

Rivista trimestrale | Ottobre/Dicembre 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

Giorgio Spangher - **UCPI: ortopedia “non invasiva” per la Cartabia**

### ARTICOLI

Antonio Cavaliere - **Il furore casistico nella recente legislazione penale. In particolare: circostanze e soggettivismo**

Leonardo Filippi - **Le “nuove” intercettazioni preventive e le altre attività di prevenzione**

Giulio Garuti, Cesare Trabace - **Il protocollo organizzativo della Procura generale di Potenza, per indagini ex d.lgs. n. 231/2001 più efficienti**

### DALLE CORTI

Filippo Giunchedi - **I nuovi confini della prova nuova nella revocazione della confisca di prevenzione**

## **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 Sracusano - 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**

GIORGIO SPANGHER, *UCPI: ortopedia “non invasiva” per la Cartabia* p. 535

## **Articoli**

ANTONIO CAVALIERE, *Il furore casistico nella recente legislazione penale. In particolare: circostanze e soggettivismo* » 541

LEONARDO FILIPPI, *Le “nuove” intercettazioni preventive e le altre attività di prevenzione* » 581

FRANCESCA CURI, *Dalle ruspe alle politiche di inclusione: i reati culturalmente orientati nella dosimetria della pena* » 591

GIULIO GARUTI, CESARE TRABACE, *Il protocollo organizzativo della Procura generale di Potenza, per indagini ex d.lgs. n. 231/2001 più efficienti* » 605

## **Opinioni**

FILIPPO LOMBARDI, *Vige il principio di consunzione se il genitore fa mancare ai figli i mezzi di sussistenza violando l’obbligo di mantenimento* » 615

CARLA MANDUCHI, *Udienza filtro e archiviazione: una nuova regola di giudizio, i quesiti applicativi* » 619

FRANCESCO SICLARI, *Brevi cenni sulle modalità di deposito degli atti di impugnazione* » 629

## **Dalle corti**

LEONARDO FILIPPI, *Intercettazioni: la corte di Lussemburgo ammette un’ autorizzazione su prestampato privo di motivazione* » 637

FILIPPO GIUNCHEDI, *I nuovi confini della prova nuova nella revocazione della confisca di prevenzione* » 643

SARAH GRIECO, *Sui reati commessi con violenza alla persona offesa e sugli strumenti di tutela. Tra intendimenti legislativi e inadeguatezza della tecnica normativa* » 653

FRANCESCO MARTIN, *La nozione di convivenza in rapporto al delitto di atti persecutori* » 671

## **Pagine senza tempo**

LUANA GRANOZIO, *Ispezioni della terribilità. Leonardo Sciascia e la giustizia* » 679



## UCPI: ortopedia “non invasiva” per la Cartabia

**Giorgio Spangher**

1. Sono stati presentati negli scorsi giorni gli emendamenti elaborati dal Centro Marongiu per le modifiche da apportare alla legge Cartabia. Gli stessi sono stati discussi in un pubblico incontro che si è tenuto a Roma e che ha chiamato a contraddittorio, in tre tavole rotonde, anche alcuni professori che avevano fatto parte delle commissioni ministeriali incaricati di predisporre proposte attuative della legge delega.

È emerso un confronto aperto nel quale sono state confermate le posizioni “di partenza” dei diversi partecipanti sugli aspetti maggiormente controversi della riforma nei suoi risvolti processuali.

Invero, si tratta di emendamenti al testo introdotto dalla riforma, senza che si propongano stravolgimenti dell’impianto ma piuttosto di proposte tese a rimuovere alcune scelte che l’avvocatura non ritiene adeguate al sistema processuale, soprattutto nella prospettiva delle garanzie per la difesa.

Non si tratta, in altri termini, d’una riscrittura dell’impianto, ritenuto allo stato impossibile, quanto di aggiustamenti essenziali ad assicurare comunque le stesse finalità della riforma, anche perché c’è la consapevolezza che si sia raggiunto il limite oltre al quale bisognerebbe ripensare l’intero impianto processuale.

In altri termini, posto il limite del P.N.R.R. e ferma la necessità di rispettare la delega, si trattava di individuare alcune distorsioni che potevano essere superate senza toccare l’impianto sistematico e le scelte portanti della riforma.

In questo quadro, non volendo entrare nel merito delle singole modifiche che si vorrebbero portare al tavolo ipotizzato dal Ministro, è possibile delineare alcune linee di fondo che sono alla base dell’elaborazione del Centro Marongiu.

2. Un primo elemento degli emendamenti può essere individuato nelle c.d. riforme di sistema.

Il riferimento si indirizza innanzitutto alla proposta di modifica dell'art. 129-*bis* c.p.p., relativamente all'“Accesso ai programmi di giustizia riparativa”. Invero, la previsione sconta una formulazione non solo infelice ma soprattutto giuridicamente problematica, facendo riferimento all'autorità giudiziaria nella parte del codice che riguarda solo il giudice; prevedendo interventi d'ufficio di “invio” autoritativo dell'imputato (che non necessariamente lo è ancora, e di cui a differenza della vittima del reato non è inquadrato nelle situazioni di cui all'art. 42, comma 1, lett. c) e della vittima, senza prevedere una loro iniziativa al riguardo.

Inoltre, con affermazione molto problematica, si prevede che nelle indagini la stessa attività di invio sia effettuata dal pubblico ministero.

Molto correttamente, nella proposta, eliminato il riferimento al pubblico ministero, esclusa ogni iniziativa ufficiosa, la previsione si incentra sulla richiesta dell'imputato, della quale è richiesta la spontaneità, e sulla acquisizione della relazione, solo in caso di esito positivo.

Restano, naturalmente, aperte tutte le questioni strutturali della procedura di mediazione, dei suoi tempi, dei suoi rapporti con il procedimento penale, delle fasi nelle quali renderla operante, dei reati per i quali è riconosciuto il suo espletamento.

3. Il dato di maggior rilievo è costituito dalla sostanziale proposta abrogativa delle previsioni di cui agli artt. 415-*bis* e 415-*ter* c.p.p.

Invero, le relate esposizioni hanno costituito da subito il profilo più controverso della riforma anche alla luce delle indicazioni della delega che non configuravano negli stessi termini le previsioni del d. lgs.

La materia trova, infatti, i suoi riferimenti alle lett. g e h della l. n. 134 del 2020, ove si richiede una disciplina che in ogni caso rimedi alla stasi del procedimento mediante l'intervento del giudice anche in relazione alla mancata tempestiva assunzione delle determinazioni in ordine all'azione penale.

Ora il meccanismo proposto dagli emendamenti incide significativamente sui percorsi rendendo ridotta la stasi processuale, eliminando ingiustificate stasi temporali ed iniziative dilatorie.

Gli ulteriori emendamenti, mentre in linea con la delega confermano la ridefinizione dei tempi delle indagini, delle condizioni che ridefiniscono le condizioni della proroga, non sembrano, invece, tener conto delle indicazioni del tempo per le determinazioni in ordine ai reati di cui all'art. 407, comma 2, c.p.p. di cui si propone l'abrogazione.

4. Pur nella eterogeneità degli aspetti coinvolti, possono essere trattate unitariamente le proposte relative al segmento processuale costituito dalle indagini preliminari e dell'udienza preliminare che nella riforma sembrano configurarsi come un “processo nel processo”, anche nella logica della cosiddetta trazione anteriore della fase delle indagini preliminari.

In questo contesto si colloca il forte elemento di discontinuità emergente dagli emendamenti dell'Ucpi: esso è costituito da un accentuato ricorso alla

condizione di incompatibilità del giudice in relazione ad atti compiuti nel corso del procedimento.

In particolare, con l'art. 34-*quinquies* (che si vorrebbe introdurre) si prevede che il giudice che sia intervenuto per sollecitare la modificazione dell'imputazione non può rassegnare ed esentare le funzioni di giudice del medesimo procedimento.

La previsione è richiamata, come emendamento degli artt. 421, comma 1-*ter* e 423, comma 1-*quater*, c.p.p., in relazione all'intervento del gup sulla imputazione (disposizione richiamata, per omogeneità, dal comma 6 dell'art. 554-*bis* c.p.p.).

L'altro elemento che caratterizza l'intervento correttivo in fase di indagini è costituito dalla tematica che ruota attorno all'iscrizione nel registro delle notizie di reato: si ridefiniscono le condizioni del ritardo nella iscrizione soggettiva e si prevede che nel caso in cui il giudice accerti l'attribuzione di un fatto di reato ad un soggetto, indichi al p.m. anche la data dalla quale decorrono i termini delle indagini.

5. Una particolare attenzione è rivolta al tema della prova, soprattutto in ordine alle modalità della sua documentazione.

Tre i capisaldi delle proposte emendative. Innanzitutto si propone di eliminare la richiesta di documentazione da parte della persona chiamata a rendere sommarie dichiarazioni (art. 351 c.p.p.) nonché dei soggetti chiamati a rendere informazioni (art. 362 c.p.p.).

Inoltre si prescrive che la documentazione dell'attività di p.g. (art. 357 c.p.p.) e degli interrogatori (art. 373 c.p.p.) sia effettuata mediante mezzi di riproduzione audiovisiva escludendo la giustificazione della mancanza dei mezzi tecnici.

Infine, si precisa che la trascrizione della riproduzione audiovisiva o fonografica sia effettuata solo se assolutamente indispensabile per le contestazioni e le letture dibattimentali (artt. 357 e 373 c.p.p.).

Sempre in relazione al tema delle prove, si precisa che le richieste delle parti devono limitarsi ad illustrare le proprie richieste ai fini della prova così da evitare una eccessiva introduzione del loro contenuto, spesso così utilizzato, nella c.d. esposizione introduttiva, soprattutto dalla pubblica accusa (art. 493 c.p.p.).

Sul tema delicatissimo della rinnovazione della prova (soprattutto dopo la sentenza Bajrami), si precisa che la rinnovazione non si renderà necessaria solo se il giudice procederà in udienza alla visione integrale della riproduzione audiovisiva del precedente esame (art. 495, comma 4-*ter*, c.p.p.).

6. Sono riconducibili all'esercizio del diritto di difesa le modifiche al tema delle impugnazioni.

Si tratta naturalmente di un profilo nevralgico per l'esercizio del diritto di difesa. Com'è noto, infatti, si tratta del momento nel quale il processo dopo la decisione di primo grado può progredire solo se c'è l'iniziativa delle parti.

È noto che nel rito accusatorio, nel rito inquisitorio, nel rito misto, il ruolo delle impugnazioni cambia e come molte volte il riferimento alle etichette, come la scelta *favor impugnationis* oppure a condizionamenti più o meno ampi, alle opportunità di accesso, alle condizioni del rito, ai poteri cognitivi e decisori del giudice e così via in fuorviante.

Le modifiche proposte incidono su quattro aspetti del d. lgs.: sulla forma dell'impugnazione, sulla presentazione dell'atto, sull'oggetto delle decisioni in camera di consiglio senza la partecipazione delle parti, sui tempi della richiesta del concordato.

Quanto alla forma dell'atto, gli emendamenti recepiscono, anche alla luce delle difficoltà materiali che la previsione determina, le forti riserve che da subito la classe forense ha manifestato rispetto agli oneri e ai filtri indicati dal d. lgs.: il deposito dello specifico mandato ad impugnare, in caso di imputato per il quale si è proceduto in assenza, nonché la previsione della necessità di eleggere un domicilio da parte dell'imputato per la notificazione del decreto di citazione a giudizio.

Quanto alle modalità della presentazione dell'atto si ripristina espressamente la possibilità di presentare la dichiarazione da parte del difensore anche personalmente nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento, oltre all'inoltro della stessa via pec.

Va detto che la questione appare superata dopo le prime incertezze sul punto alla luce della recente circolare ministeriale.

Quanto ai tempi della richiesta del concordato si considerano, anche in relazione all'abrogazione dell'art. 602, comma 1 *bis*, c.p.p., eccessivamente ristretti i relativi termini, previsti dal legislatore per definire l'accordo con il procuratore generale, anche perché pesantemente sanzionati, tuttavia, forse sono trascurati gli esatti termini di avviso dell'udienza.

7. Una particolare attenzione è dedicata a quanto disposto in ordine agli effetti della declaratoria di improcedibilità con riferimento alla decisione sulla confisca e ai provvedimenti sui beni in sequestro (art. 578-*ter* c.p.p.).

Si propone, infatti, l'abrogazione di quella previsione, effettivamente del tutto fuori sistema, che trasferisce ad altra sede, quella della prevenzione, il provvedimento disposto in fase di cognizione, senza che possa ritenersi legittimo che senza alcuna iniziativa il provvedimento sia valutato per effetto di un inconcepibile trasferimento delle valutazioni di presupposti diversi, con il rischio che la sede del rinvio facoci comunque la valutazione della proposta che gli è attribuita dal legislatore.

8. Cercando di definire il senso delle proposte dell'Ucpi esse sembrano muoversi secondo una linea di razionalizzazione delle scelte della riforma, con la eliminazione dei soli aspetti che senza pregiudicare la struttura della stessa incidono su quegli aspetti che possono pregiudicare il ruolo della difesa attraverso vincoli e filtri ovvero che non siano funzionali a garantirne l'esercizio.



Anche se, come anticipato in esordio, le modifiche dell'Ucpi si collocano sostanzialmente nel solco della riforma Cartabia e dei principi della delega che l'ha determinata, resterebbe da chiarire se la volontà riformatrice debba muoversi nell'ambito di quanto previsto dall'art. 1, comma 4 della l. n. 134 del 2020 ove si prevede che entro due anni dall'entrata in vigore della riforma, nel rispetto della delega e con la medesima procedura, il Governo possa adottare disposizioni integrative e correttive della stessa.

In altri termini, anche per ricollegarsi con quanto è emerso nella manifestazione degli avvocati penalisti, è possibile che il Parlamento – in questo arco di tempo – possa con legge ordinaria intervenire a correggere e modificare la riforma?

Il tema non riguarda la prospettiva dell'intervento correttivo della prescrizione e dell'improcedibilità, in quanto i due profili, collocandosi al di fuori della delega, cioè nell'art. 2 della l. n. 134 del 2020 sarebbero esclusi dal raggio di azione del citato art. 1.

Quali spazi, ad esempio, potrebbero essere prospettati per una più incisiva riscrittura della giustizia riparativa, che recepisca le accentuate riserve da più parti prospettate nei confronti dell'attuale disciplina?

La risposta riguarda gli strumenti che si intendono attivare: con la procedura di cui al citato comma 4 dell'art. 1 ci si dovrà muovere nell'ambito della delega; al di fuori di questo ambito, cioè, con il percorso ordinario sarà possibile operare in termini più ampi, anche al di fuori di quanto previsto dalla l. n. 134 del 2020.



# Il furore casistico nella recente legislazione penale. In particolare: circostanze e soggettivismo\*

Antonio Cavaliere

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. La tecnica casistica nel codice Rocco e la sua controversa valutazione politico-criminale. – 2.1. Valenza repressiva della casistica nel codice Rocco. – 2.2. Valutazione politico-criminale: casistica e determinatezza. – 2.3. Inconvenienti della casistica in rapporto ad *extrema ratio*, proporzione ed offensività. – 3. La legislazione casistica emergenziale: un'elefantiasi 'a frammentazione' e/o 'a grappolo'. – 3.1. Singole norme di taglio casistico. – 3.2. Concorso di casistiche. – 3.3. Casistica e fattispecie qualificate o circostanziali. – 3.4. Cenni intorno ad ulteriori forme di manifestazione della casistica. – 3.5. Il contributo all'elefantiasi casistica proveniente dalle istituzioni europee. – 3.6. Il ruolo del d.lgs. n. 21/2018 e della 'riserva di codice'. – 4. Cause dell'elefantiasi casistica e possibili rimedi. – 5. Una conclusione parziale: abolire le circostanze, specialmente le aggravanti soggettive.

## ABSTRACT

*Il lavoro tratta della tecnica casistica nel codice Rocco, della sua valenza repressiva, dei suoi rapporti problematici con il principio di determinatezza e con altri principi costituzionali. Esamina inoltre i tratti casistici nella legislazione penale emergenziale, con particolare riferimento alle circostanze. Accenna poi al contributo alla casistica proveniente dalle istituzioni europee ed ai nessi con il tema della riserva di codice. In conclusione, vengono analizzate le cause del furore casistico dominante e proposti possibili rimedi de lege ferenda.*

*The work deals with the technique of casuistry in the Rocco Code, its repressive value, its problematic relationships with the principle of determination and with other constitutional principles. It also examines case traits in emergency criminal law, with particular reference to circumstances. He then mentions the contribution to the case studies coming from the European institutions and the links with the subject of the code reserve. In conclusion, the causes of the dominant casuistic fury are analyzed and possible remedies proposed de lege ferenda.*

## 1. Premessa.

Nel porgere i miei auguri vivissimi all'illustre e caro Collega Nicola Mazzacuva, mi scuso per le considerazioni un po' stravaganti che seguiranno, sicuramente inadeguate all'importanza dell'occasione. Peraltro, credo che sia

---

\* Il presente lavoro è destinato agli *Scritti in onore di Nicola Mazzacuva*. Ringrazio i curatori del Volume per averne autorizzato la pubblicazione.

sempre più difficile – nel “frenetico star fermi”<sup>1</sup> caratteristico della temperie postmoderna<sup>2</sup> e della perenne emergenza legislativa<sup>3</sup>, ma anche di una parte della letteratura giuridica, ai tempi delle riviste telematiche di cronaca penalistica e delle valutazioni burocratiche di produttività – approssimarsi alla profondità ed all’ampiezza di prospettive che connotano l’opera di studiosi come il nostro *Jubilar*. Se, nonostante una certa consapevolezza dei limiti del presente contributo, l’ho inviato, è perché mi è parso doveroso, quale piccolo segno di riconoscenza, ricordando specialmente quanto importante sia stata, per la mia formazione giovanile, la monografia «Il disvalore d’evento nell’illecito penale»: una pietra miliare nell’affermazione culturale del principio di offensività, ormai di riconosciuto rango costituzionale, ma bistrattato e disatteso nella prassi legislativa.

Nella parte iniziale del lavoro<sup>4</sup>, l’Autore sottoponeva acutamente a critica, quale emblema della legislazione penale emergenziale – della sua tendenza a creare sottosistemi d’eccezione, di taglio direi quasi casistico, per ‘tipi d’autore’ o di ‘nemico’, e del suo soggettivismo – anche l’aggravante della finalità di terrorismo o di eversione, art.1 co.1 d.l. n.625/1979, conv. con modif. dalla l. n.15/1980; oggi ‘incorporata’ nel codice penale all’art. 270-*bis*.1, ad opera del d.lgs. n. 1/2018. Un’aggravante legata all’atteggiamento interiore, speciale e ad effetto speciale, ‘presidiata’ da deroghe alle regole generali in tema di bilanciamento di circostanze.

Quella critica presupponeva coraggio: si trattava, infatti, di mettere in discussione un caposaldo o almeno un vessillo – allo stesso tempo ‘simbolico’ ed esasperatamente afflittivo – della normativa antiterrorismo<sup>5</sup>, che successivamente sarebbe stato impiegato pure nella legislazione antimafia, e non solo, come vedremo tra poco.

Circa quarant’anni dopo, l’inesorabile, progressivo dilagare dell’emergenzialismo è sotto gli occhi di chiunque provi a levare lo sguardo – *it’s easy if you try* – al di sopra dell’analisi di un singolo provvedimento legislativo o giudiziario<sup>6</sup>. Anzi, si tratta forse – si perdoni l’iperbole – dell’unico fenomeno che

<sup>1</sup> HABERMAS, [www.corriere.it](http://www.corriere.it), 16 luglio 2009. Le note del presente lavoro, per motivi di spazio, saranno ridotte all’essenziale.

<sup>2</sup> In cui, secondo LYOTARD, *La condizione postmoderna* (1979), Milano, 2008, 6, per effetto della «incredulità nei confronti delle metanarrazioni» la “funzione narrativa” «si disperde in una nebulosa di elementi linguistici narrativi, ma anche denotativi, prescrittivi, descrittivi, ecc., ognuno dei quali veicola delle valenze pragmatiche *sui generis*».

<sup>3</sup> MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Napoli, 1997, *passim*.

<sup>4</sup> MAZZACUVA, *Il disvalore d’evento nell’illecito penale. L’illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, 19 ss.

<sup>5</sup> Ricordo una conversazione con un geniale magistrato napoletano prematuramente scomparso, che si aspettava per certo un procedimento disciplinare nei suoi confronti, per il ‘disfattismo’ insito nel non aver applicato quell’aggravante “della metà”, che egli – a mio avviso condivisibilmente – riteneva del tutto sproporzionata, nella sua fissità, in rapporto all’accadimento concreto.

<sup>6</sup> ZAFFARONI, *Alessandro Baratta nel ricordo*, in *Crit. dir.*, 3/2013, 375: «Il mondo in cui viviamo ci

si sottrae alla presente *Unübersichtlichkeit*, all'impossibilità di abbracciare con lo sguardo l'intera materia, per la sua ipertrofia, la confusa stratificazione e differenziazione casistica.

E i problemi all'epoca 'emergenti' si ripropongono: basti pensare alla recente discussione intorno alla proposta legislativa – non approvata, ma recentemente ripresentata in termini identici – volta ad inserire negli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. una nuova 'casistica' relativa alla finalità di discriminazione «per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità»; nell'art. 604-*ter* c.p. proprio ampliando la previsione di una circostanza – ancora una volta – legata all'atteggiamento interiore, speciale e ad effetto speciale, e 'presidiata' da deroghe in tema di bilanciamento...<sup>7</sup>.

Casistica, offensività, circostanze: ai nessi tra questi ambiti tematici mi propongo di dedicare qualche spunto di riflessione.

## 2. La tecnica casistica nel codice Rocco e la sua controversa valutazione politico-criminale.

### 2.1. Valenza repressiva della casistica nel codice Rocco.

Nell'introdurre la parte speciale del suo celebre manuale, Antolisei aderiva all'opinione di coloro che stigmatizzavano come «uno dei più grandi difetti, forse il maggiore, del codice Rocco» l'impiego di una tecnica accentuatamente casistica, riferendosi soprattutto allo 'spezzettamento' delle condotte punibili tra più norme incriminatrici<sup>8</sup>. Diversamente da quanto pareva ritenere l'Autore – che poneva il problema in termini meramente tecnici, ossia di eccessiva analiticità descrittiva – la proliferazione casistica delle norme penali mi sembra fossa volta pure ad ampliare la sfera del punibile ed a colpire con inasprimenti sanzionatori i molti 'sottocasi' elevati a fattispecie autonome o a circostanze del reato. Si consideri solo la minuziosa casistica dei reati associativi politici di cui agli artt. 270, 271, 273, 274, 304 (mero accordo), 305, 306 c.p. nella versione originaria.

---

abituata a frazionare la realtà in porzioni sempre più piccole, per analizzarla meglio. Abbiamo una conoscenza ogni giorno più grande di cose più piccole. Nello stesso momento in cui ci esercitiamo per vedere meglio una parte minuscola, ci stiamo esercitando anche a non sapere niente del resto. Diventiamo acutissimi osservatori di una mattonella, ma siamo incapaci di muovere un passo sicuro al di fuori di questa». Non mancano, nella dottrina contemporanea, segni di neotecnicismo, con i consueti corollari della conservazione dell'esistente e della chiusura, strumentale ad essa, entro rigidi steccati disciplinari.

<sup>7</sup> In proposito, cfr. in part. F. PALAZZO, *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 11 gennaio 2021, con qualche cauta considerazione critica; in argomento, v. *infra*, par.5.

<sup>8</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, I, 9ª ed., Milano, 1986, 8 ss., cit. testuale 12. L'A. citava ad es. la scissione tra percosse e lesioni, la distinzione tra artt. 314 e 315 c.p. e quella tra le qualifiche soggettive di cui agli artt. 357-359 c.p. In generale, in senso parimenti critico, per tutti FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, 6ª ed., Bologna, 2021, XX-XXI.

L'acribia repressiva di taglio casistico del codice Rocco si coglieva pure nella disciplina delle circostanze aggravanti, comuni e speciali. Basti ricordare l'elencazione minuziosa e il rigore repressivo delle aggravanti ad effetto speciale del furto, art. 625 c.p.<sup>9</sup>.

Per altro verso, se si guarda alla tecnica di redazione della singola norma incriminatrice, nel codice Rocco prevaleva piuttosto l'impiego di una normazione sintetica, con ampio uso di concetti indeterminati o, addirittura, di tautologie: sotto quest'ultimo profilo, si pensi alla definizione dell'usura quale dazione o promessa di interessi "usurari", alla rissa 'descritta' come il fatto di partecipare ad una... rissa, alla partecipazione ad associazioni 'definita' come partecipazione, o al vilipendio 'descritto' come il fatto di chiunque "vilipende". Probabilmente, il ricorso all'una o all'altra tecnica, nella singola norma, era semplicemente strumentale all'ampliamento, in un modo o nell'altro, della sfera del punibile. Anche quando l'acribia si esplicava in norme definitive, si ricorreva talora ad espressioni tendenzialmente onnicomprensive o a clausole di chiusura: ad es., secondo l'art. 266 u.co. c.p., «agli effetti della legge penale, il reato si considera avvenuto pubblicamente quando il fatto è commesso: 1) [...]; 2) in luogo pubblico o aperto al pubblico o con altro mezzo di propaganda» e, comunque, «3) in una riunione che, per il luogo in cui è tenuta, o per il numero degli intervenuti, o per lo scopo od oggetto di essa, abbia carattere di riunione non privata». Insomma, è pubblica ogni riunione "non privata"<sup>10</sup>.

Alla specificazione casistica si ricorreva, dunque, specialmente per colmare ogni possibile dubbio circa una lacuna – ad esempio, è punibile come reato associativo anche la mera cospirazione politica? Occorre chiarirlo: si introduca, dunque, una figura di reato *ad hoc*, anzi, meglio due! – o per minacciare un ulteriore giro di vite repressivo, ad esempio, per il furto con destrezza o per quello del bagaglio..

Ad ogni modo, come vedremo, la legislazione repubblicana, specie quella recente, giunge a livelli casistici forse anche più ossessivi. Ma, prima, occupiamoci della valutazione politico-criminale – nel senso della conformità ai principi costituzionali del diritto penale – dell'impiego di tale tecnica legislativa.

## 2.2. Valutazione politico-criminale: casistica e determinatezza.

Naturalmente, sotto il profilo teleologico si presenta in primo luogo il problema se la tecnica casistica garantisca una maggior conformità della descrizione del fatto di reato al principio di tassatività/determinatezza. Al riguardo, l'autorevole opinione più nettamente favorevole all'impiego di tale tecnica le-

<sup>9</sup> In argomento, cfr. per tutti MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 13 ss.

<sup>10</sup> Si consideri anche, ad esempio, la definizione di "violenza sulle cose", che si estende fino a comprendere l'ipotesi in cui ne è semplicemente "mutata la destinazione", art. 392 co.2 c.p.

gislativa in materia penale mi pare quella secondo cui «il più elevato grado di precisione è assicurato dalla tecnica casistica, cioè dalla descrizione analitica di specifici comportamenti, oggetti, situazioni. Si pensi, ad esempio, alla norma sulle lesioni personali gravissime: l'art. 583 co. 2 stabilisce [...]. L'unico costo di un ricorso indiscriminato alla tecnica casistica è l'elefantiasi della legislazione penale [...]. Quanto invece al rilievo che l'adozione di quella tecnica, comportando la presenza di lacune, esporrebbe il giudice alla perenne 'tentazione' di colmare le lacune attraverso l'analogia, va sottolineato con forza che quella tentazione è neutralizzata dal divieto di applicazione analogica delle norme penali ex artt. 14 Preleggi e 1 c.p. Solo il legislatore è legittimato a riempire le lacune: e in effetti il legislatore italiano è più volte intervenuto per disciplinare nuovi fenomeni non riconducibili sotto i 'casi' contemplati dalla precedente legislazione [...]»<sup>11</sup>. Gli illustri Autori contrappongono alla casistica il «ricorso a **clausole generali**, cioè a formule sintetiche comprensive di un gran numero di casi, che il legislatore rinuncia ad enumerare e specificare»: a tale tecnica è «invece connaturato» «un rischio di imprecisione», ma si tratterebbe di una tecnica «legittima», a condizione che i termini sintetici impiegati dal legislatore consentano una sufficiente certezza, anche, come sostenuto dalla Corte costituzionale, mediante «formule elastiche»<sup>12</sup>.

Tale orientamento non risulta a mio avviso condivisibile. In primo luogo, appare rigida e, perciò, fuorviante la contrapposizione binaria tra casistica e clausole generali: ovviamente *tertium datur*, e cioè una normazione sintetica, mediante concetti di genere e specie, descrittivi o normativi. Nella disposizione «Chiunque cagiona la morte di un uomo», il termine «cagiona», diversamente dall'opinione di cui si discute, non mi pare che rappresenti una «clausola generale», ma una formula sintetica; così come il termine «malattia» nella lesione personale non costituisce una clausola generale, bensì un concetto che consente di non elencare in modo casistico le singole malattie...

In secondo luogo – senza poterci addentrare qui, come sarebbe necessario, in complessi problemi linguistici<sup>13</sup> – mi pare si possa rilevare agevolmente che la precisione della descrizione 'mediante casi' sia tutt'altro che scontata; essa pare dipendere, invece, da almeno due fattori, intimamente connessi.

<sup>11</sup> MARINUCCI - DOLCINI - GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 9ª ed., Milano, 2020, 71-72.

<sup>12</sup> MARINUCCI - DOLCINI - GATTA, *op. cit.*, 72, ove viene fatto l'esempio del termine «cagionare» nell'omicidio e nelle lesioni. Suscita, incidentalmente, riserve l'accettazione di formule «elastiche» nelle norme incriminatrici, laddove il concetto stesso di «elasticità» risulta indeterminato, in particolare nella sua distinzione dagli elementi «vaghi» o «indeterminati»: ad es. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 11ª ed., Milano, 2020, 73, include tra gli elementi «elastici», ma non indeterminati – e dunque, secondo l'Autore, compatibili con il principio di determinatezza/tassatività – ad esempio il termine «rissa», il «tempo di notte» e, in via di principio «tutti gli elementi normativi... soprattutto extragiuridici [...] però facilmente individuabili...». Non a caso, l'A. prospetta un'ampia casistica di elementi elastici e dunque legittimi ed una alquanto ristretta, invece, di elementi indeterminati.

<sup>13</sup> In argomento, cfr. per tutti HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica* (1968), a cura di CARLIZZI, Napoli, 2008, 71 ss. e *passim*; DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 74 ss.

Il primo è l'univocità dei singoli termini impiegati; e qui ci si affaccia su un abisso. Infatti, ad esempio, l'espressione casistica "lancia un sasso" – dal cavalcavia, magari: si ricorderà che qualche anno fa si propose di introdurre un'incriminazione *ad hoc* –, non è affatto più precisa, attesa la molteplicità delle modalità che abbraccia – dannose, pericolose oppure innocue –, a confronto con le espressioni sintetiche "percuote", art. 581 c.p. (espressione sintetica, nel senso che potrebbe trattarsi di calcio, pugno, schiaffo, oppure proprio del colpire mediante il lancio di oggetti), o "cagiona una lesione", art. 582 c.p. Piuttosto, l'espressione "lancia un sasso" guarda solo alla condotta, prescindendo dall'offensività, diversamente dal termine "percuote" – che, almeno, presuppone che il colpo vada a segno – e, ovviamente, soprattutto da quello "cagiona una lesione": sul punto tornerò tra breve.

Un secondo fattore che incide sulla precisione di un'espressione casistica – o di un elenco di casi – consiste nella sua ragionevolezza intrinseca, nella sua congruità in rapporto ad una *ratio*. Ogni descrizione di taglio casistico rischia di ingenerare incertezza nel destinatario: i singoli casi saranno, magari, "precisi", e tuttavia spesso la descrizione non è "chiara", nel senso che non si capisce, non è "chiaro" perché proprio quel determinato caso sia punibile e l'altro no. Ciò induce fatalmente l'interprete ad interrogarsi, innanzitutto, come accennato, sul significato del termine descrittivo riferito al singolo "caso": ad esempio, lo stesso termine "percuote" è espressione sintetica per un verso, ma casistica per l'altro, perché si punisce appunto chi "percuote", e non – parrebbe – chi spinge oppure graffia una persona, o le tira i capelli. Ma, allora, l'interprete si chiederà: bisogna intendere il "percuotere" come comprensivo di tali condotte, nonostante manchi in esse, secondo il tenore letterale, proprio la "percossa", il battere o colpire<sup>14</sup>? Ecco quindi affiorare il rischio dell'analogia; ed infatti in giurisprudenza è pacifico che "percuotere", nell'art.581 c.p., non significhi solo "percuotere", ma comprenda anche la spinta o il tirare i capelli<sup>15</sup>, perché queste condotte hanno in comune con le altre – ecco l'*eadem ratio*, che ispira l'analogia giurisprudenziale 'occulta'! – il "far male", senza però cagionare la lesione personale di cui all'art.582 c.p. L'irragionevolezza, sul piano teleologico, della selezione normativa di uno specifico 'caso' crea quindi incertezza ed induce a ragionamenti di tipo analogico.

Quando, poi, il destinatario o l'interprete si trovano davanti ad un elenco di casi, l'incertezza cresce, sotto vari profili, di cui dirò più avanti, ed in particolare uno: per intendere il significato di ciascuno dei termini usati nell'elenco, li si porrà in relazione tra loro, ovvero, si cercherà una *ratio* che li accomuna... e questo, direbbe Beccaria, sarà un "argine rotto al torrente delle opinioni", vale a dire, indurrà fatalmente a procedimenti di tipo analogico. La replica secondo cui tale obiezione sarebbe inconsistente, perché l'analogia è vieta-

<sup>14</sup> Si veda ad es. la definizione di "percossa" e "percuotere" in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>15</sup> Cfr. ad es. BASILE, Art. 581, in DOLCINI - MARINUCCI (a cura), *Codice penale commentato*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 2006, 3840.



ta, non appare affatto rassicurante, vista la nota tendenza giurisprudenziale a contrabbandare l'analogia per interpretazione estensiva<sup>16</sup>; e si tenga conto che nelle ipotesi di cui si discute il legislatore, proprio affastellando casi, spinge il giudice verso un procedimento analogico in rapporto a casi-limite oppure 'irragionevolmente' non considerati.

Di ciò il legislatore stesso è talvolta consapevole, tanto da autorizzare espressamente la punibilità di "casi analoghi", simili, "altri": e qui l'opinione di cui si discute mi pare incorra in una contraddizione. Infatti, da un lato si difende la legislazione casistica affermando che l'analogia sia vietata; dall'altro, però, si ammette espressamente che il legislatore possa autorizzare l'analogia, quando le elencazioni casistiche siano "omogenee" e dunque lascino cogliere la *ratio* della norma<sup>17</sup>. In tal modo, la possibilità di procedere per analogia in rapporto ad elencazioni casistiche viene rimessa nelle mani del giudice, il quale, oltretutto, deciderà se ritenere l'elencazione legislativa "omogenea" o meno e, di conseguenza, se integrarla mediante l'analogia<sup>18</sup>. A prescindere da ciò, l'idea secondo cui il legislatore possa autorizzare l'analogia in rapporto ad elencazioni 'omogenee' sarebbe accettabile soltanto qualora il relativo divieto fosse disponibile dallo stesso legislatore; ma, al contrario, esso ha rango costituzionale e, dunque, vincola pure il legislatore, che non può autorizzare tale procedimento ermeneutico<sup>19</sup>, neppure - contrariamente all'opinione criticata - a mo' di clausola di chiusura in rapporto ad elencazioni casistiche 'omogenee'.

La pretesa superiorità della tecnica casistica sul piano della determinatezza appare quantomeno dubbia, ogni volta che una norma incriminatrice imperniata su un elenco di casi dà luogo a controversie interpretative relative ai rapporti tra le singole ipotesi<sup>20</sup>, foriere di incertezza del diritto. Ad es., in rapporto all'art. 612-*bis* co.1 c.p., appare evidente la problematicità della distinzione tra lo "stato di ansia" e quello, previsto alternativamente, "di paura", nonché tra entrambi e il "timore" menzionato poco oltre: qui, all'incertezza dovuta all'impiego di una 'casistica' di stati emotivi interiori, si aggiunge quella derivante da una formulazione che obbliga l'interprete a definire - o,

<sup>16</sup> Cfr. fra gli altri spec. G. CONTENTO, *Interpretazione estensiva e analogia*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 8 ss.

<sup>17</sup> MARINUCCI - DOLCINI - GATTA, *op. cit.*, 85-86.

<sup>18</sup> MARINUCCI - DOLCINI - GATTA, *op. cit.*, 86, citano l'esempio della formula "altro disastro" di cui all'art. 434 c.p., la cui legittimità è stata ravvisata dalla Corte cost. con sent. n. 327/2008, ritenendo che «l'altro disastro... è un accadimento sì diverso, ma comunque omogeneo sul piano delle caratteristiche strutturali rispetto ai disastri contemplati negli altri articoli compresi nel capo...». Appare peraltro evidente il carattere ampiamente discrezionale di una tale valutazione 'conservativa' dell'art. 434 c.p. ad opera della giurisprudenza, sia pure costituzionale.

<sup>19</sup> Come sostengono, in via di principio, proprio MARINUCCI - DOLCINI - GATTA, *op. cit.*, 85.

<sup>20</sup> ANTOLISEI, *op. loc. cit.*, considerava questo il maggiore inconveniente della casistica, specie nei rapporti tra più norme; peraltro, la critica si dirigeva non proprio verso la 'casistica', quanto verso l'«eccessiva specificazione della legge» ed in quanto tale appare ambigua nelle finalità politico-criminali, per la possibile tensione con il principio di determinatezza.

più realisticamente, ad inventarsi – le relative differenze. Oppure, sempre in riferimento ad una singola norma incriminatrice, si pensi ai rapporti, in reati associativi come quello di cui all'art. 270-*bis* c.p., tra le condotte di chi “promuove, costituisce, organizza, dirige o finanzia” l'associazione: qui, a parte i problemi di delimitazione sia tra tali concetti, sia in rapporto alla diversa ipotesi-base della partecipazione, viene in evidenza il problema se sia configurabile un concorso di reati qualora un associato svolga più ruoli. In proposito, viene invocata quale dirimente la classica distinzione tra “disposizione a più norme” e “norma a più fattispecie”: ma tale distinzione, si afferma, costituisce «un problema di interpretazione, dovendosi stabilire se la legge resti indifferente o meno alla realizzazione congiunta di più ipotesi... Problema spesso arduo, da risolversi norma per norma»<sup>21</sup>. Ecco dunque consegnata al “prudente apprezzamento del giudice” un'enorme discrezionalità – traducibile in termini di anni di reclusione in più o in meno - del tutto incompatibile con la funzione precipua del principio di determinatezza, ossia quella di limitare l'arbitrio del potere giudiziario.

L'indeterminatezza connessa alla tecnica casistica riguarda anche i rapporti tra più incriminazioni, dando luogo a fenomeni di tipicità plurima<sup>22</sup> e di contrasti interpretativi relativi alla configurabilità di un concorso di reati. È il caso, ad esempio, dei rapporti tra banda armata e associazioni con finalità di terrorismo, laddove, com'è noto, un risalente e diffuso orientamento ritiene configurabile l'ipotesi di una banda armata costituita al fine di realizzare un'associazione terroristica: ossia un reato associativo rivolto allo scopo di costituire un'associazione...<sup>23</sup>.

### 2.3. Inconvenienti della casistica in rapporto ad *extrema ratio*, proporzione ed offensività.

La tecnica casistica non appare, dunque, affatto in grado di assicurare esiti conformi a determinatezza. Ma, per di più, essa presenta gravi inconvenienti sul piano dell'*extrema ratio*, della proporzione e, in particolare, dell'offensività. Sotto il primo profilo, la stessa opinione favorevole, poc'anzi ricordata, prospetta il rischio di “elefantiasi” della legislazione penale. Un tale gigantismo non concerne semplicemente la ‘lunghezza’ di una singola norma incriminatrice, per quanto disposizioni quali l'art. 73 d.P.R. n. 309/1990, che rende punibile «chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in

<sup>21</sup> MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 509.

<sup>22</sup> Cfr. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art.25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitati alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, 217 ss.; MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 112 ss.

<sup>23</sup> Criticamente in proposito spec. DE VERO, *Banda armata e delitti politici di associazione: profili sistematici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 310 ss.

transito, consegna per qualunque scopo sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alla tabella I prevista dall'articolo 14», tolgano letteralmente il respiro, oltre a dar luogo ad una serie di elaborazioni e distinzioni ermeneutiche contrastanti. L'elefantiasi coinvolge, come si è ricordato in rapporto ai reati associativi contro la "personalità dello Stato", i rapporti tra più norme incriminatrici. Lo 'spezzettamento' casistico delle norme incriminatrici nel codice Rocco è strumentale anche all'ampliamento della sfera del punibile: per rimanere all'esempio 'classico' dei reati associativi, affiancare all'associazione per delinquere ipotesi di associazioni "sovversive", art. 270 c.p., o di "cospirazione mediante accordo", art. 304 c.p., serviva ad ampliare ed anticipare esasperatamente la punibilità per reprimere il mero dissenso politico collettivo. Ma si pensi pure, ad esempio, allo spezzettamento delle falsità in atti, con il corollario dell'estensione della punibilità alle varie ipotesi di falsità in scrittura privata, solo recentemente depenalizzate. Un legislatore casistico, aggiungendo ipotesi su ipotesi, ricerca una tendenziale onnicomprensività, mirando a coprire ogni possibile lacuna - l'opposto di un diritto penale davvero frammentario -; e, se non è sicuro di averla coperta, aggiunge, quale 'asso pigliatutto', il riferimento ai "casi simili"<sup>24</sup>.

Dal punto di vista del principio di proporzione, la frammentazione casistica all'interno di una singola norma incriminatrice o nei rapporti tra norme diverse, nel moltiplicare artificialmente le possibilità di concorso di reati, dà luogo ad un frequente e ben noto rischio di violazione del *ne bis in idem* sostanziale. Non occorre soffermarsi oltre sul punto; mi preme invece porre in evidenza gli inconvenienti della tecnica casistica sul piano dell'offensività.

Partiamo dall'esempio ipotetico di una norma che renda punibile chiunque «lancia sassi dal cavalcavia». Una fattispecie ritagliata su quel 'caso' risulterebbe, per un verso, irragionevole sul piano dell'offensività e, per l'altro, violerebbe tale principio. Infatti, sotto il primo profilo, quella fattispecie non includerebbe un lancio di sassi altrettanto pericoloso, o, in ipotesi, lesivo o addirittura mortale, solo perché non è avvenuto "dal cavalcavia": il lancio di sassi da un altro tipo di ponte, dall'alto dell'uscita di una galleria, dal ciglio della strada, etc. Si tratterebbe di un'irragionevolezza sconcertante. Sotto il secondo profilo, il lancio di sassi, naturalmente, può uccidere il conducente di un veicolo (con dolo, preterintenzione o colpa...), o ferirlo, oppure danneggiare il veicolo, o anche essere del tutto inidoneo ad offendere perché, ad esempio, avviene su una strada chiusa al traffico: quella fattispecie, dunque, equiparerebbe offese assai diverse e renderebbe punibili condotte inoffensive.

Ebbene, la tecnica casistica reca con sé il rischio dell'equiparazione di condotte lesive ed innocue; di condotte gravemente e lievemente offensive;

<sup>24</sup> D. ALIGHIERI, *La Divina Commedia, Inferno*, Canto XI, 57-60: «...onde nel cerchio secondo s'anida / ipocresia, lusinghe e chi affattura, / falsità, ladroneccio e simonia, / ruffian, baratti e simile lordura».

del tentativo alla consumazione; dell'istigazione o del mero accordo alla realizzazione del fatto che ne è oggetto.

Facciamo qualche esempio, cominciando dall'art. 73 t.u. stupefacenti: la 'coltivazione' comprende quella su larga scala e quella domestica di una striminzita piantina, e sono stati necessari anni ed anni di contrasti giurisprudenziali per arrivare – almeno fino a quando il diritto vivente, così amato dai 'realisti' giuridici, non muterà indirizzo politico-criminale – ad escludere la punibilità della coltivazione di sostanza in quantità esigua<sup>25</sup> oppure addirittura 'non drogante', cioè del tutto inoffensiva. Sempre nell'art. 73 t.u., il termine "offre" designa un tentativo di vendere o cedere, irragionevolmente equiparato a tali condotte.

Altro esempio: l'equiparazione tra farsi "dare" e "promettere" interessi usurari, art. 644 c.p., mette sullo stesso piano il danno patrimoniale e l'accordo su quel futuro danno. Tutte le ipotesi di equiparazione di dazione e promessa – sì, anche quelle in materia di corruzione, concussione e art. 319-*quater* c.p. –, risultano problematiche, in quanto pongono sullo stesso piano casi ben diversi sotto il profilo dell'offensività. Tuttavia, per lo più ciò passa inosservato, oppure viene motivato con artifici in materia di bene giuridico – per esempio, secondo la concezione giuridica di patrimonio l'offesa si realizza già con la promessa in quanto atto di disposizione, e la successiva dazione diviene un *post factum* irrilevante<sup>26</sup> – o con altri *escamotages* tecnicistici, come quelli volti a legittimare la punibilità del mero accordo non eseguito. È il caso della categoria dei "reati-accordo" o "reati-contratto", il cui recente emblema è costituito dall'art. 416-*ter* c.p., scambio elettorale politico-mafioso, come modificato dall'art. 1 co.l. n. 43/2019: «Chiunque accetta [...] la promessa di procurare voti [...] in cambio dell'erogazione o della promessa di erogazione [...] o in cambio della disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa [...]»<sup>27</sup>. Posto di fronte ad un'ipotesi in cui viene punito il mero accordo criminioso, ovvero lo scambio di promesse e disponibilità, l'interprete dovrebbe rilevarne il contrasto con il principio di offensività: se, tuttavia, si orienta in senso tecnicistico, ignorerà quel contrasto, si ridurrà a mero esegeta ed eleverà il "reato-accordo" (o "reato-contratto") a categoria 'tecnica' o dogmatica. Il metodo è lo stesso seguito dalla quella autorevole parte della dottrina che ammette reati "senza offesa"<sup>28</sup>: un tecnicismo giuridico monco, perché mette 'tra parentesi' la Costituzione, fornendo

<sup>25</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2019 (dep. 16 aprile 2020), n. 12348, con nota di E. CONTIERI, in <https://www.penaledp.it/coltivazione-di-piante-da-cui-sono-ricavabili-sostanze-stupefacenti/>.

<sup>26</sup> Su tale implicazione della concezione giuridica di patrimonio, cfr. da ultimo nella manualistica FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. II, Tomo II, 7<sup>a</sup> ed. Bologna, 2015, 23.

<sup>27</sup> In argomento, in precedenza, cfr. per tutti G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma 2017, nonché, volendo, il nostro *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, in MOCCIA (a cura di), *Trattato di diritto penale, V, Delitti contro l'ordine pubblico*, Napoli, 2007, 639 ss.

<sup>28</sup> Cfr. spec. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 11<sup>a</sup> ed., Milano 2020, 201-202, 228 ss.

indebitamente avallo a norme penali di impronta autoritaria, incentrate sulla mera disobbedienza. Anziché rilevare che una norma incriminatrice viola il principio di offensività, la si legittima in termini di ‘deroga’ a tale principio; ma allora, per coerenza, si dovrebbe riconoscere pure che ‘esistono’ – ed indubbiamente, *de lege lata*, è proprio così! – reati senza “responsabilità penale personale”, che ‘derogano’ all’art. 27 co. 1, per finalità di prevenzione generale; ma anche reati “senza legalità”, e magari “pene senza rieducazione” o senza “senso di umanità”...

Manca ancora un esempio di inconvenienti della casistica relativi all’equiparazione tra istigazione e consumazione. Se la memoria non m’inganna, il codice del 1930 non arrivava a tanto; bisogna attendere la legislazione repubblicana, successivamente ‘codificata’. Ecco la perla. Art. 604-*bis* c.p.: «È punito [...] chi [...] istiga a commettere o commette atti di discriminazione [...]», oppure «istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza [...]»; laddove gli atti di “provocazione alla violenza” potrebbero ben consistere in istigazioni, con il risultato di equiparare al “commettere violenza” l’istigare a commettere atti di... istigazione alla violenza.

### 3. La legislazione casistica emergenziale: un’elefantiasi ‘a frammentazione’ e/o ‘a grappolo’.

La recente legislazione penale sembra aver perso la bussola politico-criminale e si stratifica prevalentemente disseminando ovunque frammenti, più o meno grandi; una sorta di *spamming* normativo. Ma, anche quando si cerca di riordinare sottosistemi, ciò avviene solo parzialmente, talora introducendo ulteriori complicazioni ed aporie<sup>29</sup> e comunque confermando la mancanza di una compiuta visione d’insieme<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Si pensi, ad esempio, alle riforme in tema di corruzione e ai problemi ermeneutici derivanti dall’introduzione delle nuove fattispecie di induzione indebita di cui all’art. 319-*quater* c.p. e di traffico di influenze, art. 346-*bis* c.p. In argomento, cfr. per tutti egregiamente MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, 120 ss.

<sup>30</sup> L’esempio delle numerose leggi svuotacarceri emanate a partire dal 2010, pur non prive di singoli aspetti positivi (in particolare, una sia pur limitata depenalizzazione intervenuta con i d.lgs. nn. 7 e 8/2016), appare eloquente. Anche la recente riforma Cartabia finisce per ridurre l’obiettivo dell’efficienza del sistema penale alla sola deflazione procedimentale, rinunciando ad incidere seriamente sulle cause strutturali del sovraccarico dell’amministrazione della giustizia penale e del sovraffollamento carcerario, mediante una seria depenalizzazione e l’introduzione – che pure era stata proposta dalla Commissione Lattanzi – di nuove sanzioni principali non detentive. In argomento, mi sia consentito rinviare a *Considerazioni ‘a prima lettura’ su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it), fasc. n. 3/2021, 451 ss.

### 3.1. Singole norme di taglio casistico.

Il metodo casistico viene impiegato, più che in passato, nella redazione di singole norme. Un esempio aberrante è costituito dall'art.589-*bis* c.p., omicidio stradale<sup>31</sup>. Dopo la fattispecie-base – la cui introduzione rappresenta l'esito di una 'autonomizzazione' di quella che era una circostanza aggravante dell'omicidio colposo – vengono introdotte tre fattispecie autonome qualificate – così sembra doversi ritenere, in base ad alcuni indici testuali – relative a casistiche diverse. Tra i tanti possibili rilievi critici, si consideri la previsione – assolutamente irragionevole sul piano dell'indebita equiparazione di modalità di condotta molto diverse – della stessa pena della reclusione da otto a dodici anni per l'uccisione colposa di una persona, sia che il conducente presenti una lieve "alterazione psichica" conseguente all'assunzione di uno spinello, sia che risulti ubriaco fradicio, con un tasso alcolemico superiore a 1,5 gr. per litro. Ma l'ossessione casistica risulta evidente nell'elencazione di cui ai nn.1, 2 e 3 del co.5, laddove, ad esempio, non si comprende perché l'ipotesi dell'inosservanza del semaforo rosso valga solo per l'attraversamento di un'"intersezione": non è forse ugualmente grave ignorare il semaforo e

<sup>31</sup> Ne riporto, in parte, il chilometrico testo per 'comodità' del lettore:

«Chiunque cagioni per colpa la morte di una persona con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale è punito con la reclusione da due a sette anni.

Chiunque, ponendosi alla guida di un veicolo a motore in stato di ebbrezza alcolica o di alterazione psico-fisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope ai sensi rispettivamente degli articoli 186, comma 2, lettera c), e 187 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, cagioni per colpa la morte di una persona, è punito con la reclusione da otto a dodici anni. La stessa pena si applica al conducente di un veicolo a motore di cui all'articolo 186-*bis*, comma 1, lettere b), c) e d), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, il quale, in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera b), del medesimo decreto legislativo n. 285 del 1992, cagioni per colpa la morte di una persona.

Salvo quanto previsto dal terzo comma, chiunque, ponendosi alla guida di un veicolo a motore in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera b), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, cagioni per colpa la morte di una persona, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.

La pena di cui al comma precedente si applica altresì:

- 1) al conducente di un veicolo a motore che, procedendo in un centro urbano ad una velocità pari o superiore al doppio di quella consentita e comunque non inferiore a 70 km/h, ovvero su strade extraurbane ad una velocità superiore di almeno 50 km/h rispetto a quella massima consentita, cagioni per colpa la morte di una persona;
- 2) al conducente di un veicolo a motore che, attraversando un'intersezione con il semaforo disposto al rosso ovvero circolando contromano, cagioni per colpa la morte di una persona;
- 3) al conducente di un veicolo a motore che, a seguito di manovra di inversione del senso di marcia in prossimità o in corrispondenza di intersezioni, curve o dossi o a seguito di sorpasso di un altro mezzo in corrispondenza di un attraversamento pedonale o di linea continua, cagioni per colpa la morte di una persona.

Nelle ipotesi di cui ai commi precedenti la pena è aumentata se il fatto è commesso da persona non munita di patente di guida o con patente sospesa o revocata, ovvero nel caso in cui il veicolo a motore sia di proprietà dell'autore del fatto e tale veicolo sia sprovvisto di assicurazione obbligatoria. [...]».

falciare il pedone che attraversa le strisce pedonali? E non è altrettanto grave uccidere qualcuno con un impatto frontale, per aver proseguito la corsa nonostante il semaforo rosso collocato all'imbocco di un senso unico alternato, magari disposto per lavori in corso? Si giustifica, in rapporto a tali esempi, la differenza di cornice edittale tra quella da 2 a 7 anni per il reato-base e quella da 5 a 10 anni per l'ipotesi qualificata (con minimo edittale più che raddoppiato)? E perché mai la pena per chi cagiona la morte di una persona mediante un tamponamento dovuto all'inosservanza della distanza di sicurezza, ma avendo fumato una minima quantità di cannabis, è la reclusione da 8 a 12 anni, mentre quella per chi, perfettamente sobrio, uccide taluno sfrecciando con il semaforo rosso ad un incrocio è la reclusione da 5 a 10 anni, oppure 'soltanto' da 2 a 7 nei casi poc'anzi ipotizzati?

Un altro esempio piuttosto avvilente di norma incriminatrice di taglio casistico è l'art. 613-*bis* co. 1 c.p., in tema di tortura: «Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona». Non intendo soffermarmi sulla questione relativa a come si distinguano le violenze gravi da quelle non gravi; le sofferenze fisiche acute dalle subacute; il trauma psichico verificabile dal non verificabile – del resto, se non lo è, non dovrebbe mai rilevare in un diritto penale del fatto! –; o sulla questione relativa a come si differenzino, non dico custodia e “potestà” (*rectius*, direi, responsabilità genitoriale), ma “vigilanza” e “controllo”, cura ed assistenza. E neppure vale la pena di chiedersi se si debba proprio scrivere “punito con la pena della reclusione” anziché semplicemente “punito con la reclusione”, quasi che qualcuno possa considerare la reclusione una sanzione amministrativa, oppure magari premiale; né, tantomeno, vale la pena di chiedersi se un trattamento inumano e degradante possa esserlo per altro se non per la dignità.

Solo su un punto vorrei, invece, richiamare l'attenzione: la tecnica casistica della disposizione finisce con l'equiparare fatti molto diversi – e già punibili ad altro titolo, con conseguenti aporie e sovrapposizioni –; e, per altro verso, crea lacune probabilmente non volute dal legislatore.

Sotto il primo profilo, viene punito con la reclusione da 4 a 10 anni, pena più grave di quella prevista per le lesioni gravi (da 3 a 7 anni), chi, ad esempio, con due minacce (“più condotte”) cagiona un trauma psichico ad un malato; ma la stessa pena si applica a chi, con ripetute violenze, tali da integrare addirittura trattamenti inumani, cagiona acute sofferenze fisiche, oltre al trauma psichico. In entrambi i casi, comunque, la fattispecie-base presuppone che non vi siano lesioni personali, perché tale ipotesi configura una circostanza aggravante, art. 613-*bis* co. 4 c.p.; il che vuol dire che il trauma psichico dev'essere qualcosa di meno della “malattia... nella mente” cui fa

riferimento l'art. 582 c.p.: ma allora non si comprende perché la pena prevista sia all'incirca il triplo (!) di quella prevista per le lesioni personali, ovvero la reclusione da sei mesi a tre anni...

Sotto il profilo delle lacune involontarie, va posto nel debito rilievo che questa disposizione, così minuziosamente casistica, così acribica, non sarebbe stata applicabile alla famigerata "macelleria messicana" della scuola Diaz, vale a dire alle gravissime violenze di polizia realizzate la notte del 21 luglio 2001 in occasione del G8 di Genova! Infatti, gli attivisti, tra cui il sig. Cestaro - il ricorrente alla Corte EDU in relazione alle lesioni riportate in quell'occasione, per cui l'Italia fu condannata per la prima volta<sup>32</sup> -, massacrati di botte da uomini che dovrebbero rappresentare lo Stato, non erano "privati della libertà", né "affidati" ad alcuno, né in condizioni di minorata difesa, come richiesto dall'art. 613-*bis* c.p. Per di più, una singola manganellata che abbia rotto il setto nasale o una mandibola, oppure spezzato una vertebra ad "una persona" quella notte può non essere stata commessa "mediante più condotte"; e non saprei dire se, per quanto aberrante, essa si possa definire «un trattamento inumano o degradante per la dignità»...

### 3.2. Concorso di casistiche.

Gli esempi potrebbero continuare; ma è tempo di rivolgere l'attenzione a quell'ulteriore connotato della recente legislazione emergenziale che consiste nel sovrapporre più disposizioni di taglio casistico, talora enfatizzando la gravità e dunque l'autonomia di ipotesi speciali già rientranti in una fattispecie-base - è il caso dell'omicidio stradale, quale specie dell'omicidio colposo -, talaltra moltiplicando le ipotesi già da tempo segnalate di "tipicità plurima", al di fuori di un rapporto di specialità.

Si pensi, in proposito - oltre che alla ricordata introduzione della fattispecie di induzione indebita di cui all'art. 319-*quater* c.p. - ai problemi di delimitazione tra due norme caratterizzate ciascuna da una notevole farraginosità

---

<sup>32</sup> Corte EDU, IV Section, Affaire Cestaro c. Italie, 7 avril 2015, reperibile in <https://hudoc.echr.coe.int/>.



casistica: artt. 600<sup>33</sup> e 603-bis c.p.<sup>34</sup>, nonché tra le stesse e la fattispecie di

<sup>33</sup> «Art. 600 c.p. (*Riduzione o mantenimento in servitù o in schiavitù*). Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento ovvero a sottoporsi al prelievo di organi, è punito con la reclusione da otto a venti anni.

La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona».

I rapporti tra l'articolo appena citato e l'art. 603-bis c.p. - il cui testo è riportato nella nota successiva - appaiono complicati ed irragionevoli soprattutto se si tiene presente l'ipotesi aggravata di cui al co. 2 di quest'ultimo: v'è da chiedersi, infatti, quale sia la differenza tra il mantenere una persona "in stato di soggezione continuativa" "mediante violenza o minaccia", "costringendola a prestazioni lavorative" (art. 600 c.p.), e "l'impiegare manodopera" "sottoponendo un lavoratore", "mediante violenza o minaccia", a "condizioni di sfruttamento" (art. 603-bis co.2 c.p.). E c'è da chiedersi perché mai nel primo caso la sanzione sia la reclusione da 8 a 20 anni e nel secondo quella da 5 a 8 anni...

Ma ormai sembra che ci si sia talmente rassegnati all'affastellarsi casistico della legislazione, da mettere subito da parte la critica e passare al commento, all'elaborazione di un'*opinio doctorum* magari sofisticata, ma che rischia di rimanere solipsistica; oppure alla contemplazione della cosiddetta 'tassativizzazione' giurisprudenziale di disposizioni malamente redatte. La scienza della legislazione sembra non interessare più a molti.

<sup>34</sup> In questo caso, la complicazione casistica risiede in particolare nell'elenco di indici di cui al terzo comma, come si dirà tra breve. Si riporta il testo normativo per comodità del lettore:

«Art. 603-bis c.p. (*Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*).

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da 500 a 1.000 euro per ciascun lavoratore reclutato, chiunque:

- 1) recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori;
- 2) utilizza, assume o impiega manodopera, anche mediante l'attività di intermediazione di cui al numero 1), sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno.

Se i fatti sono commessi mediante violenza o minaccia, si applica la pena della reclusione da cinque a otto anni e la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato.

Ai fini del presente articolo, costituisce indice di sfruttamento la sussistenza di una o più delle seguenti condizioni:

- 1) la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato;
- 2) la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie;
- 3) la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro;
- 4) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti.

Costituiscono aggravante specifica e comportano l'aumento della pena da un terzo alla metà:

- 1) il fatto che il numero di lavoratori reclutati sia superiore a tre;
- 2) il fatto che uno o più dei soggetti reclutati siano minori in età non lavorativa;
- 3) l'aver commesso il fatto esponendo i lavoratori sfruttati a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro».

maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p., che nel tenore attuale risulta applicabile a «chiunque [...] maltratta una persona [...] sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte»<sup>35</sup>.

Un fenomeno di elefantiasi di taglio casistico – diciamo 'a grappolo' – può risultare, talora, dall'incapacità di 'assorbire' mediante una corretta tecnica legislativa un'evoluzione tecnologica, sociale o culturale. Come un cattivo bibliotecario che si trovi di fronte ad una serie di nuove acquisizioni relative ad uno stesso argomento che non sa ancora 'catalogare' finisce o per disperderle nelle categorie più disparate, oppure per creare un nuovo genere laddove si tratta, invece, di una *species* di *genera* già classificati – ed in tal modo finisce per rendere confusa ed arbitraria la catalogazione –, così talora il legislatore moltiplica le fattispecie disperdendole disordinatamente, oppure crea interi nuovi titoli, laddove sarebbe sufficiente inserire poche fattispecie autonome all'interno dei titoli già esistenti; ed in tal modo contribuisce all'elefantiasi casistica. Se non erro, quest'ultima ipotesi ricorre in rapporto alla recente riforma in materia di tutela penale del patrimonio culturale, che ha inserito nel Libro II del codice penale un Titolo VIII-*bis* (artt. 518-*bis* – 518-*undecies* c.p., di cui tredici articoli contenenti norme incriminatrici): com'è stato condivisibilmente rilevato, in proposito «emergono [...] alcune criticità,

In rapporto all'art. 603-*bis* c.p. sarebbe possibile mettere in evidenza una sfilza di incongruenze, sovrapposizioni, indebiti livellamenti di condotte di diverso disvalore etc. Si pensi, in particolare, all'equiparazione tra il mero reclutamento finalizzato allo sfruttamento e l'effettivo impiego del lavoratore in condizioni di sfruttamento; oppure, al dato per cui qualunque violazione «delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro» può configurare, ai sensi del co. 3 n. 3, uno sfruttamento lavorativo punibile. La tecnica della tipizzazione di "indici" di sfruttamento risulta fortemente problematica, sia perché non è chiaro se gli 'indici' siano elementi costitutivi o criteri probatori, sia perché è controvertibile se la realizzazione di una delle ipotesi enumerate configuri, per ciò solo, uno sfruttamento o se il giudice debba valutare 'complessivamente' la sussistenza di quest'ultimo, con un'inquietante *Ganzheitsbetrachtung* rimessa al suo 'prudente apprezzamento'; ed ancora, non è chiaro se gli indici siano tassativi o se il giudice possa ravvisare uno sfruttamento lavorativo anche in assenza di una delle ipotesi elencate. A mio avviso, si ha qui un chiaro esempio di come un'elencazione di taglio casistico sia tutt'altro che soddisfacente in termini di determinatezza/tassatività. In argomento, cfr. per tutti nella manualistica FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, Tomo I, 5ª ed., Bologna, 2020, 191 ss., nonché, da prospettive diverse, spec. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2020, *passim*; MERLO, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al "caporalato" dai braccianti ai riders. La fattispecie dell'art. 603-bis c.p. e il ruolo del diritto penale*, Torino, 2020, 51 ss.; DE MARINIS, *Sfruttamento lavorativo e politiche migratorie dell'esclusione. Appunti sulla fattispecie di cui all'art.603-bis c.p.*, in *Crit. dir.*, n. 1/2021, 57 ss.

<sup>35</sup> Si tenga presente che l'art. 572 c.p. prevede la reclusione da tre a sette anni, ovvero una cornice edittale più grave di quella relativa allo sfruttamento lavorativo di cui all'art. 603-*bis* c.p., che contiene la clausola iniziale «salvo che il fatto costituisca più grave reato»; quindi, se lo sfruttamento lavorativo concreta un maltrattamento di persona affidata «per l'esercizio di una professione o di un'arte», si applica il solo art. 572 c.p. Ma è proprio ragionevole punire più gravemente il "maltrattamento" lavorativo di un giovane avvocato o musicista (rispettivamente, "professione" ed "arte"), a confronto con lo "sfruttamento lavorativo" di un muratore o di un contadino?

di principio e applicative. La tendenza alla proliferazione ipertrofica delle fattispecie nel settore normativo in esame, già posta in evidenza da Moccia con riferimento al sistema previgente, viene ulteriormente e significativamente accentuata [...] Questa forma di tecnica casistica, oltre a creare un titolo molto ampio e moltiplicare le fattispecie, comporta – come sempre accade con la tecnica casistica – il rischio di lacune»<sup>36</sup>.

### 3.3. Casistica e fattispecie qualificate o circostanziali.

Com'è noto, il procedere casistico della legislazione emergenziale non si esplica soltanto attraverso incriminazioni del tutto nuove. Sovente si tratta della ricerca di inasprimenti di pena più o meno simbolici; meno spesso, di attenuanti o di ipotesi di non punibilità 'speciali'.

Quanto agli inasprimenti, è tipica la trasformazione di una circostanza aggravante in fattispecie autonoma: il legislatore demagogo vuol mostrare i muscoli, ma la condotta oggetto dell'indignazione politico-mediatica è già punibile. Si ricorre allora ad una diversa tecnica di *marketing*: ad esempio, l'omicidio colposo aggravato dalla violazione delle norme in materia di circolazione stradale diviene il 'nuovo reato' di omicidio stradale; il furto in abitazione o con strappo, già art. 625 n. 1 e n. 4 seconda parte c.p., viene elevato a fattispecie autonoma, art. 624-bis c.p.<sup>37</sup>, originariamente mantenendo la stessa pena, successivamente aumentata; la deformazione o sfregio permanente del viso viene elevata, con l'art. 12 co. 1 l. n. 69/2019, a reato autonomo, art. 583-*quinquies* c.p., con contestuale aumento di pena rispetto alle lesioni gravissime<sup>38</sup>. Naturalmente, operazioni simili hanno il risvolto tecnico – apprezzato come tale, forse, da burocrati, magistrati ed altri applicati presso gabinetti ed uffici legislativi, ma non proprio 'decisivo' in termini di reale efficacia della tutela penale – di sottrarre l'ipotesi alla disciplina del bilanciamento di circostanze, vincolando il giudice alla volontà legislativa di inasprimento; qualcosa di simile a ciò che si ottiene mediante l'introduzione di una delle ormai frequenti deroghe all'art. 69 c.p. Tuttavia, non pare azzardato ritenere che in prima linea stia la ricerca di consensi mediante una legislazione simbolica; legislazione – concentrandoci sul nostro tema – di taglio casistico e perciò foriera di inconvenienti, in particolare sul piano dell'irragio-

---

<sup>36</sup> DEMURO, *I delitti contro il patrimonio culturale nel codice penale: prime riflessioni sul nuovo Titolo VIII-bis*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 29 aprile 2022, 33.

<sup>37</sup> Ciò è avvenuto ad opera del primo di una lunga serie di 'pacchetti sicurezza' del XXI secolo, l. n. 128/2001.

<sup>38</sup> Una volta venni contattato da un parlamentare di un 'movimento', che mi chiese un parere sull'introduzione di una nuova circostanza o sull'autonomizzazione di una già esistente, in tema di reati sessuali. Cercai di spiegargli la mia opinione circa l'assoluta inutilità dell'innovazione e, in generale, sugli effetti perversi della legislazione simbolica. Rispose che sarebbe stato pure d'accordo, ma... «Professore, come faccio? Gli altri partiti vogliono introdurre una nuova norma incriminatrice o un'aggravante, non possiamo non proporlo anche noi!».

nevolezza, in relazione all'offensività. Infatti, perché mai l'omicidio stradale – magari per lieve infrazione stradale – dovrebbe essere, sul piano edittale, più grave di quello sul lavoro, per quanto madornale sia l'inosservanza delle relative cautele; forse perché l'imprenditore è ritenuto un tipo d'autore più 'simpatico' dell'automobilista? Ed ancora, siamo proprio sicuri che una lesione che comporti la deviazione del setto nasale e quindi rientri nel nuovo art. 583-*quinquies* c.p. sia più grave di quella che spappola la milza e perciò ricade 'solo' nell'art. 583 c.p.?

Sempre sul piano degli inasprimenti sanzionatori di taglio casistico, siamo in presenza ormai di una continua introduzione 'a pioggia' di nuove circostanze aggravanti: con precipitazioni legislative talora a carattere di rovescio temporalesco, nell'ipotesi dell'aggravante ad effetto speciale sottratta al bilanciamento; talaltra, di pioggia torrenziale o intensa – con consistenti aumenti di pena, ma senza 'fulminanti' deroghe al bilanciamento –; per degradare verso una pioggerellina casistica, ovvero a 'casaccio', in rapporto alle aggravanti ad effetto comune normalmente bilanciabili.

Cominciando dai rovesci, tra i vari possibili esempi prendiamo solo l'art. 624-*bis* c.p., furto in abitazione o con strappo. Va premesso che già l'unificazione, nella stessa fattispecie, di un furto con violazione di domicilio e di un mero scippo appare irragionevole sul piano dell'offensività; il che non fa che confermare i guasti della casistica. Ebbene, ai sensi del co.3, la pena per lo 'scippo-base', che in base all'originaria previsione della l. n. 128/2001 era la reclusione da 1 a 6 anni oltre alla multa, diventava, sempre alla stregua della l. n. 128/2001, la reclusione da 3 a 10 anni in presenza di una qualunque delle circostanze di cui agli artt. 61 o 625 c.p.; ad esempio, bastava che lo scippo fosse per futili motivi, oppure con destrezza, per triplicare la pena minima e quasi raddoppiare la massima. La cd. riforma Orlando ha ravvisato la necessità di aumentare il minimo della pena-base, per cui lo scippo diviene punibile con la reclusione da 3 a 6 anni; l'ipotesi aggravata viene ritoccata aumentando il minimo, che sale a 4 anni; ma, soprattutto, viene introdotta l'ormai non inconsueta deroga al bilanciamento delle circostanze, per cui «le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 625-*bis*, concorrenti con una o più delle circostanze aggravanti di cui all'articolo 625, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette circostanze aggravanti». Insomma, a meno che l'autore non sia minorenni o... collaboratore di giustizia (*sic...* un'altra perla del 'pacchetto sicurezza' del 2001), la destrezza o la futilità dei motivi prevalgono immancabilmente, ad esempio, sull'esiguità del danno patrimoniale. Per effetto degli ulteriori inasprimenti introdotti dalla l. n. 36/2019, in tema (non solo) di legittima difesa domiciliare, la pena-base è la reclusione da 4 a 7 anni e quella di cui al co.3 va da 5 a 10 anni. Dunque, non meno di 5 anni per lo scippo con destrezza: attenti a strappare la penna dalla mano del compagno di Università con "particolare abilità, astuzia o avvedutezza",

a sorpresa<sup>39</sup>! O, per chi non ama la *Lehrbuch-Kriminalität*, attenti a strappare ad altri con destrezza, passando in motorino, la borsa della spesa o il cellulare. Incidentalmente: non si era detto che il patrimonio, nella gerarchia dei beni delineata dal Costituente, avesse un rango subordinato? Questi sono livelli sanzionatori che neppure il codice fascista aveva immaginato.

Passiamo alle aggravanti casistiche 'a pioggia' più o meno intensa. Alcune fattispecie-base relative a delitti di particolare allarme sociale sono state corredate, in anni recenti, da una sfilza di circostanze aggravanti. Ad esempio, il già cospicuo elenco di aggravanti della violenza sessuale, art. 609-ter c.p.<sup>40</sup>, è raddoppiato per effetto di successivi interventi legislativi, passando da cinque a dieci ipotesi; il relativo aumento di pena è fisso, ovvero "di" un terzo. Con il d.lgs. n. 39/2014, è stato inserito l'art. 609-duodecies c.p., che, in rapporto ai delitti di violenza sessuale, corruzione di minorenni, violenza di gruppo e adescamento di minorenni, prevede la seguente aggravante ad effetto speciale: le pene «sono aumentate in misura non eccedente la metà nei casi in cui gli stessi siano compiuti con l'utilizzo di mezzi atti ad impedire l'identificazione dei dati di accesso alle reti telematiche».

Ancora, in materia di furti e rapine, sono state introdotte - *sic* - ulteriori aggravanti ad effetto speciale: in particolare, soffermiamoci su quelle inserite nell'art. 625 co. 1 c.p. (e nell'art. 628 co. 3 nn. 3-ter e 3-quater c.p.) dalla l. n. 94/2009 - uno dei noti "pacchetti sicurezza" - ai nn. 8-bis: «Se il fatto è commesso all'interno di mezzi di pubblico trasporto» e 8-ter: «Se il fatto è commesso nei confronti di persona che si trovi nell'atto di fruire ovvero che abbia appena fruito dei servizi di istituti di credito, uffici postali o sportelli automatici adibiti al prelievo di denaro». Quanto alla prima, stupisce che il legislatore casistico non abbia distinto il caso dell'autobus affollato da quello del treno con ingresso su prenotazione e posti esclusivamente a sedere! Francamente non si comprende, nel secondo caso, quale sia la *ratio* dell'aggravante; e comunque, anche nel primo caso, la domanda è se una eventuale maggiore insidiosità della condotta meriti davvero un aumento di pena, ad esempio a confronto con il furto in un qualsiasi altro luogo affollato, allo stadio o al concerto rock, etc. Quanto alla seconda aggravante, neppure si comprende quale sia la *ratio* che giustifichi un aumento di pena: anzi, per ora è sufficiente osservare che si tratta di una sorta di *favor* legislativo nei confronti di chi, invece, segua astutamente la vittima per derubarla più tardi, in luogo isolato, lontano da eventuali videocamere.

Delle aggravanti 'a pioggia' fanno parte quelle speciali, introdotte in più fattispecie, come quella relativa all'impiego di strumenti informatici e telematici, ad esempio negli atti persecutori, art. 612-bis co.2 ultima parte, intro-

<sup>39</sup> È la definizione corrente di destrezza: cfr. MANDUCHI, *Art. 625*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI, Tomo II, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2019, 4461, che cita Cass., SS.UU., n. 34090/2017.

<sup>40</sup> Per un'ampia ed articolata critica, cfr. spec. MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (1.15 febbraio 1996 n.66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 395 ss.

dotto dal d.l. n.93/2013, conv. con modif. dalla l. n.119/2013: francamente, si fa fatica a comprendere perché uno *stalking* dovrebbe essere più grave, più pericoloso o magari più riprovevole perché commesso 'da remoto', anziché in presenza. Il lettore preferirebbe essere molestato o minacciato di persona, magari sotto casa, oppure via *mail*? Ma considerazioni analoghe possono valere per l'aggravante dell'addestramento o l'"istruzione" finalizzata al terrorismo mediante strumenti informatici o telematici, art.270-*quinquies* co.2 c.p.: non sono ugualmente gravi o pericolosi, addirittura, più l'addestramento o l'istruzione dati in presenza<sup>41</sup>?

Un'ulteriore aggravante speciale, introdotta in più fattispecie con il cd. pacchetto sicurezza-*bis* Salvini, è quella dell'aver commesso il fatto nel corso di manifestazioni. Il danneggiamento, art. 635 c.p., com'è noto, è attualmente punibile, con la reclusione da 6 mesi a 3 anni, solo se commesso con violenza o minaccia o interruzione di pubblico servizio, salvo che si tratti delle cose di cui al co. 2; ma se il fatto è commesso in occasione di una manifestazione in luogo pubblico o aperto al pubblico, non occorrono quelle modalità e la pena diviene la reclusione da 1 a 5 anni. Anche nella devastazione, la pena è ora aumentata - potendo dunque giungere a ben 20 anni - se il fatto avviene nel corso di una manifestazione; nel cd. reato di casco, di cui all'art. 5 l. n. 152/1975, la pena base, da uno a due anni di arresto più ammenda, nell'ipotesi della manifestazione è elevata all'arresto da due a tre anni, più l'ammenda doppia nel minimo e tripla nel massimo rispetto all'ipotesi base.

Certo, le folle sono pericolose, direbbe qualche tardivo seguace della Scuola positiva nel XXI secolo... in effetti, si avverte un non leggerissimo sentore di repressione penale del dissenso. Non pare affatto conforme ai principi costituzionale di ragionevolezza, offensività, libertà di riunione, che uno stesso fatto venga punito più gravemente solo perché avviene in occasione di una manifestazione.

Se il fatto di particolare tenuità, potrà intervenire l'art. 131-*bis* c.p. - tenuto conto del massimo edittale ivi previsto - sia per il reato di casco che per il danneggiamento, ma sempre che il buon giudice, nel suo 'prudente apprezzamento', voglia concedere la non punibilità; e comunque salvo che si tratti di manifestazioni sportive (!), perché in questo caso specifico «l'offesa non può... essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede per delitti, puniti con una pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione». Risulta davvero arduo comprendere perché rubare una bandierina allo stadio non possa mai essere un fatto esiguo se c'è una partita, mentre può esserlo se c'è un concerto - perché in tal caso non si applica la citata esclusione casi-

---

<sup>41</sup> In effetti, secondo Cass., sez. VI pen., n. 29670/2011, *diritto*, punto 5.3., l'addestramento, che pure può avvenire pure a distanza, richiede un rapporto interattivo e lo svolgimento di esercitazioni, che consentano all'addestratore di correggere eventuali errori; sul punto, sia consentito rinviare al nostro commento all'art. 270-*quinquies*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI, Tomo I, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2019, 1811.

stica –, oppure se il furto avviene durante un comizio politico. Poveri sportivi, trattati peggio di sovversivi!

Fin qui la pioggia di aggravanti riguardava la parte speciale; ma, per così dire, si è allagata pure la parte generale, artt. 61 e 61-*bis* c.p.<sup>42</sup>. Peraltro, in rapporto alle aggravanti comuni ad effetto comune di cui all'art. 61 c.p., la sterile simbolicità è fin troppo evidente, in considerazione della misura dell'aumento di pena e della possibilità di bilanciamento.

Ad ogni modo, in rapporto a tutto questo profluvio – meramente esemplificativo, peraltro – di aggravanti di taglio casistico, la questione da porre, in definitiva, è una sola: non basterebbe, a tener conto di tali circostanze, la commisurazione della pena, ovvero la graduazione della sanzione alla stregua dei variegatissimi indici di cui all'art. 133 c.p.<sup>43</sup>? Non sarebbe questo un

<sup>42</sup> Il legislatore ha 'dato i numeri' seguenti all'art. 61 c.p.:

«*n. 11-bis*) L'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale», introdotto con un "pacchetto sicurezza", d.l. n. 92/2008, e dichiarato illegittimo da Corte cost. n. 249/2010;

«*n. 11-ter*) l'aver commesso un delitto contro la persona ai danni di un soggetto minore all'interno o nelle adiacenze di istituti di istruzione o di formazione» (introdotto dal d.l. n. 92/2008). Conviene, dunque, aggredire il ragazzo lontano da scuola, dove si può essere visti e magari fermati; meglio per strada, oppure la sera al bar;

«*n.1 1-quater*) l'aver il colpevole commesso un delitto non colposo durante il periodo in cui era ammesso ad una misura alternativa alla detenzione in carcere» (introdotto dalla l. n. 199/2010). Conviene dunque commettere il fatto durante l'esecuzione di una pena sostitutiva o di una misura di sicurezza non detentiva come la libertà vigilata. Ma, a prescindere da ciò, perché aumentare la pena in base allo *status* soggettivo di sottoposto a misura alternativa? V. *infra*, par. 5.

«*n. 11-quinquies*) l'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale e contro la libertà personale, commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza» (introdotto dal d.l. n. 93/2013); qui ci si può chiedere se in due delle tre ipotesi non si tratti di casi speciali di minorata difesa e se le due aggravanti possano concorrere;

«*n. 11-sexies*) l'aver, nei delitti non colposi, commesso il fatto in danno di persone ricoverate presso strutture sanitarie o presso strutture socio-sanitarie residenziali o semiresidenziali, pubbliche o private, ovvero presso strutture socio-educative» (introdotto dalla l. n. 3/2018); anche qui ci si può porre le questioni di cui al n. precedente;

«*n. 11-septies*) l'aver commesso il fatto in occasione o a causa di manifestazioni sportive o durante i trasferimenti da o verso i luoghi in cui si svolgono dette manifestazioni» (introdotto da un pacchetto sicurezza, d.l. n. 53/2019). Qualunque fatto... ad es., coro diffamatorio contro l'arbitro, aggravato dall'essersi svolto dopo la partita... *no comment*;

«*n. 11-octies*) l'aver agito, nei delitti commessi con violenza o minaccia, in danno degli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie nonché di chiunque svolga attività ausiliarie di cura, assistenza sanitaria o soccorso, funzionali allo svolgimento di dette professioni, a causa o nell'esercizio di tali professioni o attività» (introdotto dalla l. n. 113/2020). Però di "delitti commessi con violenza o minaccia" ne subiscono anche molti avvocati e molti insegnanti, per cui siamo in attesa delle prossime aggravanti per categoria professionale...; magari, nell'ultimo caso, con ulteriore aumento di pena se il fatto è commesso dal genitore dell'alunno, e con aumento intermedio se l'autore è persona legata all'alunno da relazione affettiva, distinguendo, eventualmente, se sia stabile o no.

<sup>43</sup> Per una condivisibile proposta di eliminazione delle circostanze, cfr. per tutti MOCCHIA, *La perenne emergenza*, cit., 217. In senso contrario, cfr. per tutti MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*.

contributo rilevante al contrasto dell'elefantiasi della legislazione penale; e per altro verso, non gioverebbe alla realizzazione del principio costituzionale di determinatezza, tenuto conto delle frequenti controversie circa la qualificazione di un'ipotesi normativa quale elemento che dà vita ad un reato circostanziato o ad un'autonoma figura di reato<sup>44</sup>? Ed ancora: quante circostanze ad effetto speciale, con aumenti di pena talora draconiani, sono realmente giustificate alla luce non solo dei principi di proporzione ed offensività, ma anche – è bene porlo fin d'ora in evidenza – della funzione rieducativa della pena? Va osservato, peraltro, che lo stesso ordine di idee vale pure per alcune fattispecie qualificate, che costituiscono, almeno in parte, sostituti funzionali delle circostanze<sup>45</sup>, la cui autonomia in rapporto alla fattispecie-base risulta problematica sul piano dei principi: si ricordi solo, tra gli esempi prospettati, quello del furto con strappo.

### 3.4. Cenni intorno ad ulteriori forme di manifestazione della casistica.

Un taglio casistico caratterizza pure alcune cause di non punibilità recentemente introdotte: si pensi alle legittime difese domiciliari, laddove il plurale allude proprio alla differenza tra i casi di cui all'art. 52 co. 2-3 c.p., introdotti nel 2006, e quelli di cui all'ultimo comma, aggiunto con l. n. 36/2019. Oppure, si ponga mente alla non punibilità per omicidio e lesioni colpose del personale sanitario: a prescindere dalla valutazione degli effetti reali dell'introduzione dell'art. 590-sexies c.p., che non può essere svolta in questa sede, resta il dato per cui, evidentemente, altre prestazioni che implicano «la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà», art. 2236 c.c., e possono dare luogo ad omicidio o lesioni colpose ad opera del costruttore, dell'ingegnere, del pilota di velivoli o del capotreno, dell'addetto alla manutenzione di questo o quel macchinario o impianto, del responsabile di una commissione “grandi rischi”, etc., non vengono considerate con la stessa benevola ‘diligenza’ dal legislatore penale. Anche l'art. 131-bis c.p. è costellato di eccezioni casistiche, co.2, talune discutibili – non può essere di particolare tenuità il fatto commesso per “motivi futili”, ma molti fatti di lieve entità, naturalmente, sono commessi proprio per futili motivi; oppure, non può mai essere di particolare tenuità il fatto commesso con crudeltà, «anche in danno di animali», per cui va inesorabilmente punito il maltrattamento di crostacei<sup>46</sup> – talaltre forte-

*Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Milano, 2000, 778 ss., secondo cui, peraltro, se «non pare “praticabile” l'idea di una radicale cancellazione del sistema delle circostanze, dall'altro è però innegabile l'opportunità di una (quanto meno parziale) revisione della sua attuale ipertrofia», *ivi*, 782.

<sup>44</sup> Sul punto cfr. per tutti MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., 726 ss.

<sup>45</sup> In tal senso, all'esito di un'ampia indagine storica e comparatistica, per tutti MELCHIONDA, *op. cit.*, 740 ss.

<sup>46</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. III, n. 30177/2017, reperibile in [www.ambientediritto.it/giurisprudenza](http://www.ambientediritto.it/giurisprudenza), che dichiara inammissibile il ricorso contro una condanna a 5000 euro di ammenda per maltratta-



mente sospette di autoritarismo: perché non possono mai essere di particolare tenuità una resistenza o un oltraggio ad un ufficiale di pubblica sicurezza, co. 2 ultima parte?

Che dire, poi, dell'elenco di reati da cui può derivare una responsabilità dell'ente, oppure delle decine di casi di confisca a 'regime differenziato'? Ma la casistica ha ormai invaso anche il codice di procedura penale: si pensi ad es. all'art. 380 c.p.p., in tema di arresto obbligatorio in flagranza: l'elenco dei singoli casi in cui, ai sensi del co.2, in deroga alla disposizione generale di cui al co.1, l'arresto è obbligatorio comprende attualmente ventitré disposizioni - a fronte delle undici originariamente previste -, per effetto di ben diciotto modifiche legislative succedutesi nel tempo, più o meno ogni due anni.

### 3.5. Il contributo all'elefantiasi casistica proveniente dalle istituzioni europee.

Consiglio d'Europa ed Unione europea contribuiscono da anni all'inflazione penalistica<sup>47</sup>. Talora, gli obblighi di tutela penale sanciti da tali istituzioni riproducono obblighi sanciti in Convenzioni ONU, come nel caso delle norme in materia di stupefacenti.

Posso qui solo accennare a ciò che questa normazione 'a cascata' comporta in termini non meramente formali, ma sostanziali di democrazia: per quanto una parte della dottrina si sforzi di legittimare gli obblighi internazionali o sovranazionali di tutela penale, in particolare segnalando il ruolo degli Stati e dei Parlamenti nazionali nelle fasi cd. ascendente e discendente, in realtà appare evidente come tale ruolo risulti necessariamente sminuito allorché le decisioni vengono prese, per ragioni reali o asserite di armonizzazione, a livello di istituzioni planetarie o 'regionali' europee. Il dibattito interno si riduce sostanzialmente ad una ratifica di decisioni prese altrove, su impulso, fondamentalmente, degli Stati più potenti in sede ONU, degli Esecutivi sovranazionali e/o di accordi tra rappresentanti di Governi nazionali. La funzione della dottrina in rapporto a tali scelte politico-criminali, già limitata in rapporto ai legislatori nazionali - sul punto tornerò tra breve -, diviene sostanzialmente pari a zero. Cosa si vuole che importi ai vertici delle istituzioni europee ciò che pensano gli studiosi maggiormente riconosciuti, spesso, peraltro, moderati - non parliamo della maggioranza meno 'autorevole' o addirittura delle minoranze! - d'Italia, Spagna o, che so, Romania di una Convenzione ONU o delle stesse Direttive di armonizzazione penale dell'Unione europea, se già, per lo più, non importa ai rispettivi legislatori nazionali, che costituiscono istituzioni ben più 'prossime' alle collettività e agli studiosi dei

---

mento (colposo) di animali, ex art. 727 co. 2 c.p., a carico di un ristoratore che conservava crostacei vivi in ghiacciaia; peraltro, secondo la sentenza, *considerato in dir.* n. 5.3., non è, invece, crudele bollire vivi gli stessi crostacei.

<sup>47</sup> In argomento, sia consentito rinviare ai contributi raccolti in CAVALIERE - MASARONE, *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, Napoli, 2018.

singoli Paesi? Tutt'al più saranno ascoltati i più autorevoli, e meno critici, studiosi di diritto penale europeo o internazionale.

Di tale stato di cose era consapevole il gruppo di esperti di diritto penale europeo che ha portato avanti una pregevole iniziativa di critica della politica criminale europea<sup>48</sup>, denunciando, tra l'altro, violazioni dei principi di *extrema ratio* e proporzione, nonché esasperate anticipazioni della tutela penale.

Sta di fatto che gli obblighi di tutela di fonte internazionale o sovranazionale contribuiscono all'inflazione anche a causa dell'adozione di una tecnica di redazione delle norme penali influenzata dagli orientamenti angloamericani: si tratta sovente di una "case-law", qui nel senso, ovviamente diverso dall'originario, di una legislazione casistica, per casi. L'art. 73 t.u. stupefacenti, con la sua minuziosa elencazione di condotte, proviene, in ultima analisi, dalle Convenzioni ONU: già l'art. 6 co. 1 lett. a) della Convenzione unica del 1961 sanciva: «1. a) Compatibilmente con le proprie norme costituzionali, ciascuna Parte adotta le misure necessarie affinché la coltivazione e la produzione, la fabbricazione, l'estrazione, la preparazione, la detenzione, l'offerta, la messa in vendita, la distribuzione, l'acquisto, la vendita, la consegna per qualunque scopo, la mediazione, l'invio, la spedizione in transito, il trasporto, l'importazione e l'esportazione di stupefacenti non conformi alle disposizioni della presente Convenzione o qualunque atto reputato dalla detta Parte contrario alle disposizioni della presente Convenzione, siano considerati infrazioni punibili [...]».

Di taglio casistico è pure la definizione di atti di terrorismo di cui all'art. 3 co. 1 della Direttiva 2017/541 sulla "lotta al terrorismo": «1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché siano considerati reati di terrorismo i seguenti atti intenzionali, definiti reati in base al diritto nazionale che, per la loro natura o per il contesto in cui si situano, possono arrecare grave danno a un paese o a un'organizzazione internazionale, quando sono commessi con uno degli scopi elencati al paragrafo 2: a) attentati alla vita di una persona che possono causarne il decesso; b) attentati all'integrità fisica di una persona; c) sequestro di persona o cattura di ostaggi; d) distruzioni di vasta portata di strutture governative o pubbliche, sistemi di trasporto, infrastrutture, compresi i sistemi informatici, piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale ovvero di luoghi pubblici o di proprietà private che possono mettere in pericolo vite umane o causare perdite economiche considerevoli; e) sequestro di aeromobili o navi o di altri mezzi di trasporto collettivo di passeggeri o di trasporto di merci; f) fabbricazione, detenzione, acquisto, trasporto, fornitura o uso di esplosivi o armi da fuoco, comprese armi chimiche, biologiche, radiologiche o nucleari, nonché ricerca e sviluppo di armi chimiche, biologiche, radiologiche o nucleari; g) rilascio di sostanze pericolose o il cagionare incendi, inondazioni o esplosioni i cui effetti mettano in

---

<sup>48</sup> ASP et Al., *European criminal policy initiative. Manifesto sulla politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1262 ss.

pericolo vite umane; h) manomissione o interruzione della fornitura di acqua, energia o altre risorse naturali fondamentali il cui effetto metta in pericolo vite umane; i) interferenza illecita relativamente ai sistemi, ai sensi dell'articolo 4 della direttiva 2013/40/UE del Parlamento e del Consiglio (1) nei casi in cui si applica l'articolo 9, paragrafo 3 o l'articolo 9, paragrafo 4, lettere b) o c), di tale direttiva in questione e interferenza illecita relativamente ai dati, di cui all'articolo 5 di tale direttiva nei casi in cui si applica l'articolo 9, paragrafo 4, lettera c), di tale direttiva; j) minaccia di commettere uno degli atti elencati alle lettere da a) a i)».

Quanto all'accavallarsi casistico di più incriminazioni, basti pensare che derivano da obblighi di incriminazione sanciti dall'Unione europea e dal Consiglio d'Europa, ad esempio, le fattispecie di addestramento e arruolamento di cui agli artt. 270-*quater* e 270-*quinquies* c.p.; in effetti, la citata direttiva antiterrorismo del 2017 elenca, agli artt. 5 ss., le seguenti norme penali 'minime': «pubblica provocazione per commettere atti di terrorismo», «reclutamento a fini terroristici» «fornitura di addestramento a fini terroristici» «ricezione di addestramento a fini terroristici» «viaggi a fini terroristici»; «organizzazione o agevolazione di viaggi a fini terroristici» «finanziamento del terrorismo»; e, a mo' di chiusura, l'art.12 elenca **«altri reati connessi ad attività terroristiche**. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché si configurino come reati connessi ad attività terroristiche i seguenti atti intenzionali: a) furto aggravato allo scopo di commettere uno dei reati di cui all'articolo 3; b) estorsione commessa allo scopo di commettere uno dei reati di cui all'articolo 3; c) produzione o utilizzo di falsi documenti amministrativi allo scopo di commettere uno dei reati di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere da a) a i), all'articolo 4, lettera b), e all'articolo 9».

Si considerino, ancora, le norme in tema di pedopornografia virtuale, artt. 600-*quater*.1 c.p., e di adescamento di minorenni, art. 609-*undecies* c.p., anch'esse di derivazione europea.

In materia di negazionismo, l'art. 1 della Decisione-quadro 2008/913/GAI «sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale» ha imposto agli Stati parte di punire una serie minuziosamente elencata di condotte, tra cui quelle cd. di negazionismo<sup>49</sup>; l'Italia

<sup>49</sup> «Art. 1. **Reati di stampo razzista o xenofobo.**

1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i seguenti comportamenti intenzionali siano resi punibili:

a) l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica;

b) la perpetrazione di uno degli atti di cui alla lettera a) mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale;

c) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine

ha provveduto, in maniera molto controversa, con la l. n. 115/2016. Peraltro, già l'art. 4 lett. a) della Convenzione internazionale ONU «sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale» del 1965 obbligava le Parti «a dichiarare crimini punibili dalla legge, ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale, nonché ogni atto di violenza, od incitamento a tali atti diretti contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica, come ogni aiuto portato ad attività razzistiche, compreso il loro finanziamento». Insomma, prevedeva una casistica, imponendo di rendere punibili insieme violenze ed incitamento ad «atti diretti», «diffusione di idee» etc. Si ricordi quanto ho rilevato in precedenza sui rapporti tra casistica e proporzione, *extrema ratio*, offensività. L'Italia ratificava la Convenzione, com'è noto, con la l. n. 654/1975.

Va detto che il legislatore italiano – e talora la stessa dottrina – contribuisce all'ulteriore espansione del diritto penale, sia perché non di rado applica gli obblighi *ultra petitum*, sia perché gli obblighi di incriminazione vengono erroneamente interpretati in modo pedissequo. Si ritiene, cioè, di dover introdurre una nuova norma penale, corrispondente a quella 'minima' europea di taglio casistico, anche quando i 'casi' in essa previsti sarebbero già punibili, perché rientrano nell'ambito di applicazione di una o più norme incriminatrici vigenti; oppure, anche quando la mancanza della norma incriminatrice *ad hoc* corrispondente alla norma 'minima' europea dipende dal fatto che quest'ultima rende punibile una 'casistica' che abbraccia o include pure atti lontani dall'offesa e, dunque, non andrebbe 'copiata ed incollata', perché ciò contrasta con il principio costituzionale di offensività, che dovrebbe fungere da controlimite.

Concludendo sul punto, osservo che le istituzioni europee contribuiscono anche alla proliferazione delle aggravanti, talvolta soggettive. Ad es., l'art. 4 della citata decisione-quadro in tema di razzismo recita: «**Motivazione razzista e xenofoba.** Per i reati diversi da quelli di cui agli articoli 1 e 2, gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché la motivazione razzista e xenofoba sia considerata una circostanza aggravante o, in alternativa, affinché tale motivazione possa essere presa in considerazione dal giudice all'atto della determinazione della pena». Peraltro, più nette nell'imporre l'introduzione di circostanze aggravanti sono la direttiva UE 2018/1673 «sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale», all'art. 6<sup>50</sup>, e, ancor più, la direttiva

---

nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro;

d) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini definiti all'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro».

<sup>50</sup> Più precisamente, il primo comma impone, il secondo "autorizza" (?): «**Circostanze aggra-**

2001/92/UE, «relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile», all'art. 9<sup>51</sup>.

### 3.6. Il ruolo del d.lgs. n. 21/2018 e della 'riserva di codice'.

Un intento, almeno 'collaterale', di frenare l'espansione del diritto penale sembrerebbe a prima vista essere stato perseguito dal d.lgs. n. 21/2018, pomposamente etichettato quale introduttivo di una c.d. riserva di codice, che presenta diversi aspetti problematici su cui ora non posso soffermarmi. A prescindere dalla vacua pretesa di vincolare il legislatore con legge ordinaria<sup>52</sup> – del resto, la 'riserva di codice' è stata immediatamente 'violata' dai due

---

**vanti.** 1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che, in relazione ai reati di cui all'articolo 3, paragrafi 1 e 5, e all'articolo 4, le circostanze seguenti siano considerate aggravanti:

a) il reato è stato commesso nell'ambito di un'organizzazione criminale ai sensi della decisione quadro 2008/841/GAI; o

b) l'autore del reato è un soggetto obbligato ai sensi dell'articolo 2 della direttiva (UE) 2015/849, e ha commesso il reato nell'esercizio della sua attività professionale.

2. Gli Stati membri possono stabilire che, in relazione ai reati di cui all'articolo 3, paragrafi 1 e 5, e all'articolo 4, le circostanze seguenti siano considerate aggravanti:

a) i beni riciclati hanno un valore considerevole; o

b) i beni riciclati provengono da uno dei reati di cui all'articolo 2, punto 1), lettere da a) ad e) e h)».

<sup>51</sup> «**Circostanze aggravanti.** 1. Purché non siano già elementi costitutivi dei reati di cui agli articoli da 3 a 7, gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le seguenti circostanze possano essere considerate, conformemente alle pertinenti disposizioni del diritto nazionale, circostanze aggravanti con riferimento ai pertinenti reati di cui agli articoli da 3 a 7:

a) il reato è stato commesso nei confronti di un minore in situazione di particolare vulnerabilità, quale un minore con una disabilità psichica o fisica o in uno stato di dipendenza o in uno stato di incapacità fisica o psichica;

b) il reato è stato commesso da un familiare del minore, da una persona che con il minore ha una relazione di convivenza o da altra persona che ha abusato della sua riconosciuta posizione di fiducia o di autorità;

c) il reato è stato commesso da più persone riunite;

d) il reato è stato commesso nel contesto di un'organizzazione criminale ai sensi della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata (1);

e) l'autore del reato è stato già condannato per reati della stessa indole;

f) l'autore del reato, deliberatamente o per negligenza, ha messo in pericolo la vita del minore; oppure

g) il reato è stato commesso ricorrendo a violenze gravi o ha causato a<sup>l</sup> minore un pregiudizio grave».

<sup>52</sup> La tesi della supposta 'costituzionalizzazione' di tale norma ordinaria – proposta da DONINI, da ultimo in *Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 21 settembre 2020, 15 ss. – per quanto mossa da intenti apprezzabilissimi, mi pare scarsamente conciliabile con il sistema delle fonti nel nostro ordinamento; almeno sotto tale punto di vista, pur condividendo alcune repliche di M. Donini nel lavoro appena citato, mi pare condivisibile la critica di PALIERO, *'Riserva di codice' e riprogettazione della Parte speciale*, in STILE - MONGILLO (a cura di), *Politica criminale e riprogettazione del codice penale*, Napoli, 2021, 239 ss.

pacchetti sicurezza degli anni 2018-2019<sup>53</sup> –, lo stesso tenore dell'art. 3-*bis* c.p., non diversamente da precedenti proposte di 'riserva di codice'<sup>54</sup> ammette nuove leggi penali che siano «inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia». Inoltre, rimangono in vigore le migliaia di norme penali *extra codicem* esistenti, il cui numero preciso nessuno conosce. Insomma, piuttosto che una 'riserva di codice', con l'art. 3-*bis* c.p. viene, al contrario, sancito il superamento di quell'aspirazione. Che, in ogni caso, non coincide con l'idea del diritto penale quale *extrema ratio*: può esistere un sistema interamente codificato, ma con diecimila norme incriminatrici.

Ad ogni modo, in questa sede mi preme porre in evidenza un diverso aspetto del d.lgs. n. 21/2018. Com'è noto, la delega contenuta nell'art. 1, co. 85, lett. q), l. n. 103/2017, cd. riforma Orlando, nel prevedere "l'inserimento" nel codice di norme già contenute in leggi penali complementari, non ne consentiva la modifica. Dunque, l'obiettivo perseguito non era, almeno sotto questo aspetto, quello di una riduzione dell'ipertrofia penalistica. Si è invece assistito ad un mero trapianto di disposizioni '*intra moenia*'<sup>55</sup>. Ma, piuttosto che inserire nel codice, come richiesto dalla legge delega, «tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale», ci si è limitati ad un numero piuttosto esiguo di disposizioni, alcune delle quali, tra l'altro, non sono "fattispecie criminose".

Sono stati, invece, 'trapiantati' nella parte generale l'art. 61-*bis* c.p. – aggravante ad effetto speciale del "reato transnazionale" –, l'art. 69-*bis* c.p. – divieto di equivalenza o prevalenza di attenuanti rispetto all'aggravante a carico del genitore, fratello o sorella che abbiano determinato al reato o si siano avvalsi nella commissione dello stesso, limitatamente ai reati di cui all'art.407 co.2 lett.a, nn. da 1 a 6, c.p.p. (altro elenco casistico) – e l'art.240-*bis* c.p., ovvero la famigerata confisca allargata introdotta dall'art. 12-*sexies* d.l. n. 306/1992. Nella parte speciale del codice, tra l'altro, vengono 'trasferite' due non meno note aggravanti ad effetto speciale del diritto penale dell'emergenza, ovvero quelle relative, rispettivamente, alla finalità di terrorismo, art. 1 d.l. n.

---

<sup>53</sup> Ad es., il primo pacchetto sicurezza salviniiano, d.l.n.113/2018, conv. con modif. dalla l. n. 132/2018, oltre ad introdurre all'art. 5-*bis* nuovi reati in materia di immigrazione nel d.lgs. n. 286/1998 – peraltro, si tratta di un testo unico – inserisce all'art. 21 co. 1-*ter* una nuova incriminazione nell'art. 13-*bis* d.l. n.14/2017, conv. con modif. dalla l. n. 48/2017, e l'art. 21-*ter* introduce ulteriori sanzioni penali nello stesso d.l. n. 14/2017; l'art. 21-*sexies* dello stesso pacchetto sicurezza sostituisce il co. 15-*bis* dell'art. 7 del codice della strada prevedendo nuove sanzioni penali; l'art. 23 interviene sul d.lgs. n. 66/1948 ampliando le ipotesi di reato in tema di blocco stradale. A sua volta, il cd. pacchetto sicurezza-*bis*, d.l. n. 53/2019, conv. con modif. dalla l. n. 77/2019, introduce, con l'art. 6 co.1 lett. b), una nuova incriminazione all'art. 5-*bis* della legge Reale, n. 152/1975; si v. pure l'art.13 dello stesso d.l.

<sup>54</sup> Cfr. in proposito la ricostruzione di PALIERO, '*Riserva di codice*' e *riprogettazione della Parte speciale*, cit., 211 ss.

<sup>55</sup> Di «un'opera di consolidazione» anziché di ricodificazione parla condivisibilmente DONINI, *Perché il codice penale*, cit., 12.

625/1979, conv. con modif. dalla l. n.15/1980 – che confluisce, con gli artt.4 e 5 dello stesso d.l., nell'art. 270-*bis*.1 c.p. – ed alla finalità mafiosa o all'avvalersi del relativo metodo, art. 7 d.l. n.152/1991, conv. con modif. dalla l. n.203/1991, che viene trapiantato, unitamente all'art. 8 dello stesso d.l., nel nuovo art. 416-*bis*.1 c.p. Ancora, nella parte speciale del codice vengono trasferite due significative norme in tema di reati d'opinione: l'art. 3 l. n. 654/1975 diviene l'art. 604-*bis* c.p.<sup>56</sup> e l'art. 3 d.l. n. 122/1993, conv. con modif. dalla l. n. 205/1993, diviene l'art. 604-*ter* c.p., contenente ancora una volta un'aggravante speciale ad effetto speciale con deroga alle regole in tema di bilanciamento<sup>57</sup>.

Ad una visione d'insieme, risulta evidente che l'idea di '(ri)codificazione' è stata distorta nel senso di far assurgere alla centralità codicistica alcune norme emblematiche della legislazione dell'emergenza, segnatamente in materia di mafia, terrorismo e reati d'opinione. Viene 'sdoganata' la confisca allargata; vengono 'sdoganate' aggravanti ad effetto speciale fondate sulla finalità interiore – prima tra tutte quella sottoposta a critica da Mazzacupa nel 1983 – e relative deroghe al bilanciamento. Anziché attuare, attraverso la 'riserva di codice', la Costituzione – o, come prevedeva il citato art. 1 co. 85 lett. q l. n. 103/2017, anziché perseguire il «fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione riedu-

<sup>56</sup> «Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito:

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni.

Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale».

<sup>57</sup> «Circostanza aggravante.

Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità la pena è aumentata fino alla metà.

Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante».

cativa 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...» – si 'codificano' norme il cui rapporto con la "funzione rieducativa della pena" e, prima ancora, con un diritto penale del fatto è quantomeno conflittuale. Norme di taglio casistico, laddove la casistica è strumentale alla selezione di tipi d'autore. In relazione a quei tipi d'autore, il messaggio legislativo e culturale – rivolto, con il sostegno 'tecnico' degli uffici legislativi, anche alla dottrina – è il seguente: quel diritto penale d'eccezione finora relegato nella legislazione complementare è ora 'sdoganato' e siede 'a pieno titolo' al centro del sistema. Con buona pace dei cultori dei principi costituzionali<sup>58</sup>.

#### 4. Cause dell'elefantiasi casistica e possibili rimedi.

I fattori che incidono sui descritti fenomeni di espansione ed inasprimento di taglio casistico del diritto penale sono molteplici, e corrispondono in buona misura alle concause socioeconomiche, politiche e culturali dell'ipertrofia penalistica, di cui da tempo si discute.

Occorre in particolare riconoscere che risulta tuttora dominante – nella collettività, nei *media*, nella politica e, al di là di ipocrisie corporative, nella stessa cerchia dei tecnici del diritto, magistratura e dottrina maggioritarie incluse – un'illusoria fiducia nell'intervento punitivo. Sicuramente, a ciò ha contribuito, negli ultimi decenni, il passaggio dallo stato sociale allo stato penale, da più parti rilevato<sup>59</sup>. La consapevolezza che il diritto penale non solo debba, in considerazione della sua invasività, ma anche possa costituire soltanto – visti i suoi intrinseci limiti di efficacia – l'*extrema ratio* della tutela

<sup>58</sup> Cfr. PALIERO, 'Riserva di codice' e riprogettazione della Parte speciale, cit., 244-245: «La semplice "traslazione" topografica di alcune disposizione dall'esterno all'interno del Codice [...] può rivelarsi persino disfunzionale», producendo «smottamenti sul fronte dei principi generali della parte generale del diritto penale e sul piano delle garanzie. Lo dimostra emblematicamente il novello art. 240-bis c.p., che ha trasposto nel tessuto codicistico, volatilizzandone in questa sezione l'impianto garantistico, il barbarico modello di confisca "allargata" previsto all'art. 12-sexies[...]».

<sup>59</sup> Da una prospettiva sociologica, cfr. WACQUANT, *Les prisons de la misère*, nouvelle éd., Paris, 2015, 7, 10, 18 e *passim*; ID., *Iperincarcerazione. Neoliberalismo e criminalizzazione della povertà negli Stati Uniti*, Verona, 2013, cit., *passim*, spec. 27 ss., 44 – ove si parla di una «vasta ristrutturazione del perimetro e delle funzioni dello stato, che ha comportato in modo simultaneo e convergente la riduzione della sua componente welfarista e l'accrescimento delle sue funzioni poliziesche, giurisdizionali e penitenziarie» –, 55 ss., 101 ss.; PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, n. monografico della Rivista *ius17@unibo.it*, 3/2013, 32 ss., 109 ss. e *passim*. Si vedano pure i dati empirici *ivi*, 65 ss. e soprattutto la "tavola 3", 71. V. inoltre spec. BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione*, in CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 26 ss., 39 ss.; MOCCIA, *Alcune riflessioni su sicurezza e controllo penale*, in *Questione meridionale e questione criminale. Non solo emergenze*, a cura di BEVERE, Napoli, 2007, 117 ss.



di beni giuridici, o manca del tutto, oppure viene rimossa e si riduce a *Lippenbekenntnis*, a formula meramente rituale; nella stessa dottrina penalistica recente non sono infrequenti atteggiamenti di accettazione disincantata e 'realistica' dell'ipertrofia<sup>60</sup>. Eppure il sistema penale scoppia<sup>61</sup>, l'amministrazione della giustizia è sovraccarica, le carceri tuttora sovraffollate. Ma la deflazione viene perseguita solo 'in concreto', ovvero all'interno e sul presupposto di un'opzione legislativa di criminalizzazione a tappeto.

D'altro canto, nonostante il diffuso riconoscimento della finalità rieducativa della pena – limitato, però, tuttora prevalentemente alle fasi commisurativa e soprattutto esecutiva<sup>62</sup> –, quando si tratta di porre, ampliare o inasprire norme penali, cioè al momento della comminatoria edittale, risulta dominante un'eclettica visione repressivo-deterrente dell'intervento punitivo, nella quale convergono istanze di 'giustizia' retributiva e finalità specialpreventive di neutralizzazione dei 'nemici' di turno, sbandierate in funzione di rassicurazione emotiva e stabilizzazione dei consensi dell'opinione pubblica, in una versione della prevenzione generale positiva nota alla sociologia dai tempi di Durkheim<sup>63</sup>.

Dunque, il legislatore recepisce e traduce in termini di intervento o inasprimento punitivo istanze emotive di rassicurazione in rapporto a singoli fenomeni, selezionati per ritenuta gravità – secondo la visione dei gruppi sociali contingentemente privilegiati – e per frequenza 'percepita' dell'accadimento<sup>64</sup>.

In tale prospettiva, l'autore va criminalizzato, stigmatizzato e dunque desocializzato: di 'rieducazione' si parlerà solo in fase di esecuzione, o al più

---

<sup>60</sup> Appaiono emblematici, sul punto, alcuni autorevoli *de profundis* per la depenalizzazione: cfr. ad es. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 8 settembre 2021, 4-5. Per qualche rilievo critico, sia consentito rinviare a *Considerazioni 'a prima lettura' su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, cit., 472 ss. Ma anche l'asprezza con cui si bolla quale "insuperabile anacronismo" o "utopia" "fanciullesca" la prospettiva del diritto penale minimo – cfr. PALIERO, 'Riserva di codice' e *riprogettazione della Parte speciale*, cit., 238 – risulta eloquente.

<sup>61</sup> Cfr. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, 23: «Totale perché ogni spazio della vita individuale e sociale è penetrato dall'intervento punitivo che vi si insinua [...]. Totale, soprattutto, perché è invalsa nella collettività e nell'ambiente politico la convinzione che nel diritto penale si possa trovare il rimedio giuridico a ogni ingiustizia e a ogni male sociale».

<sup>62</sup> Nonostante le affermazioni contenute nella sent. Corte cost. n. 313/1990 circa il riferimento dell'art. 27 co. 3 anche alla fase edittale, lo sostiene la stessa dottrina prevalente: in tale fase domina la prevenzione generale, la finalità rieducativa svolge un ruolo subordinato. Non occorrono riferimenti bibliografici: basta consultare un manuale qualunque.

<sup>63</sup> DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale* (1893), Milano, 2016, 144 ss., spec. 146: «La pena non serve – o non serve che secondariamente – a correggere il colpevole o a intimidire i suoi possibili imitatori [...]. La sua vera funzione è di mantenere intatta la coesione sociale, conservando alla coscienza comune tutta la sua vitalità».

<sup>64</sup> HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierte Rechtsgutslehre*, Frankfurt a. M., 1973, 47 ss.

presto – anche per finalità deflative in rapporto al sovraccarico dell'amministrazione della giustizia – nel processo (reinserimento dell'accusato presunto innocente, art. 27 co. 2 Cost.): forme di *diversion*, giustizia riparativa, patteggiamenti, etc.

Gli attori del processo di criminalizzazione legale – altro è la criminalizzazione *in the facts*, in concreto – sono noti: politica, imprenditori morali, mezzi di comunicazione di massa. Così come note sono le dinamiche.

Negli ultimi lustri, quel processo si connota in senso 'postmoderno', con un'accentuata frammentazione casistica: si inseguono sempre nuove emergenze, selezionate dagli attori menzionati creando una sorta di 'agenda' continua di criminalizzazioni, che sembra presentare connotati propri di una strategia di *marketing*: prospettazione della 'nuova' minaccia (lo 'sporco impossibile') – intervento penale quale 'nuovo' rimedio 'a buon mercato' (il deterrente efficace)<sup>65</sup>. Dunque, nuove fattispecie, nuove aggravanti, ritagliate sui casi la cui percezione è più amplificata. In realtà, spesso non si tratta affatto di fenomeni criminali nuovi, e i nuovi rimedi non sono tali, ma si sovrappongono a quelli esistenti, ingolfando e complicando il sistema fino al caos.

Casistica e perdita di visione generale, sistematica, significano anche particolarismo: il diritto penale produce di continuo nemici (ed amici, si pensi ai regimi differenziati di prescrizione), per i quali valgono regole e 'binari' differenziati. Mafia, terrorismo, autori di reati sessuali, corruzione, criminalità predatoria 'di strada', migranti, parcheggiatori abusivi, marginali, dissenzienti, 'ultras': a ciascuno il suo binario, a ciascuno la sua normazione casistica, a ciascuno la sua aggravante ad effetto speciale... ed a ciascuno il suo binario processuale ed esecutivo, vedi art. 4-*bis* ord.penit.

Una tale frammentazione casistica appare particolarmente evidente in tema di circostanze, laddove il legislatore pare 'fotografare' il bisogno emotivo di punizione del momento: ad esempio, il furto nel mezzo di trasporto o in prossimità dello sportello bancomat; lo *stalking* mediante messaggi telematici. Sul piano della percezione collettiva di bisogno di pena e di frequenza, queste casistiche impressionano/indignano determinati gruppi sociali. Ma il fatto in sé non è più grave, né più pericoloso di altri furti o atti persecutori. Tradotto in termini di – ovvero, di contrasto con – diritto penale del fatto, personalità della responsabilità e funzione della pena, ciò vuol dire: si seleziona un tipo d'autore (l'autore del furto in autobus, etc.) inasprendo per lui solo la pena; si strumentalizza quella persona per finalità di prevenzione generale, perché la frequenza di quel fenomeno, di quella casistica in sé non più grave di altri fatti di furto o *stalking*, non dipende certo da lui; si appone uno stigma accentuato e si mostra di voler neutralizzare un nemico particolarmente pericoloso, anziché proporsi finalità di reinserimento sociale.

---

<sup>65</sup> In fondo si tratta sempre dell'antico schema argomentativo risalente ai deonologi, secondo la suggestiva ricostruzione storica di ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in DOLCINI - PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, 757 ss.

Non insovente, il particolarismo esprime interessi di gruppi sociali organizzati - 'lobbies' -: ad esempio, il 'personale sanitario' ottiene speciali esenzioni dalla punibilità a titolo di colpa lieve, oppure una circostanza aggravante a tutela 'della categoria', come il citato art. 61 n. 11-*octies* c.p. Un esempio ancor più eclatante riguarda le forze dell'ordine. Esse venivano già privilegiate, conformemente ad un'ideologia autoritaria, dal codice Rocco: si pensi in particolare all'art.53 c.p., all'art. 61 n. 10 c.p. ed ai reati di resistenza ed oltraggio a pubblico ufficiale. Quest'ultimo era originariamente punibile con la reclusione da sei mesi a due anni ex art. 341 c.p., poi abrogato dalla l. n. 205/1999, dopo essere stato dichiarato parzialmente incostituzionale per il minimo edittale di sei mesi; ma è stato reintrodotta, all'art. 341-*bis* c.p., con il d.l. n. 53/2019, conv. con modif. dalla l. n. 77/2019, con cornice edittale da sei mesi a tre anni! Ancora, il codice del 1930 prevedeva fattispecie privilegiate per l'arresto illegale, l'indebita limitazione di libertà personale, l'abuso di autorità su persone arrestate o detenute e la perquisizione o ispezione personale arbitrarie, artt. 606 ss. c.p. A tutto ciò si sono aggiunti, con la l. n. 92/2001, l'art. 337-*bis* c.p., ovvero un reato di «pericolo per l'incolumità fisica degli operatori di polizia»<sup>66</sup>, e un'aggravante che comporta l'ergastolo, art. 576 co. 5-*bis* c.p., per l'aver commesso il fatto «contro un ufficiale o agente di polizia giudiziaria, ovvero un ufficiale o agente di pubblica sicurezza, nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio»; nonché, successivamente, l'esclusione della non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art.131-*bis* co.2 ultima parte c.p. - introdotta dal citato pacchetto sicurezza-*bis* del 2019 e modificata, ma non eliminata dal cd. decreto sicurezza Lamorgese, d.l. n.130/2020, conv. con modif. dalla l.n.17/2020 -, secondo cui «l'offesa non può altresì essere ritenuta di particolare tenuità [...] nei casi di cui agli articoli 336, 337 e 341-*bis*, quando il reato è commesso nei confronti di un ufficiale o agente di pubblica sicurezza o di un ufficiale o agente di polizia giudiziaria nell'esercizio delle proprie funzioni, e nell'ipotesi di cui all'articolo 343».

Va aggiunto, e ne avremo un'ulteriore conferma in conclusione, che la demagogica illusione repressiva viene coltivata pure da gruppi sociali e forze politiche che si definiscono progressiste: ciò che muta, in parte, sono soltanto gli interessi che si intendono 'ipertutelare' penalmente.

Un ultimo cenno, al riguardo, va fatto agli attori 'tecnici' di tali processi di criminalizzazione. Occorre, a mio avviso, porre nel debito risalto il loro contri-

---

<sup>66</sup> «Occultamento, custodia o alterazione di mezzi di trasporto.

Chiunque occulti o custodisca mezzi di trasporto di qualsiasi tipo che, rispetto alle caratteristiche omologate, presentano alterazioni o modifiche o predisposizioni tecniche tali da costituire pericolo per l'incolumità fisica degli operatori di polizia, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da lire cinque milioni a lire venti milioni.

La stessa pena di cui al primo comma si applica a chiunque altera mezzi di trasporto operando modifiche o predisposizioni tecniche tali da costituire pericolo per l'incolumità fisica degli operatori di polizia».

buto all'elefantiasi casistica del sistema. Il 'legislatore', contro cui si rivolgono abitualmente gli strali di una parte della dottrina e della magistratura, ha infatti un supporto tecnico costituito - in particolare quando si tratta, e non è raro in materia penale, di decreti-legge, leggi delega e decreti legislativi, leggi di iniziativa governativa - da burocrazie e magistrati applicati negli uffici legislativi ministeriali, consulenti anche accademici di Ministri, commissioni ministeriali di riforma. Se la legislazione penale progettata in quelle sedi istituzionali traduce le istanze punitive in disposizioni di cattiva fattura, sovente di taglio esasperatamente casistico, ed in innovazioni completamente ignare o dimentiche del sistema e produttive di caos normativo, ciò avviene, almeno in parte, anche per responsabilità di quei 'tecnici' e dipende dalla loro cultura giuridica. Una 'cultura' che sovente si può sintetizzare in termini di pragmatismo neotecnicistico: la soluzione normativa dev'essere realistica ed induttiva, ritagliata sul caso, *ad hoc* e, per altro verso, dev'essere tecnicistica, specialistica, in deroga... gli strumenti da privilegiare sono dunque la novella, la fattispecie incriminatrice *ad hoc*, la normazione casistica (perché ritenuta più dettagliata e quindi 'tecnica'), l'aggravante ad effetto speciale, la deroga al bilanciamento, la non punibilità per casi specifici e/o con eccezioni, etc. Così, anche riforme che aspirano ad una maggiore organicità diventano occasione di elefantiasi casistica: induzione indebita, traffico di influenze... La stessa "riserva di codice" si riduce ad una farsa, con il trapianto di una decina di fattispecie e lo sdoganamento di norme 'speciali', eccezionali.

I principi costituzionali, all'interno di una tale visione, finiscono per svolgere un ruolo di meri 'limiti' esterni e non di fondamento; ad esempio, importa più l'adempimento pedissequo, a mo' di fotocopia, di obblighi europei di tutela penale che la conformità delle norme penali così introdotte a determinatezza, offensività, funzione rieducativa della pena, in altri termini il loro inserimento coerente nel nostro ordinamento costituzionale.

Il neotecnicismo si percepisce anche *sub specie* normativismo, laddove, a dispetto del professato 'pragmatismo', si ignora l'empiria e dunque le condizioni per l'effettiva implementazione delle leggi; un esempio recente è rappresentato dalla riforma Cartabia, in particolare laddove prevede l'ampliamento dell'ambito di applicazione delle sanzioni sostitutive della pena detentiva senza stanziare un solo euro per gli uffici di esecuzione penale esterna, che già versano in condizioni di grave difficoltà.

Se, dunque, nei fenomeni fin qui descritti e sottoposti a critica svolge un ruolo significativo la cultura giuspenalistica, è anche su questo piano che vanno cercati i rimedi, sforzandosi di promuovere - comunicando soprattutto al di fuori delle sedi universitarie - la cultura dei principi costituzionali e la visione sistematica della legislazione e dell'intero 'problema' penale, anche alla luce del contesto politico, economico e sociale. Tentando, così, di superare la mera contemplazione dell'esistente - il 'realismo', il 'disincanto' o 'l'incredulità verso le grandi narrazioni', che finiscono per equivalere al 'frenetico star fermi', cioè alla conservazione - e del confuso divenire del cosiddetto

diritto vivente, così come la chiusura in un 'banale', burocratico, asfittico ed acritico neotecnicismo iperspecialistico.

## 5. Una conclusione parziale: abolire le circostanze, specialmente le aggravanti soggettive.

Concludiamo da dove abbiamo incominciato: da un'aggravante speciale ad effetto speciale fondata sull'atteggiamento interiore, poi estesa dalla finalità terroristica a quella di tipo mafioso e, successivamente, a quella razzista/xenofoba/negazionista e, nelle recenti proposte di riforma, a quella 'omofoba', sessuale e di genere.

Ribadisco, qui, sommessamente l'opinione favorevole ad un'abolizione delle circostanze del reato, ma anche ad una radicale revisione delle stesse fattispecie 'qualificate'. La previsione di queste ultime dovrebbe orientarsi anch'essa ai principi penalistici, anzitutto a quello di *extrema ratio*: le norme incriminatrici *non sunt multiplicandae sine necessitate*.

Per far fronte alle diversità dei fatti concreti sono sufficienti i criteri di commisurazione della pena - anch'essi, com'è noto, da rivedere radicalmente - tra il minimo ed il massimo edittale. Bisognerebbe che tutti, dagli studenti ai più esperti 'tecnici' del diritto penale, conducessero un piccolo esperimento: riflettere su quali, tra le circostanze di cui all'art. 61 c.p. o 625 c.p., ad esempio, siano veramente tali da rendere necessario un aumento della pena al di là dei limiti edittali.

In proposito, l'ultima considerazione vorrei dedicarla all'offensività. Nicola Mazzacova lo ha fatto con ben altro acume e magistrale profondità.

Il problema è: *nulla poena sine lege* significa, sicuramente, anche nessun aumento di pena ultraedittale *sine lege*. Ma anche il *nulla poena sine iniuria* - se si vuol tradurre così il principio di offensività, di cui è ormai pressoché unanime il riconoscimento quale principio di rango costituzionale, e non di mero 'indirizzo politico' - comporta indubbiamente pure che nessun aumento di pena sia legittimo senza che vi sia un'offesa più grave a beni giuridici. Nessuna maggior pena senza maggior offesa, in termini di oggettivo maggior danno o pericolo per beni giuridici.

Tale principio è stato affermato, in sostanza, dalla Corte costituzionale con la sent. n. 249/2010, che ha dichiarato incostituzionale l'aggravante di cui all'art. 61 n. 11-*bis* c.p., relativa all'«avere il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale», per contrasto con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e con il principio di offensività, ricondotto all'art. 25 co. 2 Cost.: esso «pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Un principio, quest'ultimo, che senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato.

La previsione considerata ferisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente of-

fensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore»<sup>67</sup>.

La Corte, citando la propria precedente giurisprudenza in tema di illegittimità del reato di ubriachezza, art. 688 co. 2 c.p., ha riaffermato il principio secondo cui «il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti “del tutto estranei al fatto-reato”, introducendo così una responsabilità penale d'autore “in aperta violazione del principio di offensività [...]” (sentenza n. 354 del 2002)»<sup>68</sup>.

Ciò comporta, a mio avviso, ben al di là della pronuncia in tema di aggravante della condizione di irregolarità dello straniero, l'illegittimità di qualunque circostanza aggravante che si fondi su un mero *status* soggettivo o preveda un trattamento più severo per una “condizione personale o sociale” (art. 3 Cost.) – si osservi: anche se tale condizione consiste nell'aver l'autore realizzato in precedenza qualunque violazione di legge o reato – fintanto che ciò non possa fondare un giudizio di maggior dannosità o pericolosità oggettiva del fatto commesso. Appartengono, dunque, ad un diritto penale dell'autore, costituzionalmente illegittimo, aggravanti già originariamente presenti nel codice Rocco, come quella della latitanza – nelle ipotesi di cui agli artt. 61 n. 6 e 576 n. 3 – e della recidiva<sup>69</sup>; in rapporto a quest'ultima, naturalmente sono consapevole che si tratta di questione dibattuta in una letteratura sterminata<sup>70</sup>. Ma, che si fondi l'aumento di pena per la recidiva sulla soggettiva pericolosità – sempre che la si possa empiricamente verificare, punto oltremodo problematico – o sulla colpevolezza per la condotta di vita, si tratta di diritto penale dell'autore; la pena per il fatto o i fatti precedentemente commessi è già stata inflitta!

Considerazioni analoghe valgono per quelle aggravanti fondate sull'essere l'autore già sottoposto a misura di prevenzione – una sorta di ‘recidiva del sospetto’ –, art. 71 d.lgs. n. 159/2011<sup>71</sup> o a misura alternativa alla detenzione,

<sup>67</sup> Considerato in diritto, punto 9; cfr. [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>68</sup> *Ivi*, considerato in diritto, punto 4.1.

<sup>69</sup> La Corte cost., nella citata sent. n. 249/2010, punto 10, distingue l'aggravante dell'immigrazione irregolare dalle diverse ipotesi della latitanza e della recidiva, ma non si pronuncia sulla legittimità di queste ultime, rilevando incidentalmente la questione non sia mai stata sollevata in rapporto alla latitanza.

<sup>70</sup> Da ultimo, si veda l'imponente lavoro di Rocchi, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità. Prospettive d'indagine nel sistema penale integrato*, Napoli, 2020, *passim*, con ricchissimi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali anche di diritto comparato.

<sup>71</sup> «**Circostanza aggravante.**

1. Le pene stabilite per i delitti previsti dagli articoli 270-*bis*, 270-*ter*, 270-*quater*, 270-*quater*.1, 270-*quinquies*, 314, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322, 322-*bis*, 336, 338, 353, 377, terzo comma, 378, 379, 416, 416-*bis*, 416-*ter*, 418, 424, 435, 513-*bis*, 575, 600, 601, 602, 605, 610, 611, 612, 628, 629, 630, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 640-*bis*, 648-*bis*, 648-*ter*, del codice penale, nonché per i delitti commessi con le finalità di terrorismo di cui all'articolo 270-*sexies* del codice penale, sono aumentate da un terzo alla metà e quelle stabilite per le contravvenzioni di cui agli articoli 695, primo comma, 696, 697, 698, 699 del codice penale sono

art. 61 n. 11-*quater* c.p.: si tratta di condizioni soggettive che nulla hanno a che vedere con l'offensività del fatto commesso.

Ma il contrasto con il principio di offensività vale, in secondo luogo, pure per tutte le aggravanti fondate sulla mera finalità soggettiva, per quanto esecrabile possa essere. In realtà, tali aggravanti contrastano, prima ancora, con lo stesso principio di materialità: *cogitationis poenam nemo patitur* comporta anche che nessun aumento di pena al di là dei limiti edittali possa fondarsi sul mero atteggiamento interiore. Il fine abietto o futile, art. 61 n. 1 c.p., può trovare adeguata considerazione all'interno della cornice edittale; non occorre, e non è conforme ad un diritto penale del fatto, vale a dire a materialità ed offensività, che comporti un aumento ultraedittale della pena. Persino una strage non diventa più grave per l'intima finalità con cui è realizzata, né diviene meno grave se l'autore intende semplicemente 'fare una strage', senza proprio pensare alla possibilità di terrorizzare altri. L'aumento di pena per la mera finalità interiore conduce ad una pena sproporzionata per eccesso rispetto al fatto commesso: dunque, contrasta pure con gli artt. 3 e 27 co. 3 Cost., per l'incompatibilità di pene sproporzionate con la finalità rieducativa della pena

Per le stesse ragioni, non sono conformi ai principi costituzionali, in particolare: 1) l'aggravante ad effetto speciale di cui agli artt. 270-*bis*.1 c.p., in tema di finalità di terrorismo, che prevede addirittura un aumento di pena fisso "della metà", con divieto di equivalenza o prevalenza di attenuanti, salve quelle di cui agli artt. 98 e 114 c.p.; 2) l'aggravante ad effetto speciale di cui all'art. 416-*bis*.1 c.p., nella parte in cui si riferisce alla finalità di agevolazione mafiosa, prevedendo un aumento di pena da un terzo alla metà, con lo stesso divieto di equivalenza o prevalenza appena menzionato; 3) l'aggravante prevista dall'art. 604-*ter* c.p. «per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità», che comporta un aumento di pena fino alla metà, con divieto di equivalenza o prevalenza delle attenuanti, salvo solo quella di cui all'art. 98 c.p.

Non si comprende, infatti, perché la pena per qualunque reato debba essere aumentata ben al di là del limite edittale sulla base di un mero atteggiamento interiore: come se, ad esempio, picchiare una persona per odio verso

aumentate nella misura di cui al secondo comma dell'articolo 99 del codice penale se il fatto è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione personale durante il periodo previsto di applicazione e sino a tre anni dal momento in cui ne è cessata l'esecuzione.

2. In ogni caso si procede d'ufficio e quando i delitti di cui al comma 1, per i quali è consentito l'arresto in flagranza, sono commessi da persone sottoposte alla misura di prevenzione, la polizia giudiziaria può procedere all'arresto anche fuori dei casi di flagranza.

3. Alla pena è aggiunta una misura di sicurezza detentiva».

la sua etnia sia cosa diversa e più grave, sul piano della materialità e dell'offensività – come pretende, attualmente, l'art. 604-ter c.p. – dal picchiarla, invece, per odio verso le sue tendenze sessuali, siano esse omosessuali o eterosessuali. Lo sdegno per una tale 'sperequazione' spiega la proposta legislativa nota come d.d.l. Zan. Ma, in senso contrario anche a tale proposta, occorre far presente ai suoi sostenitori – pur comprendendone e condividendone le nobili motivazioni antidiscriminatorie – che, dal punto di vista dei principi costituzionali, non è legittimo, sul piano della materialità e dell'offensività, aumentare la pena al di là della cornice edittale in presenza di tali finalità, perché dal punto di vista di un diritto penale del fatto non si tratta di ipotesi più gravi a confronto con quelle in cui, ad esempio, taluno picchia una persona per il sadico piacere di picchiarla – così, tanto per sfogarsi menando le mani all'uscita dalla palestra – oppure per scaricare le proprie frustrazioni sulla moglie o compagna o su un'amica/conoscente a caso; oppure per divertirsi una sera prendendo a calci un povero *clochard* che dorme sui cartoni per terra; oppure per affermare, alla stregua di una subcultura troglodita, il 'possesso' della propria donna verso colui che si è limitato a guardarla, magari con insistenza. Una lesione personale resta una lesione personale; delle motivazioni si può tenere adeguatamente conto all'interno dei limiti edittali. Se, invece, si mira ad introdurre nuove circostanze aggravanti *ad hoc* – o, *mutatis mutandis*, ad ampliare fattispecie esistenti aggiungendo nuove casistiche, come nel caso della proposta di 'integrare' con il riferimento a finalità di discriminazione sessuale e di genere l'art. 604-bis c.p. – ciò si spiega, in definitiva, solo per ragioni sterilmente simboliche, che si è cercato di individuare in precedenza.

Infine, dobbiamo soffermarci su un'ulteriore specie di circostanze aggravanti che contrasta con il principio di offensività. Ma prima occorre un breve passaggio preliminare, che consiste nel distinguere chiaramente materialità ed offensività: distinzione in apparenza manifesta, ma talora trascurata.

Punire qualcuno per un atteggiamento meramente interiore contrasta con il principio di materialità, perché si punisce in assenza di una condotta riconoscibile dall'esterno; ma, secondo l'opinione dominante, non esistono nel nostro ordinamento ipotesi in cui si punisca per un mero atteggiamento interiore. Vi sono, però, come ho cercato di dimostrare, aggravanti contrarie persino al principio di materialità – prima ancora che a quello di offensività –, perché la pena viene aumentata sulla mera base di un atteggiamento interiore, di una finalità, di una cattiva volontà o di una ritenuta pericolosità soggettiva.

Punire qualcuno per una condotta esteriormente percepibile non contrasta, invece, con il principio di materialità, ma può ugualmente contrastare con il principio di offensività: è il caso di ogni norma incriminatrice che renda punibile la mera manifestazione di un pensiero dissenziente – perché si tratta di un atto esterno, ma di per sé non offensivo –; la mera manifestazione di 'disponibilità' a fare qualcosa – si pensi al citato art. 416-ter c.p. o a certe interpretazioni late del concetto di partecipazione ad associazione di tipo



mafioso -; il mero accordo - altro atto manifestato all'esterno e come tale, ad esempio, intercettabile -; la realizzazione di remoti atti preparatori - esterni, ma non ancora concretamente ed attualmente pericolosi -; gli atti meramente 'diretti', etc. Ma è il caso, pure, di norme che rendano punibili condotte a ben vedere neutre sul piano dell'offesa, come il mero ingresso o il trattenersi illegalmente nel territorio dello Stato, art. 10-*bis* t.u. immigr. - esempio controverso <sup>72</sup> o la mera mendicizia 'non invasiva', art.670 co.1 c.p., disposizione notoriamente dichiarata illegittima con sent. Corte cost. n. 519/1995.

Dunque, alla stregua delle considerazioni svolte, non si può neppure prevedere una circostanza aggravante, ovvero un aumento di pena ultraeditale - ma considerazioni analoghe varrebbero per una eventuale fattispecie autonoma 'qualificata' - in relazione ad un elemento che non denoti una maggiore offensività del fatto. Non può fondare una circostanza aggravante, come abbiamo visto, e neppure una fattispecie autonoma - si pensi al reato di ubriachezza o, per altro verso, ai reati di sospetto di cui agli artt. 707-708 c.p.<sup>73</sup> - una mera condizione soggettiva come lo *status* di immigrato, di latitante, di recidivo, di sottoposto a misura di sicurezza o di prevenzione: certo, si tratta di dati oggettivi, 'materiali', non meramente psichici, riconoscibili dall'esterno, ma essi non possono fondare, di per sé, un aumento di pena perché, per quanto la loro rilevanza possa risultare conforme a materialità, risulta illegittima sul piano dell'offensività. E così pure qualsiasi circostanza che si fondi su dati neutri in rapporto all'offesa, che non rendano, cioè, il fatto più grave o oggettivamente più pericoloso, non può dare luogo ad una pena più severa, senza violare i principi di offensività, proporzione, funzione rieducativa della pena. Ad esempio, l'aggravante del furto commesso all'interno di un mezzo di trasporto non ha alcuna seria giustificazione sul piano dell'offesa; e così pure quella degli atti persecutori commessi a distanza rispetto a quelli commessi da vicino...

Gli esempi potrebbero continuare, ma è tempo di concludere. Per approfondire questi temi, torniamo a leggere l'opera fondamentale di Nicola Mazzacuva del 1983. Rileggere i classici costituisce un antidoto contro il superficiale 'presentismo' che mina la cultura giuspenalistica e che si riflette anche in una desolante legiferazione di taglio casistico, dimentica dei principi.

<sup>72</sup> Sia consentito in proposito rinviare, da ultimo, al nostro *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), fasc. 4/2022, 58 ss. con ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>73</sup> Come si ricorderà, entrambi furono dichiarati parzialmente illegittimi proprio «limitatamente alla parte in cui fa[cevano] richiamo alle condizioni personali di condannato per mendicizia, di ammonito, di sottoposto a misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta», Corte cost., sent. n. 110/1968 - con nota di COPPI, *Osservazioni sui reati di sospetto e, in particolare, sul «possesso ingiustificato di valori»*, in *Giur. cost.*, 1968, I, 330 ss. - e sent. n. 14/1971. Com'è noto, mentre l'art. 708 c.p. è stato poi dichiarato interamente illegittimo, l'art. 707 c.p. ha resistito alle questioni di legittimità ripetutamente sollevate, nonostante il contrasto con il principio di offensività, ravvisato condivisibilmente, per tutti, da V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutica, parametro di ragionevolezza*, Torino 1995, 300-301.



# Le “nuove” intercettazioni preventive e le altre attività di prevenzione

Leonardo Filippi\*

**Sommario:** **1.** Introduzione. – **2.** Le attività preventive. – **3.** Il decreto di autorizzazione. – **4.** Le finalità di prevenzione. – **5.** Le modalità di svolgimento delle operazioni. – **6.** Il deposito del verbale e delle eventuali registrazioni. – **7.** La distruzione dei verbali, dei contenuti intercettati e degli eventuali supporti. – **8.** Il tracciamento delle comunicazioni, l’acquisizione dei dati esterni delle comunicazioni e di altre informazioni. – **9.** L’inutilizzabilità processuale dei risultati delle intercettazioni, dei controlli, dei dati e delle informazioni. – **10.** Le spese relative all’attività di prevenzione. – **11.** Le intercettazioni e i controlli preventivi di cui all’art. 226 disp. coord. c.p.p. – **12.** Le intercettazioni preventive del Codice antimafia e delle misure di prevenzione. – **13.** I colloqui investigativi di prevenzione. – **14.** I colloqui investigativi a fini preventivi e processuali. – **15.** Conclusioni.

## ABSTRACT

*Il Governo Meloni, in attesa delle annunciate modifiche alla disciplina delle intercettazioni processuali, ha intanto meglio precisato l’ambito di operatività di quelle preventive, svolte dai servizi di informazione per la sicurezza, su delega da parte del Presidente del Consiglio dei ministri e previa autorizzazione del procuratore generale presso la Corte d’appello di Roma.*

*The Meloni Government, pending the announced changes to the rules of interception, has meanwhile better specified the within of operativity of those preventive, carried out by the security information services, by delegation from the President of the Council of Ministers and prior authorisation from the Attorney General at the Court of Appeal of Rome.*

## 1. Premessa.

Com’è noto, le intercettazioni si distinguono, a seconda della loro finalità, in processuali e preventive. Le intercettazioni processuali hanno la funzione di consentire la prosecuzione delle indagini (artt. 266-271 c.p.p.) oppure di agevolare le ricerche del latitante (art. 295, co. 3, 3-bis e 3-ter c.p.p.)

Le intercettazioni preventive hanno, invece, una funzione di pubblica sicurezza, cioè mirano alla prevenzione dei reati. In passato, le preventivi ipotesi di intercettazione preventiva risalivano all’art. 25-ter d.l. 8.6.1992, n.306, conv. con mod. dalla l. 7.8.1992, n. 356, e all’art. 16 l. 13.9.1982, n. 646.

Attualmente sono tre le disposizioni vigenti: artt. 226 disp. coord. c.p.p., 4 d.l. 27.7.2005, n. 144, conv. dalla l. 31.7.2005, n. 155 (Misure urgenti per il con-

\* Già ordinario di Diritto processuale penale all’Università di Cagliari.

trasto del terrorismo internazionale – c.d. decreto Pisanu) e 78 (“Intercettazioni telefoniche”) d. lgs. 6.9.2011, n. 159 “Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136”.

L’art. 1, co. 684, l. 29.12.2022, n. 197 (Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025) ha modificato il citato art. 4 d.l. 27.7.2005, n. 144, e introdotto l’art. 4-*bis*, che ora contengono un’articolata disciplina dell’attività di prevenzione.

## 2. Le attività di prevenzione del reato.

La citata legge di bilancio 2023 ha apportato modifiche che incidono sul menzionato art. 4 d.l. n. 144/2005, ma non riguardano le tipologie di attività preventive, restando inalterato, rispetto al passato, l’ambito applicativo delle operazioni preventive. Pertanto, il Presidente del Consiglio può delegare, sotto la sua responsabilità politica, i direttori dei servizi di informazione per la sicurezza ad effettuare intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti, anche se queste avvengono nell’abitazione, in luogo di privata dimora o nelle loro pertinenze, intercettazioni di comunicazioni o conversazioni, anche per via telematica, ma anche tracciamento delle comunicazioni telefoniche e telematiche, nonché l’acquisizione dei dati esterni relativi alle comunicazioni telefoniche e telematiche intercorse e l’acquisizione di ogni altra informazione utile in possesso dei soggetti di cui ai commi 1<sup>1</sup> e 3<sup>2</sup> dell’art. 57 del Codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al d.lgs. 1.8.2003, n. 259.

## 3. Il decreto di autorizzazione.

Mentre l’art. 226 disp. coord. c.p.p. consente le intercettazioni preventive quando il procuratore della Repubblica ritiene sussistenti “elementi investigativi che giustifichino l’attività di prevenzione e lo ritenga necessario”, con un ampio margine di valutazione, peraltro basato su “elementi investigativi”, il novellato art. 4 d.l. n. 144/2005 prevede che, non essendoci elementi investigativi nelle operazioni dei servizi, l’autorizzazione deve basarsi esclusivamente sul fatto che tali intercettazioni risultino “indispensabili per l’espletamento delle attività demandate” ai servizi stessi<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Si tratta dei soggetti autorizzati all’impianto ed esercizio di reti e servizi di comunicazione elettronica ad uso pubblico, nonché gli operatori che erogano i servizi individuati dall’art. 3 d.lgs. 30 maggio 2008, n. 109 – cioè le categorie di dati da conservare per gli operatori di telefonia e di comunicazione elettronica – e gli operatori di transito internazionale di traffico.

<sup>2</sup> Sono i soggetti autorizzati per comunicazioni da macchina a macchina – IoT (*Internet-of-Things*) e per servizi di *Edge Computing*, limitatamente alla fornitura di tali servizi e con esclusione dei casi in cui l’uso di tali servizi possa contribuire a fornire servizi di comunicazione interpersonale.

<sup>3</sup> Così la Relazione Atti Senato, n. 442.

Circa l'individuazione dei presupposti applicativi, essi sono assai vaghi, per non dire inesistenti: non è infatti indicato alcun grave delitto da prevenire, per cui sarebbe legittima un'autorizzazione per qualsiasi reato, anche bagatellare, essendo sufficiente che le operazioni siano "ritenute indispensabili" per l'espletamento delle attività di prevenzione indicate dagli artt. 6 e 7, l. n. 124/2007.

Quindi ora è attribuito alla competenza del procuratore generale presso la corte d'appello di Roma, "autorità giudiziaria" legittimata dall'art. 15 co. 2, Cost. il potere di limitare la libertà e segretezza delle comunicazioni. Certo sarebbe stato preferibile attribuire la competenza ad un organo giurisdizionale anziché giudiziario, così come previsto dalla legge nel processo penale: è vero, infatti, che non si chiede al giudice di accertare un fatto ma di convalidare un sospetto avanzato dalla polizia di sicurezza, col "rischio di trasformare il giudice in poliziotto"<sup>4</sup>, ma la legislazione ormai esige che il sospetto sia basato su specifici fatti sintomatici della pericolosità, la cui valutazione non può essere demandata ad una parte, sia pure pubblica, come il procuratore generale, ma deve essere affidata ad un giudice, anche in considerazione dei diritti incisi dall'attività di prevenzione. Non vi è quindi alcuna incompatibilità tra attività di prevenzione e giurisdizione, tanto è vero che le misure di prevenzione, personali e patrimoniali, sono applicate dal tribunale. Inoltre, l'ufficio che autorizza dovrebbe essere decentrato e quindi più vicino alle esigenze preventive da soddisfare. Ci sarebbe anche da domandarsi se, dato che si ritiene di dover rispettare l'art. 15 Cost., non debba trovare applicazione anche l'altra prescrizione, ivi prevista, dell'osservanza delle "garanzie stabilite dalla legge".

Invece, è lasciato al procuratore generale presso la corte d'appello di Roma la generica valutazione sull' "indispensabilità" dell'attività di prevenzione ai fini dell'espletamento delle attività di prevenzione demandate ai servizi di informazione per la sicurezza: se egli le ritiene "indispensabili", autorizza, con proprio decreto motivato, le intercettazioni di comunicazioni o conversazioni, anche per via telematica, nonché l'intercettazione di comunicazioni o conversazioni tra presenti, anche se queste avvengono nel domicilio, nell'abitazione o nelle loro pertinenze.

Con le stesse modalità il procuratore generale presso la corte d'appello di Roma autorizza il "tracciamento delle comunicazioni telefoniche e telematiche", nonché l'acquisizione dei dati esterni relativi alle comunicazioni telefoniche e telematiche intercorse e l'acquisizione di "ogni altra informazione utile" in possesso dei soggetti, già citati, di cui ai co. 1 e 3 dell'art. 57 d.lgs. 1.8.2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche).

---

<sup>4</sup> BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975, n.152)*, in *Quest. Crim.*, 1975, 251.

#### 4. Le finalità di prevenzione.

In particolare l’Agenzia informazioni e sicurezza esterna (A.I.S.E.) ha il compito di ricercare ed elaborare nei settori di competenza tutte le informazioni utili alla difesa dell’indipendenza, dell’integrità e della sicurezza della Repubblica, anche in attuazione di accordi internazionali, dalle minacce provenienti dall’estero. Spettano all’A.I.S.E. inoltre le attività in materia di controproliferazione concernenti i materiali strategici, nonché le attività di informazione per la sicurezza, che si svolgono al di fuori del territorio nazionale, a protezione degli interessi politici, militari, economici, scientifici e industriali dell’Italia. È, altresì, compito dell’AISE individuare e contrastare al di fuori del territorio nazionale le attività di spionaggio dirette contro l’Italia e le attività volte a danneggiare gli interessi nazionali (art. 6 l. 3.8.2007, n. 124).

Invece, l’Agenzia informazioni e sicurezza interna (A.I.S.I.) si occupa di ricercare ed elaborare nei settori di competenza tutte le informazioni utili a difendere, anche in attuazione di accordi internazionali, la sicurezza interna della Repubblica e le istituzioni democratiche poste dalla Costituzione a suo fondamento da ogni minaccia, da ogni attività eversiva e da ogni forma di aggressione criminale o terroristica. Spettano all’A.I.S.I. le attività di informazione per la sicurezza, che si svolgono all’interno del territorio nazionale, a protezione degli interessi politici, militari, economici, scientifici e industriali dell’Italia. È altresì compito dell’A.I.S.I. individuare e contrastare all’interno del territorio nazionale le attività di spionaggio dirette contro l’Italia e le attività volte a danneggiare gli interessi nazionali (art. 7 l. 3.8.2007, n. 124, cit.).

#### 5. Le modalità di svolgimento delle operazioni.

Quanto alle modalità di svolgimento delle operazioni, mentre l’art. 226 disp. coord. c.p.p. contiene una disciplina dell’intercettazione e dei controlli preventivi all’interno dei co. 2, 3, 4 e 5 della stessa disposizione, la novella l’ha invece introdotta nel nuovo art. 4-*bis* del medesimo d.l. n. 144/2005 (Disposizioni in materia di intercettazioni preventive dei servizi di informazione per la sicurezza).

Le attività di intercettazione di comunicazioni o conversazioni, anche per via telematica, nonché l’intercettazione di comunicazioni o conversazioni tra presenti, anche se queste avvengono nel domicilio, nell’abitazione o nelle loro pertinenze, sono autorizzate con decreto motivato, quando il procuratore generale presso la corte d’appello di Roma le ritiene indispensabili per l’espletamento delle attività di prevenzione demandate ai servizi di sicurezza, per la durata massima di quaranta giorni, prorogabile per periodi successivi di venti giorni. L’autorizzazione alla prosecuzione delle operazioni è data con decreto motivato nel quale sono indicate le ragioni che rendono necessaria la proroga (co. 1).

Deve essere redatto “verbale sintetico” delle operazioni di ascolto svolte e dei contenuti intercettati, mentre non è imposta la registrazione delle conversazioni o comunicazioni.

## 6. Il deposito del verbale e delle eventuali registrazioni.

Il “verbale sintetico”, unitamente ai “supporti mobili eventualmente utilizzati o, comunque, ai contenuti intercettati”, è depositato presso il procuratore generale presso la corte di appello di Roma entro trenta giorni dal termine delle stesse, anche con modalità informatiche da individuare con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. Il legislatore ha voluto precisare che i contenuti delle conversazioni o comunicazioni, comunque rappresentati (su supporto digitale, su carta o in altro modo), devono essere depositati per essere poi avviati a distruzione, al fine di evitare indebite provalazioni.

Su richiesta motivata dei direttori dei servizi di informazione per la sicurezza di cui all'art. 2, co. 2, l. 3.8.2007, n. 124, comprovante particolari esigenze di natura tecnica e operativa, il procuratore generale può autorizzare il differimento del deposito dei verbali, dei contenuti intercettati e dei supporti afferenti alle attività svolte per un periodo non superiore a sei mesi (co. 2).

Non essendovi indagati o imputati non si pone l'esigenza di garantire il diritto di difesa. Pertanto, stante la naturale segretezza delle attività preventive, la procedura di verifica della regolarità delle operazioni e di successiva distruzione non è assistita da alcuna garanzia a tutela della persona sottoposta alle captazioni *ante delictum*, la quale è, ordinariamente, destinata a rimanere ignara delle attività svolte nei suoi confronti. Tuttavia, i soggetti che hanno subito l'intercettazione e quindi la limitazione della segretezza delle loro comunicazioni o conversazioni avrebbero diritto almeno ad essere informati dell'avvenuta captazione dei loro dialoghi, una volta che le esigenze di prevenzione sono state soddisfatte.

## 7. La distruzione dei verbali, dei contenuti intercettati e degli eventuali supporti.

Il procuratore generale, verificata la conformità delle attività compiute all'autorizzazione, dispone l'immediata distruzione dei verbali, dei contenuti intercettati, degli eventuali supporti mobili utilizzati e di ogni eventuale copia, anche informatica, totale o parziale, dei contenuti. Tale puntigliosa indicazione di ogni eventuale contenitore delle conversazioni o comunicazioni intercettate denota la volontà del legislatore di evitare che possa verificarsi una eventuale fuga di notizie.

Nulla si dice per l'ipotesi in cui il procuratore generale riscontri che le attività compiute non hanno rispettato le prescrizioni dell'autorizzazione. Certamente egli dovrà comunicare ai competenti organi disciplinari la condotta ritenuta illecita e, se invece si tratta di reato, inviare la *notitia criminis* alla competente Procura della Repubblica.

Entro trenta giorni dalla data di conclusione delle operazioni il Presidente del Consiglio dei ministri deve informare, a norma dell'art. 33, co. 4, l. 3.8.2007, n. 124, il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica circa le operazioni di intercettazione condotte dai servizi di informazione per la sicurezza. Sembra da escludere l'invio del contenuto delle intercettazioni, essendo sufficiente, per il controllo parlamentare, l'informazione sulle operazioni svolte (ad es. numeri utenze e loro titolarità o disponibilità, durata delle intercettazioni, ragioni addotte per l'autorizzazione alle operazioni).

Decorso il termine per l'adempimento degli obblighi di comunicazione da parte del Presidente del Consiglio dei ministri al Comitato, il procuratore generale presso la corte di appello di Roma dispone la distruzione della documentazione anche da esso stesso detenuta, con eccezione dei decreti emanati, relativa alle richieste di autorizzazione di cui al comma 1 del presente articolo, recante contenuti, anche espressi in forma sintetica e discorsiva, delle intercettazioni (co. 3). In questo modo, anche l'eventuale copia, rimasta in possesso del procuratore generale per ragioni d'ufficio, deve essere distrutta, in modo che non ne rimane alcuna in circolazione, conservando solo i decreti emanati a riprova della legittimità delle operazioni svolte.

## **8. Il tracciamento delle comunicazioni, l'acquisizione dei dati esterni delle comunicazioni e di altre informazioni.**

Per l'espletamento delle attività demandate ai servizi di informazione per la sicurezza della Repubblica, l'art. 4-*bis*, co. 4, d.l. n. 155/2005 consente al procuratore generale presso la corte di appello di Roma di autorizzare, con le stesse modalità prescritte per l'intercettazione, il “tracciamento delle comunicazioni telefoniche e telematiche”, nonché l'“acquisizione dei dati esterni” relativi alle comunicazioni telefoniche e telematiche intercorse e l'acquisizione di “ogni altra informazione utile” in possesso dei soggetti, già citati, di cui ai co. 1 e 3 dell'art. 57 d.lgs. 1.8.2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche). I dati sono distrutti entro sei mesi dall'acquisizione e i relativi verbali sono trasmessi al procuratore generale. Il procuratore generale può comunque autorizzare la conservazione dei dati per un periodo non superiore a ventiquattro mesi.

## **9. L'inutilizzabilità processuale dei risultati delle intercettazioni, dei controlli, dei dati e delle informazioni.**

Gli elementi acquisiti attraverso le attività di cui al citato art. 4-*bis* d.l. n. 144/2005 per lo sviluppo della ricerca informativa (cioè intercettazioni preventive, tracciamento delle comunicazioni, nonché acquisizione dei dati esterni relativi alle comunicazioni intercorse e acquisizione di ogni altra informazione utile in possesso dei gestori del servizio di telecomunicazioni) non possono essere utilizzati nel procedimento penale. In ogni caso, tali attività e le notizie acquisite a seguito delle attività medesime non possono essere



menzionate in atti di indagine, né costituire oggetto di deposizione, né essere altrimenti divulgate (art. 4-*bis*, co. 5).

A differenza dell'art. 226 disp. coord. c.p.p., che, pur stabilendo un divieto di utilizzazione nel procedimento penale degli elementi acquisiti attraverso le attività preventive, fa però salvi "i fini investigativi", l'art. 4-*bis* citato non li menziona, facendo intendere che si tratti di una inutilizzabilità assoluta e generale.

Naturalmente, qualora tali risultati, dati o informazioni fossero favorevoli per l'imputato in un processo penale dovrebbero poter essere utilizzati, ma ciò è impossibile sia per la mancata conoscenza di essi da parte del soggetto interessato, sia per la distruzione degli stessi.

## 10. Le spese relative all'attività di prevenzione.

Le spese relative alle attività di cui ai co. 1 e 4 sono imputate all'apposito programma di spesa iscritto nello stato di previsione della spesa del Ministero dell'economia e delle finanze, nell'ambito degli stanziamenti previsti a legislazione vigente. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, ai sensi dell'art. 1, co. 3, l. 3.8.2007, n. 124, sono disciplinati il ristoro dei costi sostenuti e le modalità di pagamento anche in forma di canone annuo forfetario, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica (co. 6).

## 11. Le intercettazioni e i controlli preventivi di cui all'art. 226 disp. coord. c.p.p.

L'art. 226 disp. coord. c.p.p. (Intercettazione e controlli preventivi sulle comunicazioni) stabilisce che il Ministro dell'interno o, su sua delega, i responsabili dei Servizi centrali della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, nonché il questore o il comandante provinciale dei Carabinieri e della Guardia di finanza, richiedono al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto in cui si trova il soggetto da sottoporre a controllo ovvero, nel caso non sia determinabile, del distretto in cui sono emerse le esigenze di prevenzione, l'autorizzazione all'intercettazione di comunicazioni o conversazioni, anche per via telematica, nonché all'intercettazione di comunicazioni o conversazioni tra presenti anche se queste avvengono nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. quando sia necessario per l'acquisizione di notizie concernenti la prevenzione di delitti di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), n. 4 e 51, co. 3-*bis*, c.p.p. Il Ministro dell'interno può altresì delegare il Direttore della Direzione investigativa antimafia limitatamente ai delitti di cui all'art. 51, co. 3-*bis*, c.p.p. (co. 1).

Il procuratore della Repubblica, qualora vi siano "elementi investigativi che giustifichino l'attività di prevenzione" e "lo ritenga necessario", autorizza l'intercettazione per la durata massima di giorni quaranta, prorogabile per periodi successivi di giorni venti ove permangano i presupposti di legge. L'autorizzazione alla prosecuzione delle operazioni è data dal pubblico mi-

nistero con decreto motivato, nel quale deve essere dato chiaramente atto dei motivi che rendono necessaria la prosecuzione delle operazioni (co. 2).

Delle operazioni svolte e dei contenuti intercettati deve essere redatto “verbale sintetico” ed è obbligatoria la registrazione, giacché detto verbale, “unitamente ai supporti utilizzati”, deve essere depositato presso il procuratore che ha autorizzato le attività entro cinque giorni dal termine delle stesse. Il procuratore, verificata la conformità delle attività compiute all’autorizzazione, dispone l’immediata distruzione dei supporti e dei verbali (co. 3).

Con le modalità e nei casi di cui ai co. 1 e 3, può essere autorizzato il tracciamento delle comunicazioni telefoniche e telematiche, nonché l’acquisizione dei dati esterni relativi alle comunicazioni telefoniche e telematiche intercorse e l’acquisizione di ogni altra informazione utile in possesso degli operatori di telecomunicazioni (co. 4).

In ogni caso gli elementi acquisiti attraverso le attività preventive non possono essere utilizzati nel procedimento penale, fatti salvi i fini investigativi. In ogni caso, le attività di intercettazione preventiva di cui ai commi precedenti, e le notizie acquisite a seguito delle attività medesime, non possono essere menzionate in atti di indagine né costituire oggetto di deposizione né essere altrimenti divulgate (co. 5).

## **12. Le intercettazioni preventive del Codice antimafia e delle misure di prevenzione.**

L’art. 78 d.lgs. n. 159/2011, rubricato “Intercettazioni telefoniche”, stabilisce che il procuratore della Repubblica del luogo dove le operazioni debbono essere eseguite, può autorizzare gli ufficiali di polizia giudiziaria ad intercettare comunicazioni o conversazioni telefoniche o telegrafiche o quelle indicate nell’art. 623-*bis* c.p., quando lo ritenga necessario al fine di controllare che i soggetti nei cui confronti sia stata applicata una delle misure di prevenzione di cui al libro I, titolo I, capo II non continuino a porre in essere attività o comportamenti analoghi a quelli che hanno dato luogo all’applicazione della misura di prevenzione (co. 1).

Si osservano, “in quanto compatibili”, le modalità previste dall’art. 268 c.p.p. (co. 2).

Gli elementi acquisiti attraverso le intercettazioni “possono essere utilizzati esclusivamente per la prosecuzione delle indagini” e sono “privi di ogni valore ai fini processuali” (co. 3).

Le registrazioni debbono essere trasmesse al procuratore della Repubblica che ha autorizzato le operazioni, il quale dispone la distruzione delle registrazioni stesse e di ogni loro trascrizione, sia pure parziale (co. 4).

## **13. I colloqui investigativi di prevenzione.**

I colloqui investigativi, previsti sin dal testo originario dell’art. 4 d.l. n. 144/2005, sono stati prorogati, di anno in anno, fino al 31 gennaio 2024.

Essi sono disciplinati dello stesso art. 4 ai co. 2-*bis*, 2-*ter*, 2-*quater* e 2-*quinquies*.

Il Presidente del Consiglio dei ministri, anche a mezzo del Direttore generale del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza, può richiedere che i direttori dei servizi di informazione per la sicurezza dell'A.I.S.E. e dell'A.I.S.I., ovvero personale dipendente espressamente delegato, siano autorizzati a colloqui personali con detenuti e internati, al solo fine di acquisire informazioni per la prevenzione di delitti con finalità terroristica di matrice internazionale (co. 2-*bis*).

L'autorizzazione di cui sopra è concessa dal procuratore generale presso la corte d'appello di Roma quando sussistano "specifici e concreti elementi informativi che rendano assolutamente indispensabile l'attività di prevenzione" (co. 2-*ter*).

Dello svolgimento del colloquio è data "comunicazione scritta" al procuratore generale presso la corte d'appello di Roma e al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo entro cinque giorni dal termine delle operazioni o dieci giorni se sussistono esigenze di traduzione delle comunicazioni o conversazioni. Le autorizzazioni ai colloqui e le successive comunicazioni sono annotate in apposito "registro riservato" tenuto presso l'ufficio del procuratore generale. Dello svolgimento del colloquio il Presidente del Consiglio dei ministri informa il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica entro trenta giorni dalla conclusione delle operazioni, come prescritto dall'art. 33, co. 4, l. 3.8.2007, n. 124 (co. 2-*quater*).

Si applicano le disposizioni di cui ai co. 6, 7 e 8 dell'art. 23 l. 3.8.2007, n. 124, nonché quelle di cui al co. 5 dell'art. 226 d.lgs. 28.7.1989, n. 271 (co. 2-*quinquies*).

#### **14. I colloqui investigativi a fini preventivi e processuali.**

L'art. 18-*bis* l. 26.7.1975, n. 354 (Ord. penitenziario) disciplina i colloqui a fini preventivi e processuali.

Il personale della Direzione investigativa antimafia e dei servizi centrali e interprovinciali della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, nonché gli ufficiali di polizia giudiziaria designati dai responsabili, a livello centrale, della predetta Direzione e dei predetti servizi, hanno facoltà di visitare gli istituti penitenziari e possono essere autorizzati, a norma del co. 2, del citato art. 18-*bis*, ad avere colloqui personali con detenuti e internati, al fine di acquisire informazioni utili per la prevenzione e repressione dei delitti di criminalità organizzata (co. 1).

Le disposizioni di cui al co. 1 si applicano anche ai responsabili di livello almeno provinciale degli uffici o reparti della Polizia di Stato o dell'Arma dei Carabinieri competenti per lo svolgimento di indagini in materia di terrorismo, nonché agli ufficiali di polizia giudiziaria designati dai responsabili di livello centrale e, limitatamente agli aspetti connessi al finanziamento del terrorismo, a quelli del Corpo della guardia di finanza, designati dal responsabile di livello centrale, al fine di acquisire dai detenuti o dagli internati informazioni utili per

la prevenzione e repressione dei delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico (co. 1-*bis*).

Al personale di polizia indicato nei co. 1 e 1-*bis*, l'autorizzazione ai colloqui è rilasciata: a) quando si tratta di internati, di condannati o di imputati, dal Ministro della giustizia o da un suo delegato; b) quando si tratta di persone sottoposte ad indagini, dal pubblico ministero (co. 2).

Le autorizzazioni ai colloqui indicate nel co. 2 sono annotate in apposito “registro riservato” tenuto presso l'autorità competente al rilascio (co. 3).

In casi di particolare urgenza, attestati con provvedimento del Ministro dell'interno o, per sua delega, dal Capo della Polizia, l'autorizzazione prevista nel co. 2, lett. a), non è richiesta e del colloquio è data immediata comunicazione all'autorità ivi indicata, che provvede all'annotazione nel “registro riservato” di cui al co. 3 (co. 4).

La facoltà di procedere a colloqui personali con detenuti e internati è attribuita, senza necessità di autorizzazione, altresì al Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo ai fini dell'esercizio delle funzioni di impulso e di coordinamento previste dall'art. 371-*bis* c.p.p.; al medesimo Procuratore nazionale antimafia sono comunicati i provvedimenti di cui ai co. 2 e 4, qualora concernenti colloqui con persone sottoposte ad indagini, imputate o condannate per taluno dei delitti indicati nell'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. (co. 5).

## 15. Conclusioni.

In conclusione, la giustizia penale affianca alla repressione l'attività di prevenzione del reato: intercettazioni, tracciamenti e acquisizione di informazioni di cui agli artt. 4 d.l. n. 144/2005, 226 disp. coord. c.p.p. e 78 del Codice antimafia, colloqui investigativi di prevenzione e colloqui investigativi a fini preventivi e processuali.

Il procedimento di prevenzione, svincolato da procedure e atti tipici, prende il posto del processo penale, più garantito e formale. Allo stesso modo, l'attività di prevenzione, che dispone ora di un imponente armamentario, scalza quella repressiva. E ciò sarebbe anche un bene, perché se si riuscisse davvero a prevenire il crimine sarebbe molto meglio che reprimerlo o meglio tentare di reprimerlo, con dubbia efficacia, vista la scarsa efficienza dell'attuale processo penale.

Ma ci sarebbe da domandarsi se i diritti e le libertà del cittadino (segretezza delle comunicazioni, diritto di proprietà, libertà di locomozione, riservatezza) possano essere incisi senza alcuna garanzia per lui soltanto perché si tratta di attività di prevenzione del reato. Fino a che punto la nostra Costituzione tollera una limitazione delle libertà fondamentali a fini di prevenzione del reato senza nemmeno un'informazione successiva a chi la subisce? Ma, a questo punto, il discorso si sposta su un altro piano e cioè investe il problema dell'ammissibilità dell'attività di prevenzione di fronte alla nostra Costituzione e fino a che punto essa possa spingersi.

# Dalle ruspe alle politiche di inclusione: i reati culturalmente orientati nella dosimetria della pena

Francesca Curi

**Sommario:** 1. Introduzione. – 2. Vendita in sposa: Cassazione 4/8/2021 n. 30538. – 3. Una delle novità introdotte dal “codice rosso”: l’art. 558-bis c.p. – 4. Impiego di un minore in accattonaggio: Cassazione 1/3/2022 n. 7140. – 5. Identità culturale e diritti fondamentali: prove di convivenza giuridica. – 6. Abbandonare il modello ghettizzante per un’inclusione attiva.

## ABSTRACT

*La Cassazione a distanza di sei mesi condanna due uomini rom, nel primo caso per la “vendita in sposa” della propria figlia minore, nel secondo per l’impiego di una minore nell’acattonaggio. Accanto all’importante affermazione del valore indiscusso dei diritti fondamentali, si apre uno spiraglio per l’applicazione di una pena, in concreto, calibrata sulle peculiarità culturali dell’autore. Negli ultimi anni il reato culturalmente condizionato sta riscuotendo un’attenzione sensibilmente crescente nella giurisprudenza di legittimità, che mostra inusuali flessibilità applicative in bonam partem. Tuttavia, in alcuni frangenti, sarebbe più efficace un confinamento del diritto penale in funzione di extrema ratio, implementando l’apparato di risorse socioeconomiche e culturali, che più efficacemente sono in grado di prevenire questi specifici comportamenti illeciti. In questa direzione si è mossa una recente raccomandazione del Consiglio d’Europa, sull’uguaglianza, inclusione e partecipazione di Rom e Sinti alla vita civile di ciascun Paese (2021-2030).*

*The Supreme Court, six months later, sentenced two Roma men, in the first case for the ‘sale in marriage’ of minor daughter, in the second for the use of a minor in begging. Alongside the important affirmation of the undisputed value of fundamental rights, a glimmer of hope opens up for the application of a punishment, in concrete terms, calibrated to the cultural peculiarities of the author. In recent years, the culturally conditioned offence has been receiving significantly increasing attention in the jurisprudence of legitimacy, which shows unusual flexibility in bonam partem application. However, at certain times, it would be more effective to confine the criminal law to a function of extrema ratio, implementing the apparatus of socio-economic and cultural resources, which are more effectively able to prevent these specific offences. A recent Council of Europe recommendation on equality, inclusion and participation of Roma and Sinti in the civic life of each country (2021-2030) moved in this direction.*

## 1. Introduzione.

La riflessione che segue prende spunto da due sentenze recenti della Corte di Cassazione in tema di reati culturalmente condizionati. Si tratta di arresti giurisprudenziali che sembrano raccogliere il testimone di un orientamento che in dottrina è ormai ampiamente consolidato e diffuso e che legge

la matrice culturale della condotta illecita in chiave *pro reo*<sup>1</sup>. Senza spingersi fino al punto di considerarla una causa di esclusione dell'antigiuridicità o della colpevolezza, la più recente giurisprudenza di legittimità ha pronunciato sentenze di condanna nelle quali il fattore culturale concorre a commisurare la pena verso il limite inferiore della cornice edittale o addirittura consente di diminuirli ulteriormente, grazie alle circostanze attenuanti generiche<sup>2</sup>.

Certamente la presenza, statisticamente sempre più rilevante, di migranti nei Paesi occidentali sfida le strutture dello Stato democratico, indebolendo le radici identitarie nazionali dei suoi cittadini. A queste strutture i migranti rivolgono la richiesta di un riconoscimento multi-etnico non solo dei loro diritti individuali, ma della loro stessa identità<sup>3</sup>. Se non vogliamo assistere alla trasformazione dei paesi occidentali dalla forma dello stato democratico a quella di una società repressiva e penitenziaria<sup>4</sup>, diventa necessario invertire la rotta innanzitutto sul piano sociale ed economico.

## 2. Vendita in sposa: Cassazione 4/8/2021 n. 30538.

La prima vicenda ha riguardato un caso di "cessione" in matrimonio di una ragazza di etnia rom, minore di sedici anni, avvenuta in cambio di una somma di denaro, definito "prezzo della sposa"<sup>5</sup>. Il padre della giovane ragazza viene condannato in primo grado per riduzione in schiavitù, aggravata ai sensi dell'art. 602-ter, commi 5 e 6 c.p. (fatto commesso ai danni di un minore di sedici anni e da un ascendente). La Corte d'Assise d'appello di Firenze, confermando l'imputazione, ha invece ritenuto di operare un giudizio di equivalenza tra le contestate aggravanti e le circostanze attenuanti generiche.

I giudici di legittimità hanno rigettato *in toto* il ricorso dell'imputato, considerandolo infondato e a tratti inammissibile. Hanno invece accolto uno dei motivi del Procuratore Generale, rinviando ad altro giudice di secondo grado la commisurazione della pena, perché hanno rilevato che era stato operato un calcolo errato nel giudizio di bilanciamento tra le circostanze aggravanti, a effetto speciale, ex art. 602-ter e le attenuanti generiche ex art. 62-bis c.p.

---

<sup>1</sup> La letteratura sul tema è ormai estesa. Solo alcuni essenziali rinvii ai contributi monografici: DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010; BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano 2010; BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2006; ID., *Il 'fattore culturale' nel sistema penale*, Torino, 2010; PARISI, *Cultura dell'altro e diritto penale*, Torino, 2010; MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di ignorantia legis e coscienza dell'offesa*, Roma, 2012; PROVERA, *Tra frontiere e confini: il diritto penale dell'età multiculturale*, Napoli, 2018.

<sup>2</sup> GRANDI, *I reati contro la famiglia e contro la persona culturalmente motivati: teoria ed evoluzione della prassi*, in <https://archiviopenale.it/> n. 3/2022, 1-24.

<sup>3</sup> Sulla labilità del confine tra incontro e rispetto dell'alterità e costruzione in negativo dell'altro: RICCI, *Alterità e potere punitivo nello scenario europeo contemporaneo. Spunti a sostegno di un approccio critico post-coloniale*, in [www.la-legislazionepenale.eu](http://www.la-legislazionepenale.eu), 1 dicembre 2022, 26.

<sup>4</sup> ZOLO, *Tramonto globale. La fame, il patibolo, la guerra*, Firenze, 2010, 114-115.

<sup>5</sup> Cass., Sez. V, 4 agosto 2021, n. 30538, reperibile in: <https://ovd.unimi.it/>.

Infatti, l'ultimo comma dell'art. 602-ter c.p. prescrive che le circostanze attenuanti non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto alle aggravanti descritte nei commi precedenti e le diminuzioni di pena si possono operare solo sulla quantità della pena «risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti».

Degno di nota il passaggio nel quale è argomentata l'insussistenza della matrice culturale, asseritamente rinvenuta nel comportamento dell'imputato. La decisione, anzitutto, assegna un perimetro alla tematica dei cosiddetti "reati culturali": «Semplificando, il problema può definirsi quello della rilevanza di un conflitto normativo determinato dall'antinomia tra la norma penale ed una regola di matrice culturale ai fini dell'affermazione della responsabilità di colui che ha violato la prima per conformarsi alla seconda»<sup>6</sup>.

L'asfittica alternativa tra assimilazionismo alla francese, da un lato, e relativismo culturale all'inglese, dall'altro, ha prodotto nei due rispettivi contesti giuridici una legislazione che oscilla tra previsioni che non diversificano i giudizi a seconda dell'identità culturale dell'autore del reato, fino all'inasprimento della risposta penale per il gruppo etnico minoritario; e un'esaltazione del principio di uguaglianza sostanziale, a scapito di quella formale, tale da disciplinare analiticamente le rispettive diversità culturali tra i consociati.

È giunto il momento di partire dalla necessaria presa d'atto che i confini fisici degli Stati non coincidono più con i confini culturali di un dato territorio e la cosiddetta omogeneità culturale, che aveva contribuito al rafforzamento dello Stato-nazione, è ormai venuta meno. Ciò deve indurre a ripensare come integrare, in un ordine politico stabile, le sempre più presenti differenze culturali. Nei Paesi europei del Mediterraneo – in cui l'immigrazione di individui portatori di culture e religioni diverse non è ipotizzabile che possa arrestarsi o addirittura cambiare segno e per i quali il confine politico e culturale tra un «noi» e un «loro» è difficile da definire una volta per tutte – si impone la necessità di elaborare nuovi modelli teorici e soluzioni operative alle questioni poste dalle specificità culturali<sup>7</sup>. Si tratta indubbiamente di una sfida all'idea liberale di una struttura giuridica e politica omogenea, ma essa chiaramente non è più eludibile. Va affrontata innanzitutto un'essenziale questione di meta-eguaglianza, ovvero va deciso in chiave politica un preciso modo di integrare il trattamento eguale della diversità con il trattamento da eguali<sup>8</sup>. Il primo consente quelle capacità che rendono effettive le libertà, il secondo consente di declinare in modo culturalmente differenziato le scelte di capacità. In secondo luogo, va potenziato l'impegno dello Stato a favorire modalità concrete di confronto interculturale, dalle quali derivi la possibilità di com-

<sup>6</sup> P. 6 della motivazione.

<sup>7</sup> GRANDI, *I reati contro la famiglia*, cit., 6 ss.

<sup>8</sup> RAUTI, "A che punto è la notte?" *L'approccio interculturale all'immigrazione fra capacità e accomodamenti*, in *Consulta online*, n. 1/2022, 266-297, 296; ZOLO, *La strategia della cittadinanza*, in Id. (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1994, 3-46; e nello stesso volume: FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, 263-293.

prendere le ragioni di una precisa scelta fra le due declinazioni dell'egualianza. Si può cogliere nel multiculturalismo uno strumento di ricomposizione della frattura postcoloniale, che separa la sponda nord da quella sud del Mediterraneo, e un impulso alla capacità integrativa della cittadinanza come pratica sociale, purché si tracci una visione antitetica a quella dello "scontro tra civiltà"<sup>9</sup>.

Il codice Rocco non ha previsto alcuna apertura alla specificità culturale dell'imputato. Ai tempi della sua entrata in vigore mancavano anche le condizioni sociali affinché potesse farsi sentire la rilevanza sul piano penale di motivazioni culturalmente condizionate, estranee alle tradizioni italiane. A quel tempo l'Italia non era un Paese di immigrazione, ma semmai di emigrazione, come la storia del nostro Paese e la presenza nel codice penale del delitto di frode in emigrazione (art. 645 c.p.), fattispecie oggi del tutto desueta, chiaramente testimoniano<sup>10</sup>. Nel 2006 viene introdotta la fattispecie di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583-bis c.p.), che incrimina una condotta autonoma severamente punita, sebbene fosse già disponibile un presidio penale a questo specifico bene giuridico (ovvero la fattispecie di lesioni gravi e gravissime). Con l'introduzione di questo reato, il legislatore si è chiaramente mosso in direzione opposta al possibile riconoscimento dell'incidenza in *favorem rei* del fattore culturale, in quanto il conseguente aggravamento della disciplina sanzionatoria riflette la squalificazione del fattore culturale, che quelle pratiche esprimono<sup>11</sup>. Nel medesimo solco si è inserita la più recente fattispecie di cui all'art. 558-bis c.p., rubricata: «costrizione o induzione al matrimonio», che vedremo più avanti.

Bisogna guardare al formante giurisprudenziale per poter cogliere qualche interessante segnale. In una prima fase c'è stata una tendenza piuttosto uniforme a non considerare rilevante la categoria dei reati culturalmente orientati. Emblematica, in tal senso, è la pronuncia della Suprema Corte sull'ormai famoso caso del porto del kirpan, pugnale rituale dei sikh (Cass., sez. I, sentenza 31 marzo 2017, n. 24048)<sup>12</sup>. Più recentemente, si segnalano sentenze che invece sembrano orientarsi a favore di una valorizzazione del condizionamento culturale in *bonam partem*, naturalmente con differenti esiti a seconda del profilo sistematico sul quale vanno ad incidere. Le più frequenti ricadute si apprezzano essenzialmente sul versante sanzionatorio,

---

<sup>9</sup> PIROSA, *La prospettiva pluralistica e multiculturalista in Danilo Zolo*, in *Jura Gentium*, 1/2021, *In mare aperto. Pensare il diritto e la politica con Danilo Zolo*, 216-229, 219.

<sup>10</sup> PELISSERO, *Il ruolo incerto del fattore culturale-religioso nel sistema penale. Il caso islam*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2019, 155-174, 157.

<sup>11</sup> ID., *Il ruolo incerto del fattore culturale-religioso*, cit., 158.

<sup>12</sup> BASILE - GIANNOCOLI, *Il coltello kirpan, i valori occidentali e gli arcipelaghi culturali confliggenti. A proposito di una recente sentenza della Cassazione*, in *Dir. imm. citt.*, 3/2017, 1-7; BERNARDI, *Populismo giudiziario? L'evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2017, 671-709.



sia in relazione all'applicabilità delle circostanze o al loro bilanciamento, sia limitatamente alla commisurazione infraeditale<sup>13</sup>.

Nel caso pronunciato ad agosto 2021, i giudici romani hanno escluso la configurabilità di una "scriminante culturale", poiché l'esercizio del diritto dell'agente, nel rimanere fedele alle regole sociali del proprio gruppo identitario di riferimento, si è tradotto nella negazione di beni e diritti fondamentali configurati dall'ordinamento costituzionale e presidiati dalle norme penali violate. Si tratta di un orientamento condiviso anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e conforme all'art. 2 della Convenzione di Parigi del 2005<sup>14</sup>, in base al quale la protezione del diritto alla diversità culturale non può essere invocata per violare i diritti umani e le libertà fondamentali, come consacrati dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo o come garantiti dal diritto internazionale.

Più lapidariamente si afferma che, in conformità a quanto già deciso dalla Corte in precedenza, il titolo di reato contestato esclude qualsivoglia possibilità di attribuire valenza scriminante alla supposta volontà del padre di aderire alle regole ed alle consuetudini della comunità Rom, «atteso che il bene tutelato dall'art. 600 è la libertà individuale intesa come *status libertatis*», ossia come quel complesso di manifestazioni che si riassumono in tale condizione e la cui negazione comporta l'annientamento della stessa personalità dell'individuo<sup>15</sup>.

Per ragioni di spazio è impossibile fare cenno a quella che altrimenti sarebbe un'imprescindibile analisi antropologica, che tra le altre ha la funzione di evitare il rischio di avallare interpretazioni semplicistiche e riduzionistiche, come quelle che qualificano i rom "premoderni", "barbari" o "espressione di cultura arretrata"<sup>16</sup>. Solo una precisazione: il *bridewealth* (la ricchezza della sposa) non è da intendersi come compravendita della sposa, ma è una sorta di "compensazione" per la famiglia di origine della donna, la quale porterà avanti la discendenza di un'altra famiglia, quella del marito. Il flusso di beni è inverso a quello della dote, ed è forse per questo motivo che, in base al sapere comune dei *gagé* (i non Rom), la comprensione risulta più difficile.

<sup>13</sup> C. GRANDI, *I reati contro la famiglia*, cit., 16 ss.

<sup>14</sup> Leyla Şahin v. Turkey 10/11/2005: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-70956>; Eweida and others v. The United Kingdom: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115881>.

<sup>15</sup> P. 9 della motivazione.

<sup>16</sup> Il popolo rom è la più numerosa minoranza etnica «transnazionale e non territoriale» d'Europa: PIASERE, *I Rom d'Europa. Una storia moderna*, Bari, 2004, IV rist.2009; ROMANO, *Dall'inclusione sociale forzata alla costruzione della marginalità. I rom nell'Europa post-socialista tra inclusione ed esclusione*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 1/2016, 3-21, 8 ss.; LAINO, *Superare i campi rom: cosa e come fare*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 1/2016, 45-64, 47. Dalla prospettiva giuridica: RUGGIU, *Il giudice antropologo: costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012; ID., *Il giudice antropologo e il test culturale*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), n. 1/2017, 1-17.

Il bridewealth ha una funzione di mediatore fra le due famiglie, ha un ruolo centrale nello stabilire legami e alleanze tra gruppi familiari<sup>17</sup>.

Sebbene prevalga un atteggiamento da parte del formante giurisprudenziale moderatamente cauto, rispetto alla valorizzazione della matrice culturale del fatto, questa pronuncia dimostra il favore per un approccio progressivamente più flessibile, con effetti tangibili quanto meno sul piano della commisurazione della pena<sup>18</sup>. Al di là del comprensibile dilemma, nel quale si dibatte il giudice, costretto ad oscillare tra l'assumere il ruolo di *gate keeper*, rispetto al messaggio culturale veicolato dall'*expert testimony*, oppure – ma andrebbero definiti preventivamente gli strumenti – di colui che interviene per decodificare e disambiguare il precetto vincolante<sup>19</sup>, nel caso di specie non c'è stata alcuna esitazione nell'affermare che il disvalore del fatto non risulta intaccato dal sommario inquadramento antropologico poc'anzi richiamato. È stato comprovato il dissenso della ragazza, che non voleva aderire alla tradizione, tant'è che ha deciso di scappare e di denunciare il padre. Cionondimeno, il condizionamento culturale dell'imputato ha assunto comunque rilievo nel momento di commisurazione della pena, calcolata tenendo conto di un concorso eterogeneo di circostanze: da un lato l'art. 602-ter c.p., quinto e sesto comma; dall'altro l'art. 62-bis c.p.

### 3. Una delle novità introdotte dal “codice rosso”: l'art. 558-bis c.p.

Con legge 19 luglio 2019 n. 69 è stata introdotta una specifica fattispecie, rubricata: «Costrizione o induzione al matrimonio». Il secondo comma prevede la pena della reclusione da uno a cinque anni, se l'induzione a contrarre matrimonio o unione civile viene esercitata «con abuso delle relazioni familiari». Certamente questa nuova previsione, che non poteva essere applicata ai fatti di causa, in ossequio al principio di irretroattività (la Cassazione ha escluso un fenomeno di successione, sulla base del confronto strutturale tra l'art. 600 c.p. e il nuovo 558-bis c.p.), contribuisce certamente a rafforzare il profilo della tassatività. Nell'ottica integralmente assimilazionista, adottata dal legislatore del cosiddetto “codice rosso”, si perseguono quei comportamenti che le vittime – prevalentemente, anche se non esclusivamente, di sesso femminile ed in giovanissima età – difficilmente denunciano per timore di ritorsioni, per sfiducia nelle istituzioni, per mancanza di informazioni sui soggetti cui rivolgersi o perché lo stato di controllo in cui vivono impedisce loro di poterlo fare.

<sup>17</sup> TOSI CAMBINI, *Matrimoni romani e interpretazioni gagikane nello spazio pubblico, giuridico e scientifico dei gage*, in *L'Uomo Società Tradizione Sviluppo*, 1/2015, 55-75, 59.

<sup>18</sup> L'ambito più adeguato a dare rilievo ai conflitti culturali: SCEVI, *Riflessioni su reati culturalmente motivati e sistema penale italiano*, in *Arch. pen.*, 3/2016, 1-32, 24 ss.

<sup>19</sup> CANZIO, *Multiculturalismo e giurisprudizione penale*, in *disCrimen*, 19.11.2018, 1-12, 12.

Nell'ultimo rapporto dell'organizzazione "Save the children", pubblicato ad ottobre 2022, in occasione della giornata internazionale delle ragazze, emerge che sono quasi 90 milioni – ovvero 1 su 5 a livello globale – le bambine e le adolescenti di età compresa tra i 10 e i 17 anni che vivono in zone di conflitto, con impatti devastanti sul loro benessere fisico e mentale e sulle loro opportunità future. Le bambine che vivono nell'Asia orientale e nel Pacifico, in America Latina e nei Caraibi e nell'Asia meridionale sono le più esposte al rischio di matrimonio precoce, legato ai conflitti. L'Africa occidentale e centrale registrano i tassi più alti al mondo. La Nigeria, nonostante abbia previsto una legislazione contro il matrimonio infantile, è il Paese che ha il numero più elevato di matrimoni precoci del pianeta<sup>20</sup>.

Nel rapporto, pubblicato dal servizio analisi criminale del Dipartimento della pubblica sicurezza, del Ministero dell'Interno, si legge che il numero dei reati di matrimonio forzato, commessi nel periodo compreso tra il 9 agosto 2019 e il 31 dicembre 2021, è andato progressivamente aumentando (dai 7 degli ultimi 5 mesi del 2019, agli 8 del 2020, ai 20 nel 2021). Un terzo delle vittime sono minorenni, in particolare il 6% è infraquattordicenne, mentre il 27% ha un'età compresa tra i 14 ed i 17 anni. Tra le vittime maggiorenni, la percentuale nettamente preponderante (43%) è quella riferita alla fascia d'età compresa tra i 18 ed i 24 anni. Per quanto attiene alla cittadinanza, risultano prevalenti le vittime straniere (64%); nell'ambito di queste le nazionalità più rappresentate sono quella pakistana (57%) e quella albanese (10%); India, Bangladesh, Sri Lanka, Croazia, Polonia, Romania e Nigeria con una unità rappresentano ciascuna circa il 5%<sup>21</sup>.

La crudezza di questi dati deve indubitabilmente provocare una risposta severa. Tuttavia, è difficile pensare che il diritto penale possa fronteggiare significativamente il fenomeno, arrivando addirittura a dissuadere l'autore culturalmente motivato dal replicare le condotte incriminate. Ancora minore è la convinzione che lo strumento repressivo sia in grado – in questo aggrovigliato intreccio di tradizioni e culture – di soddisfare la funzione rieducativa e risocializzante di un autore "culturalmente motivato"<sup>22</sup>. Proprio il radicamento di una storia patriarcale, che si è conservata nonostante le migrazioni e il trascorrere dei secoli, deve indurre ad elaborare strategie di intervento quantomeno concorrenti, che in tempi certamente non immediati riescano però a generare un ritorno sul piano sociale, economico e culturale, nettamente più efficace.

---

<sup>20</sup> <https://www.savethechildren.it/blog-notizie/giornata-internazionale-delle-ragazze-facciamo-luce-sui-pericoli>.

<sup>21</sup> Il rapporto è stato pubblicato il 22 febbraio 2022: [https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2022-02/induz\\_matrimoni.pdf](https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2022-02/induz_matrimoni.pdf).

<sup>22</sup> Al contrario, si esprime in termini più fiduciosi: PEPE, *Matrimoni forzati e "prezzo della sposa": la cassazione ribadisce l'irrelevanza di tradizioni e culture lesive della libertà individuale*, in <https://www.sistemapenale.it/>, 15 febbraio 2022, 1-13, 10.

#### 4. Impiego di un minore in accattonaggio: Cassazione 1/3/2022 n. 7140.

Nel secondo caso, la Corte d'appello di Catanzaro confermava la decisione del Tribunale di Cosenza, che aveva condannato un uomo di etnia rom per il reato di cui all'art. 600-*octies* c.p., previa concessione delle circostanze attenuanti generiche. L'uomo, di fronte al Tribunale della città, sotto una pioggia battente, aveva indotto una bambina di sei anni a chiedere l'elemosina e a farsi consegnare quanto raccolto dai passanti<sup>23</sup>.

La Corte ha rigettato il ricorso dell'imputato e ha affermato che la dedotta connotazione culturale della pratica di chiedere l'elemosina non può certamente condurre – come evidenziato nell'impugnata sentenza – a “decriminalizzare” la condotta posta in essere dall'imputato. «I “valori” della cultura rom non rilevano quando – come nel caso di specie – contrastino con i beni fondamentali riconosciuti dall'ordinamento costituzionale, quali il rispetto dei diritti umani e la tutela dei minori». Inoltre, per l'integrazione del reato contestato non è richiesto che il minore sia sottoposto a “sofferenze e/o mortificazioni”, come risulta chiaramente dal tenore della norma incriminatrice, che punisce, «salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque si avvale per mendicare di una persona minore degli anni quattordici e, comunque, non imputabile»<sup>24</sup>.

È utile evidenziare incidentalmente che la legge n. 94/2009 ha riformato il reato di impiego di minori nell'accattonaggio, tramutandolo da contravvenzione concernente l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica in delitto contro la personalità individuale. Il cosiddetto decreto Salvini, nel 2018, ha aggiunto il secondo comma, prevedendo la reclusione da uno a tre anni per chiunque organizzi l'altrui accattonaggio, se ne avvalga o comunque lo favorisca a fini di profitto. Possiamo immaginare che l'intento persecutorio nei confronti di una categoria di persone giudicate altamente pericolose per l'ordine pubblico, la sicurezza urbana, la tranquillità pubblica e la pacifica convivenza civile, abbia fatto ritenere opportuno non accontentarsi della presenza nel nostro sistema punitivo dell'istituto del concorso di persone, che all'art. 112, in particolare numero 2), già prevede una specifica aggravante per chi abbia promosso od organizzato la cooperazione nel reato, ovvero abbia diretto l'attività delle persone, che sono concorse nel reato. È di tutta evidenza l'opzione nel primo decreto sicurezza a favore di una nuova fattispecie autonoma e non circostanziata, per evitare il rischio di una mitigazione sanzionatoria, attraverso il meccanismo del bilanciamento delle circostanze<sup>25</sup>. Nella vicenda

<sup>23</sup> Cass., Sez. I, 1° marzo 2022, n. 7140, [https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24O-RE/QUOTIDIANI\\_VERTICALI/Online/\\_Oggetti\\_Embedded/Documenti/2022/03/29/cassa71402022.pdf](https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24O-RE/QUOTIDIANI_VERTICALI/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2022/03/29/cassa71402022.pdf).

<sup>24</sup> P. 3 della motivazione.

<sup>25</sup> Sia consentito un rinvio a: F. CURI, *Il reato di accattonaggio: “a volte ritornano”. Il nuovo art. 669-bis c.p. del d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla l. 132/2018*, <https://www.penale-contemporaneo.it/upload/8914-curi2019a.pdf>, 1-12, 11.

qui richiamata tuttavia non è stato contestato il secondo comma dell'art. 600-*octies* c.p., ma il primo comma, poiché il fatto è avvenuto antecedentemente alla sua entrata in vigore.

Di un qualche interesse la richiesta, sebbene sia stata rigettata dai giudici della prima sezione della Corte di Cassazione, formulata dal procuratore generale e volta ad ottenere l'annullamento della sentenza impugnata, limitatamente all'applicazione dell'esimente di cui all'articolo 54 c.p. Naturalmente anche la difesa ha ricostruito in capo all'imputato uno stato di necessità che lo avrebbe indotto a commettere il reato, a causa della profonda situazione di indigenza, trovandosi a vivere in una baracca, senza servizi igienici, e a usare vestiti di "recupero". La Corte, richiamando un orientamento conforme<sup>26</sup>, ha replicato che: «la situazione di indigenza non è di per sé idonea a integrare la scriminante dello stato di necessità per difetto degli elementi dell'attualità e dell'inevitabilità del pericolo, atteso che alle esigenze delle persone che versano in tale stato è possibile provvedere per mezzo degli istituti di assistenza sociale»<sup>27</sup>. È difficile non cogliere affatto il pur esilissimo margine di incertezza, sull'efficienza della macchina assistenziale, proprio in considerazione dell'etnia dell'autore del reato. In occasione delle trasformazioni che il *welfare* europeo ha subito, all'interno del paradigma neoliberale, si assottiglia vistosamente l'opportunità di essere aiutati, soprattutto se stranieri. Gli istituti giuridici, pur continuando ad avere una capacità descrittiva, non appaiono però più idonei a regolamentare efficacemente le nuove esigenze emergenti nelle società postindustriali contemporanee, complice la crisi del *welfare*, la difficoltà dello Stato sociale di mantenere le proprie promesse e di realizzare i principi affermati nella Carta costituzionale<sup>28</sup>.

Il formante giurisprudenziale sovranazionale sembra più incline ad assumere una posizione non di retroguardia, rispetto alla linea ormai univocamente tracciata dalla suprema corte italiana. Sebbene non sia coinvolto un minore, come vittima di sfruttamento, la recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo affronta proprio un caso di mendicizia – esercitata da un adulto – in assenza di alternative di sostentamento<sup>29</sup>. La vicenda ha riguardato una cittadina rumena di etnia rom, analfabeta e proveniente da una famiglia poverissima che nel 2011, non essendo in grado di trovare lavoro, aveva iniziato a chiedere la carità in Svizzera, a Ginevra e per questo era stata condannata al pagamento della somma di 500 franchi svizzeri, oltre alla confisca del poco denaro raccolto attraverso l'elemosina. Inoltre, la donna era stata detenuta per cinque giorni, poiché non era stata in grado di pagare la sanzione pecuniaria, come previsto dalla legge penale del Cantone svizzero. Secondo la Corte di Strasburgo la pena inflitta aveva violato il diritto

<sup>26</sup> Cass., Sez. 5, n. 3967 del 13/07/2015, Rv. 265888.

<sup>27</sup> P. 4 della motivazione.

<sup>28</sup> PROSPERETTI, *Ripensiamo lo stato sociale*, Milano, 2019.

<sup>29</sup> Lăcătuș c. Svizzera, 19 aprile 2021, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-207377%22%5D%7D>.

alla dignità umana della ricorrente e compromesso l'essenza stessa dei diritti protetti dall'art. 8 della Convenzione (diritto al rispetto della vita privata e familiare), poiché la pratica della mendicizia in assenza di alternative costituisce un diritto intrinseco al rispetto della dignità umana non bilanciabile con l'esigenza di "nascondere" la povertà dalla pubblica via<sup>30</sup>.

Il passaggio davvero assai rilevante espresso dai giudici europei riguarda il riconoscimento, nei termini di un diritto umano intrinseco al rispetto della dignità della persona, della possibilità di manifestare il proprio disagio e ricercare solidarietà in situazioni di bisogno. Esso si iscrive nel quadro delle fonti internazionali, riportate dalla stessa sentenza, in cui si guarda con sfavore alla tendenza degli Stati alla "criminalizzazione" dello *status* del nullatenente, costretto a dover mendicare, senza che si possa trovare alcuna giustificazione nell'esigenza di salvaguardare il decoro urbano<sup>31</sup>. Sempre nelle righe di motivazione di questa sentenza, la Corte ha considerato che misure meno severe – e aggiungiamo noi, anche alternative al diritto penale – avrebbero potuto portare allo stesso risultato o ad un risultato comparabile. Il sistema punitivo, nel perseguire una cieca penalizzazione dell'indigenza, fagocita risorse umane ed economiche di cospicuo tenore, che potrebbero essere invece più efficacemente dirottate verso piani di intervento socioculturali, capaci di restituire risultati tangibili e di sicuramente più solida durata.

## 5. Identità culturale e diritti fondamentali: prove di convivenza giuridica.

Le due sentenze richiamate si allineano perfettamente sulla direttrice che la giurisprudenza di legittimità sembra aver imboccato nell'affrontare la tematica complessa e densa di implicazioni anche extragiuridiche, rappresentata dalla presenza di un conflitto culturale. Il limite insuperabile, tracciato anche dai giudici sovranazionali nel riconoscimento dell'identità culturale, coincide con la salvaguardia dei diritti fondamentali. C'è reato quando viene menomato un diritto inviolabile della persona. Quindi, ferma l'impossibilità di configurare difetti di tipicità, colpevolezza o eccezioni al carattere anti-giuridico del fatto, sembra invece dischiudersi, nei più recenti orientamenti giurisprudenziali, uno spiraglio che consente di intravedere la peculiarità identitario-culturale dell'autore nel momento in cui si fissa la dosimetria sanzionatoria, che può avere il perimetro della sola cornice edittale, oppure può allargarsi attraverso il riconoscimento delle attenuanti generiche, oppure di altre attenuanti comuni o speciali, che consentono di abbassare ulteriormente la pena in concreto inflitta.

---

<sup>30</sup> ROBOTTI, *Corte EDU: Lăcătuş c. Svizzera*, 29 gennaio 2021, <https://www.unionedirittiumani.it/news/corte-edu-la%CC%86ca%CC%86tus%CC%A7-c-svizzera/>.

<sup>31</sup> VITARELLI, "Non è un delitto il mendicare quando si ha fame". *La corte edu estende l'ambito di operatività dell'art. 8 Cedu riconoscendo il diritto alla mendicizia in assenza di alternative di sussistenza come intrinseco alla dignità umana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2021, 742-746, 746.

Accanto a un formante giurisprudenziale apprezzabilmente più attento a cogliere le sfumature di una materia che, rispetto alla rigida sistematica del reato, conserva un alto indice di fluidità e che è destinata a subire forti variazioni politico-criminali, si può oggi, più che in passato, pensare a nuovi scenari che – in una prospettiva *de iure condendo* di politica sociale – permettano di creare legami interculturali, di comprensione reciproca, fondati su una serie di incentivi, capaci di stimolare la conformità alla legge. Imboccata questa direzione, il diritto penale verrebbe in parte sollevato dall'inane compito di risolvere ogni tipo di conflittualità all'interno della società contemporanea, riguadagnando un più appropriato ruolo di *extrema ratio*.

## 6. Abbandonare il modello ghettizzante per un'inclusione attiva.

L'Italia, sebbene non sia l'unico Stato europeo ad avere “campi nomadi” sul proprio territorio, viene etichettata come “Paese dei campi”, in quanto sarebbe la nazione maggiormente impegnata nella politica dei villaggi etnici per le comunità Rom e Sinti e Caminanti (RSC), anche dette romaní, dal nome della lingua parlata. Negli ultimi anni si assiste a un cambio di strategia politica e narrativa, che sembra lasciare alle spalle l'approccio di tipo emergenziale (capace di riprodurre ed esasperare le condizioni di marginalità, esclusione e segregazione sociale delle minoranze<sup>32</sup>), per fare spazio a interventi sistematici di inclusione sociale di un gruppo etnico, che ad oggi resta oggetto di una forma di «ostilità trasversale» in molte zone d'Europa. Le azioni ordinarie di politica sociale, opportunamente calibrate nel contesto in cui si interviene, se rivolte a sviluppare percorsi inclusivi individualizzati e strutturati sulle esigenze dei singoli nuclei familiari<sup>33</sup>, non possono che relegare in una posizione sussidiaria il diritto penale, per sua essenza punitivo e in questo specifico frangente del tutto incapace di sovrintendere efficacemente alle sue essenziali prerogative di prevenzione generale e speciale. Sono necessari strumenti flessibili<sup>34</sup>, mentre il diritto penale è costitutivamente un mezzo rigido di soluzione dei conflitti, legato al perimetro obbligato della

---

<sup>32</sup> Sul grado di inefficacia e di difficoltà che hanno incontrato anche amministrazioni che pure dichiaravano e hanno avuto buone intenzioni, valide competenze messe in campo, animate da forti intenzionalità: LAINO, *Superare i campi rom*, cit., 57.

<sup>33</sup> PIERGIGLI, *Politiche migratorie e integrazione: quali indicazioni dalla Corte di Giustizia UE?*, in *Democrazia e sicurezza*, n. 1/2018, 3-36, 7.

<sup>34</sup> Un interessante banco di prova è quello rappresentato dal codice del terzo settore, entrato in vigore nel 2017. Lì sembra si sia avviato un sostanziale ripensamento degli equilibri “orizzontali” del sistema di accoglienza, ossia dei rapporti tra amministrazioni pubbliche responsabili del servizio e privati a cui esso viene esternalizzato. L'articolato meccanismo di accoglienza “parallela” sorto in risposta alla crisi ucraina apre, d'altro canto, a nuove riflessioni sui corretti equilibri “verticali” interni al sistema, ovvero sull'individuazione del livello amministrativo (centrale o locale) a cui attribuire un ruolo preminente nell'assistenza dei richiedenti protezione: GALLI, *I rapporti “pubblico-privato” e “centro-periferia” nel sistema di accoglienza dei richiedenti asilo: quale futuro alla luce delle recenti riforme?*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, novembre 2022, 1-7, 2.

fattispecie penale. Inoltre, da un lato esso sviluppa una logica di esclusione, antitetica al percorso di integrazione a cui dovrebbe tendere la coabitazione tra culture; dall'altro lato, la sanzione più severa di cui l'ordinamento dispone si presenta fragile quanto a capacità di deterrenza e di orientamento sociale, laddove il fatto sia sorretto da una motivazione sedimentata in costumi e tradizioni che fanno parte delle *Kulturnormen* dell'autore del reato, ben più introiettate dei precetti penali vigenti nel Paese ospitante<sup>35</sup>.

Un'indicazione incoraggiante viene dal recepimento, il 23 maggio 2022, della raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea del 12 marzo 2021 (2021/C 93/01), nella quale si delinea la strategia nazionale di uguaglianza, inclusione e partecipazione di Rom e Sinti (2021-2030)<sup>36</sup>. Questo documento afferma un nuovo approccio, integrando l'inclusione socioeconomica dei rom emarginati con la promozione dell'uguaglianza e partecipazione. Si tratta di una fonte di *soft law*, che per sua natura dispone di una vincolatività solo indiretta, ma rappresenta la premessa più efficace per indurre i singoli Stati membri ad intraprendere un comune approccio all'integrazione degli stranieri in Europa. I dati sono confortanti: dal 2016 al 2021 i "campi rom" sono diminuiti in Italia da 149 a 109 e il numero delle persone al loro interno è calato nello stesso periodo del 36%. Un nuovo modello di relazione interculturale nel pieno rispetto del pluralismo è possibile, purché il processo necessariamente dinamico che lo governa sia condiviso, con eguale impegno, dagli attori istituzionali, dai decisori politici, dal terzo settore e dall'intera società civile.

Al terzo punto delle considerazioni iniziali si dichiara che: «Il pilastro europeo dei diritti sociali esprime principi e diritti intesi a sostenere ed aumentare l'equità sociale, a prescindere da sesso, razza o origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale. Misure universali integrate da misure mirate, quali quelle contenute nella presente raccomandazione, tese a tutelare e sostenere i gruppi ad alto rischio di discriminazione o esclusione sociale sono fondamentali per sostenere l'attuazione dei principi del pilastro sociale. La realizzazione del pilastro è un impegno politico e una responsabilità condivisa. Dovrebbe essere attuato a livello dell'Unione e degli Stati membri in linea con le rispettive competenze, tenendo debitamente conto dei diversi contesti socioeconomici e della diversità dei sistemi nazionali, compreso il ruolo delle parti sociali, nel pieno rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità». Ancora più esplicitamente, al sesto punto si riconosce esserci già stato un notevole impulso alla lotta contro la povertà e l'esclusione sociale, attraverso la fissazione di obiettivi comuni europei, mirati ad aumentare i livelli di istruzione e di occupazione. Tali obiettivi, tuttavia, non possono essere raggiunti senza migliorare l'uguaglianza, l'inclusione e la partecipazione dei Rom, così come la presente raccomandazione sollecita.

<sup>35</sup> PELISSERO, *Il ruolo incerto del fattore culturale-religioso*, cit., 156.

<sup>36</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32021H0319%2801%29>.



Dopo la lettura dell'intero testo approvato dal Consiglio d'Europa, emerge con ancora maggiore chiarezza quanto il ricorso al diritto penale significhi il fallimento delle politiche sociali, quanto l'uso della pena consolidi la distopia liberale di uno Stato ridotto a guardiano notturno della proprietà privata. Per affrancarsi da uno scenario nel quale primeggia la funzione di polizia di un diritto penale eminentemente simbolico, diventa imprescindibile un convinto reinvestimento nella dimensione sociale e culturale di ogni singolo Paese, rinnovando l'impegno comunitario verso gli obiettivi primari per un benessere reale dell'intera comunità<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Nel maggio 2021 è stata approvata la dichiarazione di Porto, che contiene il Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali, proposto dalla Commissione UE. Per ora si tratta di 20 principi generali, che andranno gradualmente trasformati in disposizioni legislative: [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles\\_it](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_it).



# Il protocollo organizzativo della Procura generale di Potenza, per indagini ex d.lgs. n. 231/2001 più efficienti

Giulio Garuti - Cesare Trabace\*

**Sommario** 1. Uno sguardo d'insieme. - 2. Il rapporto di causalità tra le carenze organizzative e la commissione del reato-presupposto da parte di un "apicale". - 3. Le modalità e gli strumenti di indagine. - 4. Tempi duri per il principio di legalità processuale?

## ABSTRACT

*La Procura generale presso la Corte d'appello di Potenza ha recentemente adottato un Protocollo organizzativo relativo alle indagini compiute nei confronti degli enti collettivi, ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, manifestando interesse nei confronti di una materia spesso negletta. Il contributo ne ripercorre gli snodi fondamentali e si interroga sulla compatibilità di simili atti con il principio di legalità processuale.*

*The General Prosecutor's Office at the Potenza Court of Appeal recently adopted an Organizational Protocol on investigations against companies, under Legislative Decree No. 231 of June 8, 2001, showing interest in an often-forgotten matter. The article traces its key junctures and it questions the compatibility of such acts with the principle of procedural legality.*

## 1. Uno sguardo d'insieme.

La Procura generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Potenza ha di recente diffuso un protocollo organizzativo contenente linee guida relative alle indagini condotte ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, il quale disciplina, come è noto, «[l]a responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica»<sup>1</sup>.

Soffermandosi sui profili ritenuti maggiormente problematici, detto documento, frutto della discussione intercorsa con gli Uffici requirenti del Distretto e con i Comandi provinciali della Guardia di finanza, se per un verso offre

---

\* Pur essendo il contributo frutto di una riflessione condivisa, i paragrafi 1 e 2 vanno attribuiti al prof. Giulio Garuti (Professore ordinario di Diritto processuale penale - Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia), mentre i paragrafi 3 e 4 al dott. Cesare Trabace (Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale - Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia).

<sup>1</sup> Per un primo commento, v. ZAZZARO, *Criteri di ascrizione della responsabilità da reato delle persone giuridiche: il protocollo organizzativo della Procura Generale di Potenza*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 7 dicembre 2022.

utili indicazioni di ordine pratico, prendendo spesso le mosse dagli arresti della giurisprudenza di legittimità, per altro verso si limita a parafrasare ovvero a semplificare il dettato normativo<sup>2</sup>.

Il suo contenuto è stato presto integrato e approfondito dalla medesima Procura generale, mediante l'adozione di una Relazione illustrativa che si concentra sull'idoneità del Modello di organizzazione e gestione nonché sul ruolo dell'Organismo di vigilanza. Si tratta, del resto, degli snodi fondamentali del sistema delineato dal legislatore di inizio millennio per l'iscrizione all'ente della complessa fattispecie amministrativa *ex crimine*. La lettura degli artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231 del 2001 rivela infatti come il rimprovero sia stato ancorato non solo alla commissione di un reato nell'interesse e a vantaggio della persona giuridica da parte di un *intraeus* - "apicale" o "subordinato" che sia<sup>3</sup> -, ma altresì alla sussistenza della c.d. colpa organizzativa, nella cui valutazione un ruolo chiave giocano vuoi l'adozione e l'efficace attuazione di un modello idoneo a prevenire comportamenti penalmente rilevanti della stessa specie di quelli già verificatisi vuoi l'attività di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza di quest'ultimo ad opera di un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo.

Ad ogni modo, entrambi gli atti diffusi risultano dichiaratamente motivati da una duplice esigenza. L'autorità giudiziaria lucana allude anzitutto alla necessità di risolvere le incertezze interpretative che, ancora oggi, solleva l'articolata disciplina *de societate*, caratterizzata dalla presenza di profili originali e dalla rivisitazione di istituti tipici della giustizia penale "antropocentrica": si intende, in questo modo, dissipare ogni dubbio, al fine di garantire un'azione investigativa più efficace. Accanto a una motivazione di carattere sistematico, ve ne sarebbe pure una più contingente, legata alla perseguibilità, ex artt. 24 e 25 d.lgs. n. 231 del 2001, delle condotte funzionali all'acquisizione delle sovvenzioni dell'Unione europea che costituiscono le risorse del P.N.R.R.<sup>4</sup>; condotte, queste, oggetto prioritario delle indagini espletate dagli uffici re-

---

<sup>2</sup> Paradigmatico, in questo senso, il testo dell'art. 4 del Protocollo organizzativo in esame, che, a proposito dell'autonomia della responsabilità dell'ente, replica grossomodo il testo dell'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001. Esso dispone infatti che «[l]a responsabilità dell'ente per l'illecito amministrativo è autonoma rispetto a quella della persona fisica, sussistendo anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile ovvero il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia».

<sup>3</sup> Più precisamente, l'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 231 del 2001 identifica le persone fisiche autrici del reato, alla lett. a), nelle «persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché [nelle] persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso» (c.d. soggetti in posizione apicale) e, alla lett. b), nelle «persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)» (c.d. subordinati).

<sup>4</sup> Il riferimento parrebbe invero riguardare soprattutto le fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 316-ter (indebita percezione di erogazioni pubbliche) e 640-bis c.p. (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche), richiamate nel testo dell'art. 24 d.lgs. n. 231 del 2001. In questo senso, ZAZZARO, *Criteri di iscrizione della responsabilità da reato delle persone giuridiche*, cit.

quirenti del Distretto, a patto che non rientrino nella competenza della Procura europea.

Per conferire una migliore operatività alle indicazioni contenute nel Protocollo organizzativo e nella Relazione, la Procura generale ha insistito anche sulla opportunità di programmare incontri e corsi formativi dedicati al personale che, a vario titolo, prende parte alle investigazioni. E al medesimo scopo pare preordinato l'impegno dei soggetti che hanno partecipato alla elaborazione degli atti di *soft law* qui in discorso a nominare un proprio referente che faccia da punto di contatto con riguardo alle difficoltà operative e interpretative che solleva la materia.

Al di là del contenuto dei documenti diffusi – i cui aspetti più significativi saranno di seguito analizzati –, non si può che condividere la portata dell'iniziativa, capace di gettare la luce su un testo normativo che, benché in vigore da più di un ventennio, viene ancora applicato in maniera ondivaga, discontinua e, per usare una espressione cara alla dottrina, «“a macchia di leopardo”»<sup>5</sup>, cioè in alcune aree geografiche del nostro Paese più che in altre.

## 2. Il rapporto di causalità tra le carenze organizzative e la commissione del reato-presupposto da parte di un “apicale”.

Il Protocollo organizzativo adottato dalla Procura generale stabilisce, all'art. 21, che, per l'affermazione della responsabilità dell'ente – nel caso in cui a commettere uno dei reati-presupposto elencati agli artt. 24 ss. d.lgs. n. 231 del 2001 abbia provveduto un soggetto posto in posizione “apicale” –, sia sufficiente l'accertamento dell'inesistenza o dell'inidoneità del Modello di organizzazione e gestione o dell'Organismo di vigilanza.

Il lapidario assunto si pone in rotta di collisione con i principi espressi dalla Corte di cassazione, nell'ambito della pronuncia che ha da poco posto la parola fine alla lunga e complicata vicenda Impregilo<sup>6</sup>. In questa occasione, è stato difatti ritenuto che l'imputazione alla *societas* dell'illecito non possa prescindere dall'accertamento anche del nesso eziologico tra le carenze organizzative e la condotta anti-giuridica posta in essere dalla persona fisica, da compiere con un giudizio *ex post* (o della prognosi postuma). Per dirla con i giudici di legittimità, «la lacuna od il punto di debolezza di un modello

<sup>5</sup> Tra gli altri, DI GIOVINE, *Prefazione*, in STAMPANONI BASSI - MEAZZA (a cura di), *Commentario al d.lgs. 231/2001. Profili operativi in tema di responsabilità da reato degli enti*, Pisa, 2021, XI; 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.

<sup>6</sup> Ci si riferisce a Cass. pen., Sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, in CED, n. 283437. Tra i commenti, BORGABELLO, *Sentenza Impregilo: metodi di valutazione di adeguatezza del modello organizzativo, dei poteri dell'organismo di vigilanza e della condotta fraudolenta degli amministratori*, in *Giur. pen. web*, 2022, 10, 1 ss.; DE SIMONE, *Si chiude finalmente, e nel migliore dei modi, l'annosa vicenda Impregilo*, in *Giur. it.*, 2022, 2758 ss.; PIERGALLINI, *Una sentenza “modello” della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda “Impregilo”*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 17 giugno 2022, 1 ss.

poss[on]o condurre a ravvisare una responsabilità dell'ente soltanto se abbiano avuto un'efficienza causale nella commissione del reato presupposto da parte del soggetto apicale, nel senso che la condotta di questi sia stata resa possibile, anche in via concorrente, proprio dall'assenza o dall'insufficienza delle prescrizioni contenute nel modello. È questa [...] l'unica lettura normativa possibile, per evitare tensioni con il principio costituzionale del divieto di responsabilità per fatto altrui (art. 27, primo comma, Cost.), peraltro applicabile anche al sistema sanzionatorio amministrativo (art. 1, legge n. 689 del 1981) e, a maggior ragione, alla disciplina della responsabilità da reato degli enti»<sup>7</sup>. Dalla impostazione sposata dal Collegio emerge altresì la comprensibile volontà di arginare quella discutibile deriva che, nella prassi, conduce troppo spesso a reputare inidoneo l'assetto organizzativo dell'ente e ad affermare la sua responsabilità unicamente in ragione della commissione di un fatto di reato al suo interno<sup>8</sup>.

A esplicitare le ragioni di questa divergenza di vedute ha provveduto la Relazione illustrativa, dove è stato *in primis* fatto notare che la lettera della legge non addossa all'Organismo di vigilanza e alle modalità comportamentali stabilite nel Modello il compito di scongiurare la commissione di reati, bensì quello di prevenirli. Il rapporto tra le carenze organizzative del soggetto «metaindividual[e]»<sup>9</sup> e l'azione della persona fisica ad essa legato apparirebbe dunque improntato, più che a un nesso di causalità, a un «astratto orientamento teleologico»<sup>10</sup>. A parere della Procura generale, una simile costruzione teorica si appalesa nondimeno in linea con l'assenza, in capo all'Organismo di vigilanza, di poteri di amministrazione diretta o indiretta che basterebbero da soli a evitare l'azione illecita del singolo nonché di autonomia finanziaria<sup>11</sup>.

Da una differente ma connessa prospettiva, viene osservato che la decisione della Suprema corte, nel sostenere la necessità di un accertamento che tenga conto anche del rapporto eziologico che lega il *deficit* organizzativo dell'ente alla verifica di una azione criminosa al suo interno, sembra evocare i parametri fissati dall'art. 40 cpv. c.p. in tema di responsabilità omissiva. Essa ha preso così le distanze da un precedente arresto della giurisprudenza – invece positivamente accolto dal Protocollo e dalla Relazione qui in com-

<sup>7</sup> Cass. pen., Sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, cit., 15.

<sup>8</sup> Cass. pen., Sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, cit., 11. In dottrina, efficacemente, DE SIMONE, *Si chiude finalmente, e nel migliore dei modi, l'annosa vicenda Impregilo*, cit., 2765, per cui, in questo contesto, «[b]isogna rifuggire [...] dalla logica perversa del "senno di poi" (*hindsight bias*) e delle "profezie che si autoavverano" (*self-fulfilling prophecies*)» [corsivi dell'A.].

<sup>9</sup> Per l'appellativo, DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, 29 ss.

<sup>10</sup> Così, testualmente, la *Relazione illustrativa e integrativa della proposta di Protocollo organizzativo e di coordinamento in tema di indagini ex d.l.vo 231/2001, successivamente approvata in data 6.10.2022 dagli Uffici Requirenti del Distretto*, 4.

<sup>11</sup> È stato di contro ribadito che l'autonomia finanziaria deve essere riconosciuta all'Organismo di vigilanza per il corretto espletamento dell'attività di controllo demandatagli: v. *Relazione illustrativa*, cit., 4.

mento –, che aveva negato l'operatività, nel contesto del d.lgs. n. 231 del 2001, dell'obbligo di impedimento della commissione del reato-presupposto<sup>12</sup>.

Destinatario di censure è stato da ultimo il frammento dell'apparato motivazionale della sentenza Impregilo nella quale si legge che una posizione interpretativa tesa a non attribuire rilevanza al nesso di causalità finirebbe per obliterare il divieto costituzionale di responsabilità per fatto altrui. Per la Procura generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Potenza, la lettura offerta non comporta, all'opposto, alcun *vulnus* all'art. 27, comma 1, Cost., dal momento che la responsabilità della persona giuridica origina sempre un fatto proprio, consistente in un difetto organizzativo e diverso da quello addebitato alla persona fisica.

A dispetto della perentorietà delle argomentazioni utilizzate al fine di sconfessare le conclusioni cui è pervenuta la Suprema corte, la Relazione illustrativa, per motivi di prudenza, ha comunque suggerito agli inquirenti di estendere, se possibile, le attività d'indagine alla verifica del rapporto intercorrente tra i vizi del Modello organizzativo e/o dell'Organismo di vigilanza e la realizzazione del reato-presupposto. Oltre a rivelarsi utile nell'ottica di saggiare la gravità dell'eventuale illecito amministrativo, tale elemento contribuirebbe a un ampliamento della piattaforma decisoria del Pubblico ministero, senza tuttavia giustificare un automatico esercizio dell'azione.

Preme infine evidenziare che la richiamata pronuncia della Cassazione e i documenti diffusi dalla Procura generale convergono invece sul delicato e cruciale versante dell'onere della prova. Promuovendo una interpretazione "costituzionalmente orientata" dell'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 231 del 2001 – che, nel caso in cui il reato-presupposto sia stato commesso da un soggetto "apicale", sembra addossare alla *societas* il compito di fornire la prova della propria innocenza («l'ente non risponde se prova che») <sup>13</sup> –, entrambe le autorità ritengono spetti in ogni caso all'organo della pubblica accusa dimostrare la colpevolezza della persona giuridica<sup>14</sup>. Malgrado l'itinerario esegetico percorso si lasci apprezzare nella misura in cui intende sciogliere le riserve costi-

<sup>12</sup> A riguardo, è stata richiamata Cass. pen., Sez. I, 20 gennaio 2016, n. 18168, in *CED*, n. 266881, dove tra l'altro si legge che «il reato omissivo può essere posto in essere soltanto da soggetti gravati da uno specifico obbligo di predisporre le cautele omesse, che non grava né sui membri dell'Organismo di Vigilanza né sui membri del Consiglio di Amministrazione, trattandosi di scelte di politica aziendale e di incombenze, validamente delegate ai responsabili delle singole unità produttive».

<sup>13</sup> Meno problematico si palesa il testo dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 231 del 2001, che, per il caso in cui il reato-presupposto sia stato commesso da un soggetto "subordinato" all'altrui direzione o vigilanza, sembra rispettare il principio per cui grava sul Pubblico Ministero l'onere della prova.

<sup>14</sup> Del resto, anche la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che «[n]essuna inversione dell'onere della prova è [...] ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell'ente». Così, *ex multis*, Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, in *CED*, n. 261106. In dottrina, a livello monografico, v. NICOLICCHIA, *Ente e imputato nella procedura penale d'impresa. Conflitti, interferenze, anomalie di sistema*, Padova, 2022, 23 ss. e TAVASSI, *L'onere della prova nel processo penale*, Padova, 2020, 243 ss.

tuzionali che la norma suscita, riesce difficile non invocare un intervento che ponga rimedio a una formulazione infelice e incoerente sul piano sistematico.

### 3. Le modalità e gli strumenti d'indagine.

Nel tentativo di individuare gli obiettivi precipi delle indagini condotte nei confronti degli enti collettivi e le strategie più efficaci per perseguirli, la Procura generale presso la Corte d'appello di Potenza ha provveduto per prima cosa a chiarire il significato di alcuni degli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità in parola; elementi che dovranno emergere, uno per uno, dalla eventuale imputazione formulata dal Pubblico Ministero, cui è inibito un asettico richiamo alle disposizioni rilevanti o un appiattimento sulla contestazione riguardante l'autore del reato-presupposto<sup>15</sup>.

In questa cornice, viene esplicitato il significato della formula «nel suo interesse o a suo vantaggio», adoperata dall'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 231 del 2001: se il primo elemento deve essere oggetto di una valutazione *ex ante* di carattere soggettivo<sup>16</sup>, che muova dal coefficiente psicologico della persona fisica agente – si dice –, il secondo impone una prognosi *ex post* sulla base degli effetti dell'illecito, indipendentemente dalla finalizzazione originaria del reato. Tra le pieghe di queste precisazioni, riecheggia il dibattito sorto all'indomani della entrata in vigore della disciplina *de societate*, quando alcuni ritenevano le espressioni normative sinonimiche e sovrapponibili<sup>17</sup>: la tesi è stata però repentinamente superata e oggi gli interpreti sostengono all'unisono le differenze, anche in punto di accertamento, tra i due concetti<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Fa notare FLORA, *Responsabilità dell'ente per "fatto proprio" e determinatezza del capo d'imputazione*, in PIERGALLINI - MANNOZZI - SOTIS - PERINI - SCOLETTA - CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, tomo II, Milano, 2022, 1020, come «l'accusa costruisce i capi di imputazione concernenti la responsabilità dell'ente secondo modelli a dir poco curiosi. Normalmente la formula adottata si limita ad indicare, con riferimento *per relationem*, il fatto di cui è chiamato a rispondere il legale rappresentante [...] con una aggiunta, quasi una coda posticcia, volta a sottolineare che quei reati, rientranti nell'elenco tassativo del d.lgs. n. 231 del 2001 [...] si assumono commessi "nell'interesse e a vantaggio dell'ente" [...]. Ovviamente nessun pubblico ministero (di solito) si premura di "rivelare" in che cosa consista l'interesse e il vantaggio evocato, lasciandolo alla fervida immaginazione di chi legge ("tanto lui lo sa")». Sul punto, v. altresì FIORELLI, *La vocatio in iudicium dell'ente, tra istanze di semplificazione probatoria e forme di responsabilità "senza fatto"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1258 ss. e MAZZA, *Conclusione delle indagini e udienza preliminare*, in LATTANZI - SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, Torino, 2020, 229-230.

<sup>16</sup> Il Protocollo organizzativo, all'art. 13, si premura di ricordare che per l'ente rileva anche il vantaggio potenziale. L'art. 12, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 231 del 2001 gli accorda infatti una riduzione della sanzione pecuniaria se «l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo».

<sup>17</sup> Aveva, tra gli altri, inteso la dizione normativa come una «endiadi [...] un criterio unitario» PULITANO, *La responsabilità «da reato» degli enti nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. n. 6, 15.

<sup>18</sup> V., ad esempio, Cass. pen., Sez. IV, 11 gennaio 2023, n. 570, in *www.sistemapenale.it*, 2 marzo 2023, con nota di GIORDANO, *Illecito dell'ente e colpa di organizzazione. Una recente conferma del-*



Su un piano più operativo, viene poi offerta una sorta di scansione cronologica che deve orientare le attività investigative. Dopo aver ribadito che, per l'esercizio dell'azione, è sufficiente la constatazione della mancanza del Modello di organizzazione e gestione ovvero dell'Organismo di vigilanza – non rilevando, in tal senso, il nesso causale con la condotta posta in essere dalla persona fisica –, il Protocollo e la Relazione insistono sulla necessità, laddove la persona giuridica sia dotata di un assetto organizzativo, di estendere l'accertamento anche ai requisiti di idoneità ed efficacia dello stesso.

In questa fase, le operazioni degli inquirenti dovrebbero a rigore essere finalizzate alla raccolta di elementi relativi alla concreta capacità del Modello di prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi, ciò tenendo a mente l'irrilevanza di adempimenti meramente formali e burocratici<sup>19</sup>. Inoltre, vale la pena rammentare come neppure il pedissequo rispetto delle indicazioni – sovente utili per le imprese, ma dal carattere generico – fornite dalle associazioni di categoria per la redazione o l'aggiornamento del Modello determini una presunzione legale di conformità dello stesso, che, alla stregua di un "abito su misura", deve rispecchiare ogni caratteristica e peculiarità dell'ente cui si riferisce<sup>20</sup>. A riguardo, la giurisprudenza di legittimità sostiene a ragione come «i modelli organizzativi e gestionali possono (non devono) essere adottati sulla scorta dei codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative, ma, naturalmente, non opera alcuna delega disciplinare a tali associazioni e alcun rinvio *per relationem* a tali codici, che, appunto, possono certamente essere assunti come paradigma, come base di elaborazione del modello in concreto da adottare, il quale, tuttavia, deve poi essere "calato" nella realtà aziendale nella quale è destinato a trovare attuazione»<sup>21</sup>.

*la traiettoria garantista tracciata dalla giurisprudenza di legittimità.* In dottrina, per tutti, CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, IV ed., Torino, 2021, 18.

<sup>19</sup> Si tratta del caso in cui l'impresa abbia adottato un modello «ave[n]te un ruolo meramente "cosmetico"», cioè di facciata, «(ad esempio per presentar[lo] nelle gare di appalti [...]; oppure per esibirlo alle banche per il *rating* di legalità per ottenere l'erogazione di mutui o fidi)»: così AMARELLI, sub art. 1 d.lgs. n. 231 del 2001, in CASTRONUOVO - DE SIMONE - GINEVRA - LIONZO - NEGRI - VARASO (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, 28-29.

<sup>20</sup> Come noto, è l'art. 6, comma 3, d.lgs. n. 231 del 2001 a consentire che «[i] modelli di organizzazione e gestione poss[an]no essere adottati [...] sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire reati». In argomento, da ultimo, PROCACCINO, *Soft law e giustizia penale. Interpretazione, preparazione della legge, distribuzione dei poteri*, Padova, 2023, 193-194.

<sup>21</sup> In questi termini, Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, in CED, n. 257988, che così prosegue: «[i]l fatto che tali codici di comportamento siano comunicati al Ministero di Giustizia, che, di concerto con gli altri ministeri competenti, può formulare osservazioni, non vale certo a conferire a tali modelli il crisma della incensurabilità, quasi che il giudice fosse vincolato a una sorta di *ipse dixit* aziendale e/o ministeriale, in una prospettiva di privatizzazione della normativa da predisporre per impedire la commissione di reati». V. anche Cass. pen., Sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, cit., 12-13, ove si legge che «le linee-guida elaborate dagli enti rappresentativi di categoria non possono rappresentare la regola organizzativa ed esaustiva. [...] Vi è, quindi, la

Rispetto all'Organismo di vigilanza, l'autorità giudiziaria lucana di seguito rileva la necessità di verificare, in ossequio al dettato normativo, che esso sia dotato di poteri di iniziativa e controllo e che le attività demandategli siano state correttamente espletate.

Ebbene, quando risulti non solo che la persona giuridica sottoposta alle indagini si sia dotata di un assetto organizzativo, ma pure che quest'ultimo presenti i caratteri della efficacia e della idoneità nell'azione di prevenzione delle condotte criminose<sup>22</sup>, agli organi inquirenti spetterà il compito di accertare che il reato-presupposto sia stato realizzato «eludendo fraudolentemente» i presidi imposti dall'impresa con il Modello organizzativo, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 231 del 2001<sup>23</sup>. Ancora una volta, la Procura generale recepisce la lettura fornita dalla giurisprudenza di legittimità, che richiede, per l'insussistenza della responsabilità "amministrativa" derivante da un fatto di reato commesso da un soggetto "apicale", che l'atteggiamento del singolo abbia una «connotazione decettiva, consistendo nel sottrarsi con malizia ad un obbligo ovvero nell'aggiramento di un vincolo, nello specifico rappresentato dalle prescrizioni del modello; [concetto, questo,] rafforzato poi dal predicato di "fraudolenza", contenuto nella norma, che, lungi dall'essere una mera ridondanza, vuole evidenziare l'insufficienza, a tal fine, della semplice e frontale violazione delle regole del modello, pretendendo una condotta ingannatoria»<sup>24</sup>.

Scomponendo in singole fasi l'attività investigativa *de societate*, il Protocollo e la Relazione in commento si muovono perlopiù lungo i binari tracciati dal legislatore. Essi offrono agli operatori una sorta di "tabella di marcia", un "faro", per orientarsi tra attività complesse, il cui svolgimento richiede peraltro una preparazione specifica, giuridica e aziendalistica. L'iniziativa appare tanto più opportuna appena si consideri la centralità che le indagini preliminari rivestono nella dinamica del procedimento penale che si celebra nei confronti degli enti collettivi, trattandosi del terreno in cui si collocano di solito vuoi l'iniziativa cautelare vuoi le attività riparatorie *post factum*, alle quali è stato attribuito un ruolo fondamentale<sup>25</sup>.

necessità che il modello sia quanto più *singolare* possibile, perché solamente se calibrato sulle specifiche caratteristiche dell'ente (dimensioni, tipo di attività, evoluzione diacronica), esso può ritenersi effettivamente idoneo allo scopo preventivo affidatogli dalla legge» [corsivo della sentenza].

<sup>22</sup> Si tratta di ciò che l'art. 21 del Protocollo organizzativo definisce «Tema probatorio primario».

<sup>23</sup> L'accertamento della condizione di cui all'art. 6, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 231 del 2001 è invece definito dall'art. 22 del Protocollo «Tema probatorio sussidiario e relativo».

<sup>24</sup> Il riferimento corre nuovamente alla sentenza Impregilo, Cass. pen., Sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, cit., 18, che ha accolto l'impostazione, su questo versante, della sentenza di annullamento della prima decisione di appello, cioè Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, in *CED*, n. 257987, 7. In quest'ultima decisione si è parlato di «condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola», rievocando «[l]a *fraus legi facta* di romanistica memoria».

<sup>25</sup> Di BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed., Milano, 2010, 592. Analogamente, VARRASO,

Quanto all'armamentario investigativo utilizzabile dagli organi inquirenti, occorre rammentare come il legislatore di inizio millennio non abbia ritenuto di dettare una disciplina esaustiva del rito penale *contra societatem*. Con il d.lgs. n. 231 del 2001, è stata infatti offerta una veste normativa solo ad alcuni aspetti o snodi, lasciando agli interpreti il compito di colmare le lacune, per mezzo del codice di procedura penale e delle relative disposizioni di attuazione, se compatibili con il sistema allora delineato e con le caratteristiche del suo peculiare protagonista, ai sensi dell'art. 34<sup>26</sup>.

In forza di tale meccanismo di eterointegrazione, è dunque possibile asserire l'operatività, nel contesto giurisdizionale dedicato all'ente collettivo, di svariati atti tipici delle indagini preliminari celebrate nei confronti di individui "in carne e ossa"<sup>27</sup>. A titolo di esempio, la Procura generale ha tra l'altro richiamato l'informazione di garanzia, il sequestro probatorio, le acquisizioni documentali spontanee, l'assunzione di sommarie informazioni testimoniali, gli accertamenti tecnici irripetibili e la proroga dei termini delle indagini preliminari.

#### 4. Tempi duri per il principio di legalità processuale?

Lasciando adesso da parte il contenuto del Protocollo e della Relazione, è bene osservare come la loro diffusione ad opera della Procura generale presso la Corte d'appello di Potenza si inserisca in quella tendenza, comune tanto alle autorità giudiziarie "distrettuali" quanto a quelle "centrali", di adottare linee guida, *vademecum*, buone prassi, circolari, direttive, protocolli d'intesa e relazioni<sup>28</sup>.

Al di là dell'appellativo che di volta in volta viene loro attribuito<sup>29</sup>, tali documenti «non vincolanti e difficilmente incasellabili nella nomenclatura tradi-

---

*Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, 266-267. In argomento, v. anche NICOLICCHIA, *Ente e imputato nella procedura penale d'impresa*, cit., 68-69 e RUGGIERI, *Reati nell'attività imprenditoriale e logica negoziale. Procedimenti per reati d'impresa a carico di persone ed enti tra sinergie e conflitti*, in AA.VV., *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, Milano, 2017, 58, ad avviso della quale la lunghezza e la complessità delle indagini giustifica il ricorso a logiche negoziali e al c.d. patteggiamento, come avviene anche in altri ordinamenti.

<sup>26</sup> Analoga finalità nutre l'art. 35 d.lgs. n. 231 del 2001, che consente l'estensione alla persona giuridica del bagaglio di garanzie e diritti riconosciuto alla persona fisica. Per tutti, BELLUTA, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Torino, 2018, 40 ss.

<sup>27</sup> Nel rispetto del canone della compatibilità, non saranno applicabili nei confronti della persona giuridica gli istituti che presuppongono la dimensione antropomorfa dell'indagato: si pensi al prelievo coattivo di campioni biologici ex art. 359 c.p.p.

<sup>28</sup> Osserva NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, èthos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, 445, che «[a]ntesignane di questa tendenza, divenuta massiccia, furono le tavole contenenti i criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale».

<sup>29</sup> Critica, sul punto, BOVE, *Brevi riflessioni su protocolli e linee guida: è a rischio il principio di legalità?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 luglio 2015, 4, per cui «[a]ppare alquanto singolare, ma forse molto significativo, che, per indicare atti appartenenti alla stessa tipologia, siano stati usati termini differenti, quasi fossero sinonimi, nonostante essi non lo siano».

zionale delle fonti»<sup>30</sup> offrono soluzioni per una migliore organizzazione degli Uffici, indicazioni “a caldo” in occasione di mutamenti normativi ovvero chiarimenti su disposizioni scarsamente intelleggibili e di difficile applicazione. Essi rispondono quindi a necessità di carattere pratico e risentono sovente della volontà di imprimere una accelerazione alla macchina della Giustizia<sup>31</sup>.

Detti strumenti di *soft law* «[n]on sono [però] innocui»<sup>32</sup>, contribuendo, in qualche modo, a condizionare le sorti dell'accertamento e incidendo, più o meno direttamente, sulle posizioni giuridiche di chi vi è coinvolto<sup>33</sup>. Per questo motivo, è lecito domandarsi se comportino una lesione del basilare principio di legalità processuale, il quale impone che ciascun atto del rito penale si inserisca nel solco tracciato dalle disposizioni di legge, senza eluderlo né superarlo. Si tratta di una garanzia fondamentale, sintomatica del livello di democrazia di un ordinamento e funzionale alla tutela degli individui da eventuali arbitrii, oltre che alla prevedibilità delle decisioni<sup>34</sup>.

La risposta al quesito non può che muovere da una constatazione: il rispetto del canone *nullum iudicium sine lege* non comporta la soppressione dei naturali margini di discrezionalità che caratterizzano l'operato dell'autorità giudiziaria – che sarebbe così relegata all'anacronistico ruolo di “bocca della legge” –, ma l'inammissibilità di letture creative<sup>35</sup>. Occorre allora tenere distinti gli atti elaborati dagli Uffici che corrono lungo la traiettoria segnata dal legislatore, risolvendone eventualmente le fisiologiche vaghezze determinate dalla impossibilità di adattare gli istituti a tutte le possibili contingenze, da quelli avulsi dal dettato normativo, poiché solo questi ultimi stridono con il generale principio di legalità<sup>36</sup>. La distinzione, nitida sul piano teorico, potrebbe invero sbiadire sul piano concreto: si impone pertanto una valutazione caso per caso, che tenga conto di ciascuna regola fissata nell'atto di *soft law*.

Con riguardo alle fonti esaminate, un simile approccio sembra condurre a esiti tranquillizzanti, essendosi la Procura generale di Potenza opportunamente limitata, come si è detto, a indicare la sequenza e la tipologia delle attività investigative espletabili nonché a promuovere interpretazioni in linea con lo spirito del d.lgs. n. 231 del 2001.

---

<sup>30</sup> In questi termini, PROCACCINO, *Soft law e giustizia penale*, cit., 209.

<sup>31</sup> Paventa a ragion veduta il rischio che l'efficientismo possa andare a scapito dei diritti individuali NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, cit., 445. Riconnette l'adozione degli atti *de quibus* a ragioni di efficienza anche TRAPELLA, *Brevissimo viaggio nel soft-law processuale, ovvero il giudizio penale al tempo dei protocolli*, in *Cass. pen.*, 2018, 4017. Cfr. BOVE, *Brevi riflessioni su protocolli e linee guida*, cit., 3, a parere della quale la tendenza assicurerebbe altresì la trasparenza e il buon andamento della Pubblica amministrazione.

<sup>32</sup> Ancora NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, cit., 445.

<sup>33</sup> BOVE, *Brevi riflessioni su protocolli e linee guida*, cit., 8; TRAPELLA, *Brevissimo viaggio nel soft-law processuale*, cit., 4017.

<sup>34</sup> In argomento, MAZZA, *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, 95 ss.

<sup>35</sup> NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, cit., 422-423.

<sup>36</sup> TRAPELLA, *Brevissimo viaggio nel soft-law processuale*, cit., 4020-4021.

## Vige il principio di consunzione se il genitore fa mancare ai figli i mezzi di sussistenza violando l'obbligo di mantenimento

Cass. pen., sez. VI, 2 marzo 2023 (ud. 8 febbraio 2023), n. 9065,  
Presidente Fidelbo, Relatore Giordano, Imp. M.M., P.M. Cimmino

Filippo Lombardi\*

Con la sentenza qui brevemente annotata, la Corte di legittimità affronta il **rapporto tra i delitti di cui agli articoli 570 co. 2, n. 2, e 570-bis, c.p.**; in particolare, è al vaglio della sesta Sezione il quesito se, ove il reo abbia fatto mancare i mezzi di sussistenza ai figli minori violando gli obblighi economici sanciti dai *dicta* in materia di separazione o divorzio, si configuri un concorso formale tra le due fattispecie od operi, piuttosto, il principio di consunzione.

Nel caso di specie, il giudice del gravame aveva ritenuto il **concorso formale** valorizzando l'inapplicabilità del criterio di specialità di cui all'art. 15 c.p., unico idoneo a disciplinare il concorso apparente di norme in assenza di clausole di riserva; e l'eterogeneità dei beni giuridici tutelati, costituiti nell'un caso (art. 570 c.p.) dalla violazione dell'elementare fabbisogno dei minori, e nell'altro caso (art. 570-bis c.p.) dalla retrostante trasgressione del titolo giudiziale (conf. Cass. sez. V, 4 febbraio 2022, n. 12190, CED 282990; Cass. sez. VI, 5 febbraio 2020, n. 8612, CED 278458).

La Corte ha inteso superare questa impostazione, accogliendo invece la tesi – prospettata dal difensore nei motivi di ricorso – dell'**assorbimento del reato ex art. 570-bis c.p. nell'altro punito dall'art. 570 co. 2, n. 2, c.p.**; ispirandosi alla giurisprudenza delle Sezioni unite (sentenza 31 gennaio 2013, n. 23866, CED 255269), il giudice della nomofilachia ha dapprima analizzato le condotte di rilievo nell'ambito delle due norme incriminatrici contestate.

L'art. 570 co. 1, c.p., nel sanzionare la gestione patologica del rapporto con la prole mediante la sottrazione agli obblighi di assistenza inerenti alla responsabilità genitoriale, non prende in considerazione soltanto l'assistenza morale bensì **tutti i doveri di assistenza**, anche materiale, previsti dagli artt. 30 Cost. e 147 c.c.

Diversamente, l'art. 570 co. 2, n. 2, c.p. – che disciplina un reato autonomo e non una circostanza aggravante (v. in tal senso Cass. sez. VI, 27 gennaio 2011, n. 6297, CED 249344) – punisce l'omessa assistenza quando essa, a fronte di uno stato di bisogno, sortisca **l'effetto di far mancare i mezzi di sussistenza**. La nozione di *mezzi di sussistenza*, poi, è stata oggetto di elaborazione giurisprudenziale, ricomprendendo «lo stretto necessario per la sopravvivenza», e, più comunemente, le esigenze di vitto e

---

\* Giudice del Tribunale di Lagonegro.

alloggio e tutto quanto fondamentale per le esigenze della vita quotidiana (cfr. Cass., sez. VI, 22 ottobre 2019, dep. 2020, n. 3485).

Il perimetro è dunque più ristretto rispetto a quello del *mantenimento*, che preserva la più lata esigenza del beneficiario di conservare un tenore di vita adeguato alla pregressa posizione economico-sociale.

È dunque di agevole percezione che, nella realtà materiale, il **sogetto agente potrebbe privare il destinatario dei mezzi di sussistenza mediante la mancata corresponsione delle somme imposte** giudizialmente in materia di crisi coniugale.

Vengono conseguentemente in rilievo entrambe le norme, posto che l'art. 570 *bis* c.p. incrimina direttamente il fatto, sanzionando l'omesso versamento delle somme poste a carico del reo. Tuttavia, laddove si registri la carenza dei mezzi di sussistenza in capo al familiare, la condotta rientra contestualmente nell'alveo dogmatico dell'art. 570 co. 2, n. 2, c.p.; il risultato interpretativo è facilitato dall'**ampiezza lessicale** di questa norma incriminatrice, la quale, più che scolpire in maniera nitida la condotta vietata, punisce un "effetto", cioè la mancanza dei mezzi di sussistenza, pur causalmente riconducibile – non può essere altrimenti – alla violazione degli obblighi di assistenza.

In questa ipotesi, argomenta la Corte, la tesi contraria all'assorbimento pare proporre una lettura fuorviante della violazione del provvedimento civilistico: essa infatti circoscrive il campo di indagine al titolo giudiziale considerandolo l'oggetto della tutela; non valorizza invece la violazione della decisione giudiziale nella misura in cui essa costituisce semplicemente il mezzo adoperato dal reo per far mancare al familiare i mezzi di sussistenza.

Enfatizzando la **natura strumentale dell'omissione**, diventano evidenti, da un lato, la coincidenza tra le condotte incriminate dalle due disposizioni di legge, costituendo il provvedimento soltanto la fonte deputata a descrivere il peso economico dell'obbligo assistenziale e la sua trasgressione la condotta essenziale per conseguire l'effetto vietato dall'art. 570 co. 2, n. 2, c.p.; dall'altro, la sostanziale **convergenza tra gli interessi giuridici** tutelati dalle due fattispecie incriminatrici, rappresentati pur sempre dalle esigenze di assistenza familiare – come anche avallato dalla collocazione sistematica prescelta dal legislatore – sebbene secondo una logica di contenenza, essendo la lesione di cui all'art. 570 co. 2 n. 2, c.p. più grave di quella vietata dall'art. 570-*bis* c.p.

Posta l'unicità della condotta, incentrata sull'inadempimento degli obblighi economici, suscettibile di essere sussunta in entrambe le norme menzionate, pare a chi scrive che le due fattispecie si pongano in **rapporto di sussidiarietà** inespressa tra loro, tutelando gradazioni di offesa diverse del medesimo bene giuridico (obblighi di assistenza familiare). Dovrà dunque essere applicata la fattispecie più grave, in ragione del fatto che la trasgressione dei doveri familiari, nel caso di specie, non si limita a ledere l'interesse "minore" tutelato dall'art. 570-*bis* c.p. ma si spinge sino a cagionare un'offesa maggiore al medesimo bene giuridico, violando il diritto al fabbisogno minimo in capo alla prole minorenni.

Coerentemente, la Corte di cassazione fa ricorso al **principio di consumazione sostanziale**, che impone all'interprete di non porre a carico del soggetto agente due volte il medesimo fatto, e conclude nel senso che «*nel caso di contestazione avente ad oggetto la condotta del genitore separato che fa mancare i mezzi di sussistenza ai figli minori, omettendo di versare l'assegno di mantenimento, deve ritenersi integrato esclusivamente il reato di cui all'art. 570, comma secondo, n. 2, cod. pen., nel quale*

è assorbita la violazione meno grave prevista dall'art. 570 bis cod. pen., e non il concorso formale eterogeneo, quando il **fatto storico, valutato in tutti i suoi elementi costitutivi relativi alla condotta omissiva e al bene giuridico** protetto dalle norme incriminatrici che vengono in rilievo è il medesimo e non sono individuabili, sul piano naturalistico, elementi ulteriori che possano implicare la necessità dell'autonoma sussistenza del reato di cui all'art. 570 bis cod. pen., oltre a quello della omessa prestazione dei mezzi di sussistenza dei figli minori [...]» (nello stesso senso, Cass. sez. VI, 10 marzo 2022, n. 20013, CED 283303; Cass. sez. VI, 18 dicembre 2019, dep. 2020, n. 3491, CED 278219).





## Udienza filtro e archiviazione: una nuova regola di giudizio, i quesiti applicativi\*

Carla Manduchi\*\*

**Sommario:** **1.** Come valutare la ragionevolezza, non in chiave di sentenza di condanna ma di valutazione prognostica? - **2.** Come valutare i dubbi? Resta uno spazio al principio dell'*in dubio pro actione*? - **3.** La modifica della formula significa svuotare il ruolo del dibattimento e decretare la fine del rito accusatorio? - **3.1.** Ma il rinvio a giudizio vuol dire condanna sicura? - **4.** Come cambia il ruolo del difensore? - **5.** Che differenza c'è tra la valutazione del P.M. e quella del GUP o del giudice filtro? - **6.** E cosa deve fare il giudice se è ragionevole che durante lo svolgimento del dibattimento il reato si prescriva? - **7.** Come va impostata la motivazione del giudice della sentenza di non luogo a procedere? - **8.** Quali sono le caratteristiche per la revoca della sentenza di non luogo a procedere?

La riforma Cartabia ha introdotto un nuovo criterio di valutazione, valido sia per fondare la richiesta di archiviazione, che per la sentenza di non luogo a procedere emessa all'esito dell'udienza preliminare, che, infine, per quella emessa all'esito della nuova udienza predibattimentale.

Il criterio che P.M. e giudice d'ora in poi dovranno usare è quello della "*ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca*".

L'intento del legislatore della riforma è dichiaratamente di due tipi: deflattivo del processo e al tempo stesso si propone una funzione garantista, nel tentativo di evitare cioè processi inutili che si risolvono essi stessi in una "pena" per gli imputati.

La riforma cd. "Cartabia" ha una genesi nella prospettiva di dover ridurre i tempi della giustizia, anche in ossequio ai dettami del Piano Europeo di Resistenza e Resilienza Nazionale: è emerso infatti che una percentuale bassissima - prossima al 10% - dei dibattimenti si conclude invero con una sentenza di condanna.

E l'alto numero di assoluzioni finisce con l'essere proprio la spia della inefficienza del sistema giudiziario penale.

Per molti aspetti ci troviamo di fronte ad un importante cambio di passo, almeno nelle intenzioni, la prassi ci dirà quanto sia effettivamente epocale.

Uno dei mezzi attraverso i quali il legislatore della riforma persegue il suo intento deflattivo passa proprio per la rivisitazione delle ragioni fondanti l'esercizio dell'azione penale e la sua valutazione da parte di un giudice "filtro".

\* Intervento alla tavola rotonda organizzato dalla Camera penale di Roma il 9.3.2023, nell'ambito dei cicli di incontri organizzati dalla Commissione Novità Legislative, dal titolo "Cartabia: istruzioni per l'uso".

\*\* Avvocato in Roma.

In generale sembra venire meno il cd. *favor actionis* (enucleato anche dalla sentenza Corte cost. n. 88/91): la prospettiva previgente è sempre stata quella di evitare l'accertamento dibattimentale quando lo stesso si mostri superfluo. Nei casi dubbi, però, si prediligeva il dibattimento.

Prima della riforma, nonostante gli interventi riformatori, si finiva con l'evitare il processo solo in presenza della evidenza di innocenza (eppure il termine era stato espressamente abrogato da tempo) o in assenza di prove qualificanti: limite invalicabile era considerato quello del principio di obbligatorietà, interpretato appunto come *favor actionis*.

Per quanto riguarda l'udienza preliminare, molteplici sono stati i tentativi del legislatore di renderla un vero snodo deflattivo.

Tali tentativi si sono sempre scontrati con la prassi, nonostante la pronuncia della Corte Costituzionale n. 335/2002.

Ed invero non può dimenticarsi la pronuncia della Cass. n. 17385/2016, secondo la quale il GUP deve prediligere il rinvio a giudizio ogni qualvolta verifichi l'esistenza di elementi volti ad avere anche una minima probabilità che all'esito del dibattimento venga affermata la colpevolezza dell'imputato.

La precedente previsione in base alla quale il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi acquisiti "*risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio*", si è rivelato alla fine dei conti un *flop*, con un GUP interprete quasi sempre del ruolo di mero passacarte.

Ecco perché si era anche ventilata l'idea di un'abolizione *tout court* dell'udienza preliminare.

Invece è prevalsa l'idea di strutturare meglio il "filtro", addirittura inserendolo anche per i reati a citazione diretta (il cui novero è stato contestualmente incrementato).

Per rendere l'udienza filtro predibattimentale analoga a quella preliminare si è previsto che prima della nuova udienza avvenga il deposito di un doppio fascicolo presso la cancelleria del giudice, quello delle indagini preliminari e quello del dibattimento, che offra al giudice una visione completa degli elementi raccolti (ragione per cui deve trattarsi di un giudice diverso da quello che poi celebrerà il processo).

A differenza che nell'udienza preliminare, in quella predibattimentale non vi è l'emissione di un decreto che dispone il giudizio: il passaggio alla fase processuale si è già compiuto con il decreto di citazione diretta; il giudice si limiterà a fissare l'udienza di trattazione.

Non si prevede espressamente la discussione, ma sicuramente può svolgersi una interlocuzione con le parti di contenuto analogo a quella propria finora dell'udienza preliminare.

Nell'udienza predibattimentale non ci sono previsioni analoghe a quelle di cui agli artt. 421 e 422 in ordine alle integrazioni probatorie disposte dal giudice, il che ne segna anche la differenza, nel secondo caso, infatti, il dibattimento è già iniziato.

La sentenza di non luogo a procedere emessa all'esito dell'udienza filtro, come quella dell'udienza preliminare, è revocabile se sopravvengono o si scoprono nuove fonti di prova. Anche se in questi casi non è prevista una riapertura delle indagini.

Secondo i primi commentatori la formula prevista nei tre momenti (richiesta di archiviazione, udienza preliminare, udienza predibattimentale) va letta in aderenza allo standard probatorio dettato dall'art. 533 c.p.p.:

– di talché il giudice filtro dovrà pervenire ad una sentenza di non luogo a procedere ogni qualvolta il compendio probatorio si mostri insufficiente o contraddittorio, e che non consenta di arrivare a superare il ragionevole dubbio anche nella ipotesi di sviluppo dibattimentale;

– ancora, dovrà prevalere il principio “*in dubio pro reo*”.

Non sono mancati commenti nel senso che, a ben vedere, nulla sarebbe cambiato e che il legislatore avrebbe in realtà voluto dare una sorta di bacchettata ai giudici, richiamandoli al ruolo di filtro, che si era perso, ma che nella sostanza la nuova formula non differirebbe da quella precedente.

Molti sono i quesiti che si pongono per l'interprete, tanto più dal punto di vista dell'avvocato sul significato da attribuire alla nuova formula e sulle sue prospettive applicative.

Proviamo ad esaminarne alcuni.

## 1. Come valutare la ragionevolezza, non in chiave di sentenza di condanna ma di valutazione prognostica?

D'accordo che il riferimento debba essere quello del 533 però lo stesso va reinterpretato non già in funzione di una pronuncia di assoluzione o condanna, bensì in termini prognostici, il che ne cambia inevitabilmente i connotati.

Con la nuova formula, infatti, la valutazione del giudice dell'udienza preliminare (o di quella predibattimentale) non si trasforma automaticamente in un giudizio abbreviato.

Deve trattarsi, infatti, di una valutazione non statica ma dinamica: altro è porsi il problema di alternative decisorie, altro è predire la condanna, sulla base degli atti contenuti nel fascicolo processuale.

La valutazione va parametrata agli scenari di sviluppo dibattimentale, di cui si deve tenere conto.

In altre parole, la previsione di condanna va commisurata anche a quelli che possono essere i passaggi dibattimentali.

Tanto per cominciare si ritiene che non potranno più essere rinviate al giudice del dibattimento le decisioni sulla utilizzabilità degli atti (operazione tanto gradita soprattutto in tema di intercettazioni): ai fini della valutazione prognostica è ora fondamentale capire quale sia il compendio probatorio del giudice del dibattimento, occorre subito sapere quali atti ne potranno fondare il potere decisorio.

Su questa falsariga, sebbene senza espressi riferimenti alla riforma, si è mosso il GUP di Agrigento, in un delicato processo anche per associazione a delinquere, che ha deciso di risolvere il tema della utilizzabilità delle intercettazioni proprio ai fini della valutazione rimessa al GUP (ord. GUP Agrigento, dott.ssa Raimondo, 27.1.2023, inedita), in senso negativo: P.M. e parti sanno fin da ora che le intercettazioni non potranno formare oggetto di valutazione ai fini di una sentenza di condanna.

Proviamo a fare degli esempi sul tipo di valutazione prognostica: ipotizziamo il caso della assoluta mancanza di testimoni, uno di quei casi in cui nel fascicolo si trova la parola dell'uno contro quella dell'altro.

Supponiamo per esempio un caso di maltrattamenti in famiglia: la denuncia della moglie contro il marito, un certificato di lesioni a non univoca eziologia, la difesa del marito compatibile anch'essa con il certificato di lesioni proposte.

Atteso che il reato di maltrattamenti è un reato abituale ove non basta il singolo episodio, nel caso in cui non ci siano *chance* di sviluppo dibattimentale, che possa andare oltre il singolo episodio riportato nel certificato di pronto soccorso, l'imputato va prosciolto.

Diverso il caso, a mio avviso, dell'ipotesi in cui ci siano più testimoni da un lato e dall'altro.

È una ipotesi in cui il dibattimento può effettivamente portare sviluppi.

Immaginiamo la stessa situazione: il certificato medico, le dichiarazioni di lei, quelle difensive di lui.

Aggiungiamoci le SIT di un vicino che dice di avere sentito urla e pianti di lei in più occasioni e notato lividi sul corpo di lei.

E in più immaginiamo le SIT di un figlio minore suscettibile di manipolazione paterna, che afferma che non vi sono stati mai maltrattamenti da parte del padre sulla madre. O al contrario che confermi le dichiarazioni materne.

Nel secondo caso nessun dubbio in ordine al rinvio a giudizio.

Nel primo abbiamo, invece, una situazione che presenta dei dubbi.

Sono dubbi però importanti e qualificati che potrebbero fare ritenere la necessità del dibattimento: non si esclude in questo caso una previsione di condanna, come per esempio con l'introduzione di una perizia che dimostri che il minore è vittima di manipolazione paterna.

In altre parole, se vale il principio del superamento del ragionevole dubbio nel caso di condanna all'esito di un processo, non può costituire lo stesso dubbio che si pone il giudice "filtro" in udienza preliminare o nella udienza predibattimentale.

Il dubbio, serio, di un possibile sviluppo dibattimentale deve portare al rinvio a giudizio.

Si potrebbe obiettare a questo punto che le cose non sono cambiate rispetto alla prospettiva pre riforma. Certo è che risultava rarissimo che il GUP pervenisse ad una sentenza di non luogo a procedere in casi di questo tipo, tanto più alla luce di quella giurisprudenza della S.C. che tanta rilevanza dà alla testimonianza della persona offesa.

## **2. Come valutare i dubbi? Resta uno spazio al principio dell'*in dubio pro actione*?**

Se il proscioglimento deve intervenire in tutti in quei casi vi sia la prognosi che il dibattimento non possa ragionevolmente portare ad una sentenza di condanna, sorge un tema di interpretazione del criterio di ragionevolezza a cui ispirarsi ai fini del giudizio di prognosi. Che tipo di ragionevolezza nella previsione deve pretendersi dal giudice filtro? E la previsione di condanna in che termini percentuali deve ritenersi possibile? E in che misura ci si deve collocare per legittimare il rinvio a giudizio? 40%, 50% più del 50%? O si deve pretendere un criterio prossimo alla certezza come nella prognosi postuma nel giudizio controfattuale dei reati omissivi impropri?

Ci si dovrà affidare ad un giudizio di probabilità logica di sviluppo dibattimentale: ove effettivamente tale valutazione porti a intravedere una possibilità di condanna prossima alla certezza, deve seguirne il dibattimento.

Lo scarto sul *quantum* di “possibilità” potrà darceli solo la prassi.

Dopo questa panoramica possiamo rispondere anche al secondo quesito. Siamo proprio certi che vada anticipata *tout court* il brocardo dell'*in dubio pro reo*?

Non sempre, a mio avviso.

Quando il dubbio è serio, fondato e non vi è spazio neanche in chiave prognostica di sviluppo dibattimentale, si deve optare per il proscioglimento.

In tutti i casi in cui, come quello appena esaminato, il dubbio sia effettivamente legato alla mancanza di un approfondimento dibattimentale deve darsi spazio al processo.

In questo senso sembra andare una recentissima pronuncia che si interroga proprio sul significato della nuova formula (GUP presso Tribunale di PATTI, 27.2.2023, su *Giurisprudenza penale online*).

In effetti, il giudice conclude che nulla sarebbe cambiato, “*nihil novi sub sole*”, se non sotto il profilo di un obbligo di filtro stringente imposto al giudicante.

L'occasione è propizia per la ricostruzione della giurisprudenza ante riforma: si richiama una lontana pronuncia delle SU (n. 38 del 25.10.1995), che chiariva che il giudice deve disporre il rinvio a giudizio allorché gli elementi raccolti forniscano una “**concreta prevedibilità di condanna dell'imputato**” (“*il rinvio a giudizio implica la concreta prevedibilità della condanna dell'imputato, e cioè una situazione non dissimile da quella qualificata probabilità di colpevolezza che integra i gravi indizi necessari per l'applicazione di misure cautelari*”), sottolineando che non vi sarebbero differenze rispetto alla nuova formula del legislatore.

Quella della riforma è una regola per il giudice dell'udienza preliminare che non lo assimila per ciò solo al giudice dell'abbreviato, quindi la valutazione dell’“oltre ogni ragionevole dubbio” non può fondarsi, ovviamente, su una **valutazione statica e diagnostica**, ma dovrà essere una **valutazione dinamica e prognostica**.

Il giudice deve quindi «*tenere conto degli arricchimenti, delle integrazioni, dei chiarimenti che il dibattimento è in grado di offrire; il GUP, proprio perché governa una fase prodromica e preliminare a quella successiva, dovrà prevedere la capacità di implementazione che, nel caso sottoposto al suo esame, il dibattimento sarà potenzialmente in grado di esprimere, dovrà ipotizzare e prevedere i risultati che ragionevolmente e verosimilmente il contraddittorio, l'esercizio del diritto alla prova di tutti i protagonisti (imputato, parte civile, e pubblica accusa) saranno in grado di produrre e dovrà, altresì, tenere conto di eventuali letture diverse ed alternative di tutto il materiale investigativo raccolto che potrebbero ragionevolmente essere fatte proprie dal giudice del dibattimento*».

A questo punto, si potrebbe porre un tema di ampliamento dell'uso dei poteri integrativi e istruttori previsti dagli artt. 421-bis e 422 c.p.p., per risolvere le situazioni dubbie. Poteri che però non sono previsti per il giudice dell'udienza predibattimentale.

### 3. La modifica della formula significa svuotare il ruolo del dibattimento e decretare la fine del rito accusatorio?

#### 3.1. Ma il rinvio a giudizio vuol dire condanna sicura?

Si può rispondere congiuntamente a queste due domande.

Il timore espresso da più di una voce è che con il nuovo sistema venga meno il rito accusatorio, si attui una perdita di centralità del dibattimento e si ritorni ad un rito istruttorio.

Il tema dovrebbe essere capovolto.

L'obbiettivo non deve essere quello di svilire il dibattimento, ma piuttosto di perseguire solo quelli effettivamente necessari, cercando di evitare tutti i processi che ognuno di noi ha visto essere totalmente inutili (se non per il proprio portafoglio, fuor di ipocrisia).

Nello stesso tempo, se diminuiscono i processi, quelli rimasti possono celebrarsi nel pieno delle garanzie accusatorie, magari dando spazio ad istituti mai utilizzati (o quasi mai) come le ricognizioni giudiziarie, gli esperimenti giudiziari, etc.

Con maggiore tempo a disposizione, si possono fare meglio.

Se l'interpretazione va nel senso appena proposto, non si perde del tutto la natura accusatoria del nostro processo.

La lettura nel senso proposto, quella cioè che lascia una qualche rilevanza al principio dell'*in dubio pro atione*, pure negli stringenti limiti posti, è l'unica compatibile con la Costituzione e le norme convenzionali secondo le quali la prova si forma nel contraddittorio delle parti.

In questa prospettiva il rinvio a giudizio non è di per se stesso garanzia di condanna.

### 4. Come cambia il ruolo del difensore?

È chiaro che i primi a dover cambiare la prospettiva siamo noi difensori.

Diventa fondamentale, anche su un piano etico e deontologico, anticipare i propri temi di difesa, con relativi elementi probatori a supporto.

Dalla riforma dovrebbe uscire un ruolo rafforzato delle indagini difensive a cui noi soltanto possiamo dare impulso, depositando nella cancelleria del giudice il nostro fascicolo.

Se infatti fino ad ora, dato per assodato il ruolo di passacarte del GUP, si tendeva ad evitare di anticipare temi difensivi per non scoprire le carte con la Procura, la prospettiva deve ora radicalmente mutare.

Faccio un esempio: ho ereditato un caso post udienza preliminare.

Una ipotesi di truffa ai danni dello stato con riferimento ai fondi post terremoto. Nell'udienza preliminare ci si era molto concentrati sulla qualificazione giuridica (sulla alternativa tra 316-ter e 640-bis): proprio al fine di dirimere il dubbio il GUP - con decreto motivato - aveva disposto il rinvio a giudizio.

A dibattimento si è svolta la prima udienza, nella quale sono stati sentiti i testi di accusa, che nell'ambito di un acceso contraddittorio hanno mostrato evidenti *defail-*

*lance* degli accertamenti svolti; alla seconda udienza è stato sentito l'imputato e un unico teste che ha precisato e motivato gli elementi documentali prodotti dai testi di accusa, con una spiegazione alternativa ragionevole. A quel punto si è deciso di non ascoltare altri testi e il giudice ha pronunciato sentenza assolutoria.

Il commento unanime fu che casi come quelli a dibattimento non avrebbero proprio dovuto arrivare, e la critica era rivolta da tutti i presenti al P.M. titolare e al GUP.

In realtà ponendosi su di un piano più distaccato occorre dire che anche la difesa ha fatto la sua parte, concentrandosi nell'udienza preliminare sulla qualificazione giuridica dei fatti e non sui fatti medesimi.

Se vogliamo che il sistema cambi dobbiamo fare anche noi la nostra parte: in un caso come quello sarebbe stato sufficiente produrre il verbale di indagini difensive del teste ascoltato e i documenti anche fotografici introdotti dallo stesso e far rendere l'esame all'imputato in udienza preliminare.

Si sarebbe raggiunto il medesimo risultato.

Ovviamente deve cambiare anche l'impostazione della Procura che deve mostrarsi, anche in fase di indagine, favorevole ad accogliere i contributi difensivi e a raccogliere effettivamente anche elementi a favore dell'indagato come prescrive l'art. 358 c.p.p.

## 5. Che differenza c'è tra la valutazione del P.M. e quella del GUP o del giudice filtro?

Se devono fare la stessa valutazione prognostica (il P.M. al momento in cui valuta la richiesta di archiviazione), per quale ragione il giudice filtro dovrebbe pervenire ad un risultato diverso da quello che ha motivato il P.M. a non richiedere l'archiviazione?

E proprio in questa domanda si annidano tutte le incertezze proprie del giudizio prognostico che ovviamente cambia secondo di chi lo fa, è anch'essa questione di uomini.

C'è da osservare che comunque il panorama di riferimento del Giudice potrebbe essere diverso da quello del P.M., in quanto ad esempio arricchito da indagini difensive che per le ragioni più disparate non sono state prodotte al P.M.; perché l'imputato può – almeno nell'udienza preliminare – decidere di farsi sentire dal GUP. Non si esclude peraltro che l'imputato possa rendere dichiarazioni anche nell'udienza predibattimentale.

Non dimentichiamo poi che il giudice dell'udienza preliminare ha anche poteri istruttori su temi che per esempio non siano risultati necessari per il P.M.

Quindi non vi è contraddizione nel porre la stessa formula alla base della richiesta di archiviazione e della sentenza di non luogo a procedere.

## 6. E cosa deve fare il giudice se è ragionevole che durante lo svolgimento del dibattimento il reato si prescriva?

Questo forse è il tema che comporterà differenze di valutazione.

Anche qui ho un esempio, come penso molti di noi, ed è un caso che fa sorridere noi difensori, e non ce ne vogliono i magistrati presenti, perché si è verificato a causa di un *cul-de-sac* prodotto dallo stesso giudicante.

Udienza preliminare svolta qui a Roma per il reato di turbativa d'asta punito dall'art. 353 c.p.; le parti civili si erano via via moltiplicate proprio in virtù di una singolare interpretazione del Giudice quanto al novero delle persone offese del reato di turbativa d'asta: il GUP, nel rigettare una questione posta dalla difesa, che peraltro aveva trovato adesivo il P.M., ha ritenuto che tutti i partecipanti a una gara (finanche i singoli facenti parti di un ATI) rivestano il ruolo di p.o. del 353 c.p. e non già di meri portatori di interessi legittimi.

A quel punto – come è stato fatto notare dagli attenti difensori – il giudice ha dovuto citare tutti i numerosissimi partecipanti alla gara, che diventavano come per magia persone offese dal reato.

Ciò ha comportato ulteriori difetti di notifica nell'udienza successiva, ma non si poteva tornare indietro e i difetti di notifica alle persone offese andavano sanati.

Ancora, alcuni dei citati, costituiti parti civili, hanno ritenuto di citare i responsabili civili (almeno quattro) che a loro volta avevano questioni preliminari e di notifica da porre alle due udienze successive.

Il risultato della bizzarra interpretazione del giudice è stato che l'udienza preliminare è durata oltre un anno: a quel punto mancavano solo due/tre mesi alla prescrizione.

Il GUP ha disposto il rinvio a giudizio a un anno di distanza: si terrà il prossimo mese di maggio. Il giudice del dibattimento non potrà che prendere atto della intervenuta prescrizione.

Ovviamente possono esservi anche degli esempi più semplici in cui non concorrono le bizzarre interpretazioni dei giudici.

Chiediamoci allora che senso avrebbe in questi casi un rinvio a giudizio, se non quello di aggravare i passaggi burocratici, i ruoli, le notifiche etc.? Ed in ultima analisi di tradire il senso della riforma?

A mio avviso è proprio una di quelle ipotesi in cui è certa la mancanza di prognosi di condanna e va pronunciata sentenza di non luogo a procedere.

Anche questa valutazione andrà parametrata al tempo mancante alla prescrizione e alle *chances* di sviluppo dibattimentale e ai relativi tempi necessari.

E anche qui sarà un tema di valutazione prognostica e di valutazione di probabilità logica.

Tale sembra l'interpretazione fatta propria dalla sentenza del GUP di Patti, già citata, che conclude *«una sicura novità in punto di allargamento delle maglie di operatività della sentenza di non luogo a procedere che può essere ricondotta alla novella di cui al d.lgs. 150/2022 è quella relativa alla sentenza di proscioglimento che può essere adottata nel caso in cui il tempo che residua affinché si maturi la prescrizione del reato per il quale si procede è verosimilmente inferiore alla durata media del giudizio di primo grado. In tali casi non vi sarebbe infatti una ragionevole previsione di condanna»*.

Come si diceva, non tutti sono d'accordo su questa interpretazione, nel timore che con questa interpretazione si finisca per anticipare una causa di estinzione del reato, che però sono ad elenco tassativo e comunque a dare spazio a valutazioni le più disparate (ad esempio considerato che in un piccolo tribunale ci siano pochi giudici di cui alcuni in aspettativa).

Sul primo tema è sufficiente rispondere che il proscioglimento non interverrà perché si anticipa una causa di estinzione del reato, ma perché non è prevedibile che si



pervenga ad una sentenza di condanna, ad una sentenza, quindi, che rimane di tipo *processuale*.

Quanto al secondo tema, occorrerà affidarsi al buon senso e fare questo tipo di valutazione secondo come vanno le cose (*id quod plerumque accidit*) per lo più in tutti i tribunali, prescindendo da situazioni contingenti.

## 7. Come va impostata la motivazione del giudice della sentenza di non luogo a procedere?

Il tema è di rilevanza non secondaria atteso che la sentenza di non luogo a procedere, escluso per i reati puniti con sola pena pecuniaria, è suscettibile di impugnazione.

Non soltanto: ma la ragione che più fa rifuggire i GUP dall'emettere sentenze di non luogo a procedere è proprio quello di dover poi redigere la motivazione, in un contesto di carico di lavoro già esagerato per il GUP che sia anche GIP.

Ecco allora che i passaggi della motivazione dovranno essere tanto più stringenti quanto più ampi fossero i temi accusatori posti e le possibilità di sviluppo probatorio: il giudice potrà, a mio avviso, limitarsi a dare conto delle ragioni per cui, anche nella ipotesi della audizione di testi o della raccolta di prove a dibattimento, queste non potrebbero avere uno sviluppo tale da rendere certa la condanna.

Si dovrà dare conto di tutti i passaggi logici posti a fondamento della mancata ragionevole previsione di una condanna.

Il giudice che effettua il giudizio prognostico che si concluda a favore di una sentenza di non luogo a procedere si deve impegnare a spiegare il perché abbia ritenuto quel materiale investigativo o quegli elementi di prova definitivamente cristallizzati e non suscettibili di implementazione dibattimentale, con una motivazione che non potrà essere né formale né apodittica ma adeguata e completa. Si deve dare conto, cioè, delle ragioni per le quali il materiale probatorio e valutativo sia da ritenere immutabile e quindi non suscettibile di accrescimento all'esito della fase dibattimentale (così anche Cass. pen. V 565 del 2017).

Una notazione di carattere generale: il legislatore forse avrebbe dovuto prendere in considerazione l'idea di allungare il termine di 30 giorni per il deposito della sentenza di non luogo a procedere, che può rappresentare un argine davvero troppo stretto in tutti i casi di processi complessi.

Tanto più se si considera che un termine non viene fissato per il deposito della sentenza emessa all'esito dell'udienza predibattimentale che, dovrebbe a questo punto essere equiparato a quello ordinario delle sentenze, con la possibilità di ricorrere al termine ampio di 90 giorni.

## 8. Quali sono le caratteristiche per la revoca della sentenza di non luogo a procedere?

Si potrà pervenire ad una revoca della condanna quando sopravvengano o vengano scoperte nuove prove.

Dovrà trattarsi di prove che sole, o congiunte a quelle presenti nel fascicolo possano invertire i metri della previsione, in senso favorevole alla condanna e quindi all'azione.

La valutazione non potrà che essere diversa a seconda che ci si trovi di fronte ad una sentenza di non luogo a procedere emessa all'esito di una udienza preliminare ovvero di una udienza filtro.

Nel primo caso, infatti, come conseguenza si ha la riapertura delle indagini, nel secondo caso no: possono fondare la revoca solo elementi probatori che non richiedano indagini ulteriori.

Nel primo caso, allora, si dovrà assistere ad una doppia valutazione di prognosi: quella sugli elementi nuovi proposti e sui loro possibili sviluppi in indagini.

Nel secondo caso dovranno semplicemente essere letti unitamente a quelli già presenti per rivedere l'unico giudizio di previsione sulla condanna (e semmai degli sviluppi dibattimentali).

A questo punto non possiamo che attendere i ritorni sui diversi quesiti che ci offrirà la prassi.

## Brevi cenni sulle modalità di deposito degli atti di impugnazione

Francesco Siclari

**Sommario:** **1.** I primi “tentativi” di deposito delle impugnazioni ed il nuovo deposito telematico. – **2.** La individuazione delle norme che disciplinano le modalità di deposito delle impugnazioni all’indomani della entrata in vigore della “Riforma Cartabia”. – **3.** Il deposito dell’atto d’impugnazione all’indomani dell’entrata in vigore della “Riforma Cartabia”. – **4.** Il deposito delle impugnazioni cautelari. – **5.** Il deposito telematico del riesame o dell’appello avverso un provvedimento applicativo di una misura cautelare reale: a quale indirizzo pec votarsi?

### ABSTRACT

*Le novità legislative in tema di modalità di deposito delle impugnazioni a mente del principio di tassatività ed inderogabilità delle forme per la presentazione delle impugnazioni con particolare riferimento all’art. 582 c.p.p. e all’art. 87-bis D.Lvo 150/2022 per come introdotto dalla Legge 199/2022. Dovrà sottolinearsi come il deposito effettuato ai sensi del neo introdotto art. 87-bis D.Lvo cit. rappresenti il frutto di una scelta tra alternative operata dal difensore e non l’unico ed insostituibile mezzo di presentazione del gravame stante l’ultravigenza dell’art. 582, comma 1, c.p.p. nel testo vigente al momento dell’entrata in vigore del D.Lvo 150/2022. In relazione alle modalità di deposito telematico delle richieste di riesame o appello delle misure cautelari reali che soggiacciono agli stessi criteri generali previsti per le impugnazioni, dovrà segnalarsi l’errore di coordinamento in cui è incorso il legislatore nel prevedere, sia per le ordinanze applicative di misure cautelari personali sia per quelle applicative di misure reali, un unico destinatario telematico. Errore di coordinamento che finisce per ingenerare più di qualche dubbio sulla corretta individuazione del destinatario pec della impugnazione.*

*The legislative innovations regarding the methods of lodging appeals in view of the principle of the obligatory and mandatory nature of the forms for the presentation of appeals with particular reference to art. 582 c.p.p. and in art. 87-bis D.Lvo 150/2022 as introduced by Law 199/2022. It should be underlined that the lodging made according to the newly introduced art. 87-bis D.Lvo 150/2022 represents the result of a choice between alternatives made by the defender and not the only and irreplaceable means of presenting the burden given the extreme validity of art. 582, paragraph 1, c.p.p. in the text in force at the time of entry into force of Legislative Decree 150/2022.*

*In relation to the methods of online lodging of requests for review or appeal of real precautionary measures which are subject to the same general criteria envisaged for appeals, it will be necessary to report the coordination error in which the legislator has incurred in providing, both for the implementing ordinances of personal precautionary measures and for those applying real measures, a single electronic recipient. Coordination error that ends up generating more than a few doubts about the correct identification of the PEC addressee of the appeal.*

## 1. I primi “tentativi” di deposito delle impugnazioni ed il nuovo deposito telematico.

All'indomani dell'entrata in vigore della Riforma Cartabia<sup>1</sup>, della Legge n.199/2022 e dei differenti regimi di applicazione delle novità ivi contenute<sup>2</sup>, in alcuni tribunali si è assistito ad interpretazioni proteiformi in ordine alle modalità di deposito in concreto delle impugnazioni e, in alcuni casi, si è registrato il rifiuto da parte degli addetti all'ufficio – certamente indebito, ancorché in assoluta buona fede – di ricezione dell'atto di impugnazione nelle forme del deposito cartaceo – *rectius*, non telematico – effettuato dal difensore presso la cancelleria individuata ai sensi dell'art. 582, comma 1, c.p.p. con contestuale invito al difensore alla presentazione telematica della impugnazione.

Tali circostanze hanno ingenerato la impellente necessità di una disamina coordinata delle novità legislative in tema di modalità di deposito delle impugnazioni a mente del principio di tassatività ed inderogabilità delle forme per la presentazione delle impugnazioni che punisce con la inammissibilità i depositi effettuati con modalità non consentite dalla legge, in ragione dell'assenza di una norma specifica che ne consenta il deposito nel sistema processuale<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Sulle novità della riforma in tema di digitalizzazione degli atti e le spinte normative per il definitivo superamento del modello fondato sulla circolazione fisica dei documenti, posta a base della rivoluzione telematica del processo penale, MINOTTI, *Spinta al deposito telematico e all'atto digitalmente nativo*, in *Guida dir.*, 2021, n. 40, 115; GALGANI, *Contributo per un rito penale dal volto digitale: gli assist offerti dalla legge delega “Cartabia”*, in MARANDOLA, *Riforma Cartabia e rito penale – La legge delega tra impegni europei e scelte valoriali*, Milano, 2022. Per una visione d'insieme sulle novità della riforma “Cartabia”, Relazione n. 68/2022 a cura dell'Ufficio del Massimario, avente per oggetto la “*Disciplina transitoria e prime questioni di diritto intertemporale del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*”.

<sup>2</sup> A seguito delle modifiche apportate al D.Lvo n. 150/2022 e della disciplina intertemporale introdotta dalla Legge 199/2022, l'Ufficio del Massimario ha pubblicato la Relazione n. 2/2023, “*La riforma Cartabia*”, che ha chiuso il “ciclo” dei contributi predisposti dall'Ufficio del Massimario con riguardo alla “riforma Cartabia” definita, nella presentazione alla relazione cit., quale “*prima, vera, riforma organica del sistema processuale penale da quando, nel 1989, fu adottato il processo accusatorio*”.

<sup>3</sup> Cass. pen., Sez. IV, Sentenza, 19/12/2019, n. 10682, rv. 278649-01, in parte motiva, ha dato ampio risalto alle molteplici pronunce della Corte di Cassazione in tema di deposito di atti in via telematica: «*nella più generale materia delle impugnazioni nel giudizio penale (cfr. Sez. 4, n. 18823 del 30/03/2016, Mandato, Rv. 266931-01: “È inammissibile il ricorso per cassazione avverso il provvedimento di revoca dell'ammissione al gratuito patrocinio proposto mediante l'uso della posta elettronica certificata (PEC), in quanto le modalità di presentazione e di spedizione dell'impugnazione, disciplinate dall'art. 583 c.p.p., sono tassative ed inderogabili e nessuna norma prevede la trasmissione mediante l'uso della PEC”; egualmente, in materia di impugnazione cautelare: “È inammissibile l'impugnazione cautelare proposta dall'indagato mediante l'uso della posta elettronica certificata (c. d. PEC), in quanto le modalità di presentazione e di spedizione dell'impugnazione, disciplinate dall'art. 583 c.p.p. – espressamente richiamato dall'art. 309, comma 4, che, a sua volta, è richiamato dall'art. 310 c.p.p., comma 2, – sono tassative e non ammettono equipollenti, stabilendo soltanto la possibilità di spedizione dell'atto mediante lettera raccomandata o telegramma, al fine di garantire l'autenticità della provenienza e la ricezione dell'atto, mentre nessuna norma prevede la trasmissione mediante l'uso della PEC. (In motivazione la Corte ha evidenziato che tali previsioni processuali costituiscono le specifiche disposizioni normative che rendono inapplicabile il D.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68, regolamento per l'utilizzo*

## 2. La individuazione delle norme che disciplinano le modalità di deposito delle impugnazioni all'indomani della entrata in vigore della "Riforma Cartabia".

Il punto di partenza non può non essere la individuazione delle norme che disciplinano, appunto, le modalità di deposito delle impugnazioni all'indomani della entrata in vigore della "Riforma Cartabia", ovvero l'art. 582 c.p.p. e l'art. 87-bis D.Lvo 150/2022 per come introdotto dalla Legge 199/2022.

Il regime transitorio introdotto con la legge 199/2022 ha, infatti, specificatamente previsto il deposito telematico degli atti di impugnazione per il tramite del nuovo dell'art. 87-bis D.Lvo 150/2022 recante "*Disposizioni transitorie in materia di semplificazione delle attività di deposito di atti, documenti e istanze*", creando, così, un regime intertemporale di gestione del deposito telematico di qualsivoglia istanza e, per quello di cui qui si discute e ragiona, delle impugnazioni in forza del quale «1. (omissis) ... **è consentito** il deposito con valore legale mediante invio dall'indirizzo di posta elettronica certificata inserito nel registro generale degli indirizzi elettronici di cui all'articolo 7 del regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia 21 febbraio 2011, n. 44. Il deposito con le modalità di cui al periodo precedente deve essere effettuato presso gli indirizzi di posta elettronica certificata degli uffici giudiziari destinatari, indicati in apposito provvedimento del Direttore generale per i sistemi informativi automatizzati, pubblicato nel portale dei servizi telematici del Ministero della giustizia. (omissis...) 2. (omissis) 3. (omissis) 4. L'atto di impugnazione è trasmesso tramite posta elettronica certificata dall'indirizzo di posta elettronica certificata del difensore **a quello dell'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato, individuato ai sensi del comma 1**, con le modalità e nel rispetto delle specifiche tecniche ivi indicate (omissis)».

La lettura della norma consente, in via immediata, di potere ragionevolmente sostenere che il deposito effettuato ai sensi del neo introdotto art. 87-bis D.Lvo cit. rappresenti il frutto di una scelta tra alternative operata dal difensore e non l'unico ed insostituibile mezzo di presentazione del gravame<sup>4</sup>. L'utilizzo da parte del legislatore del verbo "consentire" disattende, infatti, la possibilità di costruire qualsivoglia forma di preclusione rispetto ad altre modalità di deposito dell'atto di impugnazione, con l'ovvio, evidente limite del già ricordato principio di tassatività ed inderogabilità delle forme per la presentazione delle impugnazioni.

Chiarito questo primo aspetto, si avrà modo di apprezzare che il metodo di presentazione descritto dall'art. 87-bis cit., di cui si discute e ragiona, altro non fa che

*della posta elettronica certificata, ai sensi dell'art. 16 del medesimo decreto)" (Sez. 3, n. 38411 del 13/04/2018, B., Rv. 276698-01)».*

<sup>4</sup> Secondo la Relazione n. 2/2023 dell'Ufficio del Massimario, cap. 12, § 6, pag. 164, fino alla emanazione dei decreti attuativi "*si dovrà ritenere applicabile soltanto il regime di deposito analogico presso la cancelleria del tribunale che ha emesso la sentenza, a meno di un intervento legislativo che risolva, nelle more, l'impasse*". In realtà, si tratta di un'interpretazione che, per mera svista, non tiene conto della disciplina intertemporale dettata dall'art. 87-bis D.Lvo 150/2022.

ricalcare la disciplina emergenziale già nota in quanto prevista dall'art. 23, comma 4, D.L. 137/2020<sup>5</sup>.

Di modo che, per il difensore sarà certamente possibile scegliere di optare per il deposito telematico dell'impugnazione secondo modalità che ricalcano, in buona sostanza, quelle della disciplina emergenziale già testata nel corso degli ultimi due anni, con l'accortezza di osservare le stringenti prescrizioni che l'art. 87-*bis*, comma 7, D.Lvo. 150/2022 detta a pena di inammissibilità della impugnazione stessa.

### 3. Il deposito dell'atto d'impugnazione all'indomani dell'entrata in vigore della "Riforma Cartabia".

Il nodo problematico (o, almeno, tale deve essere apparso a chi in questi giorni ha tentato il deposito degli atti direttamente presso la cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento), però, parrebbe risiedere nella perdurante – o meno – possibilità per il difensore di depositare l'atto di impugnazione in forma cartacea presso la cancelleria preposta.

A tal fine, non potrà non farsi riferimento alla versione dell'art. 582 c.p.p. vigente all'indomani della entrata in vigore della Legge 199/2022 e del Decreto Legislativo n. 150/2022.

L'art. 33, comma 1, lett. e), n. 1 del D.Lvo n. 150 del 10 ottobre 2022 ha, invero, sostanzialmente modificato l'art. 582 c.p.p. che, nella nuova formulazione, prevede in via esclusiva – per il tramite del rinvio al neo introdotto art. 111-*bis* c.p.p. e la previsione del deposito cartaceo riservata alle sole parti private – il deposito telematico degli atti di impugnazione da parte del difensore.

Disciplina, quest'ultima, che però non è prontamente applicabile in ragione del fatto che la previsione transitoria di cui all'art. 87, commi 4 e 5, D.Lvo cit. prevede l'applicazione differita delle novità introdotte dall'art. 33 D.Lvo cit. e, quindi, delle nuove modalità di presentazione della impugnazione a partire dal quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione dei regolamenti previsti dal medesimo articolo 87, ovvero dal diverso termine previsto dal regolamento di cui al comma 3.

E infatti, se per un verso l'art. 87, comma 4, D.Lvo cit. ha previsto l'ultravigenza, per quello che qui interessa, dell'art. 582, comma 1, c.p.p. nel testo vigente al momento dell'entrata in vigore del presente decreto (espressione, invero, infelice nella misura in cui il testo vigente al momento dell'entrata in vigore del presente decreto dovrebbe essere, appunto, quello di cui all'art. 33, comma 1, lett. e), n. 1, del D.Lvo n. 150 del 10 ottobre 2022), per altro verso, il successivo comma 5 ha disposto l'applicazione differita delle norme di cui all'art. 582, comma 1-*bis* e 111 *bis* c.p.p. che prevedono, rispettivamente, la possibilità per le sole parti private del deposito della impugnazione in forma cartacea e il deposito in via esclusivamente telematica – pena l'inammissibilità del gravame dichiarata dallo stesso giudice che ha emesso il provvedimento impugnato – da parte del difensore.

---

<sup>5</sup> Sulla non più differibile portata innovativa del deposito telematico degli atti e sulle connesse problematiche applicative in costanza di vigenza della disciplina emergenziale, si veda: PORCU, *Il portale del processo penale telematico: un passo in avanti (e qualche inciampo verso) la digitalizzazione*, in *Diritto penale e processo*, 10/2021, 1404.

Ad oggi e fino al quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione dei regolamenti previsti dall'art. 87 D.Lvo 150/2022, il difensore impegnato nel deposito di un atto di impugnazione potrà alternativamente affidarsi al deposito effettuato personalmente ovvero a mezzo di incaricato nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, ovvero mediante invio dell'atto dall'indirizzo di posta elettronica certificata del difensore agli indirizzi di posta elettronica certificata degli uffici giudiziari destinatari, indicati in apposito provvedimento del Direttore generale per i sistemi informativi automatizzati, pubblicato nel portale dei servizi telematici del Ministero della giustizia, seguendo, in tale ultimo caso, le indicazioni previste dall'art. 87-*bis*, D.Lvo 150/2022 per come introdotto dalla Legge 199/2022.

Infine, deve segnalarsi che la abrogazione dell'art. 582, comma 2, c.p.p. e dell'art. 583 c.p.p. alla data di entrata in vigore del D.Lvo 150/2022 ad opera dell'art. 98, comma 1, lett. a), D. Lvo cit., ha definitivamente precluso la possibilità per le parti private e i difensori, per un verso, di depositare l'impugnazione nella cancelleria del tribunale o del giudice di pace del luogo dove le stesse si trovano e, per altro verso, di spedire l'atto di impugnazione.

#### 4. Il deposito delle impugnazioni cautelari.

Il deposito delle impugnazioni cautelari, giusti i richiami all'art. 582 c.p.p. contenuti nell'art. 309, comma 4, c.p.p. (richiamato dall'art. 310, comma 1, c.p.p.), 311, comma 3 e 324, comma 2, c.p.p., segue le forme previste per le impugnazioni di cui si è discusso e ragionato in questa sede.

Meritano, comunque, un breve cenno le modalità di deposito telematico delle richieste di riesame o appello delle misure cautelari reali.

Nello specifico, l'art. 87-*bis*, comma 6, D.Lvo 150/2022 per come introdotto dalla Legge 199/2022, ha previsto che «*Nel caso di richiesta di riesame o di appello contro ordinanze in materia di misure cautelari, personali o reali, l'atto di impugnazione, in deroga a quanto disposto dal comma 3, è trasmesso all'indirizzo di posta elettronica certificata del tribunale di cui all'articolo 309, comma 7, del codice di procedura penale*»<sup>6</sup>.

È di immediata evidenza l'errore di coordinamento in cui è incorso il legislatore nel prevedere, sia per le ordinanze applicative di misure cautelari personali sia per quelle applicative di misure reali, un unico destinatario telematico dell'atto d'impugnazione, ovvero il tribunale del luogo nel quale ha sede la corte di appello o la sezione distaccata della corte di appello nella cui circoscrizione è compreso l'ufficio del giudice che ha emesso l'ordinanza (per come individuato, appunto, dall'art. 309, comma 7, c.p.p.).

Se, per un verso, il tribunale competente a decidere sul riesame o l'appello cautelare avverso ordinanze applicative di misure personali è correttamente individuato nel tribunale distrettuale, per altro verso quest'ultima autorità giudiziaria non coincide – o meglio, può non coincidere – con quella competente a decidere sul riesame

---

<sup>6</sup> La dottrina ha, sin da subito, evidenziato come lasci perplessi il fatto che si sia mantenuto un tale erroneo richiamo anche per le impugnazioni cautelari reali, così MARANDOLA, *Riforma Cartabia: l'entrata in vigore, il regime transitorio e lo slittamento di parte della novella*, in *Altalex*, 09/01/2023.

o l'appello cautelare proposto avverso ordinanze applicative di una misura cautelare reale.

Gli art. 322-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p. e 324, comma 5, c.p.p. (richiamato dall'art. 318 c.p.p., in tema di riesame delle ordinanze di sequestro conservativo) prevedono, infatti, che sulle richieste di riesame o appello delle misure cautelari reali decida, in composizione collegiale, il tribunale del capoluogo della provincia nella quale ha sede l'ufficio che emesso il provvedimento. Autorità giudiziaria, quest'ultima, che non necessariamente potrà coincidere con il tribunale distrettuale indicato dall'art. 309, comma 7, c.p.p.<sup>7</sup>

## 5. Il deposito telematico del riesame o dell'appello avverso un provvedimento applicativo di una misura cautelare reale: a quale indirizzo pec votarsi?

Rimane, a questo punto e ferma restando la possibilità di optare per un deposito analogico dell'atto, da verificare, in concreto, quali saranno le modalità telematiche da seguire nel caso di deposito di un atto di impugnazione avverso l'applicazione di una misura cautelare reale.

Gli scenari ipotizzabili sono legati alla scelta normativa che il difensore vorrà adottare: seguire le indicazioni dell'art. 87-*bis*, comma 6, D.Lvo cit. e, quindi, inviare l'atto d'impugnazione ad una autorità giudiziaria che non necessariamente sarà competente a decidere<sup>8</sup>, ovvero scegliere come destinatario telematico il tribunale competente a decidere ai sensi dell'art. 324, comma 5, c.p.p.

Se optasse per il deposito indirizzato al tribunale distrettuale, il difensore potrebbe, però, ritrovarsi con una dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione pronunciata<sup>9</sup> ai sensi del successivo comma 7 dell'art. 87-*bis* D.Lvo cit. che esplicitamente prevede che l'impugnazione è inammissibile quando «l'atto è trasmesso ..., nel caso di richiesta di riesame o di appello contro provvedimenti resi in materia di misure cautelari, personali o reali, a un indirizzo di posta elettronica certificata non riferibile, ..., all'ufficio competente a decidere il riesame o l'appello».

---

<sup>7</sup> In Italia, infatti, sono presenti 26 corti d'appello e 3 sezioni distaccate, la cui competenza territoriale è definita distretto. Le corti d'appello raccordano 165 circondari di tribunali (fonte <https://www.procura.lodi.it/it/Content/Index/27525>, *Le articolazioni periferiche del Ministero della Giustizia: dall'Unità d'Italia ai giorni nostri*), mentre le province italiane sono 80.

<sup>8</sup> Il tribunale distrettuale potrebbe, invero, coincidere con il tribunale circondariale nel caso di capoluogo di provincia coincidente con uno dei 26 distretti di corte di appello o delle 3 sezioni distaccate.

<sup>9</sup> Inammissibilità che, ai sensi dell'art. 87-*bis*, comma 8, D.Lvo cit., sarà pronunciata dal giudice che ha emesso il provvedimento impugnato: «*Nei casi previsti dal comma 7, il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato dichiara, anche d'ufficio, con ordinanza l'inammissibilità dell'impugnazione e dispone l'esecuzione del provvedimento impugnato*». Non può, anche in questo caso, non rilevarsi come il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato ai sensi degli artt. 322 *bis* o 324 c.p.p. non avrà contezza dell'interposta impugnazione dal momento che la stessa dovrà essere indirizzata al giudice competente a decidere, il quale ultimo, a sua volta, richiederà gli atti alla Procura della Repubblica. Senza dimenticare che l'impugnazione della misura cautelare reale non ne sospende l'esecuzione e, di conseguenza, non sarà necessaria alcuna pronuncia che disponga l'esecuzione.



Diversamente, qualora optasse per l'inoltro al tribunale circondariale, così correttamente individuato il giudice competente a decidere il riesame o l'appello, potrebbe incorrere in una declaratoria di inammissibilità per avere utilizzato una modalità di deposito dell'atto di impugnazione non prevista dalla legge a mente degli approdi giurisprudenziali che vogliono le modalità di presentazione e di spedizione dell'impugnazione come tassative ed inderogabili<sup>10</sup>.

Così stando le cose, per evitare una pronuncia di inammissibilità sarà necessario inviare la pec ad entrambi i tribunali (distrettuale e circondariale) ovvero, si potrebbe ulteriormente aggiungere, ripiegare - almeno sino all'entrata in vigore del nuovo art. 111-*bis* c.p.p. - nel "vecchio" deposito cartaceo con attestazione di avvenuto deposito rilasciata dalla cancelleria del tribunale circondariale competente a decidere.

<sup>10</sup> Si veda: Cass. pen., Sez. IV, Sentenza, 19/12/2019, n. 10682, rv. 278649-01 citata *sub* nota 3.



# INTERCETTAZIONI: LA CORTE DI LUSSEMBURGO AMMETTE UN'AUTORIZZAZIONE SU PRESTAMPATO PRIVO DI MOTIVAZIONE

Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 febbraio 2023 (Causa C-349 /21)

Leonardo Filippi

**Sommario:** 1. Il caso. – 2. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3. L'assetto normativo europeo e bulgaro. – 4. Conclusioni.

## ABSTRACT

*La Corte di giustizia della U.E. ammette che un provvedimento di autorizzazione all'intercettazione di comunicazioni, emesso dal presidente di un tribunale bulgaro, sia privo di motivazione, sostenendo che essa sarebbe però ricavabile dalla richiesta.*

*The Court of Justice of the E.U. admits that a provision authorizing the interception of communications, issued by the president of a Bulgarian Court, lacks reasons, arguing that it could however be derived from the request.*

## 1. Il caso.

La Corte di giustizia della U.E. ammette che un provvedimento di autorizzazione all'intercettazione di comunicazioni, emesso dal presidente di un tribunale bulgaro, sia privo di motivazione, sostenendo che essa sarebbe però ricavabile dalla richiesta. Si badi che l'autorizzazione non richiama nemmeno il contenuto della richiesta, per cui non può neppure parlarsi di motivazione *per relationem*.

Era capitato che il pubblico ministero avesse avanzato al presidente del Tribunale penale specializzato ben sette richieste di autorizzazione all'intercettazione telefonica. L'imputazione riguardava l'accusa a cinque persone di partecipazione ad una associazione a delinquere, costituita a fini di lucro, volta a far transitare clandestinamente cittadini di paesi terzi attraverso le frontiere bulgare, ad aiutarle a entrare illegalmente nel territorio bulgaro nonché a ricevere o a versare tangenti in relazione a tali attività. Tra gli imputati figuravano anche tre agenti della polizia di frontiera dell'aeroporto di Sofia.

Ciascuna di tali richieste descriveva in maniera circostanziata, dettagliata e motivata l'oggetto della richiesta, il nome e il numero di telefono della persona interessata, il collegamento esistente tra tale numero e detta persona, gli elementi di prova raccolti fino a quel momento e il presunto ruolo svolto dalla persona interessata negli atti criminosi. Anche la necessità di procedere alle intercettazioni telefoniche richieste per raccogliere elementi di prova relativi all'attività criminale oggetto dell'indagine nonché le ragioni e le condizioni che giustificavano l'impossibilità di raccogliere tali informazioni con altri mezzi erano motivate in modo specifico.

L'autorizzazione alle intercettazioni era accolta dal presidente del Tribunale penale specializzato, per tutte le sette richieste il giorno stesso della loro presentazione, con sette distinti ma identici provvedimenti. Le autorizzazioni erano contenute in un prestampato destinato a coprire tutti i possibili casi di autorizzazione, senza alcun riferimento alle circostanze di fatto e di diritto, ad eccezione della durata delle intercettazioni. In particolare, tali autorizzazioni si limitavano a menzionare soltanto il rispetto delle disposizioni di legge da esse citate, senza identificare l'autorità all'origine delle richieste di intercettazioni telefoniche e senza indicare il nome e il numero di telefono di ciascuna persona interessata, il reato o i reati per cui si procedeva, gli indizi che consentivano di sospettare la commissione di uno - o più - dei reati summenzionati o, ancora, le categorie di persone e di locali, per i quali era stato autorizzato l'impiego di tecniche investigative speciali. Inoltre, dette autorizzazioni non esponevano gli argomenti del pubblico ministero che dimostrassero l'impossibilità di raccogliere le informazioni richieste con un mezzo diverso dalle intercettazioni telefoniche, né precisavano se il termine indicato per l'utilizzo di tali tecniche era stato fissato per la prima volta o se si trattasse di una proroga del termine, nonché in base a quale ipotesi e a quali argomenti era stato deciso tale termine.

Di fronte ad un provvedimento di autorizzazione così generico, la Corte di Lussemburgo osserva che, poiché la richiesta della polizia di autorizzazione all'intercettazione era motivata e specifica "si deve ritenere che, firmando un testo prestabilito secondo un modello che indica il rispetto dei requisiti di legge, tale giudice ha convalidato i motivi della richiesta, garantendo al contempo il rispetto dei requisiti di legge".

Ma si tratta di una presunzione davvero irragionevole che non può essere condivisa perché oblitera l'obbligo di motivazione e si pone in contrasto con il diritto della U.E. soprattutto perché impedisce sia l'impugnazione sia il diritto di difesa.

## 2. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La sentenza annotata si pone in contrasto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che riconosce implicitamente che l'art. 6, § 1, C.E.D.U. impone l'obbligo per il giudice di motivare le proprie decisioni. Di conseguenza, la Corte e.d.u. ha ravvisato una violazione dell'art. 8 C.e.d.u. nel provvedimento del giudice nazionale che aveva autorizzato l'intercettazione dell'utenza telefonica del ricorrente poiché "non vi era altro modo per condurre le indagini", senza "alcun riferimento a fatti specifici emergenti dal fascicolo che facessero ritenere la commissione del fatto di reato da parte dell'imputato e che l'indagine potesse essere condotta con l'ausilio di strumenti meno invasivi" (Corte e.d.u., sez. I, 15.1.2015, *Dragojevic, c./Croazia*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 363). In un caso slovacco la Corte e.d.u. ha ritenuto che viola l'art.

8 CEDU il decreto, privo di motivazione, che autorizza le intercettazioni (Corte e.d.u., sez. I, 12.1.2023, A.P. e B.A. c. Slovacchia).

La Corte di Strasburgo ha ribadito che l'organo competente per autorizzare le intercettazioni deve essere indipendente, e deve essere previsto un controllo giudiziario (o comunque di un organo indipendente) sull'attività di autorizzazione (Corte e.d.u., sez. IV, 10.2.2009, Iordachi e altri c. Moldavia, in *Cass. pen.*, 2009, 4021).

La Corte e.d.u. ha nuovamente censurato l'impiego delle intercettazioni senza controllo giudiziale, autorizzate solo dal pubblico ministero rumeno, che non gode dei requisiti di indipendenza e imparzialità dall'esecutivo, senza un successivo controllo da parte di un tribunale indipendente. La sentenza afferma pure la necessità della audizione diretta dei testimoni da parte delle Corti che giudicano non solo il diritto, ma anche il fatto, a nulla rilevando che la pronuncia promani dal giudice di ultima istanza ovvero l'*High Court of Cassation and Justice* della Romania, la quale ha rivalutato sia le dichiarazioni sia le intercettazioni, ma nel solo contenuto cartolare e non orale (Corte e.d.u., sez. III, 22.9.2015, Nitulescu c/Romania).

In riferimento alla disciplina italiana, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto che l'art. 267 c.p.p. è in linea con i principi dell'"equo processo" in quanto fornisce adeguate garanzie circa il controllo giurisdizionale e l'obbligo di motivazione, fissando nei dettagli le modalità di ricorso alle intercettazioni, escludendo così ingerenze arbitrarie delle autorità statali (Corte e.d.u., sez. II, 10.4.2007, Panarisi c. Italia, in *Cass. pen.*, 2007, 3941, nonché in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 831).

### 3. L'assetto normativo europeo e bulgaro.

Nel diritto della U.E. è posta una regola ben precisa dall'art. 5, § 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche). La regola dispone che «Gli Stati membri assicurano, mediante disposizioni di legge nazionali, la riservatezza delle comunicazioni effettuate tramite la rete pubblica di comunicazione e i servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, nonché dei relativi dati sul traffico. In particolare essi vietano l'ascolto, la captazione, la memorizzazione e altre forme di intercettazione o di sorveglianza delle comunicazioni, e dei relativi dati sul traffico, ad opera di persone diverse dagli utenti, senza consenso di questi ultimi».

L'eccezione è stabilita dall'art. 15, § 1, della stessa direttiva, secondo cui «Gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi di cui agli articoli 5 e 6, all'articolo 8, paragrafi da 1 a 4, e all'articolo 9 della presente direttiva, qualora tale restrizione costituisca, ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 95/46/CE, una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica; e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica. A tal fine gli Stati membri possono tra l'altro adottare misure legislative le quali prevedano che i dati siano conservati per un periodo di tempo limitato per i motivi enunciati nel presente paragrafo. Tutte le misure di cui al

presente paragrafo sono conformi ai principi generali del diritto comunitario, compresi quelli di cui all'articolo 6, paragrafi 1 e 2, del [TUE]».

Anche il diritto bulgaro prescrive l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giudiziari. Infatti, l'art. 121, § 4, della Costituzione dispone che «gli atti giudiziari sono motivati».

Pure l'art. 34 del codice di procedura penale stabilisce, in generale, che «tutti gli atti giudiziari devono contenere (...) una motivazione (...)».

In materia di intercettazioni, l'art. 173 del codice di procedura penale bulgaro prescrive che la richiesta scritta motivata del pubblico ministero incaricato della direzione delle indagini deve contenere: «1. informazioni relative al reato la cui indagine richiede l'uso di tecniche investigative speciali; 2. una descrizione delle azioni intraprese e del loro esito; 3. informazioni relative alle persone o ai locali in relazione ai quali si applicheranno le tecniche investigative speciali; 4. le modalità operative da applicare; 5. la durata dell'utilizzo richiesto e i motivi per cui tale durata è richiesta; 6. le ragioni per le quali i dati necessari non possono essere raccolti altrimenti o possono essere raccolti solo con estrema difficoltà».

Ovviamente, l'art. 174, § 4, dello stesso codice di procedura penale, prevede che il presidente del Tribunale penale specializzato «statuisce con ordinanza motivata (...)».

Di fronte ad un dettato normativo così esplicito e stringente, non sembra possibile ammettere provvedimenti immotivati.

#### 4. Conclusioni.

Com'è noto, in Italia l'art. 111, comma 6, Cost. prescrive che «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati» e l'art. 125, comma 3, c.p.p. esige, in generale, la motivazione, «a pena di nullità». In particolare per le intercettazioni, l'art. 267 c.p.p. richiede un decreto motivato sia per l'autorizzazione sia per la proroga.

La giurisprudenza italiana afferma che la mancanza di motivazione «in senso fisico-testuale ma anche quando la motivazione sia apparente, semplicemente ripetitiva della formula normativa, del tutto incongrua rispetto al provvedimento che deve giustificare (motiva su un sequestro, o su esigenze di cautela personale, e similmente)» dà luogo ad inutilizzabilità, mentre nel caso di difetto della motivazione («nel senso di incompletezza o insufficienza o non perfetta adeguatezza, ovvero di sovrabbondanza con ben probabili, in simili eccessi, slabbrature logiche; in una parola, di vizi che non negano e neppure compromettono la giustificazione, ma la rendono non puntuale») si sostiene che il «vizio va emendato dal giudice cui la doglianza venga prospettata, sia esso il giudice del merito, che deve utilizzare i risultati delle intercettazioni, sia da quello dell'impugnazione nella fase di merito o in quella di legittimità», trattandosi di mera irregolarità o tutt'al più di nullità relativa (Cass., Sez. un., 21.6.2000, Primavera ed altri, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 621, nonché in *Guida dir.*, 2000, 40, 59).

Infatti, è posto prima dalla logica che dal diritto che il giudicante debba render conto delle ragioni della sua decisione. Le affermazioni della parte, pubblica o privata, contenute nella richiesta, devono essere comunque esaminate, valutate e condivise dal giudice, il quale deve, con la motivazione, dimostrare di aver esaminato l'istanza e deve altresì spiegare le ragioni che, in tema di intercettazioni, giustificano la limitazione della segretezza delle comunicazioni e l'*iter* logico che lo ha portato a tale conclusione. Tra l'altro, il provvedimento autorizzatorio, per essere rispettoso dell'

art. 15, § 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, deve pure dimostrare che la misura che applica è «necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale, della difesa, della sicurezza pubblica» oppure della «prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica».

Si tratta quindi di una sentenza della Corte di Lussemburgo assolutamente non condivisibile e che sostanzialmente rinuncia alla garanzia della riserva di giurisdizione per un atto che limita il diritto inviolabile alla segretezza delle comunicazioni, precludendo qualsiasi impugnazione e qualsiasi difesa.

Non resta che auspicare che si tratti di una pronuncia isolata e che la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo torni ad essere la garante delle libertà fondamentali dell'uomo.





# I NUOVI CONFINI DELLA PROVA NUOVA NELLA REVOCAZIONE DELLA CONFISCA DI PREVENZIONE

Cass. pen., Sezioni Unite n. 43668/2022  
Cass. pen., Sezioni unite, ud. 26 maggio 2022 (dep. 17 novembre 2022),  
Sentenza n. 43668, Presidente Cassano – Relatore De Amicis

**Filippo Giunchedi**

**SOMMARIO:** **1.** I termini della questione rimessa alle Sezioni unite. – **2.** La natura della revocazione delle misure di prevenzione patrimoniale. – **3.** I confini della prova nuova nel *drafting* giurisprudenziale. – **4.** Una timida apertura...

## ABSTRACT

*La Corte di cassazione, con la sentenza in commento, mediante un rigoroso formalismo, delimita restrittivamente la portata della prova nuova per la revocazione della confisca.*

*The Court of Cassation, with the sentence with the sentence under review, by means of a rigorous formalism, restrictively limits the scope of the new evidence for revocation of the confiscation.*

## 1. I termini della questione rimessa alle Sezioni unite.

La natura del neo<sup>1</sup> istituto della revocazione della confisca di prevenzione risulta alla base delle conclusioni alle quali sono pervenute le Sezioni unite, chiamate a circoscrivere il concetto di prova nuova di cui alla lett. a) dell'art. 28 d.lgs. 6.9.2011, n. 159. Natura resa ancora più ambigua dal discutibile tenore della norma anzidetta, la quale, a dispetto della terminologia utilizzata («forme»), effettua un ampio richiamo ai «casi» di revisione della decisione di condanna prevista dal codice di rito criminale<sup>2</sup>.

\* Professore associato di Diritto processuale penale nell'Università Niccolò Cusano di Roma.

<sup>1</sup> Sconosciuto nelle legislazioni precedenti che attingevano ad altri strumenti per attivare il controllo in ordine alla sussistenza, originaria o sopravvenuta, dei presupposti giustificanti l'ablazione di una *res*, l'istituto in discorso è stato introdotto all'art. 28 d.lgs. 6.9.2011, n. 159.

<sup>2</sup> Aspetto questo che ha spinto FURFARO, *La revocazione della confisca definitiva*, in *Misure di prevenzione*, a cura di FURFARO Torino, 2013, 659, a ritenere che si sia al cospetto di istituto dal *nomen iuris* corretto, ma al contempo equivoco anche sulla scorta del richiamo alle forme previste dall'art. 630 c.p.p., disposizione che, in realtà, disciplina i casi di revisione e non le forme della predetta impugnazione straordinaria.

Le Sezioni unite nella pronuncia annotata<sup>3</sup> hanno specificato che la revocazione, strumento di impugnazione con funzione compensatoria e preventiva<sup>4</sup>, è suscettibile di essere accomunata con maggior ortodossia sistematica all'analogo previsto nel processo civile all'art. 395, comma 1, nn. 2 e 3, c.p.c. piuttosto che al rimedio attivabile nel processo penale, costituito dalla revisione della condanna in vista del proscioglimento.

Ed è proprio sulla riconducibilità all'uno o all'altro di questi due istituti che oscillavano gli orientamenti che si dividevano il campo prima dell'intervento delle Sezioni unite le quali, innanzi tutto, hanno definito la natura della revocazione di cui all'art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011, per poi dirimere la questione interpretativa circa l'ampiezza dei *nova* richiesti per attingere alla revocazione della confisca di prevenzione.

## 2. La natura della revocazione delle misure di prevenzione patrimoniale.

Seppur non possa dubitarsi che la revocazione della confisca assolve al compito di rimediare, in via straordinaria, ad una sostanziale ingiustizia della decisione secondo le modalità e le forme previste dalla legge, occorre, però, delimitare l'ambito di intervento di questo istituto secondo le finalità attribuitegli dal legislatore il quale, nel segno della ragionevolezza, può modulare le garanzie. Coerentemente con questa discrezionalità, emerge *ictu oculi* come, diversamente dalla revisione esperibile in ogni tempo, la revocazione sia soggetta a tassativi limiti temporali nella prospettazione dell'elemento idoneo a rimuovere il precedente giudicato. E questo costituisce già uno dei primi aspetti che nella decisione annotata segna il discrimine con la revisione.

La giurisprudenza, alla quale aderiscono anche le Sezioni unite "Lo Duca", ritiene che l'utilizzo da parte del legislatore nell'attuale *corpus* normativo delineato dal d.lgs. n. 159, del 2011, del *nomen iuris* «revocazione» assuma un alto valore sintomatico rispetto alla precedente nomenclatura di «revoca» ex art. 7, comma 2, l. 27.12.1956, n. 1423. L'utilizzo di questo termine portò, secondo un percorso argomentativo allora ineccepibile, le Sezioni unite "Auddino"<sup>5</sup> ad assimilare l'istituto della revoca delle misure di prevenzione personali alla revisione prevista nel processo penale, poi reso applicabile, per via interpretativa e sempre in funzione di revisione, anche a quelle patrimoniali onde riparare la lesione del diritto di proprietà quale bene costituzionalmente protetto.

Il conio di un istituto appositamente destinato alla confisca, mediante la revocazione di cui all'art. 28, va inteso, però, come una *mutatio libelli* che staglia un modello

<sup>3</sup> Cass., Sez. un., 26.5.2022, Lo Duca ed altri, cit., 19.

<sup>4</sup> Secondo la definizione offertane da Corte EDU, 12.5.2015, Gogitidze e altri c. Georgia.

<sup>5</sup> Cass., Sez. un., 19.12.2006, Auddino, in *Mass. uff.*, n. 234955, che si pone nel solco di Cass., Sez. un., 10.10.1997, Pisco, in *Giur. it.*, 1999, 806, con nota di DEAN, *Provvedimenti soggetti a revisione ed ambiti della declaratoria di inammissibilità della richiesta*. Quest'ultima decisione, relativa, però, alle misure di prevenzione personali, affermava che «l'istituto della revisione non può operare in via analogica con riguardo ai provvedimenti applicativi di misure di prevenzione, in quanto l'interesse al riconoscimento dell'originaria carenza delle condizioni che legittimano l'adozione di siffatti provvedimenti può essere adeguatamente tutelato attraverso lo specifico istituto della revoca previsto dall'art. 7 l. 27.12.1956, n. 1423».

nuovo, con tratti comuni alla revocazione prevista all'art. 395 c.p.c. nel processo civile<sup>6</sup>. Un riferimento, non solo nominalistico, ma anche – a parte le ontologiche differenze tra azione civile e procedimento di prevenzione – sostanziale in quanto l'art. 395 consente di esperire proficuamente la revocazione quando «dopo la sentenza sono stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore». Locuzione che rende evidente la volontà di sindacare e scoraggiare comportamenti negligenti o tattici dell'interessato e si riflette in quella dell'art. 28, comma 1, lett. a), ove si prevede la revocazione «in caso di scoperta di prove nuove decisive, sopravvenute alla conclusione del procedimento».

D'altro canto, la conclusione alla quale erano pervenute le Sezioni unite “Auddino” – ovvero quella di consentire la revoca *ex tunc* della misura di prevenzione patrimoniale, in ragione di un'invalidità genetica del provvedimento e allo scopo di porre rimedio ad un errore giudiziario – trovava la sua giustificazione nell'assenza nel panorama della legislazione sulle misure di prevenzione di un rimedio, pari a quello previsto per le patrimoniali<sup>7</sup>. Venuto meno questo *vulnus*, alla completezza del sistema, l'*obiter dictum* delle Sezioni unite “Auddino” è costretto a recedere rispetto ad un istituto, quello della revocazione, che, nell'individuare un punto di equilibrio tra la tendenza autoconservativa del giudicato di prevenzione e la necessità di verificare l'errore giudiziario, ridetermina i parametri per accedere al rimedio straordinario in discorso. Ciò per evitare di dar luogo ad un provvedimento “instabile” sul piano del giudicato, suscettibile di manipolazione mediante intestazioni fittizie, tali quindi da “paralizzare” le iniziative di investimento per finalità pubbliche e sociali da parte degli enti territoriali sulla *res* oggetto di ablazione.

Se questa risulta essere la *ratio* giustificatrice dell'indirizzo più restrittivo che, come si vedrà affrontando il tema della prova nuova, rappresenta la premessa sistematica che ha portato alla risoluzione della questione interpretativa della quale erano state investite le Sezioni unite, l'indirizzo contrapposto riteneva che, al di là del diver-

<sup>6</sup> Cfr., in tal senso, Cass., Sez. V, 24.3.2017, Di GIORGIO, in *Mass. uff.*, n. 270238. Decisione che in motivazione spiega la ragione per cui sia assiologicamente corretta l'assimilazione della revocazione di prevenzione a quella prevista per il processo civile: «Val la pena ricordare, invero, che la norma processual-civilistica viene interpretata dalla giurisprudenza nel senso che la prova nuova che legittima alla revocazione è quella – documentale – e solo preesistente alla decisione impugnata riferita a tale disciplina, che la parte non abbia potuto a suo tempo produrre per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario, e che sia stata recuperata solo successivamente a tale decisione (Sez. III, Sentenza n. 3362 del 20.2.2015 (rv. 634645 - 01); Sez. VI, Ordinanza n. 20587 del 13.10.2015 (rv. 637376 - 01): una interpretazione che, tuttavia, potrebbe cooperare alla interpretazione dell'art. 28 la cui lettera rimanda in modo chiaro alle prove che “sono scoperte dopo” oltre a quelle che sono “sopravvenute” alla conclusione del procedimento: l'una espressione, cioè, deve intendersi che, nell'ottica della prevenzione a differenza che in quella processual-civilistica, si aggiunga e rafforzi l'altra con la necessaria integrazione interpretativa di carattere logico-sistematico, in base alla quale, ai fini della revocazione della confisca di prevenzione, la necessità della “scoperta” successiva – oggi in modo netto rispetto al passato – implica la incompatibilità di tale situazione con quella di un precedente atteggiamento meramente omissivo nella allegazione degli elementi, da parte dell'interessato, nel procedimento concluso con provvedimento di cui, in seguito, si richiede la revocazione».

<sup>7</sup> Prevedendo, invece, per i terzi estranei attinti dal provvedimento ablativo il ricorso al rimedio dell'incidente di esecuzione.

so *nomen iuris*, la revocazione disciplinata dall'art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011 ricalchi il modello della revisione prevista in sede penale con la conseguenza di offrire piena espansione al concetto di prova nuova<sup>8</sup> in linea con l'interpretazione offerta dalle Sezioni unite "Pisano" per le quali, ai fini dell'omessa conoscenza dei *nova*, non rileva il comportamento processuale negligente o doloso del condannato<sup>9</sup>. In effetti, questa differente opzione ermeneutica trova scaturigine nell'utilizzo da parte del legislatore di un lessico improprio che richiamando le forme dell'art. 630 c.p.p., pare mutuare la disciplina della revisione, anche sul piano dei casi e, inevitabilmente, dell'interpretazione che ne è stata offerta in giurisprudenza, espandendo perciò gli ambiti della prova nuova a tutti quegli apporti gnoseologici che non siano stati oggetto di valutazione del giudice, ad esclusione di quelli ritenuti non ammissibili.

Sotto questo profilo non possono ignorarsi importanti contributi dottrinali<sup>10</sup> i quali, rifuggendo una possibile erronea formulazione da parte del legislatore, suffragano un'interpretazione coerente con l'art. 12 preleggi per il quale «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore». Ne consegue che, a dispetto di aspetti nomenclatori che rischiano di invischiare in pastoie formali l'ortodossa definizione della regiudicanda, ogni qualvolta emerga un *quid novi* idoneo a rimuovere la decisione ingiusta, questo deve essere valutato indipendentemente da profili di responsabilità delle parti per non averlo introdotto precedentemente<sup>11</sup>. D'altro canto, non può trascurarsi come proprio la revocazione assolve a quella funzione di *in integrum restitutio* dalla quale nel tempo hanno tratto fondamento gli istituti della revisione, dell'annullamento e della revoca, oltre a quello della revocazione stessa<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> In generale sulla prova nuova FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008, *passim*.

<sup>9</sup> Cass., Sez. un., 26.9.2001, PISANO, in *Mass. uff.*, n. 220443, per la quale «in tema di revisione, per prove nuove rilevanti a norma dell'art. 630, lett. c), c.p.p. ai fini dell'ammissibilità della relativa istanza devono intendersi non solo le prove sopravvenute alla sentenza definitiva di condanna e quelle scoperte successivamente ad essa, ma anche quelle non acquisite nel precedente giudizio ovvero acquisite, ma non valutate neanche implicitamente, purché non si tratti di prove dichiarate inammissibili o ritenute superflue dal giudice, e indipendentemente dalla circostanza che l'omessa conoscenza da parte di quest'ultimo sia imputabile a comportamento processuale negligente o addirittura doloso del condannato, rilevante solo ai fini del diritto alla riparazione dell'errore giudiziario».

<sup>10</sup> FURFARO, *La revocazione della confisca definitiva*, cit., 659, riferendosi all'utilizzo del termine «revocazione», spiega come «tale identità nomenclatoria non deve però trarre in inganno. Pur trattandosi ovviamente di istituti contigui quanto a fini, l'uno e l'altro non sono affatto sovrapponibili quanto a disciplina ed in tal senso, dalla lettura, anche poco attenta, della norma i dati che maggiormente colpiscono sono due: l'assenza di alcuna indicazione che possa suonare comunque di rimando alla disciplina dettata dagli artt. 395 ss. c.p.c. e, quasi si volesse rafforzare l'assenza, il richiamo esplicito (pur se espresso in maniera maldestra), delle *forme* dettate per la revisione del giudicato penale».

<sup>11</sup> GAITO, *Impugnazioni ed altri controlli: verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, trattato diretto da A. Gaito, Torino, 1998, 19.

<sup>12</sup> FAZZALARI, *Revocazione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 293, il quale, seppur in riferimento al processo civile, spiega come «con questa impugnazione possono farsi valere, innanzi al giudice che ha emesso la sentenza civile, determinati vizi della medesima».

### 3. I confini della prova nuova nel *drafting* giurisprudenziale.

Così delineata la natura della revocazione, concentriamoci sulla *quaestio iuris* al vaglio delle Sezioni unite, ovvero «se, ai fini della revocazione della confisca ai sensi del d.lgs. n. 159 del 2011, l'art. 28, nella nozione di “prove nuove decisive, sopravvenute alla conclusione del procedimento” debbano includersi, o meno, anche le prove preesistenti alla definizione del giudizio che, sebbene deducibili in tale sede, non siano però state dedotte, e perciò valutate, in conformità alla nozione di prova nuova come elaborata ai fini della revisione nel procedimento penale».

Snodo fondamentale del quesito risulta, pertanto, circoscrivere l'ambito della nuova prova decisiva per travolgere il giudicato in ordine alla confisca di prevenzione ed in particolare se debbano ricomprendersi anche quelle prove deducibili, ma non dedotte. In altri termini, posta la diversa natura della revocazione e della revisione, cosa debba intendersi per prova nuova sopravvenuta in vista degli obiettivi risultanti dal concetto di revocazione<sup>13</sup>.

Il percorso argomentativo delle Sezioni unite, muovendo dalla natura della revocazione – ritenuta, come visto, differente rispetto a quella della revisione –, si concentra sull'orientamento che riteneva di poter applicare per via analogica l'istituto della revisione alle misure di prevenzione personali in quelle occasioni in cui il rimedio straordinario puntava a dimostrare l'insussistenza originaria delle condizioni legittimanti l'adozione del provvedimento applicativo<sup>14</sup>. Ciò consentiva una piena espansione del concetto di prova nuova onde rimediare ad un errore giudiziario e scongiurare la sua protrazione. Sul piano dimostrativo il concetto di novità rispondeva all'omessa valutazione di determinati elementi gnoseologici, indipendentemente dal fatto che questi fossero preesistenti rispetto alla formazione del giudicato.

Su questa linea esegetica, come osservato, si sono adagate le Sezioni unite “Auddino”<sup>15</sup>, estendendo alle misure di prevenzione patrimoniali i risultati raggiunti dalla sentenza a Sezioni unite “Pisco” nella prospettiva di colmare la lacuna normativa del sistema in riferimento alla confisca.

In chiave di sintesi estrema, dopo il duplice intervento della “Pisco” e della “Auddino”, il quadro venutosi a delineare constava della medesimezza di strumenti volti a rimuovere un giudicato fondato su un errore giudiziario in ordine alla originaria insussistenza dei presupposti legittimanti l'adozione di una misura di prevenzione, personale o patrimoniale, e, a tal fine, l'istante poteva avvalersi di prove non precedentemente valutate nel procedimento applicativo e nei relativi giudizi di controllo (di appello e di legittimità), senza che alcun rilievo assumesse la loro preesistenza rispetto al giudicato formatosi.

Questa interpretazione risultava avallata dalla letteratura che ammoniva dal non farsi ingannare dall'utilizzo del termine utilizzato dal legislatore, ovvero revocazione, in quanto a parte il *nomen iuris*, non sussistono elementi per poter assimilare l'istituto delineato dall'art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011 all'analogo processualcivilistico. Indice sin-

<sup>13</sup> Cass., Sez. un., 26.5.2022, Lo Duca ed altri, cit., 6.

<sup>14</sup> Cass., Sez. un., 10.10.1997, Pisco, cit.

<sup>15</sup> Cass., Sez. un., 19.12.2006, AUDDINO, cit.

tomatico della medesimezza di finalità tra la revocazione di cui all'art. 28 e la revisione penale è costituito dall'esplicito richiamo alle forme di quest'ultima<sup>16</sup>.

Specificamente, il termine revocazione non deve impegnare più di tanto l'interprete in quanto nel diritto moderno rappresenta un istituto di carattere generale finalizzato a rimuovere un giudicato ingiusto<sup>17</sup> a fronte del sopravvenire di un elemento di novità<sup>18</sup>. Soprattutto di recente, questa interpretazione ha assunto maggiore forza espansiva in ragione del declino del mito del giudicato<sup>19</sup>, come emerge dagli snodi motivazionali del Giudice delle leggi<sup>20</sup>.

Si tratta di aspetti che testimoniano un'assimilazione della revocazione alla revisione, come dimostrato dal successivo richiamo alle forme per questa previste che non può che richiamare anche i casi, visto l'esplicito riferimento all'art. 630 c.p.p. che li disciplina. D'altro canto, ipotizzare il sistema della prevenzione come avulso rispetto a quello *strictu sensu* penale, significherebbe delegittimare l'impostazione curiale che, pur prendendo atto della diversa finalità dei due sistemi, allo stesso modo non consente interpretazioni asimmetriche in riferimento ai *materialia iudicii* che possono legittimamente trasmigrare dalla sede penale a quella di prevenzione<sup>21</sup>. Se, quindi, la finalità della revocazione è quella di aspirare alla giustizia della decisione, il richiamo alle forme dell'art. 630 c.p.p. non può che deporre per la totale operatività dell'interpretazione offerta in merito alla revisione del giudicato di condanna e, conseguentemente, anche al concetto di prova nuova elaborato che non soffre alcun limite se non quello della precedente valutazione. Chiarissima, in tal senso, una recente sentenza della Cassazione secondo cui è «nella conformazione giurisprudenziale dell'istituto “madre” della revisione delle sentenze – in ambito penale – che l'interprete è tenuto a rintracciare le linee ermeneutiche regolatrici dell'applicazione tanto della previsione di legge di cui alla legge n. 1423 del 1956, art. 7 che di quella del d.lgs. n. 159 del 2011, art. 28, lì dove la disposizione legislativa si presta ad una “estrazione di significato” non del tutto univoca, come è sul terreno della richiesta di “novità” della prova posta a base della domanda di rivalutazione del giudicato ex art. 630, comma 1, lett. c), e d.lgs. n. 159 del 2011, art. 28, comma 1, lett. a)»<sup>22</sup>.

Il differente indirizzo ermeneutico per il quale hanno optato le Sezioni unite con la sentenza annotata, invece, offre una portata meno ampia della prova nuova.

La *ratio* alla base dell'interpretazione restrittiva è legata al fatto di dover reprimere condotte tali da influire sulla finalità della confisca che è costituita dalla volontà di tutelare un provvedimento che, incidendo sul diritto di proprietà, è proiettato verso

<sup>16</sup> FURFARO, *Diritto processuale delle misure di prevenzione*, Torino, 2022, 489.

<sup>17</sup> FURFARO, *Diritto processuale delle misure di prevenzione*, cit., 490.

<sup>18</sup> GAITO, *Impugnazioni ed altri controlli: verso una decisione giusta*, cit., 17 ss.

<sup>19</sup> Si pensi all'immagine del castello turrito, inespugnabile, disegnata da LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, 197.

<sup>20</sup> C. Cost., 12.10.2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, 3440, con osservazioni di MAZZA, *Il principio di legalità nel nuovo sistema liquido*, e MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra «diritto giurisprudenziale» e «legge»*.

<sup>21</sup> Cass., Sez. un., 25.3.2010, CAGNAZZO e altri, in *Cass. pen.*, 2010, 3049, per la quale «l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, accertata nel giudizio penale di cognizione, ha effetti in qualsiasi tipo di giudizio, e quindi anche nell'ambito del procedimento di prevenzione».

<sup>22</sup> Cass., Sez. I, 5.11.2020, VENUTI, in *Mass. uff.*, n. 280856.

finalità pubbliche<sup>23</sup>. È necessario, pertanto, evitare che, mediante successive investigazioni difensive, il soggetto sul quale grava l'ablazione possa integrare un quadro probatorio a scarico originariamente insufficiente, ripristinando il rapporto di proprietà con la *res* confiscata.

Secondo la Cassazione, pertanto, prova nuova ai fini della revocazione può essere soltanto quella «nuova e sconosciuta»<sup>24</sup>, sopravvenuta alla conclusione del procedimento di prevenzione con esclusione di quelle che potevano essere dedotte, ma che non lo siano state indipendentemente dal motivo. D'altro canto, secondo questo filone giurisprudenziale, mediante l'inciso «in caso dell'omissione di prove nuove decisive, sopravvenute alla conclusione del procedimento» il legislatore ha effettuato un pertinente riferimento all'istituto processualcivilistico della revocazione, restringendo l'ampia nozione di prova nuova come intesa in sede penale soprattutto dopo l'*obiter dictum* delle Sezioni unite "Pisano"<sup>25</sup>.

Nell'ambito di questa opzione ermeneutica, le Sezioni unite sottolineano come il concetto di novità possa essere inquadrato in un'accezione strettamente sostanziale e, quindi, possa essere circoscritto a quella prova scoperta successivamente, ovvero un'accezione anche conoscitiva, estendendo il concetto di novità anche a quegli elementi preesistenti rispetto alla statuizione definitiva, scoperti solo successivamente dall'interessato<sup>26</sup>.

La teoria in forza della quale dovrebbe darsi ampia espansione al concetto di novità, confortata dall'autorevole decisione a Sezioni unite "Auddino"<sup>27</sup>, trascura che se quella decisione operò in via analogica con l'istituto della revoca delle misure di prevenzione personali, difettando una norma specifica, il successivo intervento del legislatore con il conio della revocazione di cui all'art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011, ha effettuato una chiara demarcazione già solo a livello terminologico con l'utilizzo di «revocazione» in luogo di «revoca». Ciò si riflette nella configurazione di una diversa figura di rimedio tale da scoraggiare comportamenti negligenti o tattici dell'interessato<sup>28</sup>, tanto che il richiamo, seppur implicito, agli artt. 630 c.p.p. ss. deve ritenersi da riferire al modello e non ai casi, come emerge dal fatto che l'inciso «sopravvenute alla conclusione del procedimento» sia separato da una virgola rispetto alle «prove nuove decisive», il che – per le Sezioni unite in commento – pone un netto distinguo rispetto a quanto previsto dalla lett. c) dell'art. 630 che specifica: «sono sopravvenute o si scoprono nuove prove». «La diversità delle relative formule lessicali, pur sottile nella individuazione delle rispettive aree semantiche, non può di per sé indurre ad escludere dalla nozione di prova nuova rilevante ai fini della revocazione l'ipotesi della sopravvenuta conoscenza di prove preesistenti, essendo il carattere di novità

<sup>23</sup> C. Cost., 27.2.2019, n. 24, in *Giur. cost.*, 2019, spiega come, poiché il sequestro e la confisca di prevenzione incidono significativamente sul diritto di proprietà e di iniziativa economica, devono essere accompagnati da una serie di garanzie poste da Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

<sup>24</sup> Cass., Sez. VI, 6.10.2015, ALVARO, in *Mass. uff.*, n. 265081; *Id.*, Sez. II, 7 dicembre 2012, Ercolano, *ivi*, n. 255530.

<sup>25</sup> Cass., Sez. un., 26.9.2001, PISANO, *cit.*

<sup>26</sup> Cass., Sez. un., 26.5.2022, LO DUCA ed altri, *cit.*, 11 s.

<sup>27</sup> Cass., Sez. un., 19.12.2006, AUDDINO, *cit.*

<sup>28</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 24.3.2017, DI GIORGIO, *cit.*

della prova ontologicamente rinvenibile anche nel caso della successiva “scoperta” di prove preesistenti»<sup>29</sup>.

Per le Sezioni unite militerebbe a favore di un'interpretazione restrittiva del concetto di novità anche la successiva casistica prevista dall'art. 28 che richiama il fattore temporale della conoscenza. Distinzione improntata a ragionevolezza in funzione della natura patrimoniale dell'interesse da tutelare<sup>30</sup>.

Da ultimo, dopo aver richiamato l'eterogeneità strutturale e finalistica del procedimento di prevenzione rispetto a quello penale, le Sezioni unite spiegano che la stessa revisione si proponga una finalità differente posto che la prova nuova deve «condurre all'accertamento, in termini di ragionevole sicurezza, di un fatto la cui dimostrazione evidenzia come il compendio probatorio originario non sia più in grado di sostenere l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato oltre ogni ragionevole dubbio»<sup>31</sup>, mentre nella revocazione «la valutazione relativa alla decisività della nuova prova si assesta su una soglia più avanzata, poiché la stessa può essere apprezzata, attesa la connotazione finalistica che deve orientarne la richiesta per effetto della previsione di cui all'art. 28, comma 2, d.lgs. cit., solo nella prospettiva della sua stretta correlazione all'accertamento di un vizio genetico del provvedimento definitivo, ossia di un difetto originario dei presupposti per l'applicazione della misura patrimoniale»<sup>32</sup>.

Questa ontologica differenza può valere anche in riferimento al fatto che mentre la revisione è ammessa in ogni tempo a favore del condannato, nella revocazione è previsto un termine perentorio – essendo prevista la sanzione dell'inammissibilità – costituito dalla proposizione dell'azione ex art. 28 nel termine di sei mesi dal verificarsi di una delle tre ipotesi che consentono la revocazione, dal che deve concludersi per la volontà del legislatore di voler tutelare la «tendenziale stabilizzazione del giudicato in materia di prevenzione patrimoniale, consolidandone gli effetti nel massimo grado possibile»<sup>33</sup>.

Sulla scorta di queste articolate considerazioni emerge che la revocazione ex art. 28 sia esperibile solo in presenza di prove sopravvenute alla confisca, da intendersi sul piano della loro materiale formazione, e di quelle altre prove decisive che siano state incolpevolmente scoperte successivamente, benché preesistenti al provvedimento ablativo. Vanno escluse, invece, quelle deducibili, ma non dedotte.

In breve, può ritenersi che le Sezioni unite, pur non escludendo la possibilità di introdurre elementi gnoseologici decisivi preesistenti, richiedano una rigorosa prova

---

<sup>29</sup> Cass., Sez. un., 26.5.2022, Lo Duca ed altri, cit., 21 s.

<sup>30</sup> Sulla medesima linea interpretativa si pone la stessa Corte europea (cfr. Corte EDU, 13.7.2021, Todorov c. Bulgaria).

<sup>31</sup> Cass., Sez. un., 26.5.2022, Lo Duca ed altri, cit., 28.

<sup>32</sup> Cass., Sez. un., 26.5.2022, Lo Duca ed altri, cit., 28.

<sup>33</sup> Cass., Sez. un., 26.5.2022, Lo Duca ed altri, cit., 30, che prosegue spiegando che «nel disegno emergente dalla riforma del 2011, pertanto, la revocazione della confisca si discosta sia dall'istituto, pur affine, della revisione della condanna penale, sia dall'antecedente storico rappresentato dall'introduzione per via giurisprudenziale della revoca in funzione di revisione, in forza del decisivo profilo inerente alla tassativa previsione di un limite di ordine temporale ai fini della rivedibilità di una decisione che, in tesi, potrebbe parimenti costituire il frutto di un errore giudiziario, in ragione della preminenza discrezionalmente accordata dal legislatore al valore della certezza dei rapporti giuridici insorgenti dal provvedimento definitivo di confisca».



in capo all'istante circa la non imputabilità ad esso della tardiva presentazione dell'elemento. Cause che la Cassazione riconduce alle tradizionali categorie della forza maggiore e del caso fortuito, riferibili, rispettivamente, all'irresistibilità e all'imprevedibilità.

Concludendo, l'*obiter dictum* che emerge si pone nel senso che «in tema di confisca di prevenzione, la prova nuova, rilevante ai fini della revocazione della misura ai sensi dell'art. 28 d.lgs. 6.9.2011, n. 159, è sia quella sopravvenuta alla conclusione del procedimento di prevenzione, essendosi formata dopo di esso, sia quella preesistente ma incolpevolmente scoperta dopo che la misura è divenuta definitiva; non lo è, invece, quella deducibile e non dedotta nell'ambito del suddetto procedimento, salvo che l'interessato dimostri l'impossibilità di tempestiva deduzione per forza maggiore»<sup>34</sup>.

#### 4. Una timida apertura...

L'articolato percorso motivazionale delle Sezioni unite rilascia una decisione che, considerate le premesse, appare confortante. Infatti, ad un'apparente chiusura rispetto alle prove preesistenti, l'epilogo decisivo lascia spazio ad un rimedio che si propone, seppur in riferimento ai presupposti genetici dell'ablazione, la possibilità di rimuovere la decisione ingiusta.

La motivazione si presenta molto ricca e, in non pochi passaggi, contorta, tanto che, come detto, la conclusione pare prospettarsi diversamente, più "chiusa".

La trama che tende a stagliare la differenza tra la revisione e la revocazione, francamente, si regge su argomentazioni molto puntigliose e formali, ma poco convincenti, dovendosi ritenere molto più lineare la soluzione offerta dalle Sezioni unite "Auddino"<sup>35</sup>, tendente a porre rimedio ad un errore giudiziario, senza effettuare quel distinguo offerto dalle "Lo Duca", legato alla diversità strutturale e teleologica tra misure di prevenzione personali e patrimoniali.

Quel che emerge sullo sfondo, è una decisione che si fonda su opzioni di politica criminale, conscia che la lotta alla criminalità, specie quella organizzata, deve mirare a reprimere l'accumulo di patrimoni illeciti. Assottigliando le garanzie, il contrasto risulta più efficace. D'altronde, fenomeni analoghi sono rinvenibili anche in riferimento ai sequestri con finalità cautelare, ed in particolare quello preventivo, ove una disciplina meno articolata rispetto a quella prevista per le misure cautelari personali, consente alla giurisprudenza di creare interpretazioni in linea con le direttive del legislatore.

Tornando alla confisca di prevenzione ed in particolare alla revocazione, il tenore della norma, sicuramente coniata con *nonchalance*, ha permesso il diffondersi di indirizzi interpretativi differenti con diverse gradazione delle garanzie. Le Sezioni unite, con la decisione in commento, hanno optato per la soluzione volta a privilegiare l'effetto conservativo del giudicato anche in vista della finalità pubblica alla quale assolve la confisca.

Sul piano strettamente esegetico, i passaggi giustificativi di questa opzione non appaiono persuasivi, anche se risulta lodevole come nella parte finale le Sezioni unite abbiano "recuperato" le prove preesistenti, escludendo solo quelle la cui tardività ri-

<sup>34</sup> Cass., Sez. un., 26.5.2022, Lo Duca ed altri, cit., 32.

<sup>35</sup> Cass., Sez. un., 19.12.2006, AUDDINO, cit.

sulti inescusabile. Il problema effettivo per l'istante consisterà nel riuscire a dimostrare quest'ultimo aspetto, perché altrimenti saremmo al cospetto dell'ennesimo vessillo garantistico, rivelantesi, in concreto, come prova diabolica.

Non resta, quindi, che attendere i primi responsi dettati dall'applicazione pratica di un diritto giurisprudenziale che, sul piano formale, pare fornire spazio per caducare decisioni ingiuste, ma che rimette all'interprete, caso per caso e volta per volta, l'"applicazione del principio" alla vicenda concreta. Insomma, un principio di diritto che invece, di fissare precise coordinate per l'interprete, gli consegna un mandato ampio che ammanta ancora di non pochi dubbi la concreta capacità della revocazione di assolvere al compito di *in integrum restitutio*<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> In ordine alla sovrapponibilità tra revocazione e revisione FURFARO, *La revocazione della confisca definitiva*, cit., 662, si esprime, efficacemente, in termini di «unica equazione sostenibile».

# SUI REATI COMMESSI CON VIOLENZA ALLA PERSONA OFFESA E SUGLI STRUMENTI DI TUTELA. TRA INTENDIMENTI LEGISLATIVI E INADEGUATEZZA DELLA TECNICA NORMATIVA

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Penali, sentenza 14 luglio 2022 (dep. 28 settembre 2022), n. 36754, Presidente Cassano - Estensore Santalucia

**Sarah Grieco**

**SOMMARIO:** **1.** I più recenti interventi normativi a tutela della persona offesa: un breve sguardo panoramico. - **2.** La legittimazione della persona offesa a ricorrere per cassazione avverso l'ordinanza ex art. 299 c.p.p. La soluzione offerta dalle Sezioni Unite. - **3.** Il diritto al contraddittorio procedimentale della vittima di violenza: tra normativa specifica e contrasti giurisprudenziali. - **4.** Il primo presupposto della decisione: la violazione del termine dilatorio per il contraddittorio cartolare non è ipotesi di invalidità. - **5.** Il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione e la carenza della qualità di "parte" nel subprocedimento cautelare come ostacoli all'impugnazione. - **6.** La tutela residuale della vittima: la richiesta di impugnazione al Pubblico Ministero.

## ABSTRACT

*Il presente contributo, esaminando il caso risolto dalle Sezioni Unite della Cassazione con la pronuncia 36754 del 2022, si prefigge di approfondire l'effettività degli interventi normativi che hanno interessato il diritto penale in ordine ai reati commessi con violenza alla persona, nell'ultimo decennio. L'accresciuta sensibilità sociale intorno ai fenomeni della violenza domestica e di genere, ha moltiplicato gli strumenti di prevenzione e repressione. Pur avendo l'indubbio merito di aver rafforzato l'armamentario di tutele a favore delle vittime di reati violenti, le regole di protezione non sempre sono state adeguatamente calibrate alle innovazioni introdotte.*

*Nella vicenda in commento, la Corte - a soluzione del contrasto sul diritto della persona offesa a proporre ricorso per cassazione, avverso l'ordinanza di revoca o sostituzione della misura cautelare coercitiva (diversa dal divieto di espatrio e dall'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria), e della possibile violazione del diritto al contraddittorio cartolare riconosciuto dall'art. 299, c. 3, c.p.p. - risolve la questione in termini negativi. Alla luce del principio di tassatività delle impugnazioni, anche in senso soggettivo, viene esclusa l'esistenza del diritto di impugnazione, negando, così, alla vittima di reati violenti, pur titolare di poteri maggiori dell'ordinario, la qualità di parte del procedimento cautelare. La persona offesa potrà avvalersi del solo strumento previsto dall'art. 572 c.p.p. che le consente di proporre, al pubblico ministero, una richiesta motivata di impugnazione ad ogni effetto penale.*

*Quella adottata dalle Sezioni Unite appare come una soluzione "intermedia", non scevra da rischi di effettività. Tuttavia, rispetto ad un riconoscimento indiscriminato del diritto ad impugnare, consente un temperamento più bilanciato degli opposti interessi vittima-indagato, garantendo il filtro preliminare di un organo pubblico, quale è il p.m., su un gravame potenzialmente incisivo sulla libertà personale. Resta, pur sempre, auspicabile un intervento del legislatore, in grado di pervenire ad una soluzione maggiormente equilibrata e coerente, che non debba far ricorso al principio di tassatività delle impugnazioni.*

*This contribution, through the examination of the case resolved by the United Sections of the Supreme Court, with ruling no. 36754 of 2022, aims to investigate the effectiveness of the legal rules of criminal law in relation to violent offences crimes, in the last decade. The increased social sensibility around the domestic and gender-based violence phenomena multiplied the prevention and repression tools. While having the undoubted merit to enforce protective equipment in favor of violent crimes victims, the protection rules have not always been adequately calibrated to the innovations introduced.*

*In the case under review, the Court resolves the quaestio in negative terms in order to the right of the offended person to Cassation appeal against the order of revocation or replacement of the coercive precautionary measure (different from the prohibition of expatriation and the obligation to submit to the judicial police), and of the possible violation of his cross-examination right recognized by art. 299, c. 3, Criminal Procedure Code. In the light of the binding nature of appeals principle, even in a subjective sense, the existence of the challenge right is excluded, thus denying the victim of violent crimes, even if the holder of powers greater than the ordinary, the quality of a party to the precautionary proceeding. The offended person may only use the instrument provided for by art. 572 c.p.p. which allows him to propose, to the public prosecutor, a reasoned request for an all criminal purposes' appeal.*

*The one adopted by the United Sections appears as an "intermediate" solution, it is not exempted by effectiveness risks. However, it allows for a more balanced reconciliation of the opposing victim-author of crime interests, compared to an indiscriminated recognition of the right to appeal. In fact it guarantes the preliminary filter of a public body, such as the prosecutor, on a potentially incisive burden on personal freedom. However, a legislative intervention remains desirable, capable of reaching a more balanced and coherent solution, which does not have to resort to the binding principle of appeals.*

## **1. I più recenti interventi normativi a tutela della persona offesa: un breve sguardo panoramico.**

Uno degli orientamenti di politica legislativa che si è andato consolidando negli ultimi anni è, indubbiamente, rappresentato – tanto sul piano del diritto penale sostanziale quanto su quello del diritto processuale penale – dal progressivo rafforzamento dei mezzi di tutela delle vittime di reati commessi con violenza alla persona. Specie in rapporto ai fenomeni riconducibili alla c.d. violenza domestica e di genere, il crescente allarme sociale, accompagnato da una sempre più avvertita sensibilità, ha condotto a moltiplicare gli strumenti penali, sia in ottica di prevenzione che di repressione criminale.

La rassegna degli interventi normativi attesta, ampiamente, questa tendenza<sup>1</sup>.

Solo per limitarci all'ultimo decennio, è possibile richiamare, innanzitutto, il D.L. 14 agosto 2013, n. 93, convertito dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119. A quattro anni dall'introduzione, nel codice penale, della fattispecie di atti persecutori (art. 612-bis c.p.) ed a pochi mesi dalle modifiche apportate al reato di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), con la legge n. 172/2012, in attuazione della Convenzione di Lanzarote, si è inteso realizzare un primo articolato intervento di sistema, mediante lo strumento della decretazione d'urgenza (art. 77 Cost.). Resosi necessaria per arginare "il susse-

---

<sup>1</sup> Una puntuale disamina del processo di implementazione del sistema di cautele, in favore delle persone offese vittime di violenza, è stata di recente compiuta da BRONZO, *Le misure penali di protezione contro la violenza di genere*, in *Oltre gli stereotipi sulla violenza di genere - Approcci, teorie e ricerche*, a cura di GIANTURCO e BRANCATO, Roma, 2022, 181 ss.

guirsi di eventi di gravissima efferatezza in danno di donne e il conseguente allarme sociale che ne è derivato”<sup>2</sup>, la riforma è tesa “ad inasprire, per finalità dissuasive, il trattamento punitivo degli autori di tali fatti, introducendo, in determinati casi, misure di prevenzione finalizzate alla anticipata tutela delle donne e di ogni vittima di violenza domestica”. In tal senso, si è intervenuti sulla disciplina delle fattispecie di maltrattamenti in famiglia, atti persecutori e violenza sessuale, agendo sulla leva sanzionatoria e configurando nuove aggravanti; sul versante della legge processuale, invece, sono state introdotte inedite misure precautelari e meccanismi di tutela della persona offesa, in occasione della revoca o sostituzione di quelle cautelari.

Del pari, può menzionarsi il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, con cui è stata data attuazione alla direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo, in tema di norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. La direttiva, invero, aveva offerto una definizione della violenza di genere<sup>3</sup>, precisando che essa è «una forma di discriminazione e una violazione delle libertà fondamentali della vittima e comprende la violenza nelle relazioni strette, la violenza sessuale (compresi lo stupro, l'aggressione sessuale e le molestie sessuali), la tratta di esseri umani, la schiavitù e varie forme di pratiche dannose, quali i matrimoni forzati, la mutilazione genitale femminile e i cosiddetti “reati d'onore”» (Considerando n. 18). La direttiva, tra l'altro, ha previsto che gli Stati membri dell'Unione debbano assicurare misure per proteggere la vittima e i suoi familiari dalla vittimizzazione secondaria e ripetuta, oltre che da intimidazione e ritorsioni, garantendone la protezione fisica (art. 18). Fatti salvi i diritti della difesa, gli Stati membri provvedono che, durante le indagini penali, l'audizione della vittima si svolga “senza ritardo”, dopo la presentazione della denuncia relativa ad un reato (art. 20).

In concreto, peraltro, il decreto legislativo, di recezione della direttiva, ha spiegato modifiche essenzialmente sul piano processuale più che sostanziale. La relazione di accompagnamento del citato decreto precisa, appunto, che: «il diritto interno, già fortemente orientato a garantire diritti, assistenza e protezione alle vittime di reato, viene modificato solo marginalmente dal decreto, ritenendosi, all'esito di un capillare lavoro di analisi e di verifica della relativa concordanza, che molte delle disposizioni di tutela previste dalla Direttiva siano già presenti e che, per l'effetto, l'ordinamento sia sostanzialmente conforme, fatte salve le specifiche disposizioni introdotte»<sup>4</sup>.

Da ultimo, sempre per limitarsi agli interventi normativi di maggiore ampiezza, può farsi riferimento alla legge 19 luglio 2019, n. 69, 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”, meglio conosciuto come *Codice rosso*, entrata in vigore il 9 agosto 2019. Tale ultimo intervento riformatore ha, da un lato, introdotto un percorso procedimentale preferenziale per alcuni reati (i delitti previsti dagli artt. 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 612-bis e 612-ter cod. pen.

<sup>2</sup> Cfr. Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario, relazione n. III/01/2013 del 22 agosto 2013.

<sup>3</sup> Considerando n. 18: “Per violenza di genere s'intende la violenza diretta contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere”.

<sup>4</sup> Cfr. Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario, relazione n. III/02/2016 del 2 febbraio 2016.

ovvero dagli artt. 582 e 583-*quinquies* cod. pen. nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576, comma primo, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, comma primo, numero 1, e comma secondo, del medesimo cod. pen.) reputati “*spia*” della degenerazione delle relazioni familiari e di quelle, più genericamente, definite “*strette*” anche in talune decisioni della Suprema Corte<sup>5</sup>. Accanto agli interventi sul codice di rito, sono state compiute alcune modifiche del codice penale, consistenti, principalmente, nell’inasprimento delle pene, per quelle ipotesi di reato sintomatiche del deterioramento delle relazioni domestiche, e nell’introduzione di quattro nuove fattispecie. Segnatamente: 1) l’art. 387-*bis* cod. pen., che punisce la violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa; 2) l’art. 558-*bis* cod. pen., che incrimina la costrizione o l’induzione al matrimonio; 3) l’art. 612-*ter* cod. pen., che punisce la diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti e che mira a reprimere le condotte di c.d. *revenge porn*; 4) l’art. 583-*quinquies* cod. pen., che punisce la deformazione dell’aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso. La *ratio* della legge è espressa, anche in questo caso, nella relazione di accompagnamento al disegno di legge, secondo cui “*le [...] esigenze di completezza della tutela delle vittime di violenza domestica e di genere, dunque, sono alla base degli interventi di modifica alle norme del codice di procedura penale*” e si aggiunge che gli “*interventi sul codice di procedura penale [sono] accomunati dall’esigenza di evitare che eventuali stasi, nell’acquisizione e nell’iscrizione delle notizie di reato o nello svolgimento delle indagini preliminari, possano pregiudicare la tempestività di interventi, cautelari o di prevenzione, a tutela della vittima dei reati di maltrattamenti, violenza sessuale, atti persecutori e di lesioni aggravate in quanto commesse in contesti familiari o nell’ambito di relazioni di convivenza*”<sup>6</sup>.

Non sempre, tuttavia, l’intendimento legislativo, volto con ogni evidenza all’ampliamento dei diritti della persona offesa, ha trovato puntuale riscontro nella tecnica normativa utilizzata. Accanto ad un indubbio avanzamento generale delle garanzie sostanziali e processuali delle vittime dei reati che esprimano violenza sulle donne, e del più rilevante ruolo assunto dalla parte lesa nel contesto processuale, si possono registrare alcune posizioni giurisprudenziali le quali, non sempre, sembrano in linea con tale tendenza, che recepisce la citata Convenzione di Istanbul del 2011 e la direttiva 2012/29/UE.

## 2. La legittimazione della persona offesa a ricorrere per cassazione avverso l’ordinanza ex art. 299 c.p.p. La soluzione offerta dalle Sezioni Unite.

Uno di questi singolari casi è ben rappresentato dalla vicenda sottesa alla recente decisione in commento (Cassazione, Sezioni Unite, sent. n. 36754/2022). Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno risolto, in termini negativi, l’annosa questione di diritto della legittimazione della persona offesa, nei c.d. procedimenti per reati com-

<sup>5</sup> Cfr., tra le altre, Cass., Sez. 2, n. 11031 del 13/02/2018, Rv. 272471; Sezione 2, n. 36167 del 03/05/2017, Rv. 270689.

<sup>6</sup> Cfr. Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario, relazione n. 62 del 27 ottobre 2019.

messi con violenza alla persona<sup>7</sup>, a proporre ricorso per cassazione avverso l'ordinanza con cui sia stata disposta la revoca o la sostituzione della misura cautelare coercitiva (diversa dal divieto di espatrio o dall'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria). Ciò in violazione del diritto al contraddittorio cartolare, attribuito alla stessa persona offesa dall'art. 299, comma 3, c.p.p., (così come inserito dal D.L. 14 agosto 2013, n. 93, art. 2, comma 1, lett. b), n. 2, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, convertito dalla L. 15 ottobre 2013, n. 119, e ulteriormente modificato, come visto, dalla L. 19 luglio 2019, n. 69, art. 15, co. 4).

Il caso specifico all'attenzione delle Sezioni Unite - investite della questione a seguito dell'ordinanza di rimessione della Sesta Sezione del 9 novembre 2021, n. 5551-trae origine dal ricorso per cassazione promosso, in via diretta ex art. 568, comma 2, c.p.p., dal difensore di una donna, persona offesa dei reati di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) e lesioni (artt. 582-583 c.p.), per i quali risultava indagato il di lei coniuge. Con ordinanza del giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Patti, quest'ultimo, su conforme richiesta del Pubblico Ministero, aveva sostituito la misura degli arresti domiciliari con quella, meno afflittiva, del divieto di avvicinamento alla persona offesa. La ricorrente denunciava violazione di legge, con riferimento all'art. 299, comma 3, c.p.p., per il mancato rispetto del termine dilatorio di due giorni, successivi alla notifica della richiesta di sostituzione o revoca della misura, assegnato alla persona offesa e al suo difensore per il deposito di memorie, ai sensi dell'art. 121 c.p.p., che il giudice deve osservare prima di poter provvedere sulla richiesta. L'istanza di attenuazione della misura coercitiva, avanzata dal Pubblico Ministero, era, infatti, pervenuta al difensore della persona offesa, il 16 aprile 2021 e il termine di due giorni per la presentazione di memorie, in scadenza il 18 aprile 2021, giorno festivo, era da ritenersi prorogato di diritto al giorno successivo (19 aprile); data in cui il difensore della persona offesa depositava rituale memoria allegando, peraltro, numerose circostanze rilevanti ai fini della valutazione del perdurante rischio di reiterazione di condotte illecite in suo danno. Il medesimo giorno, tuttavia, a distanza di pochi minuti dall'inoltro della memoria, veniva comunicata, allo stesso difensore della donna, l'ordinanza con cui il giudice disponeva la sostituzione della misura, nella quale il GIP dichiarava che non erano state proposte deduzioni dalla persona offesa, rendendo, così, palese il mancato esame della memoria appena inoltrata.

La Sesta Sezione, assegnataria del ricorso, rilevava l'esistenza di un contrasto, in seno alla giurisprudenza di legittimità, in ordine alla legittimazione della persona offesa a ricorrere per cassazione avverso i provvedimenti di revoca o di sostituzione della misura cautelare coercitiva (diversa dal divieto di espatrio o dall'obbligo di presentazione alla p.g.), adottati in violazione del diritto al contraddittorio cartolare, riconosciuto dall'art. 299, comma 3, c.p.p. Un primo indirizzo, infatti, escludeva il drit-

<sup>7</sup> Sulla portata effettiva della locuzione in parola sono, di recente, intervenute le medesime Sezioni Unite con la sentenza n. 17156 del 30/09/2021, Rv. 283042-02. Confermando l'orientamento già espresso, per altra fattispecie (Sezioni Unite, n. 10959 del 29/01/2016, Rv. 265983), la Corte ha chiarito che vi sono ricompresi, potenzialmente, tutti i procedimenti aventi ad oggetto reati commessi con violenza alla persona, sia essa elemento costitutivo della fattispecie o circostanza aggravante; senza necessità che il delitto sia qualificato dall'esistenza di un pregresso rapporto interpersonale della persona offesa con l'autore del reato o dal pericolo di recidiva, specificamente riferito alla persona offesa.

to della persona offesa a ricorrere per cassazione, non essendo la stessa annoverata tra i soggetti titolari del potere di impugnazione cautelare. Il ricorso per cassazione si sarebbe, nel caso, atteggiato a ricorso *per saltum*. Tale impugnazione, tuttavia, è ammessa solo a determinate condizioni: in favore dell'indagato e del suo difensore; unicamente contro le ordinanze che dispongono, *ab initio*, una misura coercitiva, in alternativa al riesame; solo nel caso di violazione di legge (art. 311, co. 2, c.p.p.) nonché, ex art. 568, comma 2, c.p.p., contro i provvedimenti concernenti lo *status libertatis*, non altrimenti impugnabili<sup>8</sup>. Un opposto orientamento, espresso da un numero più nutrito di pronunce, propendeva, invece, per la legittimazione della persona offesa all'impugnazione mediante ricorso per cassazione proprio ai sensi dell'art. 568, co. 2, c.p.p.<sup>9</sup>; escludendo, per contro, i rimedi del ricorso *per saltum* ex art. 311, co. 2, c.p.p., le cui ipotesi sono previste e limitate anche sotto il profilo soggettivo e dell'appello ex art. 310 c.p.p.<sup>10</sup>, riservato espressamente ai soggetti ivi indicati. Tanto premesso, la Sesta Sezione, pur aderendo in motivazione per il secondo indirizzo, ai sensi dell'art. 618 c.p.p., rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite sulla seguente questione: “*se nei procedimenti per reati commessi con violenza alla persona sia ammissibile il ricorso per cassazione della persona offesa avverso l'ordinanza con cui sia stata disposta la revoca o la sostituzione della misura cautelare coercitiva (diversa dal divieto di espatrio o dall'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria) in violazione del diritto al contraddittorio riconosciuto alla stessa persona offesa dall'art. 299 c.p.p., comma 3*”.

### 3. Il diritto al contraddittorio procedimentale della vittima di violenza: tra normativa specifica e contrasti giurisprudenziali.

Investite della *quaestio iuris*, le Sezioni Unite hanno, in primo luogo, riassunto efficacemente il quadro normativo di riferimento. Come è noto, in ragione dell'esigenza sempre più avvertita di conferire alla persona offesa effettivi poteri di intervento e partecipazione, specie nei procedimenti concernenti reati con più alta potenzialità offensiva<sup>11</sup>, il legislatore – anche sotto la spinta di obblighi internazionali e

<sup>8</sup> Cass., Sez. 5, n. 54319 del 17/05/2017, Rv. 272005.

<sup>9</sup> Cass., Sez. 5, n. 7404 del 20/09/2016, Rv. 269445; Sez. 1, n. 51402 del 28/06/2016, non mass.; Sezione 6, n. 6717 del 05/02/2015, Rv. 262272; Sezione 6, n. 6864 del 09/02/2016, Rv. 266542.

<sup>10</sup> Invero, un precedente isolato della Cassazione (Sez. 5, n. 35735 del 31/03/2015, Rv. 265866) ha sostenuto che, avverso l'ordinanza ex art. 299 c.p.p., la persona offesa sia legittimata ad interporre appello ex art. 310 c.p.p., in quanto gravame esclusivo per reagire avverso i provvedimenti ex art. 299 c.p.p. Veniva, invece, esclusa la sua legittimazione al ricorso immediato per cassazione ex art. 311, comma 2, c.p.p., proponibile soltanto contro le ordinanze che dispongono una misura coercitiva e solo nel caso di violazione di legge; nonché ex art. 568, comma 2, c.p.p., contro i provvedimenti concernenti lo *status libertatis*, non altrimenti impugnabili.

<sup>11</sup> Sulla *ratio* dell'intervento del legislatore del 2013 si v. Cass., Sez. 6, n. 8691 del 14/11/2017, Rv. 272215, secondo cui la volontà della riforma consiste nel garantire alla vittima del reato commesso con violenza alla persona, in termini ampi ed incondizionati, un fascio di diritti e facoltà processuali, tra loro strettamente legati, finalizzati alla protezione della persona offesa mediante la sua informazione e la sua consapevole e attiva partecipazione al procedimento penale; anche attraverso il suo fondamentale apporto conoscitivo, laddove si tratti della perdurante adeguatezza delle misure coercitive applicate all'indagato a far fronte alle esigenze cautelari ritenute sussistenti nel caso concreto.



comunitari<sup>12</sup> – col già citato D.L. 14 agosto 2013, n. 93, convertito in legge 15 ottobre 2013, n. 119, ha disegnato un peculiare sub-procedimento, nell'ambito del sistema di applicazione delle misure cautelari (art. 299, commi 3 e 4-*bis*)<sup>13</sup>. Viene imposto che il soggetto richiedente la revoca o la sostituzione, *in melius*, di una misura cautelare coercitiva (diversa da quelle diverse da quelle meno afflittive del divieto di espatrio e dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria) – sia esso pubblico ministero o imputato – abbia precisi obblighi di informazione della persona offesa. A quest'ultima è, altresì, attribuito potere di interlocuzione a mezzo di memoria scritta, così da fornire al giudice elementi di valutazione suscettibili di incidere sulla sua decisione. Nello specifico, il richiedente la revoca o la sostituzione meno afflittiva deve, contestualmente, notificare l'istanza, a sua cura e a pena di inammissibilità, presso il difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa; salvo che, in quest'ultimo caso, non abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio<sup>14</sup>. Il difensore e la persona offesa, ricevuta la notifica, possono presentare

<sup>12</sup> Rispetto agli obblighi internazionali, si v. *in primis* la Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica dell'11 maggio 2011, ratificata dall'Italia con la L. 27 giugno 2013, n. 77, pochi mesi prima della innovazione legislativa in esame. Importante pure il contributo del diritto unionale, espresso in special modo dalla direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, recante norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, che ha impegnato gli Stati membri dell'Unione a "realizzare significativi progressi nel livello di tutela delle vittime in tutta l'Unione, in particolare nei procedimenti penali", assicurando alle vittime dei reati il diritto a ricevere "informazioni dettagliate", al fine di "prendere decisioni consapevoli in merito alla loro partecipazione al procedimento", informazioni anche "relative allo stato del procedimento" (Considerando n. 26). Del pari, assumono rilievo anche gli artt. 2 e 3 della Convenzione EDU, interpretati dalla Corte di Strasburgo come un dovere, a carico degli Stati, di proteggere le persone vulnerabili anche mediante "obblighi procedurali", capaci di tutelare l'interesse della vittima a ricevere un'adeguata ed efficace protezione "per mezzo del procedimento penale", riconoscendole, in particolare, il diritto di "essere protetta da ulteriori azioni criminose da parte dell'aggressore" (cfr. Corte EDU, grande camera, sentenza 28 aprile 1998, *Osman c. Regno Unito*; Corte EDU, grande camera, sentenza 10 maggio 2001, *Z. e altri, c. Regno Unito*; Corte EDU, sezione III, sentenza 9 giugno 2009, *Opuz c. Turchia*; nonché, da ultimo, Corte EDU, sezione I, sentenza 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*).

<sup>13</sup> Nel dettaglio, il comma 3 si riferisce al subprocedimento laddove l'istanza di revoca o sostituzione della misura cautelare sia richiesta in fase di indagini preliminari; il comma 4 bis disciplina l'ipotesi in cui la richiesta sia successiva alla chiusura delle indagini.

<sup>14</sup> Come chiarito di recente dalle stesse Sezioni Unite, l'onere di notifica della richiesta di revoca o di sostituzione della misura cautelare in favore della persona offesa sussiste, fuori dei casi in cui abbia provveduto alla nomina del difensore, solo "a condizione...che essa abbia dichiarato o eletto domicilio". L'inciso normativo "salvo che in quest'ultimo caso essa non abbia dichiarato o eletto domicilio" non può essere inteso nel senso che l'onere di notificazione sussista, in ogni caso, con la variazione soltanto delle modalità della notifica: ora al difensore; ora, in assenza del difensore, al domicilio dichiarato o eletto dalla persona offesa; ora, in mancanza di tale dichiarazione o elezione, al domicilio ricavabile dagli atti, ai sensi dell'art. 154, comma 1, c.p.p. (cfr. Cass., Sezioni Unite, n. 17156 del 30/09/2021, Rv. 283042-01). Al contempo, le medesime Sezioni Unite hanno sostenuto che, in caso di decesso della vittima, i prossimi congiunti della persona offesa e la persona legata alla stessa da relazione affettiva e con essa stabilmente convivente, in quanto legittimati a esercitare diritti e facoltà della persona offesa deceduta, sono anche titolari del diritto all'adempimento informativo, con i limiti e le modalità riservati alla persona offesa; come tali, questi ultimi hanno diritto alla notificazione, prevista dall'art. 299, comma 3 e 4-*bis*, c.p.p.,

memorie ai sensi dell'art. 121 c.p.p. nei due giorni successivi, decorsi i quali il giudice deciderà sulla richiesta avanzata. In questo quadro legislativo, il coinvolgimento della persona offesa nella dinamica cautelare è finalizzato alla riduzione del rischio di vittimizzazione ripetuta<sup>15</sup>, la quale consiste nella messa in atto di comportamenti intimidatori o ritorsivi da parte dell'autore del reato a danno della vittima.

Esposta la normativa di riferimento, la Corte sottolinea la *ratio* della novella legislativa nel diritto della persona offesa. Nell'ottica di un mantenimento della misura cautelare coercitiva, la riforma intende fornire alla persona offesa il potere di incidere sulle vicende modificative della misura, apportando dati e informazioni, valutabili nella prospettiva del mantenimento delle condizioni di restrizione dell'indagato<sup>16</sup>. La pronuncia delle Sezioni Unite ricostruisce, nel dettaglio, gli opposti orientamenti che si erano manifestati in seno alla Cassazione, in ordine alla legittimazione della persona offesa ad impugnare l'ordinanza di revoca o sostituzione della misura coercitiva, emessa in violazione dei diritti di informazione e partecipazione al subprocedimento ex art. 299, comma 3, c.p.p. (o ex comma 4 *bis*, nel caso di richiesta successiva alla conclusione delle indagini preliminari).

Un primo, e più nutrito, indirizzo interpretativo – inaugurato da Sezione 6, n. 6717 del 05/02/2015 (Rv. 262272) – ha valorizzato la legittimazione della persona offesa a ricorrere per cassazione. Tale orientamento, per quanto espresso anche da altri precedenti<sup>17</sup>, ha trovato pronunce<sup>18</sup> che hanno fornito un maggior contributo motivazionale a tale opzione ermeneutica. In particolare, con la pronuncia n. 6864 del 09/02/2016 (Rv. 266542), la sesta Sezione ha affermato che – sussistendo una diretta lesione alle prerogative di legge della persona offesa – la stessa debba intendersi anche legittimata al ricorso per cassazione; analogamente a quanto previsto all'epoca, in materia di procedimento di archiviazione, dall'art. 409, comma 6, c.p.p. (come interpretato a partire dalla sentenza della Corte costituzionale, 16 luglio 1991, n. 353)<sup>19</sup>. Del pari, valorizzando il significato di garanzia della novella del 2013 e richiamando le previsioni della Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011 e della Direttiva 2012/29/UE, la Corte<sup>20</sup> ha osservato che l'aver previsto una sanzione così radicale (come quella dell'inammissibilità) – nel caso di violazione dei diritti informativi della persona offesa (nello specifico, per l'omessa notifica della richiesta) – implica che il soggetto, in cui

della richiesta di revoca o modifica della misura cautelare, in atto a carico dell'indagato, purché abbiano nominato un difensore ovvero dichiarato o eletto domicilio (Cass., Sezioni Unite, n. 17156 cit.).

<sup>15</sup> Al riguardo, si veda l'art. 18 della Convenzione di Istanbul del 2011 e, nella direttiva 2012/29/UE, i cons. 9, 53, 54, 55, 57, 58, e gli artt. 9, 12, 18, 22, 24.

<sup>16</sup> BONTEMPELLI, *Novità nelle procedure di revoca e sostituzione*, in DIDI - GERACI (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, 143 ss.

<sup>17</sup> Tra gli altri si v. anche Cass., Sez. 1, n. 51402 del 28/06/2016, non mass., che però si limita a ritenere la persona offesa legittimata al ricorso per cassazione, senza fornire motivazione sul punto.

<sup>18</sup> Cass., Sez. 6, n. 6864 del 09/02/2016, Rv. 266542 e Sez. 5, n. 7404 del 20/09/2016, Rv. 269445.

<sup>19</sup> Il quadro normativo di riferimento, al momento della citata decisione, era, infatti, precedente alla legge 23 giugno 2017, n. 103 che, con l'art. 1, comma 32, lett. c), ha abrogato l'art. 409, comma 6, c.p.p., a decorrere dal 3 agosto 2017.

<sup>20</sup> Cass., Sez. 5, n. 7404 del 20/09/2016, Rv. 269445.

favore la sanzione è posta, debba poter farla valere. Non essendo stata introdotta una specifica disposizione, che riconoscesse alla persona offesa la legittimazione alle impugnazioni cautelari, deve ritenersi, allora, esperibile il rimedio residuale del ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., sempre ammesso contro i provvedimenti sulla libertà personale.

Il contrario orientamento era stato espresso dalla Sezione quinta, con la sentenza n. 54319 del 17/05/2017 (Rv. 272005), la quale costituisce il precedente specifico della soluzione che verrà poi accolta dalle Sezioni Unite. Tale decisione muove dal principio della tassatività delle impugnazioni (anche cautelari) e rileva che né la disposizione sull'appello (310 c.p.p.) né quella sul ricorso per cassazione (311 c.p.p.) annoverano la persona offesa tra i soggetti legittimati all'impugnazione<sup>21</sup>. La Suprema Corte ha, poi, escluso che il diritto al ricorso per cassazione possa trovare riscontro nella previsione costituzionale dell'art. 111, comma 7, Cost., trasfusa nel codice di rito all'art. 568, comma 2, c.p.p. Trattandosi di norma di stretta interpretazione, la stessa deve essere letta solo a vantaggio di colui che è ristretto nella sua libertà e del suo difensore. La decisione individua l'unico rimedio esperibile in capo alla vittima, nell'art. 572 c.p.p., ovvero nella possibilità, per la persona offesa, di richiedere al pubblico ministero l'impugnazione del provvedimento adottato, in violazione dei suoi diritti di partecipazione.

#### **4. Il primo presupposto della decisione: la violazione del termine dilatorio per il contraddittorio cartolare non è ipotesi di invalidità.**

Esaurita la ricostruzione dei precedenti giurisprudenziali, le Sezioni Unite si soffermano sulla rilevanza che la legge attribuisce alla violazione dell'onere informativo della persona offesa, nel subprocedimento ex art. 299 comma 3 e 4-*bis* c.p.p. Qui vi è un primo snodo fondamentale della decisione. Il giudice di legittimità evidenzia come, la disposizione citata ricollegghi la sanzione della inammissibilità solo al caso dell'istanza di modifica o revoca che non sia stata, a cura del richiedente, contestualmente notificata presso il difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa che abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio; nulla, invece, disponendo nell'ipotesi di inosservanza del termine dilatorio per la presentazione di memorie. Nota il Supremo Collegio che, quella della inammissibilità, è sanzione processuale degli atti di domanda di particolare rigore, impedendo l'esame nel merito della domanda che sia sprovvista di requisito richiesto dalla legge a pena, appunto, di inammissibilità<sup>22</sup>. Il codice di rito, pur non regolando, in termini generali, gli effetti

---

<sup>21</sup> L'impossibilità per la persona offesa di impugnare il provvedimento, in base al principio di tassatività (anche soggettiva) delle impugnazioni, era stata paventata dalla Cassazione già con le prime relazioni dell'Ufficio del Massimario, pubblicate subito dopo l'emissione del D.L. n. 93/2013 e della legge di conversione n. 119/2013: cfr. Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario, relazione n. III/01/2013 del 22 agosto 2013; Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario, relazione n. III/03/2013 del 16 ottobre 2013.

<sup>22</sup> TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2018, 199-200. Sul punto si v. anche Cass., Sez. 2, n. 29045 del 20/06/2014, Rv. 259984, secondo cui l'inammissibilità è una patologia che riguarda, esclusivamente, gli atti di una parte processuale – nel caso di specie dell'imputato – che deve potere essere rilevata d'ufficio fino al formarsi del giudicato, senza che possano verificarsi forme, non previste dalla legge, di sanatoria.

della previsione della inammissibilità, lo fa con “valore paradigmatico” proprio per le impugnazioni, rappresentando che essa è rilevabile anche di ufficio e può essere dichiarata in ogni stato e grado del procedimento (art. 591 c.p.p.). Proprio sulla scorta di tale assunto, le Sezioni Unite evidenziano la formazione di un orientamento stabile per il quale, l’inammissibilità dell’istanza di revoca o sostituzione della misura cautelare personale, applicata nei procedimenti ex art. 299, comma 3, c.p.p., quale conseguenza della mancata notifica della richiesta medesima alla persona offesa a cura della parte richiedente, è rilevabile d’ufficio, anche al di fuori dell’oggetto del gravame e non può essere sanata fino al formarsi del giudicato<sup>23</sup>.

Come si anticipava, l’art. 299, comma 3, c.p.p. non dispone, invece, espressamente per il caso – di diretto interesse per la questione sottoposta alle Sezioni Unite – di richiesta regolarmente notificata, a cui, però, non segua il rispetto del termine dilatorio di due giorni per l’eventuale proposizione di memoria ex art. 121 c.p.p. A giudizio della Suprema Corte, di fronte al silenzio della legge, deve ritenersi che l’inosservanza del termine dilatorio resti priva di conseguenze, traducendosi in una mera irregolarità processuale (art. 124 c.p.p.); non intacca, pertanto, la validità del provvedimento adottato, in violazione della disposizione a tutela del diritto partecipativo della persona offesa.

Ponendosi, esse stesse, nella posizione di eventuale contraddittore, le Sezioni Unite avanzano, invero, argomentazioni suggestive di una soluzione diversa. Sulla scorta del rilievo che, in ambedue le circostanze, l’interesse della persona offesa che viene pretermesso – quello alla prospettazione di elementi utili alla decisione – appare il medesimo, non vi sarebbe ragione che l’omissione della notifica sia sanzionata così radicalmente, mentre la violazione del diritto di presentare memorie non produca conseguenze di sorta. In particolare, la Corte propone l’argomento che, l’inosservanza del termine dilatorio, possa almeno precludere il consolidamento degli effetti del provvedimento di modifica o revoca della misura, dal momento che la fattispecie procedimentale, iniziata con la richiesta di revoca o di sostituzione, non potrebbe dirsi regolarmente completata per l’assenza di un presupposto costitutivo, ossia l’intero decorso del termine. La decisione sarebbe, quindi, segnata da “*un difetto di potere in concreto*”, rilevabile anche al di fuori di un meccanismo di impugnazione; analogamente a quanto previsto per i casi di sopravvenuta inefficacia del provvedimento cautelare (art. 306 c.p.p. per i casi, tra gli altri: di mancato espletamento nel termine di legge dell’interrogatorio di garanzia, come prescritto dall’art. 302 c.p.p.; di mancato intervento della pronuncia giudiziale di merito entro il termine massimo di fase o complessivo di custodia cautelare, secondo le previsioni dell’art. 303 c.p.p.). In questa direzione, le Sezioni Unite ricordano anche lo stabile orientamento giurisprudenziale

<sup>23</sup> V. la già citata Cass., Sez. 2, n. 29045 del 20/06/2014, Rv. 259984, successivamente confermata da Sez. 6, n. 8691 del 14/11/2017, Rv. 272215; Sezione 2, n. 33576 del 14/07/2016, Rv. 267500; Sez. 6, n. 6717 del 05/02/2015, Rv. 262272. Speciale menzione merita Sez. 5, n. 43103 del 12/06/2017, Rv. 271009, nella quale si assiste ad uno slittamento dalla figura della inammissibilità a quella della nullità. Secondo la pronuncia, se l’omessa notifica alla persona offesa della richiesta di revoca o sostituzione comporta l’inammissibilità della domanda di parte, l’eventuale ordinanza di revoca o sostituzione, che sia stata emessa dal giudice senza dichiarare la predetta inammissibilità, determina la nullità del provvedimento giudiziale, ai sensi dell’art. 178, comma 1, lett. c) c.p.p.; rilevabile, anch’esso, in ogni stato e grado del giudizio cautelare.

per il quale, se il giudice decide sulle richieste di revoca o di modifica delle misure cautelari senza aver dato modo al pubblico ministero di intervenire con il suo parere (ai sensi dell'art. 299, comma 3-*bis*, c.p.p.), la decisione, per consolidata giurisprudenza, è affetta, ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. b), c.p.p., da nullità generale a regime intermedio<sup>24</sup>.

Tali ricostruzioni non superano, tuttavia, a giudizio delle Sezioni Unite, la prova di resistenza. Da un lato, infatti, non si rinvengono previsioni di sanzioni processuali, per la decisione assunta, senza il rispetto del termine dilatorio a beneficio della persona offesa. Non può richiamarsi, infatti, la previsione di cui all'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p. di nullità d'ordine generale per l'omessa citazione in giudizio della persona offesa che è fattispecie del tutto diversa, a cui non può essere assimilata una forma di intervento cartolare di tipo meramente informativo<sup>25</sup>. Parimenti, il diritto della persona offesa di presentare memorie entro due giorni dalla notifica dell'istanza, può intendersi solo come precedente cronologico del provvedimento del giudice, ma non anche come presupposto che ne condiziona l'esercizio del potere di sostituzione e revoca; una simile soluzione, se non oggetto di previsione espressa, dovrebbe essere, quanto meno, desumibile da univoche indicazioni normative; che, però, non si rinvengono.

Di qui un primo approdo della decisione, non abbastanza considerato, ma foriero di effetti ancora più radicali rispetto al riconoscimento o meno del diritto all'impugnazione. Quand'anche la persona offesa fosse riconosciuta legittimata a ricorrere, l'impossibilità - *rebus sic stantibus* - di sussumere, nell'ambito di una ipotesi di invalidità, il provvedimento assunto in violazione del termine dilatorio in parola, limiterebbe, *ab origine*, la fattibilità di un eventuale ricorso per cassazione. Non possono farsi valere violazioni di legge processuale, quale è il mancato rispetto del termine dilatorio a beneficio della persona offesa, che non siano, al contempo, assistite da una comminatoria di invalidità (cfr. art. 606, comma 1, lett. c), c.p.p.).

## 5. Il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione e la carenza della qualità di “parte” nel subprocedimento cautelare come ostacoli all'impugnazione.

Chiarito questo primo fondamentale aspetto - che pure non è stato oggetto di diretta massimizzazione da parte della pronuncia - le Sezioni Unite passano ad affrontare il cuore della questione controversa. La Corte aderisce all'indirizzo interpretativo minoritario che esclude, in capo alla persona offesa, il potere di impugnare il provvedimento con cui il giudice decide su una richiesta di revoca o di sostituzione

---

<sup>24</sup> Cass., Sez. 4, n. 28192 del 23/06/2021, Rv. 282342; Sez. 1, n. 13408 del 08/01/2021, Rv. 281056; Sez. 2, n. 11765 del 02/03/2011, Rv. 249687; Sez. 6, n. 30422 del 22/06/2010, Rv. 248035; Sez. 1, n. 45313 del 11/11/2008, Rv. 242339; Sez. 2, n. 19549 del 18/05/2006, Rv. 234209; Sez. 2, n. 39495 del 27/09/2005, Rv. 232673.

<sup>25</sup> Come sopra ricordato, Cass., Sez. 5, n. 43103 del 12/06/2017, Rv. 271009 ha, invece, ritenuto di scorgere, nella diversa fattispecie del provvedimento di revoca o modifica emesso in violazione dell'onere di notifica dell'istanza alla persona offesa, proprio una ipotesi di nullità generale a regime intermedio ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p.

di una misura cautelare; ciò tanto nel caso di omessa notifica della richiesta quanto in quello di inosservanza del termine dilatorio di due giorni, accordato per presentare memorie. L'argomentazione del Collegio si basa su un duplice ordine di ragioni.

Innanzitutto viene in rilievo il principio di tassatività delle impugnazioni, consacrato dall'art. 568 c.p.p., da intendersi non esclusivamente in senso oggettivo. Oltre a dover essere solo la legge a determinare i provvedimenti soggetti ad impugnazione e i mezzi con cui possono essere impugnati (art. 568, comma 1), in termini soggettivi, la tassatività implica che *“il diritto di impugnazione spetta soltanto a colui al quale la legge espressamente lo conferisce”* e *“se la legge non distingue tra le diverse parti, tale diritto spetta a ciascuna di esse”* (art. 568, comma 3, c.p.p.)<sup>26</sup>. In sostanza, la legge può attribuire il diritto di impugnazione a soggetti, che non sono parti del processo, solo con statuizione espressa; senza possibilità di ricorrere a interpretazioni estensive o, addirittura, analogiche. Il diritto di impugnazione spetta, invece, in termini generali a tutte le parti, se la legge non distingue tra di esse.

Alla luce di tale cornice, la Corte esclude la persona offesa tra i soggetti legittimati all'impugnazione dei provvedimenti adottati sulle richieste di revoca o di sostituzione delle misure cautelari. Quand'anche le si riconoscesse la qualità di parte, la persona offesa non ne avrebbe titolarità, atteso che le disposizioni codicistiche, di diretto interesse, indicano espressamente gli aventi diritto all'impugnazione, non ricomprendendo mai la persona offesa. Essa, infatti, non può avvalersi dell'appello ex art. 310 c.p.p. – che pure è il mezzo di impugnazione proprio dei provvedimenti attinenti le richieste di modifica e revoca delle misure<sup>27</sup> – spettando, tale gravame, per espressa previsione, solo al pubblico ministero, all'imputato e al suo difensore. Del pari, il successivo art. 311, co. 1, c.p.p. prevede la possibilità, sempre per gli stessi soggetti (P.M., imputato e difensore), di proporre ricorso per cassazione contro le ordinanze emesse in sede di appello; mentre il ricorso diretto per cassazione ex art. 311, co. 2, c.p.p. è previsto, unicamente, contro le ordinanze di prima applicazione delle misure coercitive, in favore dell'imputato e del suo difensore (non anche del P.M.)<sup>28</sup>, in alternativa allo strumento del riesame (art. 309 c.p.p.), e solo per *“violazione di legge”*<sup>29</sup>. Da ultimo, le Sezioni Unite escludono la legittimazione della persona offesa ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost. (e quindi dell'art. 568, co. 2, c.p.p.), come invece sostenuto dalla Sezione quinta,

---

<sup>26</sup> Sulla valenza non solo oggettiva ma anche soggettiva del principio di tassatività delle impugnazioni cfr. già Cass., Sez. 1, n. 6584 del 28/02/2000, Rv. 215377.

<sup>27</sup> *Ex multis* v. Cass., Sez. 1, n. 9657 del 27/02/2017, Rv. 269418.

<sup>28</sup> Sul punto già Cass., Sez. 2, n. 11420 del 11/03/2003, Rv. 223922.

<sup>29</sup> L'effettiva ampiezza di tale locuzione è disputata (cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 488). Secondo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, la violazione di legge comprenderebbe, senz'altro, i motivi di ricorso di cui alle lett. a, b e c) dell'art. 606, comma 1, c.p.p.; per quanto concerne, invece, il vizio di motivazione, nell'ambito di tale locuzione, rientrerebbe solo quella priva dei requisiti minimi di esistenza e di completezza; tale tipo di ricorso è alternativo al riesame ove possono essere più opportunamente proposte censure riguardanti lo sviluppo logico giuridico delle argomentazioni del provvedimento impugnato ovvero le prospettazioni del ricorrente, in ordine agli elementi probatori acquisiti (*ex multis* Cass., Sez. 6, n. 4499 del 3/12/2008, 6). Rientrerebbe, peraltro, nel concetto di violazione di legge processuale, con conseguente possibilità di ricorso *per saltum*, anche la violazione della prescrizione della necessaria autonoma valutazione, da parte del giudice, delle esigenze cautelari e dei gravi indizi di colpevolezza (v. Cass., Sez. 6, n. 53940 del 19/09/2018, Rv. 274584-01; Cass., Sez. 6, n. 26050 del 14/04/2016, Rv. 266970).

con sentenza n. 7404 del 20/09/2016. La previsione costituzionale, pur assicurando la garanzia oggettiva del controllo di legittimità su ogni provvedimento in materia di libertà personale, non opera in favore di qualsivoglia soggetto e non può, dunque, essere utilizzata per ampliarne, in difformità alle previsioni di legge, la platea.

In secondo luogo, a prescindere dal principio di tassatività, anche soggettiva, dei mezzi di gravame, le Sezioni Unite ritengono che, a legislazione vigente, la persona offesa, pur titolare di poteri maggiori dell'ordinario, specie nei procedimenti per reati commessi con violenza alla persona, non acquista, comunque, la qualità di parte del procedimento. Non è possibile ricavare tale qualifica solo alla luce dell'intento di rafforzamento della sua tutela, apportato con la novella del 2013.

In particolare, la Corte esclude, anzitutto, che la persona offesa possa ritenersi "parte" nell'ambito del procedimento cautelare, in considerazione del suo spazio di intervento solo "episodico"<sup>30</sup>. La stessa non è presente, infatti, nel momento applicativo delle misure, neanche con poteri meramente sollecitatori dell'iniziativa del pubblico ministero, che invece la qualificano in altri momenti (ad es. in materia di incidente probatorio). La persona offesa non ha interlocuzione ove i provvedimenti di revoca o di sostituzione siano adottati d'ufficio dal giudice all'esito dell'interrogatorio di garanzia, in sede di decisione sulla richiesta di proroga del termine per le indagini preliminari o di assunzione dell'incidente probatorio ovvero, ancora, quando il giudice procede all'udienza preliminare<sup>31</sup> o al giudizio (art. 299, comma 3, ultimo periodo, c.p.p.). Non è interpellata neppure in altre situazioni che conducono alla perdita di efficacia delle misure, che può essere imputata a varie cause (es. per il mancato rispetto del termine di legge per l'espletamento dell'interrogatorio di garanzia o per la decisione sulla richiesta di riesame al decorso dei termini massimi di legge). Non interviene, infine, nelle vicende connesse all'impugnazione del titolo cautelare<sup>32</sup>.

La persona offesa non può dirsi parte, secondo le Sezioni Unite, neanche nel processo principale, dal momento che le disposizioni codicistiche – come modificate dal d.lgs. n. 212 del 2015, che ha attuato la Direttiva 2012/29/UE – le conferiscono, in via generale, solamente diritti informativi, di presentazione di memorie e di indicazioni di elementi di prova; con l'esclusione del giudizio di cassazione (cfr. artt. 90, 90-bis, 90-ter c.p.p.). Sono individuate come deroghe, a questa generale configurazione, l'espressa attribuzione, in determinati momenti procedurali, di diritti e facoltà ag-

<sup>30</sup> Le Sezioni Unite non biasimano la cautela del legislatore in tal senso, evidenziando, come già aveva fatto in precedenza la Cassazione con la Sezione 5, n. 54319 del 17/05/2017, cit., che tale scelta può trovare giustificazione nella dubbia accettabilità di situazioni in cui le limitazioni alla libertà personale, anche se nei confronti di soggetti già raggiunti da restrizioni cautelari, possano essere conseguenza di iniziative non riconducibili alla parte pubblica.

<sup>31</sup> Cassazione, Sez. 2, n. 12325 del 23/03/2016, Rv. 266435.

<sup>32</sup> L'obbligo di notifica alla persona offesa dell'istanza sulla libertà proposta dall'imputato, previsto dall'art. 299 c.p.p., non si estende ad esempio all'appello che egli abbia proposto, ex art. 310 c.p.p., avverso il rigetto della richiesta di revoca o sostituzione della misura cautelare, trattandosi di onere non previsto da alcuna norma di legge (Cass., Sez. 2, n. 33627 del 11/06/2021, Rv. 281865; Cass., Sez. 5, n. 33909 del 20/06/2018, Rv. 273896). Allo stesso modo, la giurisprudenza ha escluso che l'obbligo di previa notifica sussista per la proposizione dell'istanza di riesame (art. 309 c.p.p.), in quanto tale atto non rientra tra quelli espressamente considerati dall'art. 299 c.p.p., che è norma di stretta interpretazione non suscettibile di estensione analogica, oltre ai casi di inammissibilità ivi espressamente stabiliti (cfr. Cass., Sez. 3, n. 669 del 28/10/2020, Rv. 280192-01).

giuntivi<sup>33</sup>. Alla luce di tali coordinate, la posizione della persona offesa può essere meglio ricostruita in termini di “*soggetto processuale la cui partecipazione non condiziona la progressione processuale*”<sup>34</sup>.

Tale affermazione non è scalfita, secondo la Corte, nemmeno dalla presenza di disposizioni che, eccezionalmente, sembrano riconoscere alla persona offesa un potere di impugnazione: così, con riguardo al potere di reclamo dinnanzi al tribunale in composizione monocratica, nei casi di nullità del decreto e dell'ordinanza di archiviazione (art. 410-*bis* c.p.p.); ovvero nei confronti della sentenza di non luogo a procedere, che può essere appellata dalla persona offesa per far valere la nullità derivante dalla omessa notificazione dell'avviso dell'udienza preliminare (art. 428, comma 2, e art. 419, comma 7, c.p.p.)<sup>35</sup>. Trattasi, infatti, di disposizioni eccezionali, non suscettibili di applicazione analogica. La legge ha inteso definire, in generale, per la persona offesa, un ruolo che si segnala per diritti di informazione e di intervento meramente sollecitatorio per mezzo di memorie: ogni attribuzione aggiuntiva deriva da riconoscimenti espressi, come tali, non estensibili a situazioni ritenute simili o analoghe. In definitiva, la persona offesa diventa parte solo con la costituzione di parte civile perché, facendo valere l'interesse risarcitorio/restitutorio – che pure non è elemento indefettibile della sua natura di titolare dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice – assume poteri di incidenza sulla progressione processuale: può esercitare il diritto alla prova e, poi, quello di impugnazione delle statuizioni che riguardano la sua azione e, quindi, il tema della responsabilità civile.

Le Sezioni Unite evidenziano che, l'esclusione del potere di impugnazione, non pone il sistema in frizione né con la normativa sovranazionale né con la Costituzione. Da un lato, infatti, la Direttiva 2012/29/UE si limita ad osservare che “*le vittime dovrebbero essere informate in merito all'eventuale diritto di presentare ricorso avverso una decisione di scarcerazione dell'autore del reato, se tale diritto esiste nell'ordinamento nazionale*” (Considerando 33); non imponendo, così, il potere di gravame come requisito minimo di garanzia delle ragioni della vittima. Allo stesso modo, la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, meglio conosciuta come Convenzione di Istanbul, ratificata dall'Italia il 27 settembre 2012, si limita a prevedere che i pareri delle persone offese “*siano esaminati e presi in considerazione*” nel procedimento penale; senza che ciò debba, di necessità, tradursi nella previsione del potere di impugnazione, essendo possibili altre forme di concretizzazione. Parimenti, il Collegio non dubita della compatibilità costituzionale della soluzione accolta, da ritenersi insindacabile scelta di discrezionalità legislativa: le forme di tutela della posizione della

---

<sup>33</sup> La sentenza in commento si dilunga sugli ulteriori poteri di intervento previsti in favore della persona offesa: dal diritto di assistere ad alcune operazioni probatorie, in materia di perizia (art. 224-*bis* cod. proc. pen.), accertamento tecnico irripetibile (art. 360 cod. proc. pen.) e, ancora di più, di incidente probatorio (artt. 394, 398, comma 3, 401, comma 1, 401, comma 3, 401, comma 5, c.p.p.). Ancora più intensi sono i poteri esaminati nell'ambito del procedimento di archiviazione (art. 408, commi 2, 3 e 3-*bis*, 409, comma 2, 410 e 411 c.p.p.).

<sup>34</sup> Cass., Sez. 2, n. 12325 del 03/02/2016, Rv. 266435, espressamente richiamata da Sezioni Unite, n. 17156 del 30/09/2021, cit.

<sup>35</sup> Cass., Sez. 6, n. 2723 del 22/01/2018, Rv. 271976.



vittima vanno contemperate con l'esigenza di riservare, alla parte pubblica, l'iniziativa delle decisioni restrittive della libertà personale<sup>36</sup>.

## 6. La tutela residuale della vittima: la richiesta di impugnazione al Pubblico Ministero.

Le Sezioni Unite concludono il loro percorso argomentativo rilevando che, ad ogni modo, l'esclusione del potere diretto di impugnazione non rende la vittima sprovvista di tutela. Come già sostenuto<sup>37</sup>, lo strumento processuale dell'art. 572 c.p.p. viene indicato come sufficiente a garantire alla persona offesa che le sue deduzioni, in ordine alla restrizione cautelare dell'indagato, siano prese in considerazione nella previsione. A norma del predetto articolo, la persona offesa, anche non costituita parte civile, può proporre al pubblico ministero richiesta motivata di impugnazione ad ogni effetto penale. Per cui, se il giudice decide violando il diritto della persona offesa ad essere informata e ad intervenire nel subprocedimento, il pubblico ministero, a tal fine sollecitato, può impugnare, con gli ordinari mezzi previsti dalla legge<sup>38</sup>, l'ordinanza. La Pubblica accusa, in tale sede, può far valere, ora, l'inammissibilità della richiesta, se non previamente notificata alla persona offesa (vizio rilevabile, come si è detto, anche d'ufficio e in deroga al principio devolutivo); ora, eventuali carenze del merito decisorio, rilevabili alla luce delle prospettazioni della memoria pretermessa. Laddove il PM ritenga di non raccogliere la sollecitazione, è tenuto a illustrarne le ragioni con decreto motivato, da notificarsi al richiedente, come previsto dallo stesso art. 572, comma 2, c.p.p. Viene, in tal modo, soddisfatta l'esigenza, di cui anche le fonti sovranazionali dicono, che sia data contezza dell'effettivo esame del contributo della persona offesa.

Di qui l'affermazione del principio di diritto sopraindicato, sulla scorta del quale il ricorso è stato dichiarato inammissibile, ma senza condanna della ricorrente al pagamento di una somma in favore della Cassa delle ammende, data la particolare complessità della questione in esame, foriera di contrasto giurisprudenziale.

La decisione delle Sezioni Unite in commento, a parere di chi scrive, sembra realizzare, in astratto, un equo contemperamento, a legislazione vigente, fra le esigenze di tutela della persona offesa e la preservazione del controllo pubblico sulle richieste restrittive della libertà personale. È apprezzabile, in particolare, che la Corte – basandosi sui dati normativi che sono al momento rinvenibili nell'ordinamento – non abbia ritenuto di sposare una linea interpretativa che, per quanto forse foriera di maggiori consensi pubblici, potesse, in concreto, minare la coerenza di un sistema delicatissimo, quale è quello delle impugnazioni cautelari personali.

Resta beninteso da verificare se, nella sua pratica applicazione, lo strumento dell'art. 572 c.p.p.<sup>39</sup>, individuato dalla Corte come presidio a garanzia dei diritti par-

<sup>36</sup> Sulla rilevanza costituzionale del diritto di difesa della persona offesa nel processo penale si veda già Corte costituzionale, n. 132 del 16/12/1968, in *cortecostituzionale.it*.

<sup>37</sup> Cass., Sez. 5, n. 54319 del 17/05/2017, Rv. 272005.

<sup>38</sup> Alla luce dell'orientamento pacifico della giurisprudenza di legittimità, il pubblico ministero dovrà esperire *in primis* l'appello ex art. 310 c.p.p. e, solo successivamente, il ricorso per cassazione ex art. 311, comma 1, c.p.p. (cfr. Cass., Sez. 2, n. 45402 del 5/12/2008, Rv. 242221).

<sup>39</sup> La bibliografia sull'istituto, a distanza di oltre 30 anni dall'introduzione del nuovo Codice di rito, non è particolarmente ricca, a conferma del suo ruolo ancillare nell'ambito del sistema delle

tecipativi della persona offesa, possa, in concreto, rilevarsi adeguato allo scopo. Del resto, diverse criticità di tale strumento erano già state evidenziate dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite. In particolare, la Sesta Sezione aveva sottolineato che «il mancato riconoscimento alla persona offesa della legittimazione a impugnare l'ordinanza di revoca o sostituzione della misura coercitiva emessa dal giudice in violazione del diritto al contraddittorio, riconosciuto alla stessa persona offesa dall'art. 299 c.p.p., comma 3, non troverebbe - in un caso, come quello in esame, in cui la richiesta di sostituzione sia stata formulata dal P.M. - adeguata soddisfazione (o effettivo contemperamento) nel meccanismo previsto dall'art. 572 c.p.p. In primo luogo, infatti, la tutela dei diritti della persona offesa sarebbe affidata all'iniziativa del soggetto che aveva richiesto l'adozione dell'atto in ipotesi lesivo di quei medesimi diritti. Senza considerare, poi, che il ricorso proposto in siffatta ipotesi dal pubblico ministero, su sollecitazione della persona offesa, sarebbe probabilmente destinato ad essere considerato non sorretto da concreto interesse, potendosi fondatamente dubitare che tale sia quello, meramente ipotetico e teorico se veicolato dalla parte pubblica che ha visto accolta la sua istanza cautelare, al rispetto della sequenza procedimentale prevista dalla legge»<sup>40</sup>.

Le due notazioni avanzate dalla Sezione semplice non sono banali.

In particolare la prima. Che la tutela dei diritti della persona offesa sarebbe affidata all'iniziativa del soggetto che aveva richiesto l'adozione dell'atto in ipotesi lesivo, pare, addirittura, aggravata dal fatto che, l'eventuale diniego del pubblico ministero ad esercitare l'impugnazione - per quanto necessitante di motivazione e da notificarsi alla vittima, in base al disposto dell'art. 572, comma 2, c.p.p. - non sarebbe poi, in concreto, giustiziabile. Secondo la (scarna) giurisprudenza sul punto<sup>41</sup>, non potrebbe proporsi, da parte dei soggetti indicati nell'art. 572, comma 1, c.p.p. (richiesta della parte civile o della persona offesa), ricorso per cassazione avverso il decreto motivato emesso dal pubblico ministero di non proposizione di impugnazione, ai sensi del secondo comma del citato art. 572 c.p.p.; ciò, sia in virtù del generale principio di tassatività dei mezzi di gravame, sia in quanto il provvedimento menzionato non avrebbe natura giurisdizionale ma meramente amministrativa.

La seconda criticità mossa dall'ordinanza di rimessione - l'eventuale carenza di interesse del pubblico ministero al gravame - non pare, invece, altrettanto solida. Se è vero, infatti, che ogni impugnazione deve essere sempre sorretta dall'interesse di chi la esercita (art. 568, comma 4, c.p.p.), è anche vero che il legislatore, nel delineare l'istituto di cui all'art. 572 c.p.p., ha specificato che, l'impugnazione effettuata dal PM su richiesta della persona offesa, è limitata agli interessi penali<sup>42</sup>. Sono proprio tali "in-

impugnazioni penali. Si vedano ad ogni modo: CHILIBERTI, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano, 1993; RAMAJOLI, *Le impugnazioni penali: appello, cassazione, revisione*, Milano, 1994; SALIDU, sub art. 572, in *Comm. Chiavario*, VI, Torino, 1991, 48; SPANGHER, *Impugnazioni penali*, in *Digesto penale*, VI, Torino, 1992, 217; *Id.*, *Impugnazioni. Diritto processuale penale: profili generali*, in *EG*, XVI, Roma, 2002; VALENTINI, *Le impugnazioni delle parti eventuali, I profili generali della facoltà di impugnare*, in *GAITO, Le impugnazioni penali*, I, Torino, 1998, 217.

<sup>40</sup> Cass., Sez. 6, Ordinanza n. 5551 del 09/11/2021,

<sup>41</sup> Cass., Sez. 2, n. 21224 del 7/05/2003, Rv. 225082.

<sup>42</sup> La giurisprudenza esclude che lo strumento ex art. 572 c.p.p. possa essere adoperato per effettuare un'impugnazione limitata agli interessi civili: «il pubblico ministero penale, siccome

teressi” a legittimare l’organo inquirente può ritenersi sempre sussistente; a maggior ragione nel subprocedimento cautelare.

Ad ogni modo, ritiene chi scrive che, la soluzione individuata dalle Sezioni Unite, se sostenuta dalla buona volontà e dall’attenzione della pubblica accusa, sembrerebbe addirittura più bilanciata rispetto all’indiscriminato riconoscimento del potere di impugnazione in capo alla persona offesa. La lettura fornita, infatti, appare in grado di consentire un più armonico contemperamento degli opposti interessi tra vittima e indagato, grazie al filtro preliminare rappresentato dalla valutazione di un organo pubblico, quale è il pubblico ministero, in ordine alla opportunità di esperire un gravame potenzialmente incisivo sulla libertà personale di un individuo; evitando, altresì, un nuovo probabile aumento del contenzioso cautelare. Rispetto alla comprensibile obiezione che la mole di lavoro, già oggi, a carico degli uffici di Procura non renderebbe praticabile tale auspicio, potrebbe soccorrere l’orientamento del giudice di legittimità che sancisce la sicura ammissibilità del gravame del pubblico ministero, anche in caso di semplice trascrizione delle censure proposte nella richiesta di impugnazione, ai sensi dell’art. 572 c.p.p.; con l’irrilevanza, ai fini del requisito di specificità dei motivi, della fonte dello scritto<sup>43</sup>.

Tale facilitazione, soprattutto d’ordine materiale, potrebbe consentire di superare la maggior parte delle difficoltà organizzative che generano perplessità rispetto alla soluzione adottata dalle Sezioni Unite, dovendo l’organo inquirente solamente valutare l’opportunità o meno dell’impugnazione. Si eviterebbe così il pericolo, segnalato nell’ordinanza di rimessione, di attribuire al meccanismo del contraddittorio cartolare di cui all’art. 299, comma 3, c.p.p., “una valenza meramente canzonatoria”, rendendo “viepiù evidente, la natura meramente formale, e di fatto illusoria, di garanzie procedurali”<sup>44</sup>.

Resta, da ultimo, sempre auspicabile un – ragionato – intervento del legislatore, in grado di realizzare un più equilibrato e coerente bilanciamento di interessi, senza incorrere in indebite forzature del principio di tassatività dei mezzi d’impugnazione<sup>45</sup>.

*estraneo al rapporto processuale civile, instauratosi incidentalmente nel processo penale tra il soggetto danneggiato dal reato e l'imputato, e indifferente, quindi, ai profili di soccombenza propri dell'azione civile risarcitoria, non è legittimato a impugnare un provvedimento all'esclusivo fine di tutelare gli interessi civili della parte privata, così surrogandosi all'inerzia di quest'ultima, la quale, rimanendo acquiescente alla decisione a sé pregiudizievole, ha invece consentito il formarsi del giudicato sul punto*. Ciò, del resto, è confermato anche dal dato normativo contenuto nell’articolo 572 del c.p.p., che prevede la facoltà della parte civile o della persona offesa di chiedere, con istanza motivata al pubblico ministero, di proporre impugnazione “a ogni effetto penale”, ma non anche “per i soli interessi civili” (in questi termini Cassazione, Sezione 2, n. 40358 del 27/06/2003, in *Guida al Diritto*, 2004, 1, 87).

<sup>43</sup> Cfr. Cass., Sez. 3, n. 15205 del 15/11/2019, Rv. 278915-01; Cass., Sez. 5, n. 41782 del 26/05/2016, Rv. 267864. Al contrario, il requisito della specificità dei motivi non è stato ritenuto soddisfatto laddove il pubblico ministero si limiti a rinviare *per relationem* alle censure mosse nella richiesta di impugnazione, senza indicare le ragioni del dissenso sulla decisione impugnata (v. Cass., Sez. 4, n. 14014 del 4/03/2015, Rv. 263016).

<sup>44</sup> Cass., Sez. 6, ordinanza n. 5551 del 09/11/2021.

<sup>45</sup> GRASSIA, *Ricorso della persona offesa avverso la revoca o la sostituzione della misura cautelare coercitiva, nei reati commessi con violenza alla persona: la parola alle Sezioni Unite*, in *Sistema Penale*, 16 giugno 2022.



# LA NOZIONE DI CONVIVENZA IN RAPPORTO AL DELITTO DI ATTI PERSECUTORI

Francesco Martin

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. Sul delitto di atti persecutori. – 3. La Corte di cassazione sulla nozione di convivenza. – 4. Conclusioni.

## ABSTRACT

*Con riferimento al delitto di atti persecutori, ed in particolare al provvedimento disposto di urgenza dalla Polizia Giudiziaria, previa autorizzazione del Pubblico ministero, del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa ai sensi dell'art. 384-bis c.p.p., la Corte di cassazione ritiene che allorché la convivenza, intesa come coabitazione già esistita, non sia più in atto, ma sussistano degli elementi in concreto che depongono per una perdurante frequentazione del soggetto di quel domicilio domestico anche in maniera occasionale o che consistono nel violento ripristino da parte dell'agente della situazione di condivisione del domicilio, appare corretto ravvisare il presupposto che legittima l'allontanamento da una casa che l'indagato continua a frequentare, anche contro la volontà della donna con cui ha intrattenuto la relazione.*

*With reference to the crime of persecution, and in particular to the emergency measure ordered by the Judicial Police, with the prior authorization of the Public Prosecutor, of the prohibition of approaching places frequented by the offended person pursuant to art. 384-bis c.p.p., the Court of Cassation considers that when cohabitation, understood as cohabitation that already existed, is no longer in place, but there are concrete elements that testify to a continuing attendance of the subject in that domestic domicile, even occasionally or which consist in the violent restoration by the agent of the situation of sharing the domicile, it seems correct to recognize the assumption that legitimizes the removal from a house that the suspect continues to frequent, even against the will of the woman with whom he had a relationship .*

## 1. Premessa.

Il fenomeno, prima ancora che il reato, di atti persecutori – c.d. stalking – ha ormai raggiunto, anche alla luce dei numerosi interventi legislativi, livelli di attenzione elevati sia da parte della giustizia sia da parte della stampa.

Nel cercare di porre in essere delle adeguate tutele nei confronti delle vittime, il legislatore ha previsto un meccanismo operante in ambito penale e uno in chiave am-

ministrativa, attraverso il c.d. procedimento di ammonizione a riprova del fatto che la condotta di stalking non risulta più essere qualcosa di isolato e sporadico, ma una e vera e propria problematica anche di natura sociale.

## 2. Sul delitto di atti persecutori.

Tale reato è stato introdotto nel nostro ordinamento con il D.L. 23 febbraio 2009, n. 11 e convertito con modificazioni nella L. 23 aprile 2009, n. 38.

Per sua stessa struttura intrinseca il nostro codice penale, fin dagli albori nell'epoca fascista, ha sempre cercato di evitare di intromettersi nelle questioni attinenti alla vita familiare e di relazione. La pretesa punitiva dello Stato quindi si fermava e arretrava di fronte al fulcro familiare, in quanto il legislatore voleva evitare di andare a sanzionare penalmente delle condotte che attenevano strettamente alla vita familiare.

Un chiaro e lampante esempio si rinviene all'art. 649 c.p. il quale prevede che, qualora uno dei reati contenuti nel Libro II, Titolo XIII del codice penale sia commesso in danno del coniuge, l'autore del reato può non essere punito<sup>1</sup>.

Tuttavia nella sua evoluzione il diritto penale, su impulso anche del legislatore europeo, ha deciso di superare tale limite, considerando non la famiglia nella sua globalità, bensì il singolo individuo che necessita di adeguata tutela e protezione. Proprio in tale ottica s'inseriscono le numerose riforme volte a tutelare, all'interno del nucleo familiare, il soggetto più debole e bisognoso di una maggiore protezione.

Ci si riferisce ai fenomeni di c.d. violenza assistita o indiretta<sup>2</sup> comprensiva di quelle condotte che, pur non traducendosi in forme di violenza fisica direttamente rivolte, in particolare, a un soggetto vulnerabile, cagionino allo stesso sofferenze morali capaci di incidere in maniera negativa sulla sua integrità psico-fisica.

A fronte di fenomeni di questo tipo, la fattispecie chiamata a sorreggere il peso di una risposta penale indubbiamente non scontata è anzitutto quella dei maltrattamenti contro familiari o conviventi (art. 572 c.p.), che, del resto, ha visto progressivamente ampliare la propria sfera di operatività: si pensi alla rilevanza attribuita dalla giurisprudenza ai c.d. maltrattamenti omissivi e al concorso per omissione in condotte commissive maltrattanti o, ancora, alla sostanziale riscrittura legislativa del concetto di famiglia<sup>3</sup>.

Come detto, l'evoluzione normativa ha di fatto esteso le maglie della tutela penale anche ai soggetti c.d. deboli.

La L. 15 ottobre 2013, n.119 (di conversione del D.L. 14 agosto 2013, n. 93) ha introdotto all'art. 61, n. 11-*quinquies* c.p. una circostanza aggravante applicabile quando, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale nonché in relazione al delitto di cui all'articolo 572 c.p., il fatto fosse commesso in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato

---

<sup>1</sup> I commi 1 e 2 del medesimo articolo prevedono tuttavia dei casi in cui tale disposizione non opera e l'autore è perseguibile.

<sup>2</sup> FALCINELLI, *La "violenza assistita" nel linguaggio del diritto penale. Il delitto di maltrattamenti in famiglia aggravato dall'art. 61 n. 11-quinquies c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 2017, 173 ss.

<sup>3</sup> MASSARO - BAFFA - LAURITO, *Violenza assistita e maltrattamenti in famiglia le modifiche introdotte dal c.d. codice rosso*, in *Giur. Pen.*, n. 3, 2020, 5.

di gravidanza. La stessa legge abrogava l'allora secondo comma dell'art. 572 c.p., che prevedeva un aumento di pena per il fatto commesso in danno di persona minore degli anni quattordici.

Ai fini di pervenire a un coerente coordinamento sistematico tra l'art. 61, n. 11-*quinqüies* c.p. e la fattispecie di maltrattamenti in famiglia, la giurisprudenza era pervenuta a distinguere due ipotesi, con evidenti ripercussioni sul piano processuale.

Nel caso in cui le condotte vessatorie commesse nei confronti dell'altro genitore si traducevano in veri e propri maltrattamenti (in forma omissiva) del minore, la Corte di Cassazione, sviluppando un orientamento già emerso nella giurisprudenza di legittimità<sup>4</sup>, concludeva per la diretta applicabilità dell'art. 572 c.p.: in questo caso il minore sarebbe stato considerato persona offesa del reato<sup>5</sup>.

Al contrario, qualora il minore fosse stato presente agli atti di violenza, senza però che nei suoi confronti potesse considerarsi superata la soglia dei maltrattamenti, avrebbe trovato applicazione l'art. 61, n. 11-*quinqüies* c.p. e il minore non avrebbe potuto considerarsi soggetto passivo del reato<sup>6</sup>. Dalla L. 119/13 è inoltre ricavabile la definizione di violenza domestica, che comprenderebbe cioè: «*Tutti gli atti, non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o persone legate da relazione affettiva in corso o pregressa, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima*».

La violenza di genere è invece definita dalla direttiva 2012/29/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, come quella «*diretta contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere. La violenza di genere è considerata una forma di discriminazione e una violazione delle libertà fondamentali della vittima e comprende la violenza nelle relazioni strette, la violenza sessuale (compresi lo stupro, l'aggressione sessuale e le molestie sessuali), la tratta di esseri umani, la schiavitù e varie forme dannose, quali i matrimoni forzati, la mutilazione genitale femminile e i c.d. reati d'onore*»<sup>7</sup>.

Come è noto la L. 19 luglio 2019, n. 69 – *Tutela delle vittime di violenza domestica o di genere* – c.d. codice rosso, ha apportato delle consistenti modifiche al codice penale e al codice di procedura penale. La novella si compone di 21 articoli, che individuano un catalogo di reati attraverso i quali si esercita la violenza domestica e di genere e, in relazione a queste fattispecie, interviene sul codice di procedura penale

<sup>4</sup> Cass. pen., sez. VI, 10.12.14, n. 4332; Cass. pen., sez. VI, 23.02.18, n. 18833; Cass. pen., sez. V, 29.03.18, n. 32368.

<sup>5</sup> MARTIN, *Il rapporto tra il delitto di stalking e l'omicidio commesso in danno della vittima*, *Giur. Pen.*, n. 11, 2021; MARTIN, *Il delitto di stalking tra tutela penale e amministrativa*, in *Ius in itinere*, 10.01.2022.

<sup>6</sup> Intervenendo su questo assetto normativo, la legge n. 69 del 2019 (c.d. codice rosso) ha modificato tanto la formulazione dell'aggravante prevista all'art. 61, n. 11-*quinqüies* c.p. quanto quella dell'art. 572 c.p. Più nel dettaglio, dall'art. 61, n. 11-*quinqüies* c.p. è stato "espunto" il riferimento all'art. 572 c.p., facendo transitare l'aggravante direttamente nel testo dello stesso articolo.

<sup>7</sup> Russo, *Emergenza "Codice Rosso". A proposito della della l. legge 19 luglio 2019, n. 69 in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Sist. Pen.*, n. 1, 2020, 1-4.

al fine di velocizzare l'instaurazione del procedimento penale e, conseguentemente, accelerare l'eventuale adozione di provvedimenti di protezione delle vittime.

Il provvedimento, inoltre, incide sulla stessa disciplina sostanziale, prevedendo ora l'inasprimento della cornice edittale di taluni reati, ora la rimodulazione di alcune circostanze aggravanti, ora infine l'introduzione di alcune nuove fattispecie incriminatrici.

Si tratta di un elenco che è solo in parte coincidente con quello dei reati che generano la vulnerabilità presunta della vittima, indicati nell'elenco contenuto negli artt. 351, comma 1-*ter* e 392, comma 1-*bis*, c.p.p. (richiamato dall'art. 362, comma 1-*bis*, c.p.p.), cui è riservato uno statuto speciale di raccolta della testimonianza: il reato di diffusione di immagini sessuali, il reato di deformazione permanente del volto, e le lesioni aggravate non sono compresi nell'elenco dei reati cui è associata la vulnerabilità della vittima, sicché in relazione a tali fattispecie l'attivazione delle garanzie che il codice riserva ai dichiaranti in condizione di particolare vulnerabilità deve essere valutata caso per caso sulla base dei parametri previsti dall'art. 90-*quater* c.p.p.

L'obiettivo del testo di legge è quello di creare una corsia celere – di fatto preferenziale – riservata ai reati che segnalano non solo gravi crisi relazionali, ma che rivelano altresì un elevato pericolo di reiterazione delle devianze e un grave rischio per la persona: trattasi di situazioni in cui, in altri termini, eventuali ritardi nello svolgimento delle indagini rischierebbero di pregiudicare la tutela dell'integrità fisica o della vita dell'offeso.

La violenza domestica o di genere viene ricondotta dal disegno di legge alle seguenti fattispecie: maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.); violenza sessuale, aggravata e di gruppo (artt. 609-*bis*, 609-*ter* e 609-*octies* c.p.); atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.); corruzione di minorenne (art. 609-*quinquies* c.p.); atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.); diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 612-*ter* c.p.); lesioni personali aggravate e deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 582 e 583-*quinquies*, aggravate ai sensi dell'art. 576, comma 1, n. 2, 5 e 5.1 e ai sensi dell'art. 577, comma 1, n. 1 e comma 2).

Viene poi previsto che la Polizia giudiziaria, acquisita la notizia di reato, riferisca immediatamente al Pubblico Ministero, anche in forma orale; alla comunicazione orale seguirà senza ritardo quella scritta (art. 1). Viene inoltre stabilito che la P.G. debba procedere senza ritardo al compimento degli atti di indagine delegati dal Pubblico Ministero e che debba porre, sempre senza ritardo, a disposizione dello stesso la documentazione delle attività svolte (art. 3). Con particolare riferimento al delitto di stalking di cui all'art. 612-*bis* c.p., soggetto attivo può essere chiunque, anche non avente legami di alcun tipo con la vittima, trattandosi un reato comune: è tuttavia, prevista un'aggravante nel caso in cui l'autore del reato sia legato alla comunità familiare della persona offesa<sup>8</sup>.

Con riferimento al soggetto passivo, la norma tende a tutelare un ampio spettro di situazioni, comprendendo anche ipotesi in cui oggetto delle molestie dello stalker

---

<sup>8</sup> MARTIN, *Isolamento da covid-19 e codice rosso: prospettive e problematiche applicative durante la quarantena*, in *Cammino Diritto*, n. 5, 2020, 10.



siano i prossimi congiunti della vittima, oppure persone legate alla stessa da una relazione affettiva.

Si tratta di un reato abituale che richiede, ai fini della sua integrazione, la reiterazione delle condotte persecutorie idonee, alternativamente, a cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura oppure ad ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva, ovvero a costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita.

La reiterazione delle condotte, insieme al grave e perdurante stato di ansia prodotto, è ciò che permette di differenziare questo delitto dalle minacce e dalle molestie.

La giurisprudenza di legittimità ha altresì qualificato lo stalking come un reato abituale di evento, a struttura causale e non di mera condotta, che si caratterizza per la produzione di un evento di danno, consistente proprio nell'alterazione delle abitudini di vita, nel fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di una persona vicina<sup>9</sup>.

Quanto al perdurante e grave stato di ansia e di paura, è stato sottolineato in giurisprudenza come non sia richiesto l'accertamento di uno stato patologico, ma è sufficiente che le molestie dello stalker siano idonee a provocare un effetto destabilizzante della serenità e dell'equilibrio dell'individuo. Elemento soggettivo del reato è il dolo generico, essendo sufficiente la volontà di porre in essere i comportamenti descritti nella norma e la consapevolezza dell'idoneità degli stessi a cagionare uno degli eventi enunciati nella medesima, mentre non è necessaria la prefigurazione del risultato finale.

Lo stalking di regola è punibile a querela della persona offesa dal reato, proponibile nel termine di sei mesi dalla consumazione del reato, coincidente con l'evento di danno.

Unicamente nelle ipotesi in cui il fatto sia commesso a danno di un minore o di una persona con disabilità (oppure sia connesso con altro delitto per il quale è prevista la procedibilità d'ufficio) si può procedere di ufficio. Esiste, tuttavia, un'alternativa alla querela, ed è la procedura di ammonimento, con la quale si invita lo stalker a desistere dalla sua attività persecutoria e molesta.

La persona offesa che non abbia già presentato querela può, infatti, esporre i fatti al Questore, il quale, ove ritenga fondata l'istanza, emette il provvedimento che ha natura amministrativa.

Infine in tema di remissione della querela questa può essere soltanto processuale e non è consentita, e la querela è perciò irrevocabile, quando il fatto è stato commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all'articolo 612, comma 2, c.p., cioè nei casi di minaccia aggravata dalle modalità di cui all'art. 339 c.p.

### 3. La Corte di cassazione sulla nozione di convivenza.

La sentenza<sup>10</sup> in commento origina dal ricorso per cassazione presentato dal Pubblico Ministero contro l'ordinanza emessa dal Giudice per le Indagini Preliminari che

<sup>9</sup> DE ROSA, *Stalking: l'inizio di un incubo*, in *Ius in Itinere*, 26.01.2017.

<sup>10</sup> Cass. pen., sez. V, 02.02.2023, n. 4572.

aveva rigettato la convalida del provvedimento disposto di urgenza dalla Polizia Giudiziaria, previa autorizzazione del Pubblico ministero, del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa ai sensi dell'art. 384-*bis* c.p.p., applicando successivamente la misura cautelare corrispondente per il reato di cui all'art. 612-*bis* c.p.

Il Giudice della impugnata ordinanza non ha convalidato il provvedimento precautelare adottato di urgenza del divieto di avvicinamento dai luoghi frequentati dalla persona offesa in quanto non conforme al modello legale che presuppone la convivenza.

Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa disposto in via di urgenza isolatamente considerato non è previsto quale misura precautelare, ma diventa una conseguenza dell'allontanamento dalla casa familiare.

Il gravame si basava sull'asserita violazione di legge con riferimento all'art. 384-*bis* c.p.p.

In via preliminare la Corte rileva che il tema afferisce al contrasto interpretativo tra il Pubblico ministero ricorrente ed il Giudice delle indagini preliminari relativo alla condizione di convivenza presso la casa familiare: secondo il giudice il divieto di avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa, adottato quale misura precautelare di urgenza, si lega indissolubilmente allo stato di convivenza in atto nella casa familiare tra agente e soggetto passivo, che ne costituisce indefettibile presupposto.

Preso atto che non è emersa alcuna criticità nella valutazione effettuata dal giudice della convalida quanto al rispetto dei termini, né all'astratta configurabilità di una delle ipotesi di reato di cui all'art. 282-*bis*, comma 6, c.p.p. la criticità è, quindi, ravvisabile nell'ulteriore presupposto legittimante l'eseguito allontanamento, ossia, secondo il provvedimento impugnato, la condizione di convivenza nella casa familiare.

Basandosi anche sulla giurisprudenza civile, la Suprema corte ritiene che la nozione di convivenza di fatto trovi ora il suo supporto normativo nella L. 20 maggio 2016, n. 76, che all'art. 1, definisce i conviventi di fatto come: «*due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile*», individuando sempre l'elemento spirituale, il legame affettivo, e quello materiale o di stabilità, la reciproca assistenza morale e materiale, fondata in questo caso non sul vincolo coniugale e sugli obblighi giuridici che ne scaturiscono, ma sull'assunzione volontaria di un impegno reciproco.

Lo stesso dicasi avuto riguardo alla nozione di vita familiare rilevante a norma dell'art. 8 CEDU, per la quale è necessario un legame affettivo qualificato da un progetto di vita in comune.

In tal senso la Corte ha affermato che: «*Le specifiche esigenze di protezione delle previsioni penalistiche - oltre che di raccordo tra le varie fattispecie incriminatrici (e, si veda, al riguardo, lo sforzo ricostruttivo di Sez. 6, n. 15883 del 16/03/2022, D., Rv. 283436 - 01, all'indomani di Corte Cost., sent. n. 98 del 2021) - impongono, in armonia con le superiori indicazioni, di ritenere che la convivenza, pur quando non si accompagni alla coabitazione continuativa, permanga anche nelle fasi di crisi del rapporto quando quest'ultima non sia divenuta ormai irreversibile.*

*Alla luce delle considerazioni espresse, può dunque ritenersi che allorquando la convivenza, intesa come coabitazione già esistita, non sia più in atto, ma sussistono degli elementi in concreto che depongono per una perdurante frequentazione del*

*soggetto di quel domicilio domestico anche in maniera occasionale (nel caso di specie risulta dall'ordinanza cautelare che la sera del omissis l'indagato aveva dormito a casa della donna) o che consistono nel violento ripristino da parte dell'agente della situazione di condivisione del domicilio (nel caso di specie l'indagato era più volte entrato nella casa della persona offesa anche quando la stessa si era recata in Questura per denunciare l'accaduto), appare corretto ravvisare anche l'ulteriore presupposto che legittima l'allontanamento da una casa che l'indagato continua a frequentare, anche contro la volontà della donna con cui ha intrattenuto la relazione.*

*A ciò si aggiunga che l'allontanamento dalla casa familiare e il divieto di avvicinarsi alla stessa hanno un identico contenuto prescrittivo: l'art. 282-bis c.p.p. quando descrive la condotta che deve osservare il destinatario della misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare utilizza due espressioni: "lasciare immediatamente la casa" ovvero "non farvi rientro" e, dunque, non avvicinarsi».*

La Corte di cassazione quindi, ritenendo che l'operato della polizia giudiziaria sia stato legittimo e coerente con i presupposti applicativi dell'art. 384-bis c.p.p., ha annullato senza rinvio l'ordinanza i di diniego di convalida.

#### 4. Conclusioni.

Nel ricostruire la definizione di convivenza, la Corte di cassazione ha fatto buon governo della disciplina normativa, nonché delle pronunce giurisprudenziali civili e della CEDU.

Appare quindi evidente che emerge una nozione di convivenza non coincidente con la semplice coabitazione.

In particolare, il rapporto di convivenza, da intendere quale stabile legame tra due persone connotato da durata e significativa comunanza di vita e di affetti, è ravvisabile anche quando non sia contraddistinto da coabitazione.

La Corte, infatti, nell'interpretazione adeguatrice delle norme, evidenzia che è necessario prendere atto del mutato assetto della società, collegato alle conseguenze di una prolungata crisi economica, ma non originato soltanto da queste, dal quale emerge che ai fini della configurabilità di una convivenza di fatto, il fattore coabitazione è destinato ad assumere ormai un rilievo recessivo rispetto al passato.

Il cambiamento sociale che è ormai verificato nella società comporta che si instaurino e si mantengano rapporti affettivi stabili a distanza con frequenza molto maggiore che in passato e devono indurre a ripensare al concetto stesso di convivenza, la cui essenza non può risolversi nella coabitazione.

Il dato della coabitazione, all'interno dell'elemento oggettivo della convivenza è quindi attualmente un dato recessivo.

Sulla base di tali presupposti e inquadramenti la Corte di cassazione ha ritenuto il provvedimento adottato dalla Polizia giudiziaria legittimo e coerente con i presupposti applicativi dell'art. 384-bis c.p.p.



# Ispezioni della terribilità. Leonardo Sciascia e la giustizia\*

**Luana Granozio**

Il volume è nato dal ciclo itinerante di incontri per il centenario della nascita, organizzato dall'Associazione amici di Leonardo Sciascia e dall'Unione delle Camere Penali.

Il primo effetto di questo libro è quello di indurre a cercare Sciascia nella libreria per rileggerlo o in libreria per leggerlo sotto una nuova luce.

Ciascuno degli autori illumina un diverso aspetto – storico, giuridico, politico – che dimostra la poliedricità di un autore le cui contraddizioni della contemporaneità non sono ancora schiacciate dalla prospettiva storica.

Alcuni degli incontri si sono svolti nel pieno della pandemia, Nicolò Zanon attualizza la sua lettura dell'autore siciliano sottolineando che: «lo Stato di diritto, questo Sciascia lo avrebbe certamente detto – perché lo disse davvero in altri contesti – non può essere sospeso.

E, in verità, il virus forse più terribile è stato un altro: quello che, contagiando la stragrande maggioranza, ha provocato la perdita collettiva della capacità razionale di valutare le situazioni, di rispondere ad esse in modo equilibrato e proporzionato». Dialogano nel libro costituzionalisti, magistrati, professori e avvocati, ma anche letterati, filosofi e storici; conversazioni che sembrano non su Sciascia ma quasi a lui rivolte.

Esplicito o sottinteso è frequente il rimpianto di un intellettuale «incredulo», della sua lucida denuncia e di quella capacità di visione che lo rendono quasi profetico, sicuramente attuale.

Tra i più citati il romanzo *Porte Aperte* (che ha anche ispirato il regista Gianni Amelio) l'unico libro in cui il personaggio positivo è un giudice.

È la storia di un processo che si svolge in Sicilia in epoca fascista, contro un uomo accusato di tre omicidi che un 'piccolo giudice' contrario alla pena di morte, sottrae all'esito più scontato. Il racconto offre lo spunto per interessanti riflessioni sulla natura del processo che da taluni e in molte epoche è stato inteso *come mero strumento che*

---

\* Recensione al volume *“Ispezioni della terribilità. Leonardo Sciascia e la giustizia”*, a cura di Leonardo Zilletti e Salvatore Scuto, Leo S. Olschki, 2022.

serve ad uno scopo 'esterno' anziché solo al giudizio e alla formazione del giudizio (Zanon), sulla coincidenza fra violenza e legittimità che induce Sciascia a vedere nella giustizia l'espressione emblematica del potere (Negri), sull'autonomia e indipendenza del giudice che non deve farsi condizionare né dal contesto politico, né dall'opinione pubblica, nella consapevolezza che questo è il compito che il sistema, tutti i sistemi, devono garantire (Spangher).

I capitoli affrontano temi controversi e attuali come il pentitismo, la pena di morte (e la pena perpetua), il potere di giudicare, l'umanità del giudizio penale e disumanità del potere, il ruolo del giudice, il populismo giudiziario.

Una delle riflessioni che emerge è quasi dissacrante del nome solenne "Giustizia", poiché l'astratto concetto sembra, in fondo, celare un sistema fragile e variabile, frutto dei rapporti di forza in un dato momento storico, non solo ai tempi del «piccolo giudice».

L'analisi profana di Sciascia della Giustizia risuona massimamente in coloro che in quel mondo, a vario titolo, operano professionalmente, ma la riflessione corale travalica il tema ed offre spunti più ampi sulla 'terribilità'.

L'avvocato Scuto descrive un potere odioso. *Odioso perché il potere dell'uomo sull'uomo capace di rovinare la vita delle persone; e dunque un potere che per quanto ridotto rimane pur sempre un potere dell'uomo sull'uomo e può essere limitato solo da un rigoroso sistema di garanzie.*

Con una preziosa sintesi, lo storico Pietro Costa scrive: *il fascismo è in qualche modo 'eterno' è una recente (ma certo non ultima) manifestazione di un potere feroce e intramontabile, che opera per piegare chiunque tenti (o si illuda) di resistere agendo sul corpo del ribelle con la tortura e con la pena capitale.*

Al potere Sciascia contrappone la 'resistenza' e, conclude Costa, *la resistenza non è inevitabilmente condannata allo scacco.*

Il filo rosso che il libro dipana svela la «terribilità» della Giustizia, eterna arena dello scontro tra la violenza del potere e la libertà e la dignità dell'Uomo, ma della «ossessione» di Sciascia gli autori non tralasciano la disincantata speranza nella ragione che, forse, li accomuna.

Le pagine sono arricchite da una raccolta di tavole, articolata in tre lemmi - Giudici, Inquisitori e Inquisiti - e da «cinque (preziose) variazioni» di Massimo Borodin, articoli che rimandano dell'Autore una voce viva.