ISSN 2724-0878

PENALE
Diritto e Procedura

n. 4 | 2023

Rivista trimestrale | Ottobre/Dicembre 2023

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 - **Indagini preliminari e azione penale: i criteri di priorità**

ARTICOLI

Nicola Mazzacuva - **L'epoca della straripante 'overcriminalization': un possibile (immediato) rimedio**

Antonio Cavaliere - **Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità**

OPINIONI

Stefano Fiore - **Contrasto alla violenza di genere e compiti del diritto penale**

Marco Gambardella - **Gli interventi correttivi e integrativi alla riforma Cartabia (d.lgs. n. 150/2022) nel codice penale e in materia di responsabilità da reato degli enti**

Antonella Marandola - **Prime questioni in tema di udienza predibattimentale**

DALLE CORTI

Filippo Lombardi - **I rapporti tra la contestazione suppletiva dell'aggravante incidente sulla punibilità e la declaratoria immediata *ex* art. 129 c.p.p.**

Pacini Giuridica

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 oggetto 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:

Alì 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 – 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 – Maria Novella Masullo – Alessandro Melchionda – Vincenzo Mongillo – Davide Petrini – Gianrico Ranaldi – Ivan Salvadori – Silvio Sau – Nicola Selvaggi – Antonino Sessa – Fabrizio Siracusano – 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 – Guido Colaiacovo – Fabrizio Galluzzo – Luana Granozio – Ottavia Murro – Angelo Zampaglione

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

Bruno Ando' – Fabio Ballarini – Iacopo Benevieri – Andrea Borgheresi – Gian Marco Caletti – Diamante Ceci – Annamaria Ciamarra – Donatello Cimadomo – Francesco Compagna – Irma Conti – Sylva D'amato – Francesco Marco De Martino – Laura Dipaola – Carlo Landolfi – Nicola Madia – Gaetano Galluccio Mezio – Matteo Mattheudakis – Giuseppe Murone – Antonio Nappi – Giuseppe Palmieri – Francesco Porcu – Francesca Rocchi – Mattia Romano – Dalila Mara Schiro' – 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

Indice

Editoriali

Giorgio Spangher, *Indagini preliminari e azione penale: i criteri di priorità* p. 517

Articoli

Nicola Mazzacuva, *L'epoca della straripante 'overcriminalization': un possibile (immediato) rimedio* » 521

Antonio Cavaliere, *Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità* » 541

Bruno Andò, *Basteranno le sedie? Preoccupazioni in tema di selezione del soggetto legittimato ad essere citato come responsabile civile e di indisponibilità della prova irripetibile* » 561

Luigi Palmieri, *Le innovazioni digitali nel processo penale: tutto si agita e niente si muove* » 579

Opinioni

Sergio Moccia, *Qualche riflessione sui rapporti tra sistema penale e democrazia* » 595

Stefano Fiore, *Contrasto alla violenza di genere e compiti del diritto penale* » 603

Marco Gambardella, *Gli interventi correttivi e integrativi alla riforma Cartabia (d.lgs. n. 150/2022) nel codice penale e in materia di responsabilità da reato degli enti* » 611

Antonella Marandola, *Prime questioni in tema di udienza predibattimentale* » 617

Dalle corti

Filippo Lombardi, *I rapporti tra la contestazione suppletiva dell'aggravante incidente sulla punibilità e la declaratoria immediata ex. art. 129 c.p.p.* » 621

Maria Federica Patini, *Il dolo specifico di profitto nella nuova sensibilità giurisprudenziale: riflessioni e prospettive a seguito della rinnovata dimensione della patrimonialità del profitto penalmente rilevante* » 629

Antonio D'Anello, *La pronuncia delle Sezioni unite in tema di false dichiarazioni volte a conseguire indebitamente il reddito di cittadinanza: problemi di offensività e successioni di leggi* » 645

Pierandrea Setzu, *Riforma Cartabia e concordato in appello. Parola alla C.E.D.U.?* » 657

Pagine senza tempo » 673

Indagini preliminari e azione penale: i criteri di priorità

Giorgio Spangher*

È stato incardinato alla Commisssione Giustizia del Senato il disegno di legge A.S. n. 933 a firma Zanettin e Stefani con il quale si intende dare attuazione alla l. n. 134 del 2021 in materia di criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale.

Con l'art. 1 comma 9 lett. i si prevedeva infatti "l'obbligatoria adozione da parte degli uffici di procura di «criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi (...) al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre». È stato previsto inoltre che l'individuazione dei "criteri di priorità" da parte degli uffici di procura avvenga nell'ambito di "criteri generali" fissati dal Parlamento con legge".

Alla direttiva è stata data attuazione prevedendo che "gli uffici del Pubblico Ministero per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili; allineare la procedura di approvazione dei progetti organizzativi delle procure della Repubblica a quella delle tabelle degli uffici giudicanti".

Si tratta di una previsione significativamente diversa da quella prevista dalla Commissione Lattanzi incaricata dal Ministro Cartabia di predisporre un teso per la riforma, ove infatti si prevedeva "che il Parlamento determini periodicamente, anche sulla base di una relazione presentata dal Consiglio Superiore della Magistratura, i criteri generali necessari a garantire efficacia e uniformità nell'esercizio dell'azione penale e nella trattazione dei processi; ... che, nell'ambito dei criteri generali adottati dal Parlamento, gli uffici giudiziari, previa interlocuzione tra uffici requirenti e giudicanti, predispongano i criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale e nella trattazione dei processi, tenuto conto della specifica realtà criminale e territoriale, nonché del numero degli affari e delle risorse disponibili".

Al citato art. 1 comma 9 lett. i è stata così data attuazione in modo particolare attraverso due disposizioni.

---

* Professore emerito di diritto processuale penale presso l'Università di Roma "La Sapienza".

Quanto alla prima si può fare riferimento alla disciplina ordinamentale ove si prevede che "il procuratore della Repubblica predispone, in conformità ai princìpi generali definiti dal Consiglio Superiore della Magistratura, il progetto organizzativo dell'ufficio, con il quale determina: a) le misure organizzative finalizzate a garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, tenendo conto dei criteri di priorità di cui alla lettera b); b) i criteri di priorità finalizzati a selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre e definiti, nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, tenendo conto del numero degli affari da trattare, della specifica realtà criminale e territoriale e dell'utilizzo efficiente delle risorse tecnologiche, umane e finanziarie disponibili".

Quanto alla seconda va richiamato quanto previsto dall'art. 3-*bis* disp.att. c.p.p. ove si afferma che "Nella trattazione delle notizie di reato e nell'esercizio dell'azione penale il Pubblico Ministero si conforma ai criteri di priorità contenuti nel progetto organizzativo dell'ufficio".

Ora, da quanto risulta, gli uffici del Pubblico Ministero, le 143 Procure della Repubblica, hanno predisposto e trasmesso al Consiglio Superiore della Magistratura i progetti organizzativi dei loro uffici, tenendo conto anche come richiesto delle indicazioni di quanto deliberato in materia dall'organo di autogoverno.

All'evidenza, quella che è mancata sino ad ora, è la legge del Parlamento.

Sotto questo profilo, va apprezzata l'odierna iniziativa.

Se il riferimento alla legge esclude la possibilità di operare con la decretazione d'urgenza o con la delega, non tutte le questioni legate ai profili formali della legge sono superati. Al contrario.

Al riguardo, potrebbe non essere inopportuno che la Commissione affronti anche alcuni problemi che al tempo dell'approvazione della delega erano stati prospettati e che solo per la brevità dei tempi possono essere così riassunti: a chi spetta l'iniziativa; se è necessaria una maggioranza qualificata; quanta è la durata della legge (annuale, quadriennale) nella proposta Lattanzi si parlava di periodicità; se il Ministro abbia un ruolo al riguardo (anche se si è voluto probabilmente escludere un ruolo dell'esecutivo) ovvero se il Ministro possa formulare un suo parere oppure debba essere udito in Commissione; quali possano essere le eventuali successive modifiche o integrazioni. Va considerato che il modello organizzativo della Procura ha durata quadriennale.

Quanto al contenuto dei criteri sicuramente il riferimento va ricollegato alla natura dei reati. Sotto questo aspetto però l'indicazione di criteri generali sembrerebbe escludere che si possa fare un elenco di fattispecie criminose sullo schema dell'art. 132 disp.att. c.p.p.

Nel merito dovrebbe considerarsi tuttavia che il legislatore nel codice di procedura penale fissa già alcuni criteri di priorità come quelli deducibili dall'art. 275 comma 3 c.p.p. (considerata la presunzione assoluta e relativa di pericolosità sociale) e da ultimo dalla legge sul femminicidio che si sta confi-

gurando come un autentico sottosistema processuale (tempo dell'interrogatorio; tempo delle misure cautelari; misure precautelari speciali).

Non si dovrebbero tuttavia escludere in ogni caso previsioni valoriali da parte del Parlamento come quelle in tema di tutela della salute (inquinamento) e di sicurezza (intesa in senso ampio e sicuramente riferita alla sicurezza nei luoghi di lavoro, considerato l'elevato numero di morti e infortuni).

Si potrebbero prospettare altresì altre situazioni destinate ad affrontare gravi emergenze improvvise e non del tutto preventivabili ancorché ben circostanziate (Ponte Morandi; Rigopiano; incidente ferroviario di Viareggio; ferrovia del Mottarone) nonché le gravi implicazioni dei fenomeni climatici.

Inoltre essendo i fenomeni criminali non equamente distribuiti sul territorio andrebbero considerate anche le situazioni diverse da quelle indicate e residuali rispetto a quelle "assolutamente prioritarie".

Non sarebbe da escludere l'opportunità di inserire una norma di chiusura, aperta, che faccia riferimento alle prospettazioni sovrannazionali ovvero a riforme di sistema.

Non essendo comunque la finalità dei criteri quella di escludere indagini per alcuni reati, la loro previsione è quella di rendere funzionale il sistema anche perché si opera all'interno del modello organizzativo che comunque deve tenere conto della struttura dell'ufficio di Procura, dei carichi sostenibili e delle risorse disponibili.

Sotto questo profilo il vero problema è costituito dalla possibilità di indicare anche profili processuali, quali la durata più o meno complessa o lunga delle indagini ovvero di accertamenti di estensione minima, di offese alla collettività o a singole vittime.

Nodo centrale è la prognosi di prescrizione così da legare la ragionevole previsione di condanna di cui alla Riforma Cartabia al concreto esercizio dell'azione penale e rafforzare il tema delle scelte di fondo della Riforma.

Se può escludersi che la riforma confligga con l'obbligatorietà dell'azione penale in considerazione della natura orientata in massima parte a profili organizzativi dell'ufficio di Procura, suscitano invece perplessità quelle ipotesi riformatrici dove, con riferimento all'art. 112 Cost., si prevede che il Pubblico Ministero eserciti l'azione penale "nei casi e nei modi previsti dalla legge".

L'epoca della straripante 'overcriminalization': un possibile (immediato) rimedio

Nicola Mazzacuva*

Sommario: 1. Il singolare 'distacco' in materia penale tra principi fondamentali di elaborazione scientifica e (attuale) sistema punitivo. – **2.** Il 'diritto penale massimo' e la sua continua espansione. – **3.** L'estensione interpretativa/giurisprudenziale del diritto penale legislativo. – **4.** La violazione dei principi fondamentali e l'abbandono di ogni lettura 'integrata' del diritto penale. – **5.** L'attuale necessità del ricorso ad istituti previsti nel codice e nella Costituzione al fine di evitare applicazioni ingiuste del diritto penale massimo. – **6.** Le tradizionali (forti) ragioni degli istituti di clemenza. – **7.** La politica criminale (anche) mediante provvedimenti di clemenza e le possibili tecniche di selezione degli illeciti.

ABSTRACT

Il saggio considera l'attuale situazione di 'overcriminalisation' che caratterizza l'ordinamento penale italiano sempre più incrementato con l'introduzione di nuove figure criminose. Il continuo espandersi del diritto punitivo deriva anche dall'estensione della portata delle norme incriminatrici cui si provvede, mediante interpretazioni estensive, nell'ambito dell'applicazione giurisprudenziale. Anche i livelli sanzionatori delle pene edittali vengono frequentemente incrementati dal legislatore con ogni conseguente riflesso sulla fase di commisurazione della pena in concreto ove si provvede ad una sempre maggiore applicazione di una sanzione detentiva carceraria. A fronte di questa situazione riconducibile al fenomeno del 'diritto penale massimo' ovvero del 'diritto penale totale', nel saggio si prospetta la possibilità e financo la necessità di far ricorso, oltre ad interventi di depenalizzazione, anche ad istituti tradizionali – previsti sia nel codice, sia nella Costituzione – quali le cause di estinzione del reato ovvero della pena che avrebbero l'immediato effetto di ridurre in concreto l'enorme peso che l'attuale immenso diritto penale sostanziale riversa sul processo, garantendo, così, a quest'ultimo anche la sua ragionevole durata.

The essay considers the current situation of 'overcriminalisation' that characterizes the Italian criminal law system repeatedly increased with the introduction of new criminal offences. The continuous expansion of punitive law also stems from the extension of the scope of criminal provisions through extensive interpretation made by the Courts. The penalties provided for by the law are also frequently increased by the legislator with every consequence on the trial phase of sentencing where an increasing application of imprisonment is provided. Faced with this situation attributable to the phenomenon of 'maximum criminal law' or 'total criminal law', the essay proposes the possibility and even the need to resort, along with decriminalization measures, to traditional institutions – provided for both in the Criminal Code and in the Constitution – such as pardon, that would have the immediate effect of concretely reducing the enormous burden that the actual criminal law places on the criminal trial, thus guaranteeing also its reasonable duration.

* Già Professore ordinario di diritto penale - Università Alma Mater Studiorum di Bologna.

1. Il singolare 'distacco' in materia penale tra principi fondamentali di elaborazione scientifica e (attuale) sistema punitivo.

Costituisce criterio generalmente riconosciuto quello che porta ad orientare la disciplina giuridica di ogni attività di rilievo sociale sulla base del sapere scientifico via via affermatosi nei singoli settori di riferimento. Le indicazioni di volta in volta fornite dagli esperti rappresentano, invero, il fondamento primario di ogni intervento normativo affidato al legislatore ovvero al soggetto istituzionale comunque deputato ad occuparsi delle più diverse regolamentazioni positive in attuazione dei canoni elaborati in ambito scientifico.

Si può convenire che anche nel settore penale il pensiero degli studiosi abbia orientato – quantomeno da Beccaria in poi – le scelte del legislatore nella costruzione di un ordinamento rispettoso di taluni basilari principi delimitativi della potestà punitiva. Si sono venute, così, a "cristallizzare acquisizioni basilari di ogni sistema penale moderno e contemporaneo; i principi e le garanzie del pensiero liberale-illuministico costituiscono punti imprescindibili di riferimento, come brillantemente è stato affermato adattando la nota asserzione di Croce, 'perché non possiamo non dirci liberali"[1]. I valori e i postulati del 'diritto penale liberale' vengono a coincidere, sostanzialmente, con quelli del 'garantismo', che può essere considerato un'evoluzione e un precipitato tecnico dell'ideologia liberale applicata al diritto penale[2].

Persino nel periodo dello Stato autoritario il nuovo codice penale (espressione del regime appena affermatosi) conteneva, proprio nelle sue norme di parte generale, ben note previsioni di limitazione e garanzia a tutela del 'suddito', nonché la disciplina di istituti (ad. es., amnistia, indulto e prescrizione) comunque orientati ad una possibile eliminazione ovvero riduzione delle conseguenze penali di un fatto (pur) previsto come reato.

E dopo la caduta di quel regime, la dottrina penalistica italiana dell'epoca rivendicò la propria opera svolta a salvaguardia dei principi fondamentali, riconosciuti appunto ormai come assolutamente basilari in ambito scientifico[3].

---

[1] Così Guerrini, *Introduzione,* in *Diritto penale e paradigma liberale. Tensioni e involuzioni nella contemporaneità*, a cura di Giunta, Guerrini, Maiello, Seminara, Sgubbi, Napoli, 2020, 9, che, richiamando Croce, citava Insolera, *Perché non possiamo non dirci liberali*, in *Indice pen.*, 2017, 3 ss.

[2] Sul rapporto fra garantismo e diritto penale liberale si veda Donini, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il "diritto" penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del "Manifesto del diritto penale liberale dell'Unione delle Camere Penali Italiane*", in *www.discrimen.it*, 24 maggio 2019, 5 ss.

[3] Si può, ad esempio, rinviare al riguardo alla *Dispensa per il corso di Istituzioni di diritto penale* tratta dalle lezioni di F. Bricola, Bologna, 1994, 59 ss., ove si segnalano, tra gli altri, il '*realismo giuridico*' di Antolisei e il '*teologismo*' di Bettiol risalenti, appunto, a quel periodo. In particolare Bettiol, uno dei più autorevoli penalisti dell'epoca, segnalava nella Prefazione del suo '*Diritto penale*' (Padova, 1945) che "da noi la tradizione non si era spezzata dal tutto. Si può anzi affermare che l'intelaiatura e la struttura di molte singole disposizioni del Codice non rispecchiano affatto una mentalità intenta decisamente a deprimere la libertà individuale di fronte a pretese esigenze collettive". Sul rapporto tra principi liberali e codice penale del 1930 vedi anche, nello stesso

Principi affermati, poi, nella Carta fondamentale rappresentando, così, esito davvero significativo della prima approfondita lettura costituzionalmente orientata[4] del diritto penale quello volto a segnalare la 'superiore' esigenza di una limitazione dell'ordinamento punitivo. Successive indagini hanno puntualmente sottolineato che proprio nell'apparente «insufficienza» sta «la vera 'forza' del diritto penale, il suo irrinunciabile ancoraggio garantista» completato «dal collegamento con la dogmatica del bene giuridico: tutela selettiva di beni individuali protetti soltanto da modalità di lesioni 'qualificate', 'tipiche' e 'tassative'»[5], denunciandosi già da tempo l'ipertrofia del diritto penale e la necessità di una decriminalizzazione dei reati bagatellari[6].

Secondo quanto veniva, poi, declinato da altra autorevole dottrina «l'obiettivo politico principale dell'approccio costituzionalistico» consisteva «nella riduzione dell'area penalmente rilevante in vista dell'attuazione del principio di *extrema ratio*: tutti i vincoli che esso ha inteso porre all'attività del Parlamento – pericolo concreto, beni di rilevanza costituzionale, tassatività, riserva assoluta di legge, colpevolezza, abolizione delle contravvenzioni – erano fondati sull'esigenza di giustificare il principio di sussidiarietà, di rendere operativo quel disegno politico»[7].

Così, un diritto penale costituzionalmente orientato può, in effetti, essere considerato «un diritto penale razionale» in quanto «si radica nell'esigenza di una delimitazione 'critica' dell'autorità punitiva»[8].

E non è certo passata inosservata nell'ambito del dibattito dottrinale[9] la nuova disposizione introdotta nell'art. 3-*bis* ('*Principio della riserva di codi-*

---

periodo, Delogu, *L'elemento politico nel codice penale*, in *Arch. pen.*, 1945, 194; Leone, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in *Arch. pen.*, 1945, 23.

4 Si tratta della fondamentale opera di Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. D.I.*, vol XIV, Torino, 1973, 7-93 e, di poi, in *Scritti di diritto penale,* Milano, 1997, Vol. I, Tomo I, 539-807.

5 Mi riferisco, appunto, all'ampia opera monografica di Paliero, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985 (il brano citato si trova a p. 161).

6 Intendo riferirmi proprio al 'sottotitolo' della monografia, appena segnalata, costituente il risultato di uno studio volto appunto – come, ad esempio, riconosce di recente Manes V., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 993 – «a calmierare l'utilizzo del diritto penale mediante il ricorso alla sanzione amministrativa al cospetto di una ipertrofia del diritto penale che andava manifestandosi un po' ovunque".

7 In questi termini Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale: La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 72.

8 Si tratta della condivisibile osservazione conclusiva di Canestrari, Cornacchia, De Simone, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, II ed., Bologna, 2017, 40.

9 Basta richiamare, per tutti, Donini, *L'art. 3-bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, *Dir. pen. proc.*, n. 4/2018, 429-445; Id., *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, *Legisl. pen.*, 2018 (20.11.18, approfondimenti), 1-28; Id., *Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, in *Sistema penale*, 21.9.2020, 1-23; Ambrosetti, *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice, Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 397 ss.; Papa, *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, *Dir. pen. cont.*, n. 5/2018, 136 ss.; Paliero, *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica "idealistica"*

ce', aggiunto con d.lgs. n. 21 del 1 marzo 2018) del Libro primo, Titolo primo ('*Della legge* penale') del Codice; norma, invece, completamente negletta in ambito politico ove, attualmente, istanze di garanzia ovvero di effettiva (significativa) 'riduzione/delimitazione/concentrazione' del sistema punitivo sono pressoché completamente inesistenti.

Nella relazione al d.lgs. n. 21/18 (che ha appunto introdotto, nella parte generale del Codice, l'art. 3-*bis*) si segnalava l'importanza di «una norma di principio che riserva al codice un ruolo propulsivo di un processo virtuoso che ponga freno alla proliferazione della legislazione penale, rimettendo al centro del sistema il codice penale e ponendo le basi per una futura riduzione dell'area dell'intervento punitivo».

Va peraltro osservato - come veniva sempre sottolineato nella stessa Relazione - che «una disposizione sulla riserva di codice inserita nel codice penale e non nella Costituzione costituisce un argine alquanto labile all'espansione poco meditata del diritto penale, trattandosi di norma ordinaria e non di rango costituzionale; ma è pur vero che, inserita nella parte generale del codice penale, si eleva a principio generale di cui il futuro legislatore dovrà necessariamente tenere conto, spiegando le ragioni del suo eventuale mancato rispetto».

E, in effetti, si è autorevolmente sostenuta persino la «necessità di una lettura 'costituzionalmente orientata" dell'art. *3-bis* c.p., nel senso che la *riserva di codice* non "esprime" semplicemente, ma "legifica" – conferendo a essi la *forma* di legge, ma anche il *contenuto* giuridico *minimo,* necessari perché esistano in un determinato campo applicativo – i *principi di legalità-determinatezza e di ultima ratio* rispetto (non al sistema sanzionatorio, al rapporto con le sanzioni amministrative, alle clausole generali etc., ma) alla *"costruzione del sistema"* penale: il primo *(determinatezza e legalità-riconoscibilità),* perché un sistema decodificato e acefalo ("decostruito") produce incoerenza, particolarismo giuridico, irriconoscibilità e inconoscibilità delle regole, violando in definitiva la sufficiente determinatezza e il requisito della riconoscibilità dei precetti; il secondo *(ultima ratio),* perché la decodificazione è un moltiplicatore di fattispecie oltre la necessità, causando quell'inflazione di sistema che è l'opposto del diritto penale come *extrema ratio»*[10].

Occorre sempre sottolineare la stretta relazione esistente tra precetto penale (reato) e conseguenze sanzionatorie della sua violazione (pena) e va senz'altro apprezzato il criterio posto a base già della delega legislativa secondo cui l'attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale va realizzata «al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi *dell'effettività della funzione rieducativa*

versus deontica realistica, in *Criminalia*, anticipato in *Discrimen*, 9.3.2020, spec. 24 ss.; Seminara, *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 423 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici rinvenibili, altresì, anche in Dolcini, Gatta, *Codice penale commentato*, Milano, 2021. vol. I, 152-153.

[10] Si tratta di osservazioni di Donini, *Perché il codice penale*, cit., 16.

della pena, presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali»[11].

2. Il 'diritto penale massimo' e la sua continua espansione.

Considerando, però, la situazione attuale della 'legalità penale' si può senz'altro convenire sul fatto che il nostro sistema positivo risulta sempre più sommerso da un'incontrollabile moltitudine di norme incriminatrici – evidenziando, così, un singolare (e netto) contrasto con le diverse acquisizioni/indicazioni scientifiche del tutto dominanti[12] – che rende impossibile non solo conoscere tutti i reati 'legalmente' previsti, ma financo calcolarne l'esatto numero[13].

Mi riferisco, appunto, all'enorme quantità di figure criminose che connota ormai l'immensa (neppure precisamente 'quantificabile': il che risulta davvero incredibile e allarmante) parte speciale del diritto penale.

Davvero molto interessante ed approfondita risulta, da ultimo, un'ampia e documentata indagine, dal titolo immediatamente 'provocatorio'[14], ove si esaminano puntualmente gli esiti attuali del processo definito di '*overcriminalization*': esiti che non è possibile qui (neppure sinteticamente) riassumere.

Anche e proprio per il suo 'gigantismo' può essere ribadito che, in effetti, la parte speciale rappresenta il '*vero e proprio diritto penale*'[15]: tutt'altro che minimo; tutt'altro che *extrema ratio*.

Senza, poi, considerare ora le possibili ricadute sull'ordinamento punitivo domestico anche della competenza penale dell'Unione europea: sia di quella 'autonoma', che trova il suo fondamento nell'art. 83.1 TFUE (che attribuisce al Parlamento europeo e al Consiglio la possibilità di prevedere norme minime relative ai reati e alle sanzioni concernenti le gravi forme di criminalità tran-

---

[11] Si veda, in argomento, quanto ulteriormente segnalato sempre nel commento (a cura di Masullo) sub art. 3 *bis* c.p., in Dolcini, Gatta, *Codice,* cit., 154.

[12] E, così, taluno giustamente paventa (nella nostra materia) addirittura il ritorno al 'Medioevo': v., Morales Prats F., *La crisis de la legalidad en la "nueva edad media"*, in *Legalità e diritto penale dell'economia – Studi in onore di Alessio Lanzi,* a cura di Cadoppi, Veneziani, Aldrovandi e Putinati, Roma, 2020, 237 ss.; sul fenomeno della 'supercriminalizzazione' si veda, sempre nella dottrina straniera, già Husak, *Overcriminalization*, Oxford-New York, 2008, ove appunto l'A. (uno dei più noti tra i filosofi-giuristi americani ed allievo del celebre Joel Feinberg) dedica la sua intera indagine all'esagerato spazio occupato dal diritto penale negli Stati Uniti.

[13] Il dato già da me più volte segnalato (ad es., in *Il diritto penale 'massimo' tra incremento dei tipi punitivi e 'addizioni' giurisprudenziali*, in *Cassazione e legalità penale*, a cura di Cadoppi, Roma, 2017, 311 ss.) viene, da ultimo, ben rimarcato da Cadoppi, *Il 'Reato Penale'. Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022, 30 e 42.

[14] Intendo riferirmi al notissimo lavoro, già citato, Cadoppi, Il "*Reato Penale*", che costituisce ormai un fondamentale punto di riferimento in materia e cui mi permetto senz'altro di rinviare il lettore appunto per l'ampia disamina svolta, nonché per ogni pertinente ed esaustiva indicazione bibliografica.

[15] Appunto secondo la notissima (e risalente) definizione di Pisapia nella sua *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Milano, 1948.

sfrontaliera), sia di quella 'accessoria' ai sensi dell'art. 83.2 TFUE ove si stabilisce che, sempre tramite direttive, possano essere introdotte norme minime relative alle definizioni dei reati e delle sanzioni nei settori oggetto di misure di armonizzazione.

Ed anche la giurisprudenza sovranazionale, a partire da una nota sentenza della Corte di Giustizia (pronunciata il 13.9.2005), ritiene ormai l'esistenza di un 'obbligo di tutela penale' nei confronti degli Stati membri; infatti, pur ribadendo l'assenza di competenza dell'Unione europea in materia penale (sostanziale e procedurale), la Corte ha comunque – ad esempio – affermato che il legislatore europeo sia abilitato ad "*adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli stati membri ... necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di ambiente*". Inoltre, le fonti europee possono prevedere un obbligo di tutela mediante l'adozione da parte degli stati membri di una '*sanzione adeguata*', nonché pretendere la protezione di un bene comunitario allo stesso modo in cui viene tutelato un bene nazionale e ciò sulla base del cd. '*principio di assimilazione*'.

In questo scenario si innestano, poi, le novità introdotte con il Trattato di Lisbona che ha abolito la distinzione in pilastri mantenendo comunque il dualismo fra il Trattato dell'Unione (TUE) e il (vecchio 'Trattato sulla Comunità europea' – TCE – ora denominato) Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE). Proprio nell'ambito di quest'ultimo sono previsti (agli artt. 82-89) le norme in materia di cooperazione giudiziaria in ambito penale e, in particolare, l'art. 8 prevede (al primo paragrafo) che il Parlamento e il Consiglio possano stabilire, mediante *direttive*, «norme minime relative alla definizione dei *reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave* che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni».

Il secondo paragrafo dell'art. 83 TFUE stabilisce invece che, sempre attraverso direttive, il Parlamento e il Consiglio possano introdurre «norme minime relative alla definizione dei *reati* e delle sanzioni» laddove il *ravvicinamento* delle disposizioni nazionali si riveli «*indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione*» (dunque in materie già oggetto delle competenze del cd. 'primo pilastro'). E gli Stati membri tendono in larghissima misura a conformarsi spontaneamente agli obblighi derivanti dal diritto dell'UE, e in particolare ad adempiere agli obblighi di penalizzazione[16].

[16] Tanto segnalano, appunto, Marinucci, Dolcini, Gatta, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, XII ed., Milano, 2023, 60. Basti da ultimo segnalare che, a fine 2021, sono stati emanati due decreti legislativi (nn. 184 e 195), di attuazione di recenti direttive UE in tema di lotta al riciclaggio e alle frodi ovvero alle falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti, comportanti modifiche (estensive della portata incriminatrice delle norme sinora previste in materia) agli artt. 648, 648-*ter*, 648-*ter*.1, nonché agli artt. 493-*ter*, 640-*ter* c.p., nonché l'introduzione di un nuovo reato (art. 493-*quater* c.p.).

3. L'estensione interpretativa/giurisprudenziale del diritto penale legislativo.

Risulta, altresì, agevole notare come l'ampliamento del diritto penale derivi anche dagli esiti cui si perviene nella fase applicativa.

Se davvero il primato della libertà costituisce la regola, mentre il divieto penalmente sanzionato rappresenta l'eccezione, diviene difficile giustificare l'odierna dilatazione (anche) 'interpretativa' dell'intervento punitivo.

Perché anche di questo si tratta: l'attività interpretativa meritevole di riflessione è proprio quella che (in sede giurisprudenziale) comunque ' *estende*' il diritto penale legislativo.

Sia che si operi surrettiziamente mediante il ricorso (vietato) all'analogia, sia che si operi tramite la (consentita) interpretazione estensiva, il risultato applicativo spesso consiste, appunto, nell'ampliamento delle possibilità di punizione offerte dal tipo normativo di volta in volta considerato.

Invero, quanto più si infoltisce la gamma dei reati anche in chiave interpretativa, tanto meno il cittadino è posto in condizione di discernere il lecito dal penalmente illecito, nonché la stessa tipologia dei comportamenti puniti ovvero – secondo un nuovo, emergente 'canone' – di prospettarsi la '*prevedibilità*' di un successivo mutamento interpretativo giurisprudenziale di tipo punitivo[17].

Del tutto inattuale e comunque scarsamente significativa risulta, per converso, l'interpretazione analogica (senz'altro legittima) ovvero 'estensiva' nella prospettiva del *favor rei:* oggi al diritto penale si richiede, infatti, sempre maggiore punizione e ciò impone che siano bandite (deplorevoli) soluzioni ermeneutiche di 'depenalizzazione'[18].

Soluzioni orientate ad una maggiore punizione contraddistinguono ormai anche il diritto penale applicato nel momento di commisurazione della pena.

---

[17] Giustamente si osserva che "*il richiamo al testo come nodo cruciale dell'interpretazione e dell'applicazione si è dissolto. Rileva la prevedibilità della decisione giudiziale sul caso concreto, e i parametri a disposizione del cittadino per prevedere quale sarà la decisione giudiziale circa la propria condotta non si esauriscono certo nel testo, ma sono eterogenei e comprendono i precedenti giurisprudenziali, il contesto normativo anche non legislativo, e perfino il sentire sociale del momento storico*" (così Sgubbi, *Osservando oggi il diritto penale: brevi riflessioni, Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 84). In argomento vedi, altresì, diffusamente Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale, Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016.
Sulle possibili 'teorie' ovvero 'strategie' di 'contenimento della criminalizzazione interpretativa' vedi, ora, Cadoppi, *op. cit.*, 229 ss.; 331 ss.

[18] Si pensi, ad esempio, ad una materia – oggi in piena evidenza – come quella della colpa medica che, appunto, "*per lo meno in Italia ... pare irremovibile dall'area di rilevanza penale*" (così, da ultimo, Micheletti, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli, 2021, 7, il quale, peraltro, opportunamente segnala che non mancano invero auspici abolizionisti nel senso di rimettere soltanto al diritto civile la valutazione della colpa professionale del sanitario sulla falsariga di quanto accade in altri ordinamenti, come, in particolare, in quello statunitense).

Del resto, l'ampliata possibilità di applicazione di una 'pena carceraria'[19] costituisce il (quasi obbligato) esito di interventi legislativi aventi ad oggetto spesso soltanto l'incremento del trattamento sanzionatorio ovvero comunque finalizzati ad impedire l'applicazione di misure alternative al carcere. Un diffuso aumento delle pene edittali connota, invero, le più recenti novelle legislative in materia penale allo scopo dichiarato di ottenere (quasi soltanto) per questa via consenso 'popolare'. Ed i nuovi (più elevati) moduli sanzionatori – le (così definite) 'pene elettorali' – provocano necessariamente ulteriori applicazioni di detenzione carceraria: sia in fase cautelare, sia quale pena definitiva.

Di modo che statuizioni giudiziali sempre più frequenti finiscono proprio per discostarsi dalla pur autorevole osservazione secondo cui in ragione della "*intollerabile asprezza dei livelli sanzionatori del Codice Rocco, la giurisprudenza appare propensa ad applicare la pena nel minimo o in misura prossima al minimo* [edittale]"[20].

E così si perviene ad un singolare esito neppure immaginabile nello sviluppo 'scientifico' del diritto penale liberale (poi anche) orientato ai valori e ai principi costituzionali.

Lungi dal muoversi nella prospettiva del diritto penale minimo[21] (ovvero – se si vuole – della riserva di codice), l'attuale fase ben si può definire come quella del '*diritto penale massimo*'[22] o del '*diritto penale* no-limits'[23] capace di raggiungere sempre nuovi traguardi come quelli di recente rappresentati dall'aumento dei termini di prescrizione (con buona pace del principio costituzionale e convenzionale di ragionevole durata del processo) e dall'e-

[19] Basta, al riguardo, richiamare quanto da ultimo segnalato sulla stampa quotidiana (*sovraffollamento e suicidi ma sul carcere tutto tace come sempre*, di Insardà, *Il Dubbio*, 2.1.2024) ove si forniscono dati del tutto preoccupanti (68 suicidi in carcere nel 2023 e attualmente oltre 60 mila presenze negli istituti carcerari); si consideri, poi, proprio quanto accaduto successivamente e sempre segnalato dalla stampa quotidiana '*Lo hanno suicidato in cella di isolamento*', Sansonetti su L'Unità del 9 gennaio 2024; '*Suicidio in carcere, la Procura indaga per istigazione. La madre: "Giustizia"*' Sciacca, su Corriere della Sera, 9 gennaio 2024. Ma, da ultimo, si è purtroppo ulteriormente aggravata la situazione carceraria e viene, appunto, segnalato che "*le carceri bruciano di disperazione. Non c'è più tempo, fate presto!*": questo il titolo di un articolo di Petrelli, su L'Unità, 14 febbraio 2024, ove si fa riferimento ai "18 suicidi in carcere dall'inizio dell'anno" invocandosi 'rimedi deflattivi immediati'.

[20] Così Marinucci, Dolcini, Gatta, *Manuale*, cit., 806-807.

[21] Molto interessante al riguardo già la riflessione (a più voci) contenuta nel volume *Diritto penale minimo*, a cura di Curi e Palombarini, Roma, 2002.

[22] Mi permetto, a titolo meramente esemplificativo, di rinviare al mio, *Il 'diritto penale massimo' tra incremento dei tipi punitivi e 'addizioni' giurisprudenziali*, in Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 311 ss.; nonché ancora al mio, *Le ragioni della clemenza nell'epoca del 'diritto penale massimo'*, in Anastasia, Corleone, Pugiotto (a cura di), *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, Roma, 2018, 199 ss.

[23] La definizione è efficacemente proposta da Manes, *Diritto penale* no limits', in *Quest. Giust.*, 1, 2019, 86.

stensione delle misure di prevenzione, emblematico settore espressione – da sempre – del cedimento di ogni pur minima garanzia.

Le odierne politiche penali populiste[24] non si preoccupano di eventuali garanzie per il reo (altro che diritto penale come '*Magna Charta del reo*'[25] come voleva von Liszt), ma tendono proprio a sacralizzare la vittima. Lo stato non si sostituisce più alle vittime, ma si identifica con esse, se non altro per scongiurare qualsiasi 'complicità' sospetta con il reo; mentre proprio il passaggio dal diritto penale privato – di impronta vendicativa – al diritto penale pubblico è avvenuto proprio attraverso la cd. 'neutralizzazione' della vittima[26].

In siffatto contesto non può, allora, certo considerarsi superato l'insegnamento che ha puntualmente ricavato dalla Carta fondamentale la precisa volontà di ridurre la sfera dell'illecito penale.

E il "*quadro che inquieta*" è, appunto, oggi costituito dalla "*crescita di un penale maligno, pervasivo e incontrollato*" ove domina "*la sicurezza come orizzonte totalizzante*" in un contesto di "*invasione eticizzante del penale*" connotato da "*caratteri abnormi di attesa palingenetica e salvifica*"[27].

E in un ordinamento – come il nostro – ormai governato dal '*diritto penale massimo*' ovvero '*totale*'[28] risulta financo possibile (giustamente) affermare come non ci sia "*nessuno che non abbia commesso* [o che non possa commettere] *un reato e questo fatto rende evidente che la legislazione penale è divenuta una emergenza: lo è il diritto, ormai, non la criminalità*"[29].

---

[24] Davvero puntuale risulta, al riguardo, la definizione da ultimo fornita da Manconi in un articolo ('*La cura penale*') pubblicato su '*La Repubblica*' del 15 settembre 2023 secondo cui '*panpenalismo è un termine raffinato e, in apparenza, un po' misterioso, che definisce, tuttavia, una realtà molto concreta e immediatamente riconoscibile. È la tendenza dell'autorità pubblica e della classe politica a proporre risposte giudiziarie e sanzioni penali a tutte quelle contraddizioni sociali e forme di trasgressione e di devianza che determinano ansie collettive. Una tendenza che si traduce nell'introduzione di nuovi reati – una fattispecie penale per ogni sussulto emotivo della comunità – nell'innalzamento delle pene previste e nel ricorso al carcere*'.

[25] Principio opportunamente richiamato, anche da ultimo, da Marinucci, Dolcini, Gatta, *Manuale,* cit., 8.

[26] Vedi, ora, sul punto Amati, *L'enigma penale L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020, 184 ss.

[27] Si tratta di valutazioni espresse, da ultimo, da Donini, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sist. pen.*, 7 settembre 2020. Su 'populismo penale', diritto penale simbolico e diritto penale del nemico, v. ancora Cadoppi, "*Il reato penale*", cit., 54 ss., e ivi numerosi riferimenti bibliografici.

[28] Rinvio senz'altro alla puntuale indagine di Sgubbi, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019.

[29] Così ancora Donini, *Perché il codice penale,* cit., 4, secondo cui l'opinione pubblica non è stata ancora educata a rendersi conto dell'aumento del rischio penale non solo per alcune tradizionali categorie di autori "*ma proprio per tutti; e non solo riguardo ai reati involontari, colposi*". Anche la stampa quotidiana si occupa sempre più frequentemente del dilagare dell'istanza punitiva: basti segnalare, a titolo esemplificativo e da ultimo, le pagine di PQM/Il Riformista del 23 dicembre 2023, ove autorevoli firme così significativamente intitolano i loro interventi: '*Di manette in manette*' (G.D. Caiazza); '*Ossessione securitaria e populismo penale*' (E. Rosso); '*Pacchetto sicurezza la parola magica*' (V. Manes); '*Certezza della pena: Beccaria adieu*' (D. Negri); ovvero un articolo di F. Petrelli, pubblicato sul quotidiano '*L'Unità*' del 30 dicembre 2023, dal titolo

4. La violazione dei principi fondamentali e l'abbandono di ogni lettura 'integrata' del diritto penale.

Occorre, così, sempre rimarcare l'evidente nesso logico tra principio di tassatività e carattere sussidiario, nonché frammentario, dell'intervento penale.

Il cd. 'principio di sussidiarietà' rappresenta, in realtà, non soltanto un presupposto - sul piano logico - del principio di tassatività, ma anche (e ancor prima) espressione della moderna concezione del diritto penale. In questa prospettiva un determinato fatto, pur considerato giuridicamente illecito, può essere sanzionato con la pena soltanto se risulta inadeguato ogni altro tipo di sanzione.

In stretto collegamento con l'idea di sussidiarietà, di stretta tipicità e tassatività dell'illecito penale, si viene a delineare il cd. 'principio di frammentarietà'[30].

Il diritto penale deve così essere, per sua natura, 'lacunoso' proprio perché il volto a garantire soltanto gli interessi fondamentali della coesistenza sociale e comunque, anche in presenza di un interesse meritevole di tutela, questa non solo non deve essere necessariamente penale (canone dell'*extrema ratio*), ma l'intervento punitivo deve riguardare soltanto specifiche modalità di aggressione del bene protetto.

Poche incriminazioni, chiare, stabilite del legislatore, in via sussidiaria ad altri strumenti di controllo: un 'diritto penale minimo' che, in una società moderna, dovrebbe rappresentare soltanto la vetta estrema di un sistema ricco e multiforme, che conosce una molteplicità di altre soluzioni giuridiche ed extragiuridiche e che rinuncia all'intervento penale fino a quando queste siano sufficienti a salvaguardare le esigenze di tutela. Un progetto 'scientifico', appunto, consegnato ai manuali di diritto penale per essere sempre e compiutamente divulgato.

La realtà normativa, di fatto, pare assai distante da questa prospettiva. Una costante '*tendenza all'ipertrofia*'[31], infatti, da molti anni caratterizza la

---

molto eloquente '*Nuovi (inutili) reati e pene esemplari: crolla il Pil del diritto penale liberale*' ove si indicano, appunto, le ultime manifestazioni di '*bulimia punitiva*' segnalandosi come "*anziché procedere sulla strada del diritto penale minimo, caposaldo di un diritto penale liberale, abbiamo assistito ad una superproduzione normativa di nuove fattispecie di reato*".

[30] Molto opportunamente sempre Cadoppi, Il "*Reato Penale*", cit., 41, segnala l'importanza (proprio oggi) di tale principio richiamando espressamente il canone n. 9 del *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo* pubblicato nel 2019 dall'Unione delle Camere Penali secondo cui, appunto, '*Il diritto penale liberale, muovendo dal primato delle libertà, opera in via di eccezione. In quanto derogatorio, esso deve essere di volta in volta razionalmente giustificabile. La frammentarietà è carattere irrinunciabile del diritto penale, così come la risposta penale deve costituire l'extrema ratio a fronte di altri possibili rimedi sanzionatori*'.

[31] Così (anche in grassetto) Canestrari, Cornacchia, De Simone, *op. cit.*, 164, cui si rimanda anche per le considerazioni prima richiamate nel testo. Giustamente anche Cadoppi, *op cit.*, 384, osserva, da ultimo, conclusivamente come «nell'attuale ipertrofico sistema, si potrebbe affermare – come

normazione penale: la sovrabbondanza delle incriminazioni, che segna ormai un netto predominio quantitativo della legislazione complementare sulla fonte codicistica.

Occorre, inoltre, sempre rimarcare il totale abbandono di ogni prospettiva di una (invece assolutamente necessaria) lettura 'integrata' dal diritto penale, coniugato, appunto, con gli altri saperi (anzitutto quelli criminologici e sociologici) che trattano la 'questione criminale'.

Così la criminalità «*non è* [più] *oggetto di conoscenza in una prospettiva causale e quindi, alla fine, cessa di essere oggetto di conoscenza tout court … dalla criminalità quindi non ci si difende sconfiggendone le cause, per la semplice ragione che l'azione criminale non è l'effetto di alcuna causa in particolare, personale o sociale che sia. Dalla criminalità – come realtà nociva – ci si difende … neutralizzando selettivamente i 'nemici'*».

È indubitabile che l'ideologia della neutralizzazione selettiva, e soprattutto preventiva, sia costretta sovente a fare ricorso ad «*una lettura del criminale come 'altro', come assolutamente 'diverso' … nei cui confronti viene bandito sia ogni sentimento di comprensione, sia ogni scrupolo garantista nella repressione accanto quindi ad una 'criminologia della vita quotidiana', si sviluppa anche una 'criminologia dell'altro', un discorso sul criminale come nemico la cui pericolosità non può essere in altro modo 'gestita' se non attraverso la sua neutralizzazione; e per metterlo nella condizione materiale di non nuocere, alla fin fine non necessita neppure conoscerlo più di tanto*».

Il passaggio nella politica criminale da un modello inclusivo ad uno di mera 'esclusione' è segnato dal negare progressivamente alla criminalità la dimensione stessa di 'questione': «*nulla di problematico, quindi, che debba essere studiato, capito ed eventualmente risolto aggredendone le cause*[32].

Un singolare diritto penale '*massimo*' che, così, diventa (anche) *'totale'* perché "*ogni spazio della vita individuale e sociale è penetrato dall'intervento punitivo che vi si insinua*" e, 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"[33].

5. L'attuale necessità del ricorso ad istituti previsti nel codice e nella Costituzione al fine di evitare applicazioni ingiuste del diritto penale massimo.

In presenza di un siffatto '*diritto penale massimo*'[34], viene spontaneo nuovamente pensare, nella contrapposta prospettiva (tanto razionale, quanto

ha fatto provocatoriamente Massimo Donini – "*chi è senza reato scagli la prima pietra*"» (questo, appunto, il titolo di un articolo di Donini su '*Il Riformista*' del 30 dicembre 2021, online).

32 Si tratta di osservazioni di Pavarini, *Postfazione* alla IV edizione di *Carcere e fabbrica*, Bologna, 2018, 328 ss.

33 Sgubbi, *op. cit.*, 23.

34 Vedi, per tutti, già Ferrajoli, *Cos'è il garantismo*, in *Criminalia*, 2014, 135, secondo cui il risulta-

necessaria) di un suo contenimento, alla '*prepotente urgenza*'[35] anche di provvedimenti di clemenza[36].

Del resto, pure chi continua ad osservare che tali provvedimenti sono «*per definizione caratterizzati dalla rottura formale dell'uguaglianza nell'applicazione della legge*», segnala però, nel contempo, anche quel «*disincantato realismo che fa leva sulla clemenza come costante possibilità di contingente correzione politica, dall'esterno, di outputs insostenibili del sistema legale*»[37].

Direi di più: piuttosto che soluzione «sostanzialmente *conservatrice*» in quanto «*modellata sul sistema esistente*»[38], il ricorso alla clemenza determina una forte ed anticonformista 'negazione' del ruolo (soltanto) sanzionatorio del sistema penale[39] concretizzando, in modo senz'altro emblematico ed immediato, l'ambizione 'riduzionistica' che, altrimenti, si vedrebbe sempre confinata ormai nella dimensione, soltanto 'scientifica', sulla restrizione del campo dei reati e sulla diminuzione delle pene edittali.

Le ragioni della necessità dell'amnistia sono ben note, fortemente attuali e non possono davvero essere ragionevolmente contrastate.

Anzitutto, essa serve per attuare immediatamente il diritto, costituzionale e convenzionale, ad un processo di durata ragionevole evitando, così, anche l'applicazione di quella pena atipica costituita dalla lunga sofferenza derivante da interminabili lungaggini processuali prima di un esito spesso favorevole: non foss'altro per il decorso del tempo correlato alla natura (il più delle volte) soltanto bagatellare dell'illecito; evenienza questa che non costituisce

to dell'odierna 'deriva' punitiva è, appunto, *"un diritto penale massimo, sviluppatosi fuori da qualunque disegno razionale e perciò in crisi rispetto a tutti i principi garantisti*". E, da ultimo, anche nella letteratura straniera ci si domanda se *'È possibile limitare l'intervento penale nel XXI secolo*' (si tratta del titolo di un saggio, edito in lingua originale spagnola, di BIDASOLO ora pubblicato in lingua italiana su *Discrimen*, 2022, 16 ss.).

[35] Una siffatta espressione era già contenuta nella nota '*lettera aperta*' (del 2012) intitolata, appunto, '*Una questione di prepotente urgenza sempre più prepotentemente urgente*' (che si trova pubblicata, tra l'altro, nel volume a cura di Corleone, Pugiotto, *Il delitto della pena*, Roma, 2012). Da ultimo, davvero molto espressivo risulta il titolo (*Amnistia e indulto: parole eretiche che bisogna tornare a pronunciare*) di un articolo di Petrelli su L'Unità del 31 dicembre 2023, così come poi viene segnalato nel titolo '*In Lombardia celle strapiene. I penalisti: serve l'indulto*' di un ampio e documentato articolo pubblicato su 'la Repubblica', ed. Milano, del 7 gennaio 2024.

[36] L'uso di questa locuzione, nonostante che il termine 'clemenza' sia indubbiamente legato a realtà storiche persino remote, è ancora comunemente diffuso. La 'fortuna' di questa espressione deriva semplicemente dal fatto che essa si presta a riassumere in un unico termine i distinti concetti di amnistia e di indulto: per un'illustrazione delle ragioni 'tecnico-giuridiche' che militano a favore dell'impiego del termine omnicomprensivo 'clemenza' si veda, comunque, compiutamente Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*. IV ed., vol. III, a cura di Nuvolone, Torino, 1961, 397.

[37] Così Pulitanò, "*Seduzioni" e costi della clemenza,* in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1061.

[38] Così, testualmente, ancora Pulitanò, *op. ult. cit.*, 1065.

[39] L'ultimo indulto «*imprevedibilmente generoso e quasi preterintenzionale*» costituisce la «*dimostrazione più efficace dell'inutilità e del danno del carcere*»: così Sofri, *Nota*, in Grande, *Il terzo strike. La prigione in America*, Palermo, 2007, 23.

certo fattore di 'spinta' - appunto in ragione della modestia del reato – per lo svolgimento di un inutile rito processuale[40].

E la 'soluzione' del problema penale (tramite l'amnistia) non viene certo affidato a singole circolari delle più diverse autorità giudiziarie ovvero a incontrollabili prassi 'disapplicative' in ambito locale, bensì a scelte proprie e generali del legislatore[41].

Sul piano strettamente tecnico-giuridico, infatti, il provvedimento di clemenza non comporta – di regola – alcuna discrezionalità, alcuna attività interpretativa in sede giurisdizionale, in quanto le opzioni di politica criminale sono pressoché esclusivamente rimesse – come sempre dovrebbe essere – al potere legislativo residuando, in fase applicativa, soltanto una 'presa d'atto' di quanto normativamente statuito.

Basta considerare, al riguardo, i singoli provvedimenti di clemenza e il 'gioco' delle esclusioni oggettive e soggettive dal raggio di operatività (basato, di regola, soltanto sull'entità della 'pena edittale') della remissione sanzionatoria per comprendere come spetti, di volta in volta, proprio al legislatore la definizione della materia oggetto di intervento deflattivo[42].

Così anche la sterile descrizione dogmatica dell'istituto tuttora offerta dalla manualistica e il riconoscimento della sua astratta fondatezza (si individuano, ad esempio, aspetti soltanto positivi nelle varianti costituite dalla c.d.

[40] Sull'importanza dell'amnistia quale strumento di verifica indiretta del 'ragionevole equilibrio' del sistema sanzionatorio penale si rinvia alle puntuali riflessioni di Melchionda, *Il ruolo dell'amnistia nell'equilibrio costituzionale del sistema sanzionatorio penale*, in Anastasia, Corleone, Pugiotto, *Costituzione e clemenza*, cit., 217, 227 ss.

[41] Si veda, appunto, da ultimo il comunicato dell'Osservatorio Carcere dell'UCPI, diffuso il 10-11 febbraio 2017 all'Inaugurazione dell'anno giudiziario dei penalisti italiani, ove si rileva che talune "*Procure della Repubblica decidono autonomamente di non perseguire reati che ritengono minori, con l'effetto di un beneficio a macchia di leopardo, mentre il dibattuto sull'*amnistia e l'indulto [il grassetto è nel comunicato] è fermo e la paralisi dei Palazzi di Giustizia e la vergogna per le nostre carceri aumenta". Giustamente si osserva che "la situazione della clemenza collettiva in Italia dal 1992 pare caratterizzata da una grande ipocrisia: ufficialmente essa non esiste, non si vede; di fatto, il potere di clemenza è stato trasferito «dal Parlamento della frammentata geografia di singoli uffici» delle Procure della Repubblica; la funzione clemenziale è oggi svolta da altri istituti, in primo luogo la prescrizione (che nella maggior parte dei casi opera in sede di indagini preliminari), con le relative conseguenze in termini di rispetto del principio di eguaglianza, nonché del principio (pacificamente disatteso nella prassi) di obbligatorietà dell'azione penale. La clemenza persiste dunque nel nostro ordinamento, pur se in una forma anomala snaturata, a geografia variabile e rimessa da un lato all'efficienza dei singoli fori e, dall'altro, alle circolari dei singoli procuratori o presidenti di Tribunali": così Caroli, *Il potere di non punire. Uno studio sull'amnistia Togliatti*, Napoli, 2020, 302.

[42] Soltanto l'indulto può, invero, essere agevolmente reso 'inoperante' a dispetto del legislatore: ovviamente, mi riferisco al cd. '*indulto improprio'* e, cioè, all'ipotesi in cui il condono viene computato in ordine ad una pena ancora da infliggere. Rispetto a reati (ritenuti) gravi, e non 'esclusi', il singolo giudice potrà infatti giovarsi della (normalmente) ampia escursione della pena edittale per limitare (ovvero anche per annullare) in concreto la remissione sanzionatoria: basterà, infatti, elevare il tetto della 'pena concreta' per continuare a sanzionare (come prima) il fatto (e l'autore), a dispetto – così – delle finalità dell'indulto approvato e degli intangibili casi analoghi già giudicati.

'*amnistia di giustizia*', dalla cd. '*amnistia strumentale'* ovvero da quella '*pacificatrice*'[43]) potrebbero ben riversarsi nella prassi applicativa, dando effettivo corpo ad istituti che altrimenti resterebbero presenti soltanto nelle 'leggi' (cioè nella declamazione costituzionale – art. 79 – e in quella codicistica – art. 151 c.p.).

Lo stesso principio della 'difesa sociale', considerato cardine essenziale del sistema penale, viene spesso chiamato in causa per dare legittimazione all'impiego della clemenza.

Si sostiene infatti che, in determinati momenti storici, la concreta punizione di taluni fatti costituenti reato può risultare contraria alle stesse esigenze di «difesa sociale», non ravvisandosi alcun interesse pubblico ad una reazione con strumenti sanzionatori di tipo penalistico[44].

Si osserva, inoltre, come la punizione di un consistente numero di soggetti risulterebbe in contrasto con uno dei canoni fondamentali in cui può riassumersi il tradizionale concetto di *difesa sociale:* «la criminalità è violazione della legge penale ed è, come tale, il comportamento di una minoranza deviante»[45].

Infine: i provvedimenti di clemenza, intervenendo generalmente in ordine a fatti bagatellari[46] ovvero a 'reati artificiali', non scalfiscono minimamente il nucleo centrale degli illeciti contenuti nei codici penali posti a presidio degli interessi fondamentali di ogni società confermando, cosi, anche la validità del *principio dell'interesse sociale e del reato naturale*[47].

[43] Vedi, al riguardo, l'approfondita indagine monografica di Maiello, *Amnistia e indulto. Dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli, 2007; nonché dello stesso A., *La storia della clemenza dall'indulgentia principis all'idea dello scopo,* in *La difficile clemenza*, *Atti del Convegno 'Diritto penale, carcere e clemenza (nel ricordo di Franco Bricola, vent'anni dopo*, in *Jus17*, fasc. 2/2014, 25.

[44] I nessi esistenti tra l'istituto dell'amnistia ed il concetto di difesa sociale sono già bene illustrati in un saggio molto risalente di Marsich, *L'obbiettività giuridica dell'amnistia*, in *La Scuola positiva*, 1923, 362, secondo il quale «*il fondamento logico e politico dell'amnistia sta nell'interesse dello Stato alla non punizione che in determinati casi prevale sull'interesse dello Stato alla punizione. Ciò* è *di semplice dimostrazione: non solo il reato costituisce una lesione sociale, ma anche la punizione, che pure* è *un atto di difesa sociale, costituisce una lesione sociale. La punizione del reato* è una *lesione sociale da vari punti di vista: anzitutto la punizione del reato offende alcuni beni fondamentali (libertà, patrimonio) i quali sono suscettibili di un apprezzamento non solo da parte dell'individuo che soffre la loro diminuzione, ma da parte dell'intera collettività che* è *interessata alla tutela di tali beni. Inoltre la punizione del reato in determinati casi può essere una lesione sociale perché la lotta giudiziaria rinfocola odii, risentimenti, passioni che giova siano sopiti; perché talvolta, difendendo la società offesa col mezzo dell'intimidazione, raggiunge minore efficacia di quella che potrebbe essere raggiunta col mezzo della clemenza*».

[45] Così Baratta, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *La questione criminale*, 1975, 7 ss., definisce il principio di legalità che è uno dei concetti fondamentali su cui si basa l'ideologia della difesa sociale.

[46] Sulla categoria dei reati bagatellari e sulle prospettive ovvero sulle proposte di una loro 'decriminalizzazione' rimane fondamentale l'opera di Paliero C.E., *Minima*, cit., 521 ss.; 627 ss.

[47] Sul punto cfr., ancora, Baratta, *op. cit., passim*, anche per una puntuale e diffusa illustrazione di tale principio.

Estremamente opinabili risultano, poi, i richiami alla possibilità di incentivare –mediante la clemenza – la recidiva oppure alla possibile violazione del principio di uguaglianza.

Quanto al primo profilo, è infatti evidente che il soggetto 'scarcerato' (in virtù di un provvedimento di clemenza che 'annulla' ovvero riduce la pena) avrebbe, in tempi più o meno vicini all'approvazione dell'atto di amnistia e/o indulto, comunque lasciato l'istituzione penitenziaria (sempre 'esponendosi', quindi, alla possibilità di recidiva).

In ogni caso l'eventuale recidiva segnala all'evidenza il carattere criminogeno, e non certo rieducativo, del carcere.

Inoltre, ogni istituto clemenziale (anche improprio: sospensione condizionale, pene sostitutive e quant'altro) mostra la sua utilità proprio con riguardo ai soggetti che non ricadono nel reato: e un siffatto esito può esser rilevante persino nell'ipotesi di una percentuale esigua di successi ottenuti.

Quanto, poi, alla possibile 'tensione' con il principio di uguaglianza per le "*sperequazioni degli effetti estintivi, legati alla data di applicazione del beneficio*"[48], si tratta invero di profilo inevitabilmente connesso alle scelte di politica criminale poste a base del singolo provvedimento di clemenza (atto, comunque, costituzionalmente previsto) riguardante necessariamente fatti commessi sino alla data di volta in volta individuata.

6. Le tradizionali (forti) ragioni degli istituti di clemenza.

E senza dover tornare a Bentham[49] secondo cui "*nei casi in cui la pena farebbe più male che bene ... la potestà di clemenza non solo è utile, ma è necessaria*", si possono di certo condividere taluni apprezzamenti contenuti (nonostante l'attuale 'stagione' del diritto criminale) anche nella più recente manualistica.

L'amnistia "*rappresenta una valvola di sicurezza con la quale è possibile fronteggiare situazioni eccezionali che richiedano di superare le 'normali' esigenze di repressione dei reati*" possedendo, oltretutto, tale misura assieme all'indulto la "*caratteristica di istituto di applicazione generale*"[50].

Senz'altro condivisibili anche i rilievi di quanti osservano che, dietro la clemenza, si può individuare un vario ed articolato ordine di ragioni che attengono al sistema penale nel suo complesso: e ciò in armonia con la polivalenza delle funzioni che la clemenza può assolvere. Ad esempio, il bisogno di amnistia, che a volte emerge nella sua dimensione di "*valvola per fronteggiare l'altissimo tasso di inflazione carceraria rispetto alla capienza degli istituti penitenziari, funge sia da surroga di mancata riforma, necessaria alla giustizia per adempiere alla sua funzione, sia da forma di decriminalizzazione*

[48] Si tratta di osservazione formulata (tra gli altri) da Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 2013, 828.

[49] E ai suoi *Traitès de lègislation civile et penale*, Bruxelles, 1840, t. II, 24.

[50] Così Grosso, Pelissero, Petrini, Pisa, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2013, 639.

surrettizia nel senso che equivale a riconoscimento della sostanziale inoffensività di quei reati che vengono appunto periodicamente amnistiati"[51].

E anche la ricognizione storica (nel senso, appunto, che riguarda periodi per vero parecchio lontani) dà conto che l'amnistia "*nella prassi* [costituiva] *strumento di periodico sfoltimento delle carceri, a beneficio degli autori di reati di piccola entità*"[52]; compito attuale secondo quanti, appunto, osservano[53] che anche oggi non "*si può trascurare che l'amnistia, di fatto, può svolgere (pur se impropriamente) compiti 'lato sensu' deflattivi (ad esempio, sfoltendo il numero dei procedimenti penali pendenti, ovvero riducendo la presenza dei detenuti nelle carceri nei periodi di sovraffollamento)*".

Superfluo poi rilevare che, mentre l'indulto impone comunque la celebrazione del procedimento allo scopo di accertare l'eventuale responsabilità dell'imputato (applicando, in caso di riconosciuta colpevolezza, il condono), l'amnistia 'blocca' invece il corso del procedimento per la sua immediata e automatica applicazione in presenza dei presupposti di legge.

E, singolarmente, taluno finisce per segnalare proprio una 'curiosa' diversità nel raffronto tra situazione attuale e periodi storici neppure troppo risalenti.

Infatti si richiama (criticamente) il tempo in cui "*le proposte di amnistie, fatte sconsideratamente anche dal più esiguo numero di parlamentari, bastavano ad avviare un iter difficilmente arrestabile per le aspettative generali che si creavano, a cominciare dai carcerati*"[54]; divenendo l'amnistia "*quasi un fatto di 'routine', variamente condizionando la prassi giudiziaria*"[55].

Tutto il contrario di quanto accade oggi: chi mai infatti proporrebbe, nell'attuale – così singolare – epoca del '*diritto penale massimo*', un provvedimento di clemenza finalizzato ad ottenere benefici elettorali[56]!

[51] Così Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte generale,* Bologna*, 2014, 826,* che considerano altresì "*irrazionale l'ostilità di un'opinione pubblica eccessivamente allarmata dall'aumento* [dato che, invero, non corrisponde alla realtà] *della criminalità*".

[52] Così Marinucci, Dolcini, *op. cit.*, 413.

[53] Si tratta di osservazioni di Cadoppi, Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2015, 576-77.

[54] Così Mantovani, *Diritto penale*, cit., 829.

[55] Così C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2016, 703.

[56] Non credo proprio vi possa essere oggi "*il rischio che la causa estintiva venga strumentalizzata, per ragioni di vario tipo (demagogiche, elettoralistiche, 'colpi di spugna', ecc.)*": si tratta di un 'timore' espresso da Cadoppi, Veneziani, *op. cit.*, 577. Anzi il codice penale *"ha finito con il diventare oggi la 'Magna Charta' della politica*" in quanto "il *cittadino comune pensa che invocare più pena costituisca la soluzione e tende a valutare il comportamento dei politici sulla base della loro volontà di penalizzazione. Il mondo politico sembra aver trovato nel diritto penale non un'ultima ratio, ma un facile terreno di (apparente) soluzione di alcuni problemi del paese, non costoso, legittimante e rispondente alle domande che vengono dai cittadini":* così Violante, *La crisi del giudice "bocca della legge" e l'emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in a cura di Guarnieri, Insolera, Zilletti, *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide,* Roma, 2016, 32.

Sebbene, pur in presenza di "*sistemi penali* [ormai] *fuori controllo*"[57], giustamente si osserva come la missione dei giuristi si debba sempre ispirare "*al principio guida della cautela in poena*": e anche per tale motivo richieste di provvedimenti di clemenza sono state formulate più volte dallo stesso Pontefice[58].

7. La politica criminale (anche) mediante provvedimenti di clemenza e le possibili tecniche.

Sul piano della 'politica criminale' la storia dei provvedimenti di clemenza e, in particolare, dell'amnistia vale, poi, anche ad illustrare le linee di tendenza dell'ordinamento penale nell'opera di distinzione tra i valori 'fondamentali' costantemente protetti e i valori alla cui tutela (penale) si può, invece, più opportunamente rinunciare (anche) nella prospettiva di una possibile/razionale riduzione del sistema punitivo[59].

E può esser proprio utile occuparsi conclusivamente, per la rilevanza di tale profilo appunto nell'individuazione delle dinamiche della politica criminale, delle tecniche di cernita dei reati da affidare ai provvedimenti di clemenza.

Quanto all'amnistia, allo scopo di individuare i reati oggetto del singolo provvedimento, si ricorre generalmente a tre distinti modi di 'selezione' degli illeciti penali: *a)* l'enunciazione dei reati amnistiati può essere *generica* quando l'amnistia comprende tutti quei fatti punibili in astratto con pene non superiori a certi limiti massimi quantitativamente prefissati; *b)* l'enunciazione può essere, invece, *cumulativa,* nel senso che l'amnistia concerne una ampia categoria di reati contrassegnata da un denominatore comune (ad es., reati commessi per finalità politico-sindacali o dettati da un «movente politico», reati finanziari), purché le pene non siano superiori nel massimo a certi limiti; *c)* l'enunciazione può essere, infine, *specifica* quando l'individuazione dei reati da amnistiare si basa esclusivamente sul loro *nomen juris*[60].

---

[57] Si tratta di definizione contenuta nel discorso del Pontefice alla delegazione dell'AIDP (Sala dei Papi, 23 ottobre 2014), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 459, con commento di Eusebi, *'Cautela in poena'*.

[58] Vedi, appunto, quella espressa in occasione della 'marcia per l'amnistia' del 6 novembre 2016. Ma anche in precedenza il mondo cattolico si è contraddistinto per ricorrenti istanze di clemenza come, appunto, ricordato anche nell'appello del Partito radicale in data 24 febbraio 2017 per la '*Marcia di Pasqua per l'amnistia e l'indulto*' (indetta per il successivo 16 aprile 2017).

[59] Sul possibile ruolo odierno della clemenza collettiva si rinvia, da ultimo, alle riflessioni d'ordine generale svolte nelle pagine conclusive (p. 301 e segg.) dell'approfondita analisi (già citata) condotta da Caroli, *Il potere di non punire*.

[60] L'adozione di un certo criterio non esclude, ovviamente, il ricorso agli altri: può accadere, cioè, che nell'ambito dello stesso provvedimento di clemenza l'individuazione degli illeciti da amnistiare si basi, nelle singole parti, sui diversi sistemi di selezione indicati nel testo.

La preferenza verso l'uno o l'altro criterio non è priva di conseguenze.

Se, infatti, si decide di adottare il primo criterio, la 'selezione' degli illeciti da amnistiare viene fatta dipendere *dall'entità* della sanzione e quindi, in tutta evidenza, dalle scelte precedentemente operate dal legislatore e cristallizzate in una determinata legislazione penale. Ricorrendo, cioè, ad un criterio di selezione del primo tipo, basato sull'entità della pena edittale, implicitamente si rinuncia ad una diversa e 'rinnovata' valutazione del disvalore di singoli reati in quanto si rimane comunque vincolati alle valutazioni precedentemente operate dal legislatore. Se, infatti, un reato viene punito con una determinata sanzione e il decreto di amnistia fa riferimento, per la sua applicazione, soltanto alla misura della pena edittale, ciò significa che non si procede ad una valutazione del grado di disvalore dell'illecito autonoma e diversa rispetto a quella già operata dai redattori della norma penale di riferimento.

In breve e con riferimento alla nostra legislazione: il criterio, di regola adottato e costituito dal massimo edittale, ha finito per modellare il beneficio (fino alla sua ultima applicazione) sulle valutazioni comparative e sulle tecniche sanzionatorie in vigore all'atto del provvedimento di clemenza.

Invece, un criterio di selezione (il terzo addietro indicato) basato sul *nomen juris* dei singoli reati consente proprio di operare una cernita degli illeciti da ammistiare indipendentemente dalle conseguenze sanzionatorie ad essi (già) ricollegate, addivenendo così a valutazioni divergenti (da quelle del '*vec*chio' legislatore) in ordine al disvalore delle incriminazioni oggetto del provvedimento.

Il criterio 'misto' di selezione, oltre a presentare i difetti del primo nella misura in cui vengono amnistiati taluni reati sulla base (anche) del trattamento sanzionatorio agli stessi in precedenza attribuito, si presta in certe ipotesi, e cioè quando l'individuazione concreta del 'carattere comune' dei reati viene affidata al giudice, a conseguente rilievo. Se, infatti, l'accertamento dell'elemento comune dipende non da fattori *prestabiliti* e *oggettivi,* ma da valutazioni in qualche misura discrezionali (si pensi, ad esempio, alla necessità dell'accertamento di un determinato '*movente*') la concreta portata del provvedimento di clemenza non deriva soltanto da scelte esclusive del legislatore, ma anche da una successiva valutazione in sede giurisprudenziale: affidandosi, così, la selezione dei comportamenti punibili o meno anche ad ogni possibile opzione interpretativa giudiziale.

Il ricorso ad istituti di clemenza segnala, infine, proprio l'esistenza di una legislazione penale in evidente 'tensione' con superiori valori costituzionali. Se, infatti, le norme penali fossero tutte finalizzate (con la previsione di sanzioni *adeguate* e *proporzionali)* alla tutela di valori costituzionalmente rilevanti e significativi[61], se la stessa pena criminale avesse come funzione

[61] Sulla concezione del reato come offesa (e, cioè, come lesione o messa in pericolo) di un valore costituzionalmente significativo vedi sempre, per tutti, Bricola, *Teoria generale,* cit., 15 ss.

principale quella di 'rieducare' il reo al rispetto dei valori (costituzionali) lesi o messi in pericolo, l'istituto dell'amnistia risulterebbe davvero peculiare rimedio per far fronte soltanto ad eventuali situazioni del tutto contingenti ed eccezionali.

Ma non ci si trova affatto in tale contesto essendo del tutto evidente il profondo *vulnus* arrecato oggi al volto del diritto penale costituzionale davvero 'sfigurato' nei suoi profili sostanziali e processuali[62].

E una anche (soltanto) sommaria considerazione degli ultimi provvedimenti di clemenza offre senz'altro spunti di rilievo per una conclusiva riflessione.

Il primo è pertinente alla 'costante' presenza di tali provvedimenti nella concreta declinazione delle scelte di politica criminale. Anche considerando soltanto l'ultimo 'ventennio (1970-1990) applicativo', si può notare il frequente e significativo ricorso all'amnistia; basta menzionare la sequenza a partire dal d.p.r. n. 283/70, sino a quello n. 413/78; ai successivi n. 744/81 e n. 865/86, nonché, appunto, all'ultimo n. 75/90.

Se le scelte di politica criminale in quel lungo lasso temporale[63] si sono attuate anche attraverso provvedimenti di amnistia, vuol dire necessariamente che lo strumento adottato era di volta in volta utile a far fronte a sempre presenti esigenze deflattive (esigenze che oggi non sono affatto diminuite, ma anzi si sono notevolmente accentuate!).

Il secondo rilievo pertiene, invece, proprio alla selezione dei reati di volta in volta praticata dal legislatore.

Vi è stata, infatti, applicazione per reati: "*punibili con pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione*" se commessi "*anche con finalità politiche, a causa e in occasione di agitazioni o manifestazioni sindacali o studentesche, o di agitazioni o manifestazioni attinenti a problemi del lavoro, dell'occupazione, della casa e della sicurezza sociale, e infine in occasione ed a causa di manifestazioni ad agitazioni determinate da eventi di calamità naturali*" (amnistia del 1970); quindi si è avuto riguardo ai reati sanzionati con "*una pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni*", ma anche ai reati con "*pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni ... se commessi dal minore degli anni diciotto o da chi ha superato gli anni settanta*" (decreti del 1978 e decreti del 1981): con la previsione, peraltro, di molteplici 'esclusioni oggettive' che palesavano l'attenzione del legislatore verso reati astrattamente rientranti (in ragione della pena edittale per gli stessi prevista) nel beneficio, ma esclusi appunto dalla amnistia sulla base

[62] E si ritiene, infatti, che la clemenza senz'altro "*ammissibile in un quadro istituzionale di ispirazione liberaldemocratica si identifichi in un mezzo teleologicamente orientato, indirizzato a perseguire i medesimi fini di un "sistema penale" espressivo della situazione spirituale della Carta*" (così Maiello, *La storia,* cit., 28).

[63] E non solo in quel (lungo) periodo: perché, invero, il ricorso alla 'clemenza' costituiva davvero una 'costante' della politica criminale già in epoche precedenti e, persino, nel periodo dello Stato autoritario e, cioè, anche dopo l'entrata in vigore del (nuovo) codice del 1930.

di una ritenuta perdurante meritevolezza di pena a fronte della rilevanza del bene giuridico protetto.

Analoghi criteri vengono seguiti nel 1986 ('*tre anni di pena detentiva*' come limite massimo edittale; '*quattro anni*' per il minore degli anni diciotto e per colui che avesse compiuto 65 anni) che prevedeva, peraltro, più limitate esclusioni oggettive.

Sino all'ultimo provvedimento del 1990 ove si prevedeva un significativo 'innalzamento' (sino a quattro anni) della pena detentiva di riferimento, ma congiuntamente si arricchiva, in modo significativo, il catalogo delle 'esclusioni oggettive' tenendo appunto fuori dalla portata operativa del provvedimento tutta una (lunga) serie di reati posti a tutela di beni giuridici ritenuti comunque di rilievo per la loro valenza pubblicistica o, comunque, collettiva.

Appunto a dimostrazione 'storico-legislativa' del fatto che anche l'impiego della clemenza – pur con riguardo ad illeciti presidiati da pene edittali contenute – non è (può non essere) 'indiscriminato'. E ad ulteriore, definitiva, riprova che l'uso della clemenza non è per nulla rimedio arbitrario, ma rappresenta (può rappresentare) invece strumento assolutamente idoneo a 'immediatamente' realizzare, in modo del tutto razionale, contingenti (e spesso proprio impellenti) esigenze di politica criminale[64] di un ordinamento (che voglia continuare a definirsi) civile.

[64] Si segnala giustamente "*l'insufficienza politico-criminale della non punibilità "ordinaria" a corrispondere alle esigenze di tutela che stanno a fondamento di una clemenza "ragionevole" sul piano politico-criminale: la prima è destinata, invero, a veicolare giudizi di immeritevolezza e/o inopportunità di pena in rapporto a 'tipi ipotetici' di fatti 'generali e astratti'; la seconda riflette il bisogno di sottrarre al corso "normale" della giustizia penale "microfenomeni" composti da fatti "tipici" già commessi che, per ragioni varie, appaiono collocabili nella zona dell'inutilità funzionale della pena così ricostruita in rapporto a compiti di prevenzione integratrice di matrice struttural/funzionale e non funzionalistico/sistemica*" (così Maiello, *La storia*, cit., 26).

Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità

Antonio Cavaliere*

Sommario: 1. Premessa. – **2.** Gli interventi limitati a Caivano. – **3.** Le norme in tema di prevenzione e repressione penale minorile. – **3.1.** (Segue) I reati in materia di armi, pubbliche intimidazioni armate e stupefacenti. – **4.** La modifica di disposizioni del procedimento penale minorile come strumento di "contrasto dei reati commessi da minori"? – **5.** Cenni sul trasferimento del giovane adulto verso un istituto penitenziario per adulti. – **6.** Le disposizioni in tema di "offerta educativa" e il nuovo reato di "inosservanza dell'obbligo di istruzione dei minori". – **7.** Cenni intorno alle "disposizioni per la sicurezza dei minorenni in ambito digitale".

ABSTRACT

Il lavoro analizza il decreto-legge in tema di contrasto al disagio giovanile e alla criminalità minorile, soffermandosi in particolare sulle disposizioni in tema di misure di prevenzione, sulle norme incriminatrici e sui vari inasprimenti sanzionatori, nonché sulle modifiche del procedimento penale a carico di minorenni e dell'esecuzione penitenziaria in rapporto ai giovani adulti. Viene sottoposta a critica non solo la mancanza di adeguati interventi di prevenzione primaria, ma la tendenza ad ampliare l'ambito del controllo penale e di polizia chiudendo, così, spazi per quegli interventi.

This paper examines the Law-decree against child distress and juvenile criminality, focussing on the provisions concerning preventive measures, criminal offences and increases of penalties, as well as the legislative changes regarding juvenile criminal procedure and detention rules. The lack of adequate social and cultural preventive interventions, and the tendency to the widening of penal and police control to the detriment of those interventions, are criticized.

1. Premessa.

Il cosiddetto decreto Caivano è stato emanato sull'onda emotiva generata nell'opinione pubblica dalla notizia di gravi reati di cui sono accusati anche minorenni; in particolare, violenze sessuali in danno di altri minorenni, commessi nel comune di Caivano (città metropolitana di Napoli). Ma nei mesi precedenti avevano suscitato giustificato allarme altre condotte violente realizzate da minorenni o giovani adulti, tra cui vanno ricordati due omicidi commessi in pieno centro di Napoli.

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

Il decreto-legge 15 settembre 2023, n. 123, conv. con modif. dalla l. 13 novembre 2023, n. 159, recante «Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale», si articola in IV capi: il primo concerne «Interventi infrastrutturali nel territorio del Comune di Caivano»; il secondo contiene «Disposizioni in materia di sicurezza e di prevenzione della criminalità minorile»; il terzo è intitolato «Disposizioni in materia di offerta educativa»; il quarto «Disposizioni per la sicurezza dei minori in ambito digitale».

2. Gli interventi limitati a Caivano.

Nel capo primo, che prevede interventi circoscritti – con un'unica eccezione – al solo Comune di Caivano, l'art.1, «al fine di fronteggiare le situazioni di degrado, vulnerabilità sociale e disagio giovanile presenti nel territorio del Comune di Caivano», istituisce un Commissario straordinario, il cui compito è «predisporre e attuare un piano straordinario di interventi infrastrutturali o di riqualificazione funzionale al territorio del predetto Comune, prevedendo, laddove occorra, anche una semplificazione per le procedure di concessione di immobili pubblici per fini sociali, con particolare riferimento al sostegno a enti del Terzo settore [...]». Il Commissario resta in carica un anno, prorogabile di un anno. Il piano comprende interventi per il risanamento del «centro sportivo ex Delphinia di Caivano», teatro degli abusi sessuali su cui si indaga.

I co. 6-7 dell'art. 1 prevedono inoltre che il Ministero dell'università e della ricerca finanzi, per il 2024, «specifici progetti finalizzati alla costruzione o rigenerazione di edifici e spazi nell'area del Comune di Caivano da destinare ad attività educative e formative, realizzati dalle istituzioni universitarie che hanno sede nella regione Campania». Viene poi previsto uno stanziamento per l'installazione di sistemi di videosorveglianza; e il Comune viene autorizzato ad assumere a tempo indeterminato 10 unità di personale della polizia locale, 3 unità di servizio sociale e 6 educatori scolastici.

Ancora, in base all'ultimo comma dell'art. 1, il Ministero per la famiglia, la natalità e le pari opportunità «promuove il potenziamento della rete territoriale antiviolenza nel comune di Caivano, ferme restando le competenze della regione Campania, avvalendosi delle risorse già previste a legislazione vigente». L'art. 1-*bis* contiene «Disposizioni per il rafforzamento della capacità amministrativa del comune di Caivano». L'art. 1-*ter*, «Intervento urgente in favore dei giovani di Caivano», stabilisce che «l'Agenzia italiana per la gioventù destina almeno un progetto annuale a Caivano al fine di promuovere l'attività giovanile, l'inclusione sociale e lo sviluppo culturale dei giovani residenti in questa area», senza nuovi oneri a carico della finanza pubblica.

L'art. 2, «Misure in favore dell'orientamento universitario e del supporto agli studenti del Comune di Caivano», prevede la stipula di un accordo di programma tra MUR e una o più Università campane, da attuare con risorse delle Università, «volto alla predisposizione di specifici percorsi di orientamento universitario finalizzati al supporto sociale, culturale e psicologico de-

gli studenti presso le scuole secondarie di secondo grado site nel territorio comunale di Caivano e nei comuni limitrofi». Si tratta dell'unica misura estesa a comuni "limitrofi".

Complessivamente, i contenuti del capo I spiegano perché nel dibattito pubblico si parli di 'decreto Caivano'. Si interviene, infatti, in modo emergenziale, creando una struttura commissariale *extra ordinem* a tempo determinato, su un solo Comune all'interno di un ampio territorio della città metropolitana di Napoli, che comprende tante altre zone caratterizzate da degrado non inferiore. Certamente è utile e necessario investire risorse ed assumere personale nel comune di Caivano; tuttavia, un intervento così puntiforme suscita perplessità sul piano dell'eguaglianza e della ristrettezza di prospettive, a fronte della necessità di un'ampia, generalizzata strategia di contrasto alle cause di un diffuso e grave malessere. Abusi e violenze sessuali su minorenni, ma anche altri gravi reati commessi da minorenni e/o nei loro confronti, si verificano, purtroppo, anche a Ponticelli o Marano di Napoli – ma anche, come ricordato, in pieno centro di Napoli –; dunque, al prossimo caso eclatante c'è forse da attendersi un 'decreto Ponticelli' o Marano, comprendente un intervento per la scuola o la palestra presso cui è stato commesso il reato? Certo, così procedendo, caso per caso, magari un giorno si potrebbe coprire, a macchia di leopardo, parte del territorio napoletano; ma vi sono zone gravemente disagiate, con carenze di infrastrutture, polizia e servizi sociali, ad esempio, anche a Palermo o in altre città, non solo meridionali, dove non mancano né il disagio minorile, né gli abusi sessuali o altri gravi reati commessi da minorenni o giovani adulti.

Per di più, alcuni degli interventi previsti paiono, purtroppo, piuttosto simbolici, com'è consueto nella legislazione emergenziale: si pensi all'irrealistica «promozione del potenziamento» della rete antiviolenza a Caivano «avvalendosi delle risorse già previste» – ossia a costo zero –, oppure alle attività di «orientamento universitario», laddove gli adolescenti di Caivano, come quelli di altre zone disagiate, avrebbero bisogno piuttosto e soprattutto di condizioni lavorative e/o reddituali familiari che permettano loro di proseguire gli studi, nonché di investimenti strutturali volti a migliorare la loro istruzione scolastica: tutto il contrario delle politiche di disinvestimento dalla scuola pubblica cui si assiste da tempo. Per altro verso, sicuramente sarà utile l'assunzione di dieci agenti di polizia municipale a Caivano; non risulta, però, che costoro abbiano compiti di prevenzione e contrasto del disagio e della violenza minorile e tantomeno della povertà educativa o della "sicurezza digitale" dei minori.

3. Le norme in tema di prevenzione e repressione penale minorile.

Il capo II, «Disposizioni in materia di sicurezza e di prevenzione della criminalità minorile», contiene norme in tema di c.d. DACUR (acronimo che indica il divieto di accedere a determinate zone dei centri urbani), misure di prevenzione e ammonimento, nonché norme penali relative ad armi e stu-

pefacenti e disposizioni concernenti il procedimento penale minorile e l'esecuzione penitenziaria. Tale disciplina, così come quella contenuta nei due capi successivi, trascende i ristretti confini di Caivano. Tuttavia, i contenuti dei capi II-IV confermano che, al di fuori del Comune di Caivano, non sono previsti investimenti urgenti destinati ai giovani, né in termini di infrastrutture, né di assistenti sociali; il capo III contiene investimenti per la scuola, ma di carattere limitato, specialmente a confronto con i disinvestimenti, tagli ed 'accorpamenti' che essa ha subito e continua a subire. Al di fuori di Caivano, in sostanza, gli interventi previsti sono pressoché esclusivamente di tipo penale o parapenale.

Nel capo II, sul versante della prevenzione sociale è prevista soltanto, all'art. 3-*bis*, l'istituzione, presso il Ministero dell'Interno, di un «Osservatorio sulle periferie», al quale vengono assegnati compiti di mera promozione di «iniziative finalizzate al monitoraggio delle condizioni di vivibilità e decoro delle aree periferiche delle città», di incentivazione di «iniziative di formazione e promozione della cultura del rispetto della legalità, con particolare riferimento alle giovani generazioni»; di studio ed analisi per la formulazione di «proposte idonee alla definizione di iniziative di supporto agli enti e alle istituzioni coinvolti nelle problematiche in oggetto»; e di promozione del «raccordo» e «scambio informativo tra tutti i soggetti competenti nelle materie di cui al presente comma». Già l'istituzione dell'Osservatorio presso il Ministero dell'Interno anziché, ad esempio, presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali o dell'istruzione o della famiglia o dei giovani (perché, com'è noto, l'attuale Governo comprende un Ministero curiosamente denominato «dello sport e dei giovani»), indica una visuale di 'osservazione' prevalentemente securitaria; quanto ai vari compiti di monitoraggio, incentivazione di iniziative, proposte e scambi di informazioni, è difficile sottrarsi alla sensazione di mera simbolicità dell'istituzione di un organismo che – come dispone a mo' di eloquente chiusura il co. 5 – dovrà operare «senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica».

In realtà, come vedremo, l'idea di prevenzione sottesa al provvedimento è, in misura nettamente prevalente, non quella sociale, economica, culturale, ma quella preventiva di polizia.

In tal senso sono emblematiche le disposizioni in tema di c.d. DACUR, foglio di via, avviso orale ed ammonimento. Esse si basano talora su meri elementi di fatto, indizi o sospetti, e comunque prescindono da una condanna penale definitiva, mirando a prevenire reati futuri. In tal senso, si tratta sostanzialmente di misure di prevenzione personali, limitative delle libertà individuali, in particolare della libertà di circolazione. Misure che, sul piano sostanziale, sono molto prossime a quelle anche formalmente penali.

In effetti, negli ultimi tempi, non solo nella comunicazione politico-mediatica, ma anche nella dottrina penalistica ed in giurisprudenza, si ripropone periodicamente un pernicioso e risalente equivoco: quello secondo cui le misure di prevenzione e gli analoghi istituti menzionati non sarebbero misure penali, perché mirano alla prevenzione dei reati, mentre il diritto pena-

le avrebbe una diversa funzione, quella della repressione dei reati. Quando, dunque, si sostiene l'importanza di prevenire i reati anziché punirli, si finisce per intendere che sia necessario intervenire mediante misure di prevenzione *ante* o *praeter delictum* o di polizia.

L'equivoco è duplice. Per un verso, il diritto penale della Costituzione italiana, di altre Costituzioni da stato sociale di diritto e delle stesse Carte europee dei diritti, non è un diritto penale orientato alla mera retribuzione, ma a finalità di prevenzione, generale e speciale; dunque, la sanzione penale (pena o misura) si legittima nei limiti in cui sia necessaria ed utile per finalità di prevenzione – dovendo tendere *in primis* alla rieducazione, art. 27 co. 3 Cost. – e non di mera e sterile 'repressione'. La contrapposizione tra prevenzione e repressione penale è fuorviante, nel senso che serve a nascondere altro: e cioè a definire alcune misure, che incidono notevolmente sulla libertà personale o su altri diritti fondamentali della persona, quali 'non penali', e neppure *lato sensu* 'punitive', in quanto orientate non alla repressione, ma alla prevenzione. E quella contrapposizione serve pure a sostenere che la prevenzione, diversamente dalla 'repressione' penale, potrebbe legittimamente intervenire *ante* o *praeter delictum*, ovvero a prescindere dalla (prova in un giusto processo penale della) commissione di un reato. Dunque, ben vengano, secondo tale orientamento, nuove misure di prevenzione, il DACUR, l'ammonimento e così via: sono tutti strumenti di una prevenzione intesa nel senso dell'anticipazione della soglia di tutela e di intervento in funzione di polizia. Il diritto penale richiede la commissione – e la prova – di un reato; il diritto di polizia interviene prima e a prescindere da ciò. Con un preoccupante corollario: perché le misure di prevenzione/polizia siano efficaci, si ritiene necessario che la mera disobbedienza alle prescrizioni imposte con tali misure costituisca reato e sia sanzionata più severamente che in passato.

Ma, come ho accennato, l'equivoco è duplice, perché riguarda pure un ulteriore aspetto. Assegnare il compito di 'prevenire i reati' alle misure di prevenzione *ante* o *praeter delictum* significa incentrare la prevenzione su misure sanzionatorie di polizia, dal contenuto più o meno afflittivo, anziché su una diversa specie di prevenzione – ben più di ampio respiro, inclusiva ed efficace, oltre che non invasiva –: quella primaria, di ordine sociale, economico, culturale. Non è un caso che nel decreto di cui si discute manchino interventi volti ad assicurare al minorenne la possibilità di crescere in un'abitazione dignitosa e non in un angusto e magari fatiscente 'basso'; a garantire al minorenne sostegni economici sufficienti a permettergli di crescere senza dover lavorare per guadagnare da vivere per sé e per i propri familiari, prima di aver terminato la scuola dell'obbligo; a rendere effettivo il diritto allo studio, a partire dall'autentica gratuità dell'istruzione e dell'accesso a strumenti informatici e telematici di apprendimento e di informazione; ad assicurare al minorenne ed alla sua famiglia il sostegno e l'aiuto dei servizi sociali; a rendere disponibili a tutti i minorenni – specialmente a quelli che non possano permettersi svaghi costosi – spazi pubblici ricreativi e culturali, pure al di fuori del Comune di Caivano...; a permettere a quei minorenni di crescere in

quartieri dotati di servizi pubblici adeguati, etc. In luogo di tutto ciò e salvo qualche provvedimento del tutto insufficiente in tema di scuola, al di fuori del solo Comune di Caivano si esalta una visione autoritaria della prevenzione, incentrata sull'intervento anticipato delle forze dell'ordine.

Le singole disposizioni del capo II si iscrivono chiaramente in un tale ordine di idee securitario, contenendo una serie di anticipazioni della soglia di intervento di polizia ed inasprimenti sanzionatori. Infatti, l'art. 3 d.l. n. 123/2023, significativamente rubricato «disposizioni in materia di misure di prevenzione a tutela della sicurezza pubblica e della sicurezza delle città», al co. 1 modifica il c.d. decreto Minniti, n. 13/2017, conv. dalla l. n. 46/2017, e al co. 2 modifica il d.lgs. n. 159/2011, ovvero il 'codice' delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione.

Nell'art. 3 co. 1 d.l. n. 123/2023 viene esteso ai minorenni dai quattordici anni in su il c.d. DACUR previsto dall'art. 10 del decreto Minniti, disposto dal Questore; l'ulteriore divieto, previsto dall'art. 13 d.l. n. 14/2017, di accedere a locali pubblici e di avvicinarsi agli stessi o a scuole e sedi universitarie – che il Questore, per vaghe ragioni di "sicurezza", poteva già disporre a carico di un soggetto condannato con sentenza «anche non definitiva» o addirittura soltanto "denunciato" per reati di vendita o cessione di stupefacenti, di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309/1990 – viene ora esteso a tutti i reati previsti da tale articolo, compresi ad es. l'acquisto, la mera offerta o il passare ad altri; e viene inasprita la sanzione penale per l'inosservanza del provvedimento del Questore, che, dalla reclusione da sei mesi a due anni più la multa da 8.000 a 20.000 euro, diviene la reclusione da uno a tre anni e la multa da 10.000 a 24.000 euro. Analogamente, il divieto di cui all'art. 13-*bis* d.l. n. 14/2017, relativo all'accesso a pubblici esercizi e «locali di pubblico trattenimento» ed alle loro vicinanze, che il Questore, in base al d.l. n. 130/2020, conv. dalla l. n. 173/2020, può disporre, sempre per vaghe ragioni di pericolo per la "sicurezza", a carico di persone anche solo "denunciate", viene esteso alla denuncia – o alla condanna «anche non definitiva» – per il reato di cui all'art. 4 l. n. 110/1975 e per i reati di violenza o minaccia e resistenza a pubblico ufficiale, artt. 336-337 c.p.; e la sanzione penale per l'inosservanza del provvedimento viene inasprita nella stessa misura appena riportata.

Appare evidente come sulla base di tale normativa sia possibile un invasivo intervento di polizia *praeter delictum*: il minorenne è stato soltanto denunciato – magari dalle stesse forze dell'ordine – per un reato e, quindi, dovrebbe valere senza la minima ombra di dubbio – e, si badi, fino alla condanna definitiva e non soltanto in primo o secondo grado! – la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 co. 2 Cost. Risulta manifestamente incostituzionale una limitazione della libertà di circolazione a carico di una persona che va presunta innocente, e su cui, in caso di violazione di un provvedimento del Questore emanato per vaghe ragioni di "sicurezza", incombe una sanzione penale detentiva e pecuniaria sproporzionata: eloquente, in proposito, il raffronto con le pene previste dall'art. 650 c.p., la contravvenzione generale in tema di inosservanza di provvedimenti dell'Autorità.

Per altro verso, il mero inasprimento delle sanzioni già previste presenta un carattere simbolico e demagogico, verosimilmente privo di qualsiasi reale efficacia in termini di prevenzione generale e speciale.

Considerazioni analoghe valgono per la modifica della disciplina del foglio di via obbligatorio, introdotta dall'art. 3 co. 2 d.l. n. 123/2023, che prevede tra l'altro la sostituzione della sanzione – prevista *ex* art. 76 co. 3 d.lgs. n. 159/2011 per l'inosservanza del provvedimento del Questore – dell'arresto da uno a sei mesi con la reclusione da sei a diciotto mesi e con la multa fino a 10.000 euro. Un ulteriore giro di vite repressivo nel settore delle misure *ante delictum*.

Seguendo lo stesso orientamento appena sottoposto a critica, l'art. 5 co. 1 d.l. n. 123/2023, «Disposizioni in materia di prevenzione della violenza giovanile» – ma, ancora una volta, si tratta solo di una 'prevenzione repressiva' – estende la disciplina dell'avviso orale di cui all'art. 3 d.lgs. n. 159/2011 ai minorenni dai quattordici anni in su, prevedendo che, in riferimento ai soggetti "avvisati" che risultino condannati, anche con sentenza non definitiva, per qualunque delitto contro la persona o il patrimonio, il Questore possa proporre al Tribunale per i minorenni l'applicazione del divieto di utilizzare piattaforme o servizi informatici e telematici e di possedere o utilizzare telefoni cellulari ed altri dispositivi di comunicazione, quando sono stati utilizzati per le «condotte che hanno determinato l'avviso»; divieto che può durare fino a due anni. La violazione di uno di tali divieti viene resa punibile con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da euro 1.549 a euro 5.164, attraverso un rinvio all'art. 76 co. 2 d.lgs. n. 159/2011.

Dunque, l'avviso orale, emanato sulla base di meri "indizi" – come espressamente li definisce l'art. 3 d.lgs. n. 159/2011 – relativi ad una delle 'fattispecie di sospetto' di cui all'art. 1 dello stesso d.lgs., può dar luogo, in base allo *status* di soggetto eventualmente ancora non condannato definitivamente per condotte quali, ad esempio, un furto anche lieve o una minaccia – condotte, si osservi, in astratto diverse da quelle che hanno dato luogo all'avviso orale –, alla sanzione del divieto d'accesso a telefonini e dispositivi elettronici, alquanto afflittiva, com'è intuibile, specialmente in relazione ad un minorenne o un giovane adulto. E la violazione del divieto è sanzionata anche con pena detentiva.

Il legislatore, qui come in rapporto alle sanzioni precedentemente citate, non si cura dei gravi rischi di desocializzazione connessi alla carcerazione di minorenni e la prevede per condotte di mera trasgressione a provvedimenti dell'Autorità, fondati in ultima analisi su meri sospetti e *status* soggettivi.

Ai co. 2 ss. dell'art. 5 d.l. n. 123/2023 viene inoltre prevista l'applicabilità a minorenni, in due diverse ipotesi, della procedura di ammonimento di cui all'art. 8, co. 1-2, d.l. n. 11/2009, conv. con modif. dalla l. n. 38/2009, prevista originariamente quale misura di polizia precedente alla presentazione di una querela per il delitto di atti persecutori e, ora, anche per il delitto di cui all'art. 612-*ter* c.p. Ai minorenni dai quattordici anni in su l'ammonimento è applicabile «fino a quando non è proposta querela o non è presentata denuncia per

taluno dei reati di cui agli articoli 581, 582, 610, 612 e 635 del codice penale, commessi da minorenni di età superiore agli anni quattordici nei confronti di altro minorenne». Ai minorenni tra i dodici e i quattordici anni, invece, l'ammonimento si applica «qualora il fatto commesso da un minore di età compresa fra i dodici e i quattordici anni sia previsto dalla legge come delitto punito con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni», art. 5 co. 5 d.l. n. 123/2023.

Peraltro, in base al principio di legalità ed al rinvio ai soli co. 1-2 dell'art. 8 d.l. n. 11/2009, deve ritenersi che, in questa come nell'ulteriore ipotesi relativa a minorenni dai dodici ai quattordici anni, non siano applicabili i commi successivi dell'art. 8, in particolare l'aumento di pena di cui al co. 3; l'unica conseguenza dell'ammonimento, di competenza del Questore, risulta essere dunque l'adozione di provvedimenti in materia di armi e munizioni, di cui al co. 2. I co. 4 e 7 dell'art. 8 dispongono che gli effetti dell'ammonimento cessano al compimento della maggiore età, potendo dunque persistere, nelle due diverse ipotesi, fino a quattro o sei anni.

La disciplina presenta alcune incongruenze, come quella connaturata alla consueta elencazione casistica emergenziale – che nell'ipotesi di cui all'art. 5 co. 2 d.l. n. 123/2023 stranamente non include, ad esempio, gli artt. 611 e 613 c.p. – oppure il riferimento testuale, nell'ipotesi dell'ammonimento dell'infraquattordicenne, ad un «fatto commesso» quale presupposto dell'ammonimento, laddove un procedimento penale volto all'accertamento del "fatto" non è neppure iniziato: il che tradisce un orientamento legislativo, di problematica legittimità costituzionale, che equipara sospetto di polizia e prova processuale di un «fatto commesso»! Inoltre, appare singolare il dato per cui il minorenne possa essere ammonito solo tra i dodici e i quattordici anni per qualunque delitto punibile con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, mentre dai quattordici anni in su possa esserlo solo per alcuni delitti elencati tassativamente; ciò si può forse spiegare – ma non certo giustificare – solo con la volontà del legislatore di intimidire più ampiamente gli infraquattordicenni, in quanto non sottoponibili a pena; peraltro, essi sarebbero pur sempre assoggettabili a misura di sicurezza.

Ad ogni modo, ciò che più desta riserve è l'estensione dell'intervento di polizia *praeter delictum* o *praeter probationem delicti*, sulla base di accertamenti curati dal Questore, nei confronti di minorenni, anche al di sotto dei quattordici anni, ed anzi proprio in tale ipotesi su larga scala. In tal modo si decreta la 'schedatura' di minorenni – si tratta di provvedimenti che rappresenteranno precedenti giudiziari – e, dunque, una prima stigmatizzazione ed intimidazione, di efficacia, peraltro, alquanto dubbia, fino a poter risultare controproducente sul piano dell'integrazione sociale; occorre tener conto, infatti, del dato per cui, al di là dell'ammonimento del Questore e dunque della prevenzione di polizia, non viene previsto alcun intervento in chiave di prevenzione primaria, ad esempio in termini di assistenza sociale estesa alla famiglia, come sarebbe da attendersi, in una fase in cui, per di più, manca ancora una denuncia o querela.

Per il titolare del «dovere di sorveglianza» o di «obblighi educativi» nei confronti del dodicenne o tredicenne è prevista, invece, una sanzione pecuniaria amministrativa da 200 a 1.000 euro, irrogata dal Prefetto, art. 5 co. 8-9, salvo che egli «non provi di non aver potuto impedire il fatto»; ma il "fatto", in mancanza di un pieno accertamento del reato e persino dell'avvio di un procedimento penale, si ritiene sufficientemente provato in base agli accertamenti curati dal Questore, secondo una logica, ancora una volta, scopertamente da misura di polizia.

3.1. (Segue) I reati in materia di armi, pubbliche intimidazioni armate e stupefacenti.

Il diffuso allarme sociale suscitato da reati violenti e comportamenti intimidatori realizzati mediante armi ha indotto Governo e Parlamento ad inasprire, con l'art. 4 d.l. n. 123/2023, le sanzioni penali previste per le contravvenzioni in tema di porto d'armi di cui all'art. 4 l. n. 110/1975, ad introdurre all'art.4-*bis* della stessa legge un delitto di porto d'armi per cui non è ammessa licenza e a trasferire nel codice penale, all'art. 421-*bis*, il delitto di "pubblica intimidazione con uso di armi", già previsto all'art. 6 l. n. 895/1967, modificato con l. n. 497/1974 ed ora abrogato.

La prima modifica consiste semplicemente nel rituale, simbolico aumento di pene, di efficacia deterrente alquanto problematica, com'è noto fin dai tempi di Beccaria. La seconda presenta lo stesso carattere di simbolicità, ma anche profili di sproporzione ed irragionevolezza: per il delitto di porto d'armi di cui all'art. 4-*bis*, un reato-ostacolo, viene prevista la reclusione da uno a tre anni, ovvero una pena uguale nel massimo e più elevata nel minimo rispetto alla lesione personale di cui all'art. 582 co. 1 c.p., che, com'è noto, richiede l'aver cagionato una "malattia" di durata fino a quaranta giorni. Ma l'art. 4-*bis* contiene anche l'elencazione – ormai rituale nella legislazione emergenziale – di circostanze aggravanti ad effetto speciale, che comportano l'aumento della pena da un terzo alla metà; per cui, se, per citare alcune delle numerose ipotesi previste, il fatto è commesso "in un luogo in cui vi sia concorso o adunanza di persone" – praticamente qualunque zona urbana non deserta… – o in "giardini pubblici" o presso "luoghi destinati alla sosta o alla fermata di mezzi di pubblico trasporto", la pena diventa la reclusione da un anno ed otto mesi a quattro anni e sei mesi.

La terza modifica, come accennato, consiste nel semplice trasferimento nel codice penale di una disposizione già vigente, con lo stesso tenore letterale, prevedendo l'aumento – tutt'altro che ragionevole – del minimo edittale da uno a tre anni: in base al nuovo art. 421-*bis* c.p., "chiunque, al fine di incutere pubblico timore o di suscitare tumulto o pubblico disordine o di attentare alla sicurezza pubblica, fa esplodere colpi di arma da fuoco o fa scoppiare bombe o altri ordigni o materie esplodenti, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione da tre a otto anni".

Certamente, il fenomeno delle cosiddette 'stese', verificatesi in anni recenti più volte anche nel pieno centro di Napoli, desta giustificato e grave allarme. Tuttavia, ciò non esime il legislatore dall'osservanza di principi costituzionali come quelli di determinatezza, offensività e ragionevolezza; e questo vale per il legislatore del 1967, per quello del 1974 e per quello attuale, visto che si tratta di una disposizione che esiste da tempo e la cui reale efficacia dipende, come sempre, dall'effettività di controlli e sanzioni, piuttosto che dalla durezza delle pene astrattamente previste. La necessaria osservanza dei principi appena ricordati comporta l'inutilizzabilità, in una norma incriminatrice, di espressioni vaghe come "tumulto o pubblico disordine" e la necessità del requisito dell'idoneità, in luogo del riferimento soggettivistico al "fine di...". Scritta in quei termini, la disposizione risulta applicabile persino ai 'botti' di fine d'anno, fatti scoppiare a sorpresa anche in altri giorni, ed indubbiamente realizzati con "materie esplodenti", non insovente anche con il proposito di "incutere pubblico timore" o quantomeno di "suscitare tumulto o pubblico disordine" nel vicinato!

Ma – anche al di là di simili ipotesi – quella cornice edittale, con un minimo edittale di tre anni di reclusione, appare comunque sproporzionata, tenuto conto che, ad esempio, persino per un tentativo di lesione personale il massimo edittale è di due anni; e per un omicidio colposo è di 5 anni. Se, poi, dal delitto di cui all'art. 421-*bis* c.p. deriva la morte di un uomo, ai sensi dell'art. 586 c.p. si applica, per la morte, la pena fino a 6 anni e 8 mesi, ancora una volta inferiore al massimo edittale previsto per la mera "pubblica intimidazione". Esiti simili risultano difficilmente giustificabili, pur tenendo conto dell'innegabile necessità di una tutela anticipata di interessi collettivi, da individuarsi correttamente non nell'"ordine" o nella "sicurezza", ma nell'incolumità e nella libertà morale pubblica, quest'ultima indubbiamente comprensiva della libertà da intimidazioni.

Non è in questione, dunque, la necessità di tutela, ma la conformità ai principi costituzionali dei mezzi e delle tecniche di tutela a tale scopo impiegati. D'altronde, come ho accennato, sul piano dell'effettività appare illusorio confidare in meri aumenti di pena astratta: occorrerebbe, invece, anche sul piano del controllo penale, investire risorse per assicurare un reale controllo del territorio da parte delle forze dell'ordine ed un'efficiente amministrazione della giustizia.

Tra gli inasprimenti sanzionatori introdotti, minaccia di avere un forte impatto in termini di incarcerazioni quello introdotto dall'art. 4 co. 3 d.l. n. 123/2023 in materia di condotte di "lieve entità" in materia di stupefacenti, art. 73 co. 5 d.P.R. n. 309/1990. E ciò non perché l'aumento della durata massima della reclusione da quattro anni a cinque anni sia in sé elevato; anche se, francamente, un massimo edittale di cinque anni per un fatto di "lieve entità" costituisce una contraddizione in termini, che rivela una logica improntata al tipo d'autore. Neppure può ritenersi che da un tale aumento di pena ci si possa seriamente attendere un più efficace contrasto, sul piano generale, delle condotte punibili. Tuttavia, la previsione di un impatto rilevante in termini di

aumento della popolazione carceraria dipende principalmente dal dato per cui l'inasprimento della sanzione risulta idoneo a provocare – anche in collegamento con ulteriori inasprimenti previsti a carico di minorenni, di cui si dirà più avanti – un aumento della custodia cautelare in carcere – com'è noto, applicabile *ex* art. 280 co. 2 c.p.p. ai delitti punibili con la reclusione non inferiore nel massimo proprio a cinque anni – e, quindi, del già grave sovraffollamento; oltretutto, aumentando la popolazione detenuta composta da giovani che, per lo più, sono soggetti marginali, non di rado stranieri e/o assuntori di sostanze stupefacenti o addirittura tossicodipendenti. Ma, anche se non lo sono, sono comunque spesso ragazzini, per i quali l'esperienza del carcere avrà verosimilmente effetti psicologici e sociali traumatici e desocializzanti. D'altronde, sostenere che la carcerazione preventiva possa qui risultare 'utile' in chiave di prevenzione speciale ed in particolare di intimidazione individuale del minorenne equivale a violare la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 co. 2 Cost., in virtù del quale la custodia cautelare non può e non deve mai fungere da 'assaggio' o 'anticipazione' di pena!

Il legislatore, nel 2014, era intervenuto riducendo il massimo edittale da cinque a quattro anni proprio al fine di ridurne gli effetti carcerogeni in termini di custodia cautelare. Ora, a contrario, il legislatore persegue consapevolmente proprio l'espansione della custodia cautelare in carcere.

Oltretutto, si tratta dell'ennesima manifestazione del fenomeno, che rappresenta una grave distorsione sul piano dei principi costituzionali, per cui la misura della pena non viene fissata in relazione alla proporzione con il reato commesso ed alla necessità ed idoneità in rapporto agli scopi della pena stessa, bensì in maniera strumentale all'applicabilità di istituti processuali – si pensi ad arresto, custodia cautelare, intercettazioni, patteggiamento – oppure, talvolta, al fine di perseguire effetti in tema di prescrizione del reato.

L'art. 4 co. 3 d.l. n. 123/2023 introduce, alla fine dell'art. 73 co. 5 t.u. stupefacenti, un'ulteriore disposizione: «Chiunque commette uno dei fatti previsti dal primo periodo è punito con la pena della reclusione da diciotto mesi a cinque anni e della multa da euro 2.500 a euro 10.329, quando la condotta assume caratteri di non occasionalità». La sanzione prevista è più elevata nel solo minimo rispetto a quella prevista per il fatto di lieve entità: per la precisione, il triplo del minimo di pena detentiva e il doppio del minimo di pena pecuniaria. Posto che, naturalmente, l'accertamento della "non occasionalità" non presuppone una vera e propria recidiva, si richiede una pluralità di condotte realizzate non contestualmente, perché altrimenti andrebbero considerate come una condotta unica.

Non è ben chiaro se il legislatore abbia voluto introdurre un'ipotesi circostanziale o un reato autonomo. In ogni caso, si tratta di un'ipotesi intermedia tra il fatto di lieve entità e il reato-base di cui all'art. 73 co. 1 e 4 t.u. stupefacenti, che potrà dar luogo ad incertezze applicative. L'effetto che il legislatore pare perseguire è semplicemente quello di un inasprimento sanzionatorio nell'ipotesi di condotta lieve non occasionale: ma proprio l'aumento della pena minima addirittura del triplo e, dunque, fino a un anno e mezzo di re-

clusione, per una condotta comunque di lieve entità (!), risulta espressione di un diritto penale del tipo d'autore "non occasionale" ed è chiaramente orientato a rendere più probabile l'ingresso in carcere per fatti, per definizione, di esiguo disvalore oggettivo, in contrasto con i principi di proporzione e di offensività.

Qualora ve ne fosse bisogno, un'ulteriore, inquietante testimonianza di una sproporzionata repressione di fatti di lieve entità – occasionali e non – sta nella previsione, al co. 3-*bis* dell'art. 4 d.l. n. 123/2023, della modifica dell'art. 85-*bis* d.P.R. n. 309/1990 nel senso dell'estensione della confisca allargata di cui all'art. 240-*bis* c.p. a tutte le ipotesi di cui all'art. 73 co. 5 del citato d.P.R.

4. La modifica di disposizioni del procedimento penale minorile come strumento di "contrasto dei reati commessi da minori"?

L'art. 6 del c.d. decreto Caivano è rubricato "Disposizioni in materia di contrasto dei reati commessi dai minori". Il lettore che si aspettasse di leggere ancora altre norme di diritto penale sostanziale rimarrebbe deluso: l'articolo contiene infatti disposizioni relative al procedimento penale a carico di imputati minorenni. Il carattere fuorviante – per usare un eufemismo – della rubrica appare emblematico di un'inquietante concezione del legislatore, secondo cui le regole del procedimento penale non servirebbero all'accertamento di fatti e responsabilità, ma 1) al "contrasto" e 2) di "reati commessi"! Si tratta di idee palesemente confliggenti non solo con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 co. 2 Cost., ma con l'insieme dei principi elementari del procedimento penale.

Le disposizioni contenute nell'art. 6 convergono nel senso del peggioramento della situazione giuridica dell'indagato/imputato minorenne, in particolare prevedendo più ampie restrizioni della sua libertà personale, nonché limiti all'accesso alla sospensione con messa alla prova.

Anzitutto, viene ampliato il novero dei reati per cui può aver luogo l'accompagnamento coattivo in flagranza di cui all'art. 18-*bis* d.P.R. n. 448/1988. Viene, poi, abbassato da cinque a quattro anni il limite di pena massima della reclusione cui è vincolata la possibilità di disporre misure diverse dalla custodia cautelare; in tal modo si rende, ad esempio, possibile una più ampia applicazione al minorenne del collocamento in comunità, che è pur sempre una misura limitativa della libertà personale. Ancora, la disciplina in tema di collocamento in comunità quale misura cautelare viene inasprita in riferimento alla violazione delle prescrizioni o all'allontanamento ingiustificato da parte del minorenne: diviene così possibile, in rapporto ai delitti per cui è previsto un massimo edittale non inferiore – non più a cinque, ma – a quattro anni, la sostituzione con la custodia cautelare in carcere minorile (ovvero, istituto penale per minorenni), e viene eliminato il limite massimo di durata di un mese per tale ipotesi di custodia in carcere. La sostituzione del collocamento in comunità con la custodia in carcere viene prevista come possibile pure in caso di aggravamento delle esigenze cautelari.

Ma l'inasprimento più drastico concerne la disciplina della custodia cautelare (in carcere). L'art. 6 co.1 lett. c) d.l. n. 123/2023 modifica l'art. 23 d.P.R. n. 448/1988 ammettendo tale custodia in relazione al procedimento per delitti non colposi punibili con l'ergastolo o la reclusione non inferiore a sei anni – abbassando cioè il limite per la reclusione di ben tre anni –, inserendo tra gli ulteriori delitti per cui è ammessa la custodia cautelare persino la violenza e la resistenza a pubblico ufficiale, anche solo tentate, e tutti i delitti di cui all'art. 73 t.u. stupefacenti, compresi i fatti di lieve entità! Inoltre, viene reintrodotta tra le esigenze cautelari che possono giustificare la misura quella della fuga o del pericolo di fuga, originariamente prevista dall'art. 23 d.P.R. n. 448/1988, ma poi fatta oggetto della sent. Corte cost. n. 359/2000, che aveva dichiarata illegittima la disposizione per eccesso di delega, in quanto tale ipotesi non era prevista dalla legge delega per la riforma del processo penale a carico di imputati minorenni. La Corte, nel *considerato in diritto*, n. 2, aveva significativamente osservato che "la diversa disciplina prevista dal legislatore delegante, rispettivamente per gli indagati maggiorenni e per quelli minori di età, discende presumibilmente dal disfavore del legislatore per l'utilizzo del carcere nei confronti dei minori, anche in coerenza con i principi affermati a livello internazionale riguardo al diritto penale minorile". Ebbene, con il c.d. decreto Caivano quel disfavore è palesemente venuto meno! Pure la disciplina dei termini massimi di durata della custodia cautelare per minorenni, di cui all'art. 23 co. 3 d.P.R. n. 448/1988, viene resa più severa.

Complessivamente, questa parte del d.l. Caivano esprime chiaramente l'opzione politico-criminale per una più frequente restrizione della libertà personale degli imputati minorenni, in particolare con l'esteso ricorso alla custodia in carcere. Si tratta di un'opzione in contrasto con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 co. 2 Cost. e con la diffusa consapevolezza del carattere fortemente desocializzante, quando non addirittura criminogeno, del carcere, specialmente in rapporto ad un minorenne. L'uso della custodia cautelare, come viene suggerito già dalla rubrica dell'art. 6, in termini di "contrasto dei reati", dà luogo ad un'inaccettabile anticipazione della pena, in chiave di rassicurazione simbolica dei consociati e di sterile castigo intimidatorio nei confronti dell'indagato/imputato.

L'aumento del ricorso all'affidamento in comunità ed alla custodia cautelare in carcere comportano il concreto rischio di sovraffollamento e quindi di peggioramento delle condizioni del minorenne privato della libertà personale all'interno sia delle comunità che degli istituti penali per minorenni. Anche sotto tale punto di vista, nell'interesse dei minorenni e della collettività si dovrebbe piuttosto puntare sul potenziamento, con risorse adeguate, dei servizi sociali territoriali.

Quanto alla sospensione del procedimento con messa alla prova, l'art. 6 co. 1 lett. c-*bis* d.l. n. 123/2023 introduce un nuovo art. 28 co. 5-*bis* d.P.R. n. 448/1988, che prevede le seguenti esclusioni: «Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano ai delitti previsti dall'articolo 575 del codice penale, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 576, dagli articoli

609-*bis* e 609-*octies* del codice penale, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 609-*ter*, e dall'articolo 628, terzo comma, numeri 2), 3) e 3-*quinquies*), del codice penale».

Non può essere questa la sede per una presa di posizione generale sull'istituto della sospensione con messa alla prova, nei suoi controversi rapporti, in particolare, con la presunzione di non colpevolezza fino alla condanna definitiva di cui all'art. 27 co. 2 Cost., e con la mancanza di un pieno accertamento del fatto e della responsabilità dell'autore; così come non può essere affrontato il tema del nesso tra un tale provvedimento e la funzione della pena in rapporto ad autori minorenni di reati anche gravissimi. Può essere, invece, rilevato che le esclusioni appena menzionate risultano irragionevoli, sia perché sono automatiche – come vedremo tra breve –, sia per il loro taglio casistico: ad esempio, vengono escluse solo talune ipotesi – ma non tutte – di rapina aggravata, mentre non viene esclusa alcuna ipotesi di estorsione aggravata.

Sotto il profilo della ragionevolezza, suscita riserve l'esclusione automatica della sospensione con messa alla prova in rapporto a tutti i minorenni imputati per il reato di violenza sessuale aggravato *ex* art. 609-*ter* c.p. Naturalmente, si tratta di un'esclusione da sbandierare in un decreto che nasce sull'onda emotiva suscitata dalla notizia di gravi reati sessuali nei confronti di minorenni. Tuttavia, risulta sproporzionata una reazione legislativa che giunge escludere dalla sospensione con messa alla prova l'imputato per qualunque ipotesi di violenza sessuale – comprensiva, com'è noto, di qualsiasi atto sessuale – qualora nell'imputazione si ravvisi la commissione, ad esempio, in danno di qualunque persona "minore di anni diciotto", come prevede l'art. 609-*ter* n. 5 c.p., o anche in danno di persona maggiorenne, ma legata prima o al momento del fatto da relazione affettiva con il minorenne imputato, art. 609-*ter* n. 5-*quater* c.p. La tecnica casistica, unitamente al carattere populistico e alla frettolosità della formulazione del d.l., dà luogo ad esiti irragionevolmente discriminatori, da diritto penale dell'autore.

Tralascio, per ragioni di economia del presente lavoro, il nuovo "percorso di rieducazione del minore" introdotto dall'art. 8 d.l. n. 123/2023, attivabile ad iniziativa dal pubblico ministero nel corso di indagini preliminari relative a reati "per i quali la legge stabilisce una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione" o la pena pecuniaria, sola o congiunta, qualora non rivestano "particolare gravità"; rilevo soltanto che si tratta di un percorso rieducativo che, addirittura, si attiva nei confronti di un soggetto non ancora imputato, ma meramente indagato, con la previsione di un programma comprendente mesi di attività lavorative.

5. Cenni sul trasferimento del giovane adulto verso un istituto penitenziario per adulti.

L'art. 9 del cosiddetto d.l. Caivano prevede che, su richiesta del direttore dell'Istituto penale per minorenni, il magistrato di sorveglianza possa di-

sporre il trasferimento del giovane adulto ventunenne ivi detenuto per fatti commessi quando era minorenne, quando, "alternativamente: *a)* con i suoi comportamenti compromette la sicurezza ovvero turba l'ordine negli istituti; *b)* con violenza o minaccia impedisce le attività degli altri detenuti; *c)* nella vita penitenziaria si avvale dello stato di soggezione da lui indotto negli altri detenuti". Se tali ipotesi ricorrono cumulativamente, anche il maggiorenne infraventunenne può essere trasferito. Il co. 2 dell'art. 9 dispone che il magistrato di sorveglianza possa negare il trasferimento "solo per ragioni di sicurezza, anche del detenuto medesimo".

Certamente, alle condizioni previste – invero, però, alquanto vaghe, relativamente alle lettere a) e c) – il trasferimento può essere salutare per gli altri detenuti presso l'i.p.m. Tuttavia, dal punto di vista delle *chances* di rieducazione anche di un detenuto prepotente, ma pur sempre giovane adulto, autore di uno o più reati quando era minorenne, il trasferimento in un istituto per adulti può risultare fortemente controproducente, e non "solo per ragioni di sicurezza". Una soluzione preferibile, a mio sommesso avviso, sarebbe la mera adozione, all'interno dell'i.p.m., di provvedimenti idonei ad impedire la prosecuzione delle condotte poc'anzi elencate. Anche sotto tale profilo, il decreto Caivano adotta invece un'impostazione sterilmente repressivo-deterrente, che può dar luogo ad esiti criminogeni, disastrosi per il futuro del detenuto trasferito e pregiudizievoli per la collettività.

6. Le disposizioni in tema di "offerta educativa" e il nuovo reato di "inosservanza dell'obbligo di istruzione dei minori".

Il capo III del decreto è rubricato "Disposizioni in materia di offerta educativa". Esso contiene sostanzialmente le uniche misure in chiave di prevenzione sociale – alle disposizioni relativa alla "sicurezza dei minori in ambito digitale" accennerò più avanti – che vadano al di là dei confini di Caivano. Si tratta di interventi – taluni solo temporanei – "a supporto delle istituzioni scolastiche" del Mezzogiorno, art. 10; nonché del potenziamento del piano per gli asili nido, art. 11, ma con risorse, in parte, ancora "da accertare" (co. 1) e "con eventuali ulteriori risorse che si dovessero rendere successivamente disponibili nella rimodulazione dei piani di investimento europei, ai fini del raggiungimento del target" (co. 2). Invero, il disinvestimento in termini di risorse strutturali per la scuola e di personale scolastico e le misure di 'accorpamento' cui si assiste da anni e finanche ai nostri giorni rendono questa parte del decreto non molto credibile.

Del resto, la prevenzione sociale della criminalità minorile, come ho accennato in precedenza, va manifestamente molto al di là del solo settore dell'istruzione e richiede investimenti strutturali seri, da stato sociale di diritto, tali da assicurare il pieno sviluppo dei minorenni, senza distinzioni per ceto socioeconomico di origine e per aree geografiche. Un orizzonte ben lontano da quello coltivato dalla politica neoliberista, dell'"autonomia differenziata" e securitaria attualmente imperante.

Il carattere simbolico e securitario del decreto Caivano si scorge anche nell'ultimo ingrediente delle disposizioni in tema di "offerta educativa", ossia l'introduzione all'art. 12 co. 1 – con contestuale abrogazione, al co. 3, della contravvenzione di cui all'art. 731 c.p. – dell'art. 570-*ter* c.p. (Inosservanza dell'obbligo dell'istruzione dei minori).

Esso dispone: "Il responsabile dell'adempimento dell'obbligo di istruzione che, ammonito ai sensi dell'articolo 114, comma 1 del testo unico di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, non prova di procurare altrimenti l'istruzione del minore o non giustifica con motivi di salute, o con altri impedimenti gravi, la mancata iscrizione del minore presso una scuola del sistema nazionale di istruzione, o non ve lo presenta entro una settimana dall'ammonizione, è punito con la reclusione fino a due anni.

Il responsabile dell'adempimento dell'obbligo di istruzione che, ammonito ai sensi dell'articolo 114, comma 4, del testo unico di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 per assenze ingiustificate del minore durante il corso dell'anno scolastico, tali da costituire elusione dell'obbligo di istruzione, non prova di procurare altrimenti l'istruzione del minore o non giustifica con motivi di salute, o con altri impedimenti gravi, l'assenza del minore dalla scuola, o non ve lo presenta entro una settimana dall'ammonizione, è punito con la reclusione fino a un anno".

Il nuovo art. 570-*ter* c.p. desta anzitutto perplessità sul piano della formulazione della fattispecie, sotto il profilo del contrasto con gli artt. 24 co. 2 e 27 co. 2 Cost., nella parte in cui contiene un'inversione dell'onere della prova: infatti, l'autore "ammonito" che "non prova di procurare altrimenti l'istruzione del minore o non giustifica [...] la mancata iscrizione del minore" si rende per ciò solo punibile. Ma, al di là di ciò, la disposizione suscita forti riserve sul piano politico-criminale.

La gravità del fenomeno della dispersione scolastica, ovviamente, è fuori discussione: essa pregiudica, con l'istruzione, lo stesso sviluppo della personalità del minorenne in condizioni di libertà ed eguaglianza e le sue possibilità di partecipazione alla vita del Paese. Le dimensioni di tale fenomeno sono, com'è noto, estremamente preoccupanti, soprattutto in alcune aree territoriali e in rapporto alle fasce più deboli della popolazione.

Altrettanto evidente risulta la risibile simbolicità dell'ammenda fino a 30 euro, prevista dal previgente art. 731 c.p.

Ciò non significa, peraltro, che risultino condivisibili ed efficaci l'introduzione di una nuova fattispecie penale e l'opzione per la pena detentiva, peraltro ampiamente rientrante in una fascia di scarsa effettività sul piano dell'esecuzione.

L'evasione e l'elusione scolastica, innanzitutto, derivano non insovente da situazioni di grave disagio socio-economico familiare, delle quali dovrebbe farsi carico uno stato sociale di diritto. Gli interventi contro la dispersione scolastica dovrebbero essere perciò, com'è piuttosto risaputo, principalmente di sostegno sociale, economico ed anche 'educativo' nei confronti delle famiglie dei minorenni.

Quanto ai rimedi di carattere sanzionatorio, che pure indubbiamente possono rendersi necessari, essi non devono però necessariamente consistere nell'intervento penale: molto probabilmente sarebbe sufficiente prevedere, oltre ad interventi di sostegno, anche illeciti e sanzioni extrapenali efficaci a carico dei responsabili dell'adempimento dell'obbligo di istruzione – ad esempio, pure la sospensione dalla responsabilità genitoriale –, assicurando controlli adeguati.

Laddove rimedi extrapenali risultino insufficienti e sia realmente necessario l'intervento penale – il che, però, andrebbe prima dimostrato, in un sistema penale vincolato all'uso del diritto penale quale *extrema ratio* –, è, comunque, possibile prevedere soluzioni alternative, che siano intermedie tra la previsione di una risibile ammenda fino a 30 euro e quella del carcere per il genitore o il diverso responsabile dell'adempimento dell'obbligo di istruzione. Si potrebbe pensare in particolare ad un potenziamento della pena pecuniaria, che la riforma Cartabia ha reso più efficace e sostituibile con nuove sanzioni sostitutive. La minaccia di una pena detentiva – che peraltro difficilmente verrà applicata, stanti le possibilità sostitutive o sospensive offerte dal vigente sistema sanzionatorio in rapporto alla pena astrattamente prevista dal nuovo art. 570-*ter* c.p. – potrà forse avere, in astratto, una maggior efficacia intimidativa; ma, nella misura in cui una tale pena venisse effettivamente inflitta, essa rischierebbe di essere deleteria, se non criminogena, per lo stesso minorenne e per gli eventuali ulteriori componenti della famiglia, privati di un genitore stigmatizzato quale criminale.

Viene qui in considerazione un vizio generale dell'intero decreto Caivano: esso, nel basarsi su un orientamento che, offrendo pochissimo o nulla sul piano della prevenzione sociale, punta sull'espansione, sull'anticipazione e sull'inasprimento dell'intervento penale, non soltanto ripropone l'uso simbolico del diritto penale quale alibi a fronte dell'omissione degli interventi economici, sociali, culturali necessari. Vi è, infatti, un ulteriore effetto deteriore di tale impostazione: l'espansione dell'intervento penale contribuisce proprio a chiudere spazi per interventi diversi. Le misure di prevenzione 'repressive' nei confronti dei minorenni li spingono verso circuiti sostanzialmente o anche formalmente penali, anziché di prevenzione sociale; la più ampia privazione della libertà dell'indagato/imputato minorenne preclude interventi in libertà più proficui dal punto di vista della sua integrazione sociale; l'impostazione repressiva del problema della dispersione scolastica rischia di risultare criminogena, sostituendosi ad una soluzione sociale del problema, che privilegi interventi di sostegno e/o anche sanzionatori, ma meno invasivi per le famiglie coinvolte.

Costituisce, dunque, un diffuso errore di prospettiva l'affermare che occorra ampliare ed inasprire gli strumenti penali e di polizia, salvo prevedere ulteriori interventi in chiave di prevenzione sociale; al contrario, bisogna privilegiare la prevenzione sociale anche e proprio evitando di chiudere ad essa spazi attraverso l'estensione e l'inasprimento degli interventi repressivi e di polizia.

7. Cenni intorno alle "disposizioni per la sicurezza dei minorenni in ambito digitale".

Il Capo IV del decreto contiene misure accomunate dal riferimento al mondo delle comunicazioni digitali, alcune delle quali invero esulano dal tema della protezione dei minorenni, come le norme in tema di "cybersicurezza nazionale", art. 15, e di "tecnologia 5G", art. 15-*bis* ss.

L'art. 13 mira ad assicurare un controllo parentale del titolare della responsabilità genitoriale su "spazi digitali e tempi" dell'accesso del minorenne a contenuti digitali o alla rete telematica, in modo da "garantire un ambiente digitale sicuro ai minori". L'art. 13-*bis* al co. 1 dispone: "È vietato l'accesso dei minori a contenuti a carattere pornografico, in quanto mina il rispetto della loro dignità e ne compromette il benessere fisico e mentale, costituendo un problema di salute pubblica"; e nei commi successivi sancisce che "i gestori di servizi web e i fornitori di piattaforme di condivisione video sono tenuti a verificare la maggiore età degli utenti", allo scopo di precludere l'accesso a minorenni, minimizzando però "i dati personali raccolti in ragione dello scopo". Poteri di vigilanza e sanzionatori sono attribuiti all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. L'art. 14 prevede campagne pubbliche per l'"alfabetizzazione digitale e mediatica a tutela dei minori", ma "nei limiti delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente" (co. 5-*bis*).

Indubbiamente uno dei molti piani della necessaria prevenzione del disagio e della criminalità minorile è costituito dal rapporto dei minorenni – ma anche delle loro famiglie e dei loro educatori – con il mondo delle comunicazioni digitali. Occorre anzitutto tutelare il minorenne, specialmente di più tenera età, dai traumi psichici che possono essere causati dall'esposizione a rappresentazioni pornografiche, ma anche di carattere violento. Un tema diverso, ma connesso al precedente, è quello del rapporto tra l'esposizione, in età evolutiva, a quelle rappresentazioni e la commissione di reati ad opera di minorenni e/o su minorenni; un nesso possibile, ma incerto e problematico sul piano della verificabilità empirica.

Com'è noto, il mondo globalizzato delle comunicazioni digitali comprende non solo siti pornografici, alcuni dei quali sono tra i più frequentati nel mondo, ma anche videogiochi realistici nei quali l'obiettivo è uccidere serialmente quanti più esseri umani, nonché 'giochi' o sfide potenzialmente letali che hanno già causato la morte di 'giocatori' anche infraquattordicenni. La previsione di precetti e sanzioni nei confronti dei diffusori di contenuti digitali risulta sicuramente necessaria sul piano della tutela del minorenne; tuttavia, vi è un evidente problema di reale effettività di tali regolazioni.

In effetti, la questione centrale concerne la necessità, diffusamente riconosciuta, di contrastare sul piano culturale la diffusione tra i minorenni di contenuti digitali gravemente diseducativi, attraverso l'educazione del minorenne al rapporto con le comunicazioni digitali ed i loro contenuti. Sotto tale profilo, il decreto si limita a generiche iniziative "a costo zero", laddove

occorrerebbe, invece, un impegno adeguatamente finanziato per l'educazione – non solo digitale – civile, 'antiviolenza' e sessuale nelle scuole, ad opera di docenti adeguatamente formati. E ciò senza trascurare l'esigenza di informare e sensibilizzare le stesse famiglie, perché possano adempiere ai propri compiti educativi, anche 'digitali', verso i figli fin dalla tenera età.

Ad ogni modo, purtroppo il mondo digitale non sembra essere molto peggiore di quello reale, del quale rappresenta una sorta di 'estensione virtuale': entrambi quei mondi propongono, diffondono e sfruttano a fini economici – si pensi al commercio di armi nel mondo reale e ai giochi 'sparatutto' in quello digitale – modelli culturali di mercificazione, violenza e sopraffazione. Modelli diffusi, in particolare, ai danni di donne e minorenni, come testimoniano i femminicidi, la violenza familiare etc. Come dovrebbe essere arcinoto, fenomeni 'culturali' così gravi e complessi non si risolvono con l'ampliamento e l'inasprimento dell'intervento penale, ma richiedono interventi anzitutto in chiave di educazione e, in generale, di prevenzione primaria.

E ciò vale pure in rapporto al tema della criminalità minorile – il cui forte aumento, peraltro, appare dubbio alla luce dei dati statistici, da maneggiare con cautela e consapevolezza critica (sul punto v. spec. R. Cornelli, *www.sistemapenale.it*, 20.11.2023) –: un tema che il c.d. decreto Caivano pare strumentalizzare in chiave populistica ed illusoriamente securitaria.

Basteranno le sedie? Preoccupazioni in tema di selezione del soggetto legittimato ad essere citato come responsabile civile e di indisponibilità della prova irripetibile

Bruno Andò*

Sommario: 1. La vicenda, l'apparente scandalo processuale ed alcune considerazioni preliminari. – **2.** Il decreto di citazione del responsabile civile e l'ordinanza di rigetto della richiesta di esclusione. – **3.** Considerazioni in tema di concorso colposo nel delitto doloso e refluenze sulla necessaria identificazione di una condotta di reato ai fini della citazione del responsabile civile. – **4.** La prova indisponibile alla cui formazione il responsabile civile non ha partecipato.

ABSTRACT

Il contributo, partendo da un recente provvedimento emesso dal Giudice dell'Udienza Preliminare del Tribunale di Roma, affronta il tema della responsabilità civile derivante da reato e della carenza di legittimazione, a questi fini, di Enti Pubblici ai quali sia stato mosso un rimprovero di responsabilità per colpa non richiamato nell'imputazione ed in assenza di contestazioni di reato nei confronti di propri dipendenti o funzionari. L'articolo, inoltre, sviluppa delle considerazioni rispetto alla indisponibilità della prova irripetibile in capo al Pubblico Ministero che l'ha assunta nel corso delle indagini preliminari.

The paper, starting from a recent decision issued by the Judge of the Preliminary Hearing of the Court of Rome, deals with the issue of civil liability arising from criminal offences and the lack of legitimacy, for these purposes, of Public Entities that have been charged with a reproach of liability for negligence not referred to in the indictment and in the absence of criminal charges against their employees or officers. The article also develops considerations with respect to the unavailability of irrepealable evidence in the hands of the Public Prosecutor who took it during the preliminary investigation.

1. La vicenda, l'apparente scandalo processuale ed alcune considerazioni preliminari.

È balzato agli onori delle cronache il contenuto di un recente verbale dell'udienza preliminare relativa al procedimento per la tristemente nota "strage di Fidene", nell'ambito del quale ad un soggetto vengono contestate plurime ipotesi di omicidio pluriaggravato e di lesioni personali quali conseguenze di altro delitto perpetrate a seguito dell'avvenuta sottrazione, da un poligono di tiro, di una pistola Glok (da qui le ulteriori contestazioni di appropriazione indebita e di violazione di disposizioni in materia di armi).

---

* Avvocato, Dottore di Ricerca in Diritto Penale dell'Economia.

L'udienza preliminare vede coinvolto un unico soggetto poiché gli altri due originari imputati, cui vengono contestate violazioni di natura omissiva in termini causalmente rilevanti ai fini della perpetrazione delle condotte più gravi, hanno scelto di rinunciare all'udienza preliminare ed essere giudicati con rito immediato, scelta, questa, evidentemente funzionale ad escludere un'altrimenti rischiosa (tanto in termini strettamente processuali, quanto al fine di evitare la formulazione di domande risarcitorie da parte di numerose parti civili) associazione con il principale imputato.

Fin qui, processualmente parlando, nulla di strano.

L'immancabile eco mediatica della vicenda, tuttavia, ha, come detto, consentito la diffusione, mediante pubblicazione, di un verbale di udienza preliminare – che, a quanto pare, ha destato profondo sdegno nell'opinione pubblica e commenti assai poco commendevoli da parte dei difensori di alcune parti civili – da cui risulta che l'Avvocatura dello Stato, quale procuratore *ex lege* del Ministero dell'Interno e del Ministero della Difesa, abbia formulato le proprie conclusioni nei termini che seguono "*insiste nell'istanza già formulata alla scorsa udienza e chiede sentenza di non luogo a procedere*".

La notizia sembra aver fatto ancora più scalpore poiché il difensore dell'imputato, sempre a quanto è possibile leggere dal verbale, nella medesima occasione ha chiesto l'emissione del decreto che dispone il giudizio – si noti, al riguardo, che il dibattimento è il luogo in cui fisiologicamente l'imputato ha maggiori prerogative di natura istruttoria nonché la possibilità di sollecitare il giudice ad assumere prove *super partes*, per cui la difesa può senz'altro, senza che ciò possa apparire come un'ammissione di responsabilità, avere interesse alla sua instaurazione – e poiché il procuratore di un altro soggetto citato come responsabile civile, che aveva rassegnato le proprie conclusioni subito prima dell'Avvocato dello Stato, si è limitato ad insistere nella richiesta di esclusione precedentemente formulata dinanzi allo stesso giudice[1].

Occorre fare un passo indietro al fine di comprendere, come potrà sembrare molto più chiaro all'esito dell'analisi del provvedimento precedentemente emesso dal Giudice dell'Udienza Preliminare, che le conclusioni dell'Avvocatura dello Stato, per quanto possano sembrare apparentemente poco felici – ma questo, con tutto il doveroso rispetto, non è di immediata

[1] Appare difficile che, specie nell'intervallo tra due udienze, una determinata decisione, per quanto sofferta o semmai anche nelle more riconosciuta come errata, possa essere, *melius re perpensa*, riformata dallo stesso magistrato. Ciò fa tornare alla mente la fortunata espressione, contenuta nell'ordinanza di trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale da parte del Tribunale di Ravenna, che, con ordinanza registrata al n. 80/2022 (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, 1a Serie Speciale – Corte Costituzionale, n. 28 del 13 luglio 2022), nel promuovere questione di legittimità costituzionale – poi dichiarata non fondata dalla sentenza n. 91/2023 del 9 maggio 2023 – degli articoli 623, comma 1, lettera a) e 34 del codice di procedura penale, esplicitava il concetto della "*forza della prevenzione insita nel condizionamento per aver egli* (il giudice) *adottato il provvedimento*".

comprensione da parte dei non addetti ai lavori o senza codice alla mano – appaiono tecnicamente corrette.

Sul punto, ed incidentalmente, appare doveroso tenere a mente le modalità e le scansioni che gli artt. 86 ed 87 c.p.p. identificano ai fini della formulazione della richiesta di esclusione del responsabile civile o dell'emissione di un provvedimento di esclusione d'ufficio di quest'ultimo.

Come noto, la richiesta di estromissione può essere formulata dal responsabile civile che non sia intervenuto volontariamente tanto in ragione della insussistenza dei requisiti per la citazione quanto allorché gli elementi di prova raccolti prima della citazione possano recare pregiudizio alla sua difesa nella prospettiva dell'efficacia extrapenale del giudicato di condanna nel giudizio per il risarcimento del danno od in altri giudizi, civili o amministrativi.

I termini per la formulazione della richiesta, esplicitamente identificati a pena di decadenza, coincidono con il momento degli accertamenti relativi alla costituzione delle parti nell'udienza preliminare o nel dibattimento; nello stesso senso si pone l'ulteriore previsione, contenuta nell'art. 87 c.p.p., per cui il giudice può disporre d'ufficio l'esclusione del responsabile civile fino a che non sia dichiarato aperto il dibattimento di primo grado.

Al di fuori di queste due occasioni, pertanto, il responsabile civile non può chiedere di essere escluso.

Proprio in ragione di ciò è stato riconosciuto che qualora le prove alla cui formazione il responsabile civile non ha partecipato siano state acquisite successivamente all'apertura del dibattimento, questi, non potendo più domandare la sua esclusione in quanto decaduto dal termine di cui all'art. 86, co. 3, c.p.p., potrà solamente dedurre la nullità della citazione e, se del caso, degli atti successivi[2].

Occorre poi tenere a mente che due soli sono i possibili provvedimenti che, ai sensi dell'art. 424 c.p.p., il giudice dell'udienza preliminare può emettere a seguito della formulazione delle conclusioni delle parti qualora non ritenga doveroso disporre un'integrazione investigativa o assumere d'ufficio prove che possano apparire necessarie ai fini dell'emissione di una pronuncia di proscioglimento: la sentenza di non luogo a procedere ovvero il decreto che dispone il giudizio. *Tertium non datur*.

Ciò significa, ancora una volta, che in termini del tutto coincidenti, le parti, allorché invitate a formulare le proprie conclusioni nell'udienza preliminare, non dovrebbero poter chiedere qualcosa di diverso dall'emissione del decreto che dispone il giudizio o della sentenza di non luogo a procedere.

Se, dunque, può apparentemente destare scalpore che un soggetto citato come responsabile civile – per quanto dinanzi ad un fatto gravissimo in relazione al quale sembrano essere stati acquisiti elementi a carico del tutto univoci – chieda l'emissione di una sentenza di non luogo a procedere, guar-

[2] In argomento si v. Santoro, *Appunti sulla domanda risarcitoria al responsabile civile: un 'tertium genus' tra citazione ed intervento volontario?*, in *Archivio Penale*, 2015, 8.

dando la vicenda in termini tecnici tale richiesta, a ben vedere, perde il suo presunto carattere di anomalia.

Quanto precede vale a prescindere da chi sia il responsabile civile, che, quand'anche costituito sotto forma di Ente Pubblico, nutre un interesse processuale diverso rispetto a quello del Pubblico Ministero, ossia quello di contestare la propria responsabilità civile *ex reato*.

Vale altresì, ed a maggior ragione, allorché, come nel caso di specie, ci si trovi di fronte ad una citazione del responsabile civile quanto mai atipica, ovvero – come vedremo – disposta non sulla scorta degli ordinari parametri codicistici, per il fatto attribuito all'imputato ed in ragione dei ben noti criteri di imputazione della responsabilità civile per fatto altrui, bensì alla luce dell'identificazione, in capo agli enti collettivi pubblici, di un'autonoma fattispecie di responsabilità colposa che, tuttavia, non discende in termini diretti da un comportamento contestato ad alcun imputato.

Si noti, a tal riguardo, che nel procedimento in questione non è destinatario di accuse da parte del Pubblico Ministero alcun soggetto facente parte delle articolazioni territoriali o centrali dei Ministeri dell'Interno e della Difesa: oltre al soggetto cui vengono contestati i reati prodromici alla perpetrazione dei plurimi omicidi e delle lesioni, nonché questi ultimi, nel procedimento – ma non, comunque, in questa udienza preliminare – sono coinvolti altri due soli imputati, che hanno chiesto il giudizio immediato e che, in ogni caso, non appartengono ad alcuna Pubblica Amministrazione.

I due rappresentanti dello Stato, in sostanza, non hanno fatto nulla di più che il proprio dovere, seguendo il proprio interesse di parte: d'altronde, nessuno si scandalizza quando l'Avvocatura dello Stato, intervenendo dinanzi alla Corte Costituzionale, conclude istituzionalmente, anche a fronte di disposizioni che appaiono manifestamente incoerenti con la Costituzione o lesive di diritti fondamentali, per il mantenimento in vigore dello *status quo* normativo.

Non si riesce a comprendere, allora, dove risieda il denunciato *corto circuito tra gli Organi dello Stato*[3].

2. Il decreto di citazione del responsabile civile e l'ordinanza di rigetto della richiesta di esclusione.

2.1. Con un primo decreto di citazione dei responsabili civili[4] il GUP del Tribunale di Roma citava, per quanto di interesse, il Ministero della Difesa ed il Ministero dell'Interno, oltre che la Sezione di Roma del Tiro a Segno nazionale e l'Unione italiana tiro a segno "*per l'affermazione di responsabilità civile in solido con l'imputato o secondo il proprio titolo di responsabilità*",

[3] L'espressione è spesa in un articolo pubblicato su *https://www.today.it/opinioni/strage-fidene-processo-campiti.html.*

[4] GUP Roma, 18 ottobre 2023, inedito.

rappresentando che "*il titolo di responsabilità, consistente in una omessa ed incongrua attivazione, da parte degli enti sopra menzionati, dei poteri di vigilanza sull'esercizio di un'attività intrinsecamente pericolosa, discende*" dalle disposizioni di legge richiamate dalle parti civili nella richiesta di citazione "*e si sostanzia quale fattore causale concorrente con la condotta*" ascritta all'imputato.

Rispetto alla legittimazione passiva in capo al Ministero della Difesa, le parti civili sottolineavano che l'Unione italiana tiro a segno – ossia un soggetto già indicato come responsabile civile – è sottoposta alla vigilanza del Ministro della Difesa, che ne approva lo statuto e ne nomina i componenti del Consiglio Direttivo ed i revisori dei conti e che risulta aver approvato, in particolare, il regolamento d'uso del poligono di Roma, circostanze dalle quali discenderebbe, in tesi, l'esistenza di un dovere di vigilanza in capo al citato Dicastero.

Da ciò discenderebbe un duplice profilo di responsabilità, un primo consistente nel negligente esercizio della funzione di predisporre idonee misure già nelle piantine di progettazione/adattamento dei luoghi di esercizio del tiro a segno ed un secondo discendente dall'omesso controllo – potremmo dire "*di secondo grado*" – sulle strutture e sull'organizzazione delle medesime anche in un momento successivo alla predisposizione dei progetti, "*creando – in tal modo – l'antecedente logico della condotta delittuosa*".

Quanto, invece, al Ministero dell'Interno, la sua responsabilità civile discenderebbe dalla sussistenza anche in capo ad esso di un dovere di vigilanza nei confronti dell'Unione italiana tiro a segno e delle sue articolazioni territoriali, dalla competenza dello stesso in materia di pubblica sicurezza e, più in generale, in materia di disponibilità ed uso delle armi per i privati, nonché dai poteri a tal uopo esistenti in capo alla Prefettura quale articolazione territoriale "inferiore gerarchico" del Ministero.

2.2. Invitati a costituirsi come responsabili civili, i predetti Ministeri, mediante un Avvocato dello Stato, comparivano in udienza e svolgevano delle considerazioni finalizzate a sostenere la richiesta di esclusione degli stessi dal procedimento.

In particolare, veniva rappresentato che nell'ambito delle indagini preliminari erano stati svolti degli accertamenti tecnici irripetibili *ex* art. 360 c.p.p., senza la partecipazione dei responsabili civili, consistenti nell'esecuzione di due consulenze medico legali e di un'analisi di tipo informatico sui dispositivi in uso al principale imputato.

Da ciò sarebbe dovuta discendere l'esclusione – verrebbe da dire "*in automatico*" – dei responsabili civili esistendo, al riguardo, un'unanime interpretazione della giurisprudenza di legittimità della previsione di cui al comma 2 dell'art. 86 c.p.p. secondo cui, a fronte dell'esistenza di accertamenti che vengono necessariamente acquisiti al fascicolo del dibattimento *ex* art. 431 c.p.p. quali atti irripetibili, il giudice del merito non può valutarne la concre-

ta incidenza sull'eventuale decisione in tema di responsabilità civile e deve quindi, per ciò solo, emettere un provvedimento di esclusione[5].

A tal riguardo, chi scrive fa notare che prova (seppur empirica) di ciò si trae, tra l'altro, dalla sempre maggior frequenza di casi in cui i Pubblici Ministeri invitano a partecipare agli accertamenti tecnici *ex* art. 360 c.p.p. i possibili responsabili civili mediante una loro capziosa iscrizione come persone offese[6] nonché dai provvedimenti con cui i giudici per le indagini preliminari citano a partecipare all'incidente probatorio coloro che, in caso di esercizio dell'azione penale e di costituzione di parte civile, potrebbero essere chiamati a costituirsi come responsabili civili, con ciò sostanzialmente riconoscendoli come tali *ante causam*[7].

A quanto precede l'Avvocatura dello Stato aggiungeva una serie di considerazioni rispetto alle quali la vicenda che ci occupa sembra ricadere in un pericoloso *trend* di spettacolarizzazione del processo penale da cui discende l'inclusione, all'interno delle aule di giustizia – e ciò vale soprattutto in casi giudiziari di interesse giornalistico – di istanze del tutto estranee a quelle previste dal codificatore[8].

Il vero elemento sostanziale della richiesta di esclusione dei Ministeri nasceva, infatti, dalla constatazione per cui la citazione era avvenuta non sulla scorta di un fatto che era loro attribuito in ragione di una *fictio* legata alle previsioni civilistiche che prevedono la responsabilità dei padroni e dei committenti per il fatto illecito dei loro domestici e commessi, bensì in ragione dell'attribuzione, in capo ai predetti, di un autonomo titolo di responsabilità colposa derivante dalla mancata vigilanza su un'attività – l'esercizio di un tiro a segno – che, seppur lecita, è intrinsecamente pericolosa e, quindi, è accompagnata da una presunzione di colpa.

Il punto di partenza delle considerazioni dell'Avvocatura è rappresentato da quanto previsto dal comma 2 dell'art. 185 c.p., il quale – nel prevedere che

---

5 *Ex plurimis* Cass. Pen. Sez. IV, 14 dicembre 2018, n. 12870; Id., 28 aprile 2016, n. 39028.

6 Ciò, tuttavia, lascia aperto il tema per cui l'interesse alla partecipazione e la finalità del soggetto in questione è, sulla scorta della qualificazione eseguita dall'Autorità, diametralmente opposto a quello che lo stesso soggetto giuridico avrebbe allorché fosse citato come responsabile civile.

7 In argomento si v. Bardelle, *Il contraddittorio anticipato cautelativo con il responsabile civile nell'incidente probatorio in indagini preliminari: nota ad un recente provvedimento del Tribunale di Rovigo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 7-8, che riguardava un caso di citazione del responsabile civile su richiesta dell'indagato; ancora più complesso sarebbe invece il caso della eventuale citazione del responsabile civile su richiesta di una persona offesa, ossia di un soggetto che non solo non ha formulato alcuna richiesta risarcitoria, ma che potrebbe anche decidere di esercitarla – semmai anche sulla scorta dell'esito dell'incidente probatorio – nella sua sede tradizionale.

8 Si pensi al profluvio di enti che si costituiscono parte civile e che quotidianamente partecipano a processi per colpa medica o per incidenti sul lavoro, per episodi di disastro ecc., che, a stretto rigore, dovrebbero essere autorizzati a partecipare al dibattimento in numero di uno e previo consenso della persona offesa e legittimati ad assumere esclusivamente le iniziative processuali proprie della persona offesa.

ogni reato che abbia cagionato un obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui – postula l'unicità del fatto generatore di responsabilità.

Proprio in ragione di ciò, secondo la giurisprudenza di legittimità, "*non può assumere la veste di responsabile civile, ex art. 185 cod. pen., il soggetto che, versando in colpa, abbia un titolo diretto di responsabilità per i danni lamentati dalla parte civile, in quanto la legittimazione del responsabile civile sussiste solo se nel processo penale è presente un imputato del cui operato egli debba rispondere per legge, ex art. 185 cod. pen.*"[9], né "*quello che abbia un titolo indiretto non correlato alla posizione della persona fisica tratta a giudizio quale imputato*"[10].

A ciò aggiungeva che l'eventuale coinvolgimento nel giudizio penale di un responsabile civile in ragione di un rimprovero allo stesso identificabile in termini di fatto proprio colposo impedirebbe a tale parte di difendersi compiutamente poiché, a ben vedere, non esisterebbe una formale contestazione diversa rispetto a quella da reato.

2.3. Tali argomentazioni venivano ritenute non fondate dal GUP del Tribunale di Roma.

Tralasciando le ulteriori considerazioni spese nel corpo dell'ordinanza[11], non immediatamente rilevanti ai fini di questo scritto, ciò che merita richiamare è che il GUP, rispetto al tema dell'avvenuta esecuzione di attività di accertamento tecnico irripetibile, rappresentava che l'eccezione sarebbe stata effettivamente fondata qualora non fosse stata "*paralizzata*" dalla rappresentazione, esplicitata dall'Ufficio del Pubblico Ministero, per cui questi non avrebbe utilizzato gli esiti degli accertamenti irripetibili, non se ne sarebbe avvalso "*ai fini della decisione*" e non ne avrebbe chiesto "*l'allegazione al fascicolo formato ex art. 431 c.p.p.*".

Basterà notare, per il momento, che le prove contenute nel fascicolo del Pubblico Ministero (prescindiamo, per un attimo, da che tipo di accertamenti si tratti) non colpite da inutilizzabilità non possono essere escluse dalla cognizione del Giudice dell'Udienza Preliminare e sono disponibili a tutte le parti, compresi i responsabili civili, ragione per cui possono (o devono) essere ammesse nel dibattimento; che la Procura della Repubblica non dovrebbe assumere alcuna decisione, ma, al netto delle determinazioni che assumono la forma del decreto, di regola formula istanze o pareri e produce atti di parte e; che, ai sensi dell'art. 431 c.p.p., la volontà delle parti ai fini della formazione del fascicolo del dibattimento dovrebbe valere solo rispetto a ciò che è disciplinato dal comma 2 della medesima disposizione.

[9] Cass. Pen. Sez. V, 3 febbraio 2015, n. 28157; nei medesimi termini, *ex multis*, Sez. VI, 27 settembre 2012, n. 41520.

[10] Cass., Pen. Sez. I, 3 febbraio 2022, n. 25158.

[11] GUP Roma, 27 novembre 2023, inedito.

Per quanto attiene, invece, al tema della fonte della responsabilità civile, il giudicante affermava che "*il modello di responsabilità per fatto altrui preclude effettivamente la possibilità di citare in giudizio in qualità di responsabile civile l'autore di una condotta propria, rilevante, quale antecedente causale, nella produzione del danno, dovendo quest'ultimo essere chiamato a rispondere unicamente per il fatto altrui. Tuttavia, tale assunto ... deve in concreto misurarsi con i contenuti peculiari e con i criteri soggettivi di imputazione del reato contestato, sì che, ove non possa correttamente prevedersi l'attribuibilità soggettiva del fatto reato al responsabile civile, potrà conseguentemente prefigurarsi una sua legittima partecipazione al processo penale esclusivamente per rispondere del fatto altrui. È questa l'ipotesi ricorrente nel caso in trattazione, ove il responsabile civile, nei confronti del quale è possibile muovere una censura di omessa o incongrua vigilanza e, dunque, il rimprovero di aver dato causa ad una condotta omissiva colposa, non potrebbe rispondere, a titolo di colpa, del fatto reato ascritto all'imputato, stante l'inconfigurabilità nel nostro sistema del modello del concorso colposo nel reato doloso*".

Il titolo di responsabilità che ha determinato la citazione in giudizio dei Ministeri veniva quindi nuovamente esplicitato, in una successiva parte del provvedimento, mediante l'indicazione puntuale del "*titolo normativo fondante l'astratta prospettazione della responsabilità civile scaturente dall'esercizio di attività intrinsecamente, per sua natura, pericolosa*": le connotazioni fattuali della vicenda, invero, ed in particolare "*le circostanze di fatto che hanno reso tangibile una grave carenza del sistema di sicurezza da ricollegare ... ad un grave deficit di vigilanza da parte dei soggetti per legge preposti al controllo*", "*ben si attanagliano, in astratto, al titolo di responsabilità fondato, per le ragioni sopra illustrate, sul disposto dell'art. 2050 c.c.*".

Cercando, per quanto possibile, di sintetizzare: l'apparente o possibile responsabilità civile dei Ministeri discenderebbe, in termini sostanziali, dalla loro omessa vigilanza su un'attività pericolosa.

Tuttavia, in ragione della impossibilità di contestare ai responsabili civili – ossia, si badi, a più enti collettivi – il concorso colposo nell'omicidio volontario, sarebbe nondimeno possibile "*recuperare*" la loro responsabilità civile mediante la citazione degli stessi nel giudizio penale sulla scorta di quel titolo di responsabilità che, se fosse stato possibile il concorso di persone con tipicità soggettiva eterogenea, sarebbe (presumibilmente?) divenuto oggetto di contestazione da parte del Pubblico Ministero poiché la condotta propria dei responsabili civili, su cui dovrebbe incombere un dovere di vigilanza, non avrebbe impedito l'assunzione di una condotta omissiva colposa che, a sua volta, avrebbe reso possibile l'efferato omicidio plurimo.

3. Considerazioni in tema di concorso colposo nel delitto doloso e refluenze sulla necessaria identificazione di una condotta di reato ai fini della citazione del responsabile civile.

3.1. Un argomento menzionato nella più recente ordinanza, secondo il quale il nostro ordinamento non contemplerebbe il concorso colposo nel delitto doloso, merita un breve approfondimento.

Ciò, in particolare, poiché dall'esame delle posizioni della dottrina maggioritaria e della giurisprudenza più recente sulla materia è possibile cogliere degli spunti che consentono di ulteriormente confermare l'impossibilità, nel procedimento in questione, della citazione dei predetti responsabili civili in assenza di una esplicita contestazione, semmai di natura omissiva colposa, ad un determinato soggetto rispetto al quale possano essere chiamati a rispondere, a norma delle leggi civili, i due Ministeri.

Come noto, la dottrina maggioritaria ha sempre espresso la propria perplessità rispetto alla configurazione del concorso colposo nel delitto doloso sulla scorta di una serie di considerazioni, prime fra tutte la presenza di una norma, l'art. 42 c.p., che pone il principio generale – non derogabile nell'ambito della partecipazione plurisoggettiva[12] – della necessità di un'espressa previsione di legge per ascrivere una responsabilità penale a titolo di colpa nonché l'esplicitazione, da parte dell'art. 113 c.p., della punibilità della "*cooperazione nel delitto colposo*", con ciò escludendosi implicitamente la possibilità di ritenere ipotizzabile, in termini generali, una partecipazione colposa nel delitto volontario[13].

A tale argomento se ne aggiunge uno di tipo sistematico, che trae origine dalla constatazione per cui il legislatore ha identificato in termini diretti le ipotesi di concorso colposo nel delitto doloso – quali l'agevolazione colposa nella distruzione o sabotaggio di opere militari (artt. 253 e 254 c.p.) o nello spionaggio di notizie di cui è stata vietata la divulgazione (artt. 258 e 259 c.p.) così come l'agevolazione colposa di evasione (art. 387 c.p.) – circostanza dalla quale discenderebbe il numero chiuso di tali ipotesi[14].

La questione, poi, determina il coinvolgimento di considerazioni più profonde rispetto alla reale funzione dell'art. 113 c.p., se – come ritiene la giuri-

[12] Così Continiello, *Il concorso di persone con coefficiente psicologico omogeneo e eterogeneo. Una questione ancora controversa*, in *Giurisprudenza penale web* 2020, 9, 10.

[13] Cupelli, *Il concorso colposo nel delitto doloso e la svolta "garantista" della Cassazione*, in *Giurisprudenza Italiana* 2019, 1921. Sulla funzione di sbarramento svolta dall'art. 113 c.p. si v. Massaro, *Colpa penale e attività plurisoggettive*, in *La Legislazione Penale* 2020, 21, in particolare nota 59. *Contra* Severino Di Benedetto, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano 1988, 236 ss.

[14] In argomento, tra gli altri, Orlandi, *Concorso nel reato e tipicità soggettiva eterogenea. Il concorso colposo nel reato doloso*, in *Archivio Penale* 2020, 25-26.

sprudenza prevalente[15] – incriminatrice oppure di mera disciplina[16], funzionale alla identificazione, in via generale, delle condotte cautelarmente orientate all'applicazione di un modello comportamentale modale proiettato in termini di precauzione generalizzata[17].

Appare a chi scrive che la non configurabilità della partecipazione colposa nel delitto doloso non possa discendere da un impedimento di natura dogmatica.

Ciò per la semplice considerazione per cui se il nostro ordinamento ammette delle forme, seppur specifiche, di siffatta forma di responsabilità, di natura autonoma e non ancillare rispetto a quella dell'agente principale, significa che – compatibilmente con il requisito della rappresentabilità dell'altrui condotta illecita del terzo in termini non meramente astratti od impliciti[18], necessario al rispetto del principio di colpevolezza[19] – essa è ipotizzabile ma è sottoposta, proprio in ragione della sua complessità concettuale e della sua natura essenzialmente eccezionale, ad una rigorosa applicazione del principio di legalità e tassatività della legge penale.

In ogni caso, come riconosciuto dai più recenti arresti giurisprudenziali, l'esclusione generalizzata del concorso colposo nel delitto doloso non costituisce un pericolo di natura politico criminale poiché, a ben vedere, essa non determina alcuna preclusione rispetto alla possibile imputazione di responsabilità a titolo monosoggettivo.

Nella prospettiva dell'esclusione, come anticipato, si muoveva l'interpretazione tradizionale della Suprema Corte, che, fino alla fine degli anni '90, negava la configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso in ragione della non frazionabilità, da un punto di vista strettamente dogmatico, della natura unitaria del concorso di persone salve le espresse deroghe previste dal legislatore[20].

A partire dal 2002 tale orientamento veniva accantonato nell'ambito di alcuni procedimenti in cui veniva contestato il concorso colposo di profes-

---

15 Cass. Pen. Sez. IV, 21 giugno 2012, n. 36280, in *Cassazione Penale* 2013, 3015; su di essa, *ex multis*, Piquè, *La funzione estensiva della punibilità dell'articolo 113 c.p. in relazione ai delitti causali puri*, in *Cassazione Penale*, 2014, 882.

16 In argomento, anche per i richiami dottrinali, Massaro, *Colpa penale e attività plurisoggettive*, cit., 14-15.

17 La "Commissione Grosso" aveva immaginato di abrogare la norma proprio in ragione della sua dubbia funzione incriminatrice, che risulterebbe comunque adempiuta dalla previsione generale della norma sul concorso di persone nel reato, dell'originalità della previsione in ambito europeo e dell'allora prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità che, fino agli inizi del nuovo millennio, escludeva la possibilità di configurare una partecipazione colposa nel delitto doloso.

18 Sul punto Massaro, *loc. cit.*, 17.

19 Peraltro nel caso del concorso colposo nel delitto doloso la rappresentabilità della condotta del terzo potrebbe implicare una differente qualificazione della condotta agevolatrice, che, evidentemente, finirebbe per integrare gli estremi del concorso doloso.

20 Sul punto Cass. Pen. SS.UU., 3 febbraio 1990, n. 2720 e Sez. IV, 11 ottobre 1996, n. 9542.

sionisti di area sanitaria nelle condotte violente di loro pazienti – tema che potrebbe nuovamente tornare *caldo* rispetto ad un recente fatto di cronaca[21] – o di soggetti ai quali avevano permesso (*rectius*, non avevano impedito) l'ottenimento del porto d'armi; ciò sulla scorta dell'assunto secondo cui il dolo e la colpa si differenzierebbero sulla base di un parametro esclusivamente quantitativo[22]: da quanto precede discendeva, da una parte, la soddisfazione della necessità di un'incriminabilità a titolo di colpa *ex* art. 42 comma 2 c.p. dalla identificazione, in parte speciale, di una determinata fattispecie colposa applicabile alla condotta monosoggettiva e, dall'altra, e di conseguenza, che l'art. 113 c.p. non costituiva un ostacolo alla configurabilità del concorso colposo in qualsiasi tipo di delitto[23].

Un significativo distacco da tale impostazione si è quindi fatta largo in tempi più recenti grazie ad una pronuncia[24] – anch'essa, come le precedenti, della Quarta Sezione – avente ad oggetto una vicenda in cui erano state originariamente contestate plurime condotte di cooperazione colposa nel comportamento delittuoso di un soggetto che, dopo aver ottenuto il rinnovo del porto di fucile per uso sportivo, aveva fatto ingresso agli uffici della Regione Umbria, aveva ucciso due dipendenti regionali e si era poi suicidato.

Orbene, la Corte di Cassazione, sulla scorta della riconosciuta differenza strutturale tra la fattispecie dolosa e quella colposa (e, dunque, anche sulla differente consistenza dei due elementi soggettivi), da una parte riconosceva la configurabilità del concorso doloso nella condotta colposa del terzo, tipicamente realizzata mediante una strumentalizzazione dell'altrui mancanza involontaria, mentre dall'altra escludeva, in ossequio al principio di legalità ed al divieto di analogia *in malam partem*, la possibilità di tipizzare su base interpretativa condotte non previste dalla legge penale.

Tutto ciò, però, insegna la Suprema Corte, non ha come conseguenza l'esenzione da rimprovero di quelle condotte antecedenti che hanno agevolato la perpetrazione del reato doloso, le quali, invero, possono assumere rilevanza, *ex* art. 41 c.p., in termini di condotte indipendenti ed idonee ad inserirsi nel decorso causale che si conclude, all'esito dell'incidenza di una condotta volontaria del terzo – di per sé non qualificabile in termini di causa sopravvenuta sola sufficiente a determinare l'evento – con l'evento delittuoso[25].

---

[21] È di questi giorni la notizia dell'esistenza di un percorso psicologico da parte di Filippo Turetta, indagato per l'omicidio della giovane Giulia Cecchettin.

[22] Il fondamento normativo della teoria può identificarsi nel lavoro di Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'"imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1991, 3 ss.

[23] In questa prospettiva si muovevano Cass. Pen. Sez. IV, 11 marzo 2008, n. 10795; Id., 28 gennaio 2009, 4107.

[24] In questi termini Cass. Pen. Sez. IV, 14 febbraio 2019, n. 7032.

[25] Secondo un'ulteriore prospettiva, che sembra tuttavia non perfettamente aderente ai principi in materia di imputazione causale, non ci sarebbe bisogno nemmeno di invocare il concorso di cause indipendenti ma sarebbe possibile imputare una responsabilità diretta, di tipo colposo, in capo al soggetto che abbia violato un obbligo di natura cautelare, cui sarebbe quindi autono-

Quanto precede da una parte consente di apprezzare che l'ordinamento non intende lasciare vuoti di tutela penale – circostanza che, sebbene socialmente sostenibile, porta con sé il rischio di un ricorso generalizzato alla criminalizzazione di sfere di illecito che potrebbero essere sanzionate mediante risposte pubblicistiche di altro tipo – ma, dall'altra, impedisce di ritenere che nel processo penale, in ragione della inammissibilità di esecuzione di salti logico-giuridici, la responsabilità, qualunque essa sia, possa prescindere dalla identificazione di una condotta umana potenzialmente qualificabile in termini di reato e quindi meritevole di sanzione penalistica.

3.2. Ed allora anche la responsabilità civile da reato postula la contemporanea necessaria presenza di: i) un fatto di reato; ii) un imputato per quel fatto di reato; iii) una disposizione di legge civile[26] che preveda la produzione di una fattispecie di responsabilità in capo ad un terzo estraneo all'illecito (con un'apparente assimilazione alla responsabilità amministrativa degli enti, la cui produzione postula la commissione di un reato presupposto da parte di una persona fisica e di una carenza di natura preventiva, qualificata in termini di colpa di organizzazione, in capo all'ente collettivo)[27].

Solo mediante la contestuale presenza di questi tre elementi – ma, in particolar modo, alla luce di un medesimo fatto generatore di responsabilità, ossia quello ascritto all'imputato nell'atto di contestazione predisposto dalla Pubblica Accusa – sarà possibile coinvolgere nel processo penale, in cui si discute di un reato, anche un soggetto che deve rispondere per i danni cagionati da quello specifico fatto attribuito a quello specifico imputato.

Non dovrebbe essere ammissibile, allora, nel giudizio penale, realizzare – nemmeno profittando di un caso eclatante nella sua gravità e, quindi, di un'eco mediatica che indubbiamente sostiene le ragioni (per carità, più che legittime e fondate) delle parti civili e di un imputato che, secondo quanto è possibile dedurre dai commenti scandalistici menzionati in precedenza, potrebbe addirittura "*meritarsi*" che nei suoi confronti le regole processuali vengano meno – alcuna scorciatoia mediante la quale formulare un'azione che dovrebbe essere rivolta alla competente Autorità in sede civile, dinanzi alla quale è ben possibile articolare la domanda mediante una massima libertà di allegazione ed argomentazione e, dunque, prescindendo dall'esistenza di una responsabilità risarcitoria derivante dal reato di una singola persona fisica.

---

mamente imputabile l'evento commesso dal terzo: Piras, *Svanisce il concorso colposo nel reato doloso*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 2019, 3, 9.

[26] Sull'esclusione della possibilità di far valere in sede penale una responsabilità civile di natura contrattuale, *ex plurimis*, Cass. Pen. Sez. IV, 27 maggio 2011, n. 38704.

[27] Deve escludersi che, anche in questo caso, tale forma di responsabilità possa essere assimilabile a quella del concorso di persone nel reato con coefficiente psicologico eterogeneo: in tal senso Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Rivista delle Società* 2002, 410.

La contestazione di responsabilità civile della vicenda che ci occupa, peraltro, non discendendo da alcuna Accusa mossa ad alcun individuo – per lo meno in questo procedimento – non sarebbe in ogni caso, come rappresentato dall'Avvocatura di Stato, compiutamente descritta.

A tale argomento potrebbe replicarsi che essa potrebbe discendere dalla formulazione del decreto di citazione del responsabile civile.

Tuttavia il provvedimento disciplinato dall'art. 83 c.p.p., proprio perché nell'intenzione del legislatore si è di fronte ad una forma di responsabilità discendente in via automatica dall'applicazione della legge civile al fatto illecito (come avviene, anche in questa prospettiva, con la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche), è strutturalmente inidoneo a fornire una contestazione di natura civilistica.

In esso, infatti, non deve affatto essere contemplato il fatto generatore della responsabilità né identificata la specifica fonte normativa di quest'ultima (ad esempio se si tratta di una responsabilità rispetto al quale vige un particolare onere della prova), bensì soltanto le domande che sono fatte valere nei confronti del responsabile civile.

Rispetto ad esse, peraltro, la norma da ultimo citata non pretende, ancora, che siano specificate, così come avviene per la costituzione di parte civile, le ragioni che le giustificano[28] (agli effetti civili[29]), ossia che ne sia esplicitata la *causa petendi*: d'altronde, se il responsabile civile è tale per legge non è necessario né che la parte civile ricostruisca la fonte della sua responsabilità né che il responsabile civile possa avere interesse, per il sol fatto di aver ricevuto la citazione, a conoscere a che titolo la parte civile ha formulato una richiesta risarcitoria che nelle more non è stata dichiarata inammissibile dal giudice che procede.

L'accusa civilistica, allora, di fatto finirebbe per essere definita dal contenuto dell'atto di costituzione di parte civile, che però, a sua volta, ai sensi del comma 1 dell'art. 78 c.p.p. impone l'identificazione dell'imputato nei cui confronti viene esercitata l'azione civile, ossia di quel (solo) soggetto in ragione del cui (solo) comportamento può, ai sensi dell'art. 185 c.p., discendere, a norma delle leggi civili, la responsabilità civile di un soggetto estraneo al reato.

Tutto ciò consente di concludere, con la massima serenità – e senza volere, evidentemente, prendere posizione sul tema della responsabilità penale nel caso concreto – che l'azione civile in sede penale ha natura essenzialmente ancillare rispetto a quella propria del Pubblico Ministero e che, allo stesso modo, il coinvolgimento di soggetti in ulteriori posizioni processuali deve discendere, in ogni caso, dall'avvenuta formulazione di un'accusa nei confronti

[28] Sul differente contenuto si v., anche solo ai fini della ricostruzione dicotomica, *ex multis*, Cass. Civ. Sez. III, Ord. 1 aprile 2021, n. 9128; Id., 12 settembre 2019, n. 22729.

[29] Ossia, ai sensi dell'art. 163 comma 3 n. 4), "*l'esposizione in modo chiaro e specifico dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni*".

di una persona fisica dalla cui condotta possa discendere la responsabilità civile di un ente collettivo.

Non può esservi spazio, allora, all'interno del processo penale – che nella sua originaria impostazione, prima della proliferazione di posizioni processuali non strettamente ortodosse[30] o della previsione di nuove forme di responsabilità parapenalistiche, riguardava solo le persone fisiche – per un responsabile civile che sia chiamato a rispondere per una condotta omissiva propria ma, come tale, priva di contestazione penalistica ed organicamente attribuita ad una persona giuridica.

Si finirebbe, altrimenti, pur in assenza di un'idonea iniziativa da parte del Pubblico Ministero, per ammettere l'esistenza del concorso colposo "innominato" di una o più persone giuridiche nel delitto doloso della persona fisica e per attribuire al giudice penale la cognizione, peraltro limitata ai profili civilistici, di tale forma di responsabilità.

4. La prova indisponibile alla cui formazione il responsabile civile non ha partecipato.

Né il provvedimento in questione pare aver meglio messo "*a fuoco*" la questione dell'incidenza della prova irripetibile sugli effetti extrapenali dell'eventuale giudicato di condanna, e ciò, in particolare, nella parte in cui ha riconosciuto al Pubblico Ministero il diritto potestativo di escludere dal materiale utilizzabile ai fini delle determinazioni proprie del giudice dell'udienza preliminare, ma ancor più della Corte d'Assise[31], quegli accertamenti tecnici irripetibili la cui sola esistenza è di per sé elemento ostativo alla citazione di un qualsivoglia responsabile civile.

Pur non essendo stato possibile consultare il provvedimento di formazione del fascicolo del dibattimento – in cui, come detto, il Pubblico Ministero non dovrebbe aver chiesto l'inserimento delle consulenze tecniche su accertamenti tecnici irripetibili – e nonostante oggi l'identificazione di ciò che vada ivi inserito si realizzi in contraddittorio e sia possibile, entro i termini dell'art. 491 c.p.p., argomentare in merito al suo contenuto, ciò che appare doveroso significare è che già nell'impostazione della legge delega, il Parlamento aveva previsto "*la immediata trasmissione al giudice del dibattimento del provvedimento che dispone il giudizio con gli atti relativi alla procedibilità e all'esercizio dell'azione civile, con quelli non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero e con quelli compiuti dal giudice negli incidenti probatori*"[32].

[30] V. *supra*, nota 8.

[31] Nel caso di specie deve tenersi nella dovuta considerazione da una parte l'impossibilità di chiedere il giudizio abbreviato e dall'altra la considerazione per cui, in tal caso, il responsabile civile avrebbe dovuto essere automaticamente escluso ai sensi dell'art. 87 comma 3 c.p.p.

[32] Così si esprime la direttiva 57 della legge delega al Governo per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale (Legge 16 febbraio 1987, n. 81).

L'art. 431 c.p.p., invero, appare chiarissimo nel realizzare una disciplina binaria rispetto al materiale da trasferire nel fascicolo del dibattimento: mentre tutto ciò che non è previsto dalla norma e non è inutilizzabile è rimesso al consenso tra le parti, ai sensi del comma 2, ciò che è elencato al comma 1 costituisce il contenuto minimo inderogabile del fascicolo del dibattimento.

Ciò si trare, oltre che dall'utilizzo dell'indicativo nella previsione normativa ("*nel fascicolo del dibattimento sono raccolti…*"), dall'unanime giurisprudenza di legittimità esistente in materia, che, ad esempio, rispetto all'atto di querela ha in più occasioni puntualizzato la sua necessaria acquisizione al fascicolo del dibattimento e la correlata assenza di disponibilità di esso in capo alle parti[33] e precisato persino che ne è legittima l'acquisizione, ai fini della verifica sulla procedibilità dell'azione penale, ancorché effettuata dopo la chiusura del dibattimento, in quanto, per la sua funzione tipica di impulso processuale, essa deve essere inserita nel fascicolo del dibattimento anche d'ufficio ed in qualsiasi momento[34].

In argomento, ancora, è stato affermato, più in generale, che "*l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento degli atti tassativamente indicati nell'art. 431, comma 1, c.p.p. non è soggetta a preclusioni o decadenze e può avvenire anche nel giudizio di appello, se il giudice dell'udienza preliminare non la abbia disposta, ovvero, pur avendola disposta, ciò non sia materialmente avvenuto, in quanto non rientra nel potere dispositivo delle parti restringere l'ambito degli atti che per legge devono essere raccolti nell'incartamento processuale, tale approdo restando fermo anche se a ciò non abbia ovviato il giudice di primo grado*"[35].

L'orientamento è stato anche recentemente sugellato da un intervento delle Sezioni Unite, che, chiamate a valutare la natura della nullità derivante dall'omessa notifica all'imputato dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, hanno affrontato incidentalmente la questione inerente il contenuto del fascicolo del dibattimento[36] e puntualizzato che, in relazione alla "*elencazione espressa contenuta nell'art. 431 c.p.p. … la tassatività, della esclusione o inclusione, sia limitata agli atti di indagine con valenza probatoria*"[37].

Proprio le prove irripetibili assunte nel corso delle indagini, e coerenti con la loro formazione in termini di contraddittorio (partecipativo od argomentativo), allora, non possono non essere acquisite al fascicolo del dibattimento a

[33] Cass. Pen. Sez. V, 18 giugno 2004, n. 31741.

[34] Cass. Pen. Sez. III 9 marzo 2011, n. 26162; nei medesimi termini, *ex multis*, Sez. V, 21 dicembre 2005, n. 4036.

[35] Così Cass. Pen. Sez. III, 26 gennaio 2016, n. 12795 e Sez. II, 23 maggio 2014, n. 25688.

[36] In particolare, il tema era quello dell'inserimento, nel fascicolo del dibattimento, della documentazione relativa alle notifiche dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare allo scopo di consentire al giudice, nelle varie fasi e gradi del processo, di effettuare i doverosi controlli sulla correttezza della procedura di notificazione degli atti ed in particolare di quella relativa alla *vocatio in iudicium* dell'imputato.

[37] Cass. Pen. SS.UU., 17 febbraio 2017, n. 7697.

prescindere dall'eventuale esistenza di un interesse di una delle parti al loro mantenimento nel fascicolo del Pubblico Ministero.

Rispetto agli accertamenti tecnici irripetibili, peraltro, in giurisprudenza risultava ampiamente consolidato l'orientamento che esclude l'allegazione al fascicolo del dibattimento degli accertamenti tecnici irripetibili disposti dal Pubblico Ministero *ex* art. 360 c.p.p. e la loro utilizzabilità, indipendentemente dall'eventuale escussione in sede dibattimentale del consulente tecnico all'uopo nominato, soltanto in ragione dell'avvenuta formulazione, da parte della difesa, della riserva di promozione dell'incidente probatorio[38], eventualità che tuttavia non consta nel caso che ci occupa.

Ciò rende evidente, a parere di chi scrive, che la rinuncia all'utilizzo in giudizio formulata dal Pubblico Ministero debba essere ritenuta – oltre che, quanto meno a prima vista, processualmente discutibile poiché non spiegabile altrimenti che con la volontà di "*tirare dentro*" (*melius*, non consentire l'esclusione de) i due Ministeri – del tutto inefficace, non essendo possibile, per alcuna delle parti, e fuori dai ben noti casi di inutilizzabilità, disporre dell'acquisizione al fascicolo del dibattimento degli atti di accertamento irripetibile.

La conclusione, a questo punto, dovrebbe discendere in termini piuttosto semplici dal rispetto delle previsioni di diritto positivo, sostanziale e processuale, che presiedono alla costituzione, in sede penale, di un contraddittorio civilistico allargato e disciplinano il profilo della legittimazione passiva in capo a soggetti privati estranei all'imputato che non hanno avuto la possibilità di partecipare alla formazione di prove che, poiché irripetibili, dovranno necessariamente entrare a far parte della originaria cognizione del giudice del dibattimento.

Ciò non vuol dire assolutamente che le vittime, primarie e secondarie, di questa macabra vicenda non potranno ottenere il giusto risarcimento da tutti i soggetti che, a vario titolo, hanno avuto un contributo nella produzione fenomenica dei delitti in questione.

Significa soltanto (salvo che il Pubblico Ministero identifichi delle autonome condotte illecite indipendenti e causalmente connesse agli omicidi ed alle lesioni e, pertanto, eserciti l'azione penale, in autonomo procedimento,

[38] "*La consulenza tecnica medico legale ha natura di atto non ripetibile disciplinato dall'art. 360 cod. proc. pen. che, in mancanza della riserva di promozione di incidente probatorio, va inserito nel fascicolo per il dibattimento ex art. 431, lett. c), cod. proc. pen. ed è, pertanto, utilizzabile indipendentemente dall'esame dibattimentale del consulente, anche in relazione al fatto che l'accertamento tecnico non ripetibile è caratterizzato da una forma di contraddittorio che può estrinsecarsi o attraverso l'obbligo di avviso al difensore, oppure attraverso la facoltà, riconosciuta alla persona sottoposta alle indagini, di formulare riserva di promuovere incidente probatorio*": Cass. Pen. Sez. IV, 17 luglio 2019, n. 38583. "*La consulenza tecnica balistica e quella tecnica medico legale hanno natura di atti non ripetibili che, in mancanza della riserva di promozione di incidente probatorio, vanno inseriti nel fascicolo per il dibattimento ex art. 431, lett. c e sono, pertanto, utilizzabili indipendentemente dall'esame del consulente*": così Cass. Pen. Sez. I, 11 febbraio 2010, n. 8082. In termini coincidenti, ancora, Sez. IV, 18 giugno 2013, n. 27954.

nei confronti di soggetti legati da rappresentanza organica o da rapporto di lavoro tanto al Ministero della Difesa quanto al Ministero degli Interni) che la sede per ottenere giustizia per i danneggiati dovrà essere più propriamente quella civile, in cui potranno essere citati a rispondere soggetti pubblici e privati, individuali o collettivi, a prescindere dalla identificazione, in capo agli stessi, di una responsabilità penale.

Ciò che il provvedimento in esame restituisce al lettore, concludendo, al netto delle questioni più strettamente tecniche, è la tendenziale – ed a parere di chi scrive non ortodossa né ragionevole – trasformazione del processo penale in uno strumento funzionale alla soddisfazione di istanze compensative incoerenti con il suo obiettivo primario, che è e rimane, anche a prescindere dall'esigenza sociale di vedere aumentare le sedie occupate in aula, l'accertamento della responsabilità penale delle persone fisiche.

Le innovazioni digitali nel processo penale: tutto si agita e niente si muove

Luigi Palmieri*

Sommario: 1. Ancora un rinvio per l'utilizzo esclusivo del portale telematico. – **2.** La disciplina transitoria prevista per il deposito delle impugnazioni. – **3.** Il nuovo fascicolo informatico. – **4.** Le notificazioni eseguite con modalità telematica. – **5.** Conclusioni.

ABSTRACT

Nel solco tracciato dalla Riforma Cartabia, è ancora una volta l'esigenza efficientista a condurre le politiche legislative verso un ripensamento strutturale del sistema processuale attraverso l'utilizzo di strumenti informatici. In attesa di conoscere il contenuto dell'annunciato Decreto Ministeriale, l'attuale costituzione di un "triplo binario" per il deposito degli atti è funzionale ad assicurare alle parti un "rodaggio" ulteriore per raggiungere l'auspicato standard qualitativo idoneo a non pregiudicare le garanzie difensive e i principi che governano l'accertamento penale. Il ritardo strutturale delle reti informatiche in uso agli uffici giudiziari, unitamente ad una mancata, preventiva, formazione del personale di cancelleria e segreteria, induce ad una riflessione sulla fenomenologia dell'innovazione digitale e sulle ricadute che la riforma avrà nel processo penale.

In the wake of the Cartabia Reform, it is once again the need for efficiency that leads legislative policies towards a structural rethinking of the procedural system through the use of information technology. While waiting to know the content of the announced ministerial regulation, the current establishment of a "triple track" for the filing of documents is functional to ensuring the parties a further "running in" to reach the desired quality standard suitable for not jeopardizing the defensive guarantees and the principles that govern criminal investigations. The structural delay of the IT networks used by judicial offices, together with a lack of preventive training of the chancellery and secretarial staff, leads to a reflection on the phenomenology of digital innovation and the repercussions that the reform will have on the criminal process.

1. Ancora un rinvio per l'utilizzo esclusivo del portale telematico.

Anche le dinamiche investigative e probatorie hanno negativamente risentito dell'emergenza sanitaria, tanto da indurre il legislatore a derogare alle regole ordinarie, sacrificando, talvolta, le garanzie difensive e i principi naturali del giudizio ritenuti intoccabili dalla dottrina più avveduta.

Le modifiche strutturali a talune regole processuali sono antecedenti alla legislazione emergenziale prodotta nel periodo pandemico: uno sguardo attento alle pronunce giurisprudenziali intervenute sul tema nel recente passato mostra il condizionamento ideologico che il legislatore ha subìto rispetto alle scelte intraprese della magistratura, già prima del drammatico avvento del covid-19.

* Avvocato – Università degli Studi di Salerno.

È sufficiente pensare che i principi di oralità e immediatezza – espressamente consacrati nell'art. 525 c.p.p. – sono stati dapprima demoliti dalla sentenza Baijrami[1] e, attraverso l'introduzione della registrazione audiovisiva, quale nuova modalità di documentazione della prova dichiarativa, si è raggiunto un compromesso al ribasso che ha svilito il diritto assoluto alla rinnovazione della prova dichiarativa[2].

Dunque, sull'altare dell'efficienza del processo, si è giunti alla Riforma Cartabia con un bagaglio già parzialmente colmo di principi e valori che il legislatore delegato ha, da un lato, "ratificato" e, dall'altro, ampliato attraverso talune innovazioni, tra cui la digitalizzazione degli atti, la costituzione del portale telematico e le notificazioni[3].

Con l'adozione del d.lgs. n. 150/2022, il legislatore delegato ha introdotto il rito telematico attraverso una riforma organica degli atti finalizzata a migliorare lo standard qualitativo del sistema processuale, la cui piena operatività ed efficacia, come meglio si dirà nel prosieguo, non può prescindere, *in primis*, dalla preventiva formazione del personale degli uffici giudiziari[4].

Prima di procedere alla disamina delle modifiche apportate dal legislatore per semplificare le attività di deposito di atti, documenti ed istanze, occorre illustrare, in estrema sintesi, l'*excursus* storico che ha preceduto l'ultimo differimento al 1° gennaio 2025 per il completamento dell'entrata in vigore del portale.

Ed invero, secondo le indicazioni contenute nelle disposizioni transitorie (*ex* art. 87 d.lgs. n. 150/2022) la piena operatività del portale telematico è stata dapprima differita al 31.12.2023 e subordinata all'adozione dei decreti ministeriali necessari per fissare le regole tecniche per la trasmissione e il deposito, in via telematica, di comunicazioni e notificazioni.

Pertanto, sino al quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione dei regolamenti attuativi, continuerà ad applicarsi la disciplina normativa prece-

---

1 Cfr. Cass., Sez. Un., 10.10.2019, Bajrami, n. 41736, in *CED Cass.*, 276754. In dottrina v., Spangher, *Bajrami forever*, in *penaledp.it,* 12 dicembre 2022.

2 Sul punto, v. Chelo, *Saldi intenti di razionalizzazione e timidi tentativi di recupero delle garanzie nel giudizio "secondo Cartabia",* in *Dir. pen. proc.,* 1, 2023, 174; Bonzano, *La documentazione delle dichiarazioni: ancora incompiuto l'incerto cammino verso il sinolo aristotelico di sostanza e forma*, in Aa.Vv., *La Riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, a cura di Spangher, Pisa, 2022, 130; De Caro, *La Corte Costituzionale chiama, le Sezioni Unite rispondono: il triste declino del principio di immediatezza*, in *Diritto pen. proc.*, 3, 2020, 293; Galluzzo, *Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Aa.Vv., *La Riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2022, 657; Tonini, Conti, *Manuale breve. Diritto processuale penale,* Milano, 2023, 173.

3 In dottrina, Spangher, *Tra politica e giustizia*, in *penaledp.it, 5 ottobre 2021.*

4 Sul tema, v. Galgani, *Il processo penale telematico,* in *Dir. pen. proc.*, 1, 2023, 114. V. Nardo, *La progressiva digitalizzazione del processo,* in Aa.Vv., *Giustizia penale: la disciplina transitoria della c.d. Riforma Cartabia*, a cura di Cimadomo, in *Processo penale e giustizia*, 21.

dente al d.lgs. n. 150/2022, che limita la digitalizzazione alle previsioni nate per agevolare l'inoltro e il deposito degli atti durante il periodo pandemico.

Ed in particolare, l'art. 24 d.l. n. 137/2020, conv. in l. n. 176/2020 (c.d. decreto ristori), il d.m. 13 gennaio 2021[5], n. 16, e il d.m. 21 febbraio 2021[6], n. 44, nonché l'art. 87, c. 6-*bis*, d.lgs. n. 150/2022, hanno previsto l'obbligo di depositare gli atti in via esclusiva attraverso l'utilizzo del «*portale deposito atti penali* (di seguito, PDP)» accessibile *on line* dai difensori, tramite l'area riservata «*portale dei servizi telematici* (PST)» del Ministero della Giustizia[7].

Sino all'adozione del decreto ministeriale del 4 luglio 2023, il deposito telematico è stato possibile soltanto per i seguenti atti:

1) la nomina, rinuncia e revoca dei difensori di fiducia;
2) le denunce e le querele[8] (con allegata procura speciale rilasciata in favore del difensore);
3) l'atto di opposizione alla richiesta di archiviazione;
4) il deposito di memorie, documenti, richieste ed istanze indicate nell'art. 415-*bis* c.p.p.

Al di fuori di tali ipotesi, la trasmissione degli ulteriori atti difensivi doveva avvenire tramite il deposito materiale ovvero per il tramite della posta elettronica certificata (c.d. doppio binario)[9].

In ossequio a quanto previsto dall'art. 87-*ter* d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150[10], con l'adozione del decreto ministeriale del 4 luglio 2023 è stato ampliato il catalogo degli atti (103[11]) che devono essere depositati, in via esclusi-

---

5 Cfr. D.M. 13 gennaio 2021 relativo al «*Deposito di atti, documenti e istanze nella vigenza dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*», in *G.U.* n. 16 del 21.1.2021.

6 Cfr. D.M. 21 febbraio 2021, n. 44 relativo al «*Regolamento concernente le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in attuazione dei principi previsti dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, ai sensi dell'articolo 4, commi 1 e 2, del decreto-legge 29 dicembre 2009, n. 193, convertito nella legge 22 febbraio 2010 n. 24*».

7 È previsto obbligatoriamente anche il deposito del c.d. "atto abilitante" che attesta la conoscenza legale del procedimento (ad esempio, la certificazione *ex* art. 335 c.p.p., il verbale di identificazione, il decreto di sequestro, ecc...).

8 Per i privati, invece, non trova applicazione l'art. 24 d.l. 137/2020 e il d.m. 13 gennaio 2021 che legittima soltanto i difensori al deposito telematico degli atti ivi elencati. Pertanto, i privati (nell'ipotesi, ad esempio, più frequente del deposito dell'atto di denuncia o querela) potranno continuare a depositare gli atti presso la segreteria/cancelleria dell'organo competente a riceverla.

9 Il deposito mediante trasmissione a mezzo posta elettronica certificata è stato previsto per tutti gli atti documenti ed istanze «*comunque denominati*» diversi da quelli innanzi indicati di cui all'art. 87 c. 6-*bis* e 6-*ter* d. lgs. n. 150/2022.

10 L'art. 87-*ter*, c. 6, d. lgs 10 ottobre 2022, n. 150 ha previsto che con uno o più decreti del Ministro della giustizia sono individuati gli ulteriori atti per i quali è consentito il deposito telematico con le modalità di cui al c. 6-*bis*.

11 1. Ricusazione del giudice (articoli 37 e 38 del codice di procedura penale); 2. Richiesta di rimessione del processo (art. 46 del codice di procedura penale); 3. Richiesta di trasmissione degli atti a un diverso pubblico ministero (art. 54-*quater* del codice di procedura penale); 4. Atto di costituzione di parte civile (articoli 76, 78 del codice di procedura penale); 5. Istanza di esclusione della parte civile (art. 80 del codice di procedura penale); 6. Istanza di citazione del responsabile civile

(art. 83 del codice di procedura penale); 7. Atto di costituzione del responsabile civile (art. 84 del codice di procedura penale); 8. Atto di intervento del responsabile civile (art. 85 del codice di procedura penale); 9. Istanza di esclusione del responsabile civile (art. 86 del codice di procedura penale); 10. Atto di costituzione del civilmente obbligato per la pena pecuniaria (art. 89 del codice di procedura penale); 11. Istanza di esclusione del civilmente obbligato per la pena pecuniaria (art. 89 del codice di procedura penale); 12. Istanza di citazione del civilmente obbligato per la pena pecuniaria (art. 89, comma 1 del codice di procedura penale); 13. Nomina difensore di fiducia (art. 96 del codice di procedura penale); 14. Nomina del sostituto del difensore (art. 102 del codice di procedura penale); 15. Non accettazione, rinuncia o revoca del difensore (art. 107 del codice di procedura penale); 16. Istanza di rilascio copie, estratti e certificati (art. 116 del codice di procedura penale); 17. Memorie e richieste scritte (articoli 121, 367 del codice di procedura penale); 18. Procura speciale (art. 122 del codice di procedura penale); 19. Istanza di correzione di errore materiale (art. 130 del codice di procedura penale); 20. Comunicazione del domicilio dichiarato o del domicilio eletto (art. 162 del codice di procedura penale); 21. Comunicazione di mancata accettazione della domiciliazione (art. 162, comma 4-*bis* del codice di procedura penale); 22. Richiesta per la restituzione nel termine (art. 175 del codice di procedura penale); 23. Ricusazione del perito (art. 223 del codice di procedura penale); 24. Nomina del consulente tecnico di parte (articoli 225, 233 del codice di procedura penale); 25. Memorie del consulente tecnico (art. 233 del co- dice di procedura penale); 26. Richiesta di autorizzazione all'intervento del consulente di parte (art. 233, comma 1-*bis* del codice di procedura penale); 27. Opposizione al decreto di rigetto della richiesta di autorizzazione del consulente tecnico (art. 233, comma 1-*bis* del codice di procedura penale); 28. Opposizione al decreto di perquisizione del pubblico ministero (art. 252-*bis*, comma 1 del codice di procedura penale); 29. Richiesta di riesame del decreto di sequestro preventivo o probatorio (articoli 257, 322, 324 del codice di procedura penale); 30. Opposizione di segreto professionale o d'ufficio (art. 256, comma 1, 2 del codice di procedura penale); 31. Richiesta di restituzione di cose sequestrate (art. 262 del codice di procedura penale); 32. Opposizione al decreto del pubblico ministero che dispone la restituzione delle cose sequestrate o re- spinge la relativa richiesta (art. 263, comma 5 del codice di procedura penale); 33. Istanza di esame degli atti e di ascolto delle registrazioni o di cognizione dei flussi di comunicazioni (art. 268, comma 6 del codice di procedura penale); 34. Richiesta di copia e trascrizione degli esiti delle intercettazioni (art. 268, comma 8 del codice di procedura penale); 35. Richiesta di distruzione delle intercettazioni (art. 269, comma 2 del codice di procedura penale); 36. Richiesta di modifica delle modalità esecutive di misura cautelare (art. 279 del codice di procedura penale); 37. Richiesta di sostituzione, revoca o modifica di misura cautelare (art. 299 del codice di procedura penale); 38. Richiesta di riesame delle ordinanze che dispongono una misura coercitiva (art. 309 del codice di procedura penale); 39. Appello avverso ordinanze in materia di misure cautelari personali (art. 310 del codice di procedura penale); 40. Ricorso per cassazione avverso le ordinanze in materia di misure cautelari personali (art. 311 del codice di procedura penale); 41. Domanda di riparazione per ingiusta detenzione (articoli 314, 315 del codice di procedura penale); 42. Richiesta di revoca del sequestro preventivo (art. 321, comma 3 del codice di procedura penale); 43. Appello avverso ordinanze in materia di sequestro preventivo e decreto di revoca del sequestro emesso dal pubblico ministero (art. 322-*bis* del codice di procedura penale); 44. Ricorso per cassazione avverso le ordinanze in materia di misure cautelari reali (art. 325 del codice di procedura penale); 45. Denuncia da parte del privato cittadino (art. 333 del codice di procedura penale); 46. Richiesta di informazioni sull'iscrizione nel registro delle notizie di reato e sullo stato del procedimento (art. 335 del codice di procedura penale); 47. Richiesta di retrodatazione dell'iscrizione indagato nel registro delle notizie di reato (art. 335-*quater* del codice di procedura penale); 48. Notifica del deposito dell'istanza di retrodatazione dell'iscrizione dell'indagato nel registro delle notizie di reato (art. 335-*quater*, comma 6 del codice di procedura penale); 49. Memorie sulla richiesta di retrodatazione dell'iscrizione dell'indagato nel registro delle notizie di reato (art. 335-*quater*, comma 6 del codice di procedura penale); 50. Querela (art. 336 del codice di procedura penale); 51. Rinuncia alla querela (art. 339 del codice di procedura penale); 52. Remissio-

ne di querela (art. 340 del codice di procedura penale); 53. Accettazione della remissione di querela (art. 340 del codice di procedura penale); 54. Istanza di procedimento (art. 341 del codice di procedura penale); 55. Opposizione al decreto di convalida della perquisizione (art. 352, comma 4-*bis* del codice di procedura penale); 56. Richiesta di sequestro probatorio (art. 368 del codice di procedura penale); 57. Richiesta di incidente probatorio (art. 393 del codice di procedura penale); 58. Richiesta della persona offesa di promuovere incidente probatorio (art. 394 del codice di procedura penale); 59. Deduzioni sulla richiesta di incidente probatorio (art. 396 del codice di procedura penale); 60. Deduzioni sull'incidente probatorio (art. 396, comma 1 del codice di procedura penale); 61. Richiesta di autorizzazione alle indagini difensive presso persona detenuta (art. 391-*bis*, comma 7 del codice di procedura penale); 62. Memorie sulla richiesta di proroga delle indagini (art. 406, comma 3 del codice di procedura penale); 63. Dichiarazione della persona offesa della volontà di essere informata circa la richiesta di archiviazione (art. 408, comma 2 del codice di procedura penale); 64. Opposizione alla richiesta di archiviazione (art. 410 del codice di procedura penale); 65. Reclamo avverso il decreto o l'ordinanza di archiviazione (art. 410-*bis*, comma 3 del codice di procedura penale); 66. Memorie per il reclamo (art. 410-*bis*, comma 3 del codice di procedura penale); 67. Richiesta di avocazione al Procuratore generale (art. 413 del codice di procedura penale); 68. Istanza di copia delle intercettazioni indicate nell'elenco depositato dal difensore (art. 415-*bis*, comma 2-*bis* del codice di procedura penale); 69. Memorie, documenti e richieste dopo la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini (art. 415-*bis*, comma 3 del codice di procedura penale); 70. Richiesta al giudice di ordinare l'assunzione delle determinazioni sull'azione penale a seguito del deposito degli atti di indagine (art. 415-*ter*, comma 3 del codice di procedura penale); 71. Richiesta al giudice di ordinare l'assunzione del- le determinazioni sull'azione penale (art. 415-*bis*, comma 5-*quater* del codice di procedura penale); 72. Richiesta di acquisizione di prove non rinviabili (articoli 420-*quinquies*, 464-*sexies*, 467, 598-*ter*, comma 3, 721, comma 4 del codice di procedura penale); 73. Richiesta di giudizio abbreviato (articoli 438, 458, 519, 520, 554-*ter*, 558, comma 8 del codice di procedura penale); 74. Richiesta di applicazione della pena (articoli 444, 447, comma 1, 458-*bis*, 438, comma 5-*bis*, 519, 520, 554-*ter*, 558, comma 8 del codice di procedura penale); 75. Richiesta di giudizio immediato (articoli 453, comma 3, 419, comma 5 del codice di procedura penale); 76. Consenso alla richiesta di applicazione della pena (articoli 446, 447 del codice di procedura penale); 77. Richiesta di sostituzione della pena detentiva con il lavoro di pubblica utilità (art. 459, comma 1-*bis* e 1-*ter* del codice di procedura penale); 78. Opposizione al decreto penale di condanna (art. 461 del codice di procedura penale); 79. Richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova (art. 464-*bis* del codice di procedura penale); 80. Programma di trattamento per la messa alla pro- va (art. 464-*bis*, comma 4 del codice di procedura penale); 81. Accettazione della proposta di messa alla pro- va (articoli 464-*ter*.1, comma 2 del codice di procedura penale); 82. Memorie della persona offesa sulla proposta di messa alla prova (articoli 464-*ter*.1, comma 3 del codice di procedura penale); 83. Istanza di anticipazione o differimento dell'udienza (art. 465 del codice di procedura penale); 84. Lista dei testimoni, periti o consulenti tecnici (articoli 468, 555 del codice di procedura penale); 85. Richiesta di proporre impugnazione (art. 572, comma 1 del codice di procedura penale); 86. Rinuncia all'opposizione al decreto penale di condanna (art. 589 del codice di procedura penale); 87. Rinuncia all'impugnazione (art. 589 del codice di procedura penale); 88. Appello (art. 593 del codice di procedura penale); 89. Appello incidentale (art. 595 del codice di procedura penale); 90. Richiesta di partecipazione all'udienza (art. 598- *bis*, comma 2 del codice di procedura penale); 91. Concordato in appello (art. 599-*bis* del codice di procedura penale); 92. Richiesta di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale (art. 603 del codice di procedura penale); 93. Ricorso per cassazione avverso ordinanze pronunciate in primo grado e in grado di appello nei casi previsti da specifiche disposizioni del codice di procedura penale; 94. Ricorso per cassazione dell'imputato (art. 607 del codice di procedura penale); 95. Richiesta di rescissione del giudicato (art. 629-*bis* del codice di procedura penale); 96. Richiesta di revisione (art. 633 del codice di procedura penale); 97. Esercizio del diritto all'oblio (articoli 64-*ter* disp. att. del codice di procedura penale); 98. Domanda di oblazione (articoli 162, 162-*bis* del codice penale – 141 disp. att. del codice

va, tramite l'utilizzo del summenzionato PDP, nelle rispettive segreterie della Procura della Repubblica presso il Tribunale e della Procura europea, della Procura generale presso la Corte di appello e nella cancelleria del Giudice di pace, del Tribunale e della Corte di appello.

Si tratta, in sostanza, degli atti relativi alla fase procedimentale e processuale, ivi comprese la vicenda cautelare e le impugnazioni, con l'espressa esclusione di tutti quelli destinati alla segreteria della Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni, e alle cancellerie del Tribunale per i minorenni, del Tribunale di sorveglianza e della Corte di cassazione oltre a tutti gli atti che riguardano le fasi disciplinate dai libri X e XI del codice di procedura penale.

Nell'ottica dei penalisti italiani, l'adozione del decreto del 4 luglio 2023 ha rappresentato «*un vero e proprio fulmine a ciel sereno*» in quanto la previsione ministeriale che ha reso obbligatorio l'utilizzo del portale per il deposito di quasi tutti gli atti difensivi avrebbe necessitato di una graduale applicazione, in considerazione della delicatezza delle fasi processuali interessate dall'innovazione: dalle impugnazioni cautelari ed ordinarie a tutti gli atti processuali, tra cui il deposito della lista testimoniale e l'atto di costituzione di parte civile.

Il senso di sfiducia manifestato dai difensori è in larga misura giustificato dal malfunzionamento che il portale ha mostrato sin dalle sue prime applicazioni per il deposito degli atti destinati alle segreterie delle procure della Repubblica presso i Tribunali[12].

Senza una puntuale regolamentazione delle dirompenti novità previste nel modello organizzativo digitale, l'entrata in vigore – *ex abrupto* – del processo penale telematico avrebbe sortito la paralisi delle cancellerie non ancora adeguatamente formate per gestire la rivoluzionaria trasformazione digitale, che dovrebbe, altresì, essere preceduta da un "rodaggio" delle reti e delle infrastrutture tecnologiche deputate alla raccolta degli atti digitali[13].

In questo senso, l'estensione del deposito obbligatorio anche ad atti difensivi indirizzati ai Tribunali e alle Corti di Appello ha inevitabilmente sollevato

di procedura penale); 99. Istanza di ammissione a colloqui (art. 18 legge n. 354/1975); 100. Istanza di ammissione al gratuito patrocinio (art. 78 testo unico n. 115/2002); 101. Istanza di liquidazione dell'onorario (art. 82 testo unico n. 115/2002); 102. Ricorso per cassazione avverso il provvedimento di revoca del gratuito patrocinio (art. 113 testo unico n. 115/2002); 103. Istanza di acquisizione dei tabulati (art. 132, comma 3 decreto legislativo n. 196/2003).

[12] A causa delle suddette anomalie tecniche, si è reso necessario – attraverso una disposizione *ad hoc* – chiarire che il «*malfunzionamento*» deve essere attestato dal Direttore generale per i sistemi informativi automatizzati, con provvedimento pubblicato nel portale dei servizi telematici del Ministero della Giustizia e, solamente in tale ipotesi, il termine di decadenza per il deposito degli atti è prorogato di diritto fino al giorno successivo al ripristino della funzionalità del portale. Cfr. l'art. 87, c. 6-*quater*, d.lgs. 150/2022.

[13] In dottrina, v. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, Milano, 2022, 155; Giordano, *L'istituzione di un processo penale telematico*, in Aa.Vv., *La riforma del sistema penale*, a cura di Bassi e Parodi, Milano, 2022, 19 ss.

l'ulteriore problema (rispetto a quelli tecnici sin d'ora emersi) della mancata previsione di un preventivo percorso formativo per abilitare il personale degli uffici e valutare il potenziamento delle unità operative anche con gli addetti all'Ufficio del processo.

Anche a seguito delle manifestate perplessità degli avvocati penalisti italiani, il Ministro della Giustizia, con il successivo decreto ministeriale del 18 luglio 2023[14], ha ritenuto necessario assicurare e verificare, prima di rendere obbligatorio l'utilizzo del portale per il deposito degli atti difensivi, la piena funzionalità del nuovo strumento informatico «[...] *avviando una fase sperimentale transitoria anche nella prospettiva di individuare le tipologie di atti per cui possono essere adottate le modalità non telematiche di cui all'art. 87, c. 3, d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*».

Il Ministro ha, pertanto, differito l'efficacia del decreto ministeriale del 4 luglio 2023 relativo al deposito dei centotré atti difensivi al quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione dei regolamenti di cui ai c. 1 e 3 dell'art. 87 del d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

In altre parole, con la sospensione dell'efficacia del decreto ministeriale del 4 luglio 2023 – limitatamente al regime di esclusività del PDP – rivivono le precedenti modalità che consentono l'utilizzo della posta elettronica certificata per il deposito degli atti[15].

Alla scadenza del termine fissato per l'entrata in vigore del regime di esclusività del deposito degli atti attraverso il PDP, il Consiglio Nazionale Forense ha comunicato di aver raggiunto un'intesa con il Ministro della Giustizia per il differimento al 1° gennaio 2025 della definitiva entrata in vigore del processo penale telematico[16].

In attesa della pubblicazione del nuovo decreto[17], il Ministro ha accolto le richieste dell'Avvocatura[18] finalizzate ad ottenere «*una soluzione di buon senso*», in considerazione di alcuni limiti oggettivi, tra cui, in particolare, il

---

[14] Cfr. Decreto ministeriale 18 luglio 2023 «*Integrazione del al decreto 4 luglio 2023, recante «Portale deposito atti penali – Avvio fase di sperimentazione*» (in G.U. 18.7.2023, n. 166).

[15] Ad eccezione di quelli indicati nell'art. 87, c. 6-*bis*, d.lgs. 150/2022, ed in particolare: 1) la nomina, la rinuncia e la revoca dei difensori di fiducia; 2) le denunce e le querele (con allegata procura speciale rilasciata in favore del difensore); 3) l'atto di opposizione alla richiesta di archiviazione; 3) il deposito di memorie, documenti, richieste ed istanze indicate nell'art. 415-*bis* c.p.p.

[16] Il comunicato del 30.11.2023 è consultabile al seguente link https://www.consiglionazionaleforense.it/web/cnf-news/-/24697-231.

[17] Sul punto, occorre evidenziare che in data 15 novembre 2023 il Ministro della Giustizia ha trasmesso al Consiglio Superiore della Magistratura lo schema di decreto ministeriale recante il «*regolamento da adottarsi ai sensi dell'art. 87, c. 1 e 3, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*» avente ad oggetto il deposito, la comunicazione e la notificazione con modalità telematiche degli atti e dei documenti, nonché la consultazione e la gestione dei fascicoli informatici nel procedimento penale e civile. Il suddetto schema di decreto istituisce due, diversi, portali: il primo, esclusivamente dedicato al deposito di atti e documenti, ed il secondo destinato alla trasmissione delle notizie di reato.

[18] Le richieste di rinvio del regime di operatività esclusiva del portale telematico sono state formalizzate dal Consiglio Nazionale Forense, dall'Organismo Congressuale Forense, dall'Unione camere penali e dall'Associazione Italiana Giovanni Avvocati.

malfunzionamento dell'infrastruttura digitale e la non adeguata formazione tecnica dei magistrati e del personale di cancelleria[19].

2. La disciplina transitoria prevista per il deposito delle impugnazioni.

Le impugnazioni figurano tra i centotré atti indicati nel decreto ministeriale del 4 luglio 2023, per cui è previsto il deposito degli atti, in via esclusiva, per il tramite del portale telematico[20].

Già prima della scelta del Ministro di differire l'efficacia del suddetto decreto ministeriale sino al quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione dei regolamenti di cui ai c. 1 e 3 dell'art. 87 del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (v. *supra* par. 1), sono emersi numerosi nodi interpretativi relativamente al deposito, tramite posta elettronica certificata, degli atti di impugnazioni «*comunque denominati*», tra cui le opposizioni *ex* art. 461 e 667, c. 4, c.p.p. e i reclami giurisdizionali di cui alla l. 26 luglio 1975, n. 354[21].

In considerazione della nuova modalità telematica prevista per il deposito degli atti, la Riforma Cartabia è intervenuta per modificare la disciplina della «*presentazione dell'impugnazione*» di cui all'art. 582, c. 1, c.p.p., per cui «*salvo che la legge non disponga altrimenti, l'atto di impugnazione è presentato con le modalità previste dall'art. 111-bis nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato*»[22].

---

[19] La notizia del rinvio al 1° gennaio 2025 è stata ripresa dal Ministro della Giustizia nel corso dell'audizione dinanzi al *plenum* del CSM il 30.11.2023 «[...] *da Gennaio anche il processo telematico sarà una realtà la affronteremo insieme, a cadenze serrate, ma con opportuna gradualità che porta a sintesi le esigenze e le soluzioni rappresentate così dall'Avvocatura come dagli Uffici Giudiziari*». La relazione scritta del Ministro della Giustizia è consultabile al seguente link https://www.gnewsonline.it/nordio-al-plenum-leale-collaborazione-tra-csm-e-ministro/.

[20] Sulle modifiche apportate dalla Riforma Cartabia al regime di forma e modalità di presentazione dell'impugnazione, v. in dottrina, Cascini, *Le impugnazioni: nuove forme e modalità di presentazione*, in Aa.Vv., *La Riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, a cura di Spangher, Pisa, 2022, 555; Della Torre, *Sub art. 582 c.p.p.*, in Aa.Vv., *Codice di procedura penale commentato*, III, a cura di Giarda e Spangher, 1314.

[21] Anche le impugnazioni *de libertate* – ai sensi dell'art. 24, c. 6-*quinquies* D.L. n. 137 del 2020 – dovevano essere depositate a mezzo posta elettronica certificata quale unica ed esclusiva forma di trasmissione sanzionata con l'inammissibilità ai sensi dell'art. 24, c. 6-*sexies*. La norma è stata inserita nell'art. 1, c. 1, l. 18 dicembre 2020, n. 176, in sede di conversione del d.l. 137/2020 entrato in vigore il 25 dicembre 2020. Nel caso di richiesta di riesame o di appello contro ordinanze in materia di misure cautelari personali o reali, la disposizione – in deroga al principio generale secondo il quale l'atto di impugnazione va trasmesso all'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato – dispone, invece, che l'atto di impugnazione vada trasmesso all'indirizzo di posta elettronica certificata al giudice *ad quem* ossia del Tribunale di cui all'art. 309 c. 7, c.p.p. Così testualmente, Di Nicola, *La semplificazione delle attività di deposito di atti, documenti ed istanze,* in Aa.Vv., *Giustizia penale: la disciplina transitoria della c.d. Riforma Cartabia*, a cura di Cimadomo, in *Processo penale e giustizia*, 25.

[22] Secondo la disposizione transitoria di cui all'art. 87-*bis* d. lgs. 150/2022, la nuova modalità di deposito dell'atto di impugnazione è entrata in vigore dal 30 dicembre 2022.

Per le parti private, in via alternativa alla modalità telematica di cui all'art. 582, c. 1, c.p.p., il legislatore ha previsto la facoltà di presentare l'atto di impugnazione «*personalmente*», anche a mezzo di incaricato, nella cancelleria del giudice che ha messo il provvedimento impugnato.

In tal caso, ai sensi dell'art. 582, c. 1-*bis*, c.p.p., il pubblico ufficiale addetto vi appone l'indicazione del giorno in cui riceve l'atto e della persona che lo presenta, lo sottoscrive, lo unisce agli atti del procedimento e rilascia, se richiesto, attestazione della ricezione.

La disciplina transitoria prevista per l'entrata in vigore della summenzionata disposizione è evidentemente vincolata all'operatività del deposito telematico di cui all'art. 111-*bis* c.p.p.

Ed in particolare, la modalità telematica di presentazione dell'atto di impugnazione – ai sensi dell'art. 582, c. 1 e c. 1-*bis* c.p.p. in combinato disposto con l'art. 111-*bis* c.p.p. – entra in vigore a partire dal quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione dei regolamenti attuativi di cui ai c. 1 e 3 dell'art. 87 d.lgs. n. 150/2022 ovvero a partire dal diverso termine previsto dal regolamento di cui al c. 3 del medesimo articolo per gli uffici giudiziari e per le tipologie di atti in esso indicati[23].

Pertanto, sino all'entrata in vigore del processo penale telematico – con il regime di esclusività – è consentita (ai sensi degli artt. 87 e 87-*bis* l. n. 199/2022) la proposizione dell'impugnazione attraverso l'utilizzo della posta elettronica certificata[24].

Gli oneri formali per la corretta presentazione dell'impugnazione a mezzo PEC possono essere così sintetizzati: a) l'atto deve essere presentato in forma di documento informatico e sottoscritto con firma digitale qualificata (*Pades* e *Cades*); b) gli atti che sono proposti da più soggetti possono essere firmati digitalmente dagli stessi, purché almeno uno sia il depositante; c) l'impugnazione deve contenere la specifica indicazione degli allegati e gli stessi sono trasmessi per immagini e sottoscritti digitalmente dal difensore per conformità all'originale[25].

La Suprema Corte[26] ha in più occasioni precisato che il valore legale del deposito tramite PEC è subordinato alla validità dell'indirizzo di posta elettronica certificata di provenienza dell'atto ovvero che lo stesso sia inserito

[23] Sono stati, invece, abrogati con efficacia immediata dal 31 dicembre 2022 – data di entrata in vigore del d.lgs. 150/2022 – gli artt. 582, c. 2, e 583 c.p.p. Sul punto, v. diffusamente in dottrina, Di Nicola, *La semplificazione delle attività di deposito di atti*, cit., 25; Porcu, *Digitalizzazione degli atti, videoriprese e partecipazione a distanza*, in Aa.Vv., *La Riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, a cura di Spangher, Pisa, 2022, 43 ss.

[24] Così l'art. 87-*bis* d.lgs. 150/2022.

[25] Così testualmente in dottrina, Giordano, *La cassazione torna sulla presentazione dell'impugnazione cautelare a mezzo PEC,* in *IUS processo telematico,* 4 marzo 2022.

[26] *ex plurimis*, Cass., Sez. IV, 9.11.2021, n. 46118, in *IUS processo telematico,* 4 marzo 2022, con nota di Giordano.

nel registro generale degli indirizzi elettronici di cui all'art. 7 del regolamento Ministeriale del 21 febbraio 2011, n. 44[27].

Per quanto concerne, poi, la sottoscrizione dell'atto allegato alla posta elettronica, il personale di segreteria e di cancelleria degli Uffici giudiziari destinatari del documento devono provvedere ad annotare nel registro la data di ricezione e ad inserirlo nel fascicolo telematico.

3. Il nuovo fascicolo informatico.

In attesa di conoscere il contenuto delle fonti sub-primarie per il completamento del processo di trasformazione digitale, il riformato art. 110 c.p.p. rappresenta il faro del nuovo rito telematico, la cui regola generale è applicabile a tutti gli atti processuali[28].

Secondo il c. 1 dell'art. 110, c.p.p. quando è richiesta la forma scritta, «*gli atti del procedimento penale sono redatti e conservati in forma di documento informatico, tale da assicurare l'autenticità, l'integrità, la leggibilità, la reperibilità, l'interoperabilità e, ove previsto dalla legge, la segretezza*».

È fatta salva l'ipotesi, in deroga a quanto previsto dalla riferita disposizione generale, di depositare l'atto, ai sensi del c. 3 dell'art. 110 c.p.p., in formato analogico quando «*per la loro natura, o per specifiche esigenze processuali*» non è possibile trasformarlo in digitale[29].

Per quanto concerne, poi, la redazione, la sottoscrizione, la conservazione, l'accesso, la trasmissione, la ricezione di atti e documenti informatici, il c. 2 dell'art. 110 c.p.p. rinvia ad una (non agevolmente identificabile) «*normativa, anche regolamentare*».

Una specifica indicazione per la sottoscrizione è comunque contenuta nel c. 2-*bis* dell'art. 110 c.p.p. che prescrive l'apposizione della firma in formato digitale o di «*altra firma elettronica qualificata*».

Sarà necessario attendere l'adozione delle disposizioni regolamentari per comprendere le modifiche tecniche e gli adempimenti per il deposito attra-

[27] Decreto del Ministro della Giustizia del 21 febbraio 2011, n. 44 «*Regolamento concernente le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e penale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in attuazione dei principi previsti dal decreto legislativo 7 marzo 2005n, n. 82 e successive modificazioni, ai sensi dell'art. 4, commi 1 e 2, del decreto-legge 29 dicembre 2009, n. 193, convertito nella legge 22 febbraio 2010, n. 24*» (in G.U. 18.04.2011, n. 89). Inoltre, affinché il deposito dell'atto attraverso l'utilizzo della PEC sia legittimo deve essere effettuato presso gli indirizzi di posta elettronica certificata degli Uffici giudiziari destinatari dell'atto indicati nell'apposito provvedimento reso dal Direttore generale per i sistemi informativi automatizzati e pubblicato nel portale dei servizi telematici del Ministero della Giustizia.

[28] Così, Galgani, *Il processo penale telematico*, in *Dir. pen. proc.*, 1, 2023, 116; Id., ...Along Game *il processo penale telematico. Le disposizioni generali sugli atti,* in Aa.Vv., *La Riforma Cartabia, La nuova giustizia penale,* a cura di Castronuovo – Donini – Mancuso – Varraso, Milano, 2023, 395 ss.

[29] Sul fascicolo informatico, v. In dottrina, La Regina, *Ulteriori ambiti dell'intervento normativo,* in Aa.Vv., *La Riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, a cura di Spangher, Pisa, 2022, 302.

verso il PDP, allo stato disciplinato nel codice di rito solamente attraverso regole e deroghe di carattere generale unitamente alla normativa emergenziale innanzi richiamata.

Ci si riferisce, in particolare, alle concrete modalità di «*deposito telematico*» degli atti – «*in ogni stato e grado del procedimento*» (*ex* art. 111-*bis* c.p.p.) – e alla conservazione degli stessi nel «*fascicolo informatico*» (*ex* art. 111-*ter* c.p.p.).

L'*incipit* utilizzato dal legislatore nell'art. 111-*ter* c.p.p. «*i fascicoli informatici del procedimento penale*» lascia inequivocabilmente intendere una nuova modalità esclusiva di conservazione dei fascicoli (del pubblico ministero, del difensore e per il dibattimento) non più analogica, ma digitale.

Soltanto per il fascicolo del difensore (*ex* art. 391-*octies*, c. 3 c.p.p.) è stato espressamente previsto il mantenimento di un "doppio binario": gli atti in formato digitale sono conservati nel fascicolo informatico, mentre quelli redatti in forma di documento analogico vengono conservati in originale.

Sarebbe stato opportuno specificare l'eventuale estendibilità della suddetta disposizione anche per il fascicolo del p.m. e per quello dibattimentale.

Tuttavia, una visione globale delle modifiche apportare al codice di rito (*ex* artt. 110 e ss.), in uno ai regolamenti ministeriali adottati, non lascia spazio a dubbi nel ritenere regola generale la conservazione degli atti nel fascicolo informatico, mantenendo il "cartaceo" solamente per i documenti redatti in formato c.d. analogico.

4. Le notificazioni eseguite con modalità telematica.

La Riforma Cartabia ha, altresì, profondamente innovato la forma delle notificazioni[30].

Per le notificazioni a cura di cancellerie e segreterie, la regola generale prescrive, *ex* art. 148, c. 1, c.p.p. che le notificazioni degli atti siano eseguite con «*modalità telematica*» nel rispetto della normativa anche regolamentare.

La suddetta clausola generale soggiace alla deroga indicata al successivo c. 4, che esclude l'operatività della forma telematica quando per espressa previsione di legge, o per l'inidoneità di un domicilio digitale del destinatario o per la sussistenza di impedimenti tecnici, non è possibile procedere con le modalità indicate al c. 1[31].

La modalità telematica è stata poi pedissequamente riproposta anche per le notifiche al pubblico ministero e al giudice.

---

[30] V. diffusamente in dottrina, Cimadomo, *Notificazioni e "Riforma Cartabia"*, in *Dir. proc. pen.*, 1, 2023, 121; Id., *La nuova disciplina in materia di notificazioni,* in Aa.Vv., *La Riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, a cura di Spangher, Pisa, 2022, 147; Nicolicchia, *Domicilio digitale e notificazioni,* in Aa.Vv., *La Riforma Cartabia, La nuova giustizia penale,* a cura di Castronuovo – Donini – Mancuso – Varraso, Milano, 2023, 429 ss.

[31] In tale ipotesi si procede alla notifica tramite ufficiale giudiziario o polizia giudiziaria secondo quanto stabilito dall'art. 148 c. 5 e 6, c.p.p.

Il legislatore delegato ha riservato una disciplina specifica per le notificazioni disposte in favore dell'indagato/imputato, del querelante, della persona offesa e delle parti eventuali[32].

Il querelante e la persona offesa devono dichiarare o eleggere domicilio per le comunicazioni e le notificazioni già nell'atto di querela o anche successivamente alla formulazione della stessa[33].

A tal fine, possono dichiarare un indirizzo di posta elettronica certificata «*o un altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato*», con l'obbligo di comunicare all'autorità procedente il mutamento del domicilio in precedenza dichiarato o eletto.

Nell'eventualità in cui la persona offesa non provveda tempestivamente alla dichiarazione o all'elezione di domicilio, oppure l'indicazione risulti insufficiente o inidonea, le notifiche alla persona offesa che abbia proposto querela (e non abbia nominato un difensore di fiducia[34]) sono eseguite mediante deposito dell'atto nella segreteria del pubblico ministero procedente o nella cancelleria del giudice procedente[35].

Una disciplina *ad hoc* è stata riservata alle parti eventuali.

Ed in particolare, la notificazione della prima citazione alla parte civile, al responsabile civile e alla persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria è eseguita, in assenza di idoneo domicilio digitale, con le forme stabilite per la prima notificazione all'imputato.

Quando, invece, la parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria sono regolarmente costituiti in giudizio le notificazioni sono eseguite presso i difensori nominati.

Il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria ritualmente citati ma non costituiti in giudizio, se non dispongono di un domicilio digitale, devono dichiarare o eleggere il proprio domicilio «*nel luogo in cui si procede*» o dichiarare alla cancelleria del giudice competente un indirizzo di posta elettronica certificata «*o altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato*»[36].

In mancanza di una indicazione corretta, le notificazioni sono eseguite mediante deposito nella cancelleria del giudice che procede.

Per quanto concerne la novellata disciplina delle notifiche all'indagato/imputato (libero), il legislatore delegato ha differenziato quelle relative agli

[32] Sulle notifiche all'imputato assente, v. in dottrina, Kalb, *La nuova disciplina del processo in assenza dell'imputato: la ricerca di una soluzione equilibrata per il superamento di problemi ancora irrisolti,* in Aa.Vv., *La Riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, a cura di Spangher, Pisa, 2022, 337 ss.

[33] Cfr. art. 153-*bis*, c. 1 e 2, c.p.p.

[34] Quando la persona offesa ha provveduto alla nomina del difensore di fiducia, le notifiche vengono eseguite, ai sensi dell'art. 33 disp. att., ex lege, presso il difensore di fiducia.

[35] Cfr. art. 154, c. 1, c.p.p.

[36] Così l'art. 154, c. 4, c.p.p.

atti introduttivi del giudizio (elevando lo standard di garanzie difensive) rispetto agli altri atti del procedimento.

In quest'ultima ipotesi, le notificazioni all'imputato (libero) sono eseguite mediante consegna al difensore di fiducia o a quello nominato d'ufficio quando lo stesso ha ricevuto gli avvertimenti di cui all'art. 161, c. 1, c.p.p.

Per la prima notificazione (non preceduta dagli avvertimenti *ex* art. 161, c. 1, c.p.p.) la notifica all'indagato/imputato libero è eseguita mediante consegna di copia dell'atto in forma di documento analogico[37].

Con la notifica del primo atto, l'autorità giudiziaria procedente avverte l'indagato/imputato che le successive notificazioni – diverse da quelle relative «*atti introduttivi del giudizio*» – saranno effettuate mediante consegna al difensore di fiducia o a quello nominato d'ufficio[38].

Per le notifiche degli «*atti introduttivi del giudizio*» (*ex* art. 157-*ter*, c.p.p.) - avviso di fissazione dell'udienza preliminare, del decreto penale di condanna e delle citazioni in giudizio ai sensi degli artt. 450, c. 2, 456, 552, 601 c.p.p.[39] – il giudice, il pubblico ministero o la polizia giudiziaria, nel primo atto compiuto con l'intervento della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato libero, lo invitano a dichiarare uno dei luoghi indicati nell'art. 157, c. 1, c.p.p. (casa di abitazione o luogo in cui l'imputato esercita abitualmente l'attività lavorativa) o un indirizzo di posta elettronica certificata «*o altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato*».

Alla suddetta regola generale che, come detto, prescrive la notifica degli «*atti introduttivi del giudizio*» direttamente all'imputato (e non al difensore di fiducia o di ufficio) nei luoghi e con le modalità di cui all'art. 157 c.p.p., il legislatore delegato ha previsto quattro causali – di cui tre specifiche ed una generica – che eludono la regola generale indicata nel c. 1 dell'art. 157-

[37] Ai sensi dell'art. 157, c. 1, c.p.p. quando non è possibile consegnare personalmente la copia, la notificazione è eseguita nella casa di abitazione o nel luogo in cui l'imputato esercita abitualmente l'attività lavorativa. Nella casa di abitazione la consegna è eseguita a una persona che conviva anche temporaneamente ovvero addetta alla casa ovvero al servizio del destinatario o, in mancanza, al portiere o a chi ne fa le veci. In caso di notifica nel luogo in cui l'imputato esercitata abitualmente l'attività lavorativa, se non è possibile consegnare personalmente la copia, la consegna è eseguita al datore di lavoro, a persona addetta al servizio del destinatario, o ad una persona addetta alla ricezione degli atti o, in mancanza, al portiere o a chi ne fa le veci.

[38] Secondo quanto stabilito dall'art. 157, c. 8-*ter*, c.p.p., il destinatario dell'atto è avvisato dell'onere di indicare al difensore ogni recapito telefonico o indirizzo di posta elettronica nella sua disponibilità, ove il difensore possa effettuare le comunicazioni, nonché di informarlo di ogni loro successivo mutamento. L'omessa o ritardata comunicazione da parte del difensore dell'atto notificato all'assistito ove imputabile al fatto di quest'ultimo, non costituisce inadempimento degli obblighi derivanti dal mandato professionale. Allo stesso modo, l'omessa o ritardata comunicazione del difensore al proprio assistito dell'atto notificato, imputabile al fatto di quest'ultimo, non costituisce inadempimento degli obblighi derivanti dal mandato professionale (v. art. 157, c. 8-*quater*, c.p.p.).

[39] Ai sensi dell'art. 161, c. 1, c.p.p., la polizia giudiziaria, nel primo atto compiuto con l'intervento della persona sottoposta alle indagini, la avverte che le successive notificazioni, ad eccezione degli atti introduttivi al giudizio, saranno eseguite presso il difensore di fiducia o quello di ufficio.

ter c.p.p., attribuendo alla polizia giudiziaria (e non agli ufficiali giudiziari, ai sensi dell'art. 148, c. 5, c.p.p.) la notifica nei luoghi di cui all'art. 157, c. 1, c.p.p.: a) l'imminente decorrenza del termine prescrizionale; b) l'imminente decorrenza del termine previsto per la dichiarazione di improcedibilità; c) quando l'indagato/imputato è gravato da un provvedimento cautelare; d) «*in ogni altro caso in cui sia ritenuto indispensabile e improcrastinabile sulla base di specifiche esigenze*»[40].

Le notifiche all'imputato detenuto, anche successive alla prima, sono sempre eseguite nel luogo di detenzione mediante consegna di copia all'indagato/imputato anche quando dagli atti risulti che lo stesso sia detenuto per una causa diversa dal procedimento per il quale deve eseguirsi la notifica[41].

Da ultimo, le notifiche disposte in favore dell'imputato dichiarato irreperibile sono eseguite presso il difensore di fiducia o di ufficio[42].

5. Conclusioni.

Mosso dalla rassicurante idea di ricevere prestazioni sempre più performanti e meno fallibili, il genere umano ha manifestato da decenni un'enorme attrattiva per le nuove tecnologie.

L'insurrezione digitale non è mai immobile e in questo tempo ci proietta in una nuova galassia denominata intelligenza artificiale, pensata per incrementare la produttività professionale, simulando le facoltà cognitive dell'uomo.

Dal punto di vista del processualpenalista, la fenomenologia dell'innovazione tecnologica non può prescindere da un interrogativo di fondo: la trasformazione digitale è in grado di migliorare lo standard qualitativo del processo penale?

Una risposta affermativa non è così scontata.

L'improvvisa trasformazione da un modello processuale "cartaceocentrico" ad un sistema digitalizzato rischia di vanificare i benefici che la funzionalità del portale può offrire alla macchina giudiziaria.

È apparsa, pertanto, corretta la scelta del Ministro di ascoltare le doglianze espresse dall'avvocatura e frapporre, alla definitiva entrata in vigore del processo penale telematico, una fase sperimentale (sino 1° gennaio 2025) attraverso l'utilizzo del c.d. doppio binario.

---

[40] Cfr. l'art. 157-*ter*, c. 2, c.p.p.

[41] Sulla giurisprudenza relativa alla notifica all'imputato detenuto, v. in dottrina, Spangher, *La notificazione della citazione in appello all'imputato detenuto va eseguita nel luogo di detenzione*, in *penaledp.it*, 12 ottobre 2023.

[42] Quando non è possibile eseguire la notificazione, l'autorità giudiziaria dispone nuove ricerche dell'imputato, particolarmente nel luogo di nascita, dell'ultima residenza anagrafica, dell'ultima dimora, in quello dove egli abitualmente esercita la sua attività lavorativa e presso l'amministrazione carceraria centrale. Qualora le ricerche non diano esito positivo, l'autorità giudiziaria emette decreto di irreperibilità con il quale, dopo aver designato un difensore all'imputato che ne sia privo, ordina che le notificazioni siano eseguite mediante consegna di copia al difensore.

Sino ad oggi il legislatore ha investito soltanto sull'utilizzo di nuovi strumenti investigativi ed ha, invece, trascurato l'impiego di nuove tecnologie per snellire drasticamente la macchina burocratica.

In altre parole, si intuisce che il regime tecnologico nel processo penale si muova con una velocità diversa a seconda degli interessi in giuoco.

Per cui, se da un lato il legislatore ha valorizzato l'utilizzo del c.d. captatore informatico – investendo, di fatto, ingenti risorse economiche – dall'altro, il processo penale telematico stenta ad avviarsi per l'assenza di un adeguato piano strategico che possa consentire la piena attuazione della transizione digitale.

Mentre le innovazioni informatiche sono state negli anni progressivamente collocate sul binario investigativo, la costituzione di un sistema processuale digitalizzato è sembrata un'utopia, sino a quando – con la Riforma Cartabia – il legislatore ha impresso una inaspettata accelerazione.

Sarà, pertanto, indispensabile regolamentare al meglio le dirompenti novità previste nel modello organizzativo digitale – adeguando, altresì, le reti e le infrastrutture tecnologiche deputate alla raccolta degli atti – oltre a tracciare un percorso formativo per abilitare il personale degli uffici alla ricezione degli atti da remoto.

Qualche riflessione sui rapporti tra sistema penale e democrazia

Sergio Moccia*

1. Il diritto penale moderno, così come è stato forgiato attraverso il pensiero giuridico degli ultimi due secoli, è il frutto tardivo della Modernità; ne trasmette le 'promesse' (di libertà, umanità, giustizia ed eguaglianza) soprattutto sul piano ideologico. Tuttavia, il modello liberale classico elaborato dagli Illuministi e i principi di funzionamento che da esso discendono, consacrati spesso nella Costituzione degli stati di diritto, non hanno affatto regolato l'apparato punitivo in modo costante e sistematico. Sistematica e costante è stata invece, finora, la distanza tra il reale funzionamento della giustizia criminale e i propri programmi legislativi, tra la stessa produzione legislativa e i principi. Il modello liberale classico è rimasto valido, non senza gravi prolungate soluzioni di continuità (il fascismo in Europa), nella cultura accademica e nel discorso "ufficiale" del sistema, come l'espressione contrafattica di un dover essere che non è mai riuscito a determinare in modo significativo la realtà di quel sistema.

La logica dell'emergenza, quella che può essere anche descritta come la 'amministrativizzazione' o la 'banalizzazione' del diritto penale, non è una caratteristica esclusiva dell'attuale fase di sviluppo del sistema punitivo; non lo sono l'uso inflazionistico e simbolico della legislazione penale ed il sacrificio delle garanzie costituzionali a vantaggio di pretese ragioni di efficienza. Si tratta di elementi che, nella loro generalità descrittiva, sono costitutivi e ricorrenti nella storia del diritto penale moderno.

La 'guerra' alla criminalità: ecco un ulteriore elemento di realtà su cui bisogna riflettere. Nello stato sociale di diritto, il diritto penale non ha solamente la funzione di contenere la violenza delle aggressioni a diritti fondamentali, ma anche quella di contenere le limitazioni degli stessi, provocate dall'esercizio della penalità pubblica. Ma se nemmeno programmaticamente il legislatore prende in considerazione la seconda funzione, l'esercizio della prima entra in una logica di guerra. Il diritto penale 'del cittadino' si trasforma così nel diritto penale 'del nemico' e la tendenza autoritaria endemica nella funzione punitiva esce allo scoperto. Un segno emblematico di questa trasformazione è l'uso oggi dominante della terminologia bellica per definire i compiti della giustizia penale.

Un ulteriore elemento di riflessione si riferisce alla consistenza sistematica e alla stabilità rituale della legislazione penalistica. L'ideale della legislazione, in questo settore del diritto, è quello stesso che ha ispirato i codici moderni: edifici dall'architettura chiara ed armonica, costruiti attraverso una lunga elaborazione scientifica e politica, solennemente inaugurati dall'assemblea legislativa, atti a stabilizzare per un lungo periodo le aspettative reciproche di cittadini e organi dello Stato, in modo riconoscibile da chiunque. La codificazione moderna ha segnato anche il passaggio definitivo

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

dal metodo casistico a quello sistematico nella produzione normativa. E invece, ad un esame attento della legislazione penale, ci si può rendere conto di quanto essa si sia allontanata da quel modello ideale e si svolga, al contrario, sulla falsariga delle 'leggine' e degli atti amministrativi, preferendo la via degli interventi immediati di risposta alle situazioni contingenti, spesso sull'onda del flusso dell'opinione pubblica. Il risultato è una esuberante produzione di nuove disposizioni, sovente a mero contenuto sanzionatorio (appendici penali della legiferazione in altri settori dell'ordinamento), accompagnata da continue modificazioni delle norme esistenti, che diventano in tal modo sempre più difettose tecnicamente e di difficile lettura anche per gli addetti ai lavori. Tra le conseguenze più gravi di questo stile legislativo vanno annoverate le frequenti deviazioni delle tecniche di imputazione da canoni ai quali il legislatore è vincolato in virtù di principi fondamentali (legalità, personalità della responsabilità penale, materialità, offensività, sussidiarietà e frammentarietà) o la commistione tra metodo sistematico e metodo casistico, con pregiudizio della certezza del diritto.

I processi sinora illustrati non appaiono tuttavia esclusivi di un solo ordinamento. Uno sguardo comparativo rivolto ad ordinamenti di altri Paesi d'Europa e d'America sembra avvalorare l'ipotesi che quella degli ultimi due decenni sia piuttosto una mutazione strutturale del sistema punitivo, che interessa l'attuale fase di sviluppo dell'intera società capitalistica occidentale, una crisi di adattamento ai processi di trasformazione in atto in queste società.

I termini "efficientismo" o "funzionalismo" designano forme di perversione oggi diffuse in Europa e in America, cioè in Paesi le cui costituzioni contengono i principi dello stato sociale di diritto e del diritto penale liberale. L'efficientismo penale costituisce una forma nuova di diritto penale dell'emergenza, degenerazione che da sempre ha accompagnato la vita del diritto penale moderno.

Viceversa, il diritto penale sussidiario è, al tempo stesso, il diritto penale dello stato sociale di diritto. Esso rappresenta lo spazio residuale dell'intervento punitivo nel quadro di una politica integrale di protezione dei diritti, nel caso che gravi violazioni dei diritti fondamentali e una domanda sociale ineludibile lo rendano necessario. Come diritto penale delle garanzie, il diritto penale sussidiario presuppone uno sforzo continuo dell'immaginazione sociale per il controllo del sistema punitivo e dei meccanismi di criminalizzazione, per la riforma della legislazione, della giustizia, della polizia e del carcere. Un tale sforzo sarà rivolto alla realizzazione dei principi fondamentali in materia penale ed all'applicazione dei risultati delle più avanzate ricerche sul funzionamento dei sistemi penali e sulle politiche pubbliche di protezione dei diritti.

2. Non va dimenticato che il diritto è politica. Nell'ordinamento giuridico vengono formalizzate le scelte della politica. Altro è l'uso politico del diritto.

Nei rapporti di diritto penale si misura, infatti, con precisione millimetrica il livello qualitativo della tutela di libertà e personalità individuale in una determinata compagine statuale, in un particolare momento storico.

Se, in uno stato sociale di diritto, l'ordinamento penale non si fonda su assunti irrazionali di tipo fideistico, ma nasce dall'esigenza di consentire una pacifica coesistenza tra i consociati, intesi anche come titolari di diritti fondamentali, ciò significa che non tutte le scelte di politica criminale sono legittime, bensì solo quelle derivate con coerenza dalle opzioni fondamentali, di tipo normativo, sovente previste nelle Costituzioni.

Ed infatti, man mano che la tutela dei diritti dell'uomo si impone come processo storico, i limiti a questi apponibili, in uno stato sociale di diritto, vanno delineati con estremo rigore. A ben vedere, la ricerca di un complesso di regole affidabile, anche perché comprensibile, ed il privilegio di prospettive soggettive nella definizione dei titoli di responsabilità, in una parola l'impianto garantistico, formale e sostanziale, che contrassegna, o dovrebbe, il sistema penale, rappresenta una diretta conseguenza del fatto che quel sistema, in via di principio, è orientato ad incidere, anche in misura notevole, sui diritti di libertà e personalità individuale che, per definizione, sono posti all'apice dei valori sui quali si basa il patto sociale in democrazia. Ecco perché in democrazia si pretende un sistema penale che, in rapporto alla definizione dei presupposti per la sua applicazione, sia in fase generale ed astratta - le singole prescrizioni legislative - sia in fase individuale e concreta - il singolo giudizio e, eventualmente, la singola esecuzione della sanzione - dedichi una particolare attenzione al rispetto dei principi fondamentali: ogni deviazione da questi rappresenta, in termini politici, un ritrarsi della stessa democrazia.

Intendo per sistema l'unità di un molteplice di conoscenze sotto un complesso unitario di principi. Il sistema, dunque, postula i concetti di unità e di coerenza e dà vita ad un insieme relazionale di regole, criteri, con un forte nesso deduttivo. Da ciò consegue l'idea di un sistema giuridico come costruzione di una trama razionale, delineata per disporre i precetti in ordine logico e/o teleo-logico. Ma non deve trattarsi solo di un mero schema espositivo, bensì di un parametro alla cui stregua dedurre l'intera fenomenologia giuridica: legislazione ed interpretazione, su cui dovrà dispiegarsi l'opera costruttiva del giurista.

In particolare, il sistema del diritto penale, assiologicamente orientato ai principi fondamentali, e dunque ai valori della democrazia, tende a pervenire ad un'architettura normativa vicina alla realtà, connotata da ordine concettuale e chiarezza. E uno stretto collegamento tra disciplina giuridica e realtà sociale è, infatti, la premessa per la costruzione di un sistema che aspiri ad esprimere una logica afferrabile dal complesso dei destinatari e, coerentemente, persegua prospettive di effettiva praticabilità.

Da tutto ciò consegue che la comprensione sia del sistema nella sua complessità che dei singoli istituti passa, innanzitutto, attraverso l'attenta considerazione di principi di fondo. Questo significa, in altri termini, che, ai fini della coerenza sistematica – che poi altro non è che spia di legittimità e funzionalità del sistema – la correzione o la rimozione di soluzioni normative risultanti aporetiche passi, necessariamente, attraverso rigorose operazioni di verificazione o di falsificazione, in rapporto alle opzioni normative fondamentali, delle singole scelte del legislatore; sarà compito dell'interprete – dottrina e giurisprudenza – segnalare l'errore e, quindi, la mancata coerenza sul piano della teleo-logica interna e/o la carenza di compiutezza della scelta normativa: mai, ovviamente, 'rimediare' alla singola questione, perseguendo 'creativamente', nei fatti, prospettive antitetiche ai principi di fondo.

Da tale assunto deriva che nella formulazione di concetti e nella prassi ermeneutica si dovrà guardare all'unità dell'ordinamento, preoccupandosi non solo di dominare la materia dal punto di vista puramente tecnicistico e/o interno alla singola norma, ma di cogliere con consapevolezza le relazioni normative di valore intrasistematiche, nonché la praticabilità di soluzioni offerte da altri sistemi di controllo sociale.

Specificamente, deve trattarsi di opzioni che siano espressione dello stato sociale di diritto e ciò, in via di estrema sintesi, sta, in concreto, a significare l'impegno ad assicurare, rendendole effettive, garanzie di tipo formale e sostanziale, singolarmente ed in combinazione tra di loro, come dovrebbe accadere in democrazia.

Il complesso di norme dotato di vincolatività, per legislatore ed interprete, che possa esprimere un valore di riferimento cogente, ai fini di una costruzione sistematica teleologicamente orientata, è individuabile in una Carta costituzionale che, sul piano sostanziale, esprima una complessità ideologico-culturale accentuatamente pluralistica e, sul piano formale sia investita di una posizione sovraordinata rispetto alle altre leggi. Si tratta, dunque, di elaborare un sistema che, avendo come riferimento prospettive assiologicamente unitarie – o, comunque, non disarmoniche – sovraordinate, utilizzi mezzi e scopi per una coerente, e funzionale, realizzazione delle finalità fondamentali.

Appare, a questo punto, imprescindibile il riferimento ai fondamentali principi normativi del sistema penale, che sono posti a tutela sia di diritti fondamentali della persona che dell'interesse pubblico alla difesa sociale. La loro conformazione assiologica e funzionale, pacifica in dottrina, non sembra attualmente configurarsi negli stessi termini per quanto concerne l'attività legislativa e la prassi giurisprudenziale.

In materia penale, l'assetto costituzionale dello stato sociale di diritto obbliga, anche di fronte ad aggressioni di estrema gravità, al rispetto dei principi di legalità, determinatezza e tassatività, di personalità della responsabilità penale, di proporzione e ragionevolezza e, quindi, di sussidiarietà, di offensività, di materialità, di tutela della dignità umana. La normativa andrebbe orientata, inoltre, anche alla funzione di integrazione sociale della sanzione criminale, comprensiva degli aspetti positivi della prevenzione speciale e generale, in combinazione con i principi di proporzione e ragionevolezza, di sussidiarietà e di tutela della dignità.

Ciò significa che, dal punto di vista delle funzioni della pena, risultano praticabili soltanto quegli interventi che, privilegiando la prospettiva del rispetto dei diritti fondamentali – e primo fra tutti quello della dignità dell'uomo – anche di chi abbia delinquito, si sforzino di offrire reali possibilità di reinserimento sociale o, comunque, di garantire la non (ulteriore) desocializzazione del soggetto.

I principi schematicamente riportati offrono i criteri utili alla definizione dei limiti, naturali, dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti quanto alle esigenze del controllo penale dei fatti socialmente dannosi.

In realtà, il moderno stato democratico deve limitarsi ad assicurare le condizioni ottimali per lo sviluppo della personalità dei singoli e per la pacifica convivenza in libertà. Ne deriva per il diritto penale che la sua finalità non può essere, diversamente da quella propria dello Stato, altra che quella di assicurare il singolo e la pacifica coesistenza tra i consociati, ma non di adottare qualsiasi mezzo ritenuto idoneo al suo perseguimento, altrimenti verrebbe in discussione uno dei due compiti fondamentali: la sicurezza del singolo. In altri termini, solo per le gravi offese ai fondamentali beni giuridici, del singolo o della collettività, lo stato sociale di diritto, da un lato, consente d'intervenire con il diritto penale, e, comunque, sempre nel rispetto assoluto di predeterminate condizioni che sono le garanzie; dall'altro, però, impone di intervenire in maniera coerente e, quindi, tendenzialmente uniforme, pur all'interno di notevoli differenziazioni legate a meccanismi di proporzione. Diversamente, sarà lo stesso diritto penale a costituire un fattore di violazione della legalità e quindi, sul piano sostanzia-

le, dei diritti del singolo o della collettività che, in premessa, intendeva tutelare e così vulnerare la stessa democrazia.

Ciò di cui si discute non è, dunque, la convenienza dello scopo, ma la conformità dei mezzi adoperati rispetto all'assetto fondamentale dell'ordinamento giuridico. In questa prospettiva l'intervento penale si giustifica, allora, nella misura in cui si riesce ad armonizzare la sua necessità per il bene della società con il diritto, anch'esso da garantire, del soggetto al rispetto dell'autonomia e della dignità della sua persona. Giudicato per fatti offensivi di beni giuridici, secondo la misura della sua persona, e non in quanto strumento per la realizzazione di scopi altrui, il soggetto adempie agli obblighi di responsabilità che sorgono dalla commissione del fatto di reato, nell'interesse della società di cui fa parte, senza per questo degradare da 'persona a cosa'.

3. Una volta, dunque, abbandonate prospettive irrazionalistiche e di mera repressione in rapporto ad 'essenza' e funzioni del sistema penale, ai fini della tutela delle garanzie individuali, ma anche dell'efficienza del controllo sociale di fatti socialmente dannosi, il legislatore deve scegliere tra intervento penale o extrapenale, tenendo presente che l'opzione del primo tipo è legittima soltanto se la sanzione penale è in grado di raggiungere gli scopi che essa può essere chiamata a perseguire e sempre che non siano disponibili strumenti di altro tipo ma di eguale efficacia che, tuttavia, meno incidano su libertà e personalità individuale.

Possiamo, quindi, affermare che il principio di sussidiarietà del diritto penale assume un rilievo fondamentale. Basti considerare che la sussidiarietà, ancor prima della stretta legalità, è un'aspirazione che circola nel pensiero giuspenalistico sin dall'epoca del giusrazionalismo improntato a laicità. Da quando, cioè, la difesa dei diritti dell'individuo e la ricerca di limiti al potere statuale d'intervento cominciarono ad essere avvertite come esigenze centrali del sistema giuridico. E un'emblematica descrizione di Ugo Grozio della sussidiarietà appare, ancora oggi, impeccabile: "Qui delinquit in eo statu est ut puniri licite possit: sed non ideo sequitur debere eam exigi: quia hoc pendet ex connexione finium, ob quos poena instituta est, cum ipsa poena. Quare si fines poenae propositi alia via obtinere possint, iam apparet, nihil esse quod ad poenam exigenda praecise obliget" (De jure lib. 2, cap. XX, tit. XX, n. 10).

A ciò si aggiunga che l'opzione di *extrema ratio* spinge alla ricerca ed alla sperimentazione di forme efficienti di controllo, alternative a quella penale, ridimensionando pericolose illusioni panpenalistiche e/o pangiudizialiste, destinate il più delle volte a risolversi in sterili ed illiberali rigorismi di mera repressione.

A me sembra, inoltre, che il principio di *extrema ratio* debba essere preso in considerazione anche all'interno di una scelta di criminalizzazione; vale a dire, esso non opera unicamente in rapporto all'adozione di scelte di controllo trascendenti l'ordinamento penale, ma anche nell'utilizzazione dello stesso intervento penale: una volta intrapresa questa strada, bisogna controllare secondo criteri di stretta necessità, ragionevolezza e legalità anche le forme e la misura dell'intervento penale.

Pur in presenza dell'esigenza, sempre attuale, di una riconsiderazione complessiva della normativa nel senso dell'arretramento dell'intervento penale – per l'interazione dei principi di sussidiarietà, frammentarietà, proporzione, integrazione sociale e la valorizzazione di prospettive di efficienza – è innegabile che possa porsi il problema di rinnovate esigenze di tutela dovute a diversi fattori, anche ampiamente differenziati – dallo sviluppo scientifico-tecnologico all'economia – ma l'eventuale disciplina pe-

nalistica dovrà comunque essere adeguata ai principi fondamentali. Anche per quel che riguarda più da vicino eventuali 'nuovi' beni da tutelare, a ben riflettere, in molti casi, più che della considerazione di nuove oggettività giuridiche si tratta, in fondo, soltanto di enucleare diverse, magari molto più sofisticate, tecniche aggressive, ma pur sempre di 'affidabili' beni tradizionali.

In realtà, a destare maggiori preoccupazioni è il cosiddetto diritto penale del rischio, per il quale, a fronte di fenomeni a cui è possibile connettere gravi implicazioni sul piano della dannosità sociale, si discute se sia ammissibile, per finalità preventive, ipotizzare un controllo penale caratterizzato dalla rinuncia a talune garanzie o ad un loro notevole affievolimento. In particolare, il riferimento è al bene giuridico e, conseguenzialmente, ad affidabili criteri di imputazione oggettiva e soggettiva, con quel che ne consegue in campo processuale in rapporto all'accertamento dei fatti e, dunque, in materia di prova. Ove tali garanzie non dovessero essere assicurate, appare evidente che il controllo penale non possa essere attivato.

In ogni caso, per esigenze non solo di garanzia, ma anche di effettività della tutela, è su altri piani – politico, amministrativo, di organizzazione interna ai vari settori d'interesse – che vanno ricercati ed attivati rimedi contro i rischi – anche gravissimi – derivanti da attività complesse legate allo sviluppo tecnologico, scientifico, economico. Certo, qualora dovessero emergere profili d'illiceità, quali il diritto penale è in grado di conoscere e gestire, è evidente che questo debba essere attivato, ma solo a tali condizioni: altrimenti il 'rischio', fondato, è quello, concreto, del consueto uso simbolico del diritto penale, strutturalmente inefficace, se non controproducente sul piano della tutela, perché in molti casi fornisce, con la sua mera presenza, un alibi per non affrontare 'seriamente', nelle sedi più consone, il problema.

4. "La giustizia penale è un male necessario, se essa supera i limiti della necessità resta soltanto il male" (Roxin, *Radius* 1966); questa profonda verità – che sintetizza le aspirazioni ad un diritto penale laico, liberale, sussidiario, ma anche razionale ed efficiente – rappresenta in maniera impeccabile una realtà normativa e culturale che vede nel rispetto dell'uomo e delle sue prerogative di autonomia e dignità, in un contesto di solidarietà, la realizzazione di un comune, alto ideale di civiltà e di democrazia.

Invero, una legislazione ed una prassi ispirate ad un eccesso di disinvolto empirismo, espressivo di una valorizzazione del pragmatismo tecnicistico di tipo postmoderno, poco attento al momento assiologico di derivazione normativo-costituzionale, reca con sé il duplice rischio di creare confusione dal punto di vista dell'assetto ordinamentale, con il noto corollario dell'inefficienza, e, inoltre, di trascurare l'aspetto delle garanzie, con grave pregiudizio anche dei diritti fondamentali.

A me sembra, invece, che il territorio in cui si mantengono pressanti le istanze della Modernità, ancora da realizzare, è forse proprio quello dei rapporti giuridici, con l'impegno a preservare dei valori di fondo, a costruire modelli nuovi di comportamento, a predisporre nuove modalità e procedure d'intervento, senza rinunciare a conquiste, essenziali, di tipo assiologico, come la fissazione e difesa solenne dei diritti fondamentali a cui la stessa civiltà nel suo complesso non può rinunciare. È questo il settore dove va cercato quel tanto di potenzialità, di esperienza positiva da recuperare e mantenere dal mondo della Modernità. Dobbiamo pensare che molte delle potenzialità della Modernità, molti dei suoi slanci – accanto anche a delle sconfitte – non sono mai stati davvero attuati e, forse, neanche tentati.

Bisogna, allora, ripensare ad una codificazione che, una volta eliminate inutili fattispecie di reato, bagattellari o meno, sotto la forma di una Legge penale fondamentale contenga chiare forme di imputazione dei fatti, un sistema di sanzioni razionale, mite ed efficiente, nonché un numero limitato di gravi figure di reato, riconoscibili ed accettabili dai consociati. Tutto il resto dovrà sparire o essere trasformato in altre, pur sempre numericamente contenute, figure d'illecito non penale; solo in tal modo riacquisteranno di significato principi essenziali in uno stato di diritto, della cui validità attualmente può parlarsi solo in termini di assoluta ipocrisia: ci riferiamo, tra gli altri, a principi basilari come, ad esempio, quelli di precisione, tassatività e determinatezza, di offensività, di materialità oltre che di sussidiarietà. Solo così sarà possibile anche ipotizzare per la creazione di nuove norme penali, oltre al divieto di una in sé illegittima decretazione governativa, procedimenti legislativi più complessi di quelli attuali, in considerazione dei beni essenziali, libertà e personalità, che vengono normalmente in questione con il diritto penale, e con ciò evitare il ricorso alluvionale ad una onnivora, quanto simbolica normativa penale. Naturalmente, il 'momento penale' dovrà essere solo un aspetto di un ampio progetto strategico multiagenziale di tipo politico-sociale, seriamente orientato alla rimozione di quei fattori di disagio di ordine socio-economico-culturale, che, di norma, tanta parte hanno nel processo di formazione della devianza criminale.

Ed invece le condizioni attuali della legislazione penale appaiono diffusamente caratterizzate da un'espansione ipertrofica, a cui, sovente, corrispondono, sul piano qualitativo, gravi carenze di orientamento politico-criminale, una tecnica dommaticamente scorretta ed una imprecisione formale, tali da rendere ardua la stessa ricostruzione di un sistema penale: e così si finisce per affidare i destini dell'individuo ad una giustizia indegna di una democrazia.

Contrasto alla violenza di genere e compiti del diritto penale*

Stefano Fiore**

ABSTRACT

Nel contrasto alla violenza di genere al diritto penale sostanziale sembrano essere stati assegnati compiti di tipo meramente repressivo, poco o per nulla integrati con altre e più efficaci linee di intervento, pur presenti nella legislazione vigente. Una migliore qualità della legislazione consentirebbe alle norme penali di svolgere un ruolo più complesso ed efficace per la tutela dei soggetti vulnerabili, senza sacrificare diritti e garanzie fondamentali.

In the fight against gender violence, substantive criminal law seems to have been assigned tasks of a purely repressive nature, little or not at all integrated with other and more effective lines of intervention, although present in the current legislation. Better quality of legislation would allow criminal laws to play a more complex and effective role in the protection of vulnerable subjects, without sacrificing fundamental rights and guarantees.

Quando si entra in contatto con le vicende umane che popolano i territori della violenza di genere, così dolorose e anche 'disturbanti' per le nostre precarie coscienze, è difficile sfuggire all'impressione che ogni sforzo di razionalizzazione, ogni progettualità tecnica, ogni impulso propositivo, sia destinato ad essere trascinato a fondo nelle sabbie mobili emotive che li circondano, costringendo semmai ciascuno di noi a fare i conti con l'oscurità negata delle colpe individuali e collettive.

Non è raro, dunque, che di fronte a tale prospettiva, si reagisca ritraendosi, ostentando estraneità o dissimulando indifferenza.

Il diritto penale non può farlo, non può sottrarsi, perché non è in nessun caso una opzione rinunciabile quando parliamo di violenza, di esercizio della sopraffazione, di pratica della prevaricazione.

La natura certamente 'criminale' dei fatti riconducibili alla violenza di genere non rende però ozioso porsi la questione del ruolo che diritto penale sostanziale può svolgere nelle politiche di contrasto alla violenza di genere, se collochiamo tale questione oltre l'ovvia presa d'atto che in quest'area un presidio penale non può mancare.

Il diritto criminale opera quindi con la consapevolezza della propria irrinunciabilità, ma, allo stesso tempo, è evidente che si muove con disagio, con impaccio su di un terreno che tuttavia non può abbandonare e dove anzi costantemente viene invocato il suo intervento.

* Il testo, con alcuni adattamenti, riproduce struttura e contenuti della relazione tenuta in occasione del convegno "*Codice rosso: bilancio e scenari del contrasto alla violenza di genere*" – III convegno annuale della rivista "*Penale. Diritto e Procedura*", svoltosi il 23 novembre 2023 presso l'Auditorium di Cassa Forense.

** Professore ordinario di diritto penale - Università degli Studi del Molise.

Non credo sia un caso che sempre più spesso nella discussione penalistica recente, anche con riferimento a settori di indiscutibile competenza penale, si ritrovi esplicitato il riferimento alla necessità di definire un *ruolo* per il diritto penale, rifiutando l'idea che il suo compito sia riducibile o almeno sia prevalentemente riconducibile all'esercizio della repressione punitiva. La consapevolezza che la definizione del ruolo del diritto penale all'interno di sistemi integrati e sempre più complessi di controllo e protezione non sia mai una operazione dagli esiti scontati e che in nessun caso sia indifferente ai contesti applicativi concreti ha nella dottrina radici profonde.

La stessa consapevolezza invece fatica ancora enormemente ad emergere sulla superficie politico criminale e normativa, invasa dalla malapianta del populismo penale, che ricopre il terreno di una narrazione demagogica che si traduce in norme mal scritte e poco riflettute, anche quando – e questo è certamente uno di quei casi – sarebbe davvero necessario che il progetto politico criminale e la sua realizzazione fossero invece accurati in tutte le componenti, perché la definizione e l'assegnazione di un ruolo, quale che esso sia, implica anche l'assunzione delle corrispondenti responsabilità.

Questa premessa, che naturalmente potrebbe valere con riferimento anche ad altri contesti, assume un valore particolare nel momento in cui intendiamo valutare l'appropriatezza e l'efficacia delle politiche penali di contrasto alla violenza di genere.

Per farlo dobbiamo anzitutto assumere la giusta prospettiva di analisi e questo vuol dire anche selezionare le questioni davvero rilevanti.

Al fine di orientare correttamente la valutazione, trovo ad esempio di particolare interesse il fatto che le condanne (non poche) subite dall'Italia in sede europea in questi anni nell'area di nostro interesse siano prevalentemente fondate (mi si perdoni la semplificazione) non tanto sulla inadeguatezza degli strumenti normativi disponibili, ma semmai sulla mancata o inadeguata protezione della vittima in sede processuale, a causa di una cultura giudiziaria retriva, che favorisce o non ostacola la vittimizzazione secondaria; oppure fanno riferimento alla mancata o tardiva attivazione degli strumenti di protezione esistenti, cagionata da una grave sottovalutazione del rischio.

Tanto il difetto di protezione, quanto la sottovalutazione del rischio trovano origine, almeno in parte nell'esistenza di un gap culturale di base e in suo 'derivato', vale a dire la non sufficiente attenzione che, tra le altre cose, viene rivolta alla formazione specifica dei magistrati e delle forze dell'ordine[1].

[1] Va dunque accolta con particolare favore la circostanza che nel DDL Roccella, contenente "*Disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica*" e appena approvato in via definitiva dal Senato, sia presente una previsione specifica a riguardo (che di seguito si riporta), segno della crescente attenzione a questo essenziale profilo.
Art. 6. (Iniziative formative in materia di contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica)
1. In conformità agli obiettivi della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011, ratificata ai sensi della legge 27 giugno 2013, n. 77, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, l'Autorità politica delegata per le pari opportunità, anche con il supporto del Comitato tecnico-scientifico dell'Osservatorio sul fenomeno della violenza nei confronti delle donne, sentita l'assemblea dell'Osservatorio stesso, fermo restando quanto previsto in materia di formazione degli operatori di polizia dall'articolo 5 della legge 19 luglio 2019, n. 69, predispone apposite linee guida nazionali al fine di orientare una formazione adeguata e omo-

Il focus della Corte EDU nelle sue pronunce è dunque molto chiaramente puntato sul binomio prevenzione/protezione, non certo sulla punizione (che pure ci deve essere) e siamo tutti d'accordo nel ritenere che così debba essere, che sia questa cioè la prospettiva da privilegiare e la linea di intervento da implementare.

E allora, per tornare alla domanda iniziale, l'indiscutibile necessità che il baricentro dell'intervento si sposti su quegli obiettivi (prevenzione e protezione) significa anche che il diritto penale può tutto sommato essere trattato come una inevitabile implicazione, ma non anche come parte di una strategia, che va invece affidata ad altri strumenti?

I termini del dilemma penalistico che ho posto si possono cogliere con grande precisione osservando come si comporta la componente teleologica più 'sgradevole' agli occhi del penalista moderno, usata invece – questo è uno dei problemi – come faro pressoché unico dal legislatore recente, vale a dire la capacità della sanzione penale di esercitare *deterrenza*. Si tratta della dimensione funzionale più primordiale del diritto penale, ma anche di quella che nella percezione collettiva risulta essere la più identitaria del ruolo assegnato al diritto penale.

Sul punto è bene allora evitare fraintendimenti, dicendo quel che il dato empirico conferma in modo inequivoco e cioè che, ferma restando l'esigenza di assicurare una punizione proporzionata alla gravità dei fatti, agitare il randello sanzionatorio verso questi fenomeni semplicemente non serve a produrre deterrenza.

Quando l'impasto di subcultura della sopraffazione, analfabetismo sentimentale, condizionamenti ambientali, contorsioni narcisistiche è ormai lievitato nel futuro autore di una violenza di genere, se la rete protettiva non è stata attivata o non ha funzionato, quando il diritto penale sarà chiamato in causa - e ciò purtroppo avverrà - lo farà solo per assolvere alla sua residua dimensione repressiva e la sola prevenzione che resta in gioco è la sempre auspicabile specialprevenzione, da operare su destinatari peraltro quasi 'prototipici' rispetto ad una funzione orientata all'acquisizione o ri-acquisizione dei valori-base della convivenza civile. Chi più di loro li ha negati?

I risultati da ultimo descritti potrebbero forse anche essere ritenuti di non poco conto, se si considera l'efficienza marginale del diritto penale soprattutto in certi contesti. Ma guardando alla violenza di genere, si riduce davvero solo a questo il ruolo (possibile) del diritto penale?

Se così fosse non sarebbe forse indispensabile preoccuparsi più di tanto della progettazione di fattispecie incriminatrici mirate sulla fenomenologia che l'analisi criminologica indica come rappresentativa di certi fenomeni: avremmo in ogni caso strumenti per punire e anche severamente, facendo leva sui nuclei di rilevanza penale che quei fatti – normalmente a base violenta – comunque contengono.

Se così fosse, sarebbe anche poco importante o addirittura irrilevante segnalare attraverso una incriminazione comprensibile innanzitutto per il destinatario, il distinto

genea degli operatori che a diverso titolo entrano in contatto con le donne vittime di violenza.
2. Nella definizione delle linee programmatiche sulla formazione proposte annualmente dal Ministro della giustizia alla Scuola superiore della magistratura, ai sensi dell'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 30 gennaio 2006, n. 26, sono inserite iniziative formative specifiche in materia di contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica.

disvalore di certe modalità aggressive, che sono in grado di cambiare la qualità e non solo il grado dell'offesa.

Ma è davvero impensabile, invece, che possa essere anche la voce autorevole della legge penale a fornire la traccia della 'narrazione' e non il gracchiare cacofonico dei *talk* televisivi o l'immondo *suk* delle opinioni allestito dai social?

Come credo si sia intuito, sono convinto che la risposta sia senz'altro nel senso che una buona legislazione penale in realtà potrebbe essere in grado di svolgere un ruolo – certo gregario ma – importante sotto diversi aspetti nell'ambito di un'azione integrata di contrasto alla violenza di genere e proverò molto sinteticamente a motivare perché ritengo che sia ed anzi che *debba* essere così.

Guardando a quanto accaduto in questi ultimi anni, in particolare con l'avvento del c.d. codice rosso, si può ragionevolmente dire che, pur procedendo per successive approssimazioni, nel contrasto alla violenza di genere il legislatore abbia, in linea di massima, operato in attuazione di strategie dotate di senso e di visione, oltre che di potenziale, per quanto in parte inespressa, efficacia.

Quando però lo stesso legislatore, nei medesimi contesti normativi, mette mano alla funzione di incriminazione sembra invece smarrire la necessaria lucidità e finisce per cadere in vecchi vizi, appare privo di coraggio o peggio refrattario all'impegno di ponderazione, misura, analisi che il suo ruolo implica.

Tra i molti esempi possibili, ne propongo uno forse marginale, ma a mio avviso illuminante al fine di comprendere cosa il legislatore penale avrebbe il dovere di evitare.

Mi riferisco alla recente sentenza della Corte Costituzionale, la 197/2023, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 577, terzo comma, del codice penale, nella parte in cui *vieta al giudice di ritenere prevalenti le circostanze attenuanti di cui agli artt. 62, primo comma, numero 2), e 62-bis cod. pen.*[2] *rispetto alle aggravanti di cui al primo e al secondo comma dell'art. 577.*

Il divieto dichiarato illegittimo dalla Corte era stato introdotto proprio dalla legge n. 69 del 2019, attraverso una regola derogatoria rispetto a quella discendente dai primi tre commi dell'art. 69 cod. pen., con riferimento specifico agli omicidi aggravati ai sensi dell'art. 577, primo comma, numero 1), e secondo comma, cod. pen.[3].

L'ennesima blindatura 'cieca' delle circostanze, tecnica verso la quale la Corte Costituzionale ha ripetutamente e condivisibilmente manifestato ferma contrarietà.

La Corte Costituzionale ha spiegato con molta chiarezza perché il divieto dovesse essere rimosso e vale dunque la pena riportare il passaggio della motivazione che individua il vizio che inficia la norma censurata.

---

[2] Si tratta dell'attenuante della 'provocazione' (l'aver agito in stato di ira, determinato da un fatto ingiusto altrui) e delle circostanze attenuanti generiche.

[3] Rispettivamente riferite al fatto commesso «*contro l'ascendente o il discendente anche per effetto di adozione di minorenne o contro il coniuge, anche legalmente separato, contro l'altra parte dell'unione civile o contro la persona stabilmente convivente con il colpevole o ad esso legata da relazione affettiva*» e a quello commesso «*contro il coniuge divorziato, l'altra parte dell'unione civile, ove cessata, la persona legata al colpevole da stabile convivenza o relazione affettiva, ove cessate, il fratello o la sorella, l'adottante o l'adottato nei casi regolati dal titolo VIII del libro primo del Codice Civile, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta*».

Secondo la Consulta, «alla *luce dell'impianto complessivo della legge n. 69 del 2019 è verosimile che il legislatore abbia inteso, con il nuovo ultimo comma dell'art. 577 cod. pen., assicurare una più energica reazione sanzionatoria contro soggetti già autori di maltrattamenti e prevaricazioni nei confronti di persone vulnerabili a loro legate da relazioni familiari e affettive, i quali – al culmine di una spirale di violenza – uccidano queste stesse persone.*

I casi oggetto dei giudizi a quibus *sono invece relativi a situazioni in cui è il soggetto che ha subìto per anni comportamenti aggressivi a compiere l'atto omicida, per effetto di una improvvisa perdita di autocontrollo causata dalla serie innumerevole di prevaricazioni cui era stato sottoposto.*

Ciò determina, rispetto a casi come quelli oggetto dei giudizi a quibus, una sorta di eterogenesi dei fini perseguiti dal legislatore. *La disposizione censurata finisce infatti, in simili casi, per aggravare la risposta sanzionatoria a carico dei soggetti più vulnerabili all'interno di relazioni familiari o affettive, che per anni abbiano subito comportamenti aggressivi e prevaricatori; e dunque ridonda a danno proprio di quelle persone che il complessivo impianto della legge n. 69 del 2019 vorrebbe invece più efficacemente proteggere».*

La vicenda appare invero particolarmente rappresentativa di un modo di fare legislazione penale quanto meno poco accurato, mentre il dovere di calibrare in maniera appropriata l'intervento e suoi effetti, considerando anche le variabili applicative dovrebbe sempre guidare l'operato del legislatore penale, che al contrario mostra di amare molto le semplificazioni, le maniere 'spicce' e persevera nel seguire strade già battute, anche quando non conducono da nessuna parte oppure portano a sbattere contro il principi costituzionali.

L'esigenza di mantenere lucidità e misura deve essere invece ancor più sentita quando, come avviene per la violenza di genere, il legislatore penale deve occuparsi di porzioni di realtà che divergono radicalmente dal modello di relazioni sociali e individuali auspicato e promosso dall'ordinamento.

È infatti proprio nei casi nei quali è più difficile, il legislatore deve corrispondere con particolare scrupolo al dovere di essere portare di una necessaria quota di razionalità all'interno di vicende che con ogni evidenza ne sono prive.

La capacità del legislatore penale di essere razionale *anche* ed anzi si dovrebbe dire *soprattutto* quando entra in contatto con fatti particolarmente odiosi si riflette poi su di un altro essenziale profilo: la effettività delle garanzie, infatti, si può misurare davvero solo guardando a quel che accade dove è più facile che il legislatore ceda alla tentazione di considerare tollerabile l'abbassamento degli standard garantistici.

Mantenere inalterato il livello delle garanzie sostanziali e processuali è invece indispensabile innanzitutto per l'ovvia e a volte negletta ragione che quando a causa della gravità dei fatti, le conseguenze minacciate e derivanti dall'applicazione del diritto penale sono particolarmente severe, bisogna essere particolarmente cauti. E bisogna esserlo ben prima di arrivare ad una eventuale condanna, in considerazione dell'enorme ed irrimediabile effetto di stigmatizzazione che queste orribili vicende producono con immediatezza su indagati e imputati.

La 'gestione' normativa di fatti connotati da un disvalore così intenso espone il sistema penale al rischio – invero molto concreto e già largamente sperimentato – di imboccare la facile strada dell'abbassamento o adattamento riduttivo delle garanzie, perché questa illusoria scorciatoia, insieme all'inasprimento sanzionatorio, è il modo

più semplice per 'comunicare' all'opinione pubblica un atteggiamento di inflessibile rigore.

Se invece il sistema penale fosse capace di rimanere saldo, resistendo a quella semplificazione; se davvero si mostrasse capace di gestire senza isterismi e senza snaturarsi l'impatto di situazioni estreme; se, in altri termini il legislatore riuscisse a fare il suo mestiere senza sbandamenti e senza percorrere derive di 'eccezione', potrebbe ricavare da ciò un rilevante ritorno di credibilità, di fiducia, di autorevolezza, che si rifletterebbe positivamente sulle *performance* generalpreventive di tutto il sistema.

Il riferimento alla prevenzione generale consente, in chiusura, di occuparsi di una delle ragioni più 'dirette', per le quali si può sostenere che una buona qualità legislativa sarebbe in grado di consentire persino alla parte più tradizionale del diritto penale, quella che si occupa delle incriminazioni, di giocare un ruolo che non sia confinato nella sterile e controproducente dimensione repressiva. Se infatti quest'ultima viene isolata dal resto del sistema, l'intervento penale finisce per assumere inevitabilmente caratteri retributivo-satisfattori e dunque autoreferenziali, perdendo ogni capacità di integrarsi con un sistema più complesso di protezione e controllo, che invece ha bisogno che anche il diritto penale svolga in pieno le sue articolate funzioni.

Non molto tempo fa, Tullio Padovani riferendosi, in una intervista[4], alla deprimente condizione di arretratezza culturale che è all'origine delle norme penali in materia di violenza sessuale e sollecitato sul significato che eventuali modifiche normative potrebbero avere, ha detto – e io concordo – che «la legge sarebbe un grande promotore di cultura antagonistica», rispetto evidentemente all'arcaica cultura corrente e purtroppo forse dominante sulla condizione femminile.

Nel fare quell'affermazione, Padovani si riferiva proprio al diritto penale delle fattispecie incriminatrici, riconoscendone la capacità di svolgere una potente funzione espressiva.

Il diritto penale non deve cioè essere solo l'ingombrante corollario repressivo di tragedie consumate, perché, se ben utilizzato, può essere un efficace catalizzatore dell'attenzione mediatica, cosa che può avere importanti ricadute positive in termini di orientamento, come dimostrano vicende recenti. E ancora, può funzionare da acceleratore delle (nostre) coscienze (sopite o distratte) e svolgere, infine l'essenziale funzione di visualizzare in maniera efficace ed accessibile i fatti espressivi di disvalore, anche di quelli che non si riescono o più spesso non si vogliono vedere.

Mi è capitato di fare osservazioni analoghe a proposito di una questione diversa, ma che ha comunque a che fare con la sopraffazione e la vulnerabilità, vale a dire lo sfruttamento dei lavoratori e mi sento di fare un parallelo che non mi appare improprio.

Nonostante tutti i suoi non lievi difetti, la fattispecie incriminatrice che punisce lo sfruttamento dei lavoratori e l'intermediazione illecita ci ha fatto vedere, anzi ci ha costretto a vedere quella rimossa realtà: ci ha fatto entrare nelle baracche, obbligando il discorso pubblico ad occuparsi della fatica che uccide, delle schiene piegate dal lavoro e dal ricatto, dell'avidità che cancella il senso di umanità.

Sono convinto che lo stesso possa valere anche per le incriminazioni che compongono la mini-costellazione della violenza di genere.

[4] Il dubbio, 30 agosto 2023.

Credo cioè che persino il bistrattato diritto penale, questo vecchio arnese della repressione, può, a certe condizioni che ho provato a ricordare, contribuire a rendere definitivamente chiaro che il modello di relazioni interpersonali sul quale si fonda la nostra convivenza civile è diametralmente opposto e totalmente incompatibile con quello che invece vediamo riflesso nello specchio delle agghiaccianti cronache quotidiane sulla violenza di genere.

Questo però richiede al legislatore penale uno sforzo maggiore e meglio indirizzato di quanto non sia avvenuto finora e considerata la posta in gioco, mi sembra che varrebbe decisamente la pena provarci seriamente.

Gli interventi correttivi e integrativi alla riforma Cartabia (d.lgs. n. 150/2022) nel codice penale e in materia di responsabilità da reato degli enti*

Marco Gambardella**

Sommario: 1. Introduzione. – **2.** Lesioni personali nei confronti dei sanitari. – **3.** Danneggiamento di cose esposte alla pubblica fede. – **4.** Proscioglimento dell'ente in udienza preliminare.

1. Introduzione.

L'art. 1, comma 4, della legge delega di riforma della giustizia penale (l. n. 134 del 2021) ha previsto che il Governo, con lo stesso procedimento impiegato per l'adozione del d.lgs. n. 150 del 2022, entro due anni dalla data di entrata in vigore della c.d. riforma Cartabia (e nel rispetto dei medesimi principi e criteri direttivi), possa adottare delle disposizioni integrative e correttive del decreto attuativo in questione.

Il Governo ha predisposto un primo schema di decreto legislativo correttivo, il quale è stato trasmesso alle Camere (in particolare, alle Commissioni Giustizia di Camera e Senato) al fine di esprimere un parere al riguardo (entro il 5 febbraio 2024).

Il provvedimento è composto da undici articoli, che introducono alcune modifiche alle disposizioni del d.lgs. n. 150/2022 relativamente al codice penale, al codice di procedura penale e delle leggi speciali. Con l'obiettivo – come si legge nella Relazione tecnica – di rendere gli istituti interessati maggiormente coerenti con i principi e i criteri di delega, anche tramite un'opera di semplificazione di specifici meccanismi procedimentali, e inoltre di risolvere problemi di coordinamento emersi nella fase di prima applicazione della riforma.

Il mio intervento è circoscritto alla parte più strettamente penalistica: ossia all'art. 1 dello schema di decreto legislativo correttivo (modifiche al codice penale in materia di lesioni personale e danneggiamento), nonché all'art. 7 che incide sulla regola di giudizio per l'udienza preliminare nel procedimento volto ad accertare la responsabilità da reato degli enti (d.lgs. 231/2001).

Nei confronti di tali tematiche cercherò di fare delle sintetiche osservazioni critiche e qualche proposta di modifica del dato legislativo previsto nello schema di

* Testo dell'*audizione* presso la Commissione Giustizia della Camera dei deputati nell'ambito dell'esame, dello "*Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*" (Atto n. 102) (Roma, 23 gennaio 2024).

** Professore associato di Diritto penale – Università di Roma La Sapienza.

decreto legislativo in esame. Le proposte di cambiamento degli artt. 1 e 7 sono contenute in una apposita tabella dislocata al termine del presente scritto.

2. Lesioni personali nei confronti dei sanitari.

Muovo dalla prima delle due modifiche al codice penale, relativa al delitto di lesioni personali cagionate al *personale esercente una professione sanitaria* o sociosanitaria nell'esercizio o a causa delle funzioni o del servizio.

La finalità della novella è di rendere ancora più chiaro che le lesioni personali lievi nei confronti del personale sanitario sono *procedibili d'ufficio*, in deroga alla regola generale della legge Cartabia che prevede invece la procedibilità a querela delle lesioni lievi (ovvero quelle che non superano i quaranta giorni).

Inizialmente, la procedibilità "eccezionale" d'ufficio delle lesioni lievi nei confronti dei sanitari per il periodo compreso tra l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2022 e il marzo 2023 si è configurata tramite il rinvio nell'art. 582 c.p. alla circostanza aggravante comune dell'art. 61 n. 11-*octies* c.p., secondo cui aggrava il reato l'aver agito, nei delitti commessi con violenza o minaccia, in danno degli esercenti delle professioni sanitarie (e assimilati).

Dal marzo 2023 il legislatore ha tuttavia riformulato l'art. 583-*quater*, comma 2, c.p., inserendo nella prima parte del comma 2 una fattispecie autonoma di lesioni personali semplici commesse a danno del personale sanitario (d.lg. n. 34/2023).

Nella seconda porzione del comma secondo dell'art. 583-*quater* c.p. si rinviene inoltre una circostanza aggravante della figura base relativa alle lesioni gravi e gravissime cagionate al personale sanitario.

Con riguardo alla figura autonoma di lesioni lievi a danno del personale sanitario, si tratta di una tipica vicenda di *specialità sincronica sopravvenuta*. La norma incriminatrice speciale (art. 583-*quater* c.p.) è stata inserita nello spazio prima reso penalmente rilevante tramite il delitto di lesioni semplici aggravate dall'art. 61 n. 11-*octies* c.p. (art. 582, comma 2, c.p.). Una situazione di coesistenza nell'ordinamento tra le due norme penali in questione risolto – *ex* art. 15 c.p. – a favore della figura criminosa speciale.

L'art. 583-*quater*, comma 2, primo periodo, c.p. esprime al momento una *norma autonoma speciale* rispetto alla figura generale di lesioni semplici *ex* art. 582 c.p. Essa *è già procedibile d'ufficio* come autonomo reato, non essendo prevista alcuna necessità di querela.

Attualmente il rinvio, posto nell'art. 582 c.p., alla circostanza aggravante dell'art. 61 n. 11-*octies* c.p. – per rendere procedibili d'ufficio le lesioni lievi contro il personale sanitario – non serve, è inoperante; è superato dalla nuova formulazione di una figura autonoma di reato in proposito, la quale è procedibile d'ufficio.

Corretto dunque abrogare il rinvio, contenuto nell'art. 582 c.p., alla circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*octies* c.p., perché fuorviante.

Ma lo schema di decreto legislativo non fa solo questo: non sopprime solo tale riferimento all'art. 61, n. 11-*octies*, c.p.; sostituisce invero siffatto rinvio con quello alla circostanza aggravante di cui all'art. 583-*quater*, comma 2, primo periodo, c.p.

Questa contemporanea abrogazione/introduzione va esplorata, perché non rende solo più chiara la procedibilità d'ufficio delle lesioni lievi nei confronti dei sanitari, bensì ha conseguenze molto più ampie.

Certo, le scelte politico-criminali spettano appunto alla politica (al legislatore). Tuttavia, il giurista ha l'onere di rendere intellegibili al cittadino tali scelte: è un mediatore tra la politica e il singolo individuo.

Ebbene, tale duplice modifica, con l'inserimento all'art. 582 c.p. del rinvio alla circostanza aggravante delle lesioni lievi contro i sanitari per chiarificare la procedibilità d'ufficio (e non solo l'abrogazione del rinvio all'art. 61, n. 11-*octies*, c.p.), accredita, ossia fa propendere, per la *qualifica di circostanza aggravante* delle lesioni lievi nei confronti dei sanitari; mentre oggi sembrano costituire una figura autonoma già procedibile d'ufficio, sfuggendo alla regola generale della procedibilità a querela delle lesioni lievi.

Ma il passaggio da figura autonoma a circostanza aggravante ha conseguenze importanti. In particolare, la possibilità di *bilanciare tale aggravante con le attenuanti*. Nel senso che il giudizio di comparazione da parte del giudice del concorso di circostanze eterogenee potrebbe portare: o alla equivalenza con una attenuante o alla prevalenza dell'attenuante sulla aggravante dell'art. 583-*quater*, comma 2, c.p.

In conclusione, sarebbe auspicabile, a mio avviso, di abrogare (sopprimere) unicamente il riferimento nell'art. 582 c.p. alla circostanza aggravante dell'art. 61, n. 11-*octies* c.p.; senza inserire il rinvio nell'art. 582, comma 2, c.p. all'art. 583-*quater* c.p.

Tutto ciò, altresì, per evitare una certa schizofrenia legislativa.

E questo perché, per un verso, si tenta di proteggere la classe sanitaria nel proprio operato attraverso uno "scudo penale" valido sino alla fine del 2024 (che limita la punibilità nell'attività sanitaria ai soli casi di colpa grave) come previsto da un emendamento nella legge "Milleproroghe"; dall'altro verso, sembrerebbe legittimarsi qui una sorta di "autotutela privata" nei confronti dei medici e assimilati, stante la blanda e incerta risposta sanzionatoria contro il privato che commette una lesione lieve contro gli stessi.

3. Danneggiamento di cose esposte alla pubblica fede.

Veniamo ora alla seconda modificazione relativa al codice penale, concernente il delitto di danneggiamento di cui all'art. 635 c.p.

Per quanto concerne la figura di reato contemplata al secondo comma, n. 1, dell'art. 635 c.p., ossia il *danneggiamento di cose esposte alla pubblica fede* – in conformità a quanto già previsto per il più grave delitto di furto di beni esposti alla pubblica fede dalla riforma Cartabia – essa diventa *procedibile a querela di parte*.

Il presente schema legislativo all'art. 9 contiene una *disposizione transitoria* per regolare tale modifica del regime di procedibilità.

Richiamando esplicitamente la disciplina transitoria della legge Cartabia (art. 85, d.lgs. 150/2022), la persona offesa ha tre mesi per presentare la querela dall'entrata in vigore del decreto legislativo in esame, se ha avuto in precedenza notizia del fatto costituente reato.

Potrebbero qui sorgere le medesime problematiche già emerse negli ultimi mesi in tema di furto di energia elettrica.

Dovendosi tracciare una non agevole distinzione tra il danneggiamento di cose esposte alla pubblica fede, procedibili a querela di parte, dal danneggiamento di *cose destinate a pubblico servizio o alla pubblica utilità*, procedibili invece ancora d'ufficio.

Le questioni si potrebbero porre soprattutto in relazione al superamento dello spazio temporale di tre mesi dall'entrata in vigore del decreto correttivo, tempo utile per presentare la querela e per evitare la declaratoria di improcedibilità per difetto di querela dei procedimenti penali in corso.

Potrebbe forse valere anche qui quella giurisprudenza di legittimità, che si è formata recentemente in tema di furto di elettricità.

Sulla scorta di questo indirizzo giurisprudenziale, potrebbe essere consentito al pubblico ministero, ove per la persona offesa sia trascorso il termine di tre mesi per proporre querela, stabilito dalla disposizione transitoria, di modificare l'imputazione in udienza, qualificando giuridicamente la condotta in modo diverso: come danneggiamento non più di cose esposte alla pubblica fede, bensì come danneggiamento di cose destinate a un pubblico servizio o alla pubblica utilità. In tal modo si renderebbe il reato procedibile d'ufficio (cfr., in fattispecie di furto di energia elettrica, Cass., sez. IV, 50258/2023; Cass., sez. IV, 48529/2023).

Va però notato a tale riguardo che, valorizzando le recenti Sezioni unite penali Domingo (n. 49935/2023) una parte della giurisprudenza di legittimità pare ora aver cambiato orientamento, asserendo che la contestazione suppletiva di circostanza aggravante è idonea a produrre effetti giuridici solo se intervenga prima del verificarsi di una causa di non punibilità *ex* art. 129 c.p.p. (così Cass., sez. V, 22 gennaio 2024, Mascali).

4. Proscioglimento dell'ente in udienza preliminare.

Da ultimo mi soffermerò sulla modifica contenuta nell'art. 7 dello schema di decreto legislativo in esame; disposizione quest'ultima che ha ad oggetto il proscioglimento in udienza preliminare dell'ente (*ex* d.lgs. 231/2001).

L'obiettivo del legislatore è qui di omologare la regola di giudizio per l'udienza preliminare nel procedimento degli enti a quella prevista ora nel procedimento penale – a seguito della novella contenuta nel d.lgs. n. 150 del 2022 – all'art. 425, comma 3, c.p.p., che ha reso più selettivo il filtro dell'udienza preliminare.

Obiettivo dichiarato nella Relazione che, tuttavia, la presente modifica non raggiunge, per le seguenti semplici considerazioni.

Nel procedimento penale si è sostituita la regola di giudizio dell'udienza preliminare: oggi – come è noto – si proscioglie la persona fisica se gli "elementi raccolti non consentono una ragionevole previsione di condanna", e non più come avveniva prima della "riforma Cartabia" se "gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o non idonei a sostenere l'accusa in giudizio"; tale ultima regola – lo si ribadisce – è stata eliminata; e, quindi, si va in dibattimento (ovvero si cita a giudizio) se gli elementi raccolti consentono una ragionevole previsione di condanna.

Ebbene, nel procedimento degli enti (*ex* d.lgs. 231/2001), lo schema di decreto legislativo in esame, all'art. 7, aggiunge alla precedente regola di giudizio del proscioglimento dell'ente in udienza preliminare (eliminata invece nel giudizio penale) la ulteriore regola di giudizio introdotta nel procedimento penale, la quale prevede il proscioglimento dell'ente quando non vi è una ragionevole previsione di responsabilità dello stesso.

In tal modo, la novità non ha nessuna capacità selettiva reale, perché fa rimanere in vita anche la precedente regola di proscioglimento. Un concorso fra due regole, che rischia di far diventare la nuova inutile.

Invero, rimanendo in vigore anche la precedente ipotesi di proscioglimento per atti insufficienti, contraddittori o comunque inidonei a sostenere in giudizio la responsabilità dell'ente, vi sarebbe il concorso di due regole, la seconda delle quali – quella nuova – superflua:

- la prima che autorizza comunque il proscioglimento se gli atti sono insufficienti, contraddittori o comunque inidonei a sostenere la responsabilità della persona giuridica;
- la seconda – ovverosia la nuova – che, autorizzando il proscioglimento quando non vi è una ragionevole probabilità di condanna, è già compresa nella prima, e dunque non ha nessuna portata innovativa.

Pensiamo ai casi in cui – in virtù di tale regola – si può rinviare a giudizio l'ente: quando vi è una ragionevole probabilità di condanna, e qui gli atti sono sicuramente idonei a sostenere la responsabilità dell'ente.

Ma non è vero il contrario!

Gli atti sono idonei a sostenere la responsabilità della società anche quando non sono in grado di far prevedere con ragionevolezza la condanna: in tal caso la disposizione così come corretta dall'art. 7 continuerebbe a consentire il rinvio a giudizio: filtro a maglie larghe dunque!

Non cambierebbe nulla quindi: nel giudizio di responsabilità degli enti il filtro dell'udienza preliminare rimarrebbe a maglie larghe e si differenzierebbe dall'analogo filtro per la responsabilità penale individuale, che invece è oggi costruito a maglie strette.

In definitiva, se si vuole allineare le due regole (giudizio penale e giudizio degli enti) e introdurre anche nel procedimento contro le società (*ex* d.lgs. 231/2001) un serio filtro in sede di udienza preliminare, occorrerebbe emendare l'art. 7 dello schema di decreto legislativo in esame, sostituendo, e non aggiungendo, la regola di giudizio relativa alla ragionevole previsione di responsabilità dell'ente.

Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134.

ART. 1 **(Modifiche al codice penale)** Al codice penale sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 582, secondo comma, le parole «61, numero 11-octies),» sono soppresse e dopo la parola «583» sono inserire le seguenti: «, 583-quater, secondo comma, primo periodo,»; b) all'articolo 635, quinto comma, primo periodo, dopo le parole: «dal primo comma» sono inserite le seguenti: «, nonché dal secondo comma, numero 1), limitatamente ai fatti commessi su cose esposte per necessità o per consuetudine o per destinazione alla pubblica fede, ai sensi dell'articolo 625, primo comma, numero 7),».	**ART. 1** **(Modifiche al codice penale)** Al codice penale sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 582, secondo comma, le parole «61, numero 11-octies),» sono soppresse; b) all'articolo 635, quinto comma, primo periodo, dopo le parole: «dal primo comma» sono inserite le seguenti: «, nonché dal secondo comma, numero 1), limitatamente ai fatti commessi su cose esposte per necessità o per consuetudine o per destinazione alla pubblica fede, ai sensi dell'articolo 625, primo comma, numero 7),».

ART. 7 **(Modifiche al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231)** Al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 59, al comma 1, la parola «405» è sostituita dalla seguente: «407-*bis*»; b) all'articolo 61, al comma 1, primo periodo, dopo le parole «dell'ente» sono inserite le seguenti: «, ovvero quando gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna».	**ART. 7** **(Modifiche al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231)** Al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 59, al comma 1, la parola «405» è sostituita dalla seguente: «407-*bis*»; b) all'articolo 61, al comma 1, primo periodo, al posto delle parole «o gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere in giudizio la responsabilità dell'ente» sono inserite le seguenti: «, o quando gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di responsabilità dell'ente».

Prime questioni in tema di udienza predibattimentale

Antonella Marandola**

1. A quasi un anno dall'entrata in vigore della riforma Cartabia cominciano ad affiorare, diventando molto problematiche, le questioni legate all'inquadramento, alla natura, ai contenuti, alle finalità, alla disciplina dell'udienza predibattimentale.

Com'è noto la novella, nel contesto della riforma del procedimento a citazione diretta ha introdotto l'art. 554-*bis* c.p.p. prevedendo una inedita udienza predibattimentale.

La scelta d'introdurre tale nuova sequenza processuale, condizionata dalla elevazione delle pene dei reati attribuiti al giudice monocratico e dalla qualità degli stessi, rendeva necessaria una verifica del nuovo criterio di giudizio per il passaggio del processo dalla fase delle indagini a quella del dibattimento[1], imponendo di prevedere un "filtro" da parte di un giudice rispetto ad iniziative d'accusa non prospettabili nei termini della ragionevole previsione di condanna[2].

La necessità di chiarire la natura e la finalità di questa fase processuale – il processo è già transitato a dibattimento[3] – si prospetta sin dalla rubrica dell'art. 554-*bis* c.p.p. che è definito, appunto, come "udienza di comparizione"[4].

Indubbiamente non mancano le omogeneità con la disciplina dell'udienza preliminare, ma non mancano e sono significative le differenze[5].

---

* Professore ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi del Sannio.

1 In merito alla nuova regola decisoria, Daniele, *Il vaglio preliminare dell'accusa secondo la l. n. 134/2021*, in *Giur. it.*, 2022, 1012 ss.; Cfr. Bontempelli, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1151 ss. Si veda Ferrua, *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, in *discrimen.it*, 9 dicembre 2021, 2 ss.; Cabiale, Quattrocolo, *Un filtro più potente precede un bivio più netto: nuove possibili prospettive di equilibrio tra udienza preliminare, riti speciali e giudizio nel quadro della riforma Cartabia*, in *giustiziainsieme.it.*, 9 gennaio 2023; Cecchi, *Osservazioni intorno alla "ragionevole previsione di condanna"*, in *Arch. pen. web,* 2022, f. 2, 28 ss.; Del Coco, *La verifica preliminare dell'accusa*, in Marandola (a cura di), *"Riforma Cartabia" e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, Wolters Kluwer, 2022, 178 ss.; Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in *legislazionepenale.eu*, 25 gennaio 2022, 27; Naimoli, *Considerazioni sulla "ragionevole previsione di condanna" per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 834 ss.

2 V., per tutti, F. D'Alessio, La nuova udienza predibattimentale nel rito monocratico, in Aa.Vv., *La riforma Cartabia*, a cura di Spangher, Pisa, 2023, 526 e ss.

3 Cfr., Lombardi, *L'udienza predibattimentale nella Riforma "Cartabia": uno schema operativo con alcuni spunti di riflessione*, in *Giur. pen. web*, 2022, f. 12, 1 ss.

4 C. Trabace, *L'udienza predibattimentale* che verrà, in *Archivio Penale*, 2022, 22.

5 V., *amplius*, Triggiani, *L'udienza predibattimentale monocratica*, in *Proc. e giust.*, 2022, 1.

Quanto ai profili di omogeneità vanno richiamate le previsioni di assenza (artt. 420, 420-*bis*, 420-*ter*, 420-*quinquies* e 420-*sexies*, c.p.p.) e quelle relative alla revoca della sentenza di non luogo (art. 554-*quinquies* c.p.p.).

Se il primo richiamo non suscita particolari questioni, dovendosi ritenere che anche per la udienza predibattimentale sia necessario accertare la regolare *vacatio in iudicium* dell'imputato, con le sue conseguenze sanzionatorie e di garanzia; il secondo aspetto non può non evidenziare qualche interrogativo di "sistema": si tratta, infatti, di una sentenza emessa da un giudice dibattimentale, se pur a contenuto processuale (di non luogo a procedere).

Quanto alle differenze, va detto che ad alcune di queste, forse non particolarmente significative, ha cercato di porre un qualche rimedio il testo (in corso di approvazione) che in attuazione a quanto previsto dalla legge delega (l. n. 134 del 2020) prevede la possibilità entro due anni dall'entrata in vigore della riforma Cartabia di predisporre disposizioni correttive e integrative sempre in linea con la delega. Ove il legislatore volesse introdurre modifiche diverse, dovrà attivare i percorsi ordinari (proposta governativa e approvazione legsislativa: v. d.l. Caivano, v. d.d.l. Nordio, v. d.d.l. pubblica sicurezza e quant'altro).

Una di queste ha riguardato l'udienza predibattimentale ove, attraverso l'intervento dell'art. 425, comma 2, 3 e 4. c.p.p. si sono richiamate modalità e tempistiche per la pronuncia della sentenza di non luogo.

La Relazione al Decreto Legislativo recante disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, evidenzia come si tratti di superare un difetto di coordinamento: in assenza di un richiamo specifico all'art. 424 c.p.p., non si comprende quali siano i termini di deposito della sentenza pronunciata all'esito dell'udienza predibattimentale, ovvero se i termini debbano essere quelli stabiliti per la sentenza pronunciata all'esito della celebrazione del dibattimento ovvero quelli previsti dall'art. 128 c.p.p. per la sentenza pronunciata all'esito di udienza camerale. Sebbene la norma sia sistematicamente collocata nel titolo II del libro VIII, la disciplina dei termini applicabile è certamente quella dettata dall'art. 424 c.p.p., alla luce anche della già prevista applicazione degli artt. 425, comma 2, 426 e 427 c.p.p. in quanto compatibili.

Sempre in questa prospettiva va letta anche l'altra modifica introdotta, quella con la quale è stata inserita la lett. b *bis*) del comma 1 dell'art. 304 c.p.p. prevedendo la proroga della custodia cautelare – disposta con ordinanza appellabile – nella fase del giudizio, durante il tempo in cui l'udienza di comparizione predibattimentale è sospesa o rinviata nei casi indicati nel comma .1 lett. a) e b) dell'art. 304 c.p.p.

Anche in questo caso la Relazione al cit. d.d.l. precisa che sebbene la collocazione sistematica della disposizione deponga, evidentemente, per l'applicabilità anche all'udienza predibattimentale delle disposizioni che concernono la fase del giudizio (salvo che non sia diversamente stabilito), la dichiarata natura "predibattimentale" dell'udienza potrebbe far ritenere irragionevolmente sottratta la fase in cui si svolge l'udienza predibattimentale all'applicazione della specifica disciplina della sospensione dei termini di durata massima delle misure cautelari dettata dall'art. 304 c.p.p.: disposizione che, nell'indicare i casi di sospensione *ex lege* nella fase del giudizio, fa espresso riferimento al "dibattimento". L'intervento normativo sana, dunque, il difetto

di coordinamento prevedendo, alla nuova lettera *b – bis*, che i termini previsti dall'art. 303 sono sospesi, con ordinanza appellabile a norma dell'art. 310, nella fase del giudizio, anche durante il tempo in cui l'udienza di comparizione predibattimentale è sospesa o rinviata per taluno dei casi indicati dall'art. 304, comma 1, lett. *a* e *b* c.p.p.

Un ulteriore elemento di differenziazione è rappresentato dalla disciplina delle questioni preliminari (art. 491 c.p.p.).

Inserito nella disciplina ordinaria le relative questioni sono collocate in sede dibattimentale; con il d.lgs. n. 150 del 2022 nel rito a citazione diretta, invece, le questioni preliminari hanno trovato inquadramento nella disciplina dell'udienza predibattimentale (art. 554-*bis*, comma 3, c.p.p.).

2. Restano tuttavia ancora molte e significative le differenze emergenti dal raffronto dei testi normativi.

Una differenza significativa tra l'udienza preliminare e l'udienza predibattimentale è legata, in primo luogo, proprio al giudice investito della richiesta del pubblico ministero con il decreto di citazione a giudizio. Si tratterà di un giudice chiamato a svolgere (ordinariamente) funzioni di giudice del dibattimento (che sarà, naturalmente, incompatibile alla eventuale celebrazione del giudizio).

Ora questo elemento è stato diversamente valutato. Per un verso, si è ritenuto che un giudice dibattimentale sarà nella migliore condizione per considerare i futuri sviluppi procedimentali suscettibili di condurre ad una condanna; per un altro verso, si è affermato che proprio l'abitudine all'approfondimento nel contraddittorio potrebbe indurre il giudice a disporre il "passaggio" alla verifica nella pubblicità dell'udienza.

Il riferito elemento di differenziazione connesso al fatto che il processo è già transitato alla fase dibattimentale (udienza di comparizione, appunto) finisce per coinvolgere altri aspetti decisamente significativi.

L'elemento più forte di differenziazione con l'udienza preliminare, da subito segnalato, è rappresentato dalla mancanza in capo al giudice dell'udienza predibattimentale di poteri probatori; manca, infatti, sia un rinvio all'art. 421-*bis* c.p.p., sia all'art. 422 c.p.p.

Non sono chiare le ragioni di questa scelta; non è dato sapere se ad essa si porrà rimedio in sede di integrazione, con i d.l.gs. recante disposizioni integrative e correttive del d.lgs. n. 150 del 2022.

Se con riferimento all'art. 421-*bis* c.p.p. si potrebbe ritenere inopportuno rimettere l'attività del p.m. nella fase delle indagini, anche se il procedimento non regredirebbe alla fase investigativa; il mancato richiamo all'integrazione probatoria, non appare pienamente giustificato, nella misura in cui potrebbe consentire la deflazione connessa alla regola di giudizio e alla possibilità di favorire i riti speciali da parte dell'imputato (finalità conseguita dal legislatore).

Essendo il processo ormai già arrivato alla fase predibattimentale non sarà possibile emettere un decreto per il passaggio alla fase successiva: si prevede infatti che il giudice disponga la "prosecuzione del giudizio" fissando la data dell'udienza davanti ad un giudice diverso.

Dovrebbe trattarsi di una ordinanza non motivata, pena il pregiudizio, per la difesa - ancorché il dato emerga implicitamente in conseguenza della mancata pronuncia della sentenza di non luogo – di cui non sono chiari i contenuti al di là delle indicazioni

del giorno, del luogo, dell'ora e di quanto valga ad informare le parti dello svolgimento del processo.

L'eventuale modifica dell'imputazione a seguito delle interlocuzioni tra giudice e p.m. dovrebbe, invece, emergere dal verbale d'udienza.

3. I delineati profili teorici e sistematici inevitabilmente si saldano con quelli pratico-operativi.

Invero, la nuova disciplina ha da subito prospettato anche alcune complessi problemi pratici e operativi, soprattutto quelle connesse all'incidenza nel meccanismo dell'udienza predibattimentale del rito immediato.

La prima questione ha riguardato l'individuazione del giudice competente a disporre il rito immediato. I contrasti interpretativi sul punto tra chi indicava la competenza del giudice delle indagini preliminari e quelli che ritenevano competente il giudice dell'udienza preliminare è stato risolto a favore del giudice delle indagini preliminari, in considerazione del fatto che, in caso di rigetto, il procedimento resterebbe nella fase delle indagini preliminari.

Non è ancora definita invece la questione relativa alla competenza a celebrare il rito abbreviato nel caso in cui a seguito di giudizio immediato sia stato richiesto il rito contratto.

L'orientamento prevalente è orientato a privilegiare la competenza del giudice dell'udienza preliminare. La conclusione non è pienamente convincente ove si consideri che in questo modo il giudice dell'udienza preliminare sarebbe competente alla celebrazione del rito contratto per tutti i reati, sia per quelli del tribunale collegiale sia per quelli del tribunale in composizione monocratica.

In altri termini, sembrerebbe preferibile la tesi che privilegia la sede naturale dei riti nel procedimento a citazione diretta, cioè, l'udienza predibattimentale. Del resto, in caso di rigetto del rito abbreviato il procedimento transiterebbe più agevolmente ("il giudice dispone ...") nuovamente alla sua fase naturale, quella del dibattimento.

4. È forse eccessivamente presto per capire come si assesterà la nuova previsione, collocata tra la finalità deflattiva, tipica dell'udienza preliminare, confermata dalla presenza dei riti speciali, e quella anticipatrice del dibattimento per la quale si applicano – salvo che non sia diversamente stabilito – le regole del giudizio (così, in termini generali, l'art. 549 c.p.p.).

Un nuovo ibrido processuale che conferma tutte le difficoltà sistematiche di un processo penale che ha smarrito un riconosciuto e riconoscibile baricentro sistematico, piegato alla ormai consolidata finalità strumentale delle scelte legislative, variamente giustificate e giustificabili.

I rapporti tra la contestazione suppletiva dell'aggravante incidente sulla punibilità e la declaratoria immediata *ex* art. 129 c.p.p.

Nota a Cassazione penale, sezioni unite, 14 dicembre 2023 (ud. 28 settembre 2023), n. 49935 - Presidente Cassano, Estensore Messini D'Agostini, Imp. Domingo, P.M. Ceniccola

Filippo Lombardi*

Sommario: 1. La questione controversa: il potere di contestazione della recidiva reiterata a reato prescritto e gli effetti sul decorso della prescrizione. – **2.** I diversi orientamenti a confronto. – **3.** La decisione delle Sezioni unite: la prevalenza dell'obbligo di immediata declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 129 c.p.p. – **4.** Le critiche dottrinali e l'analoga ipotesi della contestazione suppletiva a fronte di reato improcedibile per difetto di querela.

ABSTRACT

Il commento che segue ha per oggetto la recente sentenza con la quale le Sezioni unite hanno preso posizione intorno ai rapporti tra la causa estintiva già perfezionata e il potere di contestazione suppletiva del pubblico ministero che, riguardante una circostanza aggravante ad effetto speciale, è astrattamente idoneo a cagionare la reviviscenza del reato estinto. Le Sezioni unite, con una decisione che non è rimasta esente da critiche dottrinali, ha sposato la posizione che privilegia lo sbarramento temporale opposto dal dovere di pronunciare sentenza di non punibilità *ex* art. 129 c.p.p., con impossibilità per l'organo d'accusa di attivare il potere di contestazione *ex* art. 517 c.p.p.; la pronuncia ha ispirato l'orientamento giurisprudenziale sulla analoga questione del potere di contestazione del pubblico ministero di una circostanza aggravante che renda il reato procedibile d'ufficio quando sia già rilevabile l'insussistenza della condizione di procedibilità.

The following comment has as its object the recent sentence with which the Joint Sections took a position on the relationship between the already completed extinctive cause and the public prosecutor's power of supplementary challenge which, concerning an aggravating circumstance with a special effect, is abstractly suitable to cause the revival of the extinct crime. The United Sections, with a decision that was not free from doctrinal criticism, espoused the position that favors the temporal barrier opposed by the duty to pronounce a sentence of non-punishment pursuant to art. 129 c.p.p., with the impossibility for the prosecution body to activate the power of challenge pursuant to art. 517 c.p.p.; the ruling inspired the jurisprudential orientation on the similar question of the public prosecutor's power to challenge an aggravating circumstance that makes the crime prosecutable ex officio when the non-existence of the prosecutability condition is already evident.

* Giudice del Tribunale di Lagonegro.

1. La questione controversa: il potere di contestazione della recidiva reiterata a reato prescritto e gli effetti sul decorso della prescrizione.

Con la sentenza che qui si annota, la Corte di cassazione interviene a sezioni unite a comporre una interessante disputa giurisprudenziale sul rapporto tra nuove contestazioni e reato estinto. Per meglio comprendere la questione, occorre esemplificare: nel caso concreto, per i reati contestati all'imputato (minaccia, violazione di domicilio e tentato furto con strappo) era maturata la prescrizione, calcolata avuto riguardo all'imputazione così come originariamente redatta dal pubblico ministero.

Tuttavia, l'organo d'accusa, ad un'udienza successiva alla data in cui il fenomeno estintivo si era già palesato, contestava all'imputato la recidiva reiterata, specifica e infraquinquennale, idonea ad incidere sul termine prescrizionale nel senso del suo prolungamento. In virtù di questa scelta processuale, avallata sia dal giudice di primo grado che da quello di gravame, l'imputato veniva condannato.

Con ordinanza dell'11 aprile 2023[1], la quinta sezione della Corte di cassazione, a fronte del ricorso del difensore, ha rimesso alle Sezioni unite la questione se, ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, l'aumento di pena per la recidiva che integri una circostanza ad effetto speciale – vale a dire nei casi di cui all'art. 99 commi secondo, terzo e quarto, del codice penale – rilevi anche se la stessa sia stata oggetto di contestazione suppletiva dopo la decorrenza del termine di prescrizione previsto per il reato come dapprima contestato.

2. I diversi orientamenti a confronto.

Sul tema brevemente cennato si confrontano due orientamenti contrapposti.

Un primo orientamento muove dalla natura dogmatica della recidiva. Dal punto di vista ontologico, è opinione ormai consolidata che la recidiva non possa ritenersi espressione di un mero *status* soggettivo del reo agganciato ai suoi precedenti penali.

Pertanto, il riconoscimento dell'aggravante si fonda non solo sul presupposto formale(-documentale) della precedente condanna, ma anche sul requisito sostanziale costituito dalla maggiore colpevolezza e pericolosità del reo. Il requisito sostanziale, spiegano limpidamente la giurisprudenza di legittimità e la dottrina più accreditata, impone la valutazione di significatività del nuovo delitto nell'ambito della reiterazione dei reati e si risolve nello stabilire se tale delitto esprima una maggiore rimproverabilità, poiché dimostrativo di un atteggiamento di indifferenza verso la legge, dell'assenza di un ripensamento critico a seguito delle precedenti condanne e, in conclusione, di una risoluzione criminosa più consapevole e determinata.

La maggiore dimensione di colpevolezza, ravvisabile nel nuovo delitto, si rinviene in sostanza nella sua espressività, ove rapportata ai delitti oggetto delle precedenti condanne, della resistenza del reo all'effetto dissuasivo astrattamente derivante dalla revisione del proprio vissuto criminale e del conseguente rafforzamento della propria

[1] Cass. pen., sez. V, ord. 11 aprile 2023, n. 26756, in *Sist. pen.,* 2 ottobre 2023, con nota di Nicolini e in *Giur. pen.*, 23 giugno 2023 con nota illustrativa di Lombardi.

determinazione criminosa. Detto altrimenti, la colpevolezza accentuata si regge sul consolidamento del proposito criminoso del reo nonostante il monito ipoteticamente promanante dalle risultanze giudiziali, mentre la maggiore attitudine a delinquere assume la natura di consequenziale risvolto della peculiare colpevolezza del reo[2].

Posto che la recidiva non costituisce un mero *status* soggettivo ricavabile documentalmente dal casellario giudiziale, secondo questa prima opinione giurisprudenziale la contestazione della circostanza in esame avrebbe una valenza costitutiva e perciò non potrebbe avvenire dopo lo spirare del termine di prescrizione, siccome determinerebbe indebitamente la reviviscenza di un reato ormai estinto, del resto in frizione con l'obbligo di declaratoria immediata della causa estintiva del reato[3].

Secondo altro orientamento, pur sempre rispettoso della ricostruzione dogmatica della recidiva sopra esposta, la funzione costitutiva della contestazione esplicherebbe il proprio effetto tipico sotto il versante processuale, nel senso che essa avrebbe lo scopo di favorire la conoscenza in capo all'imputato delle più profonde articolazioni dell'editto accusatorio e di consentire al giudice di ritenere e applicare la circostanza. Ciò non vale ad escludere, però, che le circostanze preesistano sempre alla contestazione: la preesistenza delle circostanze alla contestazione fa sì che quest'ultima possa avvenire anche dopo lo spirare del termine di prescrizione, trattandosi di un decorso temporale soltanto apparentemente estintivo[4].

3. La decisione delle Sezioni unite: la prevalenza dell'obbligo di immediata declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 129 c.p.p.

Dopo aver ripreso e confermato gli approdi giurisprudenziali consolidati in tema di recidiva, con particolare rilievo all'aspetto sostanziale della stessa e all'importanza della contestazione quale fase abilitativa del successivo vaglio giudiziale, le Sezioni unite hanno sgombrato il campo da un equivoco di fondo instillato dal contrasto ermeneutico in discorso.

Secondo i supremi giudici, in continuità con l'orientamento espresso dalla sentenza "Cassarino"[5], appare fuorviante la contrapposizione ideologica tra la natura dichiarativa e quella costitutiva della contestazione. Più correttamente, può affermarsi una funzione sempre ricognitiva della contestazione, la quale assume al contempo connotati di indispensabilità ai fini della possibile efficacia della circostanza aggravante nel giudizio: infatti, come del resto ribadito di recente dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 230 del 2022, la circostanza aggravante non contestata deve conside-

---

2 Ambrosetti, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità*, in *Discrimen*, 30 agosto 2023; Melchionda, *Recidiva reiterata e pregresso status del recidivo: la Cassazione si avvicina alla "chiusura del cerchio"*, in *Sist. pen.*, 2021, 2, 143 ss.; volendo, Lombardi, *Le Sezioni unite sulla recidiva reiterata in assenza di una precedente dichiarazione di recidiva semplice*, in *La Magistratura*, 24 ottobre 2023.

3 Cass. pen., sez. II, 6 ottobre 2020, n. 37884; Cass. pen., sez. VI, 22 settembre 2015, n. 47499, CED 265560; Cass. pen., sez. III, 30 gennaio 2014, n. 14439, CED 258734; Cass. pen., sez. I, 19 febbraio 2013, n. 13398, CED 256021.

4 Cass. pen., sez. III, 10 gennaio 2020, n. 9719; Cass. pen., sez. VI, 4 novembre 2008, n. 44591, CED 242133; Cass. pen., sez. V, 19 ottobre 2005, dep. 2006, n. 9769, CED 234225.

5 Cass. pen., sez. V, 2 luglio 2019, n. 47241, CED 277648.

rarsi *tamquam non esset* nella prospettiva del giudicante, il quale, pur scorgendola tra le pieghe dei risultati istruttori, non potrà né applicarla d'ufficio né disporre la restituzione degli atti al pubblico ministero *ex* art. 521 co. 2, c.p.p.

Le Sezioni unite rammentano che, al momento dell'esercizio dell'azione penale, il pubblico ministero deve verificare la sussistenza degli elementi strutturali della recidiva e determinarsi in ordine alla sua contestazione, anche a tutela dell'aspettativa dell'imputato di essere giudicato su un addebito già completo e comprensibile, evitando per quanto possibile il mutamento dell'imputazione in corso di causa, in ossequio alle norme interne che impongono l'enunciazione in forma chiara e precisa del fatto e delle circostanze aggravanti (artt. 417, 429, 450, 456 e 552 c.p.p.) e di quelle sovranazionali sulla necessità che l'accusato sia informato in modo dettagliato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico (art. 6 CEDU).

Non può però essere esclusa la possibilità per l'organo requirente di porre in essere una contestazione suppletiva della circostanza in corso di dibattimento, siccome durante l'esperienza giudiziaria potrebbero emergerne i requisiti: si può verificare, ad esempio, che si venga a conoscenza di nuovi precedenti penali a carico dell'imputato con alias prima ignoti; o, più plausibilmente, nel progressivo sedimentarsi delle risultanze istruttorie, o financo sulla base di una migliore rilettura dei dati dall'inizio disponibili, potrebbero essere riscontrati elementi aggravatori che inducano a rivedere l'originaria valutazione sulla colpevolezza e sulla pericolosità del reo.

Ferma dunque la possibilità per il pubblico ministero di contestare in via suppletiva l'aggravante *ex* art. 99 c.p., anche nelle sue declinazioni idonee ad incidere sul computo della prescrizione, occorre confrontarla con la portata del principio previsto dall'art. 129 c.p.p. e con i suoi effetti; va infatti verificato se la prescrizione maturata in relazione all'originario editto accusatorio sia soltanto "apparente" e venga superata dalla nuova contestazione o, piuttosto, permanga innescando senza riserve la declaratoria immediata della estinzione del reato ai sensi del citato articolo 129 c.p.p.

Al fine di addivenire alla soluzione del quesito affidato, il giudice nomofilattico ha affrontato il propedeutico tema della funzione dell'istituto della declaratoria immediata di cause di non punibilità nel sistema processuale.

Ha affermato che la funzione della norma in esame è quella di favorire l'imputato innocente o comunque da prosciogliere «nella prospettiva di troncare [...] qualsiasi ulteriore attività processuale e di addivenire immediatamente al giudizio, anche se fondato su elementi incompleti ai fini di un compiuto accertamento della verità da un punto di vista storico»; ha precisato che la norma, oltre a innescare rapidi esiti di favore per l'imputato, rappresenta per il giudice una vera e propria regola di condotta, operativa a partire dal momento in cui egli sia in condizione di riconoscere i fattori espressivi della non punibilità.

L'osservazione è del resto in linea con la più accreditata opinione dottrinale, secondo cui l'istituto in esame, che consente l'immediata declaratoria della non punibilità dell'imputato, tutela la ragionevole durata del processo nella logica del *favor rei*, e consiste nella semplificazione dello svolgimento del processo con eliminazione di ogni atto o attività non essenziale[6]. Si è precisato che, quando essa si fondi su mo-

[6] Daniele, sub *art. 129,* in G. Illuminati-L Giuliani (diretto da), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2020, 459 ss.

tivi di merito e venga in rilievo nella fase dibattimentale, può essere concretamente adoperata soltanto dopo l'assunzione delle prove a carico e purché la formula di proscioglimento non sia basata sull'insufficienza o sulla contraddittorietà della prova[7]. Per quanto invece attiene all'immediato proscioglimento per motivi formali, come ad esempio in presenza di cause estintive, l'art. 129 co. 2, c.p.p. individua la priorità della causa estintiva rispetto a quella assolutoria nel merito, quando quest'ultima non emerga in maniera così lampante da richiedere una mera constatazione o presa d'atto[8].

La pronuncia delle sezioni unite risolve dunque il quesito facendo uso assorbente della più garantista lettura dell'art. 129 c.p.p., e cioè propugnando un'analisi rigorosa della funzione di sbarramento assunta dalla norma, la quale – ove correttamente applicata – deve indurre il giudice a porre immediatamente fine alla vicenda giudiziaria, appena riscontrata la causa di proscioglimento, essendogli precluso di favorire ulteriori segmenti processuali tesi ad approfondimenti o accertamenti: tra le attività inibite si colloca evidentemente la contestazione suppletiva ad opera del pubblico ministero, unica in grado di attribuire concreto rilievo ai fini decisionali ad una circostanza che non formava oggetto dell'addebito iniziale. Pertanto, le Sezioni unite hanno affermato il principio di diritto per cui «ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, l'aumento di pena per la recidiva che integri una circostanza aggravante ad effetto speciale non rileva se la stessa sia stata oggetto di contestazione suppletiva dopo la decorrenza del termine di prescrizione previsto per il reato come originariamente contestato».

4. Le critiche dottrinali e l'analoga ipotesi della contestazione suppletiva a fronte di reato improcedibile per difetto di querela.

L'orientamento sposato dalle Sezioni unite ha destato particolare attenzione da parte della dottrina, che si è schierata su due fronti opposti.

Va infatti osservato come la soluzione cui il supremo consesso nomofilattico ha ritenuto di aderire ha trovato, sin dalla pronuncia dell'ordinanza di rimessione, un sostegno in letteratura. Si è infatti osservato che nell'ordinamento processuale l'imputato ha diritto a difendersi in ordine ad una imputazione chiara e precisa anche con riferimento agli elementi circostanziali; le nuove contestazioni disciplinate dagli artt. 516 e ss. c.p.p. costituiscono istituti che realizzano un ragionevole bilanciamento fra i principi di obbligatorietà dell'azione penale, completezza del giudicato e diritto di difesa, senza però attribuire all'attore pubblico la possibilità di sopperire a pregresse inerzie o deficienze[9]. Tali contestazioni suppletive sarebbero perciò ammesse – prima o nel corso dell'istruzione dibattimentale – purché l'incedere della procedura sia

[7] Fonti, sub *art. 129*, in Belluta-Gialuz-Lupària (a cura di), *Codice sistematico di procedura penale*, Torino, 2020, 223 ss.

[8] Da ultimo, si veda Cass. pen., sez. III, 20 gennaio 2022, n. 18069, CED 283131.

[9] In questi termini si esprime Nicolini, *Le Sezioni Unite sulla legittimità della contestazione suppletiva della recidiva anche successivamente al decorso della prescrizione del reato originariamente contestato*, in *Sist. pen.*, 2 ottobre 2023.

ancora giustificabile, condizione che non può dirsi sussistente quando una norma di legge ne imponga la paralisi.

Altre autorevoli voci del panorama dottrinale hanno invece criticato l'impianto motivazionale e il principio di diritto, facendo notare come la contestazione di una circostanza aggravante abbia una natura puramente ricognitiva di una situazione di fatto già emergente. Perciò, se è vero che il giudice non può ritenere – né in sentenza né in una ordinanza di restituzione *ex* art. 521 c.p.p. – l'esistenza di una circostanza aggravante non contestata, il fatto che la stessa sia già emersa nel corso dell'attività istruttoria rende il reato non estinto e consente al pubblico ministero di contestare la circostanza[10].

Si è ulteriormente argomentato nel senso che il principio di immediatezza di cui all'art. 129 c.p.p. non implica una pronuncia intermedia prima che la fase processuale nella quale può manifestarsi la causa di improcedibilità sia esaurita; entro questo arco temporale resterebbe operativo l'art. 517 c.p.p.[11].

Giova in questa sede osservare come il principio di diritto scolpito dalle Sezioni unite con la sentenza qui annotata funga da criterio guida per la risoluzione di altra analoga questione attinente al rapporto tra la declaratoria immediata delle cause di non punibilità e la contestazione di una circostanza che renda il reato procedibile d'ufficio, elevata *ex* art. 517 c.p.p. dopo che sia già divenuta rilevabile l'improcedibilità per difetto di querela; la questione nasce all'indomani dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 150/2022 (c.d. riforma "Cartabia"), che ha mutato il regime di procedibilità di una serie di fattispecie criminose, portandola da procedibilità d'ufficio a procedibilità a querela.

Nel regolare, con l'art. 85, il caso in cui per il reato procedibile d'ufficio non esistesse dall'inizio una querela, è stata assegnata alla persona offesa titolata la possibilità di sporgerla entro novanta giorni dall'entrata in vigore della novella legislativa.

Si è posto allora il quesito circa l'ammissibilità della contestazione, da parte del pubblico ministero, di un'aggravante che nuovamente renda officiosa la procedibilità del reato, dopo lo spirare del termine di novanta giorni sopra indicato.

Con alcune sentenze, la Corte di cassazione ha avallato la contestazione facendo leva sul potere del pubblico ministero, immanente sino alla conclusione della fase istruttoria, di adeguare il capo di imputazione per renderlo coerente con le risultanze dibattimentali e dunque col fatto storico, in ossequio al principio di obbligatorietà dell'azione penale e anche in considerazione del fatto che l'art. 517 c.p.p. non assegna al giudice alcun potere di veto[12].

Secondo una diversa opinione giurisprudenziale – maturata dopo la pubblicazione dell'informazione provvisoria in ordine ai rapporti tra contestazione della recidiva reiterata e reato prescritto – l'adozione che l'ordinamento impone dello strumento *ex* art. 129 c.p.p. dovrebbe consentire l'*exitus* immediato del processo, sicché il potere del pubblico ministero di elevare nuove contestazioni non dovrebbe poter trovare ulteriore sbocco nella vicenda processuale[13].

---

[10] Nappi, *Contestazione suppletiva e prescrizione del reato*, in *Sist. pen.*, 18 dicembre 2023.

[11] Spangher, *Furto di energia elettrica e contestazione suppletiva*, in *Giustizia insieme*, 30 gennaio 2024.

[12] Cass. pen., sez. IV, 22 novembre 2013, n. 47769; v. anche Cass. pen., sez. fer., 22 agosto 2023, n. 43255.

[13] Da ultimo, Cass. pen., sez. IV, 3 ottobre 2023, n. 44166; v. anche Cass. pen., sez. IV, 3 ottobre

Con ordinanza del 7 dicembre 2023, la quinta Sezione ha rimesso il quesito alle Sezioni unite ma successivamente, con provvedimento del Primo Presidente della Corte di cassazione del 3 gennaio 2024, è stata disposta la restituzione degli atti alla sezione rimettente.

Infatti, la questione devoluta al massimo consesso nomofilattico era strettamente connessa alla tematica pregiudiziale, pure rinviata alle stesse Sezioni unite, circa la necessità che la contestazione dell'aggravante della devoluzione della cosa sottratta al servizio pubblico (art. 625 n. 7 c.p.) avvenga mediante l'impiego di formule esplicative o sia invece sufficiente che venga menzionata nella descrizione del fatto una cosa oggettivamente destinata a pubblico servizio. È infatti dalla natura potenzialmente valutativa della circostanza che dipendono gli oneri minimi di contestazione da parte del pubblico ministero nel capo di imputazione affinché la stessa sia correttamente ritenuta in sentenza in ossequio al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; ed è dunque da tale natura che dipende la stessa necessità per il pubblico ministero di contestare esplicitamente la devoluzione a servizio pubblico quando nel corpo testuale dell'imputazione sia stata già fatta menzione di una cosa oggettivamente incanalata in un alveo pubblicistico.

Il Primo Presidente invitava la sezione rimettente a verificare la concreta necessità della rimessione alle Sezioni unite, a fronte della sentenza *Domingo* (qui brevemente commentata) e delle coordinate ermeneutiche già sedimentate nel panorama giurisprudenziale in ordine ai criteri per desumere la natura oggettiva o valutativa di una circostanza aggravante.

La Corte di cassazione, con recente pronuncia, ha preliminarmente aderito alla tesi per cui la circostanza aggravante della devoluzione della cosa al pubblico servizio nel delitto di furto costituisce una circostanza valutativa, sottoposta agli oneri di contestazione chiara e specifica da parte del pubblico ministero.

Tali conclusioni hanno consentito alla quinta sezione di ritenere l'aggravante non debitamente contestata *ab initio* nel caso al vaglio; tanto ha poi condotto i supremi giudici a interrogarsi sulla possibilità che il pubblico ministero contestasse in via suppletiva la circostanza ai sensi dell'art. 517 c.p.p. a fronte della scadenza del termine *ex* art. 85 del decreto legislativo n. 150 del 2022.

La Corte di legittimità ha fatto proprie le conclusioni profuse nella sentenza delle Sezioni unite qui annotata, stigmatizzando la critica dottrinale secondo cui la contestazione suppletiva avrebbe una funzione meramente dichiarativa di quanto emergente dagli atti di causa; si ritiene che piuttosto debba attribuirsi rilievo alla natura «costitutiva processuale» della contestazione suppletiva, la quale – in quanto rientrante tra i poteri processuali attribuiti alla pubblica accusa – apparirebbe recessiva rispetto al preliminare dovere del giudice di pronunciare la decisione immediata *ex* art. 129 c.p.p., norma che accomuna, pure a fronte delle innegabili differenze tra gli istituti coinvolti, la causa estintiva e il difetto della condizione di procedibilità[14].

2023, n. 44165.

[14] Cass. pen., sez. V, 30 gennaio 2024, n. 3741, in *Quot. giur.,* 8 febbraio 2024, con nota di Minnella, *L'aggravante della destinazione del bene a pubblico servizio è tardiva se contestata dopo il 30 marzo 2023.*

Il dolo specifico di profitto nella nuova sensibilità giurisprudenziale: riflessioni e prospettive a seguito della rinnovata dimensione della patrimonialità del profitto penalmente rilevante

Cass. Pen., Sez. U, sent. 12 ottobre 2023 (ud. 25 maggio 2022) n. 41570 – Diotallevi Presidente, De Marzo Relatore, Gaeta Sostituto Procuratore Generale

Maria Federica Patini*

Sommario: 1. Introduzione. – **2.** Caratteri essenziali del dolo specifico nel furto. **– 3.** Il contrasto nella giurisprudenza di legittimità. – **4.** Il *dictum* delle Sezioni Unite. – **5.** Considerazioni conclusive.

ABSTRACT

Il contributo analizza la recente sentenza della Corte di Cassazione. Dopo una breve dissertazione relativa alle soluzioni in confronto nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, l'autore mette in luce i diversi argomenti che hanno sostenuto la soluzione proposta dalla corte, evidenziando i punti nodali dell'argomentazione che ha accolto la rinnovata nozione del profitto che costituisce il fuoco del dolo specifico nel reato di furto. A fronte dell'apparente rigore dogmatico del principio di diritto enunciato, si indicano le opzioni che possono consentirne un temperamento, valorizzando la determinazione che ha spinto l'agente a commettere il reato.

The paper analyzes the recent Supreme Court sentence. After a brief dissertation regarding the solutions under comparison in the doctrinal and jurisprudential debate, the author highlights the different evidence that supported the solution proposed by the court, highlighting the nodal points of the argument that accepted the renewed notion of profit constituting the focus of the specific intent in the crime of theft. Despite the apparent dogmatic rigor of the enunciated principle of law, some options are indicated that may allow its tempering, valuing the determination that drove the agent to commit the crime.

* Dottoranda di ricerca in Diritto penale – Università di Roma Tor Vergata.

1. Introduzione.

Chiamate a dirimere il contrasto interpretativo insorto nella giurisprudenza di legittimità[1] relativamente alla portata del dolo specifico nel reato di furto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno avuto modo di pronunciarsi sui confini del profitto penalmente rilevante, precisando la rinnovata funzione selettiva del dolo specifico, con considerazioni che attraversano l'intera trama dei reati contro il patrimonio.

Invero, benché la pronuncia in commento abbia ad oggetto il dolo specifico di profitto coniugato nello specifico segmento di incriminazione previsto all'art. 624 c.p., già da una prima lettura sommaria del principio di diritto per cui "*Nel delitto di furto, il fine di profitto che integra il dolo specifico del reato va inteso come qualunque vantaggio anche di natura non patrimoniale perseguito dall'autore*", si evince come gli argomenti affrontati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione non si limitino a definirne l'esatto ambito di operatività, ma offrano agli interpreti, e più in generale a tutti gli operatori del diritto, un sofisticato statuto di regole che consentono di iscrivere il profitto penalmente rilevante nell'ambito dell'ampio contesto che governa i principi applicabili ai reati patrimoniali, declinandone le caratteristiche in rapporto alla rinnovata individuazione del bene protetto.

2. Caratteri essenziali del dolo specifico nel furto.

Il delitto di furto apre il titolo XIII del libro II del Codice penale dedicato ai reati contro il patrimonio[2], ossia a quelle figure criminose il cui disvalore si concentra nell'indebita aggressione di beni giuridici a contenuto prevalentemente od esclusivamente patrimoniale.

L'aggressione al patrimonio altrui, che ne costituisce l'essenza, rappresenta un fatto storico prima ancora che giuridico; è espressione, infatti, di un dato ricorrente in tutte le epoche e che può dirsi connaturale ad ogni forma di aggregato collettivo[3].

La vocazione patrimoniale del delitto di furto ne informa lo spirito repressivo in una duplice direzione: da un lato, essa intende salvaguardare l'interesse pubblico all'inviolabilità dei diritti e delle facoltà che trovano fonte in un legittimo titolo di disponibilità materiale o giuridica di beni mobili o mobilizzabili; dall'altro, essa impone

---

[1] La questione è stata rimessa, con ordinanza della V sezione penale della Corte di cassazione n. 639 del 18/11/2022; a riguardo, vedi Bianchi, *Sei distinzioni sul profitto nel furto"* in *Sistema penale*, 28 febbraio 2023; Granocchia, *La rinnovata vitalità del fine di profitto del delitto di furto. Il contrasto nella giurisprudenza di legittimità*, in *Archivio Penale*, 2023, I; Aimi, *La nozione di dolo specifico di profitto al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Sistema Penale*, 2023, II; Natalini, *Dubbi sul fine di trarre profitto nel delitto di furto*, in *Guida al diritto il Sole 24ore*, 2022, 33, 60;

[2] A dispetto dell'origine civilistica del concetto di patrimonio, esso, dal punto di vista dogmatico, ha una portata più ampia e costituisce oggetto di tutela in diverse branche dell'ordinamento giuridico; nell'ambito penalistico, esso incarna il bene giuridico di categoria protetto dalle norme incriminatrici che ne reprimono l'aggressione.

[3] Sull'evoluzione storica del reato di furto, si veda Albanese, voce *Furto (storia)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 313; Carmona, *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Bologna, 1996, 151; Manzini, *Trattato del furto e delle varie sue specie*, Torino, 1926; Prodi, *Settimo non rubare, furto e mercato nella storia dell'occidente*, Bologna, 2009.

di subordinare la risposta punitiva a quelle sole condotte che appaiano concretamente rispondenti al paradigma soggettivo richiesto dalla fattispecie astratta, in tal modo selezionando i contenuti punibili della volontà colpevole dell'autore.

La tutela penale del patrimonio esige, oltre alla lesione patrimoniale sofferta dalla vittima, anche un elemento di indebito arricchimento da parte dell'agente, che si atteggia in maniera diversa sul piano tipico a seconda della fattispecie di volta in volta considerata.

Nella fattispecie di furto, la particolare direzione finalistica dell'agire colloca il ruolo del profitto sul piano dell'elemento psicologico, in funzione di connettore tra l'agente e il fatto tipico[4].

Il legislatore ha, quindi, tipizzato la condotta proditoria secondo lo schema del dolo specifico, per cui, per poter rispondere a titolo di furto, è necessario che il momento intellettivo e volitivo in cui si concretizza il giudizio di rimproverabilità soggettiva dell'agente non rimanga circoscritto agli elementi primari della sottrazione e dell'impossessamento della cosa di cui si riconosca l'altruità, ma si estenda al conseguimento della ulteriore finalità di profitto, la cui effettiva realizzazione materiale non è, tuttavia, necessaria ai fini del momento perfezionativo della fattispecie, potendo essa diversamente rilevare nel successivo giudizio di personalizzazione del trattamento sanzionatorio, alla luce dei criteri orientativi di cui all'art. 133 c.p.

La valorizzazione del profitto in chiave soggettiva ha sollevato diverse riflessioni a livello interpretativo, involgendo considerazioni di più ampio respiro nella prospettiva di verificare l'estensione latitudinale della tutela penale contro azioni volte a turbare il libero uso o godimento di beni mobili.

In particolare, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale è nel senso di risolvere l'alternativa se i reati patrimoniali vadano ricostruiti in un'ottica puramente e semplicemente patrimoniale o, piuttosto, secondo una visione che travalichi la patrimonialità in senso stretto[5].

Sull'effettiva portata concettuale del termine profitto si confrontano orientamenti contrastanti.

La dottrina tradizionale[6] intende mettere a riparo da interpretazioni estensive il significato del profitto penalmente rilevante, conferendovi un'accezione giuridica quanto più possibile rispondente al suo significato letterale. A tal fine, facendo ri-

---

[4] In ulteriori figure delittuose a vocazione patrimoniale, come l'estorsione e la truffa, l'elemento del profitto assurge, invece, a requisito di fattispecie sul piano oggettivo dell'evento, con la conseguenza che, ove questo non venga compiutamente a realizzarsi, potrà eventualmente residuare un coefficiente di imputazione a titolo di tentativo *ex* art. 56 c.p.

[5] Così, G Fiandaca, Musco, *Diritto penale, parte speciale, I delitti contro il patrimonio*, Torino, 2019, 70.

[6] In dottrina, la tesi della natura economica del fine di profitto è sostenuta da Leone, *Per una revisione del concetto di "profitto" nel delitto di furto*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, 1945, 286 ss.; Picotti, *Il dolo specifico, un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 221 ss.; Gelardi, *Il dolo specifico*, Palermo, 1990, 102 ss.; Sgubbi, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Milano, 1980, 152, 158 ss., 203 ss.; Pecorella, voce *Furto*, in *Enc. dir. (dir. pen.)*, XVIII, Milano, 1969,347 ss. Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio,* Bologna, 2019, 70 ss.; Mezzetti, *Reati contro il patrimonio*, in Grosso, Padovani, Pagliaro (diretto da), *Trattato di diritto penale,* Milano, 2013, 111-115; Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2021, 42-43;

ferimento alla portata semantica del profitto nella scienza economica, si accoglie una definizione in senso tecnico che espunga dalla fattispecie penale quel generico vantaggio tipicamente connesso alla manomissione del possesso altrui, che non si converta in un'eccedenza dei ricavi rispetto ai costi della condotta furtiva, secondo una logica squisitamente economica.

In tale prospettiva, rimarrebbero al di fuori del perimetro della tipicità tutte quelle condotte sottrattive animate da una finalità diversa da quella strettamente lucrativa, e, perciò, non potrebbe ritenersi integrato il furto *ex* art. 624 c.p., per difetto dell'elemento soggettivo, ove la proiezione finalistica della condotta sia orientata al conseguimento di scopi incompatibili con la volontà di determinare un incremento monetario del proprio patrimonio.

Diverse voci dottrinali sostengono, invece, che debba trovare spazio una concezione maggiormente ampia del profitto, che non si limiti unicamente all'accrescimento pecuniario derivante dalla condotta, ma che valorizzi l'attitudine del bene sottratto a soddisfare un'utilità dell'agente, anche non patrimoniale, in relazione al tipo di interesse di volta in volta coinvolto[7].

3. Il contrasto nella giurisprudenza di legittimità.

L'orientamento tradizionale[8], e risalente della giurisprudenza di legittimità si attesta su tale ultima concezione, e, pertanto, tende a ricostruire il profitto in senso lato, comprendendovi il conseguimento di una qualsiasi utilità, pure di carattere morale, personale, o spirituale; dunque, indipendentemente dalla destinazione economica che l'autore materiale abbia conferito alla cosa sottratta.

In tali casi[9], valorizzando l'ampiezza letterale della fattispecie, la giurisprudenza ritiene integrato il dolo specifico di profitto osservando, anzitutto, che l'art. 624 c.p,

[7] I sostenitori dell'orientamento estensivo sono, in particolare, Manzini, *Trattato di diritto penale*, vol. IX, Torino, 1986, 191; Pisapia, *Reati contro il patrimonio*, Milano, 1953, 33; Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, I, Milano, 2002, 305 ss.; Grosso (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale*. I, Milano, 2016, 389-390; Baccaredda Boy, Slalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, in Marinucci, Dolcini (diretto da), *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, Padova, 2010, 148-149; nonché la quasi totalità della dottrina antecedente agli Settanta del secolo scorso (con l'eccezione di Leone, *Per una revisione del concetto di profitto nel delitto di furto*, in Riv. it. dir. pen., 1954, 425- 427): v., sul punto, l'accurata ricostruzione di Pecorella, voce *Furto comune*, in Enc. dir., XVIII, Milano, 1969, 348-350.

[8] In questo senso, già Cass., sez. II, 12 febbraio 1985, n. 4471, Bazzani; Cass., sez. II, 26 aprile 1983, n. 9983, Lo Nardo; Cass., sez. II, 6 marzo 1978, n. 9411, Sessa; Cass., sez. II, 13 gennaio 1976, n. 7263, Erbaggi; Cass., sez. II, 22 giugno 1983, n.10978, Artusa; Cass., sez. V, 8 aprile 2015, n. 21579, B.; da ultimo, conformemente, Cass., sez. IV, 6 ottobre 2021, n. 4144, Caltabiano, in DeJure; Cass., sez. V, 14 dicembre 2020, n. 4304, Cirmena, in DeJure; Cass., sez. IV, 26 novembre 2019, n. 13842, Saraceno, in DeJure; Cass., sez. V, 16 gennaio 2019, n. 11225, Dolce, in DeJure; Cass., sez. II, 9 ottobre 2012, n. 40631, Sesta, in *DeJure*; Cass., sez. IV, 19 settembre 2012, n. 30, Caleca, in *DeJure*; Cass., sez. V, 16 febbraio 2012, n. 19882, Aglietta, in *DeJure*.

[9] Cass., sez. IV, 19 settembre 2012, n. 30, Caleca, cit.; fattispecie nella quale dell'imputato si era impossessato di un apparato di videoregistrazione installato dalla polizia giudiziaria, sostenendo di volerlo danneggiare ed impedire così le attività di p.g Cass., sez. V, 14 dicembre 2020, n. 4304, Cirmena, cit., fattispecie in cui l'azione dell'imputato era finalizzata ad impedire lo scatto di fotografie.

accanto al lemma "profitto", non specifica se esso debba avere carattere patrimoniale, per cui si ritiene che tale silenzio legislativo sia da intendere come una lacuna involontaria.

Si rivendica, inoltre, l'esigenza di evitare vuoti di tutela nel sistema penale rispetto ad azioni aggressive che insistono su beni che, per loro natura, siano più agevolmente esposti al circuito dell'illecita circolazione[10].

Accedendo a tale concezione, ad avviso della giurisprudenza di legittimità richiamata, si configurerebbe la possibilità di rendere punibili tutte quelle condotte di sottrazione ed impossessamento della cosa mobile altrui accompagnate da finalità emulative o dalla spinta di protezione dell'interesse della vittima.

Con riferimento al furto nell'interesse della vittima, in particolare, il profitto andrebbe ravvisato nella finalità di proteggerne gli interessi di più varia natura.

Si pensi, ad esempio, al docente che si impossessi del cellulare dell'alunno a scopo educativo, o alla condotta dell'agente che sottragga la dose di sostanze stupefacenti ad un amico, allo scopo di impedirne l'assuefazione.

Il dato letterale dell'art. 624 c.p. imporrebbe di escluderne l'operatività, dal momento che il criterio di relazione tra l'agente e il fatto tipico fa riferimento al conseguimento di un profitto per sé o per "altri" e, pertanto, la sussistenza di un'alterità soggettiva, nella struttura tipica del reato di furto, sembrerebbe, allora, suggerirne la relazione sia rispetto all'agente che al soggetto passivo del reato[11].

Nella cornice disegnata dalla giurisprudenza, la dilatazione del profitto penalmente rilevante porterebbe, invece, a ritenere integrata la fattispecie, verificando, tuttavia, la possibilità di vagliare l'antigiuridicità del fatto, in presenza di una eventuale causa di giustificazione.

A tal fine, si potrebbe ritenere lecita la condotta sottrattiva se accompagnata dal consenso implicito o presunto[12] del soggetto passivo, *ex* art. 50 c.p.

Tuttavia, il principio di ragionevolezza impone di formulare, al fine di porre nel nulla il profilo di illiceità che normalmente si connette all'indebita aggressione del patrimonio della vittima, uno scrutinio particolarmente rigoroso nell'accertamento del fattore scriminante: occorre che il consenso sia manifestato in forma libera ed espressa da parte del soggetto che possa effettivamente disporre del diritto in una

---

[10] Cass., sez. IV, 26 novembre 2019, n. 13842, Saraceno, cit., fattispecie in cui si contestava all'imputato l'impossessamento di banconote al solo fine di controllare la compagna e l'esistenza di una sua relazione con un terzo. In tale pronuncia la Suprema Corte ha specificato che "la limitazione della punibilità delle condotte di volontaria sottrazione ed impossessamento di cose mobili altrui alle sole ipotesi di sottrazione dettata da finalità economiche priverebbe di tutela penale il possesso delle cose mobili in caso di lesioni dettate da motivazioni non economiche, laddove invece il possesso di tali cose, per via della sua agevole possibilità di aggressione determinata dalla natura «mobile» di tali beni, comporta la necessità di una tutela completa e non circoscritta alle sole sottrazioni dettate da fini di locupletazione."

[11] In questo senso in dottrina: Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit. 72; Mantovani, *Diritto penale*, cit., 43; Pecorella, voce, *Furto*, cit., 353;

[12] Per una più articolata analisi dei profili compatibilità del consenso presunto con la scriminante di cui all'art. 50 c.p., si veda Mantovani, *Diritto penale*, IX ed., Padova, 2015, 250; Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I V ed., Torino, 2015, 539; Grispigni, *Il consenso dell'offeso*, Roma, 1924; in giurisprudenza, il tema è stato affrontato da Cass. sez. II, 13 ottobre 1987 n. 3675, Pecoraro, Cass. VI, 8 gennaio 2003, n. 20950, Attolino.

dimensione attuale ed effettiva, assunto che appare arduo da sostenere rispetto ad una condotta predatoria, per sua natura perpetrata contro, o perfino all'insaputa, del soggetto esposto unilateralmente all'azione aggressiva.

Più verosimilmente, il fatto potrebbe essere scriminato dall'adempimento di un dovere ex art. 51 c.p., di carattere pedagogico o protettivo, sempre che quest'ultimo abbia natura pubblicistica e trovi origine in una norma di legge che fondi un obbligo di protezione o di controllo, oppure in un ordine legittimo della pubblica autorità.

Quanto all'ipotesi di furto commesso con finalità emulative, ereditandone la nozione dall'art. 833 del codice civile, devono ascriversi alla categoria tutti quegli atti che non abbiano altro scopo se non quello di nuocere o recare molestia ad altri.

L'azione sottrattiva costituisce, in queste ipotesi, lo strumento volto, ad esempio, ad infrangere la sfera di riservatezza del soggetto passivo, carpire informazioni, turbarne la libertà di locomozione; tutte finalità radicalmente diverse rispetto a quelle più prettamente economico-patrimoniali.

Rivendicandosi l'esigenza di evitare vuoti di tutela nel sistema penale rispetto ad azioni aggressive che insistono su beni che, per loro natura, siano più agevolmente esposti al circuito dell'illecita circolazione, si afferma che "*il fine di profitto – nel quale si concreta il dolo specifico del reato – non si identifica necessariamente con l'animus lucrandi, e quindi non ha necessario riferimento alla volontà di trarre un'utilità patrimoniale dal bene sottratto, giacché deve ritenersi incluso nella previsione della norma il perseguimento di qualsiasi soddisfazione o vantaggio che al soggetto possa derivare dalla cosa sottratta, che può anche consistere in un bisogno psichico e rispondere, quindi, a una finalità di dispetto, ritorsione, vendetta o rappresaglia*"[13]

Un polo consistente della giurisprudenza di legittimità, manifestatosi in tempi più recenti[14], aderisce, invece, alla concezione restrittiva, valorizzando, anzitutto, la collocazione sistematica della fattispecie tra i reati che offendono interessi a contenuto patrimoniale[15].

A sostegno di tale interpretazione, un dato significativo affiora dal raffronto tra il dolo specifico nella fattispecie di furto e quello di altre fattispecie poste a tutela della pubblica fede, come ad esempio l'art. 494 del codice, che punisce la sostituzione di persona ove l'agente, con la condotta volta ad alterare la propria identità, abbia di mira il conseguimento di un generico vantaggio.

[13] Sez. V, 14 dicembre 2020, n. 4304, Cirmena, cit.

[14] La prima sentenza che si è affrancata dall'orientamento tradizionale, restringendo la nozione di dolo specifico di profitto è, Cass., sez. V, 13 dicembre 2006, n. 4975, Gobetti, in DeJure. In precedenza, una possibile restrizione della nozione di "dolo di profitto" era stata paventata da Cass., sez. VI, 19 settembre 2001, n. 40351, Baldi, in *DeJure*, ove, tuttavia, si propendeva per l'assorbimento del delitto di furto in quello di danneggiamento. Ancor prima, un'isolata pronuncia aveva escluso l'integrazione del dolo specifico del delitto di furto in un caso in cui l'intento dell'autore, che aveva sottratto un estintore per scaricarlo verso alcuni amici nel corso della notte di Capodanno, era stato considerato «puramente scherzoso»: v. Cass, sez. II, 25 giugno 1991, n, 11027, Zancan.

[15] Cass., sez., V, 23 ottobre 2018, n. 30073, Lettina, nella quale si manifesta la preoccupazione per l'elusione del senso letterale della locuzione "patrimonio" e dal suo rilievo sistematico nell'impianto codicistico.

Ad avviso di tale orientamento restrittivo[16], non sarebbe casuale la scelta del legislatore di diversificare il profitto dal vantaggio, pur quando tali connotazioni del contributo psicologico si inseriscano nell'ambito della medesima fattispecie, come avviene nell'416 bis c.p., sottendendo tale opzione una chiara diversità di significato da ascrivere al profitto giuridico rispetto al generico concetto di vantaggio conseguente ad una condotta delittuosa, dove la connotazione economica può anche difettare.

Ma la ragione più pregnante, nella prospettiva ermeneutica della giurisprudenza di legittimità che propende per tale più circoscritta interpretazione, si rinviene nell'intento di preservare la funzione selettiva del profitto soggettivamente rilevante, che svolge sia il compito di limitare il novero delle condotte punibili rispetto a quelle astrattamente conformi al dato normativo, sia quello di evidenziarne la distinzione rispetto a figure delittuose che, pur a fronte della medesimezza del fatto tipico dal punto di vista materiale, non necessitano di tale colorazione soggettiva, come, ad esempio, nei limiti della depenalizzazione, il danneggiamento ex art. 635 cp.

Diversamente opinando, il concetto di profitto, cui il legislatore ha conferito il ruolo di orientamento soggettivo della condotta tipica, degraderebbe surrettiziamente divenendo un elemento *in re ipsa*, ossia da rinvenirsi genericamente nella condotta di impossessamento, laddove, invece, la desinenza pronominale "trarne" ne evidenzia il necessario collegamento con la cosa oggetto di sottrazione.

4. Il *dictum* delle Sezioni Unite.

Le ragioni di tale ultima prospettiva si sono, da ultimo, registrate nella giurisprudenza di legittimità più recente[17] che, preso atto del contrasto, mai del tutto sopito, nella sensibilità ermeneutica della giurisprudenza italiana di ultima istanza, ha investito della questione il Supremo Consesso, chiamato a pronunciarsi sul seguente principio di diritto: "*Se il fine di profitto del reato di furto, caratterizzante il dolo specifico dello stesso, sia circoscritto alla volontà di trarre dalla sottrazione del bene una utilità di natura esclusivamente patrimoniale, ovvero possa consistere anche in un fine di natura non patrimoniale*".

Dopo aver dato atto dei due contrapposti orientamenti, le Sezioni Unite hanno, anzitutto, messo al riparo da possibili obiezioni il procedimento valutativo che deve guidare l'interprete nello studio delle norme di legge.

Si è, così, voluto precisare che l'attività interpretativa, nel settore penale più che in altri rami dell'ordinamento, costituisce un'irrinunciabile attività obbligata, posta egualmente a tutela dei rapporti orizzontali tra i poteri dello Stato, equilibrandone il coordinamento, e di quelli verticali tra le istituzioni e il cittadino, costituendo essa un'attività di intermediazione delle scelte di politica legislativa tradottesi nei testi normativi, diretta ad assicurare l'effettiva trasparenza della volontà del legislatore ed in tal modo promuovendone, auspicabilmente, la libera adesione da parte dei consociati[18].

---

[16] Cass. sez. V, 5 aprile 2019, n. 25821, PTM c. El Sheshtawi Omar, Cass., sez. V, 1 luglio 2019, n. 40438, Stawika Beata; Cass., sez. V, 17 maggio 2022, n. 26421, E.

[17] Vedi nota 1.

[18] Per un approfondimento sui limiti dell'interpretazione del giudice penale, vedi Cass., sez. V, 20 settembre 2023, n. 40719, K.

Entro tale primo, preliminare, aspetto si è osservato che, nella questione oggetto di dibattito, non si è trattato di agitare il principio di legalità e di riserva tendenzialmente assoluta di legge (artt. 25, comma secondo, Cost; art. 49 Carta di Nizza; art. 7 CEDU)., posto che l'attività interpretativa relativa alla connotazione del profitto penalmente rilevante non si traduce, nel ragionamento delle Sezioni Unite, "nell'evasione dal dato positivo[19]" che si verifica in caso di travalicamento della formulazione letterale del precetto.

Ed infatti, il risultato interpretativo, qualunque esso sia, dipende dalla corretta applicazione delle regole enunciate dall'art. 12 preleggi, che individua il procedimento al quale l'interprete deve attenersi nell'applicazione della legge, stabilendo che non possa esserle attribuito altro senso se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore.

La regola iuris individua, pertanto, una dosimetria simmetrica tra l'intenzione e la formulazione del precetto, allo scopo di ricostruire, nella maniera più fedele possibile, il procedimento di traduzione dell'intento nel testo plasticamente visibile e, perciò, accessibile al lettore.

Una lettura costituzionalmente orientata delle regole di ermeneutica giuridica non è, quindi, fine a sé stessa, ma, al contrario, diretta a promuovere le garanzie poste a tutela dei diritti fondamentali del cittadino.

I principi costituzionali consacrati nel testo dell'articolo 25 della Carta costituzionale si traducono nell'affermazione per cui ogni cittadino deve poter confidare che l'*an* e il *quantum* della punizione connessa alla trasgressione delle regole di pacifica convivenza alle quali sono ispirati i valori del nostro ordinamento, siano, da un lato, predeterminati in maniera precisa da parte del legislatore e, dall'altro, allo scopo di colmare l'inevitabile deficit di determinatezza connesso all'utilizzo di termini polisensi o clausole generali, correttamente interpretati dal giudice, solo in tal modo assicurandosi che le scelte di azione nella regolazione dei comportamenti umani siano libere e rispondenti a determinazioni consapevoli e volontarie, dipendendo da tale ultima circostanza la legittimità dell'intervento punitivo statuale e l'effettiva tenuta dell'obiettivo rieducativo ultimo della sanzione.

[19] A tal fine, viene richiamato il pronunciamento n.8544 del 24 gennaio 2019, dep. 2020, Genco, con il quale le Sezioni Unite stabilivano che i principi affermati dalla sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015, Contrada contro Italia, relativi all'accertamento di violazioni strutturali dell'art. 7 della Cedu da parte dello Stato italiano con riferimento al delitto di concorso esterno in associazione mafiosa, non si estendono nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione quanto alla prevedibilità della condanna per il reato di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso, in quanto la sentenza non è una sentenza pilota e non può considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata. In particolare, quando al tema dell'interpretazione della legge penale, veniva sottolineato "il ruolo evolutivo e specificativo da assegnare all'interpretazione giurisprudenziale, quale fattore ineliminabile di progressiva chiarificazione delle regole legislative e di possibile violazione dell'art. 7 CEDU soltanto quando non congruente con l'essenza del reato e sviluppo non conoscibile rispetto alla linea viluppo non conoscibile rispetto alla linea interpretativa già affermata", ed ancora, veniva sottolineato il ruolo centrale della "mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente 'creativa' della interpretazione".

L'utilizzo di clausole generali nella formulazione delle norme di legge costituisce, infatti, sin dall'emanazione del BGB tedesco, un'eredità storico-scientifica profondamente radicata nella tradizione giuridica occidentale, che mira all'obiettivo di evitare che i concetti sui quali deve misurarsi l'azione umana rimangano stretti entro le mura rigide di un codice[20], affidando la loro concreta *definizione* proprio alla mediazione intellettiva del giudice e confidando nella sua autoresponsabilità.

Nella delineata prospettiva, le Sezioni Unite osservano, partendo dal dato strettamente letterale[21], che non è dato rinvenire, nella concezione comunemente accolta dalla letteratura linguistica italiana, un significato del termine "profitto" che sia univocamente riconducibile al concetto di lucro patrimoniale strettamente inteso, tale da vincolare l'interprete in modo assoluto a propendere per una soluzione lessicale che espunga incontrovertibilmente il senso del termine dalle più late accezioni del vantaggio o giovamento, sia fisico che intellettuale o morale o pratico.

Viene, a tal proposito, richiamato l'esempio del profitto che si trae da una cura o da una lezione, ma il principio può essere agevolmente esteso al vantaggio riconnesso, per esempio, alle prestazioni d'opera intellettuale.

Non appare inopportuno precisare, a tal proposito, che ogni entità della realtà materiale suscettibile di apprensione, nelle più diversificate forme, presenta all'evidenza l'attitudine alla conversione lucrativa, ma tale dato obiettivo non autorizza a confondere il profitto che si trae dalla cosa in sé considerata con quello che, invece, deriva dalla condotta di impossessamento.

Ed infatti, la formulazione legislativa appare quanto mai chiara: il dolo specifico viene riconnesso dal legislatore alla trazione del profitto dalla condotta illecita espressa dalla coppia concettuale sottrazione-impossessamento e non, invece, in generale, dall'oggetto materiale del reato.

Diversamente opinando, infatti, la condotta punita all'art. 624 cod. pen. si presterebbe ad una vera e propria deviazione dallo spirito repressivo della disposizione, con evidenti ricadute sul principio di legalità.

La portata semantica del concetto di patrimonio costituisce uno dei temi più controversi della scienza giuridica e proprio l'assenza di una nozione di profitto, patrimonio, e danno unanimemente condivisa impone all'interprete di adoperare *cum grano salis* opzioni ricostruttive che si arrestino al dato strettamente letterale.

La valenza chiarificatrice di tale assunto si coglie tanto più se si considera che la maggior parte dei concetti impiegati dal legislatore nella descrizione dei reati contro il patrimonio derivano dal diritto civile, in quanto si tratta di punire fatti offensivi di rapporti giuridici meta-soggettivi involgenti la sfera di relazione tra privati.

Ed invero, a dimostrazione di tale dato, la Corte di legittimità osserva che "*proprio la voce dottrinale alla quale si deve la nozione di profitto alla quale mostra di aderire l'orientamento minoritario, nel tentativo di tracciare la nozione di patrimonio, indica la propria soluzione in una concezione giuridico-funzionale, personalistica ed econo-*

[20] In argomento, v. Grossi, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, 726.

[21] Una conferma della natura non risolutiva degli argomenti che muovono dalla ricostruzione del significato letterale del termine "profitto", si consideri che la stessa dottrina che propugna un'interpretazione del dolo di profitto in senso strettamente economicistico ritiene che, in altri delitti, di tale requisito debba essere data un'interpretazione più lata: v. Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit., 37; *Contra*, invece, Mantovani, *Diritto penale*, cit., 42.

mica che finisce per includere il complesso dei rapporti giuridici facenti capo ad una persona ed aventi per oggetto cose dotate di funzione strumentale in quanto idonee a soddisfare bisogni umani, materiali o spirituali".

La sovrabbondanza concettuale che, in taluni casi, (si pensi, ad esempio, alla fattispecie di associazione mafiosa *ex* art. 416-*bis* c.p.), si riscontra nell'accompagnamento del profitto al vantaggio si coniuga, nella ricostruzione delle Sezioni Unite, proprio all'avvertita consapevolezza della relatività nell'individuazione di un unico riferimento concettuale entro il quale sottendere la nozione di profitto penalmente rilevante, essendo tale soluzione interpretativa l'unica compatibile con lo scopo di non lasciare sforniti di tutela beni giuridici di massima istanza protettiva, connessi alla tutela di interessi che trascendano la dimensione squisitamente privata e che si risolvono, nell'associazione mafiosa, come nella sostituzione di persona, nella tutela di interessi superindividuali.

Né, d'altra parte, per la sola circostanza che in altre fattispecie compare il richiamo al più generico concetto di "vantaggio", come accade, ad esempio, nella sostituzione di persona, si può affermare che il legislatore abbia inteso coniugare il profitto ad una finalità unicamente lucrativa, una volta che si sia preliminarmente chiarito che tale interpretazione risulta disancorata da dati di carattere obiettivo ed incontrovertibilmente indicativi di tale soluzione.

Gli argomenti addotti a sostegno di tale assunto poggiano anche su dati interpretativi di carattere sistematico, in particolare valorizzando il fatto che in alcune norme, sia di parte generale, che di parte speciale, il legislatore ha fatto, invece, riferimento espresso alle connotazioni economiche del profitto.

Si pensi alle previsioni di cui agli artt. 62, n. 4, c.p., 481, secondo comma, c.p. e 707 c.p., nelle quali compare l'apposito richiamo ai delitti determinati da motivi di lucro.

Le considerazioni del vertice allargato si confrontano, nel cuore della pronuncia in commento, sul paventato rischio di elisione della funzione tipicamente selettiva[22] che il dolo specifico ricopre nell'ambito della struttura della fattispecie.

L'elemento soggettivo viene normativamente qualificato, nella fattispecie di cui all'art. 624 c.p., nella forma del dolo specifico: quale finalità ulteriore cui l'agente deve tendere, rispetto alla coscienza e volontà che deve investire il profilo materiale della condotta sottrattiva, la cui empirica realizzazione non è, tuttavia, richiesta ai fini del perfezionamento della fattispecie.

L'orientamento che propugna la necessaria assimilazione del profitto ad un incremento di natura economico-patrimoniale mette *in nuce* il pericolo di dispersione dell'elemento soggettivo consustanziale all'ampiamento della nozione di patrimonialità.

Ed allora, estendendo il perimetro concettuale del profitto, ne deriverebbe la sostanziale abrogazione, per via interpretativa, di un imprescindibile requisito di fattispecie, con evidenti ricadute sul piano della tipicità penale.

[22] In questo senso, in dottrina: Briciola, Dolus in re ipsa, *Osservazioni in tema di oggetto e accertamento del dolo*, Milano, 1960, 52-53; Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit. 70-71; Mantovani, *Diritto penale*, cit., 42; Mezzetti, *Reati*, cit., 112-113; Pecorella, voce *Furto*, cit., 350-351; Picotti, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali,* Milano, 1993, 221; Sgubbi, *Uno studio*, cit., 160.

Il Supremo Consesso osserva, a tal fine, che alcun vulnus alla primigenia categoria della tipicità – entro la quale va ricompresa la costruzione strutturale dell'elemento soggettivo del reato – si verifica per effetto dell'interpretazione che estende la nozione di profitto ai suoi fisiologici riferimenti letterali.

Né la soluzione ermeneutica propugnata dall'orientamento minoritario offre realmente argomenti atti a individuare in concreto quali siano i rapporti oggetto del patrimonio e, soprattutto, il contenuto dello spostamento patrimoniale,

Si è voluto, in tal modo, dimostrare l'isolamento delle premesse di partenza su cui si fonda l'architrave argomentativo dell'orientamento restrittivo, declinate in una prospettiva che, seppur suggestiva, non consente l'agevole esportabilità della soluzione.

Sotto il primo profilo, risulta ormai indubbio, come attesta la risposta giurisprudenziale ormai pacifica[23] che la fattispecie si configura anche nel caso in cui la res oggetto di sottrazione sia priva di intrinseco valore economico[24] e, se tale rilievo vale per il soggetto passivo, non si comprende per quale motivo si debba distorcere l'omnicomprensiva nozione di patrimonio, vulnerandone gli elementi, quando l'angolazione di indagine si sposta sulla verifica dell'integrazione dell'elemento soggettivo dell'agente.

Quanto ai contenuti dello spostamento patrimoniale, si osserva che, nell'ambito della trama codicistica della classe di reati oggetto di analoga costruzione strutturale, il profitto che assume rilievo, intervenendo come finalità ulteriore rispetto al profilo meramente oggettivo della condotta di sottrazione e di impossessamento, è quello che, al di là dell'attitudine alla conversione monetaria, deriva dall'immediata costituzione, sulla res oggetto di sottrazione, di una sfera di signoria esclusiva; sfera che risulta intanto idonea a qualificare normativamente la finalità aggiuntiva pretesa dalla fattispecie in quanto sia diretta alla realizzazione di un'utilità ottenuta direttamente dall'impossessamento della cosa, e non, genericamente, dall'illecito commesso.

La selezione della finalità obiettivata nella condotta si risolve, pertanto, nell'individuazione di un minimo comune denominatore entro il quale deve essere vagliata l'integrazione concreta del requisito di tipicità previsto dalla fattispecie astratta: per poter rispondere di furto, l'agente deve, dunque, avere di mira il vantaggio che concretamente si correla al conseguimento del possesso penalisticamente inteso, che implica la possibilità, da apprezzare in termini di concretezza ed attualità – e, dunque,

---

[23] ex multis, Cass. Sez. I, 10 aprile 1981, n. 5818 Marocco (fattispecie di furto di cosa dotata di mero valore affettivo); Sez. II, 08 luglio 1980, n. 2667, Corucci, a proposito del furto di fogli per ricetta da un ospedale, ritenuta penalmente rilevante in base al rilievo che il valore della cosa non può essere preso in considerazione sotto un profilo puramente economico, ma è necessario anche tenere conto dell'interesse del detentore alla conservazione della cosa); Cass. Sez.V, 5 novembre 1982, in Cass. pen. mass. Ann., 1983, 227 (fattispecie di sottrazione di un documento considerata penalmente rilevante a condizione che l'agente si riprometta un'utilità di carattere estetico, materiale, scientifico ecc); qualche rilievo di segno contrario è, invece, espresso, nella giurisprudenza più risalente, da Cass., 29 marzo 1965, in Cass. pen. mass. ann. 1965, 914; Cass. 16 aprile 1969, in *Giur. it.*, 1971, II, 80.

[24] Ritengono, al contrario, che "Se l'agente s'impossessa di cose insuscettive di valore di scambio [...] viene meno quella prospettiva di abusivo profitto economico, che costituisce lo scopo tipico cui per l'appunto tende l'azione furtiva", Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit., 71. Ravvisano un legame tra interesse tutelato e ricostruzione dell'elemento soggettivo del delitto in parola anche Mezzetti, *Reati*, cit., 111-112 e Pecorella, voce *Furto*, cit., 352.

disancorata da ogni potenzialità reattiva della vittima – di esercitare sulla res così ottenuta poteri conservativi, atti di godimento, facoltà di uso e, più in generale, atti dispositivi incompatibili con residue possibilità di esercizio di diritti, a qualsiasi titolo, da parte di terzi.

A tal fine, appare paradigmatica la circostanza che il legislatore abbia dedicato un'incriminazione autonoma al furto d'uso (art. 626, comma primo, n. 1 c.p.), a dimostrazione del fatto che la paventata abrogazione implicita del dolo specifico non si confronta con la scelta del legislatore positivo di richiedere un coefficiente volitivo che non si esaurisca nel generico vantaggio che, in astratto, possa derivare dalla sottrazione, ma che, invece, valorizzi l'arricchimento (figurativamente inteso) che si ponga come diretta conseguenza dell'impossessamento, inteso quale conseguimento di autonomia gestoria sulla cosa aggredita, protrattasi per un lasso temporale che consenta quantomeno di farne un uso autonomo, sia pure momentaneo.

Così (ri)delineata la nozione del profitto nell'economia complessiva della fattispecie, sono le stesse Sezioni Unite a confrontarsi con il fisiologico effetto riduttivo che ne deriva sul piano della selezione della volontà punibile; risultato che, tuttavia, il giudice nomofilattico ritiene rispondente alla volontà del legislatore che, in virtù del principio di frammentarietà[25] che storicamente caratterizza la materia penale, ben può prevedere un dosaggio differenziato delle disposizioni incriminatrici, curandosi di assicurane sistematicamente il raccordo, tramite il ricorso ai principi generali che governano la materia.

In tale quadro, un ruolo di spicco gioca l'istituto della particolare tenuità del fatto, *ex* art. 131-*bis* c.p., nel cui campo oggettivo di applicazione, a seguito della riforma Cartabia, rientra anche il furto monoaggravato.

Ed infatti, il legislatore della riforma è intervenuto, nella materia *de qua*, non solo dal punto di vista – solo apparentemente – formale, ancorando l'individuazione della soglia di non punibilità al minimo edittale (individuato nella misura di due anni di reclusione), ma anche, e soprattutto, dal punto di vista sostanziale, arricchendo il giudizio di meritevolezza del beneficio attraverso la considerazione della "storia complessiva" della condotta illecita, mediante la valorizzazione della "condotta susseguente al reato".

La scelta di misurare i requisiti di accessibilità della misura deflattiva alla stregua del minimo edittale, in uno alla consapevolezza che la tenuità dell'offesa non possa non apprezzarsi anche con riferimento alle conseguenze successive alla perpetrazione dell'illecito, rendono l'istituto, ad avviso del massimo vertice giurisprudenziale, particolarmente pregnante al caso che occupa, nell'obiettivo di restituire coerenza ed equilibrio complessivo al sistema pure dal punto di vista dell'offensività del fatto in concreto.

Sempre in tema di offensività, e nell'ottica di assicurare la funzione di garanzia di prevedibilità in cui si esprime la funzione nomofilattica della Corte Suprema di Cassazione, la tenuta epistemica della soluzione adottata intende superare il vaglio di resistenza dogmatica della categoria del dolo di profitto, così delineata, attraverso

[25] Nella medesima prospettiva, v. Fiandaca, Musco, Diritto penale, cit., 13; Mantovani, *Diritto penale*, cit., 10-11; Sgubbi, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, cit., 94-95.

un confronto strutturale con le fattispecie di rapina[26] e di ricettazione, reati ricompresi nel medesimo titolo XIII del codice e tipizzati secondo il medesimo schema ricostruttivo del furto, al di là delle note diversificatorie attinenti alla materialità delle fattispecie (che si iscrivono negli elementi della violenza o minaccia – *sub specie* rapina – e della ricezione del prodotto frutto dell'altrui acquisizione patrimoniale, *sub specie* ricettazione).

La pronuncia osserva, in proposito, che l'orientamento costante della giurisprudenza di massima istanza, mai messo in discussione e, perciò, pacifico, aderisce alla nozione onnicomprensiva del profitto pur quando, come nelle fattispecie di rapina e ricettazione, le note di offensività del fatto siano, in concreto, ben più rilevanti.

Il risultato interpretativo si confronta, poi, con l'ulteriore riflessione relativa al pericolo di confusione tra il dolo specifico di profitto e il momento volitivo primario che qualifica la condotta nella forma del movente.

Le Sezioni Unite osservano, sul punto, che trattasi di problema più apparente che reale, poiché il dolo specifico altro non è che un "movente normativamente qualificato" che va al di là della coscienza e volontà del fatto e si risolve nella mera selezione normativa, tra i plurimi impulsi propulsivi che possono qualificare soggettivamente la condotta nella fattispecie concreta, di quelli destinati ad integrare la tipicità dal punto di vista soggettivo, rimanendo confinati gli altri nella sfera dell'irrilevanza penale.

Da ultimo, viene affrontata la questione relativa agli scopi 'mediati' della condotta che, a partire dalla sentenza Stawika (Sez. 5, n. 40488/2019) si inseriscono nello scopo di profitto economicamente inteso, in tal modo temperando il rigore applicativo della soluzione ermeneutica restrittiva.

Si è trattato di un tentato mutamento di paradigma, innescato dal divisamento minoritario fedele alla nozione totalizzante del profitto calcolabile e volto a ricomprendere nella sfera del profitto, in funzione tuttavia accessoria, anche gli scopi ulteriori, di carattere non patrimoniale, che consentano all'agente di soddisfare un bisogno umano, materiale o spirituale.

La citata pronuncia afferma, sul punto, che "*[...] esso può dirsi integrato ove sia accertato che l›autore del fatto materiale abbia agito per conseguire un ampliamento del proprio patrimonio, quale fine diretto e immediato dell›azione, sia pure con l›intento di ottenere per tale via il soddisfacimento di un bisogno ulteriore anche solo di ordine spirituale*".

Il Supremo Consesso osserva, tuttavia, che tale affinata soluzione appare intrisa di notevole ambiguità dal punto di vista ricostruttivo, determinando notevoli incertezze applicative, poiché, se nella prima parte dell'assunto rimane fedele all'orientamento originario, introduce, poi, un elemento che, al di là dell'apparenza, appare privo di alcun significativo rilievo, poiché, una volta che si muova da una nozione restrittiva di profitto, ogni ulteriore profilo personalistico "a valle" resta di fatto assorbito e rimane irrilevante, una volta procedutosi, con esito positivo, all'accertamento che l'agente "abbia agito per conseguire un ampliamento del proprio patrimonio".

Detto in altri termini, anche la versione "temperata" dell'orientamento restrittivo, nella misura in cui tenta di dedicare all'elemento personalistico un ruolo mediato me-

[26] Siccardi, *Il fine di profitto nei delitti contro il patrimonio*, in *Diritto penale e processo*, 2016, III, 357.

diante la preposizione concessiva "sia pure con l'intento di ottenere", introduce, in realtà, un elemento assolutamente superfluo, poiché, al di là della declamazione, pur suggestiva, ciò che rimane essenziale è il conseguimento (*rectius*: il fine di conseguimento) di un ampliamento del patrimonio, il ché equivale alla originaria formulazione della tesi restrittiva e cioè percepire dalla cosa aggredita un profitto economico immediato e diretto.

Conclusivamente, il massimo formante giurisprudenziale afferma il seguente principio di diritto: "*Nel delitto di furto, il fine di profitto che integra il dolo specifico del reato va inteso come qualunque vantaggio anche di natura non patrimoniale perseguito dall'autore*".

5. Considerazioni conclusive.

Alla luce dell'insegnamento nomofilattico possono formularsi talune osservazioni.

Gli approdi della giurisprudenza di legittimità mostrano lo sforzo nel voler ricercare una soluzione compromissoria che, da un lato, non atrofizzi la tutela delle aggressioni ai diritti patrimoniali, nella loro ridisegnata dimensione, e, dall'altro, assicuri e difenda la categoria della tipicità penale, nella quale si radica la preminente funzione di garanzia in ordine alla calcolabilità delle scelte di comportamento dei singoli.

In tale cornice, la soluzione adottata dal massimo vertice riflette, all'evidenza, un diverso modo di concepire la tutela penale del patrimonio, giustificato, anzitutto, dall'osservazione di un mutamento del contesto socioculturale che ha attraversato la trama delinquenziale negli ultimi anni rispetto al terreno ispiratore del codice del 1930, epoca in cui la commissione dei delitti predatori costituiva per lo più il riflesso di diseguaglianze sociali conseguenti ad inique distribuzioni della ricchezza tra i consociati.

Nell'attuale mutato contesto, si osserva che le condotte sottrattive si svolgono spesso nell'ambito di rapporti qualificati tra il colpevole e l'offeso, a dispetto della prassi registrata all'origine dell'incriminazione, ove il reato si perpetrava in assenza di un qualsiasi rapporto sociale pregresso che potesse in qualche modo qualificare la condotta in termini diversi rispetto a fini squisitamente locupletativi.

Appare, dunque, ragionevole la scelta di pretendere, in armonia con un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione di cui all'art. 624 c.p., doverosa e prioritaria rispetto a qualunque altra possibile, un coefficiente elastico di ascrizione della responsabilità dal punto di vista dell'elemento psicologico che connota – e distingue – la fattispecie di furto, senza, tuttavia, snaturarne la funzione selettiva.

In tale prospettiva, il ruolo di selezione delle condotte punibili assegnato al dolo specifico varrà, in ogni caso, ad escludere che possa rispondere di furto chi abbia realizzato la condotta *ioci causa*, oppure al solo fine di distruggere o deteriorare la cosa altrui, o, ancora, abbia agito nell'interesse dello stesso detentore, venendo in gioco, in quest'ultimo caso, l'esistenza di una scriminante, da vagliare attraverso il rigoroso accertamento circa la serietà ed effettività del consenso.

In riferimento, in particolare, al furto nell'interesse della vittima ed ai limiti del consenso scriminante, dal quadro del panorama interpretativo rassegnato, appare incontestabile che il giudizio di liceità del fatto vada misurato con estrema cautela con riferimento al valore da attribuire al consenso dell'avente diritto, posto che il risultato di offensività delle condotte sottrattive verrebbe, in tali ipotesi, a neutralizzarsi, in nome

della garanzia di unità dell'ordinamento giuridico, per effetto della valorizzazione di specifici fattori che, rispondendo ad un'obiettiva finalità di protezione, nell'interesse della persona offesa, concorrano ad escludere l'antigiuridicità.

In tale prospettiva, appare condivisibile il timore manifestato dalla giurisprudenza con riferimento ai possibili effetti distorsivi del consenso presunto che, diversamente dal consenso putativo – idoneo, ai sensi dell'art. 59, comma 4, del codice, ad escludere il dolo – non è nemmeno oggetto di effettiva rappresentazione.

La presunzione di consenso, coniugata entro la specifica finalità di profitto perseguibile, urta con il requisito di effettività che deve necessariamente accompagnarsi all'atto di delega di interesse che fonda l'*in sè* dell'effetto esimente della condotta.

Per tale via, la possibilità di ritenere il fatto *sic et simpliciter* scriminato ex art. 50 c. p. offrirebbe all'autore materiale un agevole schermo di protezione per una condotta che si consuma contro la volontà, sia pure non espressamente manifestata, del titolare.

Per altro verso, essa risulta incompatibile con la salvaguardia della libertà di autodeterminazione della vittima, nella misura in cui la pur benevola finalità altruistica dell'azione sottrattiva non appaia condivisa dall'unico soggetto titolare del diritto di regolare le proprie scelte di vita, pur dannose; fatte salve le ipotesi in cui, per effetto del concorso di fattori indicativi di una volontà contraria, il silenzio dell'offeso possa in qualche modo colorarsi di effettività.

In definitiva, come efficacemente osservato nella memoria redatta del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, "il meccanismo del dolo specifico conserverà ruolo selettivo nel senso di escludere dal novero dell'incriminazione le condotte connotate da appropriazione "fine a sé stessa".

In ogni caso, la rigorosa impostazione seguita dalle Sezioni Unite nell'accogliere la omnicomprensiva nozione di profitto sopra delineata può trovare un correttivo – invero prospettato dallo stesso Supremo Consesso – nell'applicazione della speciale causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* del codice penale, viepiù nella attuale e più ampia declinazione dell'istituto, quando il fatto possa ragionevolmente qualificarsi di speciale tenuità in considerazione del contesto entro il quale si situa la condotta, in tal modo reindirizzando la valutazione sull'opportunità della punizione in considerazione del coefficiente concreto di offensività della condotta, e sempre che sussistano le condizioni stabilite dalla legge.

Per altro verso, l'apparente rigore interpretativo della soluzione trova oggi adeguato contrappeso nello statuto della procedibilità del reato di furto disegnato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, che ha rimesso all'iniziativa della persona offesa la determinazione riguardo l'effettiva necessità della risposta punitiva.

Infatti, l'ultimo comma dell'articolo 624 prevede ora che il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che la persona offesa sia incapace, per età o per infermità, ovvero se ricorra taluna delle circostanze di cui all'articolo 625 n. 7, salvo che il fatto sia commesso su cose esposte alla pubblica fede, e 7-*bis*.

Ancora, l'introduzione degli strumenti di giustizia riparativa, e gli effetti penali che ne conseguono, possono consentire la composizione dei conflitti da cui origina la spinta dell'azione, rivalutando il rapporto tra l'agente e la vittima su un piano di risoluzione della contrapposizione che, in larga misura, si rintraccia nelle ipotesi che hanno in concreto generato il contrasto giurisprudenziale.

La lettura complessiva del principio di diritto, calato nel contesto delle disposizioni recentemente introdotte per temperare la funzione meramente repressiva della sanzione penale, rimette, in definitiva, alla prudente valutazione del giudice l'indagine relativa alla scelta della misura più idonea nell'ampio ventaglio degli strumenti di tutela disponibili.

Può, a tal proposito, formularsi la ragionevole aspettativa che il rapporto tra giustizia punitiva e giustizia riparativa volga senz'altro in favore di quest'ultima nei casi in cui la lesione al patrimonio sia alimentata da conflitti o sia orientata da scopi diversi rispetto a quello della mera locupletazione economica.

La pronuncia delle Sezioni unite in tema di false dichiarazioni volte a conseguire indebitamente il reddito di cittadinanza: problemi di offensività e successioni di leggi

Antonio D'Anello*

Sommario: 1. Breve ricostruzione della vicenda processuale. – **2.** Il quadro normativo di riferimento – **3.** Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità prima dell'intervento delle Sezioni Unite. – **4.** Le motivazioni della pronuncia delle Sezioni Unite. – **5.** Spunti critici: la rilevanza penale delle condotte di cui all'art. 7 co. 1 e 2 dopo il 31.12.2023.

ABSTRACT

Il contributo, dopo un breve *excursus* sui reati di cui all'art. 7 co. 1 e 2 d.l. n. 4 del 28 gennaio 2019, n. 4, conv. con modif. dalla l. 28 marzo 2019, n. 26, analizza la recente sentenza n. 49686 del 13.7.2023 pronunciata dalle Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione sulla rilevanza delle false dichiarazioni volte a conseguire il reddito di cittadinanza e, dopo aver vagliato la compatibilità con i principii costituzionali delle interpretazioni dei reati *de quibus* elaborate dalla giurisprudenza di legittimità minoritaria, affronta la tematica della successione di leggi con particolare riguardo alla rilevanza penale dopo il 1 gennaio 2024 delle condotte tipizzate nei commi 1 e 2 dell'art. 7 d.l. n. 4/2019.

The paper, after a brief excursus *about the crimes provided in art. 7 par. 1 and 2 d.l. n. 4 of 28th January 2019, n. 4, converted with modifications into the Law 28th March 2019, n. 26, analyzes the recent judgment no. 49686 pronounced on July 13th 2023 by the United Criminal Sections of the italian Supreme Court about the relevance of false declarations aimed at obtaining citizenship income and, after having examined the compatibility with the constitutional principles of the interpretations of the crimes* de quibus *elaborated by doctrine and minority jurisprudence, addresses the issue of the succession of laws with particular regard to the criminal relevance after January 1st 2024 of the conduct typified in paragraphs 1 and 2 of the art. 7 d.l. n. 4/2019.*

1. Breve ricostruzione della vicenda processuale.

I Giudici della Corte d'Appello di Salerno, nel confermare il provvedimento di primo grado, hanno emesso sentenza di condanna per violazione dell'art. 7 co. 1 d.l. n. 4 del 28 gennaio 2019, n. 4, conv. con modif. dalla l. 28 marzo 2019, n. 26, fattispecie ritenuta perfezionata nel momento in cui l'agente ha portato dati non veritieri all'attenzione dell'amministrazione erogatrice del reddito di cittadinanza.

---

* Giudice presso il Tribunale di Lagonegro.

La Terza Sezione penale della Corte di Cassazione, sollecitata dalle considerazioni del difensore dell'imputato, rilevata l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul tema, ha rimesso il ricorso dinanzi alle Sezioni Unite avente ad oggetto la seguente questione di diritto: «Se le omesse o false dichiarazioni di informazioni contenute nell'autodichiarazione finalizzata all'ottenimento del reddito di cittadinanza integrino il delitto di cui all'art. 7 del d.l. 28 gennaio 2019, n. 4 convertito on l. 28 marzo 2019, n. 26, indipendentemente dall'effettiva sussistenza o meno delle condizioni patrimoniali stabilite per l'ammissione al beneficio».

2. Il quadro normativo di riferimento.

Il legislatore ha disciplinato l'istituto del reddito di cittadinanza con il citato d.l. n. 4/2019, prevedendo ai commi 1 e 2 dell'art. 7 due diverse fattispecie di reato. In particolare, il comma 1 recita: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di ottenere indebitamente il beneficio di cui all'articolo 3, rende o utilizza dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero omette informazioni dovute, è punito con la reclusione da due a sei anni», mentre il comma 2 dispone: «L'omessa comunicazione delle variazioni del reddito o del patrimonio, anche se provenienti da attività irregolari, nonché di altre informazioni dovute e rilevanti ai fini della revoca o della riduzione del beneficio entro i termini di cui all'articolo 3, commi 8, ultimo periodo, 9 e 11, è punita con la reclusione da uno a tre anni».

Com'è noto, con l'art. 1 comma 318, l. 29 dicembre 2022, n. 197, a decorrere dal 1 gennaio 2024 sono stati abrogati gli articoli da 1 a 13 del d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 marzo 2019, n. 26, ad eccezione degli articoli 4, comma 15-*quater*, 6, comma 2, commi da 6-*bis* a 6-*quinquies* e comma 7-*bis*, 8-*bis*, 9-*bis*, 10, comma 1-*bis*, 11, 11-*bis*, 12, commi da 3 a 3-*quater* e 8 e 13, comma 1-*ter*. Tuttavia, con specifico riguardo alle norme penali contemplate nel decreto-legge istitutivo del reddito di cittadinanza, l'art. 13 co. 3, d.l. 4 maggio 2023 n. 48, conv, con modif. dalla l. n. 85 del 3 luglio 2023, ha stabilito che al beneficio di cui all'art. 1 del d.l. n. 4/2019 continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'art. 7 del medesimo decreto-legge, vigenti alla data in cui il beneficio è stato concesso, per i fatti commessi fino al 31 dicembre 2023.

La contestuale lettura delle disposizioni richiamate consente di evincere che dal 31.12.2023 il beneficio del reddito di cittadinanza non è più attivo ed è stato sostituito dal c.d. assegno di inclusione e che le norme penali di cui all'art. 7 co. 1 e 2 d.l. 28 gennaio 2019, n. 4 sono ancora in vigore. In definitiva, la disciplina appena richiamata troverà applicazione con riguardo alle condotte poste in essere prima del 1 gennaio 2024, laddove sussumibili nelle fattispecie di cui agli artt. 7 co. 1 e 2 del d.l. *de quo*.

Da ciò discende l'attualità dell'intervento delle Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione e la necessità, in questa sede, di illustrare le principali caratteristiche delle ipotesi di reato disciplinate dal d.l. n. 4/2019.

In estrema sintesi, il primo comma dell'art. 7 prevede un reato comune di pericolo[1] che si può realizzare nella forma attiva qualora la condotta posta in essere dall'autore

[1] Con riguardo alla natura del reato, in dottrina v. Riverso, *Reddito di cittadinanza: assistenza alla povertà o governo penale dei poveri?*, in https://www.questionegiustizia.it/articolo/reddi-

sia quella di rendere o utilizzare dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere, oppure nella forma omissiva, nel caso in cui l'autore non comunichi le informazioni dovute[2]. In ogni caso la condotta dell'agente deve essere colorata dal fine di ottenere indebitamente il beneficio del reddito di cittadinanza.

L'art. 7 co. 2 d.l. n. 4/2019, invece, prevede un reato proprio, di pericolo concreto e omissivo, che si consuma nel momento in cui l'agente non rispetta, entro i termini espressamente richiamati nella disposizione, l'obbligo di comunicare variazioni del reddito o del patrimonio o altre informazioni dovute e "rilevanti" ai fini della revoca o della riduzione del beneficio[3].

Ebbene, anche al fine di perimetrare la questione oggetto del presente contributo, appare utile riproporre in tale sede la premessa effettuata dai giudici della III sezione della Corte di Cassazione nell'ordinanza di rimessione, in cui essi hanno avuto modo di precisare che in sede di richiesta per l'erogazione del beneficio sono in astratto configurabili tre diverse ipotesi: a) quella in cui il mendacio concerne la totale assenza dei requisiti; b) quella in cui il mendacio è funzionale a ottenere un beneficio di entità superiore rispetto a quello dovuto; c) quella in cui il mendacio non incide né sul diritto a ottenere il beneficio, né sull'ammontare del sussidio.

Le perplessità in ordine alla corretta perimetrazione dell'ambito applicativo della fattispecie di cui all'art. 7 co. 1 d.l. n. 4/2019 non riguardano le due prime ipotesi, sulla cui penale rilevanza non v'è ragione di dubitare, bensì la terza, in quanto si tratta di casi in cui il soggetto che ha dichiarato il falso possiede comunque i requisiti per poter ottenere il reddito di cittadinanza e, di conseguenza, l'eventuale erogazione del sussidio non comporta nessun danno per il patrimonio dell'ente erogatore.

---

to-di-cittadinanza-assistenza-alla-poverta-o-governo-penale-dei-poveri-_06-06-2019.php, che parla di reato di falso per mantenere il reddito di cittadinanza e, seppur con un approccio critico, considera la fattispecie di cui all'art. 7 d.l. n. 4/2019 «un reato a consumazione anticipata alla mera condotta, che si realizza con l'utilizzazione di dichiarazioni o documenti mendaci, anche omissive. Non si richiede l'erogazione della misura che invece rileva dal punto del dolo specifico ossia della direzione dell'elemento soggettivo (al fine di)». Sul punto, v. anche Affinito, Cellini, *Il reddito di cittadinanza tra procedimento amministrativo e processo penale*, in *Sistema Penale*, https://www.sistemapenale.it/it/articolo/reddito-cittadinanza-procedimento-amministrativo-processo-penale, 7, che ritengono si tratti «di un reato di pericolo che si consuma con l'utilizzazione di dichiarazioni o documenti mendaci, anche sotto forma di omissione. Infatti, non è richiesta la sussistenza di un danno derivante dall'erogazione della misura circostanza che, viceversa, rileva unicamente ai fini della direzione dell'elemento soggettivo»; Giraldi, *Reddito di cittadinanza e simbolismo strumentale: un'auspicabile deframmentazione del diritto penale*, in *Connessioni di diritto penale*, a cura di Massaro, Roma, 2020, 85; Lombardi, *Le Sezioni unite sul falso finalizzato all'indebito ottenimento del reddito di cittadinanza*, in https://www.penaledp.it/le-sezioni-unite-sul-reddito-di-cittadinanza/. Ad avviso di chi scrive sarebbe più opportuno inquadrare il delitto tra i reati di pericolo concreto plurioffensivi necessari, per la cui consumazione sono richiesti la falsità della dichiarazione e l'effettivo pericolo per il patrimonio dello Stato.

[2] Parla di «*reato di falso inteso all'ottenimento del RDC*» Riverso, *Reddito di cittadinanza: assistenza alla povertà o governo penale dei poveri?*, cit.

[3] Riverso, *Reddito di cittadinanza: assistenza alla povertà o governo penale dei poveri?*, cit.

3. Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità prima dell'intervento delle Sezioni Unite.

La giurisprudenza di legittimità si è più volte interrogata in merito all'alveo applicativo delle norme penali in materia di reddito di cittadinanza e, come precisato anche nella ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, si è collocata su due diverse posizioni.

Un primo indirizzo considera il reato di cui all'art. 7 co. 1 d.l. n. 4/2019 quale reato di mera condotta e di pericolo (astratto o presunto), strettamente collegato al generale principio antielusivo di cui all'art. 53 Cost. ed introdotto dal legislatore con lo scopo di garantire una più efficiente tutela «dell'amministrazione contro mendaci e omissioni circa l'effettiva situazione patrimoniale e reddituale da parte dei soggetti che intendono accedere o già hanno acceduto al "reddito di cittadinanza"»[4]. Lo scopo sarebbe, dunque, quello di evitare il pericolo del conseguimento di un profitto ingiusto da parte dell'istante e di garantire il rispetto «del dovere di lealtà del cittadino verso le istituzioni dalle quali riceve un beneficio economico»[5]. Immediata conseguenza di quest'orientamento è l'estensione del perimetro applicativo della fattispecie di reato, che si realizzerebbe anche in presenza di dichiarazioni false da parte di un soggetto in possesso delle condizioni per l'ammissione al beneficio.

Nel motivare questa lettura, attraverso un atecnico rinvio al principio di analogia, è stato ulteriormente affermato che la disciplina di cui all'art. 7 citato « non si differenzia in maniera essenziale da quella dell'art. 95 del d.P.R. n. 115 del 2002, in quanto entrambe appaiono dirette a sanzionare la violazione del dovere di lealtà del cittadino verso l'amministrazione che eroga una provvidenza in suo favore e non prevedono, perciò, la necessità di accertare la sussistenza in concreto dei requisiti reddituali di legge»[6].

A ben vedere, anche se sul punto non v'è un'espressa presa di posizione nelle sentenze che condividono tale orientamento, la fattispecie in esame viene ricostruita come reato di condotta, di pericolo presunto e plurioffensivo eventuale, per la cui consumazione è ritenuta sufficiente la dichiarazione falsa dell'istante: il mendacio è considerato *ex se* lesivo del generale "patto di leale collaborazione tra cittadino e Stato"[7] e idoneo a porre in pericolo l'amministrazione, mentre l'offesa (o meglio il pericolo) al patrimonio dell'ente attraverso il conseguimento di un profitto ingiusto non rileva ai fini della realizzazione del reato, ma degrada a ulteriore fattore da valutare, eventualmente, in sede di commisurazione della pena. Il delitto *de quo*, così ricostruito, in definitiva, costituisce una *species* del *genus* del reato di falso.

Altra e maggioritaria giurisprudenza, invece, ha sostenuto che «integrano il delitto di cui all'art. 7 d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, convertito, con modifiche, dalla legge 28 marzo 2019, n. 26, le false indicazioni dei dati di fatto riportati nell'autodichiarazione

[4] Cass. pen., Sez. 3, sent. n. 5289 del 2020, p. 3. V. anche Sez. 2, n. 2402 del 5/11/2020, dep. 2021, Giudice; Sez. 3, n. 30302 del 15/9/2020, Colombo; Sez. 3, n. 33808 del 21/4/2021, Casà; Sez. 3, n. 5309 del 24/9/2021, Tuono; Sez. 3, n. 1351 del 25.11.2021, Lacquaniti).

[5] Cass. pen., Sez. III, sent. n. 5289/2020, p. 3.

[6] Cass. pen., Sez. III, sent. n. 5289/2020, p. 4.

[7] Cass. pen., Sez. Un., sent. n 49686 del 13.7.2023.

finalizzata all'ottenimento del "reddito di cittadinanza" o le omissioni, anche parziali, di informazioni dovute, solo ove le stesse siano strumentali al conseguimento del beneficio, cui altrimenti non si avrebbe diritto»[8].

Questa interpretazione si fonda sulla valorizzazione del profilo letterale della norma, del principio di offensività e del dato sistematico. Ad avviso dei sostenitori di tale tesi, la formula "al fine di ottenere indebitamente il beneficio" non è neutra ed è stata inserita dal legislatore con lo scopo precipuo di tipizzare in termini di concretezza il pericolo, attraverso l'espresso richiamo alla volontà diretta al conseguimento del reddito di cittadinanza in assenza dei requisiti di legge[9]. Ne deriva che il giudice di merito, trattandosi di un reato di pericolo concreto con dolo specifico[10], è tenuto ad

[8] Cfr. spec. Cass. pen., Sez. III, sent. n. 44366 del 15.9.2021, Gulino, Rv. 282336 – 01.

[9] Sul punto, v. anche Cass. pen., Sez. III, Sent. n. 44366 del 15.9.2021, Gulino, Rv. 282336 – 01 «con tale avverbio – presente, invece, nella normativa precettiva ora rilevante – si [è] inteso fare riferimento non tanto ad una volontà di accesso al beneficio messa in atto *non iure*, cioè in assenza degli elementi formali che avrebbero consentito l'erogazione, quanto ad una volontà diretta ad un conseguimento di esso *contra jus*, cioè in assenza degli elementi sostanziali per il suo riconoscimento; cosa che il riferimento alla non dovutezza del beneficio, cioè alla mancanza degli elementi per la instaurazione del rapporto "obbligatorio" sostanziale a carico dello Stato, fa d'altra parte ritenere. Un diverso argomentare porterebbe a ricondurre la comminatoria di una sanzione penale, cioè la più grave delle sanzioni che l'ordinamento consente, anche alla sola violazione di un obbligo *priva* di concreta offensività, posto che tale violazione potrebbe non avere condotto, se il beneficio non fosse stato "indebitamente" richiesto stante la sussistenza di tutte le condizioni sostanziali per la sua erogazione, ad alcun effettivo nocumento per l'ente erogatore. Appare, pertanto, più in linea con i principi di ordine costituzionale in tema di necessaria offensività del reato il ritenere che con la espressione "al fine di ottenere indebitamente il beneficio..." il legislatore abbia inteso tipizzare in termini di concretezza il pericolo che potrebbe derivare dalla falsità ovvero dalla omissività delle dichiarazioni presentate per il conseguimento del "reddito di cittadinanza", nel senso che la loro rilevanza penale sarà sussistente nei soli casi in cui intenzione dell'agente era il conseguire, attraverso di esse, un beneficio diversamente non dovuto».

[10] Con particolare riguardo alla funzione del dolo specifico, v. Cass. pen., Sez. 2, sent. n. 29910 dell'8.6.2022: «La finalizzazione della condotta non può ridursi alla verifica dell'atteggiamento psicologico tenuto dal soggetto agente, indipendentemente dall'idoneità della condotta nel perseguire l'obiettivo descritto dalla norma (*id est*, l'indebito ottenimento della prestazione), risultando più aderente ad una concezione del principio di offensività coerente con i canoni costituzionali (Corte cost. n. 360 del 24/7/1995; n. 263 dell'11/7/2000; n. 519 del 21/11/2000) la lettura della fattispecie incriminatrice in termini di reato di pericolo concreto, dovendosi apprezzare la capacità della condotta nell'incidere sulla rappresentazione, falsata e astrattamente idonea ad attribuire all'agente il possesso di requisiti mancanti per fruire della misura in esame (come già affermato da Sez. 3, n. 44366 del 15/09/2021, Gulino, Rv. 282336 - 01, secondo la quale le false indicazioni dei dati di fatto riportati nell'autodichiarazione finalizzata all'ottenimento del "reddito di cittadinanza" o le omissioni, anche parziali, di informazioni dovute, rilevano solo ove strumentali al conseguimento del beneficio, cui altrimenti non si avrebbe diritto). La lettura descritta risulta, inoltre, coerente con una delle funzioni tipiche del ricorso da parte del legislatore alla configurazione dell'elemento soggettivo in termini di dolo specifico, ossia quella di restringere l'ambito della punibilità rispetto a categorie di fatti che l'ordinamento già sanziona penalmente (come per la violazione dell'art. 483 cod. pen. o dell'art. 76 d.p.r. 445/2000). La rilevanza del nesso funzionale tra le condotte *lato sensu* fraudolente e l'effettiva indebita percezione del contributo economico trova conferma anche nel sistema dei controlli e delle verifiche delle istanze di accesso alla misura, atteso che l'obbligo di trasmissione all'autorità giudiziaria della documentazione amministrativa contenente i risultati delle verifiche condotte, posto a carico dei soggetti

accertare la falsità della dichiarazione e la presenza del pericolo, da intendersi come la idoneità della condotta a determinare la lesione del patrimonio dell'ente erogatore del sussidio, danno che si concretizzerebbe nel caso di effettiva erogazione del reddito di cittadinanza a chi non ha i presupposti richiesti dalla normativa.

Sotto il profilo sistematico, a corroborare questa opzione ermeneutica contribuisce anche la marcata differenza letterale con l'art. 95 D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115[11], norma che non richiama la finalità ulteriore rispetto alla mera consapevolezza e volontà di rendere una falsa dichiarazione e che, dunque, si distingue nettamente dall'art. 7 d.l. n. 4/2019 nella parte in cui richiama *expressis verbis* l'avverbio indebitamente e lo collega al fine perseguito dall'agente.

Nel contesto appena tratteggiato sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che hanno espresso il seguente principio di diritto: «Le omesse o false indicazioni di informazioni contenute nell'autodichiarazione finalizzata a conseguire il reddito di cittadinanza integrano il delitto di cui all'art. 7 d.l. 28 gennaio 2014 n. 4, conv. in legge 28 marzo 2019 n. 26 solo se funzionali ad ottenere un beneficio non spettante ovvero spettante in misura superiore a quella di legge».

4. Le motivazioni della pronuncia delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, con la pronuncia n. 49686/2023, hanno convintamente aderito alla impostazione maggioritaria e, contestualmente, hanno messo in luce i principali inconvenienti dell'orientamento minoritario, evidenziando come il ragionamento risulti viziato dall'esaltazione di un inesistente parallelismo tra la fattispecie di reato di cui all'art. 7 d.l. n. 4/2019 e quella tipizzata nell'art. 95 D.P.R. n. 115/2002 e dalla valorizzazione di un "bene giuridico" – il dovere di lealtà del cittadino verso le istituzioni dalle quali riceve un beneficio economico – non convincente.

Per quanto concerne il primo profilo, è stato specificato che diversi sono gli elementi differenziali tra i due reati appena menzionati; sul punto, basti pensare al mancato richiamo, nella disposizione in materia di gratuito patrocinio, al dolo specifico, e al fatto che solo per il delitto di cui all'art. 95 D.P.R. n. 115/2002 l'eventuale erogazione del beneficio non dovuto comporta l'applicazione di una sanzione più severa rispetto al caso in cui il soggetto si limiti a dichiarare il falso. Inoltre, differenziano profondamente le due ipotesi di reato anche gli scopi perseguiti dai due istituti (garanzia del diritto difesa nell'ipotesi del gratuito patrocinio; lotta alla povertà in rapporto al

pubblici cui è affidata tale attività di vigilanza (Comuni, INPS, Agenzia delle Entrate, Ispettorato nazionale del lavoro), è previsto per le ipotesi in cui dalle dichiarazioni mendaci accertate sia derivato il "conseguente accertato illegittimo godimento del Rdc" (art. 7, comma 14, l. 26/2019, cit.); il che porta ad escludere che le condotte con cui si rappresenti una situazione difforme da quella reale, senza però incidere sul possesso effettivo dei requisiti richiesti per accedere alla misura di sostegno economico, siano considerate dal legislatore passibili di sanzione penale».

[11] L'art. 95 D.P.R. n. 115 del 30 maggio 2002 recita: «La falsità o le omissioni nella dichiarazione sostitutiva di certificazione, nelle dichiarazioni, nelle indicazioni e nelle comunicazioni previste dall'articolo 79, comma 1, lettere b), c) e d), sono punite con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 309,87 a euro 1.549,37. La pena è aumentata se dal fatto consegue l'ottenimento o il mantenimento dell'ammissione al patrocinio; la condanna importa la revoca, con efficacia retroattiva, e il recupero a carico del responsabile delle somme corrisposte dallo Stato».

reddito di cittadinanza), il procedimento di ammissione al beneficio, i tempi di decisione sulle istanze di ammissione, le modalità di erogazione del sussidio e le modalità di controllo, che per il solo caso del reddito di cittadinanza deve essere effettuato dall'INPS, tenuto a verificare l'effettivo possesso dei requisiti per l'accesso al sussidio, e che, dunque, non si deve limitare a valutare la correttezza delle dichiarazioni contenute nella domanda.

Non meno severe le critiche circa il "bene giuridico". Ad avviso dei giudici delle Sezioni Unite l'esaltazione del patto di leale collaborazione tra cittadino e Stato[12] veicola nel sistema giuridico un vuoto guscio privo di sostanza[13] con consequenziale espansione dell'alveo applicativo del reato e rischio di stigmatizzare attraverso la sanzione penale fatti privi di reale capacità offensiva[14]. Del resto, si sottolinea, accogliere tale opzione ermeneutica comporta la violazione del principio di offensività nella sua duplice declinazione: in astratto, in quanto la fattispecie di reato darebbe luogo alla punizione di fatti privi di un reale contenuto offensivo di beni o interessi meritevoli di tutela e, in concreto, poiché, trattandosi di un reato di pericolo presunto, il giudice sarebbe tenuto a pronunciare sentenza di condanna anche in presenza di condotte del tutto inidonee a creare la messa in pericolo del bene giuridico[15].

Le Sezioni Unite, nel recepire e sviluppare l'orientamento maggioritario, hanno altresì affermato che il delitto di cui all'art. 7 d.l. n. 4/2019 è un reato di pericolo concreto a consumazione anticipata, presidio per tutelare le risorse pubbliche economiche, *sub species* patrimonio dell'ente erogante il reddito di cittadinanza.

Trattasi di una interpretazione suffragata da diversi argomenti. Il dato letterale e, in particolare, l'uso dell'avverbio "indebitamente" legato "al fine di ottenere il beneficio" merita di essere valorizzato, e ciò è possibile solo nel momento in cui si attribuisce all'avverbio un contenuto autonomo che caratterizza il dolo specifico ed è in grado di contribuire a perimetrare in modo più preciso l'ambito applicativo della fattispecie, evitando la mera sovrapposizione con la consapevolezza della falsità delle informazioni dichiarate o omesse per percepire il sussidio. In altri termini, la lettera della legge impone una valutazione circa la capacità della condotta posta in essere a determinare il concreto pericolo di lesione del patrimonio dell'ente erogante il reddito di cittadinanza, non essendo sufficiente il mero mendacio.

Un'ulteriore ragione di natura sistematica per accogliere la lettura più restrittiva della norma in esame è stata desunta dal raffronto tra co. 1 e 2 dell'art. 7 d.l. n. 4/2019. È stato messo in evidenza che le due ipotesi di reato perseguono, seppure in momenti differenti, il medesimo scopo e, cioè, tutelare il patrimonio dell'ente erogatore del sussidio. E, precisamente, il reato di cui al comma primo ha lo scopo di salvaguardare il bene giuridico prima che il beneficio venga erogato, mentre il secondo comma è

[12] Cass. pen., Sez. Un., sent. n 49686 del 13.7.2023, p. 15.

[13] Cass. pen., Sez. Un., sent. n 49686 del 13.7.2023, p. 15.

[14] Sul punto, Cass. pen., Sez. Un., sent. n 49686 del 13.7.2023, p. 16: «Dunque, il generico "dovere di lealtà', posto a fondamento dell'indirizzo ermeneutico qui disatteso, costituisce una giustificazione tautologica della potestà punitiva dello Stato (*prohibitum quia prohíbitum*) che deve cedere il passo di fronte a possibili spiegazioni alternative della penale rilevanza della condotta più aderenti al principio di offensività».

[15] C. Fiore, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli, 2006, 91 ss.

finalizzato a sanzionare le condotte poste in essere dopo l'erogazione del sussidio. Lettura che non sarebbe compatibile con l'indirizzo minoritario della giurisprudenza nel momento in cui, se coerentemente sviluppato, dovrebbe condurre a ritenere che il delitto di cui al primo comma è un reato di pericolo astratto posto a tutela del *patto di lealtà tra cittadino e Stato*, mentre il reato di cui al comma secondo è un reato di pericolo concreto posto a garanzia del patrimonio dell'Ente. In altri termini, optare per l'interpretazione minoritaria determinerebbe un trattamento differenziato di condotte simili in quanto il mero mendacio sarebbe da considerare penalmente rilevante a prescindere dall'effettivo possesso dei requisiti di legge se realizzato al momento della presentazione della domanda, mentre degraderebbe tra i fatti atipici se realizzato dopo l'erogazione qualora l'omessa comunicazione o informazione non è rilevante ai fini della revoca o della decadenza del beneficio.

In questo contesto deve altresì escludersi che il reato di cui all'art. 7 co. 1 d.l. n. 4/2019 costituisca un reato a tutela della fede pubblica. Diverse sono le ragioni: a) il bene giuridico tutelato è il patrimonio dell'ente erogatore, b) si priverebbe di qualsiasi valore il richiamo all'avverbio indebitamente e c) si esalterebbe il ruolo della condotta con consequenziale svilimento dell'evento. E questa esegesi, precisano i giudici, non deve meravigliare, in quanto nel nostro ordinamento non esiste un automatismo tra mendacio e reati di falso, come dimostrano diverse fattispecie di reato, tra le quali il delitto di dichiarazione fraudolenta *ex* art. 2 d.lgs. n. 74/2000, la cui consumazione è focalizzata sulla dichiarazione di dati falsi o sul silenzio intorno a fatti veri, nonostante non si tratti di delitto posto a tutela della fede pubblica.

La diretta conseguenza di questa interpretazione del reato è la esaltazione del ruolo del dolo specifico: il fine di ottenere indebitamente il beneficio svolge la funzione di circoscrivere l'ambito applicativo della fattispecie e consente di escludere la penale rilevanza delle condotte non idonee a creare il pericolo di lesione del bene giuridico. Ne deriva l'atipicità, per mancanza di offensività, della condotta di chi, in possesso dei requisiti previsti dalla legge per ottenere il sussidio, nell'autodichiarazione depositata per ottenere il beneficio del reddito di cittadinanza abbia dichiarato il falso o abbia omesso di dire il vero[16].

5. Spunti critici: la rilevanza penale delle condotte di cui all'art. 7 co. 1 e 2 dopo il 31.12.2023.

La lettura della sentenza delle Sezioni Unite e dei provvedimenti delle Sezioni semplici della Corte di Cassazione offre, ad avviso di chi scrive, diversi spunti.

Per quanto concerne l'interpretazione minoritaria, si condividono le riserve manifestate dai giudici delle Sezioni Unite[17]. Tuttavia, appare opportuno soffermarsi an-

[16] C. Fiore, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, 41 ss.; cfr. pure M. Caterini, *Reato impossibile e offensività - Un'indagine critica*, Napoli, 2004, *passim*.

[17] Cass. Pen., Sez. Un., sent. n 49686 del 13.7.2023, p. 15: «Si tratta, pertanto, di una prospettiva che riduce il bene giuridico tutelato dall'art. 7 d.l. n. 4 del 2019, a vuoto guscio privo di sostanza concreta che attrae a sé, rendendoli punibili, anche fatti del tutto inoffensivi». In dottrina, per una serrata critica nei confronti della configurazione dei reati senza offesa o eventualmente senza offesa, Cavaliere, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in Aa.Vv., *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di Giostra - Insolera, Milano,

cora una volta sull'asserito bene giuridico del «dovere di lealtà del cittadino verso le istituzioni dalle quali riceve un beneficio economico», per evidenziare che si tratta di un "bene" dai contorni eccessivamente sfumati che, come traspare anche dall'analisi della giurisprudenza promotrice della pronuncia delle Sezioni Unite, tende a confondersi con la *ratio*[18] e che risulta privo della necessaria determinatezza richiesta per elevare un mero interesse a bene giuridico degno di tutela in sede penale[19]. Ed ancora, si ritiene che la conseguente eccessiva anticipazione della tutela, magistralmente stigmatizzata nella sentenza in commento, oltre a determinare una violazione del principio di offensività nelle sue due declinazioni, crei forti tensioni anche con altri principii che orientano il diritto penale del fatto e, cioè, l'*extrema ratio*, la frammentarietà, la determinatezza/tassatività e, non da ultimo, la funzione rieducativa della pena. Con particolare riguardo a quest'ultimo profilo, si manifesta la difficoltà di immaginare la predisposizione di un trattamento di reinserimento sociale da proporre al "cattivo cittadino" che ha mentito senza, tuttavia, aver ricevuto nulla di più di quanto dovuto in base alla normativa in vigore al momento del fatto.

In definitiva, l'impostazione minoritaria sembra esaltare il "cittadino modello" e criminalizzare chi non rientra in questo paradigma, senza premurarsi di relazionare la fattispecie di reato con i principii costituzionali del diritto penale e, anzi, offrendo una lettura della norma che induce a ricondurre la fattispecie nella categoria dei c.d. reati di pura creazione legislativa[20] e a recepire una lettura dell'illecito orientata al panpenalismo[21].

Condivisibile, invece, la decisione delle Sezioni Unite, anche se, forse, sarebbe stata auspicabile una maggiore precisione sotto il profilo dogmatico nel momento in cui sono stati analizzati i rapporti tra dolo specifico e principio di offensività. Ad avviso di chi scrive, i giudici avrebbero potuto precisare *expressis verbis* – facendo così chiarezza anche circa la concezione del reato recepita in sentenza – che la funzione assolta dal dolo specifico con riguardo al profilo oggettivo del reato è costituita

1998, 156, ove l'Autore afferma: «Ammettere che il principio di offensività possa essere derogato in relazione ad intere categorie di reati, e per di più in ambiti parzialmente indefiniti, ovvero ogni volta che esigenze generalpreventive lo richiedano, equivale a disattendere il carattere vincolante del principio».

18 Sull'argomento, v. per tutti Moccia, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, voce in *Enc. giur. XXII*, Roma, 1990, 5.

19 Pulitanò, *La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione*, in *Quest. Crim.*, 1981, 111-113.

20 Sul punto, v. Fiandaca – Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014, 412: ove si sottopongono a critica i «delitti c.d. di pura creazione legislativa, cioè tipi di illecito penale che sono tali per volontà del legislatore, senza che ad essi preesista una corrispondente e diffusa disapprovazione sociale». V. anche Fiandaca, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364 del 1988*, in *Foro it.*, 1988, I, 1385 ss.

21 V. Cupelli, *Come nasce il panpenalismo. Un esempio*, in *Sistema penale web*, https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/cupelli-come-nasce-il-panpenalismo-un-esempio. V. anche Giraldi, *Reddito di cittadinanza e simbolismo strumentale: un'auspicabile deframmentazione del diritto penale*, cit., 105; Carani, *Una prima lettura della disciplina penale in materia di reddito di cittadinanza*, in *Cass. pen.*, 2021, 3; Riverso, *Reddito di cittadinanza: assistenza alla povertà o governo penale dei poveri?*, cit., nella parte in cui afferma: «In linea con il cattivismo populista dell'epoca, il legislatore ha puntato ad incutere timore. Ed il rigorismo emerge soprattutto dall'automatismo applicativo che connota l'irrogazione di ogni conseguenza sanzionatoria».

dall'individuazione dell'evento voluto dal soggetto agente, elemento che, unitamente alla condotta, rappresenta uno dei due termini del giudizio di pericolo concreto che deve essere emesso di volta in volta dal giudice di merito[22].

Un'ulteriore questione incidentalmente trattata nel corpo delle motivazioni della pronuncia[23] concerne l'attuale rilevanza penale delle condotte astrattamente sussumibili nelle fattispecie di cui all'art. 7 d.l. n. 4/2019 realizzate prima del 1.1.2024. Occorre, cioè, domandarsi se, a seguito delle disposizioni intervenute in materia, i fatti rientranti nelle disposizioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 7 non costituiscano più reato.

Per rispondere al quesito è preliminare procedere ad una attenta analisi del quadro normativo.

Brevemente, tra le norme che contribuiscono a disciplinare il fenomeno, rivestono fondamentale importanza:

1. l'art. 1 comma 318, l. 29 dicembre 2022, n. 197, così come modificato dall'art. 13 d.l. del 4/5/2023 n. 48, che recita: «A decorrere dal 1° gennaio 2024 gli articoli da 1 a 13 del decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2019, n. 26, sono abrogati ad eccezione degli articoli 4, comma 15-*quater*, 6, comma 2, commi da 6-*bis* a 6-*quinquies* e comma 7-*bis*, 8-*bis*, 9-*bis*, 10, comma 1-*bis*, 11, 11-*bis*, 12, commi da 3 a 3-*quater* e 8 e 13, comma 1-*ter*»;
2. l'art. 13 co. 4 d.l. 4.5.2023 n. 48 conv. con modif. dalla l. 3 luglio 2023, n. 85, che recita: «All'articolo 1, comma 318, della legge 29 dicembre 2022 n. 197, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «ad eccezione degli articoli 4, comma 15-*quater*, 6, comma 2, commi da 6-*bis* a 6-*quinquies* e comma 7-*bis*, 8-*bis*, 9-*bis*, 10, comma 1-*bis*, 11, 11-*bis*, 12, commi da 3 a 3-*quater* e 8 e 13, comma 1-*ter*», norma che integra e modifica l'art. 1 co. 138;
3. l'art. 13 co. 3 del d.l. 4 maggio 2023 n. 48 citato. che recita: «Al beneficio di cui all'articolo 1 del decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge dalla legge 28 marzo 2019, n. 26, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'articolo 7 del medesimo decreto-legge, vigenti alla data in cui il beneficio è stato concesso, per i fatti commessi fino al 31 dicembre 2023»;
4. l'art. 13 co. 1 d.l. 4 maggio 2023, n. 48citato, che recita: «I percettori del reddito di cittadinanza e della pensione di cittadinanza di cui al decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2019, n. 26, mantengono il relativo beneficio sino alla sua naturale scadenza e comunque non oltre il 31 dicembre 2023, nel rispetto delle previsioni di cui al citato decreto-legge n. 4

[22] Per una diversa impostazione, v. Affinito –Cellini, *Il reddito di cittadinanza tra procedimento amministrativo e processo penale*, cit., 8, 12, secondo cui l'irrilevanza penale nel caso di false dichiarazioni da parte di chi possiede i requisiti richiesti dalla normativa deriva dalla mancanza del dolo specifico: «L'area di rilevanza penale del fatto, particolarmente ampia rispetto alla condotta, viene condivisibilmente ristretta proprio con la previsione dell'ulteriore elemento del dolo specifico: ciò permette di ritenere, di fatto, che il soggetto attivo del reato possa essere solo colui che non abbia diritto al conseguimento del beneficio, escludendo così dal perimetro applicativo della norma la condotta dell'individuo che non abbia correttamente comunicato la possidenza dei requisiti pure richiesti, ovvero abbia omesso la comunicazione di elementi patrimoniali o qualità personali rilevanti ai fini del (comunque) legittimo conseguimento del beneficio, difettando in tal caso la prova del dolo specifico».

[23] Cass. pen., Sez. Un., sent. n 49686 del 2023, p. 8.

del 2019. È, altresì, fatto salvo il godimento degli incentivi di cui all'articolo 8 del medesimo decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4, per i rapporti di lavoro instaurati entro il 31 dicembre 2023».

La lettura delle disposizioni appena richiamate consente di individuare alcuni punti fermi:

a) la misura del reddito di cittadinanza è rimasta in vigore fino alla data del 31.12.2023;
b) dal 1.1.2024 il sussidio di cui all'art. 1 d.l. 29 gennaio 2019, n. 4 è stato "sostituito" dall'assegno di inclusione;
c) le disposizioni contemplate nel d.l. n. 4/2019 sono state abrogate ad eccezione degli articoli 4, co. 15-*quater*, 6, co. 2, co. da 6-*bis* a 6-*quinquies* e co. 7-*bis*, 8-*bis*, 9-*bis*, 10, co. 1-*bis*, 11, 11-*bis*, 12, co. da 3 a 3-*quater* e 8 e 13, co. 1-*ter*;
d) le disposizioni di cui all'art. 7 d.l. n.4/2019, vigenti alla data in cui il beneficio è stato concesso, continuano ad applicarsi per i fatti commessi fino al 31 dicembre 2023.

In definitiva, il legislatore con riguardo all'applicazione dell'art. 7 d.l. n. 4/2019 ha tentato di delineare gli strumenti per far fronte a problematiche che sarebbero potute insorgere in due periodi e, cioè, dal 29.12.2022 al 31.12.2023 e dal 1.1.2024 in poi.

Per quanto concerne il primo periodo di tempo, con l'introduzione degli artt. 13 co. 3, d.l. n. 48/2023, specificando che al beneficio del reddito di cittadinanza continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'articolo 7 per i fatti commessi fino al 31 dicembre 2023, è stata offerta una immediata risposta agli inconvenienti evidenziati dalla dottrina a seguito della lettura dell'art. 1 co. 138, l. 29.12.2022, n. 197. In particolare, attraverso la norma menzionata è stato evitato il potenziale effetto criminogeno che avrebbe potuto alimentare la norma abrogatrice del reato di cui all'art. 7, in quanto essa avrebbe potuto indurre a realizzare condotte illecite fino al 31.12.2023 con la consapevolezza, da parte dell'agente, di poter successivamente beneficiare degli effetti previsti dall'art. 2 c.p. in seguito all'abrogazione del reato[24]. In altri termini, la norma ha avuto lo scopo di evitare una sorta di legittimazione (o istigazione) alla realizzazione di condotte illecite[25].

[24] Una questione simile, relativa alla efficacia posticipata delle norme contemplate nel d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 è stata trattata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 151/2023, in cui si precisa che «l'ordinanza muove, infatti, dall'erroneo convincimento che il differimento dell'entrata in vigore abbia inciso sulla efficacia delle singole disposizioni contenute nel d.lgs. n. 150 del 2022, e non sull'atto normativo stesso e sulla conseguente obbligatorietà dell'insieme dei suoi contenuti. In questo modo, il rimettente ha confuso la situazione che si sarebbe venuta a creare nell'ipotesi in cui, decorso il termine di *vacatio legis*, i contenuti del d.lgs. n. 150 del 2022 fossero divenuti efficaci quale conseguenza dell'entrata in vigore dell'atto, ma la loro applicabilità fosse stata differita nel tempo, dalla situazione (realmente verificatasi) in cui, invece, l'atto stesso non ha mai acquisito vigenza. In tale ultimo caso, i contenuti dell'atto (e, tra essi, l'estensione del regime di procedibilità a querela per i delitti per cui si procede nel giudizio a quo) costituiscono un elemento il cui concreto rilievo, al metro del principio di retroattività della *lex mitior*, è inibito dal non aver conseguito l'atto stesso alcuna efficacia obbligatoria».

[25] Sul punto, v. anche Messori, *Risvolti intertemporali dell'abrogazione del reddito di cittadinanza e dell'introduzione del reddito di inclusione: una deroga ragionevole alla retroattività favorevole con il d.l. 4 maggio 2023, n. 48*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2023, 6, https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2023/06/Messori_gp_2023_6.pdf; Gatta, *Reddito di cittadinanza e "abrogatio per aberratio" delle norme penali: tra* abolitio criminis *e possibili rimedi*, in *Sistema penale*, 2023 «L'abrogazione inconsapevole – con ogni probabilità colposa – delle

In merito al secondo periodo, cioè dal 1.1.2024 in poi, attraverso l'introduzione dell'art. 13 co. 3, d.l. 4 maggio 2023 n. 48, è stato espressamente stabilito che continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'articolo 7 d.l. n. 4/2019, vigenti alla data in cui il beneficio è stato concesso, per i fatti commessi fino al 31 dicembre 2023.

Ebbene, si ritiene che la disposizione di cui all'art. 13 co. 3 d.l. n. 48/2023 costituisca una norma "speciale" o "integrativa", approvata con lo scopo precipuo di escludere l'inefficacia della reazione sanzionatoria prevista dall'ordinamento in caso di violazione dell'art. 7 co. 1 e 2 d.l. n. 4/2019 per i fatti commessi fino al 31.12.2023 e che essa sia stata inserita per dirimere eventuali contrasti dottrinali e giurisprudenziali che sarebbero potuti sorgere a seguito della entrata in vigore della norma in forza della quale è stata prevista l'abrogazione a decorrere dal 1° gennaio 2024 degli articoli da 1 a 13 del d.l. n. 42019, ad eccezione delle disposizioni più volte richiamate in precedenza.

Pertanto, la disposizione successiva (quella del luglio 2023) ha escluso l'inefficacia dell'art 7 d.l. n. 4 /2019 rispetto ai fatti posti in essere fino a quando il sussidio di cittadinanza era in vigore, con consequenziale superamento del dibattito che ha occupato intensamente dottrina e giurisprudenza più sensibili, concentrate sul problema della possibile applicazione degli artt. 316-*ter*, 483 e 489, 640-*bis* c.p. alle condotte astrattamente sussumibili nei delitti di cui all'art. 7 d.l. n. 4/2019.

In estrema sintesi, a seguito dell'entrata in vigore delle disposizioni finora menzionate, dal 1.1.2024 non è più possibile realizzare i reati di cui all'art. 7 d.l. n. 4/2019, e ciò, a ben vedere, costituisce l'immediato riflesso in sede penalistica del fatto che la misura del reddito di cittadinanza non esiste più; ma questo, in apparente deroga al principio di cui all'art. 2 co. 2 c.p., non significa che i delitti posti a tutela del patrimonio dell'ente siano stati abrogati. Anzi, il legislatore, con l'art. 13 co. 3 d.l. n. 48/2023, ritenendo ancora rilevante il disvalore sociale della condotta, ha espressamente escluso l'abrogazione, paralizzando gli effetti dell'art. 1 co. 138 l. 29 dicembre 2022, n. 197, con consequenziale applicabilità delle norme contemplate nell'art. 7 d.l. n. 4/2019 ai fatti commessi fino al 31.12.2023 anche dopo la definitiva scomparsa dall'ordinamento giuridico del reddito di cittadinanza[26].

In definitiva, il dato per cui dal 1.1.2024 il reato non sia più realizzabile neppure in astratto non significa che i delitti siano stati abrogati.

norme penali di cui si è detto sembra problematica per almeno due ragioni: l'una criminologica, l'altra giuridica. Sotto il primo profilo, anzitutto, si finisce per veicolare un pericoloso messaggio: quello dell'impunità per l'indebita percezione del sussidio, che sterilizza la capacità preventiva delle sanzioni penali comminate dalla legge. Sotto il secondo profilo, poi, vengono a porsi serie questioni e dubbi interpretativi che investono la disciplina di diritto intertemporale».

[26] Nella giurisprudenza di merito, v. la recente sentenza n. 22/2024 del Tribunale di Agrigento del 10.1.2024.

Riforma Cartabia e concordato in appello. Parola alla C.E.D.U.?

Pierandrea Setzu*

Sommario: 1. La sentenza 9188/2023. – **2.** Il diritto penale "materiale". – **3.** L'evoluzione del concordato con rinuncia ai motivi d'appello. – **4.** L'automatismo sanzionatorio. – **5.** Un istituto plasmato dalla dottrina. – **6.** Il contratto accusa/difesa. – **7.** Il ruolo del giudice. – **8.** La decadenza. – **9.** La facoltà. – **10.** La violazione del principio di eguaglianza. – **11.** L'inopportunità. – **12.** Conclusioni.

ABSTRACT

L'articolo analizza l'istituto del concordato con rinuncia ai motivi d'appello come modificato dalla cd. riforma Cartabia. L'autore si sofferma sugli evidenti aspetti penali "materiali" dell'istituto e si interroga sull'influenza del principio di retroattività della *lex mitior*.

The research analyzes the plea bargaining with complaint waiver on appeal judgment as modified by Cartabia's reform. The author focuses on evident "substantive" criminal aspects of the plea bargaining on appeal and questions their relevance according to the canon of lex mitior *retroactivity.*

1. La sentenza 9188/2023.

Il ricorrente si doleva di non aver potuto esercitare durante il giudizio di secondo grado la *facoltà* di concordato in appello, inizialmente preclusagli in ragione del titolo del reato associativo contestatogli, *facoltà* che gli sarebbe stata invece consentita al momento della celebrazione dell'udienza presso la Corte di cassazione sulla base del nuovo testo dell'art. 599-*bis* c.p.p., che vedeva il comma 2 e le sue preclusioni abrogate dall'art. 98 comma 1 lett. *a)* d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, entrato in vigore il 30 dicembre 2022[1], la cd. riforma Cartabia. A parere del ricorrente, era stata abrogata

* Avvocato del Foro di Cagliari.

[1] Bassi, *La riscrittura del concordato in appello*, in Aa.Vv., *La riforma del sistema penale*, a cura di Bassi e Parodi, Milano, 2022, 281 ss.; Oggero, *Il concordato in appello*, in Aa.Vv., *Relazione su novità normativa. La "riforma Cartabia"*, Roma, 2023, in *www.cortedicassazione.it*, 170 ss.; Capone, *Le impugnazioni tra speditezza e garanzie*, in *DPP*, 2023, 1, 187 ss.; Livreri, *Ancora una modifica del concordato sui motivi d'appello*, in Aa.Vv., *La riforma Cartabia*, a cura di Spangher, Pisa, 2022, 615 ss.; La Rocca e Mangiaracina, *Le impugnazioni ordinarie: tra "efficienza" e snellimento*, in Aa.Vv., *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, a cura di Castronuovo, Donini, Mancuso e Varraso, Milano, 2023, 915 ss.; Lorenzetto, *sub art. 599 bis c.p.p.*, in Aa.Vv., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda e Spangher, t. III, VI ed., Milano, 2023, 1587 ss.

una norma sì di diritto processuale penale ma con diretti effetti sostanziali, che doveva godere d'efficacia retroattiva in quanto *mitior.*

La Suprema Corte dichiarava la censura *del tutto priva di pregio*: «L'effetto abrogante, riguardando una disposizione di natura processuale, in mancanza di una apposita disciplina transitoria soggiace al principio *tempus regit actum*[2]».

La sentenza non affrontava il punto nevralgico della questione, cioè se l'art. 599-*bis* c.p.p. nella parte novellata dalla riforma Cartabia, poteva o meno dirsi norma di diritto penale *materiale* secondo la giurisprudenza europea, come tale soggetta al principio di retroattività della *lex mitior*[3], oppure meramente processuale.

La pronuncia avrebbe dovuto confrontarsi con la giurisprudenza sovranazionale ma privilegiava quella interna, impostazione che si ripercuoteva irrimediabilmente sullo sviluppo della sua ricostruzione, sotto molti profili lacunosa e conservatrice.

[2] Sul quale, Caponi, Tempus regit processum. *Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 2, 450 ss. e 459 ss.; Chiavario, *Norme processuali penali nel tempo: sintetica rivisitazione (a base giurisprudenziale) di una problematica sempre attuale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*; Conso, *Il problema delle norme transitorie*, in *Giust. pen.*, 1989, c. 130; De Francesco, *Sulle garanzie in materia di disciplina intertemporale della legge penale*, in *DPP*, 2014, 2, 224 ss.; Dinacci, *Le modifiche alla competenza, tra tempus regit actum e precostituzione del giudice*, in Aa. Vv., *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, coordinati da Gaito, Padova, 1996, 121; Foschini, *Successione di leggi processuali e nuovo grado di impugnazione*, in *RIDPP*, 1957, 825; Malvicini, *Appunti per uno studio sui rapporti fra disposizioni transitorie e diritto intertemporale tra fonti costituzionali e primarie*, in *www.osservatoriosullefonti.it*; Montagna, *L'applicazione delle nuove regole nei procedimenti in corso*, in Aa.Vv., *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 204 ss.

[3] Sul punto, Di Giovine, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in *https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/*; Mazzacuva, *L'interpretazione evolutiva del* nullum crimen *nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in Aa.Vv., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes e Zagrebelsky, Milano, 2011, 426; Pinelli, *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur. cost.*, 2011, 3021; Scaccianoce, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e so-vranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *www.archiviopenale.it*; Viganò, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/; Id., *Retroattività della legge penale più favorevole*, *ivi*.

2. Il diritto penale "materiale".

Nella traduzione italiana delle sentenze di Strasburgo, il diritto penale sostanziale è denominato *materiale*[4], utilizzando l'espressione di un grande Maestro[5]: in proposito non rileva la sua denominazione interna, bensì la sua ascrivibilità alla categoria delle disposizioni concernenti la severità della pena[6] oppure che definiscono i reati e le pene che li reprimono[7]. I giudici europei elaboravano una nozione di disposizione penale materiale autonoma rispetto agli ordinamenti interni, ancorata alla sussistenza dei tre criteri alternativi[8] noti come *Engel criteria*[9]:

a) il *nomen iuris* interno, criterio comunque non vincolante a livello sovranazionale[10]; ad esempio, il caso Engel aveva ad oggetto sanzioni disciplinari militari, inizialmente escluse dal novero delle sanzioni penali propriamente dette dall'ordinamento di appartenenza[11];
b) La natura dell'infrazione, qualificabile come penale quando la norma contiene un precetto astratto e mira a tutelare interessi generali della collettività[12];

---

4 Così CEDU, 17 settembre 2009, ric. n. 10249/03, Scoppola c. Italia, in *CP*, 2010, 832, con nota di Ichino, *L'affaire "Scoppola c. Italia" e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo* ed in *RIDPP*, 2010, 1396, con nota di Di Paola, Gutta cavat lapidem*: in assenza del legislatore*; CEDU 27 aprile 2010, ric. 58572/00, Morabito c. Italia, in *https://hudoc.echr.coe.int*.
In dottrina, Gambardella, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio della legge penale più favorevole*, in *CP*, 2010, 2020 ss.; Galluzzo, *Retroattività dell'art. 442 c.p.p.: agli sgoccioli l'era del* tempus regit actum, in *www.archiviopenale.it*; Manes, *Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada)*, in www.questionegiustizia.it ; Pecorella, *Il caso Scoppola davanti alla corte di Strasburgo*, in *RIDPP*, 2010, 397; Viganò, *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

5 Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1946, 8.

6 CEDU, 17 settembre 2009, ric. n. 10249/03, Scoppola c. Italia, cit.

7 CEDU, 27 aprile 2010, ric. 58572/00, Morabito c. Italia, cit.

8 CEDU, 25 agosto 1987, ric. 9912/1982, Lutz c. Germania, § 55, in https://hudoc.echr.coe.int/.

9 CEDU, 8 giugno 1976, ric. 5100/71, 5101/71, 5102/71, Engel c. Paesi Bassi, § 81 - 83, in *Riv. dir. internaz.*, 1980, 83; sul punto anche CEDU, 9 ottobre 2003, ric. 39665/1998 e 40086/1998, Ezeh e Connors c. UK, § 82, in *https://hudoc.echr.coe.int/*; CEDU, 2 settembre 1998, ric. 26138/1995, Lauko c. Repubblica Slovacca, § 56, *ivi*; CEDU, 21 febbraio 1984, ric. 8544/1979, Ozturk c. Rep. federale Germania, § 53, in *RIDPP*, 1985, 894.
In dottrina, Angiolini, *Nulla poena sine lege*, in Aa.Vv., *Profili di procedura penale europea*, a cura di Ceresa Gastaldo e Lonati, Milano, 2021,299 ss.; Buzzelli, Casiraghi, Cassibba, Concolino e Pressacco, *Diritto a un equo processo*, in Aa.Vv., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis e Viganò, Torino, 2016, 134 ss.; Caneschi, *La nozione di "accusa" in materia* penale, in Aa.Vv., *Profili di procedura penale europea*, cit., 154.

10 CEDU, 9 febbraio 1995, ric. 17440/1990, Welch c. UK, in *https://hudoc.echr.coe.int/*; CEDU 28 giugno 2018, ric. 1828/2006, G.I.E.M. c. Italia, *ivi*.

11 Sul punto, Bianchi, *Il problema della "successione impropria": un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema punitivo*, in *RIDPP*, 2014, 322 ss., 341; Goisis, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 337 ss.; Id., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014, 1.

12 CEDU, 23 novembre 2006, ric. 73053/2001, Jussila c. Finlandia, §38, in *https://hudoc.echr.*

c) la severità della sanzione: è penale una sanzione dal carattere repressivo e preventivo, non solo risarcitorio o indennitario, in grado di incidere, anche solo in via potenziale, sulla libertà personale[13].

Secondo la C.E.D.U., sono allora materialmente penali non solo le disposizioni nelle quali la componente di cura in concreto dell'interesse pubblico si affianca a finalità punitive, ma anche, più in generale, *ogni misura prevista dall'ordinamento come reazione alla commissione di un illecito purché connotata da un certo grado di severità, anche ove di tipo interdittivo o con finalità ripristinatorie – reali*[14].

La Corte slega l'applicabilità delle garanzie di matrice penalistica dal criterio della qualificazione formale attribuita dal singolo ordinamento nazionale. L'obiettivo è evitare la dispersione del *fascio delle tutele che aveva storicamente accompagnato lo sviluppo del diritto penale, ed alla cui difesa la C.E.D.U. è preposta*[15].

La natura sostanziale o processuale di una norma deve emergere dal suo contenuto effettivo; non è ammissibile un *tertium genus*[16], nei casi dubbi se ne deve *verificare il carattere prevalente e determinante, per stabilire poi, in base ad esso, la classificazione da attribuire alla disposizione stessa*[17]. È necessario valutare in concreto *l'intera cornice normativa* attraverso la *comparazione delle conseguenze effettivamente derivanti dall'applicazione dell'una o dell'altra norma*[18].

---

coe.int/; CEDU, 2 settembre 1998, ric. 2706/1995, Kadubec c. Repubblica Slovacca, § 52, *ivi*; CEDU, 24 febbraio 1994, ric. 12547/1986, Bendenoun c. Francia, § 47, *ivi*.

[13] CEDU, 27 agosto 1991, ric. 13057/1987, Demicoli c. Malta, § 34, in *https://hudoc.echr.coe.int/*; CEDU, 28 giugno 1984, ric. 7819/1977 e 7878/1977, Campbell e Fell c. UK, § 72, *ivi*.

[14] CEDU, 30 maggio 2006, ric. 38184/03, Matyjec v. Polland, § 58, in *https://www.echr.coe.int/home*; CEDU, 27 febbraio 1980, ric. 6903/75, Dewer c. Bélgique, *ivi*.

[15] Corte cost., 26 marzo 2015, 49, in www.giurcost.org; sul punto, Mazzacuva, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *RIDPP*, 2013, 1899 ss. e 1905; Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *www.penalecontemporaneo.it*; Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, *ivi*; Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *www.osservatorioaic.it*.

[16] Sul punto, Aa.Vv., *Trattato di diritto penale. Parte generale. Il diritto penale e la legge penale*, I, diretto da Cadoppi, Canestrari, Manna e Papa, Torino, s.d., 249; Ambrosetti, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, in Aa.Vv., *Commentario al Codice Penale*, diretto da Ronco, I, Bologna, 2006, 265; Gallo, *Appunti di diritto penale. La legge penale,* I, Torino, 1999, 128.

[17] Cass., sez. I, 23 giugno 2000 (c.c. 5 giugno), 7385, in *ANPP*, 2000, 524.
Invero parte della dottrina italiana elaborava la terza categoria delle c.d. norme processuali a rilevanza sostanziale, che pur appartenendo alla normativa di carattere processuale dovrebbero godere delle medesime garanzie delle norme di natura sostanziali in quanto a queste equiparabili, Gallo, *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, in *RIDPP*, 1965, 215; Siniscalco, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1987, 105 ss.; Toscano, *Successione di leggi penali e materia cautelare al vaglio della Suprema Corte* in *RIDPP*, 2014, 2010 ss.; sul punto, Mazza, *La norma processuale penale nel tempo*, in Aa.Vv., *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis e Voena, Milano, 1999, 172.

[18] Garofoli, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 2012, 242; così anche Fiandaca e Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 93.

Nel caso Scoppola[19], la C.E.D.U. condannava l'Italia perché al ricorrente era stato applicato uno *ius superveniens* definito meramente interpretativo a livello interno[20]: si rientrava però indiscutibilmente nel novero del diritto penale materiale, poiché l'oggetto delle norme era *interamente dedicato alla severità della pena da infliggere quando il processo si è svolto secondo la procedura semplificata*; esse avevano *uno scopo al tempo stesso repressivo e dissuasivo* poiché parlavano della *severità della pena da infliggere in caso di condanna... e non delle misure riguardanti l'esecuzione o l'applicazione di quest'ultima*[21].

La decisione ora in commento sintetizzava la sentenza Scoppola come *un caso nel quale l'imputato aveva formulato una richiesta di ammissione al rito abbreviato in un momento in cui tale rito era ammissibile, che era stata rigettata sul presupposto che la norma sopravvenuta più sfavorevole potesse avere una efficacia retroattiva*. In realtà la questione era decisamente diversa e molto simile a quella di specie: il problema risiedeva nei criteri di determinazione della pena finale concreta sulla base di uno *ius superveniens*.

Val la pena di ricordare che ai fini dell'esclusione della retroattività, la giurisprudenza sovranazionale prende in considerazione solo norme che comportano conseguenze squisitamente processuali come l'utilizzabilità[22] o la valutazione[23] di una prova, la nuova regolamentazione dei termini per la presentazione di un ricorso[24] e non si traducono direttamente nella misura e nella severità della sanzione finale limitativa della libertà personale dell'interessato, caratteristica invece presente nell'art. 599-*bis* c.p.p.

La nozione C.E.D.U. di norma penale materiale veniva fatta propria anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea[25], secondo la quale il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite appartiene alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e riveste rango di principio generale del diritto comunitario[26].

---

19 Sul quale Ambroselli, *La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla retroattività della lex mitior: applicabilità del giudizio-pilota a fattispecie ad esso assimilabili non pervenute alla Corte di Strasburgo. Questioni a margine della sentenza n. 210 del 2013 della Corte Costituzionale*, in *www.dirittifondamentali.it*; Gambardella, Lex mitior *e giustizia penale*, Torino, 2013, 47 ss.; Id., *il caso "Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 Cedu garantisce anche il principio di retroattività della legge più favorevole*, in *CP*, 2010, 2020 ss.; Palmieri, *Il giudizio*, in Aa.Vv., *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di Gianniti, Bologna, 2013, 1448 ss.

20 Si trattava in particolare degli artt. 7 ed 8 d.l. 24 novembre 2000, n. 341, conv. dalla l. 19 gennaio 2001, n. 4, inserite nel Capo III del testo di legge, rubricato "Interpretazione autentica dell'articolo 442 comma 2 del codice di procedura penale e disposizioni in materia di giudizio abbreviato nei processi per i reati puniti con l'ergastolo".

21 Sul punto anche CEDU, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito, in *https://www.echr.coe.int/*; CEDU, 12 febbraio 2008, ric. 21906/2004, Kafkaris c. Cipro, *ivi*.

22 CEDU, 13 novembre 2014, ric. 43952/2009, Bosti c. Italia, in *https://hudoc.echr.coe.int/*.

23 CEDU, 12 aprile 2007, ric. 20402/2003, Martelli c. Italia, in *https://hudoc.echr.coe.int/*.

24 CEDU, 10 luglio 2007, ric. 45989/2006, Rasnik c. Italia, in *https://hudoc.echr.coe.int/*; CEDU, 12 febbraio 2004, RIC. 7856/2002, Mione c. Italia, *ivi*.

25 CGUE, 26 febbraio 2013, c. C-617/10, Åklagaren c. Hans ÅkerbergFransson, § 35, in *https://e-justice.europa.eu/*.

26 CGUE, 3 maggio 2005, c. C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi +, in *https://e-justice.europa.eu/*; sul punto, Allena, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività - determinatezza e la prevedibilità*, in *www.iris.unibocconi.it*.

Non poteva essere taciuto che successivamente al Caso Scoppola, l'Italia veniva altrettanto clamorosamente condannata per non aver annoverato altre disposizioni nell'alveo del diritto penale materiale, concetto evidentemente ostico a livello interno[27].

3. L'evoluzione del concordato con rinuncia ai motivi d'appello.

La mancanza di specifiche previsioni transitorie in tema di concordato con rinuncia ai motivi d'appello[28] non può tradursi in una lacuna del diritto, poiché *nessuna situazione giuridica nel momento della successione fra norme rimane priva di regole, ma o resta regolata dalla vecchia norma o viene sottoposta alla nuova*[29]. Gli Autori invitano alla cautela sul "terreno scivoloso" del diritto intertemporale[30].

Già con riferimento alle precedenti novelle, la Corte di cassazione stabiliva la natura meramente processuale dell'art. 599-*bis* c.p.p. Tali pronunce però avevano ad oggetto singoli aspetti squisitamente processuali, come il consenso prestato dal Procuratore generale in epoca antecedente all'entrata in vigore stessa delle riforme[31]; oppure deducevano la natura sostanziale dell'istituto senza far riferimento alla lettura convenzionalmente orientata dello stesso[32].

L'interpretazione aderente alla *littera legis* non può fare a meno di rilevare l'incidenza *quoad poenam* del concordato. Infatti, a mente del secondo periodo del primo comma dell'art. 599 *bis* c.p.p., *se i motivi dei quali viene chiesto l'accoglimento com-*

[27] CEDU, 4 marzo 2014, ric. n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010, Grande Stevens c. Italia, in *https://hudoc.echr.coe.int*; CEDU, 9 novembre 1999, ric. 35260/97, Varuzza c. Italia, *ivi*; CEDU, 21 marzo 2006, ric. 70074/01, Valico c. Italia, *ivi*; CEDU, 7 settembre 2011, ric. 43509/08, Menarini c. Italia, *ivi*.

[28] Sul quale Natalini, *Relazione 68/2022 su novità normativa. Disciplina transitoria e prime questioni di diritto intertemporale del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, come modificato dall'art. 6 del decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162*, in *www.cortedicassazione.it*.

[29] Rescigno, *voce Disposizione. IV) Disposizioni transitorie*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 230.

[30] Galgani, *Diritto probatorio e successione di leggi nel tempo.* Tempus regit actum?, Torino, 2012, 67 ss.; Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, I, *Promesse e disposizioni preliminari*, Torino, 1991, 47 ss.; Leone, *Il tempo nel diritto penale sostantivo e processuale*, Napoli, 1974, *passim*; Lozzi, *La successione delle leggi processuali penali nel tempo e le disposizioni transitorie del nuovo codice di procedura penale*, in Id., *Riflessioni sul nuovo processo penale*, Torino, 1990, 73; Mazza, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, 91; Mencarelli, *Tempo e processo, Profili sistematici*, in *Giust. pen.*, 1975, III, c. 2 ss.; Pinna, *La disciplina intertemporale*, in Aa.Vv., *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di Bargis e Caprioli, Torino, 2007, 279; Quadri, *sub art. 11*, in Aa.Vv., *Commentario al codice civile. Disposizioni sulla legge in generale*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1974, 43; Tribisonna, *Specificità dei motivi d'appello e successione di leggi processuali nel tempo: la nascita dell'aspettativa alla valutazione di ammissibilità dell'impugnazione*, in *www.archiviopenale.it*; Trinti, *Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato. Possibili prospettive di mitigazione*, in https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/.

[31] Cass., Sez. IV, 8 maggio 2018 (c.c. 29 marzo), 20112, in www.cortedicassazione.it.

[32] Cass., Sez. V, 20 giugno 2019 (c.c. 23 maggio), 27626, in www.cortedicassazione.it. Sul punto, Dean, *Accordo tra le parti sull'accoglimento dei motivi d'appello e regime transitorio*, in *Giur. it.*, 1990, II, c. 173.

portano una nuova determinazione della pena, il pubblico ministero, l'imputato e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria indicano al giudice anche la pena sulla quale sono d'accordo[33].

La prassi stimolata dalla libertà devolutiva registra la maggior parte degli accordi in punto di pena oppure nel riconoscimento e relativa quantificazione della sua riduzione per circostanze attenuanti comuni o ad effetto speciale[34].

D'altra parte, l'originario legislatore delegante aveva delineato l'istituto come *un procedimento in camera di consiglio nel contraddittorio tra le parti quando l'impugnazione ha esclusivamente per oggetto la specie o la misura della pena, la concessione delle circostanze attenuanti generiche o l'applicabilità di sanzioni sostitutive, o la concessione di benefici di legge*[35].

In definitiva, secondo un approccio letterale, storico e pratico, gli effetti concreti ed immediati di carattere sostanziale derivanti dall'applicazione dell'istituto sono innegabili e ne comportano la sussunzione nel *genus* del diritto penale materiale.

4. L'automatismo sanzionatorio.

La sentenza 9188/2023 escludeva l'automatico effetto premiale del concordato con rinuncia ai motivi d'appello, invece indiscutibilmente presente nel rito abbreviato. È senz'altro vero che la sola scelta di giudizio abbreviato determina l'automatica riduzione della pena inflitta dal giudice in prime cure. Ma è altresì vero che l'accoglimento della proposta di concordato determina altrettanto automaticamente il miglioramento del trattamento sanzionatorio del reo, senza che il giudice possa modificarne i termini, potendo solo decidere se ratificarlo o procedere oltre.

In sostanza, se nel giudizio abbreviato l'automatica riduzione scatta dalla concatenazione *scelta del rito → sentenza*, nel concordato si innesca dal rapporto *accordo → ratifica da parte del giudice*.

Né può sostenersi che la riduzione di pena sia indeterminata: a differenza del giudizio abbreviato, dove i canoni di riduzione della pena sono predeterminati dal legislatore, nel concordato sono pianificati dalla magistratura.

Infatti, a mente del comma 4 dell'art. 599-*bis* c.p.p., spetta al Procuratore generale territoriale indicare i criteri idonei ad orientare la valutazione dei magistrati del pubblico ministero in udienza, sentiti i magistrati dell'ufficio, i Procuratori della Repubblica del distretto e tenuto conto della tipologia dei reati nonché della complessità dei procedimenti[36]. Si tratta di criteri scritti predeterminati, il cui rispetto non è tuttavia

---

[33] Sul punto, Cass., Sez. I, 13 gennaio 2020 (c.c. 23 ottobre 2019), 944, M., in *C.E.D. Cass.*, Rv. 278170; Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2019 (c.c. 11 settembre), 43641, in *www.cortedicassazione.it*; Cass., Sez. II, ord. 9 luglio 2018 (c.c. 1° giugno 2018), 30990, Gueli, in *C.E.D. Cass.*, rv. 272969.

[34] Sul punto, Pardo e Ingrao, *La riforma delle impugnazioni penali (L. Orlando)*, Milano, 2017, 36 e 39.

[35] Art. 2 l. 16 febbraio 1987, n. 81 avente ad oggetto la "delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale".

[36] Sul punto, Giunchedi, *Il concordato anche con rinuncia ai motivi di appello*, in *www.archiviopenale.it*, 15; Lavarini, *La riedizione del concordato sui motivi di appello fra vecchie e nuove ambiguità*, in Aa.Vv., *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, a cura di Bargis e Belluta, Torino, 2018, 45; critica sui parametri indicati dal legislatore, Spagnolo,

presidiato da alcuna invalidità, nemmeno a livello disciplinare[37]. Nell'ottica del legislatore, essi debbono preservare dal pericolo di eccessivo ribasso sanzionatorio.

Successivamente all'entrata in vigore della riforma Cartabia, numerose Procure generali rielaboravano i criteri orientativi del concordato in appello[38]. Tutte stabilivano in via ordinaria una massima riduzione di pena pari ad 1/6 in caso di procedimento svolto con rito abbreviato in prime cure e di 1/3 in caso di rito ordinario; in caso di riduzioni superiori, è necessario il visto del capo dell'ufficio.

Secondo le direttive delle PG, i motivi oggetto dell'accordo vanno valutati con particolare oculatezza, specie con riferimento ai reati per il quale il rito era prima precluso ed al codice rosso (così la PG di Bologna); debbono essere sorretti da una concreta e puntuale ragione, quale elevati margini di successo del gravame[39] o l'esistenza di circostanze attenuanti non concesse o, se del caso, una diversa qualificazione del fatto (così il PG messinese), ritenendo preferibile evitare l'accordo sull'insussistenza degli elementi oggettivi del fatto o dell'elemento psicologico. In ogni caso, è raccomandato di *accogliere tendenzialmente la proposta di concordato in presenza di documentate, concrete e adeguate attività riparatorie e/o riconcialiative e/o risarcitorie* (così sempre il PG di Messina).

La standardizzazione delle riduzioni di pena da parte delle Procure generali ne determinava la tipizzazione, dando luogo ad una legittima aspettativa da parte dell'interessato. L'uniformità dei criteri nasceva dall'esigenza di garantire una gestione equilibrata degli accordi, evitare disparità e sperequazioni territoriali in grado di svilire le potenzialità dell'istituto[40]: già in passato la comunità scientifica ne sollecitava una

Il concordato in appello, in Aa.Vv., *Le impugnazioni penali dopo la riforma*, a cura di Pulvirenti, Torino, 2018, 162.

37 Ingrao, *La riforma del processo di appello e l'istituto del concordato in appello*, in *il Penalista. it*, 14 luglio 2017, 6; Lorenzetto, *L'appello nell'età della restaurazione*, in *Giur. it.*, 2017, 2282; Spagnolo, *Il concordato in appello*, cit., 163.

38 I criteri della PG di Roma sono reperibili al seguente link: *https://www.ordineavvocatiroma.it/wp-content/uploads/2023/04/Linee_guida_del_concordato_in_appello.pdf*.
I criteri della PG di Messina sono reperibili al seguente link:
https://ordineavvocatimessina.it/resources/uploads/news/scans-temp-20230509121209-612.pdf.
I criteri della PG di Bologna sono reperibili al seguente link: *https://www.camerapenale-bologna.org/wp-content/uploads/2023/04/3161.pdf* .
Quelli della PG di Perugia sono reperibili al seguente link: *file:///C:/Users/Avv.%20Piero/Desktop/Downloads/4_procura-generale-pg_criteri_in_materia_di_concordato_in_appello_-_art-_599_bis_comma_4_c-p-p.pdf*.

39 Peccato che il gravame sia interamente devolutivo mentre l'appello no...

40 Gialuz, Cambiale e Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org; Macchia, *Le novità dell'appello: rinnovazione dell'appello, concordato sui motivi, ivi*; Marandola, *Il ritorno del concordato sui motivi d'appello*, in Aa.Vv., *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, a cura di Baccari, Bonzano, La Regina e Mancuso, Milano, 2017, 406, auspicava l'unificazione nazionale dei criteri; sul punto, Chinnici e Scaccianoce, *Il legislatore scopre "ancora una volta" il concordato sui motivi d'appello e "per la prima volta" la prova orale nell'immediatezza*, in *AP, La giustizia penale riformata. Supplemento*, 2018, 1, 675.

definizione legislativa[41] collocata quantomeno all'interno delle disposizioni dell'ordinamento giudiziario[42]. Sotto questo punto di vista, l'istituto si dimostrava meccanico quanto un rito alternativo e svelava il suo volto penale materiale poiché in grado di incidere in maniera uniforme sul *quantum* di pena: la decurtazione di pena si traduceva in anni di reclusione in meno. In sostanza, nel concordato sui motivi d'appello non difettava il carattere di automatica riduzione sanzionatoria, sebbene (d'accordo con la dominante dottrina) non premiale.

5. Un istituto plasmato dalla dottrina.

Il concordato con rinuncia ai motivi d'appello veniva plasticamente foggiato dalla letteratura scientifica[43]; la sua stessa denominazione si doveva ad un compianto Autore[44].

È evidente il suo carattere negoziale, peraltro unilateralmente irrevocabile: l'imputato lucra un miglioramento della propria situazione sanzionatoria a fronte di una deflazione dei carichi processuali[45]. Si tratta di un istituto di carattere ibrido, che per-

---

[41] Bargis, *Primi rilievi sulle proposte di modifica in materia di impugnazioni nel recente d.d.l. governativo*, in *https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/bargis_1_15.pdf*, 9; Ceresa Gastaldo, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 171; Marandola, P*rime riflessioni sul "nuovo" giudizio d'appello*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*; Spangher, *il "nuovo" giudizio di appello*, in *DPP*, 2017, 1328.

[42] Macchia, *Le novità dell'appello: rinnovazione dell'appello, concordato sui motivi*, cit.

[43] Sul punto Cass. S.U. 28 gennaio 2004, 5466, in *CP*, 2004, 1595.
Sul punto, Fiorio, *L'appello*, in Aa.Vv., *Le impugnazioni penali*, diretto da Gaito, Torino, 1998, 329, sostiene che le vicende che hanno investito il concordato sui motivi furono particolarmente tormentate; Gaeta e Macchia, *L'appello*, in Aa.Vv., *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, V, *Impugnazioni*, Milanofiori Assago, 2009, 589; Galati, *L'appello*, in Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Dean, Garuti e Mazza, *Procedura penale*, Torino, 2010, 488; Lavarini, *La riedizione del concordato sui motivi d'appello fra vecchie e nuove ambiguità*, in Aa.Vv., *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, a cura di Bargis e Belluta, Torino, 2018, 27 ss.; Spagnolo, *Il concordato in appello*, cit., 149 ss.

[44] Pisani, *Il pubblico ministero nel nuovo processo penale: profili deontologici*, in *RIDPP*, 1989, 181 ss.

[45] Cass., Sez. III, 24 novembre (u.p. 28 ottobre), 13484, Dell'Utri, in *www.latribunaplus.it*. Sul punto, Bargis, *Impugnazioni*, in Aa.Vv., *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso e Grevi, Padova, 2000, 786; Callari, *Il concordato sui motivi di appello e il mito della Fenice*, in *CP*, 2015, 12 ss.; Catalano, *L'accordo sui motivi di appello*, Milano, 2001, *passim*; Chinnici e Scaccianoce, *Il legislatore scopre "ancora una volta" il concordato sui motivi d'appello e "per la prima volta" la prova orale nell' immediatezza*, in *www.archiviopenale.it*; Chiavario, *Commento alla l. 16.2.1987*, in *LP*, 1987, 412, nt. 412; Id., *Nuovo regime delle impugnazioni. I limiti e i mancati equilibri di una riforma*, in Aa.Vv., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, VI, Torino, 1991, 11 ss.; Di Chiara, *Primi appunti in tema di «concordato» sui motivi di appello*, in *Giur. mer.*, 1990, II, 1054; Gironi, *Prime note in tema di «patteggiamento» in grado d'appello nel nuovo processo penale*, in *Foro it.*, 1990, II, 404; Mangiaracina, *sub art. 599 c.p.p.*, in Aa.Vv., *Codice di procedura commentato*, a cura di Gaito, II, Milanofiori Assago, 2012, 3662; Marandola, *Il ritorno del concordato sui motivi di appello*, in Aa.Vv., *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, Milano, 2017, 389 ss.; Suraci, *Il concordato sui motivi di appello*, in Aa.Vv., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di Spangher, Pisa, 2017, 249 ss.; Tonini, *Manuale di procedura penale*, XX ed., Milano, 2019, 966; Tranchina e Di Chiara, *voce Appello (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. III, Milano, 1999, 212.

segue un corretto punto di equilibrio tra le finalità deflative che ne rappresentano la fondamentale *ratio* e l'esigenza di non sacrificare sempre e comunque sull'altare della celerità processuale la congruità del trattamento sanzionatorio. La sua evoluzione storica e lessicale dimostra la costante ricerca di tale bilanciamento ma l'istituto restava sempre "incompreso" dal nostro legislatore[46], che non ne apprezzava l'importanza strategica[47] e si dimostrava più sensibile alle contingenti spinte emergenziali che ad un sereno lavoro di sistema[48].

Più volte ripudiato dall'ordinamento e sempre rimpianto dalla dottrina[49], il legislatore vi faceva costantemente ritorno: veniva ribattezzato "patteggiamento in appello", a dimostrazione dell'indiscutibile simbiosi con l'omonimo rito che tuttora ne segna le sorti[50] resa ancor più stretta dall'omogeneizzazione fra, da una parte, le preclusioni soggettive ed oggettive appena abrogate dalla riforma Cartabia e, dall'altra, quelle sussistenti per il patteggiamento cd. allargato, *ex* art. 444 comma 1 *bis* c.p.p.[51].

L'evoluzione storica dell'istituto svelava il suo prevalente carattere materiale. Inizialmente veniva depotenziato dalla Corte costituzionale[52], che lo riteneva in contrasto con la legge delega nella parte in cui consentiva alle parti di concordare sull'acco-

---

46 Così Lattanzi, *Il patteggiamento in appello: un incompreso*, in *CP*, 1990, II, 367 ss.; sul punto, Fiorio, *L'appello*, in Aa. Vv., *Le impugnazioni penali*, diretto da Gaito, Torino, 1998, 329; Giunchedi, *Il concordato anche con rinuncia ai motivi di appello*, cit., 3 ss.

47 Giunchedi, *Il concordato anche con rinuncia ai motivi di appello*, cit., 6.

48 Ceresa Gastaldo, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org; Gaito, *L'appello*, in Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Galantini, Filippi, Garuti, Mazza, Varraso e Vigoni, *Procedura penale*, Torino, 2018, 812.

49 Ceresa Gastaldo, *La Riforma dell'appello fra malinteso garantismo e spinte deflative*, cit., 170; Spangher, *Cassazione e appello. Le funzioni complementari del controllo*, in Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Milano, 2014, 163.

50 Caprioli, *La definizione concordata del processo in appello dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *RIDPP*, 1991, 626 ss.; Catalano, *L'accordo sui motivi d'appello*, Milano, 2001, 42 ss.; Galantini, *Note in tema di patteggiamento sui motivi d'appello*, in *CP*, 1994, 2578 ss.; critico Giunchedi, *Il concordato anche con rinuncia ai motivi di appello*, cit., 10; Nappi, *Ripristinato il patteggiamento in appello*, in *Gazz. giur.*, 1999, 2; Spangher, *Ritorno alle origini per il patteggiamento sui motivi d'appello*, in *DPP*, 1999, 145 ss..

51 Così Suraci, *Il concordato sui motivi di appello*, in Aa.Vv., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di Spangher, cit., 249 ss., che parla in proposito di "confusione concettuale" sebbene neghi le similitudini fra i due istituti; critici, sebbene su basi differenti, anche Marafioti, *La giustizia penale negoziata*, Milano, 1992, 33 ss.; Misiti, *Concordare non vuol dire patteggiare: analogie e differenze tra gli istituti di cui agli artt. 444 e 599 bis c.p.p.*, in *www.giuridicamente.com*; Scalfati, *Tomografia di una riforma*, in Aa.Vv., *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017*, Torino, 2017, 15.
Sul punto, Bargi, *La riforma c.d. "Orlando" tra istanze di rinnovamento e retaggi emergenziali della politica del "doppio binario"*, in *www.archiviopenale.it*.

52 Corte cost. 10 ottobre 1990, 435, in *Giur. cost.*, 1990, 2593; Spangher e Marandola, *Concordato in appello: basta equivoci*, in *Il penalista*, 21 agosto 2017.
In dottrina, Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2003, 1124; Galantini, *Note in tema di patteggiamento sui motivi di appello*, in *CP*, 1994, 2578; Lozzi, *Il nuovo processo penale dopo il primo anno di applicazione: preoccupazioni fondate e preoccupazioni inconsistenti*, in *LP*, 1991, 663; Sau, *Il procedimento in camera di consiglio ex art. 599, 4° co., c.p.p. dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Il giusto processo*, 1991, 367; Spangher, *Il concordato sui motivi e sulla pena nel giudizio d'appello*, in *Studium iuris*, 1996, 367.

glimento dei motivi anche al di fuori dei casi elencati dall'originario comma 1 dell'art. 599 c.p.p., ossia quando l'accordo non riguardava solo l'entità della pena. La Consulta evidenziava che l'istituto era indiscutibilmente adoperato per giungere ad accordi in punto di pena[53]: una volta amputato della sua prerogativa principale, il legislatore attuava una restaurazione con la l. 19 gennaio 1999, n. 14 per poi abrogarne integralmente la disciplina pochi anni dopo con l'art. 2 d.l. 23 maggio 2008, 92, conv. con modif. dalla l. 24 luglio 2008, n. 125: al concordato erano addebitati *lassismo sanzionatorio*, *svendita penale*[54].

La sentenza in commento tracciava una linea di demarcazione netta fra il concordato ed il patteggiamento propriamente detto[55], scrivendo che nel primo *difettano quei caratteri di premialità sostanziale che qualificano... il rito della applicazione della pena su richiesta delle parti di cui agli artt. 444 ss. c.p.p.*: venivano però trascurati gli evidenti tratti somatici comuni, evidenziati dal costante *lapsus* di denominare il concordato *patteggiamento in appello*[56], dal minimo comun denominatore negoziale, dalla fisionomia implicitamente[57] premiale dell'istituto, resa ancor più evidente dalle medesime preclusioni (ora venute meno), ambiguamente tipiche di un istituto premiale[58].

---

[53] La sentenza, infatti, circoscriveva l'ambito del negozio giuridico a "la specie o la misura della pena, anche con riferimento al giudizio di comparazione tra circostanze, o l'applicabilità delle circostanze attenuanti generiche, di sanzioni sostitutive, della sospensione condizionale della pena o della non menzione della condanna nel certificato penale".

[54] Albamonte, *Il cd. decreto sicurezza: profili di diritto processuale*, in *Giur. mer.*, 2009, 607; Bricchetti e Pistorelli, *Giudizio immediato per chi è già in carcere*, in *GD*, 2008, 23, 81; Pardo e Ingrao, *La riforma delle impugnazioni penali (L. Orlando)*, cit., 36; Piattoli, *Abrogato l'accordo sui motivi d'appello e sulla pena: intenti legislativi e riflessi di sistema,* in Aa.Vv., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125),* a cura di Mazza e Viganò, Torino, 2008, 338; Pezzella, *Carichi esigibili e produttività, ma anche qualità del decidere e rispetto del codice*, in *CP*, 2009, 2259; Siagura, *La negoziabilità della pena. Esperienze giuridiche a confronto*, Padova, 2015, 96; Spagnolo, *Commento all'art. 2 d.l. 23.5.2008, n. 92*, in *LP*, 2009, 163.
Contro l'abrogazione, Gaeta e Macchia, *L'appello*, cit., 594; Gaito, Spangher, Giunchedi, Santoriello, *Scopi della giustizia penale e politica processuale differenziata*, in Aa.Vv., *La giustizia penale differenziata*, I, *I procedimenti speciali*, coordinato da Giunchedi, Torino, 2010, XXII ss.; Monaco, *Patteggiamento tipico e allargato, patteggiamento sui motivi*, in *La giustizia penale differenziata*, I, *I procedimenti speciali*, cit., 653; Suraci, *Il concordato sui motivi di appello*, in Aa.Vv., *La riforma Orlando. Modifiche al codice penale, codice di procedura penale e ordinamento penitenziario*, a cura di Spangher, cit., 241 ss.

[55] Sul punto, Lavarini, *La riedizione del concordato sui motivi di appello fra vecchie e nuove ambiguità*, cit., 38.

[56] Cass., sez. VI, 13 giugno 1996 (c.c. 1° aprile), 6011, Lanzalotta, in *www.latribunaplus.it*.

[57] Giunchedi, *Il concordato anche con rinuncia ai motivi di appello*, cit., 13.

[58] Chinnici e Scaccianoce, *Il legislatore scopre "ancora una volta" il concordato sui motivi d'appello e "per la prima volta" la prova orale nell'immediatezza*, cit., par. 3; Lavarini, *La riedizione del concordato sui motivi di appello fra vecchie e nuove ambiguità*, cit., 38, nt. 39; Livreri, *Ancora una modifica del concordato sui motivi d'appello*, cit., 622; Spangher e Marandola, *Concordato in appello: basta equivoci*, in *Il penalista*, 21 agosto 2017. Spagnolo, *Il concordato in appello*, cit., 158, sebbene escluda il carattere premiale dell'istituto non comprendeva le ragioni "delle condizioni ostative".

6. Il contratto accusa/difesa.

Ulteriori considerazioni avvaloravano la materialità dell'istituto del concordato in appello. Era, infatti, affermazione riduttiva che l'intesa tra le parti ai fini del raggiungimento del concordato fosse finalizzata alla sola delimitazione del *thema decidendum* da devolvere al giudice dell'impugnazione: si trattava di una tesi suggerita dalla relazione al disegno di legge 23 giugno 2017, n. 103, cd. riforma Orlando[59], che reintroduceva l'istituto con dichiarati intenti deflativi[60] stabilendo disposizioni di chiaro *favor*[61].

Come posto immediatamente in luce dai commentatori[62], la fisionomia dell'istituto escludeva l'utilizzo per la sola delimitazione del *thema decidendum*: le parti, infatti, debbono dichiarare di accordarsi in tutto o in parte sui motivi di doglianza, con rinuncia irrevocabile agli altri, esaurendo l'intero *devolutum*, senza spazi residui per proseguire la discussione. La rinuncia all'impugnazione è presupposto essenziale dell'accordo[63] ed integra un negozio processuale di tipo abdicativo - recettizio in grado di cagionare l'estinzione dell'impugnazione nel momento stesso in cui perviene all'autorità giudiziaria che perde efficacia solo in caso di decisione difforme del giudice[64].

Non può allora eufemisticamente parlarsi di mera circoscrizione del *thema decidendum* quanto del suo integrale esaurimento con conseguente rideterminazione della sanzione; ad avvalorare questa ricostruzione milita la sostanziale preclusione al sindacato di legittimità a causa delle strettissime maglie riservate dall'art. 610 comma 5 *bis* c.p.p.[65]. L'esigenza deflativa dell'istituto sigilla l'esaustività dell'accordo.

---

[59] La *Relazione al d.d.l. n. 2798/C*, in *www.camera.it* indicava che il legislatore intendeva chiarire "la reale portata di concordato sui motivi più che di applicazione concordata della pena".

[60] Capraro, *Novità per l'appello: concordato sui motivi e obbligo di rinnovazione istruttoria*, in Aa.Vv., *La riforma della giustizia penale*, a cura di Scalfati, Torino, 2017, 201; Macchia, *Le novità dell'appello: rinnovazione dell'appello, concordato sui motivi*, in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org; Marandola, *Il ritorno del concordato sui motivi d'appello*, in Aa.Vv., *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017),* a cura di Baccari, Bonzano, La Regina e Mancuso, Padova, 2017, 400; Pardo e Ingrao, *La riforma delle impugnazioni penali (L. Orlando)*, cit., 38; Parodi, *Riforma Orlando: tutte le novità*, Milano, 2017, 90 ss.; Pascucci, *Il ritorno del concordato sui motivi d'appello, tra esigenze processuali e timori di malfunzionamento*, *ivi*, 2017, 11, 35; Scalfati, *Tomografia di una riforma*, in Aa.Vv., *La riforma della giustizia penale*, cit., 14; Spangher, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1, 96.

[61] Spagnolo, *Il concordato in appello*, cit., 156.

[62] Spagnolo, *Il concordato in appello*, cit., 155; Siagura, *La negoziabilità della pena. Esperienze giuridiche a confronto*, Padova, 2015, 93 ss.

[63] Chinnici e Scaccianoce, *Il legislatore scopre "ancora una volta" il concordato sui motivi d'appello e "per la prima volta" la prova orale nell'immediatezza*, in *www.archiviopenale.it*; Lavarini, *La riedizione del concordato sui motivi di appello fra vecchie e nuove ambiguità*, cit., 33; Pardo e Ingrao, *La riforma delle impugnazioni penali (L. Orlando)*, cit., 41.

[64] Cass., Sez. III, 24 novembre 1999 (c.c. 28 ottobre 1999), 13484, cit.; secondo Cass., Sez. I, 10 aprile 2003 (c.c. 29 gennaio), 16965, Augugliaro, in *www.latribunaplus.it*.

[65] Cass., Sez. VI, 3 giugno 2020 (18 novembre 2019), 16765, in *www.cortedicassazione.it*; Cass., Sez. VI, 12 novembre 2019 (8 ottobre), 45876, *ivi*; Cass., Sez. II, 20 maggio 2019 (10 aprile), 22002, *ivi*; Cass., Sez. V, 18 febbraio 2019 (13 novembre 2018), 7333, *ivi*; Cass., Sez. II, ord. 7 settembre 2018 (21 giugno), 40139, *ivi*; Cass., Sez. I, ord. 17 luglio 2018 (2 luglio), 32989, *ivi*; Cass., Sez. V, 25 giugno 2018 (4 giugno), 29243, *ivi*; Cass., Sez. IV, 19 febbraio 2004 (c.c. 14 gennaio), 7224,

La dottrina pone in luce la connotazione specifica dell'istituto, in grado di *fondare l'idea di un nuovo, inedito giudizio speciale*[66] capace di riguardare gli aspetti della decisione aventi ad oggetto la pena[67] specialmente alla luce della recente novella che consente la sostituzione in pena detentiva breve sostitutiva, clausola che ben può far parte del "contratto" fra accusa e difesa.

7. Il ruolo del giudice.

Tanto l'accordo fra le parti è in grado di influire sugli aspetti materiali della pena, da essere sottratto al potere di modifica da parte del giudice che, secondo una metafora privatistica, si trova nell'alternativa secca di ratificare il contratto oppure procedere oltre senza formalità[68], salva in ogni caso la verifica della ricorrenza dei presupposti applicativi degli istituti giuridici coinvolti e la congruità finale della pena indicata[69].

La giurisprudenza sottolinea la vincolatività integrale della richiesta concordata; il giudice non può rimodularla verso un risultato diverso, il suo accoglimento comporta la condivisione della qualificazione giuridica data al fatto e di ogni altra circostanza influente sul calcolo della pena.

In sintesi, il negozio processuale è unitario ed inscindibile[70], essendo ad esempio illegittimo il provvedimento con cui il giudice si limiti ad applicare la pena nella misura concordata senza riconoscerne la sospensione condizionale cui è subordinata[71].

in *www.latribunaplus.it*; Cass., Sez. VII, 15 novembre 2001 (c.c. 17 ottobre), 40767, *ivi*. Sul punto, Pardo e Ingrao, *La riforma delle impugnazioni penali (L. Orlando)*, Milano, 2017, 47; Spagnolo, *Il concordato in appello*, cit., 163.

66 Suraci, *Il concordato sui motivi d'appello*, in Aa.Vv., *La riforma Orlando*, a cura di Spangher, cit., 251; Giunchedi, *Il concordato anche con rinuncia ai motivi di appello*, cit., 9 e 13.

67 Guerini, *Il ritorno alla giustizia negoziata: il "nuovo" concordato in appello*, in *www.lalegislazionepenale.eu*; Lavarini, *La riedizione del concordato sui motivi d'appello fra vecchie e nuove ambiguità*, cit., 32.

68 Cass., Sez. II, 4 marzo 2020 (c.c. 22 novembre 2019), 8745, A.A., in *www.cortedicassazione.it*; Cass., Sez. IV, 15 aprile 2019 (c.c. 22 gennaio), 16195, *ivi*.

69 Cass. S.U. 11 febbraio 2004 (c.c. 28 gennaio), 5466, Gallo, in *CP*, 2004, 1595; Cass., Sez. VII, 20 maggio 2021 (c.c. 2 febbraio), 20085, in *www.latribunaplus.it*; Cass., Sez. I, 16 luglio 2019 (21 maggio), 31247, in *www.cortedicassazione.it*; in dottrina, Giunchedi, *Il concordato anche con rinuncia ai motivi di appello*, cit., 19 e 20.

70 Cass., sez. VI, 4 febbraio 2020 (c.c. 20 novembre 2019), 4665, in *www.cortedicassazione.it*; Cass., Sez. VII, ord., 13 novembre 2019 (c.c. 8 ottobre), 46053, *ivi*; Cass., Sez. IV, ord. 15 novembre 2018 (c.c. 24 ottobre), 51564, *ivi*; Cass., Sez. V, 26 aprile 2018 (c.c. 19 marzo), 18299, *ivi*; Cass., Sez. V, 6 aprile 2018 (c.c. 19 marzo), 15505, *ivi*; Cass., Sez. III, ord. 8 marzo 2018, 30190, *ivi*; Cass., Sez. III, 4 febbraio 2008 (c.c. 18 dicembre 2007), 5332, in *www.latribunaplus.it*; in dottrina, Lorenzetto, *sub art. 599 bis c.p.p.*, cit., 1595; Pardo e Ingrao, *La riforma delle impugnazioni penali (L. Orlando)*, cit., 43 e 44.

71 Cass., Sez. VI, 21 aprile 2020 (5 marzo 2020), 12613, in *www.cortedicassazione.it*; Cass., Sez. III, 12 giugno 2019 (6 marzo), 25994, *ivi*; Cass., Sez. VI, 22 settembre 2005 (c.c. 8 luglio), 33951, in *www.latribunaplus.it* ; secondo Cass., Sez. VI, 18 ottobre 2005, 3143, *ivi*, nel caso di reato continuato, è legittima, purché non modifichi l'entità della pena concordata, l'individuazione da parte del giudice di appello di un diverso reato base rispetto a quello indicato dalle parti.

La decisione in modo difforme dall'accordo produrrebbe l'inefficacia di un negozio processuale già perfetto, di carattere abdicativo[72].

8. La decadenza.

Secondo la sentenza 9188/2023, dal momento che la richiesta di concordato veniva formulata per la prima volta col ricorso per cassazione e non in occasione del giudizio di seconde cure, andava dichiarata inammissibile.

Si trattava di un'argomentazione insidiosa; nel caso considerato, al momento della celebrazione del giudizio d'appello non era prevista la possibilità di formulare richiesta di concordato sui motivi d'impugnazione per i reati più gravi: era inesigibile in concreto. Se, da una parte, è vero che il legislatore non prevedeva una disposizione transitoria in grado di regolare gli effetti della novella, è altresì vero che non può imputarsi alla responsabilità dell'imputato il mancato promovimento di richieste prima vietate.

Il sostanziale riferimento all'istituto della decadenza confliggerebbe con l'art. 2 comma 4 c.p. e la giurisprudenza europea, che riconosce all'interessato il diritto di avvalersi di una prerogativa prima sconosciuta, finché la sentenza che lo riguarda non sia divenuta irrevocabile[73], ma nel caso considerato dalla sentenza in commento, la decisione era tutt'altro che definitiva.

9. La facoltà.

La sentenza impugnata non sottraeva all'interessato una prerogativa qualunque, ma una *facoltà*: secondo la sistematica più autorevole[74], essa integra la più pura delle situazioni giuridiche soggettive, una manifestazione del diritto soggettivo assoluto tanto insopprimibile da non estinguersi se non unitamente al diritto stesso di cui fa parte, *in facultativis non datur praescriptio*. La facoltà consiste nel potere legittimo di disporre in via esclusiva del diritto soggettivo *erga omnes* e la situazione passiva speculare si configura a sua volta in un mero dovere di astensione[75].

La sentenza in commento era tanto più contorta quanto più vietava all'interessato di disporre di una propria prerogativa esclusiva, insopprimibile in materia di libertà personale, di avvalersi di un potere di cui solo lui poteva decidere di far uso o meno *erga omnes*.

---

72 Cass., Sez. III, 24 novembre 1999 (c.c. 28 ottobre), 13484, in *www.latribunaplus.it*.

73 CEDU, 17 settembre 2009, ric. n. 10249/03, Scoppola c. Italia, cit., § 109.

74 Alpa, Status *e capacità*, Roma, 1993, 18 ss.; Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli e Natoli, *Diritto Civile*, Torino, 1988, 285; Monateri, *voce Diritto soggettivo*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VI, Torino, 1990, 411 ss.; Piras, *Sull'esercizio della facoltà di disporre*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947, 21.

75 Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, IX ed., Napoli, 2001, 58; Pugliatti, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Diritto civile. Metodo teoria – pratica*, Milano, 1951, 5. Torrente, *Manuale di diritto privato*, XIV ed., Milano, 57; sul punto, Balladore Pallieri, *Diritto soggettivo e diritto reale*, in *Ius*, 1952, 23; Chiovenda, *Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata, Saggi di diritto processuale*, II, Roma, 1931, 459; De Cupis, *I diritti della personalità*, Milano, 1982, 21; Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014, 93; Romano, *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 1018 ss.; Russo, *Il concetto di diritto soggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 20.

10. La violazione del principio di eguaglianza.

La soluzione rigorista era irragionevole e confliggeva col principio costituzionale d'eguaglianza[76]: privilegiava chi, imputato per reato una volta ostativo all'applicazione del concordato, giungeva alla celebrazione del giudizio di secondo grado nel vigore della riforma Cartabia, a discapito di quanti attuavano ogni finalità di economia processuale e vedevano sfumare la possibilità di concordato anche solo per poche settimane.

Un esito quantomeno contraddittorio: da una parte, il legislatore preme per la rapida definizione dei processi e la riduzione del carico agonistico; dall'altra, induce gli interessati a sperare in una inaspettata modifica legislativa *superveniens in melius*.

Il canone dell'efficacia della legge penale materiale va armonizzato col diritto dell'imputato alla celebrazione di un processo omogeneo a quello tenuto in casi analoghi, secondo una legittima aspettativa di giudizio e di pena, evitando illegittime ed ingiustificate disparità di trattamento[77]: la retroattività della *lex mitior* diviene declinazione dei principi costituzionali di eguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.[78].

11. L'inopportunità.

Quanto all'inopportunità della tesi rigorista, va sottolineato che essa si pone in contrasto con la *ratio* ispiratrice della riforma, che mira al drastico decongestionamento processuale, specie presso le magistrature superiori, in linea con gli obiettivi concordati a livello europeo[79].

Nel *Country Report 2020* sulla giustizia italiana, veniva rilevato *il perdurare della scarsa efficienza del processo, soprattutto di appello, che si ripercuote anche sull'efficacia del contrasto alla corruzione*[80], circostanza che dovrebbe indurre all'impiego massiccio dell'istituto. La tesi garantista consentirebbe concretamente di sfoltire il carico giudiziario delle magistrature di secondo grado e superiori in ordine ai processi più pesanti[81] senza dar vita a fenomeni di *svendita penale* poiché rigidamente conte-

---

[76] Sul quale, su tutti, Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, *passim*.

[77] Corte cost. 16 novembre 2009, 311, in *Giur. cost.*, 2009, 4657, con nota di Massa, *La "sostanza" della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, indicava i criteri di ragionevolezza in grado di orientare il legislatore in ordine alle possibili deroghe al principio.

[78] Corte cost. 23 novembre 2006, 393, in *DPP*, 2007, 194, con nota di Pulitanò, *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*; in dottrina, Scaccianoce, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *www.archiviopenale.it*.

[79] Gatta e Gialuz, *Riforma Cartabia e durata media del processo penale: - 29% nel primo semestre del 2023. Raggiunto (al momento) il target del PNRR. I dati del monitoraggio statistico del Ministero della Giustizia*, in *www.sistemapenale.it*; Oggero, *Il concordato in appello*, cit., 170; v. in particolare sul punto la scheda del PNRR Giustizia, sul sito del Ministero della Giustizia, presso il link *https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/pnrr#*.

[80] In *https://temi.camera.it/leg18/temi/le-misure-per-la-giustizia-nel-progetto-di-recovery-plan-del-12-gennaio-2021.html*; sul punto, Della Torre, *La crisi dell'appello penale nel prisma della statistica giudiziaria*, in *www.archiviopenale.it* ; Ichino, *"Riforma Cartabia" e processo d'appello*, in *www.questionegiustizia.it*.

[81] Scettico sulla proficuità dell'istituto, Livreri, *Ancora una modifica del concordato sui motivi*

nuti all'interno della dosimetria sanzionatoria predeterminata dalle Procure generali territoriali. Scrive la Procura generale di Roma che la definizione del processo con il concordato consentirebbe *di superare ben due gradi di giudizio*.

12. Conclusioni.

In conclusione, alla luce dell'interpretazione convenzionalmente orientata del rito, suscita ben più di una perplessità che la novella sul concordato con rinuncia ai motivi d'appello integri una norma meramente processuale e non piuttosto di diritto penale materiale. Par necessario un approfondimento, a meno che la questione non giunga prima sulle scrivanie di Strasburgo.

d'appello, cit., 626. Sul punto Giunchedi, *Il concordato anche con rinuncia ai motivi di appello*, cit., 11.

Il codice Rocco: il giudizio del Prof. Cordero

Sfogliando le pagine senza tempo è inevitabile rileggere il Professor Franco Cordero.

Riportiamo la prefazione alla *Guida alla procedura penale*, manuale pubblicato nel 1986, pochi anni prima della riforma del codice.

Un icastico giudizio sul Codice Rocco, ma non solo.

Prefazione

Quando è uscito dalle mani del guardasigilli Alfredo Rocco, 19 ottobre 1930, contava 675 articoli il codice ancora vigente (vitalissimo, dopo le apparenti agonìe da cui è felicemente emerso): in 56 anni ne sono caduti 12, al cui posto restano dei numeri vuoti; 40 gli interpolati (la sequela più lunga è fiorita sull'art. 226, da *bis* a *sexies*); pochi sopravvivono tali e quali, anzi pochissimi fra i sistematicamente importanti; e alcuni, indenni nel testo, hanno subìto varie mutazioni semantiche. Materia fluida: molte leggi svaniscono come «umbra lunatica» (con questa similitudine Buoncompagno da Signa deplorava le emissioni statutarie); né l'evanescenza appare compensata da infra- e metalingue paragonabili in spirito geometrico e lessico chiaro alle discipline pandettistiche; anzi, nel fumo gergale diventa possibile tutto, dalla licenza futile alle manomissioni devastanti. Stando le cose in tali termini, una 'guida', quale vuol essere questo libro, bisogna che escluda molto verbiage pseudotecnico e indaghi su aspetti ignorati o quasi. Importantissime, le analisi del testo positivo non bastano. Prove e decisione, ad esempio, sono fenomeno linguistico e operazione logica. Gli istituti, poi, interessano meno sulla carta che in *corpore vivo*. Ora, nella prassi confluiscono abiti mentali, umori, stilemi, risalenti al XIII secolo: lo vediamo dall'uso massiccio delle confessioni[1], con i relativi effetti perversi; essendo l'inquisizione una costante culturale inscritta nel codice genetico, conviene studiarla e, possibilmente, allestire degli antidoti. Ancora qualche esempio: come mai la procedura penale fosse malfamata; appetiti e fobìe del corpo togato; cosa nascondano solenni formule sull' azione penale; strategìe oblique dove il processo serve a fini diversi dal palese. Lo sfondo culturale viene altrettanto utile in sede tecnica: meccanismo decisorio, impugnazioni, disciplina dell'invalidità, giudicato, sottintendono lunghe storie concettuali; l'autentica 'pratica' comincia dal momento nel quale scopriamo come stiano le cose. La materia è stata suddivisa in quattro parti: «Lo strumento», «Gli elementi», «Le funzioni», «Le

[1] 'Confessione e «chiamata in correità», nota fuori dai denti un consesso togato, «sono capisaldi dell'attuale processo inquisitorio»: in «innumerevoli» casi «le dichiarazioni dell'imputato costituiscono l'esclusivo elemento di prova rilevante»; non lo scrive lo Schöppenstuhl lipsiense nell'epoca barocca (tre o quattro secoli fa era luogo comune che dati simili costuissero soltanto un indizio), ma la Corte d'appello bolognese (II sez., 4 dicembre 1985-28 gennaio 1986. Nr. 2166, Altomonte e altri).

anomalìe». Quanto all'insegna metodologica, non esistono dubbi: l'*optimum* sta nel massimo d'informazioni col minore dispendio verbale; né conta poco la qualità più o meno trasparente delle parole. Diranno i lettori fin dove risulti attuato quest'artificioso programma.

Roma, ottobre 1986

Franco Cordero

.