tra cui pacificamente rientra il delitto di auto-addestramento.

I reati contro il terrorismo, infatti, danno luogo ad un'estrema anticipazione della tutela, al confine dell'ambito di legittimità del diritto penale<sup>18</sup>, che ne impone un'interpretazione che individui un substrato materiale e offensivo a cui ancorare la loro punibilità.

Nel compiere tale operazione, si è detto, non si può non tenere in considerazione che in alcuni delitti contro il terrorismo, e segnatamente in quei reati che incriminano atti preparatori di altri atti preparatori, sussiste una indubbia sproporzione di scala tra le condotte incriminate e le finalità descritte dall'art. 270-*sexies* c.p.

Le finalità terroristiche, in effetti, sono pensate soprattutto per l'associazione incriminata dall'art. 270-*bis* c.p., rispetto alla quale è ben possibile formulare un giudizio sulla idoneità dell'organizzazione criminale a raggiungerle<sup>19</sup>.

Nel caso, invece, di reati che puniscono condotte preparatorie diverse dall'associazione terroristica, tra cui rientrano i delitti puniti dagli artt. 270 *quater* ss. c.p., il riferimento al perseguimento della finalità terroristica, come descritta dall'art. 270

---

501 ss., nonché MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1-23. Con specifico riferimento al ruolo della finalità terroristica nel reato di addestramento si rimanda, tra gli altri, si rimanda a VALSECCHI, *L'accertamento del (doppio) dolo specifico nel reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo*, in *Cassazione Penale*, Giuffrè, 2012, fasc. 3, sez. II, 897, nonché nel diritto penale della sicurezza in generale a MARINO, *Il "filo di Arianna". Dolo specifico e pericolo nel diritto penale della sicurezza*, in *DPC*, 6/2018, 41 ss.

<sup>16</sup> Per una disamina sull'evoluzione della giurisprudenza nel rileggere i delitti di attentato come reati a evento pericoloso, si veda PELLISERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e diritto penale al limite*, cit., 112.

<sup>17</sup> BARTOLI, *op. cit.*, 23; nonché ID., *L'autoistruzione è più pericolosa dell'addestramento e dell'istruzione: verso un sovvertimento dei principi?*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 5, 2017, 626-635.

<sup>18</sup> PELLISERO, *op. cit.*, 112.

<sup>19</sup> Sempre R. BARTOLI, *op. cit.*, 10 evidenzia che è convinzione unanime, nella dottrina e anche ormai nella giurisprudenza, che le associazioni con finalità di terrorismo ed eversione debbano essere interpretate nel senso che la finalità offensiva che anima il gruppo debba riflettersi anche sull'assetto organizzativo per caratterizzarlo in termini di idoneità al raggiungimento dello scopo illecito.

*sexies*, è «privo di senso»<sup>20</sup>. Queste fattispecie, infatti, incriminano condotte così lontane dalla lesione, anche solo potenziale, del bene giuridico tutelato dai reati contro il terrorismo, che non sembra possibile formulare un vero giudizio *ex ante* di prognosi postuma sulla loro capacità a sfociare nei risultati che connotano la finalità terroristica ai sensi dell'art. 270-*sexies*, secondo cui gli atti di violenza dovrebbero poter arrecare un grave danno al Paese.

In altri termini, si è efficacemente detto che «la valorizzazione del dolo specifico in termini di idoneità dei comportamenti, in assenza di un'organizzazione o di un comportamento prossimo all'offesa, non regge»<sup>21</sup>.

Seguendo tale ultima impostazione dottrinale, dunque, sembra potersi affermare che l'interpretazione dell'art. 270 *quinquies* in chiave di idoneità offensiva non risulta sufficiente a ricondurre la norma nel binario del *nullum crime sine iniuria*, in quanto la possibilità di compiere una valutazione *ex ante* di idoneità della condotta si risolverebbe sempre in un'affermazione apodittica, priva della possibilità di essere riscontrata in concreto.

La sentenza in commento, peraltro, non sembra smentire tale conclusione, laddove afferma ripetutamente la necessità che i comportamenti si rivelino idonei a raggiungere la finalità perseguita dall'imputato, salvo poi non compiere una reale verifica sulla possibilità che le condotte terroristiche prese di mira possano essere realizzate secondo modelli concretamente idonei.

### II.3.1. L'univocità della condotta rispetto ad uno specifico reato.

Preso atto che l'operazione di valorizzazione del requisito implicito dell'idoneità non riesce a risolvere i dubbi di compatibilità della norma con il principio di offensività, è allora necessario spostare l'attenzione sul requisito che, per espressa previsione normativa, devono avere i comportamenti posti in essere dall'agente, ossia sull'univocità degli atti rispetto a condotte terroristiche.

Come accennato, la sentenza in commento, esclusa l'incompatibilità del requisito in esame con il dettato costituzionale, si limita ad affermare come, nel caso di specie, sia emerso che i comportamenti dell'imputato risultano significativi e univoci rispetto a generici atti terroristici, non esplicitando, come del resto non richiesto dall'art. 270-*quinquies* c.p., quale sia lo specifico delitto preso di mira dall'imputato.

Tale percorso argomentativo solleva alcune perplessità sol che si pensi all'orientamento, già richiamato, che, avendo escluso la via dell'interpretazione del reato in chiave di idoneità offensiva, ritiene di ricondurre l'art. 270-*quinquies* nell'alveo della legittimità costituzionale attribuendo centralità al requisito dell'univocità<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> BARTOLI, *Legislazione e prassi*, cit., 23.

<sup>21</sup> *Ibidem*. La problematicità del requisito dell'idoneità è stata evidenziata anche con riferimento alla conseguenza che, inserendolo come requisito dei comportamenti, si arriva a costruire una fattispecie di reato sovrapponibile al reato di attentato con finalità di terrorismo punito dall'art. 280 cod. pen. Evidenzia la complessità di individuare un perimetro applicativo autonomo dell'art. 270 *quinquies* seconda parte, tra gli altri, WENIN, *Una riflessione comparata*, cit., 187.

<sup>22</sup> BARTOLI, *Legislazione e prassi*, cit., 23.

A tal proposito, è stato osservato che il legislatore, in sede di conversione del d.l. 7/2015, ha inserito nella struttura della fattispecie il requisito della univocità dei comportamenti rispetto alla commissione delle condotte di cui all'art. 270-*sexies* c.p., con l'intenzione di superare le critiche di indeterminatezza della norma mosse dalla dottrina.

I primi commentatori del decreto-legge, infatti, avevano innanzitutto sottolineato che il termine comportamento è privo di un significato specifico e preciso, in quanto indica non una singola condotta ma «*il complessivo e, cronologicamente esteso, modo di comportarsi di un individuo, soprattutto in determinate situazioni, nei rapporti con l'ambiente e con le persone con cui è in contatto*»<sup>23</sup>. Era apparsa evidente alla dottrina la frizione della norma con il principio di precisione, che impone al legislatore descrivere accuratamente e in modo chiaro la fattispecie penale, così da delimitare l'ambito di discrezionalità dell'autorità giudiziaria e assicurare i diritti di libertà del cittadino<sup>24</sup>.

In secondo luogo, si era osservato che l'incriminazione di generici "comportamenti" avrebbe consentito di punire qualunque comportamento, sia pure lontanamente preparatorio, purché soggettivamente rivolto a commettere atti con finalità di terrorismo, con violazione del principio di necessaria lesività del fatto di reato, a mente del quale lo zoccolo duro del reato si ravvisa nell'aggressione (sotto forma di lesione o messa in pericolo) di uno o più beni giuridici<sup>25</sup>.

Si era detto, in via esemplificativa, che per essere punito sarebbe stato sufficiente informarsi su "wikipedia.it" sui precursori di esplosivi e stampare le istruzioni acquisite<sup>26</sup>, essendo lo stampare le istruzioni considerabile un "comportamento" finalizzato al compimento di un attentato terroristico.

Allo scopo di sanare questa situazione, il legislatore ha introdotto l'avverbio "univocamente", così limitando l'anticipazione della soglia della rilevanza penale ai soli comportamenti che appaiono anche a un "osservatore esterno" senza dubbio finalizzati alla commissione di condotte terroristiche.

Tuttavia, neanche tale operazione è andata esente da critiche.

Pur volendo ritenere superati i profili di determinatezza della fattispecie, infatti, la dottrina non ha mancato di cogliere la problematicità insita nell'aver prospettato un giudizio di univocità non rispetto ad uno specifico reato che si ha intenzione di commettere, ma a generiche e indeterminate condotte violente.

Nell'impossibilità di affrontare le varie concezioni del concetto di "univocità", basti, ai nostri fini, ricordare che, secondo la concezione oggettivista, tale requisito denota il passaggio dagli atti preparatori alla fase esecutiva<sup>27</sup>, caratterizzando gli atti che "sono capaci di parlare da sé" rispetto all'intenzione criminosa del soggetto agente<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Così FASANI, *op. cit.*, 943. L'Autore osserva che non è un caso che la parola comportamenti non compaia mai all'interno del codice penale, se non nell'art. 544-*ter* dove, peraltro, è riferita agli animali e non agli uomini.

<sup>24</sup> MARINUCCI, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2011, IV ed., 57.

<sup>25</sup> FIANDACA - MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 2014, 161 ss.

<sup>26</sup> Cfr. CAVALIERE, *op. cit.*, 9.

<sup>27</sup> Così FASANI che rimanda a SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, 923 ss.

<sup>28</sup> Sul rischio di restringere eccessivamente l'area di operatività del tentativo nel caso in cui l'univocità sia concepita come caratteristica oggettiva della condotta, sterilizzato tuttavia dalla

Ebbene, immaginare che si possa fare un giudizio di univocità dei comportamenti rispetto a generiche condotte di violenza è «una contraddizione in termini»<sup>29</sup>. Il giudizio di univocità, infatti, non può che avere come punto di riferimento un oggetto determinato rispetto al quale compiere la valutazione comparativa. Se manca un preciso referente, la stessa univocità non sarà apprezzabile.

Dall'interpretazione del requisito in questi termini, discende allora la necessità di rileggere la norma di cui all'art. 270-*quinquies* c.p. nel senso di richiedere al giudice di accertare se i comportamenti possono ritenersi univoci rispetto a uno specifico reato, storicamente determinato, con finalità di terrorismo.

Invero, solo tramite una tale interpretazione correttiva, si può ricondurre il delitto di auto-addestramento nell'alveo della legittimità costituzionale, in quanto la soglia di rilevanza penale si sposta in avanti e si avvicina alla fase esecutiva del delitto preso di mira, incriminando solo i comportamenti che sono capaci di parlare da sé non rispetto a generiche condotte violente, ma a un reato determinato nei suoi aspetti essenziali.

#### II.4. Il requisito del “collegamento teleologico” tra le informazioni acquisite dal soggetto agente e gli atti terroristici.

Ripercorso il dibattito intorno all'interpretazione del reato di auto addestramento, si può provare ad approfondire il significato del requisito che la pronuncia in commento individua come elemento della fattispecie, ossia il “collegamento teleologico” tra le informazioni acquisite dal soggetto agente e gli atti a scopo terroristico.

Innanzitutto, bisogna rilevare che, nel compiere la verifica sull'avvenuta integrazione del presupposto dell'auto-istruzione, la sentenza compie l'auspicato<sup>30</sup> controllo sul tenore del materiale scaricato e consultato dall'imputato, accertando che avesse uno specifico contenuto didattico.

Proprio nel compiere tale verifica, i Giudici di legittimità affermano che, per interpretare la norma in chiave offensiva, è necessario immaginare che le istruzioni acquisite dal lupo solitario siano teleologicamente collegate agli atti a scopo terroristico.

Interrogandosi sul significato di tale “collegamento teleologico”, sembra potersi affermare che la Corte ritenga necessaria una verifica sulla corrispondenza tra l'oggetto dell'auto-istruzione e l'atto terroristico avuto di mira, superando così l'orientamento giurisprudenziale<sup>31</sup> che aveva escluso, sulla base di una interpretazione let-

---

possibilità di conseguire anche *aliunde* la prova del fine verso cui tende l'agente, si v. FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 491.

<sup>29</sup> BARTOLI, *L'autoistruzione è più pericolosa*, cit., 634.

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

<sup>31</sup> Il riferimento è a Cass. n. 6061/2017, la prima sentenza della Corte di Cassazione che ha avuto ad oggetto la disposizione dell'art. 270 *quinquies* c.p. riformata che, con riferimento al presupposto dell'auto-istruzione, al par. 3.1., afferma «L'inciso “avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti...” descrive un nesso temporale, non eziologico: la fattispecie disegnata dal legislatore non richiede che il soggetto istruito riceva istruzioni specifiche per il ruolo che egli intenderà rivestire una volta dedicatosi alla lotta armata, ma prescrive la consequenzialità cronologica della condotta qualificabile ex art. 270-*sexies* rispetto ad informazioni che ne siano il presupposto. Non a caso, anche il Tribunale spiega che alla acquisizione di in-

terale della norma, che dovesse sussistere un nesso eziologico tra l'acquisizione di istruzioni e il compimento di atti terroristici, essendo sufficiente una consequenzialità cronologica tra i due momenti.

L'art. 270-*quinquies*, invero, individua l'oggetto dell'autoistruzione in «ogni altra tecnica o metodo» per compiere atti di violenza o sabotaggio con finalità di terrorismo, utilizzando una formula amplissima<sup>32</sup>, che consente di attribuire rilevanza a qualunque tipo di istruzione, purchè acquisita cronologicamente prima dei comportamenti.

La pronuncia in commento, invece, ritiene indispensabile superare l'interpretazione letterale e, ragionando *a contrario*, sembra arrivare ad affermare che si dovrebbe optare per l'esclusione del reato in tutti i casi in cui le istruzioni acquisite non corrispondano all'obiettivo perseguito.

In via esemplificativa, si potrebbe concludere per l'esclusione del reato per mancata integrazione del requisito dell'auto-istruzione, nei casi in cui si accerti che un soggetto si è istruito su come costruire un ordigno esplosivo ma i comportamenti che ha realizzato risultano univoci rispetto all'atto terroristico di *hackerare* il sistema informatico di un'Istituzione statale per costringerla a compiere o ad astenersi dal compiere un qualsiasi atto.

Senza addentrarsi sulla legittimità di tale operazione ermeneutica, e a prescindere dalla circostanza che la necessità di accertare l'integrazione del requisito *de quo* porterebbe ad escludere la configurabilità del reato solo in alcune circoscritte ipotesi, ciò che interessa sottolineare è che, quando la corte immagina un nesso teleologico tra le informazioni acquisite e gli atti terroristici, non può che avere in mente un reato specifico come fine dei comportamenti dell'imputato. Se mancasse un referente circostanziato, individuato in uno specifico proposito criminoso, non sarebbe invero possibile formulare alcun giudizio sull'eventuale collegamento finalistico tra le informazioni acquisite e il reato preso di mira.

Se questo è vero, allora si può concludere che i Giudici di legittimità, con l'introduzione del requisito del nesso teleologico, abbiano implicitamente accolto, ed anzi portato ad ulteriori conseguenze, l'orientamento che afferma la necessità che il giudice individui e verifichi quale reato storicamente determinato sia l'obiettivo della condotta del reo.

## II.5. Conclusioni.

Tirando le fila del discorso, in conclusione, è d'uopo rilevare l'apprezzabile sforzo della sentenza in commento nel cercare di interpretare una fattispecie a struttura

---

*formazioni si deve accompagnare l'esplicazione di una qualsiasi attività materiale avente finalità terroristica, che possa quindi considerarsi come volta a dare attuazione alle istruzioni acquisite, senza peraltro, ai fini dell'integrazione del reato, che sia necessaria la effettiva realizzazione della finalità».*

<sup>32</sup> Si rinvia a PAVARANI, *Addestramento con finalità di terrorismo anche internazionale*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, I, a cura di CADOPPI - CANESTRARI - MANNA - PAPA, Torino 2008, 407 ss.

fortemente anticipata in modo conforme ai principi cardine del diritto penale di materialità ed offensività.

Così facendo, la pronuncia si inserisce in quella serie di interventi giurisprudenziali sulle disposizioni di cui agli artt. 270-*bis* ss. c.p. che, nell'inerzia del legislatore, hanno cercato di trovare un equilibrio tra esigenze di tutela, che impongono di estendere l'area della punibilità agli atti preparatori, e la salvaguardia dei principi fondamentali caratterizzanti una società democratica, che ancorano il ricorso allo strumento penale a un reale disvalore del fatto<sup>33</sup>.

Nell'ambito dei reati contro il terrorismo, invero, spetta al magistrato che deve interpretare la norma un compito «*gravoso, ma ineludibile*»<sup>34</sup>, che consiste nell'evitare, a fronte di un legislatore affannato da scelte fortemente simboliche di anticipazione della tutela penale, che «*le ansie preventive permeino anche l'interpretazione delle norme, travolgendo lo Stato di diritto*»<sup>35</sup>.

Tuttavia, non può non evidenziarsi che l'interpretazione della norma in chiave di idoneità offensiva, ribadita dalla recente pronuncia in commento, non appare soddisfacente. Invero, l'unica chiave per leggere con la lente del principio di offensività il delitto c.d. di auto-addestramento sembra doversi individuare nel richiedere che sia accertato in concreto lo specifico reato obiettivo della condotta.

Volendo leggere tra le righe della sentenza, tale operazione ermeneutica appare necessaria non solo, come già auspicato dalla dottrina, per interpretare il requisito dell'univocità dei comportamenti posti in essere dall'imputato, ma anche per ritenere integrato il requisito dell'auto-istruzione, selezionando come penalmente significative, tra le istruzioni acquisite, solo quelle finalisticamente collegate al reato storicamente determinato.

Solo "correggendo" l'art. 270-*quinquies* c.p. nei termini anzidetti, si può compiere un passo in avanti nell'interpretazione del delitto di auto-istruzione in senso conforme al principio del *nullum crimen sine iniuria*, poiché solo in tal modo la soglia di rilevanza penale si sposta in avanti e si avvicina alla fase esecutiva del delitto preso di mira, allontanandosi, in definitiva, dalla inaccettabile incriminazione della mera intenzione criminosa propria del diritto penale c.d. d'autore.

---

<sup>33</sup> In questi termini si esprime WENIN, *op. cit.*, 18.

<sup>34</sup> Cfr. PELLISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e diritto penale al limite*, cit., 112.

<sup>35</sup> *Ibidem*.