Wolters Kluwer

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro

CEDAM IPSOA UTET GIURIDICA il fisco ALTALEX

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

IPSOA

Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

ISSN 1591-5611 - ANNO XXIX - Direzione e redazione Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano

3/2023

edicolaprofessionale.com/DPP

La giustizia penale come servizio pubblico: completare la "riforma Cartabia"

Il nuovo Regolamento sui servizi digitali

L'udienza predibattimentale: tra "nuova" regola di giudizio ed efficienza nel "sistema Cartabia"

Censure alla disciplina italiana in materia di prescrizione e violenza di genere

DIREZIONE SCIENTIFICA
Giorgio Spangher
Paolo Pisa (condirettore)

COMITATO SCIENTIFICO
Roberto Bartoli
Paolo Ferrua
Luigi Kalb
Antonella Marandola
Francesco Palazzo
Marco Pelissero
Sergio Seminara
Paolo Tonini

TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO

00260787
5 000002 607875

Wolters Kluwer

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Riforma Cartabia e rito penale

Antonella Marandola

Le esigenze connesse agli stanziamenti del PNRR rendono necessaria la riduzione dei tempi del processo nella misura del 25%. In quest'ottica efficientista e di adeguamento del sistema processuale ad un modello accusatorio d'impronta europeista il volume approfondisce alcuni segmenti della futura Riforma.

Y75OLCL

Wolters Kluwer

wolterskluwer.com

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

EDITORIALE

LA GIUSTIZIA PENALE COME SERVIZIO PUBBLICO: COMPLETARE LA "RIFORMA CARTABIA"
di *Mitja Gialuz* **357**

LEGISLAZIONE

NOVITÀ NORMATIVE
a cura di *Luigi Kalb* **364**

Responsabilità del provider
IL NUOVO REGOLAMENTO SUI SERVIZI DIGITALI: QUALE FUTURO PER LA RESPONSABILITÀ DEGLI *INTERNET SERVICE PROVIDER*?
di *Sofia Braschi* **367**

OSSERVATORI

OSSERVATORIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE
a cura di *Valerio Aiuti* e *Emmanuele Penco* **378**

OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE
a cura di *Giulio Garuti* **383**

OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - DIRITTO PENALE
a cura di *Francesca Rocchi* **388**

OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - PROCESSO PENALE
a cura di *Katia La Regina* **393**

OSSERVATORIO CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI
a cura di *Irene Scordamaglia* **397**

GIURISPRUDENZA

Violenza di genere
Corte Europea dei Diritti Umani, Sez. I, 7 luglio 2022 - *M.S. c. Italia*, n. 32715/19
IL COSTO DELL'IMPUNITÀ: DA STRASBURGO CENSURE ALLA DISCIPLINA ITALIANA IN MATERIA DI PRESCRIZIONE E VIOLENZA DI GENERE
di *Sara Prandi* **402**

Market abuse
Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 2 febbraio 2021, in C-489/19
IL DIRITTO AL SILENZIO NELLO SPAZIO GIURIDICO EUROPEO: OSMOSI DELLE GARANZIE SE LA SANZIONE AMMINISTRATIVA È "PUNITIVA"
di *Susanna Schiavone* **412**

Proporzionalità della pena
Corte costituzionale 9 marzo 2022, n. 95
PROPORZIONALITÀ DELLA PENA: LA CORTE TORNA A VALORIZZARE IL *TERTIUM COMPARATIONIS*
di *Federico Valente Bagattini* **420**

Abnormità degli atti
Cassazione Penale, SS.UU., 5 ottobre 2022 (ud. 28 aprile 2022), n. 37502 **432**
UNA NUOVA DOGMATICA IN TEMA DI ABNORMITÀ: IL PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCESSO COME PARAMETRO DI VALUTAZIONE PER LA SUSSISTENZA DEL VIZIO
di *Matilde Perruccio* **433**

Reati contro la pubblica amministrazione
Cassazione Penale, Sez. VI, 28 settembre 2022 (ud. 14 settembre 2022), n. 36769 **441**
LA CIRCOSTANZA ATTENUANTE DELLA COLLABORAZIONE PROCESSUALE NEI DELITTI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: QUALE PORTATA APPLICATIVA?
di *Annamaria Peccioli* **443**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sommario

Giudizio abbreviato

Cassazione Penale, Sez. V, 28 giugno 2022 (ud. 7 giugno 2022), n. 24907
QUALI LIMITI ALL'ACQUISIZIONE DI ATTI PROBATORI E DI SENTENZE DI MERITO NEL GIUDIZIO ABBREVIATO?
di *Anna Chiara Dellerba* **447**

OPINIONI

Udienza predibattimentale

L'UDIENZA PREDIBATTIMENTALE: TRA "NUOVA" REGOLA DI GIUDIZIO ED EFFICIENZA NEL "SISTEMA CARTABIA"
di *Luca Forte* **456**

GIUSTIZIA SOVRANAZIONALE

OSSERVATORIO CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO
a cura di *Carlotta Conti* **469**

INDICI

INDICE AUTORI, CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI, ANALITICO **472**

PROCEDURA DI REVISIONE

I contributi inviati per la pubblicazione alla Rivista Diritto penale e processo, su iniziativa dell'autore o su richiesta della Direzione scientifica, sono sottoposti alla procedura di revisione c.d. "a doppio cieco".
La procedura garantisce il rispetto dell'anonimato dell'autore e del revisore.
La valutazione è affidata a un membro del Comitato per la valutazione scelto a rotazione in base alla competenza per materia.
I componenti del Comitato per la valutazione sono indicati in ordine alfabetico in ciascun fascicolo della Rivista.
Il revisore riceve una scheda di valutazione da compilare entro il termine indicato.
Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la Direzione scientifica si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.
Se la valutazione è positiva il contributo è pubblicabile.
In caso di valutazione positiva condizionata a revisione o modifica, la Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento
del contributo alle osservazioni del revisore.
In caso di valutazione negativa, il contributo non è pubblicabile.
La Direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di revisione.

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Diritto penale: G. Amarelli; A. Bernardi; M. Bertolino; S. Canestrari; A. Ceretti; F. D'Alessandro; G. De Francesco; M. V. Del Tufo; E. Dolcini; M. Donini; G. Fiandaca; A. Fiorella; G. Flora; G. Fornasari; G. Forti; A. Gargani; G.L. Gatta; G. Grasso; R. Guerrini; G. Insolera; S. Larizza; C. de Maglie; V. Maiello; V. Manes; G. Mannozzi; F. Mantovani; A. M. Maugeri; A. Melchionda, E. Mezzetti; V. Militello; A. Pagliaro; C. E. Paliero; M. Papa; A. Peccioli, L. Picotti; L. Risicato; M. Romano; A. Rossi; A. Vallini; F. Viganò.
Processo penale: E. Amodio; A. Bargi; G. Bellantoni; T. Bene; A. Bernasconi; C. Bonzano, P.Corso; A. De Caro; D. Curtotti; P. Dell'Anno; O. Dominioni; V. Fanchiotti; M. Ferraioli; L. Filippi; C. Fiorio; A. Gaito; P. Gualtieri; S. Lorusso; M.R. Marchetti; E. Marzaduri; M. Menna; P. Moscarini; G. Pansini; V. Patané; A. Pennisi; G. Pierro; A. Presutti; S. Sau; A. Scaglione; M. Scaparone; A. Scella.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La giustizia penale come servizio pubblico: completare la "riforma Cartabia"

di Mitja Gialuz

Dopo aver tratteggiato la filosofia di fondo della "riforma Cartabia", l'Autore si sofferma sulla presa d'atto che la sua attuazione non è affatto terminata con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 150/2022. Il cantiere è in realtà ancora aperto e richiede numerosi interventi (normativi e organizzativi) per essere portato a compimento. L'auspicio è che non si pensi quindi a una "riforma della riforma" - a cominciare dalla improcedibilità - ma a un rigoroso completamento (certamente accompagnato da correttivi), che passi anche attraverso una seria riflessione sull'opportunità di adottare - dopo trent'anni - un'amnistia quale necessario *reset* del sistema.
After outlining the basic philosophy of the so-called Cartabia reform, the author focuses on the acknowledgement that its implementation is not done with the entry into force of Legislative Decree 150/2022. The construction site is actually still open and requires numerous interventions (legislative and organizational) to be brought to completion. Therefore, the wish is that we do not think of a "reform of the reform" - starting with "procedural statute of limitation" (improcedibilità) - but of a rigorous finalization (certainly accompanied by correctives), which also passes through a serious reflection on the desirability of adopting - after thirty years - an amnesty as a necessary reset of the system.

Premessa

Le statistiche ci dicono che la giustizia penale soffre di tanti mali: il problema della lunghezza cronica dei procedimenti - che rappresenta la criticità più rilevante alla luce degli obiettivi P.N.R.R. - è il sintomo più evidente di una "malattia" ben più estesa e radicale (1). Accanto a tale disfunzione ve ne sono molte altre, tra cui l'immane arretrato (soprattutto per il tribunale monocratico e le corti d'appello); il numero enorme di procedimenti penali, di azioni e di impugnazioni; l'assenza di filtri effettivi rispetto all'esercizio dell'azione penale e la crisi profonda di alcuni procedimenti speciali; il conseguente tasso abnorme (e crescente) di proscioglimenti, che porta gli imputati a subire una "pena processuale" tanto interminabile quanto ingiustificata; un numero elevato di prescrizioni pronunciate dopo l'inizio del processo, con buona pace per le aspettative di giustizia delle vittime; il *deficit* tecnologico; l'alto tasso di scopertura degli uffici giudiziari e la scarsa attenzione per una adeguata allocazione delle risorse, che portano la macchina giudiziaria ad arrancare senza carburante; il sovraffollamento carcerario e la crisi del paradigma rieducativo; la crisi di effettività delle pene pecuniarie; il fenomeno dei cd. liberi sospesi.
La riforma Cartabia ha cercato di fornire soluzioni che consentano agli operatori del diritto di affrontare ciascuno dei problemi indicati. Ma ciò che appare innovativo è la filosofia che sta alla base della manovra, ossia la consapevolezza che anche la giustizia penale, che viene spesso caricata di connotazioni metafisiche, di aspettative moralizzatrici e di scopi salvifici, non può sfuggire dalla configurazione come un servizio pubblico (2), pur di importanza primaria.

(1) Per un'analisi empirica del sistema di giustizia penale sia consentito rinviare, anche per le citazioni statistiche riportate, a M. Gialuz - J. Della Torre, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022.

(2) D'altronde, già nel 1990 C.E. Paliero, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 440, ci ricordava che, se "il diritto penale è concepito come uno strumento di controllo sociale, il correlativo sistema va considerato né più né meno che un'istituzione organizzata che fornisce un pubblico servizio (non diversamente dal Servizio Sanitario nazionale o dalla scuola pubblica)".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In fondo, anche la sanità, che si riferisce a beni giuridici certamente essenziali, è stata costruita come un "servizio", sin dalla grande riforma del 1978 (L. 23 dicembre 1978, n. 833). E la Costituzione italiana richiama i "servizi relativi alla giustizia", in quella disposizione, troppo spesso dimenticata, che è l'art. 110 Cost.; essa non può esser letta - come è accaduto in passato - nel senso di contrapporre i "servizi" (intesi come allestimenti materiali e gestione del personale ausiliario), alla "giustizia", bene trascendente e assoluto dispensato dalla magistratura. Ma va pensata in modo unitario: è la stessa giustizia, nel suo complesso, che va laicamente considerata come un servizio che viene reso da tutti gli operatori - magistrati, avvocati, poliziotti, cancellieri, ufficiali giudiziari, addetti all'ufficio per il processo - alla comunità e al cittadino. Sia questo imputato, vittima, testimone, condannato o semplice componente della comunità ferita dalla commissione del fatto potenzialmente costituente reato.

Prendendo le mosse da questa impostazione, lungi dal recepire - come sostengono i critici - una logica di efficientismo giudiziario che privilegia in chiave statistica la quantità a scapito della qualità e persegue unicamente una bieca celerità a ogni costo, la manovra ha scommesso anzitutto sulla capacità dell'innovazione organizzativa (si pensi all'ufficio per il processo) e, in secondo luogo, sulla tecnologia (il processo penale telematico) per migliorare la qualità dei processi; ma, a monte, l'opzione schiettamente liberale che connota la riforma è nel senso di una riduzione dell'incidenza del diritto penale, secondo una politica legislativa ispirata al principio di sussidiarietà penale (o di *extrema ratio*). Nella consapevolezza che "il diritto penale, per vincolo costituzionale e per tradizione culturale, è [...] un mezzo di gestione dei conflitti sociali estremamente dispendioso" (3), si è perseguito un obiettivo - coessenziale alle democrazie contemporanee - di riduzione del ricorso all'apparato penale. L'efficienza, insomma, si misura anzitutto con la necessità di allocare razionalmente le (limitate) risorse disponibili riducendo l'abnorme domanda di giustizia penale.

Le linee di intervento "interne"

Il fine è stato inseguito attraverso linee di intervento interne al sistema penale ordinario e radicali novità esterne alla giustizia tradizionale.

Sotto il primo profilo, vista l'impossibilità di estendere ulteriormente la depenalizzazione in astratto - le fattispecie più rilevanti da depenalizzare non potrebbero che essere quelle relative alla droga e all'immigrazione clandestina - e considerato il rifiuto del Parlamento di introdurre una forma innovativa di depenalizzazione in concreto - quale quella rappresentata dall'istituto dell'archiviazione meritata proposto dalla Commissione Lattanzi - il legislatore ha percorso la strada di una coraggiosa estensione della procedibilità a querela - che, nonostante gli allarmi iniziali, non sembra aver determinato un crollo verticale dei presidi di legalità - e della non punibilità per particolare tenuità del fatto; della profonda razionalizzazione dell'obbligatorietà dell'azione penale (con l'introduzione dei criteri di priorità e la regola di giudizio per l'esercizio dell'azione penale fondata sulla prognosi di condanna); della espansione (peraltro assai timida) dei meccanismi di estinzione delle contravvenzioni per adempimento di prescrizioni impartite dall'organo accertatore.

Sul versante della deflazione carceraria e della risoluzione del paradosso irragionevole dei liberi sospesi - che secondo quanto riferito dal Ministro Nordio alla Camera ammonterebbero a più di 90.000 (4) - il D.Lgs. n. 150/2022 ha scommesso su una profonda rivisitazione delle pene sostitutive e sul recupero di efficienza della pena pecuniaria, quale precondizione fondamentale della sua estensione.

Sul versante processuale, lungi dall'aver perseguito un arretramento del baricentro del processo alla fase delle indagini (5) - arretramento che è dovuto semmai a un'evoluzione trentennale del sistema determinato da fattori assai più profondi, tanto intrinseci, quale il ruolo che il codice ha assegnato al pubblico ministero, quanto estrinseci, quale la crescita esponenziale dell'incidenza della prova tecnologica - il D.Lgs. n. 150 ha puntato sulla riduzione dei numeri di processi nei confronti degli assenti, sulla valorizzazione dei filtri e, quindi, sulla responsabilizzazione delle parti. A cominciare dal pubblico ministero, che dovrà gestire con più cura la fase dell'iscrizione della notizia di reato e con maggiore sollecitudine quella di chiusura delle indagini e che vede accresciuti i poteri di attivare i riti alternativi (si pensi alla nuova facoltà riconosciuta in materia di sospensione con messa alla prova); per arrivare all'imputato e alla sua difesa, che

(3) Testualmente, C. Sotis, *Efficienza (in diritto penale)*, in C. Piergallini - G. Mannozzi - C. Sotis - C. Perini - M. Scoletta - F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, 1464.

(4) V., in proposito, la risposta del Ministro Nordio all'interrogazione presentata dall'On. Giacchetti, n. 4-00072, in Atti Camera, XIX legislatura, seduta del 13 febbraio 2023, XV-XVI.

(5) Questa l'opinione di G. Spangher, *Introduzione*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Cartabia*, Pisa, 2022, XXIII.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

vedono aumentati i poteri *lato sensu* negoziali, di compartecipazione alla definizione del contenuto della decisione (dall'estensione dei riti alternativi fino alla sostituzione delle pene).

Le linee di intervento "esterne": la giustizia riparativa

Ma la novità culturalmente più rilevante del D.Lgs. n. 150 è che si affianca alla prospettiva correttiva interna del sistema - appena delineata - un paradigma completamente nuovo.
Si allude all'introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa. Al fondo, vi è la consapevolezza che, nella società complessa nella quale viviamo, il modello di giustizia punitiva perfezionato negli ultimi due secoli non è più in grado - da solo - di realizzare il fine più alto che la Costituzione le assegna, ossia promuovere la coesione sociale, suturando le ferite aperte dalla commissione del reato attraverso la celebrazione di un processo giusto e l'eventuale applicazione della sanzione.
D'altronde, è da più di quarant'anni che si parla di declino di un sistema penale, che, in quanto disumano e inefficace, non è in grado di generare giustizia.
Ebbene, proprio muovendo da queste premesse - che hanno molto a che fare con la qualità della risposta a un fatto lesivo e assai poco con la mera contabilità statistica - il D.Lgs. n. 150/2022 affianca allo schema concettuale sul quale si fonda la penalità contemporanea, che ruota intorno ai tre poli del reato/accertamento della responsabilità/sanzione (schema plasticamente cristallizzato in quel capolavoro che è l'art. 27 Cost.), un paradigma fondato sulla triade conflitto/programma di giustizia riparativa/esito riparativo. Un paradigma che, con l'attenzione all'incontro, alla visione del volto dell'altro e all'ascolto reciproco (6), tende a promuovere "il riconoscimento della vittima del reato e la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa attraverso la visione del volto dell'atro. e la ricostituzione dei legami con la comunità" (art. 43, comma 2, D.Lgs. n. 150/2022). Mira insomma a dare attuazione a due delle promesse fondative della nostra democrazia.
Da un lato, quella costitutiva dell'"essere in relazione" contenuta nell'art. 2 Cost., posto che la giustizia riparativa è geneticamente orientata alla riaffermazione della centralità delle persone coinvolte nel conflitto generato dal reato.
Dall'altro lato, quella "concreta utopia" dell'art. 3 Cost., dal momento che la giustizia riparativa può assumere una funzione liberante e tradursi in strumento per rimuovere gli ostacoli allo sviluppo della persona (tanto della persona indicata come autore dell'offesa, quanto della vittima), che derivano dalla commissione del reato.
Ora, la sfida del delegato - quasi titanica, ma imposta dalla legge delega - è stata quella di far coesistere e dialogare i due paradigmi, secondo un sistema fondato su una logica binaria.
Per i reati meno gravi (ossia quelli perseguibili a querela), la giustizia riparativa può configurarsi come vera e propria alternativa alla giustizia ordinaria: l'esito riparativo conduce infatti alla non proposizione della querela o alla sua remissione, espressa o tacita (secondo quanto previsto dal nuovo art. 152, comma 3, c.p.). è naturale infatti che il raggiungimento di un accordo riparativo determini il venir meno della volontà di punizione da parte della vittima, ossia della volontà di attivare la giustizia contenziosa.
Per le altre fattispecie criminose, la giustizia riparativa si colloca, invece, in una posizione di complementarità e di sinergia rispetto a quella contenziosa. Può svilupparsi parallela a quella ordinaria - con garanzie ferree di impermeabilità del procedimento penale rispetto a quanto dichiarato nella conca della mediazione - e l'esito riparativo potrà rilevare tendenzialmente ai fini della commisurazione della pena (art. 62, comma 1, n. 6, c.p. e art. 58, d.lgs. n. 150/2022).

Il necessario completamento della riforma

Ebbene, queste novità così significative e di ampia portata richiedono anzitutto uno sforzo di assimilazione e di sedimentazione da parte degli operatori, che hanno avuto poco tempo per approfondire una riforma assai articolata - e, in alcune parti, un po' farraginosa - che rimette in discussione molte prassi consolidate.
Il successo della riforma dipenderà dunque anzitutto dalla disponibilità della magistratura a mettersi in gioco e a superare visioni radicate - si pensi all'idea del giudice-monade che opera in totale solitudine oppure, sul versante del pubblico ministero, a una certa visione feticistica e bulimica dell'obbligatorietà dell'azione penale - per valorizzare le potenzialità della manovra e circoscriverne i difetti.

(6) G. Mannozzi - R. Mancini, *La giustizia accogliente*, Milano, 2022, 105.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In secondo luogo, discenderà dalla propensione degli avvocati a sperimentare fino in fondo un ruolo processuale che presuppone un nuovo protagonismo e non certo in chiave "collaborativa".
Ma per la realizzazione degli obiettivi della riforma sarà decisivo il ruolo del Parlamento e del Ministro della giustizia.
Per un verso, l'auspicio è che si abbia la pazienza di far operare la riforma nella prassi, monitorandone l'applicazione sia sul piano degli effetti concreti nella prassi, sia su quello delle problematiche normative.
Su entrambi i versanti, gli strumenti sono stati previsti dalla stessa manovra.
Sotto il primo profilo, il Comitato tecnico-scientifico per il monitoraggio previsto dall'art. 2, comma 16, L. n. 134/2021 potrà svolgere un ruolo decisivo nell'aggiornare i metodi di rilevazione statistica della giustizia penale per fornire dati empirici utili, tanto al decisore politico e allo stesso CSM, quanto alla comunità accademica (7).
Sotto il secondo aspetto, è la stessa legge-delega a contemplare la possibilità di adottare, entro due anni dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi (art. 1, comma 4, L. n. 134/2021), disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi medesimi.
Per altro verso, la riforma richiede plurimi interventi di carattere normativo ed organizzativo per andare a regime e poter produrre tutti i propri effetti.
Anzitutto, il Parlamento sarà chiamato ad adottare quella "legge-cornice", prevista dall'art. 13, comma 1, L. n. 71/2022 (riforma dell'ordinamento giudiziario) come pre-condizione per la fissazione, da parte dei Procuratori della Repubblica, dei criteri di priorità "finalizzati a selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre"; criteri che andranno inseriti nel progetto organizzativo della procura e che sono destinati - per espresso dettato normativo - a vincolare le scelte processuali del pubblico ministero (art. 3-*bis* disp. att. c.p.p.) e dello stesso procuratore generale (art. 12 disp. att. c.p.p.), nonché probabilmente a incidere sulle stesse valutazioni del giudice per le indagini preliminari in sede di sblocco delle indagini (artt. 415-*bis*, comma 5-*quater*, c.p.p.).
In secondo luogo, il cantiere prevede una serie di interventi decisivi sul versante della normativa secondaria e delle infrastrutture tecnologiche.
Si allude alla messa a terra del processo penale telematico da completarsi - mediante l'emanazione di un decreto del Ministro della giustizia - al più tardi entro il 31 dicembre 2023 (art. 87, D.Lgs. n. 150/2022) e alla definizione degli appalti per il servizio di videoregistrazione.
Sul versante sostanziale, risulta, invece, essenziale rendere concretamente operative le nuove norme in materia di pene pecuniarie, introdotte dal D.Lgs. n. 150/2022. Mediante un decreto del Ministro della giustizia (da adottarsi entro 90 giorni dall'entrata in vigore della "riforma Cartabia") vanno, infatti, individuate le modalità tecniche di pagamento, anche per via telematica, di tale sanzione. Si tratta, evidentemente, di un passaggio fondamentale per rimediare alle disfunzioni pratiche che hanno finora caratterizzato il processo di riscossione delle pene pecuniarie.
Ma ancora più articolato è il percorso necessario per dare rendere operativo l'apparato della giustizia riparativa. Entro giugno 2023 dovranno essere adottati un decreto del Ministro della giustizia (di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro dell'università e della ricerca) sulla formazione dei mediatori (art. 89, comma 10, D.Lgs. n. 150/2022) e dovranno partire le conferenze locali per la giustizia riparativa, le quali sono tenute (entro lo stesso periodo) alla ricognizione dei servizi di giustizia riparativa in materia penale erogati da soggetti pubblici o privati specializzati, convenzionati con il Ministero della giustizia ovvero che operano in virtù di protocolli di intesa con gli uffici giudiziari o altri soggetti pubblici (art. 92, D.Lgs. n. 150/2022).
Per di più, dovrà essere adottato un ulteriore decreto ministeriale per l'inserimento nell'elenco dei mediatori esperti in programmi di giustizia riparativa (art. 93, D.Lgs. n. 150/2022).
Sul piano organizzativo, va, infine, menzionata la necessità di dare una prospettiva di lungo periodo al personale addetto all'ufficio per il processo, il quale ha già iniziato a fornire un apporto importante nel migliorare le condizioni di salute della giustizia. È, del resto, ovvio che solo dotando tali strutture di personale qualificato e con prospettive a lungo termine si potrà pensare di farle funzionare al meglio, impedendo un esodo già parzialmente in atto verso altre amministrazioni. In questa prospettiva, va segnalato che un primo - pur timido - passo avanti nella giusta direzione è stato compiuto mediante l'art. 10, D.L. 24 febbraio 2023, n. 13 (disposizioni urgenti per l'attuazione del PNRR), il quale ha allungato a 36 mesi la durata dei contratti degli addetti.

(7) In quest'ottica è fondamentale la previsione secondo la quale il "Comitato promuove la riorganizzazione e l'aggiornamento del sistema di rilevazione dei dati concernenti la giustizia penale e assicura la trasparenza delle statistiche attraverso pubblicazioni periodiche e i siti internet istituzionali" (art. 2, comma 16, L. n. 134/2021).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

"Riformare la riforma" e vanificazione dell'effetto "*nudge*"

Naturalmente, vi sono diversi temi sui quali il dibattito dottrinale e, soprattutto, le critiche non si sono placate.

Da più parti si prospetta dunque la necessità di "riformare la riforma" (8). E il terreno più avanzato sul quale si continua a discutere è quello del rapporto tra tempo e processo penale. È ben noto che il rimedio dell'improcedibilità ha suscitato diverse riserve sul piano teorico (9) e resistenze della magistratura associata. Si è aperta pertanto una riflessione e sono già stati depositati dei disegni di legge (10).

Ora, non v'è dubbio che l'istituto presenti alcuni profili di dubbia legittimità costituzionale - si pensi, in particolare, all'irragionevolezza del regime delle proroghe illimitate per alcuni reati e all'inapplicabilità dell'improcedibilità per i delitti puniti con l'ergastolo - e potenziali criticità (11) - si allude alle impugnazioni delle proroghe e alla paradossale *reformatio in peius* in caso di impugnazione di un proscioglimento -, ma non pare porsi in radicale contrasto rispetto ai canoni fondamentali (12).

Per un verso, la norma costituzionale dell'art. 111, comma 2, Cost. - se letta insieme all'art. 27, comma 2, Cost. - non pone una norma programmatica ma fissa un obiettivo categorico (13). Ed è dunque ragionevole che la legge introduca un meccanismo di chiusura quando le misure finalizzate a garantire la speditezza processuale non siano state efficaci.

Per altro verso, non sembra contrastare, né con l'art. 112 Cost. - a meno di non accogliere una lettura massimalista oramai superata (14) -, né con l'art. 3 Cost., posto che sussiste una netta differenza tra il giudizio (che si celebra in prime cure) e il controllo sul giudizio (affidato ai mezzi di impugnazione).

L'idea al fondo dell'improcedibilità non è certamente nuova: se ne trova infatti traccia in diversi progetti di riforma (15), ed è stata sostenuta e argomentata da svariati autori (16). Non si era però mai riusciti a introdurre nell'ordinamento un sistema basato, per così dire, sulla duplicazione degli orologi (17); un sistema che ha il grandissimo pregio di "dividere" i compiti tra istituto sostanziale - destinato a fungere da "metronomo" del tempo sostanziale - e istituto processuale, finalizzato ad attivare il rimedio estremo in caso di irragionevole durata (18).

E, allora, l'auspicio è che si consolidi questo traguardo: semmai occorrerebbe estendere l'improcedibilità anche al primo grado (19) e ritoccare i termini di prescrizione, al fine di adeguarli alla nuova arcata temporale di riferimento, onde evitare una (oggi possibile) eterogenesi dei fini con l'allungamento dei tempi del giudizio di prime cure.

---

(8) Questo il titolo icastico di un Convegno organizzato dall'Unione Camere Penali a Roma nel febbraio 2023.

(9) Si può fare riferimento, in particolare, alle critiche formulate da P. Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2022, 441 ss.; Id., *Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 258; nonché, M. Daniele - P. Ferrua - R. Orlandi - A. Scalfati - G. Spangher, *A proposito di prescrizione del reato e improcedibilità*, in *Sist. pen.*, 14 settembre 2021. Per un quadro idei problemi connessi all'istituto, si legga A. Marandola, *Gli incerti orizzonti dell'improcedibilità per decorrenza dei termini "ragionevoli" nei giudizi di impugnazione*, in B. Romano - A. Marandola (a cura di), *La riforma Cartabia. La prescrizione, l'improcedibilità e le altre norme immediatamente precettive*, Pisa, 2022, 55 ss.; A. Scalfati, *L'improcedibilità "*ratione temporis*": una mina nel sistema*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 804 ss.

(10) Il riferimento è ai seguenti disegni di legge, presentati nel corso della XIX legislatura: A.C. 893, di iniziativa del deputato Pittalis, recante "Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di prescrizione"; A.C. 745, di iniziativa del deputato Costa, recante "Modifica all'articolo 159 e abrogazione dell'articolo 161-*bis* del codice penale in materia di prescrizione".

(11) V. anche G. Canzio, *Il modello "Cartabia". Organizzazione giudiziaria, prescrizione del reato, improcedibilità*, in *Sist. pen.*, 14 febbraio 2022, 8 ss.

(12) Così, invece, P. Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata*, cit., 443 ss.; G. Spangher, *Questioni in tema di sistema bifasico (prescrizione/improcedibilità)*, in questa *Rivista*, 2021, 1444. Cfr. anche, in senso critico rispetto alla coerenza con l'art. 112 Cost., M. Daniele, *Improcedibilità dell'impugnazione penale e reazioni applicative*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 862 ss.

(13) In questo senso, D. Negri, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, in *Sist. pen.*, 21 febbraio 2022, 54.

(14) Si condividono, al riguardo, le considerazioni di D. Negri, *Dell'improcedibilità temporale*, cit., 53. Analogamente, G. Canzio, *Prescrizione del reato e improcedibilità dell'azione penale. Una introduzione*, in *Sist. pen.*, 7 marzo 2023.

(15) Il rinvio va ai lavori della Commissione Riccio e della Commissione Fiorella, nonché al d.d.l. AS n. 2699, presentato al Senato della Repubblica il 22 gennaio 2004, dai senatori Fassone, Ayala, Brutti, Calvi e Maritati.

(16) In merito, tra gli altri, A. De Caro, *La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo: le eccentriche soluzioni legislative e le nuove proiezioni processuali sulla prescrizione dell'azione e l'estinzione del processo*, in *Arch. pen. web*, 2020, 1; G. Giostra, *La prescrizione: aspetti processuali*, in *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano, 2006, 81; G. Riccio, *La crisi della giustizia tra pressioni comunitarie e recessioni interne*, in *Arch. pen. web*, 2019, 3, 15.

(17) L'immagine è ripresa da O. Mazza, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, in *Sist. pen.*, 21 gennaio 2020.

(18) Configurano l'improcedibilità come istituto processuale G. L. Gatta, *Riforma della giustizia penale*: *contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, in *Sist. pen.*, 15 ottobre 2021 e F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *Sist. pen.*, 8 settembre 2021, 18.

(19) Come era nell'originaria proposta della Commissione Lattanzi (cfr. *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, reperibile in *Sist. pen.*, 25 maggio 2021, 54 ss.).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Non pare invece auspicabile un "ritorno al futuro" (con la somma dei due istituti (20)), che finirebbe per massimizzare i difetti di entrambi alimentando la corsa (strumentale) al *non liquet*; né, tanto meno, un "ritorno al passato" (ossia al modello della prescrizione sostanziale che ha ampiamente dimostrato di non funzionare in modo efficiente quale rimedio all'irragionevole durata).
Peraltro, non ci si deve nascondere che la prospettiva di una controriforma - che segnerebbe il quarto intervento in materia in meno di cinque anni - finirebbe per vanificare quell'effetto "*nudge*" o pungolo (21), che il semplice avvio del cantiere della riforma ha determinato nel primo semestre del 2022. Giova infatti ricordare che le novità organizzative e lo sforzo collettivo verso il conseguimento dell'obiettivo di riduzione del tempo di definizione dei processi - obiettivo di civiltà, prima che condizionalità del P. N.R.R. - ha prodotto dei risultati significativi di abbattimento del *disposition time* rispetto al 2019, pari al 16,1% in appello e al 9% in tribunale (22).

La necessità di aprire una riflessione su un'amnistia post-pandemica

In conclusione, merita chiarire che i dati relativi alle pendenze e, di conseguenza, all'arretrato soprattutto davanti al tribunale in composizione monocratica e alle corti d'appello sono talmente abnormi da rendere necessaria una riflessione su un vero e proprio *reset* del sistema.
Quanto al monocratico, dal 2002 al 2019, il numero di procedimenti penali esauriti si è (quasi) sempre attestato su valori inferiori rispetto a quello delle sopravvenienze, tanto che, nel 2019, la mole di pendenti era pari a più di 605.000 procedimenti, ovvero l'81% in più rispetto al 2003. E questo nonostante le depenalizzazioni di metà anni Dieci.
Presso le corti d'appello si è registrata, nello stesso scorcio temporale, una crescita pressoché continua del numero dei procedimenti penali pendenti a fine anno. L'aumento è stato tale da aver fatto sì che le cause residue negli ultimi due decenni siano cresciute di oltre il 142%, essendo passate da meno di 110.000 nel 2000 a oltre 260.000 nel 2019.
E la situazione si è ulteriormente aggravata dopo la pandemia. Com'era inevitabile, nel 2020 il *clearance rate* del monocratico è sceso all'86% (ove il livello di efficienza è fissato al 100%), con la conseguenza che le pendenze sono arrivate in un solo anno alla soglia *monstre* di 633.444. Per comprendere quanto la cifra sia allarmante, è sufficiente pensare che ci vorrebbero circa due anni a sopravvenienze zero per definirle totalmente.
E un discorso in larga parte analogo vale per le corti d'appello. Pure tali uffici hanno avuto un indice di ricambio ben inferiore all'unità (92%), presentando pertanto a loro volta un saldo negativo tra nuove cause e procedimenti definiti. La mole delle pendenze è dunque cresciuta, arrivando a oltre 271.500. In questo caso, ci vorrebbero 861 giorni (2,35 anni) a sopravvenienze zero, per riuscire a concludere tutti gli affari rimasti ancora negli archivi dei giudici di seconde cure.
Con questa zavorra impressionante di pendenze e di arretrato in senso tecnico, occorre ammettere che anche un'ambiziosa e organica riforma del sistema penale quale quella operata con la L. n. 134/2021 e con i D.Lgs. n. 150/2022 e D.Lgs. n. 151/2022 rischia di non farcela da sola. Soprattutto se si considera che il periodo concordato con l'Unione europea entro il quale conseguire l'obiettivo di riduzione del *disposition time* è molto breve.
Pertanto, i dati oggettivi dovrebbero indurre a ragionare su una selettiva manovra indulgenziale, che contribuisca a cancellare il fardello di un arretrato abnorme e determini un vero e proprio *reset* del sistema.
Certo, è del tutto evidente che la strada dell'amnistia è assai ardua sul piano politico, tanto da poter apparire oggi quasi come una provocazione. A maggior ragione in un quadro politico in cui il nuovo Parlamento, sin dal suo insediamento, appare propenso più a introdurre nuove fattispecie di reato piuttosto che a ridurre l'incidenza del penale.
Ma occorre fare i conti con il principio di realtà. E riconoscere che l'adozione di un provvedimento indulgenziale (mirato e di carattere eccezionale) si può giustificare anche in considerazione della calamità che ci stiamo lasciando alle spalle. La pandemia da Covid-19, come si è detto, non ha solo ulteriormente aggravato la condizione di un sistema penale già vicino alla bancarotta, ma ha alimentato linee di frattura profonde e trasversali nella nostra società. All'uscita dalla pandemia, un atto indulgenziale avrebbe il pregio di pacificare la comunità e, sul piano tecnico, potrebbe completare la riforma - un po' come accaduto nei primi anni Novanta - senza

(20) Così come prospettato nel d.d.l. n. 745 presentato alla Camera dei deputati il 22 dicembre 2022 dall'on. Costa.
(21) Cfr. R.H. Thaler - C.R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, Milano, 2014.
(22) I dati sono desunti da un report della Direzione generale di Statistica e Analisi Organizzativa del Ministero della giustizia.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

configurarsi in alcun modo come viatico per un ritorno al passato, che finirebbe inesorabilmente, già nel medio periodo, per pregiudicare gravemente l'efficienza della giustizia penale.

Non vi è dubbio che l'Italia non può tornare a essere quel "paese delle amnistie" giustamente censurato da Salvemini (23); nondimeno, va preso atto che la riforma dell'art. 79 Cost. - approvata con L. cost. 6 marzo 1992, n. 1 - ha sostanzialmente reso impraticabile l'adozione di atti di clemenza generali. Tanto che, da più di trent'anni, si è avuto soltanto un indulto in senso stretto: quello concesso con la L. 31 luglio 2006, n. 241, teso ad attenuare la criticità del sovraffollamento carcerario. A ben considerare, il codice Vassalli è stato l'unico della storia d'Italia a sopravvivere - anche grazie a quella "sorta di amnistia *random*" che è stata la prescrizione (24) - senza la valvola di sfogo dei provvedimenti clemenziali. Il problema è che ha accumulato un arretrato che lo porta sull'orlo del collasso.

Dinnanzi ai numeri appena ricordati, la prospettiva di un'amnistia va considerata con attenzione, perché avrebbe diversi effetti benefici.

In prima battuta, essa permetterebbe agli uffici giudiziari di sgravarsi in modo più rapido di una parte del carico giudiziario; eventualità che - è chiaro - favorirebbe pure l'obiettivo chiave, in vista del rispetto degli impegni con l'Unione europea, di riduzione della durata media abnorme dei procedimenti.

In secondo luogo, l'adozione di un'amnistia consentirebbe di invertire subito la rotta in attesa che i piani di intervento normativo e strutturale del sistema penale diano i loro frutti positivi. Come si è ricordato, ci vorrà un grande impegno e un certo tempo per perfezionare il disegno riformatore e, soprattutto, per colmare il significativo *gap* in termini di carenze di organico, di strutture e di mezzi che caratterizza gli uffici giudiziari; e l'adozione di un provvedimento clemenziale potrebbe aiutare a migliorare la situazione, consentendo ai nuovi istituti di iniziare a funzionare in condizioni meno problematiche.

Ma soprattutto, una mossa di questo tipo costituirebbe una ventata di ossigeno per gli istituti penitenziari, riducendo il tasso - ancora inaccettabile - di sovraffollamento.

Se, insomma, aveva certamente ragione Beccaria nel definire "felice la nazione" (25), la quale possa fare a meno degli atti indulgenziali, in questo preciso frangente storico merita aprire una seria riflessione sull'amnistia come potenziale completamento di una riforma del sistema penale; come viatico utile per ripartire da zero e porre le basi per realizzare un sistema penale che funzioni finalmente come un servizio pubblico efficiente, perché capace di perseguire gli obiettivi che la Costituzione gli assegna e di dare risposte in tempi ragionevoli all'imputato, alla persona offesa e alla comunità.

(23) L'efficace espressione è di G. Salvemini, *Anno santo e amnistia*, in *Scritti vari (1900-1957)*, Milano, 1978, 889.

(24) Così, G. Giostra, *Un giusto equilibrio dei tempi, sfida per la nuova prescrizione*, in *Sist. pen.*, 13 gennaio 2020.

(25) Cfr. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1864, 77.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Novità normative

a cura di Luigi Kalb

Trasformazioni transfrontaliere

D.Lgs. 2 marzo 2023, n. 19
Attuazione della Dir. UE 2019/2121 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, che modifica la Dir. UE 2017/1132 per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere - *G.U. Serie generale 7 marzo 2023, n. 56.*

L' art. 54 del decreto **introduce il reato** di "false o omesse dichiarazioni per il rilascio del certificato preliminare" di cui all'art. 29 dello stesso decreto.
Il successivo art. 55 apporta alcune modifiche **all'art. 25-*ter*, D.Lgs. n. 231/2001**, introducendo la lett. s-*ter*) inerente alla nuova fattispecie di reato di cui all'art. 54.

Salute umana

D.Lgs. 23 febbraio 2023, n. 18
Attuazione della Dir. UE. 2020/2184 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, concernente la qualità delle acque destinate al consumo umano - *G.U. Serie generale 6 marzo 2023, n. 55*

In materia di sanzioni, l'art. 23, comma 6, prevede che, per quanto non previsto dallo stesso decreto legislativo, si applicano le disposizioni di cui al Capo I della **L. 24 novembre 1981, n. 689**.

Responsabilità degli enti

D.L. 5 gennaio 2023, n. 2, conv., con modif., in L. 3 marzo 2023, n. 17
Misure urgenti per impianti di interesse strategico nazionale - *G.U. Serie generale 6 marzo 2023, n. 55*

I contenuti della decretazione di urgenza (riportati nel precedente n. 2/2023 della *Rivista*) sono stati convertiti in legge senza modifiche di particolare rilevanza. Si segnala solo l'integrazione della novità apportata **all'art. 45, comma 3, D.Lgs. n. 231/2001**, in base alla quale la nomina del commissario è disposta "in luogo della misura cautelare interdittiva".

Criminalità informatica

Decisione (UE) 2023/436 del Consiglio del 14 febbraio 2023,
che autorizza gli Stati membri a ratificare, nell'interesse dell'Unione europea, il secondo protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica riguardante la cooperazione rafforzata e la divulgazione di prove elettroniche - *G.U.U.E. 28 febbraio 2023, L. 63*

Il protocollo prevede procedure rapide che migliorano l'accesso transfrontaliero alle **prove elettroniche** e un elevato livello di garanzie. La sua entrata in vigore contribuirà alla lotta contro la criminalità informatica e altre forme di criminalità a livello mondiale, facilitando la cooperazione tra gli Stati membri che sono parti e i paesi terzi che sono parti, garantirà un elevato livello di protezione delle persone e risolverà i conflitti di legge (*considerando* n. 10). La rapida entrata in vigore del protocollo confermerà inoltre la posizione della Convenzione sulla criminalità informatica quale principale quadro multilaterale nella lotta contro la criminalità informatica (*considerando* n. 12).

Disposizioni di attuazione al c.p.p.

D.L. 24 febbraio 2023, n. 13
Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune - *G.U. Serie Generale 24 febbraio 2023, n. 47*

L'art. 39 della decretazione di urgenza ha modificato **l'art. 51 disp. att. c.p.p.** (*Personale tecnico impiegato per la documentazione degli atti*), sopprimendo al comma 2 il limite della durata biennale per stipula dei contratti con imprese o cooperative di servizi specialistici, e attribuendo, nel comma 3-*bis*, al Ministero della giustizia, in luogo del "Direttore generale delle risorse materiali, dei beni e dei servizi", il potere di individuare gli schemi di contratto da utilizzare e i relativi costi, in caso di delega al presidente della corte di appello.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Proroga dei termini in materia di giustizia

D.L. 29 dicembre 2022, n. 198, conv., con modif., in L. 24 febbraio 2023, n. 14
Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi - *G.U. Serie Generale 27 febbraio 2023, n. 49*

In aggiunta a quanto segnalato nel precedente numero della *Rivista* (n. 2/2023), in sede di conversione del D.L. n. 198 del 2022 sono stati introdotte nell'art. 8: la modifica, da dieci a undici anni, del limite temporale per l'operatività della disciplina previgente in materia di **ordinamento professionale forense** (artt. 22 e 49, L. 31 dicembre 2012, n. 247); l'estensione al 31 dicembre 2023 delle disposizioni per l'esercizio dell'attività giurisdizionale e per la semplificazione delle attività di deposito di atti, documenti e istanze nei **procedimenti penali militari** (art. 75, D.L. 21 maggio 2021, n. 73, conv., con modif., in L. 23 luglio 2021, n. 106); lo spostamento al 1° gennaio 2025 della decorrenza delle modifiche di alcune **circoscrizioni giudiziarie** di cui al D.Lgs. 7 settembre 2012, n. 155; la proroga dei termini per l'esercizio delle azioni di accertamento e liquidazione dei danni - subiti dalle **vittime di crimini di guerra** e contro l'umanità per la lesione di diritti inviolabili della persona, compiuti sul territorio italiano o comunque in danno di cittadini italiani dalle forze del Terzo Reich - sino alla scadenza di quattro mesi decorrenti dalla data di entrata in vigore della legge di conversione n. L. n. 14/2023 (art. 43, D.L. 30 aprile 2022, n. 36, conv. con modif., in L. 29 giugno 202, n. 79).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

EDITRICE
Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3
20142 Milano

INDIRIZZO INTERNET
www.edicolaprofessionale.com/DPP

DIRETTORE RESPONSABILE
Giulietta Lemmi

REDAZIONE
Francesco Cantisani, Ines Attorresi, Stefania Banfi

REALIZZAZIONE GRAFICA
Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOMPOSIZIONE
Integra Software Service Pvt. Ltd.

STAMPA
L.E.G.O. S.p.A.
Viale dell'Industria, 2 - 36100 Vicenza

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non puó comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze

PUBBLICITÀ:

Wolters Kluwer

E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it

Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3
20142 Milano, Italia

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 635 del 5 dicembre 1994

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con il n. 3353 vol. 34 Foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI
Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati in assenza di disdetta da comunicarsi a mezzo raccomandata A.R. da inviare a:

Wolters Kluwer Italia S.r.l. Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 20142 Milano (MI) entro 90 gg. prima della data di scadenza dell'abbonamento.
L'abbonamento cartaceo comprende nel prezzo di abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo
www.edicolaprofessionale.com/DPP
L'abbonamento digitale é consultabile all'indirizzo abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo
www.edicolaprofessionale.com/DPP

ITALIA
Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 285,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 260,00 + Iva 4%

ESTERO
Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 570,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 260,00

MODALITÀ DI PAGAMENTO
Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI S.r.l. Gestione incassi - Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano

oppure
Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Indicare nella causale del versamento il titolo dellarivista e l'anno di abbonamento.

Prezzo copia: € 33,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corsoall'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE
Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico
é comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M.29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Per informazioni in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati scrivere o telefonare a:

telefono 02 82476.015
redazione.dirittopenaleeprocesso.ipsoa@wolterskluwer.com

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., scrivere o telefonare a:

Wolters Kluwer Italia S.r.l. Servizio Clienti
telefono 02 824761 – telefax 02 82476.799
e-mail servizio.clienti@wolterskluwer.com

Egregio abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.
Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.
L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Via dei Missaglia, n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano (MI).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Responsabilità del provider

Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli *Internet Service Provider*?

di Sofia Braschi (*)

Il Regolamento sui servizi digitali, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 27 ottobre 2022, sembra destinato a modificare in misura rilevante lo statuto di responsabilità degli *Internet Service Provider*. L'Autrice passa dunque in rassegna le novità più significative del Regolamento, allo scopo di verificarne l'impatto sul piano penale e fornire alcune indicazioni al legislatore nazionale.
On 27 October 2022, the Digital Services Act was published in the Official Journal of the European Union. This Act is intended to significantly reshape the Internet Service Providers' liability. Hence, the author examines the most relevant novelties, with the aim of checking their impact on criminal law and providing some guidance to the national lawmaker.

Introduzione

Il 27 ottobre 2022 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il nuovo Reg. UE 2022/2065 relativo a un mercato unico dei servizi digitali (c.d. Regolamento sui servizi digitali o *Digital Services Act*, di seguito "Regolamento" o "DSA") (1). L'atto segna l'epilogo del percorso iniziato nel dicembre 2020, con la presentazione della relativa proposta da parte della Commissione Europea e l'avvio di un ampio processo di consultazione; volendo risalire ancor più indietro nel tempo, è possibile affermare che il provvedimento concorre a realizzare la Strategia per il mercato unico digitale, enunciata nel maggio 2015 e resa poi progressivamente oggetto di attuazione (2).

Tale ultima osservazione ci consente subito di precisare che il Regolamento si inserisce in un più articolato piano d'azione volto a ripensare il ruolo degli operatori attivi sul terreno dei servizi digitali. Oltre al Reg. UE "fratello" 2022/1925, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (c.d. Regolamento sui mercati digitali o *Digital Market Act*, di seguito anche "DMA"), approvato il 14 settembre 2022, all'atto in esame si può accostare la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale, attualmente in discussione al Parlamento Europeo (3). Invero, tutti questi provvedimenti riflettono il superamento dell'idea della neutralità della rete e mirano ad assicurare che l'uso della tecnologia sia orientato al rispetto dei diritti fondamentali e del principio di

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (*double blind*).

(1) Questa la denominazione completa del provvedimento: Reg. UE 2022/2065 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la Dir. 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali). L'*iter* che ha condotto alla sua approvazione può essere ricostruito attraverso la lettura dei documenti reperibili all'indirizzo: *https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2020/0361(COD)*.

(2) V. p. 13 del documento reperibile al seguente *link*: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=EN*. Alla Strategia enunciata nel 2015 possono essere ricondotti, fra l'altro, il regolamento generale sulla protezione dei dati Reg. UE 2016/679 (c.d. *General Data Protection Regulation*, di seguito anche "GDPR") e la Dir. UE 2019/790 sul diritto d'autore.

(3) Per una panoramica e alcune considerazioni relative al fondamento della Proposta G. Resta, *Cosa c'è di "europeo" nella proposta di regolamento UE sull'intelligenza artificiale?*, in *Dir. inf.*, 2022, 327 ss. Volendo ampliare ulteriormente lo sguardo, si può citare anche la proposta di direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro mediante piattaforme digitali, del 9 dicembre 2021, COM (2021), 762 final, in *Dir. rel. ind.*, 2022, 639 ss., con approfondimenti di A. Alaimo, F. Capponi e M. Del Frate.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dignità personale. Già da ora è opportuno peraltro evidenziare che, incrementando gli obblighi di controllo dei *provider*, il DSA mira essenzialmente ad assicurare la legalità delle comunicazioni che hanno luogo sul *web*; sotto il profilo in esame, esso va dunque saldato con le numerose iniziative dell'Unione Europea dirette a contrastare la disinformazione e la diffusione *online* di contenuti di natura illegale (4). Infine, sempre sul piano dell'inquadramento generale, non può trascurarsi che il Regolamento intende armonizzare la disciplina delle grandi piattaforme digitali, da un po' di tempo a questa parte oggetto di normative differenti sul piano nazionale (5), così contribuendo alla creazione del mercato unico digitale.

Dal punto di vista tecnico, il Regolamento integra, modificandola, la Dir. 2000/31/CE, c.d. direttiva sul commercio elettronico, alla quale il nostro ordinamento ha dato attuazione tramite il D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70. In maniera coerente con l'intento di realizzare una vera e propria ristrutturazione del *web*, il provvedimento presenta un'efficacia differita al 17 febbraio 2024 (art. 93) e contiene norme non sempre suscettibili di immediata applicazione (6). Alla luce di tale ultima osservazione, si comprende la necessità di attendere l'intervento del Parlamento italiano al fine di vedere compiutamente realizzato il nuovo sistema immaginato dall'Unione; nell'attesa di questo momento, sembra tuttavia utile dare conto delle principali novità apportate dal Regolamento, verificando in che misura queste siano in grado di ripercuotersi sulla responsabilità penale degli operatori in *internet*.

I contenuti del Regolamento: uno sguardo d'insieme

A uno sguardo d'insieme, il nuovo Regolamento sui servizi digitali appare un atto assai più corposo della Dir. 2000/31/CE, componendosi di ben 156 considerando e 93 articoli, ripartiti in quattro capi: "disposizioni generali" (artt. 1-3), "responsabilità dei prestatori di servizi intermediari" (artt. 4-10), "obblighi in materia di dovere di diligenza per un ambiente trasparente e sicuro" (artt. 11-48) e "attuazione, cooperazione, sanzione ed esecuzione" (artt. 49-93). Tale differenza si spiega alla luce della maggiore complessità frattanto acquisita dal mercato digitale, all'interno del quale siti di piccole dimensioni si trovano oggi a convivere con piattaforme e *social network* attivi su scala globale; di qui la necessità di rinunciare a una disciplina unitaria e adottare paradigmi regolatori differenziati in funzione dell'attività svolta dal singolo operatore. D'altra parte, nel procedere in questa direzione, il DSA recepisce un'impostazione già ampiamente consolidata nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che ormai da alcuni anni ha ridefinito il perimetro operativo delle ipotesi di esenzione da responsabilità previste dalla Dir. 2000/31/CE, escludendo dal relativo raggio di applicazione le piattaforme che non si limitano a memorizzare i contenuti messi in rete dagli utenti, bensì utilizzano programmi di intelligenza artificiale allo scopo di ottimizzarne la fruizione (7).

Ciò precisato, prima di vedere nel dettaglio le innovazioni che assumono una più apprezzabile rilevanza sul piano penale, distinguendo in base alla natura dei singoli operatori, conviene svolgere alcune considerazioni di carattere generale sul fondamento dell'assetto normativo stabilito dal Regolamento e sul relativo ambito di applicazione.

Con riferimento al primo profilo, si è già accennato al fatto che il DSA - al pari del DMA e della proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale (8) - adotta un approccio basato sul rischio, fissando regole di condotta e meccanismi di *enforcement* diversificati in funzione dell'attività svolta dai singoli *provider* e della

(4) Nella prospettiva del cultore del diritto penale, vengono in rilievo in particolare la proposta di direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, dell'8 marzo 2022, COM (2022), 105 final (*https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0105&from=EN*), che mira fra l'altro alla criminalizzazione dell'istigazione all'odio e alla violenza *on-line*, e la proposta di estendere la competenza dell'Unione Europea alla criminalità d'odio, contenuta nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio del 9 dicembre 2021, COM (2021), 777 final.

(5) Si fa riferimento alle leggi recentemente adottate in alcuni paesi al fine di regolare l'attività delle grandi piattaforme digitali: sul punto v. *infra*, par. 6, testo e nt. 61.

(6) Oltre che per l'apparato sanzionatorio, la cui implementazione è affidata agli Stati (art. 52), l'osservazione vale per gli obblighi relativi alle grandi piattaforme digitali, che sono in parte rimessi alla Commissione europea (art. 87).

(7) Sul punto, per una panoramica aggiornata delle pronunce più significative, O. Pollicino - M. Bassini - G. De Gregorio, *Internet law and protection of fundamental rights*, Bocconi University Press, 2022, 76 ss. A completamento del quadro, è bene inoltre rammentare che la giurisprudenza della Corte di Giustizia, relativa essenzialmente alla protezione del diritto d'autore, trova avallo negli orientamenti assunti dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di *hate speech*: da ult. *Sanchez vs. France*, 2 settembre 2021, ric. 45581/15, secondo cui non viola l'art. 10 della Convenzione la criminalizzazione del gestore del sito, che non rimuove prontamente i messaggi inneggianti all'odio pubblicati dagli utenti.

(8) Per una panoramica dei contenuti del DMA G.M. Ruotolo, *Le proposte di disciplina di* digital services *e* digital markets *della Commissione del 15 dicembre 2020*, in *DPCE on line*, 2020, 5421; sulla proposta di regolamento relativo all'intelligenza artificiale, invece, D. Messina, *La proposta di regolamento europeo in materia di Intelligenza Artificiale: verso una "discutibile" tutela individuale di tipo* consumer-centric *nella società dominata dal "pensiero artificiale"*, in *MediaLaws*, 2022, 2, 214 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

loro capacità di impattare sui valori fondamentali dell'Unione. Si può così distinguere la posizione dei fornitori di servizi di *mere conduit* e *caching*, da quella degli *hosting provider*, nonché dei gestori di semplici piattaforme *online* e di piattaforme *online* o motori di ricerca di dimensioni molto grandi (9). Ponendo rimedio alla situazione di incertezza derivante dall'impostazione necessariamente casistica seguita dalla Corte di Giustizia, il Regolamento si preoccupa di specificare il significato di queste locuzioni. Senza entrare nel dettaglio, è sufficiente per adesso evidenziare che le norme relative alle piattaforme non trovano applicazione agli operatori che, in base al fatturato o al numero di dipendenti, rientrano all'interno della nozione di microimprese o di piccole imprese, così come stabilita dalla raccomandazione 2003/361/CE (10). Tale annotazione ci consente infatti di affermare che, nella definizione dell'assetto normativo poc'anzi delineato, il Regolamento segue un principio di proporzione: il legislatore europeo mira, in altri termini, ad evitare che l'obiettivo perseguito dall'Unione, di creare un ambiente digitale rispettoso dei diritti e del principio di dignità personale, sia realizzato tramite l'imposizione di sacrifici insostenibili per i singoli operatori (11). D'altra parte, è noto che oggigiorno le piattaforme *internet* rappresentano un essenziale strumento di informazione e di partecipazione al dibattito politico e culturale. Per tale ragione, la previsione di doveri troppo onerosi rischia di limitare il diritto alla manifestazione del pensiero oltre che la libertà d'iniziativa economica dei *provider*.

Il secondo problema di carattere generale attiene all'ambito di operatività del Regolamento. L'art. 2, comma 1 stabilisce che esso trova applicazione "ai servizi intermediari offerti a destinatari il cui luogo di stabilimento si trova nell'Unione o che sono ubicati nell'Unione, indipendentemente dal luogo di stabilimento dei prestatori di tali servizi intermediari"; l'art. 3, comma 1, lett. b) chiarisce invece che per destinatario del servizio deve intendersi "qualsiasi persona fisica o giuridica che utilizza un servizio intermediario, in particolare per ricercare informazioni o renderle accessibili". Come si vede, il Regolamento presenta un ambito di operatività molto ampio, potendo trovare applicazione agli operatori che hanno sede al di fuori dell'Europa; anche con riferimento a questo provvedimento sembra dunque potersi affermare che l'Unione mira a definire un "*gold standard*" in grado di imporsi su scala globale (12). A questo riguardo, non si può però fare a meno di osservare che la vocazione universalistica del Regolamento incontra un primo limite essenziale nella mancanza di uniformità della normativa penale riguardante i reati commessi sul *web* (13). Infatti, come si avrà modo di osservare, molti dei doveri di collaborazione dei *provider* hanno come presupposto l'avvenuta pubblicazione di un contenuto illegale: poiché però l'esistenza di tale ultimo elemento dipende dal diritto nazionale, è corretto ipotizzare che già all'interno dell'Europa il DSA darà vita a forme di responsabilità di differente estensione (14). Secondariamente, è bene evidenziare che, in presenza di intermediari di piccole dimensioni,

(9) G. Resta, *Cosa c'è di "europeo" nella proposta di regolamento UE sull'intelligenza artificiale?*, cit., 338 s. A chiarire il fondamento di tale ultima differenziazione interviene il considerando n. 79: "Le piattaforme *online* di dimensioni molto grandi e i motori di ricerca *online* di dimensioni molto grandi possono essere utilizzati in un modo che influenza fortemente la sicurezza *online*, la definizione del dibattito e dell'opinione pubblica nonché il commercio *online*. [...] Sono necessarie una regolamentazione e un'esecuzione efficaci al fine di individuare e attenuare adeguatamente i rischi e i danni sociali ed economici che possono verificarsi".

(10) Così espressamente dispone l'art. 19; il legame fra questa previsione e il principio di proporzionalità emerge chiaramente dal considerando n. 57.

(11) Per approfondimenti sulla struttura del principio di proporzionalità, anche in relazione alla libertà di espressione, per tutti, N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 122 ss. e 180 s. Con specifico riferimento al DSA cfr. C.A. De Michelis, *Il* Digital Services Act*: i nuovi obblighi volti a migliorare la lotta alla contraffazione ed i temi aperti*, in *Dir. ind.*, 2022, 173.

(12) Per una simile osservazione, con riferimento alla proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale G. Resta, *Cosa c'è di "europeo" nella proposta di regolamento UE sull'intelligenza artificiale?*, cit., 326.

(13) Il considerando n. 12 chiarisce che la nozione di "contenuto illegale", in relazione alla quale sono individuati i doveri di collaborazione dei *provider*, dovrebbe essere riferita a "informazioni [...] di per sé illegali, quali l'illecito incitamento all'odio o i contenuti terroristici illegali e i contenuti discriminatori illegali, o che [...] riguardano attività illegali", come ad esempio accade in presenza di immagini che ritraggono abusi su minori. È chiaro, peraltro, che il problema di una eventuale applicazione disomogenea del Regolamento non è destinato a interessare tanto i settori oggetto di armonizzazione (ad esempio, la vendita o diffusione di programmi informatici finalizzati al compimento di attività illecite ai sensi della Dir. UE 2013/40) ovvero rientranti nella competenza dell'Unione ai sensi dell'art. 83, comma 1, TFUE (ad esempio, reati in materia di terrorismo o sfruttamento sessuale dei minori), quanto quelli rimessi integralmente al legislatore interno.

(14) Si pensi, nella prospettiva in esame, alle differenze attualmente esistenti nella repressione dell'*hate speech*: a tacer d'altro, è noto che nel nostro ordinamento, a differenza che in altri sistemi, la tutela penale non si estende a sanzionare le condotte di istigazione all'odio commesse per ragioni di discriminazione basata sull'identità di genere e sull'orientamento sessuale. Per una panoramica della legislazione vigente in Europa in tema di *hate speech* L. Goisis, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1532 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'inoperatività dei meccanismi di *enforcement* stabiliti per le piattaforme impone di azionare gli ordinari strumenti di tutela giurisdizionale: con riferimento a questa tipologia di intermediari sembra perciò corretto dubitare della reale capacità del Regolamento di valicare i confini dell'Unione.

Le novità introdotte con riferimento alla responsabilità dei *provider* e il relativo fondamento politico-criminale

Passando adesso a considerare più da vicino i contenuti del Regolamento, alla luce delle osservazioni svolte nel paragrafo che precede dovrebbe risultare ormai chiaro come il DSA individui statuti di responsabilità differenziati in ragione della dimensione e dell'attività svolta dai singoli operatori. In aggiunta a questi elementi, occorre precisare che il Regolamento, da un lato, detta specifiche previsioni per le piattaforme di *e-commerce* (15), dall'altro, non interferisce con le regole stabilite da altre normative, come la Dir. UE 2019/790 in materia di diritto d'autore (16). Ne discende un'ulteriore diversificazione dei doveri dei *provider* e delle conseguenze derivanti dalla loro violazione. Nell'impossibilità di un esame esaustivo, conviene limitarci a dare conto delle principali innovazioni introdotte dal Regolamento, analizzando partitamente le diverse tipologie di operatori: iniziamo con alcune brevi annotazioni relative ai fornitori di servizi di intermediazione, per poi approfondire la posizione degli *hosting provider* e concludere svolgendo alcune riflessioni sulle piattaforme, anche di dimensioni molto grandi.
Con riferimento ai fornitori di servizi di intermediazione il DSA non contiene novità meritevoli di particolare considerazione. A questo proposito, è sufficiente evidenziare che il Regolamento riprende la distinzione tra *mere conduit*, *caching* e *hosting provider* introdotta dalla Dir. 2000/31/CE; per tutti questi operatori, ribadisce la mancanza di un generale dovere di sorveglianza (art. 8) e l'esenzione da responsabilità nell'ipotesi in cui l'intermediario si limiti a svolgere un'attività neutrale, di mero trasporto o memorizzazione (artt. 4, 5 e 6) (17). Rispetto alla direttiva, risulta però ampliato il catalogo dei doveri di collaborazione posti in capo ai suddetti *provider* (18). D'altra parte, il DSA si preoccupa di precisare che l'esenzione da responsabilità non può essere esclusa per il fatto che l'operatore svolga "in buona fede e in modo diligente, indagini volontarie" ovvero adotti "misure volte a individuare, identificare e rimuovere contenuti illegali" (art. 7). Il significato di questa previsione risulterà più chiaro ove si consideri che, nel corso del tempo, una parte della giurisprudenza ha valorizzato l'adozione di meccanismi di filtraggio preventivi per affermare il carattere non neutrale dell'attività svolta dal singolo operatore e così sottrarlo ai *safe harbour* previsti dalla direttiva (19): il Regolamento mira a superare una simile interpretazione, che ha l'effetto di scoraggiare l'implementazione di *standard* di tutela più elevati, diretti a limitare la pubblicazione di contenuti illegali.
Maggiore attenzione va invece riservata alla posizione dei fornitori di servizi di memorizzazione, giacché, come anticipato, il DSA modifica lo statuto di responsabilità di questi operatori. Al fine di procedere con ordine, conviene iniziare riportando il contenuto dell'art. 6: la norma riproduce l'art. 14, Dir. 2000/31/CE (20), stabilendo che l'*hosting provider* non risponde della memorizzazione di materiali illeciti, a condizione che esso "non sia effettivamente a conoscenza" della illiceità della comunicazione e,

(15) Si fa riferimento, in particolare, alle disposizioni contenute negli artt. 29 ss. D'altra parte, già la Dir. 2000/31/CE era pensata principalmente per regolare l'attività delle piattaforme commerciali: si spiega così la previsione di regole precipuamente intese a disciplinare la responsabilità risarcitoria (D. Petrini, *La responsabilità penale per i reati via* Internet, cit., 193).

(16) Art. 2, comma 4, lett. b); a questo proposito, è opportuno rammentare che la direttiva si occupa di precisare i doveri delle piattaforme di *file-sharing* (v. spec. l'art. 17) e le conseguenze derivanti dalla loro violazione.

(17) Sul significato di tale impostazione, nel quadro della Dir. 2000/31/CE, S. Seminara, Internet *(diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, 593 s.

(18) Senza entrare nel dettaglio, possiamo limitarci a evidenziare che il DSA prevede che gli Stati possano adottare ordini di contrastare contenuti illegali e fornire informazioni; le relative modalità di esecuzione sono disciplinate agli artt. 9 e 10.

(19) Sul piano nazionale, l'adozione di meccanismi di filtraggio preventivi figura fra i c.d. "indici di interferenza", cioè tra i fattori che consentirebbero di affermare la natura "attiva" del *provider*: così, *ex multis*, Cass. Civ., Sez. I, 13 dicembre 2021, n. 39763; Id., Sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708; a tale ultimo proposito, per alcune considerazioni critiche, L. Tormen, *La linea dura della Cassazione in materia di responsabilità dell'*hosting provider *(attivo e passivo)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1047; M. Bassini, *La Cassazione e il simulacro del* provider *attivo*: mala tempora currunt, in *MediaLaws*, 2019, 2, 256 ss. Analoghi orientamenti sembrano essere emersi anche in altri sistemi: con riferimento a quello tedesco v. T. Hoeren, *Internetrecht. Ein Grundriss*, De Gruyter, 2021[4], 541.

(20) Rispetto alla direttiva, si deve invero segnalare l'aggiunta del comma 3: "Il paragrafo 1 non si applica in relazione alla responsabilità prevista dalla normativa in materia di protezione dei consumatori per le piattaforme *online* che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali, qualora tali piattaforme *online* presentino informazioni specifiche o rendano altrimenti possibile l'operazione specifica in questione in modo tale da indurre un consumatore medio a ritenere che le informazioni, o il prodotto o il servizio oggetto dell'operazione, siano forniti dalla piattaforma stessa o da un destinatario del servizio che agisce sotto la sua autorità o il suo controllo".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

non appena a conoscenza, "agisca immediatamente per rimuovere i contenuti illegali o per disabilitare l'accesso agli stessi" (21). La previsione va però completata con l'art. 16, che impone agli *hosting provider* di adottare procedure di segnalazione dirette ad assicurare la pronta rimozione dei contenuti indicati dagli utenti: dopo averne descritto le necessarie caratteristiche di conformazione, la norma chiarisce che le segnalazioni dei privati fanno acquistare una "conoscenza o consapevolezza effettiva", sempreché "consentano a un prestatore diligente [...] di individuare l'illegalità della pertinente attività o informazione senza un esame giuridico dettagliato" (22). In altri termini, il Regolamento prescrive l'implementazione di meccanismi di *notice and action* (correntemente denominati anche "*notice and take down*" (23)) e ritiene che, in presenza di un contenuto illegale, il loro impiego sia sufficiente a determinare l'insorgenza di un obbligo di rimozione.

Prima di soffermarci sulle conseguenze che questa innovazione dispiega con riferimento alla responsabilità del fornitore di servizi di memorizzazione, conviene svolgere alcune riflessioni sul fondamento di una simile soluzione. In proposito occorre anzitutto rammentare che, nell'impossibilità di un controllo preventivo, paragonabile a quello svolto da un editore, nei primi anni duemila la scelta del legislatore europeo era stata quella di sollecitare una collaborazione successiva del *provider*, imponendogli di eliminare i contenuti offensivi già presenti nella rete; di qui l'affermazione di un dovere di rimozione, subordinato alla "conoscenza effettiva" dell'illiceità del materiale oggetto di pubblicazione. È noto peraltro che, in linea con questa impostazione, ma in maniera un po' più radicale, in sede di recepimento della Dir. 2000/31/CE, il nostro legislatore ha scelto di limitare ulteriormente i doveri d'intervento dei fornitori di servizi di memorizzazione: al fine di assicurare il rispetto del principio di determinatezza e garantire il massimo esercizio della libertà espressione, il D.Lgs. n. 70 del 2003 ha invero subordinato l'attivazione del *provider* a una richiesta istituzionale di rimozione (24).

Senonché, con l'evolversi della tecnologia, è diventato sempre più evidente come l'assetto regolativo qui brevemente delineato sia incapace di assicurare una tutela efficace dei diritti degli utenti; in particolare, in seguito all'affermazione del *Web 2.0* e all'intensificarsi della comunicazione digitale, è emersa la necessità di garantire una rapida rimozione dei contenuti immessi nella rete, potenzialmente in grado di raggiungere in poco tempo un'ampia cerchia di persone e così compromettere in maniera irreparabile gli interessi oggetto di protezione (25). Al centro del mirino è finita la scelta della direttiva di assegnare al *provider* doveri di controllo di natura sostanzialmente eccezionale. Tanto più che la realtà ha rivelato come i meccanismi di funzionamento dei grandi *social network* tendano ad agevolare la diffusione di false informazioni e messaggi inneggianti all'odio e alla discriminazione (26). In risposta a questa situazione, sul piano nazionale si è assistito all'introduzione di speciali doveri d'intervento (v. art. 19, L. 6 febbraio 2006, n. 38, in tema di pornografia

(21) Più precisamente, l'art. 6 stabilisce che l'*hosting provider* non risponde delle informazioni memorizzate a condizione che "a) non sia effettivamente a conoscenza delle attività o dei contenuti illegali e, per quanto attiene a domande risarcitorie, non sia consapevole di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dei contenuti; oppure b) non appena venga a conoscenza di tali attività o contenuti illegali o divenga consapevole di tali fatti o circostanze, agisca immediatamente per rimuovere i contenuti illegali o per disabilitare l'accesso agli stessi".

(22) In particolare, l'art. 16, par. 2 impone ai prestatori di servizi di memorizzazione adottare "le misure necessarie per consentire e facilitare la presentazione di segnalazioni contenenti [...] a) una spiegazione sufficientemente motivata dei motivi per cui la persona o l'ente presume che le informazioni in questione costituiscano contenuti illegali; b) una chiara indicazione dell'ubicazione elettronica esatta di tali informazioni, quali l'indirizzo o gli indirizzi URL esatti [...]; c) il nome e l'indirizzo di posta elettronica della persona o dell'ente che presenta la segnalazione [...]; d) una dichiarazione con cui la persona o l'ente che presenta la segnalazione conferma la propria convinzione in buona fede circa l'esattezza e la completezza delle informazioni e delle dichiarazioni ivi contenute".

(23) Tale è la denominazione più frequentemente adoperata dalla letteratura nordamericana: per alcuni approfondimenti di natura comparata B. Panattoni, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di* notice and take down, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 5, 256 ss.

(24) Come noto, l'art. 16, D.Lgs. n. 70 del 2003 stabilisce che il *provider* sia tenuto a intervenire in seguito alla richiesta della competente autorità giudiziaria o amministrativa; sul fondamento di una simile impostazione D. Petrini, *La responsabilità penale per i reati via* Internet, Napoli, 2004, 187 s.; S. Seminara, *Internet (diritto penale)*, cit., 603.

(25) Per la verità, l'esigenza di implementare i doveri di collaborazione dei *provider* è emersa in prima battuta sul terreno della protezione del diritto d'autore, per poi estendersi a riguardare anche gli interessi di natura personale: infatti, è in questo ambito che è nata la figura dell'*hosting provider* attivo, sulla quale *retro*, nt. 7 e 19.

(26) Sul punto, con particolare riferimento al fenomeno dell'*hate speech*, M. Lamanuzzi, *Il coinvolgimento dei gestori delle piattaforme* social *nel contrasto dell'odio e della pornografia virtuale. Oltre la* net neutrality*: tra autoregolamentazione e responsabilità amministrativa*, in *I nuovi volti del sistema penale fra cooperazione pubblico privato e meccanismi di integrazione fra* hard law *e* soft law*. Atti del X corso di Formazione interdottorale di Diritto e Procedura Penale "Giuliano Vassalli" per Dottorandi e Dottori di ricerca. VIII convegno sezione giovani penalisti AIDP*, a cura di A. Gullo - V. Militello - T. Rafaci, Milano, 2021, 390 ss. e la letteratura ivi citata; sulle *fake news*, invece, T. Guerini, Fake news *e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Torino, 2020, 38 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

minorile (27)) e procedure di segnalazione e rimozione (v. l'art. 2, L. 29 maggio 2017, n. 71, in tema di *cyberbullismo*), nonché alla progressiva erosione in via interpretativa delle cause di esenzione da responsabilità previste dal D.Lgs. n. 70 del 2003 (28); a livello eurounitario, si può invece segnalare la promozione di codici di autoregolamentazione, specificamente riguardanti le grandi piattaforme sociali e volti a limitare la circolazione di contenuti falsi e discriminatori (29). A completamento di questa riflessione, si deve peraltro precisare che le innovazioni appena menzionate non hanno mancato di sollevare obiezioni. In particolare, si è evidenziato che l'*hosting provider* non ha un forte interesse a conservare nella rete i contenuti oggetto di segnalazione; per tale ragione, la previsione di più stringenti doveri d'intervento e il conseguente ampliamento dei margini di responsabilità di questi operatori favorisce l'adozione di pratiche di "*overblocking*" o "censura collaterale", con forte detrimento della libertà di comunicazione (30).

Riassumendo, si può dunque affermare che il Regolamento prende posizione su un tema estremamente complesso, nel quale entrano in gioco molteplici interessi tutti meritevoli di considerazione. Rispetto all'assetto definito agli inizi del duemila, non v'è dubbio che il DSA intenda assicurare una tutela più efficace dei diritti degli utenti, imponendo ai fornitori di servizi di memorizzazione di adottare meccanismi di *notice and action* e di attivarsi in seguito alla semplice segnalazione dell'utente. D'altra parte, però, nel procedere in questa direzione, esso cerca altresì di salvaguardare la libertà d'iniziativa economica del *provider* e il diritto alla manifestazione del pensiero: a tacer d'altro, l'art. 16 precisa gli elementi che devono essere presenti nella segnalazione dell'utente e circoscrive l'obbligo di rimozione ai casi in cui l'ordinaria diligenza è sufficiente a rilevare l'illiceità dell'informazione (31).

La responsabilità penale dell'*hosting provider* alla luce della nuova disciplina: i presupposti dogmatici

Una volta chiarito il fondamento della disciplina introdotta dal Regolamento, non resta che indagare le sue conseguenze sulla responsabilità del fornitore di servizi di memorizzazione che mantenga in rete i contenuti illeciti segnalati da un utente. Per una corretta esposizione del problema, conviene iniziare ricordando le soluzioni fino a questo momento adottate dalla giurisprudenza, quindi esaminare le novità apportate dal DSA; il tutto, non trascurando di verificare l'opportunità che, in sede di attuazione, il nostro Parlamento scelga di regolare la responsabilità dell'*hosting provider* mediante un'apposita previsione.

Nella prospettiva delineata, si deve anzitutto evidenziare che, essendo privi di sanzione, gli obblighi stabiliti dall'art. 17, D.Lgs. n. 70 del 2003, di attuazione dell'art. 14, Dir. 2000/31/CE, sono di per sé incapaci di determinare la punibilità del fornitore di servizi di memorizzazione. Perché possa assumere rilevanza penale, la loro violazione deve quindi integrare le comuni fattispecie di reato e i correlativi criteri di imputazione. Muovendo da tale presupposto, fino a questo momento la dottrina si è perlopiù orientata nel senso di limitare la responsabilità concorsuale del *provider* ai casi di partecipazione attiva all'illecito realizzato dall'utente, riconducendo la mancata attuazione degli obblighi di collaborazione a specifiche fattispecie di natura omissiva (artt. 388 e 650 c.p.) (32). Per converso, il diritto pretorio ha

(27) In particolare, la norma citata nel testo ha modificato la L. 3 agosto 1998, n. 269, introducendo gli artt. 14-*ter* e 14-*quater*: tali disposizioni prescrivono ai *provider* la segnalazione di imprese e soggetti che distribuiscono materiale pedopornografico nonché l'adozione di programmi di filtraggio volti a limitare la diffusione di tali contenuti. In proposito L. Picotti, *Art. 3 (Pornografia minorile. Art. 600*-ter, *III comma c.p.)*, a cura di A. Cadoppi, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006[4], 207 s.

(28) La tendenza riportata nel testo ha riguardato la giurisprudenza sia civile che penale: con riferimento alla giurisprudenza civile, *ex multis*, L. Tormen, *La linea dura della Cassazione*, cit., 1042 ss.; quanto a quella penale, di cui si darà meglio *infra*, par. 4, sia consentito rinviare a S. Braschi, Social media *e responsabilità penale dell'*Internet Service Provider, in *MediaLaws*, 2020, 3, 162 ss.

(29) Si allude al *Code of conduct on countering illegal hate speech online*, promosso dalla Commissione Europea nel maggio 2016, in accordo con le principali piattaforme digitali: per approfondimenti sui relativi contenuti e sulla sua implementazione v. *https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combatting-discrimination-0/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online en*.

(30) Sul punto E. Rosati - G. Sartor, Social networks *e responsabilità del* provider, in *EUI Working Papers*, 2012, 5, 8; con riferimento al dibattito sviluppatosi in Germania v. J. Rinceanu, *Verso una forma di polizia privata nello spazio digitale? L'inedito ruolo dei* provider *nella disciplina tedesca dei* social network, in *Sist. pen.*, 11 marzo 2021, 10 e la letteratura *ivi* citata. Più in generale, sul problema del *chilling effect*, N. Recchia, *Il principio di proporzionalità*, cit., 253 ss.

(31) V. *retro*, nt. 22.

(32) Così, *ex multis*, S. Seminara, *Internet (diritto penale)*, cit., 597; A. Ingrassia, *Responsabilità penale degli* internet service provider*: attualità e prospettive*, in questa *Rivista*, 2017, 1626; D. De Natale, *La responsabilità dei fornitori di informazioni in* internet *per i casi di diffamazione* on line, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, 572 s. Ricostruzioni orientate a una maggiore responsabilizzazione del *provider* si rinvengono, invece, con diverse sfumature, in L. Picotti, *Diritto penale e tecnologie informatiche. Una visione d'insieme*, in *Cybercrime*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, UTET, 2019, 89; R. Bartoli, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'*Internet Service Provider, in questa *Rivista*, 2013, 606.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

optato per un'interpretazione via via più estensiva, in modo da affermare anche la punibilità per il reato principale del fornitore di servizi di memorizzazione che consapevolmente ometta di eliminare i contenuti antigiuridici già immessi nella rete. Nel dettaglio, recentemente investita del compito di giudicare la responsabilità del *blogger* per diffamazione, la Corte di cassazione dapprima ne ha affermato la punibilità per omesso impedimento del reato; quindi, ha considerato il *blogger* come autore di un'autonoma violazione (33); da ultimo, ne ha stabilito la responsabilità a titolo di agevolazione (34).

Senza indugiare sulle singole pronunce, per lo svolgimento delle nostre riflessioni è opportuno peraltro evidenziare che nessuna delle soluzioni appena ricordate va esente da obiezioni. Invero, l'affermazione di una responsabilità a titolo di concorso di persone - nella forma dell'omesso controllo o della partecipazione - mal si concilia con il carattere istantaneo della diffamazione e degli altri illeciti incentrati su una condotta comunicativa (35): in effetti, la stessa giurisprudenza non si è mai spinta ad affermare la permanenza del reato al momento di applicare gli altri istituti usualmente collegati alla consumazione (36). Quanto invece all'idea di qualificare l'*hosting provider* alla stregua di un autonomo autore, ragioni di natura sistematica inducono a limitare la suddetta equiparazione ai casi in cui il soggetto compie ulteriori atti che denotano la sua volontà di far propria la pubblicazione (37): in questo senso fra l'altro depone la necessità, più volte evidenziata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, di evitare forme esasperate di responsabilizzazione al fine di salvaguardare la libertà di critica e di informazione (38). Riassumendo, si può dunque affermare che, una volta esclusa l'operatività delle cause di esenzione da responsabilità stabilite dal diritto dell'Unione, occorre fare i conti con la difficoltà di configurare un illecito incentrato sul mantenimento nella rete di contenuti antigiuridici già oggetto di pubblicazione; la convergenza del diritto pretorio verso la punizione del fornitore di servizi di memorizzazione non deve far dimenticare i problemi tecnici sottesi a una simile soluzione.

Dopo avere così dato conto delle ricostruzioni finora adottate dal diritto pretorio al fine di affermare la punibilità dell'*hosting provider*, non resta che esaminare le modifiche apportate dal Regolamento. In siffatta prospettiva, si può anzitutto osservare che il DSA interviene sui presupposti soggettivi della responsabilità di questo operatore, chiarendo che l'invio di una segnalazione, rispettosa dei requisiti fissati dall'art. 16, permette al *provider* di acquistare la "conoscenza effettiva" da cui discende l'obbligo di immediata rimozione. Ciò premesso, per meglio comprendere il significato della modifica, occorre rammentare che, nel sistema delineato dalla Dir. 2000/31/CE, il riferimento all'effettività della conoscenza serviva a limitare la responsabilità del fornitore di servizi di memorizzazione ai casi di dolo diretto e intenzionale; la previsione risultava coerente con l'intento di negare la punibilità dell'*hosting provider* in presenza di un'attività meramente tecnica e neutrale (39). Dato questo punto di partenza, emerge con

(33) Si allude a Cass. Pen., Sez. V, 27 dicembre 2016, n. 54946, e Cass. Pen., Sez. V, 20 marzo 2019, n. 12546. Per ulteriori approfondimenti sui contenuti delle pronunce v. B. Panattoni, *I riflessi penali del perdurare nel tempo dei contenuti illeciti nel* cyberspace, in *Sist. pen.*, 2020, 5, 314 ss.

(34) Cass. Pen., Sez. V, 1° dicembre 2022, n. 45680.

(35) Così già S. Seminara, *La responsabilità penale degli operatori su* internet, in *Dir. inf.*, 1998, 764. Conf. A. Ingrassia, *Responsabilità penale degli* internet service provider, cit., 1626.

(36) V. ad es. Cass. Pen., Sez. V, 25 marzo 2015, n. 12695, ove, ai fini della querela, si afferma che la diffamazione è reato di evento, che si consuma nel momento in cui le frasi o immagini lesive sono immesse nel *web*. Cfr. però Cass. Pen., Sez. V, 22 marzo 2018, n. 13398, ove, nell'affermazione della responsabilità del direttore di periodico *on-line*, si riconosce la rilevanza della permanenza dell'articolo (sul punto e sulla posizione assunta in proposito dalla giurisprudenza di merito F. Cecchini, *La responsabilità del direttore di periodico telematico* ex *art. 57 c.p. tra divieto di analogia, "esigibilità" del controllo e prevedibilità dell'esito giudiziario*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, 21). Per ulteriori approfondimenti intorno alla consumazione della diffamazione sul *web* sia consentito rinviare nuovamente a S. Braschi, Social media *e responsabilità penale dell'*Internet Service Provider, cit., 164 s. e alla letteratura *ivi* citata.

(37) Come, ad esempio, accade nelle ipotesi di *hyperlinking*, con riferimento alle quali la dottrina è concorde nell'affermare la configurabilità di un'autonoma responsabilità penale del gestore del sito: nella letteratura italiana, per tutti, S. Seminara, *Internet (diritto penale)*, cit., 595 e 601 s.; in quella tedesca J. Eisele, *Computerstrafrecht*, in *Handbuch des Strafrechts. Band 6 Teildisziplinen des Strafrechts*, a cura di E. Hilgendorf - E. Kudlich - B. Valerius, Heidelberg, C.F. Müller, 2021, 1031. Nella medesima prospettiva, si può infine inquadrare l'indirizzo giurisprudenziale che ritiene integrato il reato di propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale nel caso di apposizione di un *like* a un contenuto di natura razzista: Cass. Pen., Sez. I, 9 febbraio 2022, n. 4535, in *Sist. pen.*, con nota critica di B. Fragasso.

(38) Sul punto, con riferimento specialmente all'uso dei collegamenti ipertestuali F. Falconi, *Diffamazione via* hyperlinking *e tutela della libertà di informazione* on-line, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1027 s.

(39) S. Seminara, *Internet (diritto penale)*, cit., 596; sulla necessità di limitare la responsabilità del *provider* ai casi di concorso sorretti da un "dolo particolarmente inteso" A. Manna, *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'*internet provider *in tema di pedofilia*, in *Dir. inf.*, 2001, 151. Sul piano dogmatico, la previsione è stata valorizzata per inquadrare la condotta del *provider* fra quelle di "*neutrale Beihilfe*": per approfondimenti T. Bode, *Das Providerprivileg aus parr. 7, 10 TMG als gesetzliche Regelung der Beihilfe durch „neutrale" Handlungen*, in *ZStW*, 2015, 947 ss.; più in generale, sul significato di tale costruzione, E. Basile, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni "neutrali"*, Torino, 2018, 83 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

chiarezza come il problema principale sollevato dalla nuova normativa sia quello di verificare se essa si limiti a specificare l'obbligo già contenuto nella direttiva ovvero determini un ampliamento della responsabilità del fornitore di servizi di memorizzazione.

In favore della prima soluzione parrebbe deporre la considerazione secondo cui l'art. 16 elenca una serie di elementi, che sono astrattamente sufficienti a determinare l'acquisizione di una conoscenza certa in ordine all'illiceità della comunicazione; invero, alla luce di tale osservazione, si potrebbe ipotizzare che il DSA abbia inteso eliminare le incertezze sollevate dalla precedente disciplina in ordine all'effettiva ricorrenza dell'obbligo di rimozione. A una simile ricostruzione è però agevole obiettare che il Regolamento mira a realizzare un maggior coinvolgimento dei *provider* (40), condizionandone l'esenzione da responsabilità all'adempimento di più pregnanti compiti di collaborazione. Né si può trascurare che l'intervento di questo operatore presuppone un apprezzamento dei contenuti segnalati dall'utente (41): ne discende che l'obbligo di rimozione trova fondamento in un'illiceità meramente potenziale, che ammette la punibilità del fornitore di servizi di memorizzazione il quale valuti erroneamente la legalità della comunicazione (42). Infine, è bene evidenziare che, nel disciplinare i doveri dell'*hosting provider*, l'art. 16 assegna rilevanza al semplice invio della segnalazione (43): emerge così come il Regolamento consenta di censurare anche l'operatore *internet* che ometta di esaminare la richiesta di rimozione.

Concludendo, si può dunque affermare che l'assetto normativo definito dal DSA apre alla possibilità di configurare una responsabilità di tipo strutturalmente colposo in capo al fornitore di servizi di memorizzazione che ometta di eliminare i contenuti illeciti segnalati dall'utente. Le conseguenze di una simile innovazione risultano particolarmente evidenti ove si rammenti che, nel nostro sistema, l'art. 17, D.Lgs. n. 70 del 2003 subordina l'attivazione del *provider* a una richiesta qualificata di rimozione. Sebbene, sul piano formale, il contrasto che va delineandosi possa trovare soluzione in virtù dell'obbligo per il giudice di disapplicare l'art. 17, D.Lgs. n. 70 del 2003, l'effetto estensivo della punibilità che discende da questa interpretazione ci impone ora di verificare l'opportunità di un intervento legislativo diretto a regolare le conseguenze derivanti dalla mancata rimozione dei contenuti pubblicati dagli utenti.

(*Segue*:) l'opportunità di un'autonoma incriminazione di omesso controllo del *provider*

L'analisi svolta ha evidenziato che, da un lato, il diritto pretorio è stabilmente orientato verso la punibilità del *provider* che ometta di eliminare i contenuti illeciti segnalati dagli utenti, dall'altro, il DSA pone un obbligo di diligenza, che è in grado di fondare un'imputazione di tipo colposo. Dalla combinazione di questi elementi risulta la possibilità di sanzionare per il reato commesso dall'utente anche l'operatore *internet* che, per errore, non rimuova una comunicazione oggetto di segnalazione: in capo al fornitore di servizi di memorizzazione va così delineandosi una forma di responsabilità affine a quella prevista dall'art. 57 c.p., in base al quale risponde dell'illecito commesso dall'autore dello scritto "il direttore o il vice-direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati". Una simile equiparazione appare giustificata nella prospettiva di apprestare una tutela rafforzata degli interessi offendibili tramite i nuovi mezzi di comunicazione; d'altra parte, però, essa solleva non poche obiezioni.

Anzitutto, occorre evidenziare il rischio che siffatta normativa dia vita a una forma di responsabilità per posizione. Vero è che le procedure di *notice and action* configurano un filtro in grado di limitare la quantità di informazioni sottoposte al monitoraggio del *provider*, così ovviando all'obiezione per la quale la

(40) A conferma di questa affermazione, è opportuno evidenziare che il DSA implementa gli obblighi di collaborazione degli *hosting provider*, prescrivendo loro anche di informare l'autorità giudiziaria, qualora "venga[no] a conoscenza di informazioni che fanno sospettare che sia stato commesso, si stia commettendo o probabilmente sarà commesso un reato che comporta una minaccia per la vita o la sicurezza di una o più persone".

(41) Si evidenzia, peraltro, che, al fine di agevolare il compito delle piattaforme, il DSA prevede l'istituzione di "segnalatori attendibili", prescrivendo che alla trattazione delle loro segnalazioni sia accordata priorità (art. 22).

(42) Invero, riprendendo riflessioni articolate con riferimento ad un altro settore, "non è segnale di dolo un elemento (o un insieme di elementi) che, se pure conosciuto, non conduce alla rappresentazione di un fatto di reato, ma semplicemente pone un problema di eventuali ulteriori indagini": D. Pulitanò, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Società*, 2008, 907. D'altra parte, nel campo dei reati commessi col mezzo della stampa, non si è mai dubitato della possibilità che alla base del rimprovero mosso al direttore vi sia un errore colposo di valutazione: così già F. Stella, *Omissione di controllo e inadeguata valutazione della liceità penale di uno scritto diffamatorio da parte del direttore responsabile di un periodico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 246 ss.; sul punto *infra*, testo e nt. 45.

(43) Invero, come già rammentato, in base all'art. 16, comma 3, DSA "*si considera* che le segnalazioni di cui al presente articolo permettono di acquisire una conoscenza o consapevolezza effettiva ai fini dell'articolo 6" (corsivo nostro).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rimozione dei contenuti illeciti configurerebbe un dovere concretamente inattuabile (44). Tuttavia, tra il fornitore del servizio di memorizzazione e l'autore della pubblicazione non sussiste un rapporto di tipo piramidale, paragonabile a quello che lega il giornalista al direttore; per tale ragione, non è possibile applicare i criteri tradizionalmente adoperati per delimitarne i doveri di controllo sui materiali oggetto di pubblicazione (45). Inoltre, la natura interattiva della comunicazione via *internet* fa sì che in essa siano coinvolti soggetti privi di qualsivoglia formazione professionale: ne discende che, mentre dovrebbe aumentare lo *standard* obiettivo di diligenza (46), si riduce la capacità del fornitore di servizi di memorizzazione di valutare la liceità del materiale oggetto di pubblicazione.

Spostandoci sul piano della proporzione, occorre poi evidenziare che, in assenza di un intervento del legislatore, gli orientamenti interpretativi prima riportati condurrebbero ad assoggettare l'*hosting provider* a un regime più severo di quello previsto per il direttore del periodico: infatti, salvi *revirement* giurisprudenziali (47), il primo non potrebbe beneficiare del più benevolo trattamento sanzionatorio che è previsto dall'art. 57 c.p. per i reati commessi con la stampa tradizionale. Né, a sostegno della legittimità di una simile impostazione, potrebbe opporsi la maggiore diffusività del mezzo digitale: è noto, infatti, che l'art. 57 c.p. trova oggi applicazione anche ai periodici *on-line* (48), che finirebbero così per sottostare a regimi differenti a seconda che il difetto di controllo riguardi l'attività del giornalista piuttosto che dell'utente. Come si vede, è indispensabile che, in sede di attuazione, il legislatore introduca una specifica previsione diretta a regolare l'ipotesi in cui l'*hosting provider* ometta di rimuovere immediatamente il contenuto illecito oggetto di segnalazione.

Soffermandoci brevemente su questo punto, è bene anzitutto precisare che l'idea di introdurre una norma incentrata sul mancato adempimento del dovere di collaborazione del *provider* non è del tutto nuova. Già all'indomani dell'approvazione del D.Lgs. n. 70 del 2003, una parte della dottrina aveva invero argomentato la necessità di fare ricorso a un'apposita incriminazione, volta a sanzionare l'omessa rimozione dei materiali illeciti segnalati dall'autorità (49); nella medesima direzione, in uno studio posteriore, si era poi sostenuta l'opportunità di disciplinare l'omesso controllo "successivo" del fornitore di servizi di memorizzazione (50). Entrambe le proposte originavano dalla difficoltà di fondare la punibilità dei *provider* sugli ordinari criteri di imputazione; è chiaro, peraltro, che nel quadro attuale emerge altresì l'esigenza di evitare un ampliamento eccessivo dei margini di responsabilità di questi operatori.

Fatta questa precisazione, il primo interrogativo che si pone riguarda la necessità di fare ricorso alla sanzione penale: in effetti, l'esigenza di salvaguardare la libertà di comunicazione suggerirebbe quantomeno di limitare la punibilità del *provider* ai casi in cui l'omissione riguardi reati di natura più grave (51).

Il secondo problema è invece di tipo strutturale. All'idea di continuare ad inquadrare la responsabilità di questo soggetto all'interno del modello concorsuale, si

(44) Sotto il profilo in esame, emerge il problema della esigibilità della condotta richiesta al *provider*: sul significato che questo principio riceve nel settore in esame S. Seminara, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., 761 s. Sulla necessità che "anziché invocare una pretesa inesigibilità della condotta" si verifichi "la reale praticabilità di fattispecie di omesso controllo" A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Jovene, 2013, 48.

(45) Si pensi, nella prospettiva in esame, alla possibilità di valorizzare le dimensioni e l'organizzazione aziendale del giornale al fine di valutare l'esigibilità del comportamento doveroso: per una panoramica degli orientamenti assunti dalla giurisprudenza G. Fiandaca - G. Leineri, *Art. 57*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. Forti - S. Seminara - G. Zuccalà, Padova, 2017[5], 249. Per un primo inquadramento del problema G. Fiandaca, *È "ripartibile" la responsabilità penale del direttore di stampa periodica?*, in *Foro it.*, 1983, 571 ss.

(46) Così, con riferimento alla responsabilità del direttore del periodico per omesso controllo sulle lettere inviate dai lettori, Cass. Pen., Sez. V, 25 febbraio 2019, n. 8180. A livello dogmatico, viene meno la possibilità di applicare il principio di affidamento: sul punto A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit., 15 ss.

(47) Così da ult. Cass. Pen., Sez. V, 15 maggio 2018, n. 21521, che esclude che a *blog* e *social network* si applichino le garanzie previste per la stampa in tema di sequestro.

(48) Tale estensione risale a Cass. Pen., Sez. V, 22 marzo 2018, n. 13398; conf. da ult. Id., Sez. V, 24 febbraio 2021, n. 7220. Per una ricostruzione degli orientamenti interpretativi sul tema e alcune considerazioni critiche I. Pisa, *La responsabilità del direttore di periodico* on line *tra vincoli normativi e discutibili novità giurisprudenziali*, in questa *Rivista*, 2019, 409 ss.

(49) D. Petrini, *La responsabilità penale per i reati via* Internet, cit., 208 ss.; in maniera coerente con l'assetto regolativo stabilito dal D.Lgs. n. 70 del 2003, e con l'intento di assicurare il diritto alla manifestazione del pensiero nella sua massima estensione, l'Autore proponeva di collocare il reato fra i delitti contro l'amministrazione della giustizia e limitare la punibilità al mancato ottemperamento dell'ordine dell'autorità di rimuovere il materiale.

(50) Così A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit., 48 ss., la quale peraltro evidenziava la necessità di puntualizzare "gli obblighi di diligenza" dei *provider*.

(51) In proposito, non possono trascurarsi le preoccupazioni espresse dalla Corte costituzionale e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in relazione all'uso della sanzione penale nel terreno della comunicazione: per una panoramica, da ult., P. Moscarini, *Libertà d'informare, tutela dell'onore e punibilità della diffamazione "mediatica"*, in questa *Rivista*, 2022, 1362 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

potrebbe invero obiettare che l'illecito dell'operatore *internet* essenzialmente risiede in un difetto di organizzazione (52); per tale ragione, potrebbe sembrare più opportuno svincolare la pena prevista per il *provider* da quella comminata all'autore.

Infine, più in generale, è opportuno meditare sull'entità delle conseguenze derivanti dalla mancata rimozione del contenuto oggetto di segnalazione. A questo riguardo, occorre invero considerare la minore gravità dell'illecito commesso dall'operatore *internet* rispetto a quello imputato al direttore: come già evidenziato, il gestore del *blog* o di altro *social media* non è un professionista della comunicazione, dunque un soggetto formato e dotato di adeguati strumenti di organizzazione. Inoltre, è bene di nuovo ricordare che il gestore della piattaforma non ha alcun legame con l'autore della pubblicazione e che, per questa ragione, la responsabilizzazione del *provider* tende a determinare una più forte limitazione della libertà di comunicazione degli utenti.

Riassumendo, si può dunque affermare che l'ampliamento dei margini di responsabilità degli operatori *internet*, attuata dal Regolamento, solleva molteplici problemi di proporzionalità e ragionevolezza, che rendono non più procrastinabile l'introduzione di un'apposita previsione volta a disciplinare le conseguenze derivanti dalla mancata rimozione dei contenuti oggetto di segnalazione.

La posizione delle piattaforme: quale modello di responsabilità?

Per completare l'analisi che precede, occorre dedicare alcune considerazioni finali alle due nuove tipologie di operatori individuate dal DSA, cioè le semplici piattaforme *online* e le piattaforme *online* o motori di ricerca "di dimensioni molto grandi".

La prima espressione individua il fornitore del servizio di memorizzazione, non rientrante nella nozione di microimpresa o di piccola impresa (53), che "su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico", sempre che tale ultima attività non configuri "una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio o funzionalità minore del servizio principale e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale altro servizio" (art. 3, lett. i) (54). Rispetto all'*hosting provider*, questo soggetto è gravato di ulteriori obblighi di collaborazione, i quali diventano particolarmente consistenti laddove la piattaforma presenti un numero di utenti pari o superiore a 45 milioni e sia perciò qualificata dalla Commissione come "di dimensioni molto grandi" (art. 33, comma 1) (55).

Limitandoci a una panoramica generale (56), senza pretesa di esaustività si può anzitutto ricordare che questi *provider* devono adottare un sistema interno di gestione dei reclami relativi ai provvedimenti di rimozione dei contenuti illegali ovvero di sospensione degli *account* (art. 20); lo scopo è quello di assicurare un rimedio immediato all'utente che ritenga di avere subito un'ingiusta limitazione alla propria libertà di espressione, senza peraltro pregiudicare il ricorso alla tutela giurisdizionale (57). Gli operatori in esame hanno poi obblighi di trasparenza, concernenti il funzionamento dei meccanismi di *notice and action* e diretti ad agevolare l'attività di controllo della Commissione (art. 24). Inoltre, laddove siano di dimensioni molto grandi, piattaforme e motori di ricerca sono tenuti ad implementare procedure di valutazione e attenuazione del rischio, precipuamente dirette a mitigare il pericolo sistemico di diffusione di contenuti illegali e conseguente

(52) Come noto, con riferimento all'art. 57 la dottrina maggioritaria ritiene che il legislatore abbia dato vita a un illecito autonomo: sul punto G. Fiandaca - G. Leineri, *Art. 57*, cit., 248; A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., 26; cfr. G. Delitala, *Titolo e struttura della responsabilità penale del direttore responsabile per reati commessi sulla stampa periodica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 549 ss.

(53) Sul punto *retro*, par. 2 testo e nt. 10.

(54) Sul punto A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit., 48 ss., la quale peraltro critica la scelta della normativa europea di non distinguere fra piattaforme che attuano un intervento tecnologico sui contenuti e piattaforme che si affidano alla moderazione degli utenti.

(55) Sotto il profilo in esame, emerge il legame fra il DSA e il DMA, il quale definisce come "*gatekeeper*" le imprese che detengono una posizione di dominio sul mercato e per esse prevede specifiche regole volte ad evitare l'adozione di comportamenti anticoncorrenziali: sul punto, per maggiori informazioni G. M. Ruotolo, *Le proposte di disciplina di digital services e digital markets*, cit., 5421. Per completezza, si segnala che l'art. 33 DSA prevede un meccanismo volto ad adeguare le determinazioni della Commissione all'andamento della popolazione europea.

(56) Una panoramica dei principali obblighi contenuti nel DSA e una loro valutazione dal punto di vista della tutela della proprietà industriale si rinviene in C.A. De Michelis, *Il* Digital Services Act*: i nuovi obblighi volti a migliorare la lotta alla contraffazione ed i temi aperti*, cit., 173 ss.

(57) In aggiunta al sistema di reclamo interno, al fine anche di circoscrivere il ruolo degli operatori *internet*, il DSA ha previsto l'intervento di appositi organi di composizione extragiudiziale delle controversie e autorità di natura statale: artt. 21 ss. Alla base di tali previsioni vi è l'importanza che le piattaforme sociali, specialmente quelle di dimensioni molto grandi, rivestono per l'esercizio delle libertà democratiche: si comprende così l'attuale dibattito in ordine alla qualificazione di questi *provider*, se di natura pubblicistica o meramente privata. Da ult., sugli orientamenti assunti in proposito dalla giurisprudenza, S. Martinelli, *La chiusura dell'*account *Facebook di un'associazione: quale tutela?*, in *Giur. it.*, 2021, 2093 s.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lesione dei diritti fondamentali degli utenti, del dibattito civico e delle libertà elettorali (artt. 34 ss.) (58).

In questa sede, non è possibile analizzare nel dettaglio il sistema delineato dal Regolamento e le sue ripercussioni sull'esercizio della libertà di espressione; in proposito, ci limitiamo dunque a rimandare alla letteratura specialistica (59), accennando invece adesso a due questioni, che assumono una particolare rilevanza nella prospettiva del cultore del diritto penale.

La prima attiene al tipo di responsabilità che, in sede di attuazione del Regolamento, il Parlamento nazionale potrà scegliere di configurare al fine di sanzionare la violazione degli obblighi sopra riferiti: invero, l'art. 52 impone agli Stati di adottare sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive", comunque non superiori "al 6% del fatturato annuo mondiale del fornitore di servizi intermediari". L'ipotesi più plausibile è che il legislatore introduca un illecito amministrativo, incentrato sulla violazione dei doveri di *compliance* e rendicontazione, rimettendone l'applicazione a un'apposita autorità (60); una simile soluzione troverebbe conforto, sul piano comparato, nella legislazione adottata da altri paesi europei, come Austria e Germania (61), che già conoscono norme dirette a sanzionare in via amministrativa le grandi piattaforme digitali.

Il secondo problema di carattere generale riguarda invece la possibilità che la nuova normativa dia luogo a una duplicazione di responsabilità: una simile preoccupazione origina dalla circostanza che, con specifico riferimento alle piattaforme e ai motori di ricerca di dimensioni molto grandi, gli art. 64 ss. attribuiscono ampi poteri di vigilanza alla Commissione, i quali possono sfociare nell'adozione di sanzioni pecuniarie a carico del *provider* che non si conformi alle correlative prescrizioni (art. 73). Siffatta disciplina è riferita essenzialmente ai doveri di analisi e gestione dei rischi sistemici, i quali sembrano essere strettamente collegati alla posizione nel mercato dei grandi operatori e alle relative scelte di organizzazione; sotto il profilo in esame, emerge con particolare evidenza il legame fra il Regolamento e il DMA, il quale parimenti prevede un duplice livello di attuazione (62). Ai nostri fini, è importante sottolineare che, a fronte di una violazione del diritto dell'Unione, si profila l'eventualità che un soggetto sia destinatario di più provvedimenti, da parte sia dell'autorità interna che della Commissione: si comprende così la necessità che, in sede di esecuzione del Regolamento, il legislatore configuri un sistema in grado di assicurare il rispetto del divieto di *bis in idem* sovranazionale (63).

(58) Sotto il profilo in esame, emerge il legame fra il DSA e la proposta di regolamento sull'AI: è, invero, noto come la predisposizione delle piattaforme *social* ad ospitare *hate speech* e *fake news* dipenda anche dal c.d. "*nudging* algoritmico" ovvero dall'implementazione di programmi che tendono a creare *ecochambers*. Sul punto D. Messina, *La proposta di regolamento europeo in materia di Intelligenza Artificiale*, cit., 206 ss. Per completezza, si segnala infine che il DSA prevede la promozione di norme volontarie e codici di condotta, diretti a specificare il dovere di diligenza delle piattaforme o ad affrontare rischi sistemici eventualmente emergenti (artt. 44 ss.).

(59) Numerose riserve, relative anche alla capacità del Regolamento di assicurare lo sviluppo delle imprese digitali, si rinvengono in F. Erixon, *"Too Big to Care" or "Too Big to Share": The Digital Services Act and the Consequences of Reforming Intermediary Liability Rules*, in *ECIPE Policy Brief*, 2021, 5, 6 ss. Nella letteratura precedente cfr., con riferimento al coinvolgimento dei *provider* nel controllo dei materiali *on-line*, *ex multis* G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di* Internet, in *MediaLaws*, 2018, 1, 43 ss.; M. Monti, *Privatizzazione della censura e* Internet platforms*: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Riv. it. inf. dir.*, 2019, 1, 36 ss.; F. Resta, *I poteri dei privati e gli àrbitri dei diritti*, in *MediaLaws*, 1° dicembre 2020.

(60) Invero, l'art. 49 prescrive agli Stati membri di "designare una o più autorità competenti incaricate della vigilanza dei fornitori di servizi intermediari e dell'esecuzione del presente regolamento", nonché di individuare un "coordinatore dei servizi digitali".

(61) Si fa riferimento alla "legge sulle piattaforme di comunicazione", entrata in vigore in Austria il 4 aprile 2023 (*Kommunikationsplattformen-Gesetz*, reperibile al seguente *link*: *https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20011415*) e alla "legge per il miglioramento della tutela dei diritti sui social network" (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*), entrata in vigore in Germania il 1° ottobre 2017. A questi provvedimenti si può poi accostare la *LOI n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre la haine sur internet*, adottata dal parlamento francese e dichiarata parzialmente incostituzionale: per approfondimenti sui contenuti della legge e sulle censure articolate dal *Conseil constitutionnel* T. Guerini, *Il Presidente e lo Sciamano. Riflessioni sul ruolo del diritto penale come elemento regolatore dell'infosfera*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, 19 ss.

(62) Per approfondimenti sul punto e per alcune riflessioni critiche V. Falce - N.M.F. Faraone, *Mercati digitali e DMA: note minime in tema di enforcement*, in *Dir. ind.*, 2022, 6 ss.

(63) In proposito, il DSA afferma la competenza esclusiva della Commissione con riferimento alle violazioni degli obblighi riferiti alle piattaforme e motori di ricerca di dimensioni molto grandi (valutazione e attenuazione del rischio, artt. 34 ss.), mentre per gli altri prevede che, "qualora la Commissione non abbia avviato procedimenti per la stessa infrazione, lo Stato membro in cui è situato lo stabilimento principale del fornitore di una piattaforma *online* di dimensioni molto grandi o di un motore di ricerca online di dimensioni molto grandi dispone di poteri di vigilanza e di applicazione degli obblighi di cui al presente regolamento". Sul significato del divieto di *bis in idem* alla luce della giurisprudenza sovranazionale, per tutti, S. Seminara, *Il divieto di* bis in idem*: un istituto inquieto*, in questa *Rivista*, 2022, 1383 ss.; L. Bin, *Anatomia del* ne bis in idem*: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2020, 101 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Osservatorio della Corte Costituzionale

a cura di Valerio Aiuti e Emmanuele Penco

Misure di prevenzione

Avviso orale "rafforzato": illegittima la possibilità per il questore di inibire l'utilizzo del telefono cellulare

Corte costituzionale 12 gennaio 2023, n. 2 - Pres. Sciarra - Est. Zanon

È costituzionalmente illegittimo l'art. 3, comma 4, D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, nella parte in cui include i telefoni cellulari tra gli apparati di comunicazione radiotrasmittente dei quali il questore può vietare, in tutto o in parte, il possesso o l'utilizzo.

Le questioni

Tanto il Tribunale ordinario di Sassari quanto la quinta Sezione della Corte di cassazione dubitavano della legittimità costituzionale della disciplina prevista per la misura di prevenzione dell'avviso orale del questore di cui all'art. 3, D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (cod. antimafia); in particolare, oggetto delle censure di entrambi i rimettenti era l'ipotesi di avviso orale c.d. "rafforzato" di cui al comma 4 della disposizione richiamata, in relazione alla quale è prevista la possibilità per il questore di inibire al soggetto destinatario della misura, laddove questi risulti definitivamente condannato per delitti non colposi, il possesso o l'uso di determinati strumenti, fra i quali in particolare "qualsiasi apparato di comunicazione ricetrasmittente". Nella misura in cui la giurisprudenza consolidata, con un'interpretazione divenuta diritto vivente, ricomprende in tale ultima definizione anche i telefoni cellulari, entrambi i giudici *a quibus* sollevavano questione di legittimità dell'art. 3, comma 4, cod. antimafia con riferimento ai parametri di cui agli artt. 3 e 15 Cost., evidenziando come la decisione del questore di inibire l'utilizzo di ogni dispositivo di telefonia mobile andrebbe ad incidere in modo significativo sulla libertà di comunicazione, senza tuttavia che tale limitazione avvenga per atto motivato dell'autorità giudiziaria, come invece è richiesto dalla seconda delle norme costituzionali dianzi citate. Il Tribunale di Sassari, inoltre, paventava un'autonoma violazione dell'art. 3 Cost., posto che la disciplina censurata, limitando di fatto in modo indiscriminato tutte le comunicazioni con terzi, si rivelerebbe irragionevolmente deteriore rispetto a quanto previsto per i soggetti destinatari di misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria di cui all'art. 4 cod. antimafia, ai quali può essere inibita la frequentazione soltanto di determinate categorie di persone e l'accesso solo a specifici luoghi d'incontro. Di contro la Corte di cassazione, evidenziando come il telefono cellulare sia ormai anche strumento privilegiato di accesso a internet, deduceva - da un lato - la violazione dell'art. 21 Cost., quale norma che tutela la libertà di espressione intesa anche in una dimensione "passiva" (come libertà di ricevere informazioni), nonché - dall'altro - dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 10 CEDU, in quanto la norma censurata, non prevedendo un limite di durata della misura, non garantirebbe lo standard di accessibilità e prevedibilità elaborato dalla Corte di Strasburgo.

La decisione

La Corte, evidenziando come entrambe le ordinanze di rimessione avessero ad oggetto il solo potere del questore di inibire l'utilizzo di apparati ricetrasmittenti, si sofferma preliminarmente sull'interpretazione giurisprudenziale di tale locuzione volta a ricomprendervi anche i telefoni cellulari. La Consulta sottolinea come gli altri strumenti richiamati dalla disposizione censurata siano tutti di "uso non comune, quasi di natura eccezionale, il cui impiego parrebbe identificativo della volontà di compiere specifiche attività delittuose", così da rendere "più coerente" un'interpretazione che anche per l'inibizione all'uso di apparecchi radiotrasmittenti dia rilievo soltanto a quelli fra di essi destinato a uno scopo criminoso, fra i quali - si legge implicitamente nel ragionamento della Corte - non rientra evidentemente il telefono cellulare (par. 7 del *Considerato in diritto*). Rilevato tuttavia come la giurisprudenza di legittimità sia costante nel ricomprendere i dispositivi di telefonia mobile fra quelli rientranti nell'ambito dei poteri inibitori del questore in caso di avviso orale "rafforzato", i Giudici costituzionali riconoscono valida la premessa interpretativa dalla quale muovono i rimettenti, le cui censure sono valutate come ammissibili.

Nel merito, viene giudicata fondata la questione relativa alla violazione dell'art. 15 Cost. La Consulta riconosce come il divieto di uso di un telefono portatile, strumento ormai universalmente diffuso, si traduca necessariamente in una limitazione alla libertà di comunicazione contemplata dalla citata disposizione costituzionale; nel caso della norma censurata, tuttavia, tale limitazione è disposta direttamente dall'autorità amministrativa in modo autonomo e discrezionale, senza un atto motivato dell'autorità giudiziaria e senza che sia nemmeno previsto un obbligo di comunicazione a quest'ultima. Da questa considerazione deriva la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma censurata, posto che, ai sensi dell'art. 15 Cost., la decisione circa il divieto di possedere o utilizzare un telefono cellulare "non può che essere dell'autorità giudiziaria, con le procedure, le modalità e i tempi che compete al legislatore prevedere, nel rispetto della riserva di legge prevista dalla Costituzione" (par. 10 del *Considerato in diritto*).

I precedenti

Per l'orientamento invalso nella giurisprudenza di legittimità e volto a ricomprendere i telefoni cellullari nella definizione di "apparati di comunicazione radiotrasmittenti" di cui all'art. 3, comma 4, cod. antimafia, v. per tutte Cass. Pen., Sez. I, 14 ottobre 2020, n. 28551, in questa *Rivista*, con nota di M.F. Cortesi, *Per la Suprema Corte è infondata la questione di legittimità costituzionale delle misure interdittive applicate*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dal questore: decisione da condividere?. Con riferimento alla riconosciuta illegittimità costituzionale di misure di prevenzione limitative della libertà personale e assunte con decisione autonoma dell'autorità amministrativa in violazione della riserva di giurisdizione, v. già Corte cost. 23 giugno 1956, n. 2, in *www.giurcost.org*, e Corte cost. 3 luglio 1956, n. 11, *ivi*, entrambe riprese di recente da Corte cost. 27 febbraio 2019, n. 24, in *Giur. cost.*, 2019, 292 ss., ove si evidenzia anche il progressivo ampiamento dei destinatari della misura dell'avviso orale del questore.

La dottrina

Sulla disciplina delle misure di prevenzione questorili, con particolare riferimento al problematico statuto di garanzia in relazione alla libertà personale e di circolazione, v. di recente M.F. Cortesi, *Per la Suprema Corte è infondata la questione di legittimità costituzionale delle misure interdittive applicate dal questore*, cit., 1098 ss. Più in generale, sui poteri interdittivi del questore *ex* art. 3, comma 4, cod. antimafia, v. A. Chelo, sub *art. 3 d.lgs. n. 159/2011*, in G. Spangher - A. Marandola, *Commentario breve al codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, Milano, 2019, 24 ss.; M.F. Cortesi, *Le misure di prevenzione personali tra evoluzione e involuzione legislativa*, in L. Della Ragione - A. Marandola - A. Zampaglione (a cura di), *Misure di prevenzione interdittive antimafia e procedimento*, Milano, 2022, 156 ss.; F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, I, *Aspetti sostanziali e processuali*, Milano, 2019, 82 ss.

E.P.

Sospensione dell'ordine di esecuzione

Incendio boschivo colposo e sospensione dell'ordine di esecuzione

Corte costituzionale 20 gennaio 2023, n. 3 - Pres. De Pretis - Est. Viganò

È costituzionalmente illegittimo l'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p., nella parte in cui stabilisce che non può essere disposta la sospensione dell'esecuzione nei confronti dei condannati per il delitto di incendio boschivo colposo di cui all'art. 423-*bis*, comma 2, c.p.

La questione

Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Savona riteneva che l'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p., fosse in contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. nella parte in cui include l'incendio boschivo anche nella forma colposa disciplinata dall'art. 423-*bis*, comma 2, c.p. tra i reati in relazione ai quali la sospensione dell'ordine di esecuzione è vietata: la norma determinerebbe infatti di una irragionevole disparità di trattamento tra l'incendio boschivo colposo e altri reati colposi parimenti (se non più gravi), che non giustifica un trattamento legislativo deteriore del tipo di quello previsto dall'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p. La finalità rieducativa risulterebbe infatti gravemente compromessa quando alla condanna seguisse l'immediata carcerazione, senza possibilità che il tribunale di sorveglianza possa operare, rispetto al condannato, la più opportuna valutazione individualizzata nell'ottica di concedere una misura alternativa.
L'Avvocatura ha obiettato tuttavia, quanto alla ragionevolezza nella disparità di trattamento, che si tratterebbe di discrezionalità legislativa incensurabile; quanto al contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost., invece, essa ha obiettato che la valutazione individualizzata non venga affatto negata, bensì posticipata al momento successivo all'ingresso in carcere, quando il detenuto faccia istanza di accesso ai benefici previsti dall'ordinamento penitenziario.

La decisione

Secondo la Corte, la questione è fondata con riferimento ad entrambi i parametri indicati.
Facendo riferimento alla sua precedente Corte cost. 2 marzo 2018, n. 41, la Corte ha in primo luogo rammentato che, in materia di sospensione dell'ordine di esecuzione, il regime ideale dovrebbe prevedere la sospendibilità dell'esecuzione per tutti coloro che, non già ristretti in custodia cautelare (art. 656, comma 9, lett. b, c.p.p.), siano stati condannati ad una contenuta nei limiti temporali compatibili con l'accesso ad una misura alternativa: l'ingresso in carcere, per coloro che sono in condizione di chiedere una misura alternativa, è infatti problematico sia per la frattura dei legami familiari, sociali, e lavorativi tra condannato e tessuto sociale, che ne ostacolano la risocializzazione, sia perché - in caso di una pena breve - la decisione del tribunale potrebbe intervenire ad espiazione compiuta, in ragione del cronico sovraccarico di lavoro della magistratura di sorveglianza. D'altro canto, ogni volta che la condanna è contenuta nel limite che consentirebbe l'accesso alla misura alternativa, ma è al contempo superiore a quello fissato per la sospensione dell'ordine di esecuzione, la concessione di misure alternative prima dell'ingresso in carcere diventa impossibile, se i limiti di pena rilevanti per la sospensione, e i limiti di pena rilevanti per l'accesso alla misura si disallineano: eccezioni al disallineamento (come quelle esaminate in Corte cost. 2 marzo 2018, n. 41; Corte cost. 27 settembre 2019, n. 216, e Corte cost. 7 dicembre 2021, n. 238), devono essere sorrette da un rigido criterio di ragionevolezza.
Nel caso dell'incendio boschivo, tale ragionevolezza manca: non esistono ragioni criminologiche sufficienti per trattare i condannati per incendio boschivo colposo secondo un regime deteriore, rispetto ad altri condannati per delitti colposi, per i quali la sospensione è invece consentita; lo stesso carattere di un'imputazione a carattere colposo non potrebbe giustificare un rimprovero per speciale pericolosità, che è invece normalmente associato - semmai - a fattispecie punite a titolo di dolo; la disparità di trattamento con condannati per reati talvolta anche più gravi, giacché attinenti a beni giuridici di rango più alto (come la vita, nel caso dell'omicidio colposo, la cui condanna è ben suscettibile di sospensione), si riverbera pertanto sulla funzione rieducativa della pena, che viene frustrata dal meccanismo del c.d. "assaggio di carcere".

I precedenti

Le più recenti decisioni che hanno interessato l'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p. e il suo regime preclusivo alla sospensione dell'ordine di esecuzione sono Corte cost. 1° giugno 2016, n. 125, in *Giur. cost.*, 2016, 1003 ss.; Corte cost. 2 marzo 2018, n. 41, *ivi*, 492 ss.; Corte cost. 27 settembre 2019, n. 216, e Corte cost. 7 dicembre 2021, n. 238, *ivi*, 2021, 2638 ss.

La dottrina

In dottrina, in materia di regime ostativo alla sospensione dell'ordine di esecuzione, v. da ultimo L. Caraceni, *Ancora una bocciatura per l'art. 656 comma 9 c.p.p.: ripristinata, seppur in parte, la ragionevolezza del meccanismo di sospensione delle pene detentive brevi*, in *Giur. cost.*, 2016, 1007 ss.; D. Vicoli, *Un decisivo passo verso il recupero degli equilibri sistematici: elevata a quattro anni la sospensione dell'ordine di*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

esecuzione, *ivi*, 2018, 496 ss.; D. Vicoli, *Il meccanismo sospensivo dell'ordine di esecuzione resta insensibile alle finalità rieducative della pena: legittima la deroga del furto in abitazione*, *ivi*, 2019, 2555 ss. Cfr. anche F. Della Casa, sub *art. 656*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa, Padova, 2019, spec. 1221 ss.

V.A.

Confisca

Confisca obbligatoria in materia di armi e procedimento per oblazione: infondate le questioni sollevate dal Tribunale di Milano

Corte costituzionale 24 gennaio 2023, n. 5 - Pres. Sciarra - Est. Viganò

Sono infondate le questioni di legittimità, sollevate con riferimento agli artt. 27, comma 2, 42, comma 2, 11 e 117, comma 1, Cost., questi ultimi in relazione agli artt. 6, par. 2, CEDU, 1 Prot. add. CEDU, 17 e 48 CDFUE, dell'art. 6, L. 22 maggio 1975, n. 152, nella parte in cui impone al giudice di disporre la confisca delle armi anche in caso di estinzione del reato per oblazione.

Sono infondate le questioni di legittimità, sollevate con riferimento agli artt. 3, 27, 42, 11 e 117, comma 1, Cost., questi ultimi in relazione agli artt. 1 Prot. add. CEDU, 17 e 48 CDFUE, dell'art. 6, L. 22 maggio 1975, n. 152, nella parte in cui prevede come obbligatoria la confisca delle armi anche in relazione alla contravvenzione di cui all'art. 38, R.D. 18 giugno 1931, n. 773, a condizione che la disciplina censurata sia interpretata in modo da assicurare che il provvedimento di confisca sia pronunciato in esito all'accertamento, da parte del giudice, dei presupposti di legge che giustificano la misura.

Le questioni

Il Tribunale ordinario di Milano dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 6, L. 22 maggio 1975, n. 152, norma che prevede l'applicabilità della confisca obbligatoria di cui all'art. 240, comma 2, c.p. "a tutti i reati concernenti le armi, ogni altro oggetto atto ad offendere, nonché le munizioni e gli esplosivi". Con un primo gruppo di questioni il rimettente censurava la norma in parola nella parte in cui impone al giudice di disporre la confisca delle armi "anche in caso di estinzione del reato per oblazione". Ad avviso del giudice *a quo* la confisca contemplata dall'art. 6, L. n. 152 del 1975 avrebbe natura sostanzialmente penale o comunque sanzionatoria, in quanto - conformemente ai parametri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale e dalla Corte EDU - si dimostra collegata alla commissione di un fatto di reato, è disposta all'esito di un procedimento penale e sarebbe priva di funzione riparatoria o risarcitoria. Da tale premessa il Tribunale ricava il preteso contrasto fra la disciplina censurata e, da un lato, la presunzione di innocenza dell'imputato di cui agli artt. 27, comma 2, 11 e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 6, par. 2, CEDU e all'art. 48 CDFUE, nonché, dall'altro, le norme a tutela del diritto di proprietà di cui agli artt. 42, comma 2, 11 e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 1 Prot. addiz. CEDU e all'art. 17 CDFUE. In sostanza, ad avviso del rimettente, alla confisca obbligatoria contemplata dalla norma in parola dovrebbero essere estese quelle stesse garanzie riconosciute dalla giurisprudenza euroconvenzionale e di legittimità in relazione - ad esempio - alla confisca urbanistica (art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001), alla confisca in materia di gioco d'azzardo (art. 722 c.p.) e a quella di cui all'art. 240, comma 2, n. 1, c.p.: la misura in parola, in questo senso, dovrebbe poter essere disposta soltanto all'esito di una sentenza di condanna o comunque a valle di un accertamento ad essa equivalente esteso alla sussistenza del fatto e caratterizzato dal contraddittorio fra le parti (v. da ultimo Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *GIEM s.r.l. e altri c. Italia*; Cass. Pen., SS.UU., 30 gennaio 2020, n. 13539; Cass. Pen., SS.UU., 21 luglio 2015, n. 31617). Siffatte prerogative non assistono, evidentemente, il procedimento per oblazione e pertanto - nella prospettiva del rimettente - la disciplina censurata, nella parte in cui contempla la confisca obbligatoria anche in caso di definizione del processo *ex* art. 162-*bis* c.p., comporterebbe un *vulnus* ai richiamati parametri costituzionali e convenzionali.

Il secondo gruppo di questioni veniva invece prospettato in via subordinata, nel caso in cui la Corte non avesse riconosciuto la natura "punitiva" della confisca di cui alla disposizione censurata, e atteneva all'applicabilità dell'art. 240, comma 2, c.p. (stante il richiamo di cui all'art. 6, L. n. 152 del 1975) anche nel caso di violazione dell'art. 38, comma 7, R.D. 18 giugno 1931, n. 773 (TULPS). Tale fattispecie - alla luce della norma sanzionatoria generale di cui all'art. 17 TULPS - contempla l'omessa comunicazione all'autorità di pubblica sicurezza del trasferimento di armi già regolarmente detenute in luogo diverso rispetto a quello della precedente denuncia. Ad avviso del giudice *a quo* la previsione della confisca obbligatoria delle armi in relazione a un'ipotesi contravvenzionale di scarsa offensività quale quella in parola risulterebbe in contrasto con i canoni di individualizzazione, ragionevolezza e proporzione ricavabili dagli artt. 3, 42, 11 e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 1 Prot. addiz. CEDU e agli artt. 17 e 49 CDFUE, i quali devono assistere anche le misure di carattere non punitivo. In questa prospettiva il rimettente evidenziava peraltro l'irragionevolezza sottesa alla scelta normativa di contemplare una misura ablatoria obbligatoria per una violazione di modesta gravità a fronte della previsione di ipotesi facoltative di confisca nel caso di fattispecie più gravi (quali la minaccia commessa con uso di armi); analogamente, veniva sottolineata l'ingiustificata disparità di trattamento fra l'assoluta presunzione di "inaffidabilità" dell'autore del reato di cui all'art. 38 TULPS e la disciplina del divieto prefettizio di detenzione di armi *ex* art. 39 TULPS, in relazione al quale opera una valutazione in concreto del rischio di abuso dell'arma, essendo peraltro prevista la possibilità di evitare la confisca con la cessione dell'arma a un terzo.

La decisione

La Corte, ricostruite preliminarmente le questioni di legittimità sollevate dal Tribunale di Milano e richiamato il contesto normativo e giurisprudenziale di riferimento, si sofferma in primo luogo sul gruppo di censure formulate in via principale, dichiarandole non fondate. La Consulta dimostra espressamente di non condividere la premessa del rimettente volta a riconoscere natura sostanzialmente penale alla confisca di cui all'art. 6, L. n. 152 del 1975, affermando invece come a tale strumento ablatorio debba essere attribuita "una funzione essenzialmente preventiva, anziché punitiva" (par. 5.3. del *Considerato in diritto*). I Giudici costituzionali evidenziano in questo senso come non sia sufficiente per sancire la vocazione punitiva di una determinata misura il fatto che la stessa

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sia connessa a un fatto di reato e che sia applicata da un giudice penale, risultando piuttosto necessaria una verifica circa la specifica finalità e lo specifico oggetto della stessa; nel caso della confisca disposta per la contravvenzione di cui all'art. 38 TULPS, in particolare, la misura ablativa - prosegue la Consulta - ha lo scopo principale di neutralizzare il pericolo che potenzialmente può derivare dalla mancata denuncia del luogo dove l'arma si trova, risultando la "eventuale funzione punitiva (...) del tutto secondaria" (par. 5.3.2. del *Considerato in diritto*).
Anche con riferimento al secondo gruppo di questioni la Corte ritiene non fondati gli argomenti sostenuti dal rimettente. Ribadito come le finalità della confisca di cui alla norma censurata, ove venga in rilievo l'art. 38 TULPS, sia quella di neutralizzare il pericolo derivante dal mantenimento del possesso delle armi in capo a chi abbia omesso di comunicarne il trasferimento, la sentenza *de qua* procede a una valutazione circa la limitazione del diritto di proprietà che siffatta misura comporta, limitazione che - alla luce del peculiare contesto di disciplina e degli interessi coinvolti - la Corte ritiene non si possa giudicare né "manifestamente inidonea", né "non necessaria", né tantomeno "non proporzionata rispetto alla finalità legittima perseguita" (par. 6.2.3. del *Considerato in diritto*); allo stesso modo vengono respinte le censure relative ai plurimi profili di irragionevolezza, tanto "estrinseca" quanto "intrinseca", della disciplina denunciati dal giudice *a quo* (par. 6.2.4. del *Considerato in diritto*). Ferme queste considerazioni, la Corte costituzionale ritiene comunque di dover evidenziare come, nel caso in cui la confisca *de qua* segua alla dichiarazione di estinzione della contravvenzione *ex* art. 38 TULPS per intervenuta oblazione, "una interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina censurata esig[a] che tale provvedimento possa essere pronunciato soltanto in esito all'accertamento dei presupposti di legge che giustificano l'applicazione della misura" (par. 6.3. del *Considerato in diritto*). In questo senso la Consulta evidenzia la necessità che la misura ablatoria sia applicata all'esito di un "adeguato meccanismo di tutela giurisdizionale, che garantisca all'interessato la possibilità di contestare in maniera effettiva la sussistenza dei presupposti della misura", presupposti che devono essere in concreto accertati dal giudice (par. 6.3.1. del *Considerato in diritto*); un siffatto, necessario, accertamento - conclude la Corte - dovrà necessariamente caratterizzare anche il procedimento per oblazione *ex* art. 162-*bis* c.p., nel contesto del quale pertanto il giudice dovrà verificare, nel contraddittorio delle parti, la presenza dei presupposti della misura ablativa, "e dunque l'effettiva commissione del fatto di reato da parte dell'imputato, in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, tenendo conto delle eventuali allegazioni difensive" (par. 6.3.3. del *Considerato in diritto*).

I precedenti

In relazione alla possibilità di procedere alla confisca anche nel caso di estinzione del reato v. per tutti Corte cost. 26 marzo 2015, n. 49, in *Giur. cost.*, 2015, 391, con riferimento peraltro a un'ipotesi di confisca - quella in materia urbanistica *ex* art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001 - alla quale veniva espressamente riconosciuta natura punitiva. Sui requisiti di idoneità, necessità e proporzionalità che devono assistere tutte le misure (anche non penali) di limitazione del diritto di proprietà, v. Corte cost. 21 febbraio 2019, n. 20, in *Foro amm.*, II, 2020, 1672; Corte cost. 9 maggio 2019, n. 109, *ivi*, 1682.

La dottrina

Con riferimento all'ancipite natura giuridica dello strumento ablatorio della confisca v. per tutti E. Nicosia, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012; più di recente, D. Castronuovo, *"Nomen plurale tantum". Le confische tra principi costituzionale e convenzionali. Una introduzione*, in D. Castronuovo - C. Grandi (a cura di), *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, Napoli, 2021, 1 ss.; G. Civello, *Da misure di sicurezza patrimoniali a nuove pene: le confische collegate al reato*, in E.N. La Rocca (a cura di), *Lo statuto ancora incerto della confisca. Fisionomia, modelli, disciplina*, Milano, 2021, 3 ss. Ancora di recente, sulle ipotesi "speciali" di confisca senza condanna, anche in relazione alle garanzie sul piano processuale, v. F. Tribisonna, *La confisca senza condanna*, in E.N. La Rocca (a cura di), *Lo statuto ancora incerto della confisca. Fisionomia, modelli, disciplina*, cit., 63 ss. Più in generale, con riferimento al tema della confisca disposta in assenza di un provvedimento di condanna in quanto strumento del diritto di prevenzione v., a livello monografico, i recenti studi di A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione. Ibridazione di modelli e limiti di legittimità*, Torino, 2022; S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione e* civil forfeiture. *Alla ricerca di un modello sostenibile di confisca senza condanna*, Milano, 2022; T. Trinchera, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020; nonché, con particolare riferimento alle garanzie ricavabili da una valorizzazione del principio di proporzione, M. Di Lello Finuoli, *La confisca* ante delictum *e il principio di proporzione*, Torino, 2021.

E.P.

Confisca "allargata" e tutela dei terzi: incostituzionale la norma di "interpretazione autentica" relativa alle confische *ante* 2011

Corte costituzionale 10 febbraio 2023, n. 18 - Pres. Sciarra - Est. Amoroso

È costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 24, comma 1, Cost., l'art. 37, primo periodo, L. 17 ottobre 2017, n. 161, nella parte in cui non esclude che il termine di decadenza di cui all'art. 1, commi 199 e 205, L. n. 228 del 2012, possa decorrere prima dell'entrata in vigore del menzionato art. 37, dovendo invece sempre iniziare a decorrere non prima della data di entrata in vigore della L. n. 161 del 2017 che tale termine ha previsto, ossia non prima del 19 novembre 2017.

La questione

La prima Sezione della Corte di cassazione sollevava questione di legittimità costituzionale con riferimento alla disciplina relativa alla tutela dei terzi in caso di confisca penale ai sensi dell'art. 12-*sexies*, D.L. 8 giugno 1992, n. 306, disposta all'esito di procedimenti iscritti prima del 13 ottobre 2011. Ad essere oggetto di censure era in particolare l'art. 37, primo periodo, L. 17 ottobre 2017, n. 161: tale disposizione, espressamente qualificata come di interpretazione autentica, prevede che le norme in materia di procedimento di tutela dei terzi previste per le confische di prevenzione disposte prima dell'entrata in vigore del codice antimafia dalla L. n. 228 del 2012, commi da 194 a 206, "si interpretano nel senso che si applicano anche con riferimento ai beni confiscati" ai sensi dell'art. 12-*sexies* sopra richiamato "all'esito di procedimenti iscritti nel registro di cui all'art. 335 del codice di procedura penale prima del 13 ottobre 2011". Il rimettente evidenziava in particolare come, alla luce dell'inequivocabile dato testuale della

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

disciplina censurata, il termine di 180 giorni dalla conoscenza della definitività della confisca previsto dall'art. 1, comma 205, L. n. 228 del 2012, dovesse essere inteso come (*ex tunc*) applicabile anche per le confische c.d. allargate penali relative a procedimenti antecedenti al 13 ottobre 2011. Ad avviso del giudice *a quo*, tuttavia, l'art. 37, primo periodo, L. n. 161 del 2017, presenterebbe a ben vedere una portata innovativa, non potendo essere qualificato come norma di mera interpretazione e di conseguenza dovendo risultare preclusa la sua applicazione retroattiva. Da queste considerazioni discende, secondo la Corte di cassazione, il denunciato vizio ai principi costituzionali di eguaglianza e di effettiva tutela giurisdizionale, posto che - prima dell'entrata in vigore della L. n. 161 del 2017 - il creditore non avrebbe potuto immaginare di avere a disposizione, per proporre domanda di ammissione al credito, un termine di decorrenza di 180 giorni dalla conoscenza della definitività della confisca; termine che invece, stante la pretesa natura di norma di interpretazione autentica della disposizione censurata, risulta applicabile anche ai procedimenti in corso all'entrata in vigore della normativa oggetto di censure e relativi a ipotesi di confisca "allargata" disposte in procedimenti iscritti antecedentemente all'entrata in vigore del codice antimafia.

La decisione

La Corte si sofferma preliminarmente sulla complessa disciplina normativa in materia di tutela dei terzi creditori del soggetto che subisce una confisca di prevenzione ovvero una confisca penale "allargata", tracciando le successive tappe dell'evoluzione legislativa. Centrale risulta il riferimento alla L. n. 228 del 2012, con la quale - da un lato - veniva introdotta una disciplina relativa alla tutela dei terzi in relazione alle confische di prevenzione alle quali non si applicava il codice antimafia e - dall'altro - veniva estesa all'ipotesi di confisca penale *ex* art. 12-*sexies*, D.L. n. 306 del 1992 l'applicabilità delle (sole) disposizioni del codice antimafia in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati di cui al codice antimafia. La Consulta riconosce poi come con la L. n. 161 del 2017 si sia voluto rendere analoga la disciplina delle confische penali *de quibus* con quella delle confische di prevenzione, prevedendo all'art. 31 l'applicabilità per queste ultime (anche) delle norme del codice antimafia in materia di tutela dei terzi; per quanto concerne invece le confische penali antecedenti all'entrata in vigore del predetto codice, la disposizione censurata - l'art. 37 - ha infine previsto l'applicabilità della disciplina particolare di cui alla L. n. 228 del 2012 (prevista come detto per le confische di prevenzione *ante* D.Lgs. n. 159 del 2011), attribuendo tuttavia a tale intervento la natura di interpretazione autentica del contenuto della normativa del 2012. Alla luce di tale ultimo intervento, in particolare, "anche il termine, a pena di decadenza, di centottanta giorni, entro cui il creditore deve proporre la domanda di ammissione del credito (art. 1, comma 199, della legge n. 228 del 2012), deve considerarsi vigente (...) dal 1° gennaio 2013" (par. 4 del *Considerato in diritto*).
Nel passare a valutare il merito della questione sollevata, la Consulta ritiene la stessa fondata con riferimento ad entrambi i parametri costituzionali evocati. In primo luogo i Giudici costituzionali evidenziano come, con riferimento alla disciplina del termine di decadenza per la presentazione della domanda di ammissione del credito, la disposizione censurata non possa essere qualificata come di interpretazione autentica, nella misura in cui risulta avere un contenuto innovativo, al quale si attribuisce efficacia retroattiva. A sostegno di tali conclusioni la Corte sottolinea *in primis* come la norma oggetto di pretesa (mera) interpretazione (art. 1, commi da 194 a 206, L. n. 228 del 2012) fosse espressamente riferita alle sole confische di prevenzione: le misure ablative di cui all'art. art. 12-*sexies*, D.L. n. 306 del 1992 dunque si collocavano al di fuori del suo campo (anche testuale) di operatività e ad esse erano peraltro espressamente estese le sole disposizioni del codice antimafia relative all'amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati. *In secundis*, la Consulta rimarca come la disciplina del 2012, in relazione alle confische penali "allargate", non prevedesse alcuna distinzione fra i procedimenti antecedenti e quelli susseguenti al codice antimafia: discrimine temporale che invece è stato introdotto con l'art. 37, L. n. 161 del 2017, così confermando ulteriormente "il carattere innovativo della disposizione censurata, formalmente di interpretazione autentica" (par. 6.2. del *Considerato in diritto*).
Ferma la portata innovativa della norma in parola, la Corte evidenzia come la stessa, nella parte in cui ha introdotto il termine di decadenza di centottanta giorni anche per i terzi creditori in relazione a confische "allargate" relativa a procedimenti iscritti *ante* codice antimafia, risulta in contrasto con il principio di uguaglianza nella misura in cui attribuisce efficacia retroattiva a siffatto termine. È evidente infatti la disparità di trattamento fra i soggetti che possono beneficiare per intero dei centottanta giorni di cui sopra, laddove la confisca sia divenuta definitiva in epoca successiva all'entrata in vigore della L. n. 161 del 2017, e invece quei soggetti che propongono domanda di ammissione del credito in relazione ad una confisca diventata definitiva prima di tale data: "in quest'ultima evenienza i creditori si vedono 'accorciare' la durata del termine (...) nella misura in cui è calcolata anche quella precedente l'entrata in vigore della legge" richiamata, "quando il creditore non poteva immaginare che un tale termine sarebbe stato introdotto dal legislatore" (par. 7.1. del *Considerato in diritto*).
Ancora, la Consulta ritiene la disciplina censurata violativa del canone di cui all'art. 24, comma 1, Cost., nella misura in cui il termine di centottanta giorni, di per sé conforme al requisito di congruità, diviene incongruo laddove risulta ridotto (o finanche del tutto obliterato) "per effetto del possibile computo retroattivo del periodo di tempo anteriore alla legge che l'ha introdotto" (par. 7.2. del *Considerato in diritto*).
In definitiva la Corte riconosce efficacemente come "il legislatore non può - senza violare il principio di uguaglianza e il diritto alla tutela giurisdizionale - introdurre un termine di decadenza per il compimento di un atto processuale nella misura in cui esso finisca per essere già in parte, o finanche interamente, decorso al momento dell'entrata in vigore della disposizione che lo prevede" (par. 8 del *Considerato in diritto*).

I precedenti

In relazione alla disciplina di tutela dei terzi creditori introdotta dalla L. n. 228 del 2012 v. Corte cost. 28 maggio 2015, n. 94, in *Giur. cost.*, 2015, 786 ss.; Corte cost. 27 febbraio 2019, n. 26, *ivi*, 2019, 346 ss.

La dottrina

Con riferimento alla disciplina relativa alla tutela dei terzi rispetto alle confische di prevenzione e alla confisca penale "allargata" v. per tutti F. Menditto, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano, 2015, 204 ss. e 555 ss. In relazione alla disciplina prevista dal codice antimafia e dalla L. n. 228 del 2012 v. anche, più di recente, M. Sestieri, *La tutela dei terzi e i rapporti con le procedure concorsuali*, in E. Mezzetti - L. Luparia Donati, *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020, 876 ss.

E.P.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Osservatorio Corte di cassazione - Sezioni Unite

a cura di Giulio Garuti

Concorso di circostanze eterogenee

Giudizio di bilanciamento

Cassazione Penale, SS.UU., 12 gennaio 2023 (14 luglio 2022), n. 877 - Pres. Cassano - Rel. Beltrani - P.M. Casella (diff.) - Ric. C.S.

In tema di concorso di circostanze eterogenee, la pena determinata a seguito dell'erronea applicazione del giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee concorrenti è illegale soltanto nel caso in cui essa ecceda i limiti edittali generali previsti dagli artt. 23 ss., 65 e 71 ss., c.p., oppure i limiti edittali previsti, per le singole fattispecie di reato, dalle norme incriminatrici che si assumono violate, a nulla rilevando il fatto che i passaggi intermedi che portano alla sua determinazione siano computati in violazione di legge.

Il caso

Il Tribunale di Trieste, su concorde richiesta delle parti, applicava a C.S. la pena nella misura di quattro anni e due mesi di reclusione, condannato per furto aggravato pluriaggravato, ritenendolo in continuazione con reati separatamente giudicati.
Avverso tale sentenza, il ricorrente proponeva ricorso in cassazione, lamentando l'applicazione di una pena illegale in quanto eccedente il massimo edittale previsto per il furto semplice a causa di un erroneo bilanciamento delle circostanze eterogenee concorrenti. Il Tribunale, in particolare, avrebbe computato le circostanze aggravanti del furto senza bilanciarle con le circostanze attenuanti generiche riconosciute.
La Quinta Sezione Penale, rilevata l'esistenza di un contrasto interpretativo in ordine al significato di "pena illegale", rimetteva la questione alle Sezioni Unite con il seguente quesito: "se configuri 'pena illegale', ai fini del sindacato di legittimità sul patteggiamento, quella fissata sulla base di un'erronea applicazione del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee, in violazione del criterio unitario previsto dall'art. 69, comma terzo, cod. pen.".

La decisione

Le Sezioni Unite hanno anzitutto rammentato che la recidiva debba ritenersi "semplice" ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p., se non diversamente qualificata dal capo di imputazione; di conseguenza, non vi è alcuno ostacolo, nel caso di specie, a riconoscere all'imputato la facoltà di accedere al rito alternativo prescelto (applicazione della pena su richiesta delle parti).
In ordine invece alla possibilità di ricorrere in cassazione per inosservanza della legge penale, facendo valere l'illegalità della pena applicata ai sensi degli art. 444 ss. c.p.p., si registrano due orientamenti contrapposti.
Secondo una prima impostazione, è stato sostenuto che la legalità della pena, in relazione ai limiti edittali, nel c.d. "patteggiamento", deve essere osservata non solo con riguardo alla pena conclusivamente determinata, bensì anche con riguardo ai passaggi intermedi che conducono alla determinazione della pena. Il principio è stato affermato in relazione a due situazioni: in un caso, sono stati valorizzati errori derivanti da errate o omesse valutazioni vincolanti e non meramente discrezionali per il giudice. In altri casi, invece, la pena è stata considerata illegale in quanto emessa in assenza di valutazioni doverose: ad esempio, allorché nel giudizio di bilanciamento tra circostanze attenuanti e aggravanti, non siano considerate tutte le circostanze aggravanti concorrenti, ma soltanto alcune di esse.
Diversamente, secondo un'impostazione più flessibile, la legalità della pena nel patteggiamento deve essere valutata unicamente in relazione alla pena conclusiva, essendo irrilevanti i passaggi intermedi che portano alla sua determinazione. Essendo la pena conclusiva espressione della volontà delle parti, non potrebbe ritenersi illegale, nel senso previsto dall'art. 448 c.p.p., la pena che non ecceda - per specie e quantità - il limite legale poiché corrisponde alla pena astrattamente prevista dalla fattispecie incriminatrice. Di conseguenza, non sarebbe illegale la pena applicata in seguito ad un giudizio di bilanciamento violativo dei parametri indicati dall'art. 69 c.p. Peraltro, ad analoga soluzione, la recente giurisprudenza è giunta anche in sede di concordato in appello, potendo il giudice sindacare esclusivamente la congruità della pena (Cass. Pen., Sez. VI, 18 maggio 2022, n. 23614, in *CED*, n. 283284-02).
Le Sezioni Unite hanno ritenuto di aderire al secondo degli orientamenti esposti, osservando che la pena determinata a seguito di un giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee concorrenti possa ritenersi illegale solo in presenza di una violazione dei limiti edittali previsti dagli artt. 23 ss., 71 ss. c.p. ovvero quelli previsti da ciascuna norma di riferimento per il singolo reato. La Suprema corte ha inoltre chiarito la finalità deflattiva della disciplina del ricorso in cassazione avverso le sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti (art. 448, comma 2-*bis*, c.p.p., introdotto con la L. n. 103/2017) che giustifica l'inammissibilità della impugnazione, dichiarata con rito semplificato, allorché sia stata proposta in presenza di motivi non consentiti. Tale disciplina è legittimata dalla peculiarità del patteggiamento la cui caratteristica risiede nel consenso dell'imputato che rende superfluo un giudizio di impugnazione "a cognizione piena" (Cass. Pen., Sez. II, 11 gennaio 2018, n. 4727, in *CED*, n. 272014). Ciò premesso, deve rivelarsi che non può ammettersi l'applicazione *ex* art. 444 ss. c.p.p. di una pena illegale per il solo fatto che sia intervenuto il consenso dell'imputato, non essendo altrimenti giustificata l'ipotesi di ricorso *ad hoc* previsto dall'art. 448, comma 2-*bis*, c.p.p.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La Suprema Corte, prima di procedere alla statuizione dei principi, ha precisato il fondamento costituzionale della legalità della pena che si rinviene negli artt. 25, comma 2, e nell'art. 27, comma 3, Cost., che costituiscono non solo il presidio del principio della irretroattività della norma sfavorevole, ma anche il fondamento legale della potestà punitiva del giudice. È stato osservato che tra i corollari del principio di legalità, quello di tassatività della pena svolge una funzione parzialmente diversa: il legislatore ha infatti il dovere di predeterminare sia i tipi, sia i limiti edittali delle pene in relazione alle singole fattispecie, con il conseguente dovere del giudice di applicare solo le pene entro i limiti edittali previsti da quel reato. Ciò premesso, la giurisprudenza di legittimità è ferma nel qualificare come "illegale" la pena "quando non corrisponde, per specie ovvero per quantità (sia in difetto che in eccesso), a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice, così collocandosi al di fuori del sistema sanzionatorio come delineato dal codice penale" (Cass. Pen., SS.UU., 26 febbraio 2015, n. 33040, in *CED*, n. 264207). In altri termini, è stato precisato che non si configura un'ipotesi di illegalità della pena in presenza di un *iter* formativo viziato, laddove sia possibile giungere al medesimo risultato mediante una diversa modulazione dei vari passaggi intermedi: partendo dalla individuazione della pena base e applicando gli aumenti o le riduzioni di pena per le singole circostanze. Sulla base delle considerazioni svolte, una pena è illegale "non quando consegua ad una mera erronea applicazione dei criteri di determinazione del trattamento sanzionatorio, alla quale l'ordinamento reagisce approntando i rimedi processuali delle impugnazioni, ma solo quando non sia prevista dall'ordinamento giuridico ovvero sia superiore ai limiti previsti dalla legge o sia più grave per genere e specie di quella individuata dal legislatore" (Cass. Pen., SS.UU., 31 marzo 2022, n. 38809, in *CED*, n. 283689). Di conseguenza, la pena illegale può ritenersi tale quando essa ecceda: 1) i limiti edittali generali previsti dagli artt. 23 ss., 65 e 71 ss., c.p.; 2) i limiti edittali previsti, per le singole fattispecie di reato, dalle norme incriminatrici che si assumono violate.
La struttura del reato, come è noto, può essere arricchita dalle circostanze che possono incidere variamente sui limiti edittali fissati dalle relative norme; ne consegue che, in caso di concorso di circostanze eterogenee, a prescindere dall'esito del bilanciamento delle stesse, il giudice dovrà attenersi al minimo previsto per la fattispecie attenuata e al massimo per la fattispecie aggravata. Soltanto la violazione di detti limiti determina l'illegalità della pena.
Tanto premesso, è stato affermato il seguente principio di diritto: "la pena determinata a seguito dell'erronea applicazione del giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee concorrenti è illegale soltanto nel caso in cui essa ecceda i limiti edittali generali previsti dagli artt. 23 e seguenti, 65 e 71 e seguenti, cod. pen., oppure i limiti previsti, per le singole fattispecie di reato, dalle norme incriminatrici che si assumono violate, a nulla rilevando il fatto che i passaggi intermedi che portano alla sua determinazione siano computati in violazione di legge".

I precedenti

Per l'orientamento accolto dalle Sezioni Unite, Cass. Pen., Sez. VI, 18 maggio 2022, n. 23614, Ferrigno, in *CED*, n. 283284; Cass. Pen., Sez. II, 23 febbraio 2022, n. 14320, Perone, *Ibidem*, 282979; Cass. Pen., Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 28031, P.G. in proc. Di Bernardo, *ivi*, n. 282104; Cass. Pen., Sez. V, 16 aprile 2019, n. 19757, P.G. in proc. Bonfiglio, *ivi*, n. 276509.
Quanto all'altro orientamento, Cass. Pen., Sez. VI, 20 gennaio 2021, n. 4726, P.G. in proc. Casati, in *CED*, n. 280875; Cass. Pen., Sez. IV, 5 marzo 2020, n. 10688, P.G. in proc. Tonoli, *ivi*, n. 278970; Cass. Pen., Sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 2376, Marzano, n.m.; Cass. Pen., Sez. VI, 5 ottobre 2004, P.M. in proc. Mastrolorenzi, in *CED*, n. 44336; Cass. Pen., Sez. V, 19 ottobre 1999, n. 5018, Rezel, *ivi*, n. 215673.

La dottrina

R. Aprati, *La Riforma Orlando sui riti speciali: quattro nodi problematici*, in *Cass. pen.*, 2019, 1409; G. Colaiacovo, *L'impugnazione della sentenza di patteggiamento*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pisa, 2017, 200 ss.; G. Della Monica, *I limiti al controllo sulla sentenza di patteggiamento introdotti dalla Riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 2018, suppl., 543 ss.; M. Gialuz - J. Della Torre, *La rimodulazione dei rimedi avverso le sentenze di patteggiamento tra sviste del legislatore e frizioni con i principi costituzionali*, in M. Bargis - H. Belluta (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, Torino, 2018, 211 ss.; S. Marcolini, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, Milano, 2005; A. Sanna, *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, Padova, 2018; S. Schiavone, *L'istanza di legalità della pena tra tutela dei diritti umani, intenti definitori e rimedi processuali*, in *www.sistemapenale.it*, 2 marzo 2023; C. Trabace, *Il ricorso per Cassazione avverso la sentenza che applica la pena concordata*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 351 ss.; D. Vigoni, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano, 2000.

Misure di prevenzione e antimafia

Revocazione e prova nuova

Cassazione Penale, SS.UU., 17 novembre 2022 (26 giugno 2022), n. 43668 - Pres. Cassano - Rel. De Amicis - P.M. Casella (parz. diff.) - Ric. G.L.D., R.G. e S.L.D.

In tema di confisca di prevenzione, la prova nuova, rilevante ai fini della revocazione della misura ai sensi dell'art. 28, D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 159, è sia quella sopravvenuta alla conclusione del procedimento di prevenzione, essendosi formata dopo di essa, sia quella preesistente ma incolpevolmente scoperta dopo che la misura è divenuta definitiva, mentre non lo è quella deducibile e non dedotta nell'ambito del suddetto procedimento, salvo che l'interessato dimostri l'impossibilità di tempestiva deduzione per forza maggiore.

Il caso

La Corte d'Appello di Caltanisetta rigettava l'istanza di revocazione della misura di prevenzione patrimoniale della confisca dei beni disposta nei confronti di G.L.D., R.G. e S.L.D. con decreto dalla Corte d'Appello di Palermo. L'istanza di revocazione della confisca, relativa al fabbricato oggetto della misura, si basava su elementi di novità atti a dimostrare l'erronea delimitazione temporale dell'attività di realizzazione dell'opera in questione. La Corte d'Appello, nel rigettare l'istanza, escludeva che, nel caso di specie, si trattasse di un'ipotesi di prove nuove decisive sopravvenute al procedimento (ai sensi dell'art. 28, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 159/2011) tali da giustificare la revocazione.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Avverso tale ordinanza, i ricorrenti - G.L.D., R.G. e S.L.D. - proponevano ricorso per Cassazione, lamentando la violazione dell'art. 28, comma 1, lett. a), cit.
La Quinta Sezione Penale, rilevata l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale, rimetteva la questione alle Sezioni Unite con il seguente quesito: "se ai fini della revocazione della confisca ai sensi dell'art. 28 del d. lgs. 159 del 2011, nella nozione di 'prove nuove decisive sopravvenute alla conclusione del procedimento' debbano includersi, o meno, anche le prove preesistenti alla definizione del giudizio che, sebbene deducibili in tale sede, non siano però state dedotte, e perciò valutate, in conformità alla nozione di prova nuova come elaborata ai fini della revisione nel procedimento penale".

La decisione

Le Sezioni Unite, prima di esaminare i termini del contrasto giurisprudenziale emerso, hanno svolto una premessa riguardante il previgente assetto normativo delle misure di prevenzione patrimoniali (in particolare, l'art. 7, comma 2, L. 27 dicembre 1956, n. 159) che disciplinava solo la revoca della misura di prevenzione personale, non contemplando l'ipotesi della sopravvenienza di elementi di prova decisivi, idonei a incidere sul giudicato di prevenzione. Nel solco della lacuna normativa, la giurisprudenza ha cercato di colmare il vuoto applicando analogicamente l'istituto della revisione *ex* art. 629 ss. c.p.p.; stante l'impossibilità di un'applicazione analogica di tale istituto, la soluzione adottata successivamente, costituzionalmente obbligata, è stata nel senso di applicare l'art. 7, comma 2, cit. ai fini del riconoscimento dell'insussistenza originaria delle condizioni legittimanti l'adozione del provvedimento di applicazione della misura di prevenzione.
Sulla scia di precedenti pronunce relative all'originario modello processuale si sono formati due orientamenti giurisprudenziali. Secondo una prima impostazione estensiva, ai fini dell'applicazione della revoca per "elementi nuovi" devono intendersi non solo quegli elementi sopravvenuti all'applicazione della misura, bensì anche quelli mai valutati nel corso del procedimento. Nella medesima prospettiva, si collocano altre pronunce che, richiamando un principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite Pisano (Cass. Pen., SS.UU., 26 settembre 2002, n. 624, in *CED*, Rv. 220443), hanno affermato che in tema di confisca di prevenzione costituiscono prove nuove deducibili, ai fini della richiesta della revoca *ex tunc* (ai sensi dell'art. 7, cit.), nonché per le domande di revocazione *ex* art. 28, D.Lgs. n. 159/2011, elementi di prova preesistenti alla definizione del giudizio che, ancorché deducibili, non siano stati di fatto dedotti in giudizio e per tale motivo mai valutati.
Emerge, dunque, il tentativo di far rientrare nell'area di operatività del nuovo istituto della revocazione *ex* art. 28 i risultati interpretativi emersi in riferimento al previgente istituto della revoca, essendo gli stessi proiezione - sul piano dello specifico settore delle misure di prevenzione - del rimedio straordinario della revisione disciplinato dagli artt. 629 ss. c.p.p., finalizzato a rimediare ad una sostanziale ingiustizia.
A tale orientamento, se ne contrappone un altro formatosi sempre nell'ambito della disciplina previgente, che accoglie un'impostazione restrittiva, qualificando come "nuove" (e dunque rilevanti ai fini della revoca) solo le prove sopravvenute alla conclusione del procedimento di prevenzione, nonché quelle preesistenti ma conosciute solo successivamente allo stesso, escludendo pertanto quelle deducibili ma non dedotte. In particolare, si considera "nuova" e "sconosciuta" la prova che nell'ambito di un ponderato scrutinio - sotto il profilo sostanziale - sia tale da determinare una modifica del corredo fattuale e che - su quello processuale - sia sopravvenuta alla conclusione del procedimento.
La premessa logica di tale impostazione si rinviene nella *ratio* della revocazione, strumento utile a garantire la riparazione dell'errore giudiziario derivante da un provvedimento affetto da invalidità genetica (Cass. Pen., Sez. II, 7 dicembre 2012, n. 11818, Ercolano, in *CED*, Rv. 255530). All'interno di tale orientamento, inoltre, si collocano numerose pronunce che hanno ulteriormente specificato il significato da attribuire alla prova nuova, considerando tale - oltre alle ipotesi già indicate - anche la prova che, sebbene conosciuta nelle more del procedimento, non sia stata dedotta tempestivamente per cause di forza di maggiore.
La S.C. ha poi esaminato nel dettaglio le caratteristiche della nuova versione dell'istituto della revocazione previsto dall'art. 28 il quale ha modificato i presupposti delineatesi attraverso l'evoluzione giurisprudenziale che ha condotto la stessa Corte all'individuazione della "revoca in funzione di revisione" come strumento riparatorio.
Sotto un primo profilo, al codice antimafia è estraneo il mezzo di impugnazione basato sulla revisione e ciò emerge dalla rubrica della disposizione "revocazione della confisca" che, da un lato, evoca l'istituto processual-civilistico della revocazione (art. 395 c.p.c.) e, dall'altro, viene richiamata nell'art. 62, D.Lgs. cit. in cui si fa riferimento a documenti decisivi non tempestivamente prodotti per causa non imputabile alla parte. Una locuzione, quest'ultima, che fonda la novità della prova su un duplice ordine di requisiti: la decisività del dato probatorio e la sua incolpevole scoperta successivamente all'adozione del provvedimento ablatorio. Inoltre, gli elementi testuali dell'art. 28 rimandano a prove "scoperte" in quanto "sopravvenute" al procedimento di prevenzione, evidenziando l'incompatibilità tra la scoperta e il precedente atteggiamento omissivo nell'allegare gli elementi di prova. Nella medesima prospettiva, è stato rilevato da alcune decisioni della S.C. che il riferimento contenuto nell'art. 28, comma 1, alle forme della revisione previste dall'art. 630 c.p.p. non permette di ritenere i due istituti sovrapponibili, a causa dei differenti presupposti normativamente previsti e per la disomogeneità della natura degli interessi tutelati. Ne consegue che non possono estendersi alla revocazione i risultati interpretativi cui si è giunti per la revisione in ordine al significato da attribuire alla novità della prova a seguito della sentenza Pisano, secondo cui "prove nuove rilevanti a norma dell'art. 630, lett. c), c.p.p." non solo quelle "[...] sopravvenute alla sentenza definitiva di condanna e quelle scoperte successivamente ad essa, ma anche quelle non acquisite nel precedente giudizio ovvero acquisite, ma non valutate neanche implicitamente, purché non si tratti di prove dichiarate inammissibili o ritenute superflue dal giudice": ciò "indipendentemente dalla circostanza che l'omessa conoscenza da parte di quest'ultimo sia imputabile a comportamento processuale negligente o addirittura doloso del condannato, rilevante solo ai fini del diritto alla riparazione dell'errore giudiziario".
Venendo al caso di specie, la S.C. ha ritenuto di aderire al secondo degli orientamenti sopra esposti e quindi di adottare una nozione di "prova nuova" in senso restrittivo. In particolare, osta ad un'interpretazione estensiva il dato letterale della norma che ne disciplina i casi (art. 28, comma 1, lett. a, cit.) ove è espressamente previsto che le prove, oltre ad essere decisive, devono essere "sopravvenute alla conclusione del procedimento". Inoltre, si evidenzia la diversità di struttura dell'art. 630, comma 1, lett. c), c.p.p., il quale è costruito sulla base di una proposizione "avversativa" e presuppone

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

una maggiore ampiezza applicativa rispetto all'art. 28, poiché si fa riferimento non solo al caso di sopravvenienza del *novum* dopo la condanna ma anche, in via alternativa, alla ipotesi della scoperta di prove nuove, così ammettendo espressamente che le prove nuove siano non solo quelle sopravvenute dopo la condanna, ma anche quelle già prima esistenti, delle quali, tuttavia, sia stata acquisita la conoscenza in epoca successiva.
A sostengo di questa impostazione, è stato evidenziato che all'incompatibilità dei due rimedi soccorre un ulteriore elemento strutturale proprio della revocazione che considera la sopravvenienza della prova nuova condizione indefettibile ai fini dell'esperimento del rimedio revocatorio. In tal senso, si colloca anche la previsione di uno stretto termine decadenziale imposto alla revocazione, risultando lo stesso strutturalmente incompatibile non solo con una prova nuova estranea al procedimento, ma altresì con quella implicitamente valutata: in simili casi, sarebbe impossibile individuare il *dies ad quem* da cui far decorrere il termine decadenziale.
Tanto premesso, è stato affermato il seguente principio di diritto: "(i)n tema di confisca di prevenzione, la prova nuova, rilevante ai fini della revocazione della misura ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, è sia quella sopravvenuta alla conclusione del procedimento di prevenzione, essendosi formata dopo di esso, sia quella preesistente ma incolpevolmente scoperta dopo che la misura è divenuta definitiva; non lo è, invece, quella deducibile e non dedotta nell'ambito del suddetto procedimento, salvo che l'interessato dimostri l'impossibilità di tempestiva deduzione per forza maggiore".

I precedenti

Per l'orientamento accolto dalle Sezioni Unite, Cass. Pen., SS. UU., 16 dicembre 2021, n. 3513, Fiorentino, in *CED*, n. 282474; Cass. Pen., Sez. I, 28 settembre 2021, n. 1649, Esposto, *Ibidem*, n. 282485; Cass. Pen., Sez. II, 25 giugno 2021, n. 28305, Bellinvia, *Ibidem*, n. 281803; Cass. Pen., Sez. I, 11 marzo 2021, n. 21537, Esposito, *Ibidem*, n. 281226.
Quanto all'altro, Cass. Pen., Sez. VI, 15 gennaio 2016, n. 3943, Bonanno, in *CED*, n. 267016; Cass. Pen., Sez. II, 24 settembre 2013, n. 41507, Auddino, *ivi*, n. 257334; Cass. Pen., Sez. II, 27 marzo 2013, n. 17335, Perfetto, n.m.; Cass. Pen., Sez. I, 14 maggio 2008, n. 21369, Provenzano, in *CED*, n. 251811.

La dottrina

D. Albanese, *Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 24/2019 sui provvedimenti definitivi: le Sezioni unite ammettono la revocazione delle confische disposte per la fattispecie di pericolosità 'generica' dichiarata costituzionalmente illegittima e ne individuano il fondamento nell'art. 28, co. 2, d.lgs. 159/2011*, in *www.sistemapenale.it*, 7 febbraio 2022; C. Fiorio, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008; S. Furfaro, *Due questioni in tema di misure di prevenzione patrimoniali: la pubblicità dell'udienza e i rimedi contro la confisca definitiva*, in *Giur. it.*, 2006, 2379 ss.; A.M. Maugeri, *La revoca* ex tunc *come espressione del diritto di difesa contro il provvedimento definitivo di confisca*, in questa *Rivista*, 2007, 1297 ss.; G. Mazza, *Il "paradigma della prevenzione" e il presupposti incostituzionali della confisca: quale strumento processuale?*, *ivi*, 2022, 615 ss.; P.V. Molinari, *Confisca antimafia definitiva; quale rimedio qualora il bene risulti, in base a nuove prove, lecitamente acquistato?*, in *Cass. pen.*, 2004, 3773 ss.; Id., *Alcune riflessioni sugli effetti* ex tunc *od* ex nunc *della revoca delle misure di prevenzione*, *ivi*, 1995, 384 ss.; C. Pansini, *La "revocazione" della confisca di prevenzione: un quadro di sintesi*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, 115 ss.; A. Scalfati, *L'ammissibilità della revisione e la "prova nuova" dopo l'intervento delle Sezioni unite*, in questa *Rivista*, 2002, 495 ss.

Pena

Legittimazione ad impugnare

Cassazione Penale, SS.UU., 15 dicembre 2022 (29 settembre 2022), n. 47502 - Pres. Cassano - Rel. Zaza - P.M. Fimiani (conf.) - Ric. P.G. in proc. G.A.

La sentenza di condanna che abbia omesso l'applicazione della pena accessoria è ricorribile in cassazione per violazione di legge da parte sia del Procuratore della Repubblica che del Procuratore generale a norma dell'art. 608 c. p.p. Inoltre, ove la Corte rilevi l'illegittima omessa applicazione di pena accessoria predeterminata nella durata, pronuncia l'annullamento senza rinvio *ex* art. 620, lett. l), c.p.p. In tali casi resta impregiudicato il potere del Pubblico Ministero - una volta passata in giudicato la sentenza - di attivare, a norma degli artt. 662 c.p.p. e 183 disp. att. c.p.p., il procedimento di esecuzione da tenersi nelle forme dell'art. 676 c.p.p., non trovando applicazione l'art. 130 c.p.p.

Il caso

Il Tribunale di Cremona condannava A.G. alla pena di tre anni e un mese di reclusione ed alla multa di euro 1200 per il reato continuato di due furti in abitazione ai sensi dell'art. 624-*bis* c.p.
Avverso la sentenza di condanna ricorreva il Procuratore generale della Repubblica della Corte di Appello di Brescia deducendo la violazione di legge per omessa applicazione della pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici prevista dall'art. 29 c.p., in presenza di una condanna alla pena della reclusione non inferiore a tre anni.
La Quinta Sezione Penale, rilevata l'esistenza di un contrasto interpretativo, rimetteva la questione alle Sezioni Unite con il seguente quesito: "se il pubblico ministero possa ricorrere per cassazione avverso la sentenza che, all'esito di giudizio ordinario, abbia omesso l'applicazione di una pena accessoria, ovvero debba investire il giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 676 c.p.p.".

La decisione

Per affrontare la decisione, le Sezioni Unite hanno preliminarmente individuato le fonti normative del potere di proporre il ricorso. In particolare, hanno chiarito che l'art. 593, comma 1, c.p.p., non consentirebbe - nel caso di specie - di proporre l'appello ove secondo tale norma il pubblico ministero può appellare una sentenza di condanna solo in presenza di determinate condizioni: in presenza di una modifica del titolo di reato, nel caso escluda la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o disponga di una pena di specie diversa da quella prevista per il reato contestato.
Essendo presupposti non ricorrenti nella situazione esaminata, l'unico mezzo di impugnazione riconosciuto dall'ordinamento al P.M. era il ricorso per cassazione. In particolare, la norma che riconosce tale potere si rinviene nell'art. 608, comma 1, c.p.p. la quale attribuisce testualmente al Procuratore generale la facoltà di ricorrere in cassazione avverso ogni sentenza di condanna o di proscioglimento pronunciata in appello, o in ogni caso inappellabile.
Si evidenzia, inoltre, che tale generale facoltà di impugnazione sia riconosciuta implicitamente nell'art. 570 c.p.p. in modo

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

omnicomprensivo sia al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale che al Procuratore generale presso la Corte di appello. Ciò premesso, si registrano due orientamenti contrastanti circa la possibilità di esercitare la predetta legittimazione nella questione concreta posta all'attenzione delle Sezioni Unite.
Secondo una prima ricostruzione, in presenza di omessa applicazione della pena accessoria, è precluso il ricorso in cassazione al pubblico ministero ove l'art. 183 disp att. c.p. p. prevede come unico rimedio la richiesta al giudice dell'esecuzione. Nella medesima prospettiva, ulteriore argomento a favore si trae dal principio di tassatività dei mezzi di impugnazione che condurrebbe ad attribuire l'esclusività al procedimento di esecuzione.
Diversamente, una seconda ricostruzione opta per l'ammissibilità del ricorso per cassazione del Pubblico Ministero laddove la previsione di cui all'art. 183 disp. att. c.p.p. - azionabile in sede esecutiva - non osta alla possibilità di attivare gli ordinari mezzi di impugnazioni già nel giudizio di cognizione, consentendo, dunque, l'applicazione della pena omessa. In tal senso, l'art. 183 dip. att. c.p.p. prevede due presupposti necessari ai fini della procedura: la pena accessoria deve non solo seguire ad una sentenza di condanna, bensì essere predeterminata dalla legge nella specie e nella durata. Ne consegue che certamente è ammissibile il ricorso per cassazione in tutti i casi in cui l'applicazione della pena accessoria dipenda da una valutazione discrezionale del giudice.
Ulteriore argomento a sostegno riguarda la possibilità della Corte di cassazione, riconosciuta in alcune previsioni (art. 620, lett. l) di applicare direttamente la pena accessoria omessa. In particolare, alcune pronunce hanno fatto riferimento agli artt. 619 e 620 c.p.p. individuate come fonti normative di legittimazione della Corte di cassazione e del ricorso alla stessa da parte del Pubblico Ministero nel giudizio cognizione.
Le Sezioni Unite hanno ritenuto di aderire al secondo degli orientamenti esposti con le precisazioni che seguono. Stante le argomentazioni già sostenute, l'*iter* argomentativo da cui parte la Corte valorizza proprio l'art. 183 disp. att. c.p.p., secondo cui, se è ammessa la possibilità di applicare la pena sostitutiva omessa in sede di esecuzione, tanto più non vi è ragione per escludere la medesima possibilità anche in sede di cognizione, prima della formazione del giudicato.
Nella medesima prospettiva, la soluzione adottata è coerente con le ragioni di economia processuale in quanto consente di porre rimedio all'omissione prima che la sentenza divenga irrevocabile, evitando dunque un ulteriore passaggio in fase esecutiva.
Con riguardo invece alle modalità esecutive degli strumenti processuali, previsti per integrare la lacuna normativa, l'orientamento accolto dalla Suprema Corte ha vagliato sia la rettificazione delle statuizioni sanzionatorie oggetto del ricorso (art. 619, comma 2, c.p.p.), sia l'annullamento della sentenza senza rinvio della sentenza impugnata, previsto dall'art. 620, lett. l), c.p.p. Emerge che lo strumento della rettificazione non ricomprende tra le ipotesi le situazioni in esame che di fatto esorbitano dai limiti previsti dall'art. 619 c.p.p. Diversamente, l'omessa applicazione della pena accessoria costituisce un vizio della sentenza della condanna, che ne risulta "privata di una sua disposizione necessaria per legge".
Pertanto, dopo aver escluso la possibilità che l'omissione di cui si discorre non rientri tra le ipotesi di errore materiale, l'unica soluzione percorribile consiste nell'annullamento della sentenza impugnata in accoglimento del ricorso, con il conseguente esito della forma dell'annullamento senza rinvio ai sensi dell'art. 620, lett. l), c.p.p., ove ricorrono i presupposti.
Tanto premesso, è stato affermato il seguente principio di diritto: "la sentenza che abbia omesso di applicare una pena accessoria è ricorribile per cassazione per violazione di legge da parte sia del Procuratore della Repubblica che del Procuratore generale a norma dell'art. 608 c.p.p. La Corte di Cassazione, ove rilevi l'illegittima applicazione di pena accessoria predeterminata nella durata, pronuncia l'annullamento senza rinvio *ex* art. 620, lett. l), c.p.p. della sentenza impugnata. Resta impregiudicato il potere del pubblico ministero, una volta passata in giudicato la sentenza, di attivare, a norma degli artt. 662 e 183 disp. att., c.p.p., nei casi di pena accessoria predeterminata nella durata, il procedimento di esecuzione, da tenersi nelle forme dell'art. 676, c.p.p., non trovando applicazione l'art. 130 c.p.p.".

I precedenti

Per l'orientamento accolto dalle Sezioni Unite, Cass. Pen., Sez. V, 17 gennaio 2022, n. 16162, P.G. in proc. Aragon, in *CED*, n. 283013; Cass. Pen., Sez. VI, 9 novembre 2021, n. 46089, De Luca, *ivi*, n. 282399; Cass. Pen., Sez. II, 24 settembre 2021, n. 42003, P.G. in proc. Mahmood, *Ibidem*, n. 282206; Cass. Pen., Sez. VI, 26 novembre 2020, n. 1578, Toumi, *ivi*, n. 280582.
Quanto all'altro, Cass. Pen., Sez. V, 28 ottobre 2019, n. 47604, P.G. in proc. Cagnoli, in *CED*, n. 277547; Cass. Pen., Sez. V, 21 giugno 2018, n. 51390, P.G. in proc. Suddin, *ivi*, n. 274453; Cass. Pen., Sez. II, 15 gennaio 2013, n. 5691, Di Leonardo, n.m.; Cass. Pen., Sez. II, 27 settembre 2009, n. 42112, Affinita, n.m.; Cass. Pen., Sez. VI, 20 gennaio 2011, n. 13789, Fiorito, in *CED*, n. 249908.

La dottrina

R. Belfiore, *Gli interventi sulla applicazione della pena su richiesta delle parti e sul procedimento per decreto*, in G.M. Baccari - C. Bonzano - K. La Regina - E. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Padova, 2017, 312 ss.; F. Costantini, *L'intervento "*in executivis*" per erronea applicazione di una pena accessoria tra principio di legalità e intangibilità del giudicato: la decisione delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2015, 2578 ss.; P. Di Geronimo - L. Giordano, *Principio di legalità della pena e ambito di azione del giudice dell'esecuzione*, *ivi*, 2016, 166 ss.; C. Pedullà, *L'illegalità della pena accessoria, conseguente alla sentenza della C. cost. n. 222 del 2018, è rilevabile anche in sede esecutiva*, *ivi*, 2020, 2936 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Osservatorio Corte di cassazione - Diritto penale

a cura di Francesca Rocchi

Delitti contro l'ordine pubblico

Sussistenza del reato di associazione mafiosa con riferimento ad una nuova articolazione periferica

Cassazione Penale, Sez. II, 16 dicembre 2022 (ud. 18 novembre 2022), n. 47538 - Pres. G. Rago - Rel. G. Ariolli - P.M. F. Baldi (diff.) - Ric. A.A.

Il reato di cui all'art. 416-*bis* c.p. è configurabile - con riferimento ad una nuova articolazione periferica (c.d. "locale") di un sodalizio mafioso operante in un'area di competenza caratterizzata da particolare vastità spaziale e sociale - anche in difetto della replica del peculiare modello di insediamento dell'associazione mafiosa di riferimento, qualora: pur mantenendo un'autonomia organizzativa, emerga il collegamento della nuova struttura territoriale con tale sodalizio; attui una penetrante azione destinata ad "occupare" aree di mercato e produttive inquinando il relativo tessuto economico-sociale e sia mossa dalle stesse logiche della casa madre; il modulo organizzativo (distinzione di ruoli, rituali di affiliazione, imposizione di rigide regole interne, ecc.), in ragione del livello programmatico raggiunto, presenti i tratti distintivi del predetto sodalizio, lasciando ciò presagire il pericolo per l'ordine pubblico; si spenda - eventualmente anche nei confronti di altre organizzazioni criminali parimenti presenti sul territorio - l'avvalimento della fama criminale conseguita, nel corso di decenni, nei territori di storico e originario insediamento; sia dotata di mezzi pienamente idonei a sprigionare nel nuovo contesto, all'occorrenza, una forza intimidatrice propria dotata di effettività e obiettivamente riscontrabile.

Il caso

Il Tribunale della Libertà di Roma confermava la misura della custodia cautelare in carcere applicata dal G.I.P. nei confronti di una persona che, nel ruolo di partecipe qualificato (di livello dirigenziale) alla c.d. locale romana della 'ndrangheta, avrebbe supportato l'infiltrazione della nota associazione mafiosa nella Capitale, mediante presunte acquisizioni commerciali, operate attraverso la condivisione del disegno criminoso della c.d. casa madre, attraverso l'avvalimento della sua c.d. fama criminale, mediante la realizzazione di molteplici reati fine, ivi compresi truffe, riciclaggio e altri reati in violazione della legge sulle armi. La difesa del ricorrente impugnava per Cassazione l'ordinanza, deducendo sei articolati motivi, incentrati sull'erronea applicazione della norma penale, con riferimento al delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p., censurando la riconducibilità della c.d. "locale" al paradigma del sodalizio di stampo mafioso. In particolare, i rilievi difensivi attengono all'assenza, in capo alla "locale" articolazione periferica, dell'elemento tipico della fattispecie oggettiva, costituito dalla forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva, richiedendo la disposizione censurata che l'associazione abbia conseguito, nell'ambiente territoriale nel quale essa opera, un'effettiva capacità di intimidazione, sino a estendere intorno a sé un alone di paura diffusa, oggettivamente percepibile, a prescindere dai singoli comportamenti o atti di violenza o minaccia realizzati da questo o quell'associato. Inoltre, si contesta l'assenza di elementi dimostrativi che quelle contestate acquisizioni commerciali, che dovrebbero costituire i c.d. reati-fine, siano avvenute attraverso il metodo mafioso, risolvendosi in intestazioni fittizie a terzi, che, proprio allo scopo di eludere l'applicazione di misure di prevenzione patrimoniali, non potevano avvalersi neanche del cognome e dunque della c.d. fama criminale che quello richiamava.

La decisione

Gli Ermellini dichiarano infondato il ricorso e, per affrontare la questione loro sottoposta, ritengono necessario preliminarmente ricostruire compiutamente gli elementi tipizzanti la fattispecie dell'associazione per delinquere di stampo mafioso, così come delineata dalla giurisprudenza di legittimità, essenziale per comprendere il concetto di metodologia mafiosa e di struttura associativa "delocalizzata", che muta innanzitutto a seconda del tipo di attività che caratterizza il fine del sodalizio. Si afferma, infatti, che la manifestazione esteriore del sodalizio non può non avere connotati e caratteri di appariscenza differenziati, a seconda che il fine sia ontologicamente illecito, consistente cioè nella realizzazione di specifici fatti criminali; rispetto alle ipotesi nelle quali, come nel caso *de quo*, il fine perseguito dall'articolazione locale sia quello di operare una ulteriore locupletazione dell'associazione "madre", attraverso l'assunzione o il controllo di attività economiche, in sé in tutto lecite, estrinsecantesi in finalità di investimento e accrescimento delle potenzialità economiche dell'intero gruppo. In questo quadro di riferimento, la Corte puntualizza "come non si richiedessero espliciti atteggiamenti di eclatante intimidazione, di coercizione o comunque di violenza in quanto l'obiettivo non era e non è quello della sopraffazione fisica o morale di quanti venivano in contatto con i vari personaggi della locale, ma all'inverso, quello di consentire l'appropriazione di settori economici che escludessero di fatto un fisiologico libero mercato a tutto vantaggio di una gestione 'seppur settoriale' di tipo 'monopolistico'. Il modello di insediamento dell'associazione storica di riferimento si adatta, pertanto, alla nuova realtà sociale ed economica di riferimento, venendo, pertanto, ad arricchirsi di un ulteriore contenuto, allo stesso modo invasivo e pervasivo". I giudici della II Sezione hanno sottolineato come l'ordinanza del Tribunale del Riesame romano fosse comunque ancorata ai requisiti di tipicità della fattispecie, ricostruiti non in termini di reato associativo c.d. puro, privo cioè di quegli aspetti di necessaria dinamicità, secondo l'insegnamento delle Sezioni unite "Modaffari", bensì legati ad indici particolarmente significativi di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

esteriorizzazione del metodo, richiamando molteplici "episodi di paura", aventi tutti come comune denominatore la forza di persuasione della 'ndrangheta, unitamente alla finalità di agevolazione del consesso romano; nonché l'ulteriore dato, di spiccato rilievo, costituito dal rapporto con altre consorterie mafiose, che insistono sul territorio romano. Il rilievo che l'obiettivo di predominio economico-imprenditoriale venga perseguito dall'articolazione locale dell''ndrangheta, attraverso modalità differenti dal "controllo effettivo del territorio", adattandosi al contesto sociale e territoriale di riferimento - data l'ampiezza e la complessità sociale della città di Roma - "non elide l'identità di locale del sodalizio, in quanto (...), tale articolazione - che della casa madre replica i tratti salienti distintivi è con essa collegata ed opera nell'ambito di un condiviso disegno di 'conquista', o meglio di 'colonizzazione' del tessuto economico e sociale della città".

I precedenti

Non risultano precedenti specifici.
Sui requisiti delle mafie c.d. delocalizzate, nonostante il tentativo di remissione alle Sezioni Unite della Suprema Corte, finora si registrano due ordinanze di restituzione atti, *ex* art. 172 disp. att. c.p.p., da parte della Suprema Corte: Cass. Pen., SS.UU., ord. di restituzione atti del 17 luglio 2019; Cass. Pen., SS.UU., ord. di restituzione atti del 28 aprile 2015.
Sulle mafie delocalizzate, con particolare riguardo alla più diffusa ipotesi delle filiali silenti, formatesi nel Nord della Penisola, v. Cass. Pen., Sez. II, 4 aprile 2017, n. 24851, in *Il penalista*, 24 luglio 2017; Cass. Pen., Sez. II, 28 marzo 2017, n. 24850; Cass. Pen., Sez. V, 3 marzo 2015, n. 31666, Bandiera; Cass. Pen., Sez. II, 21 aprile 2015, n. 34147, Agostino; e Cass. Pen., Sez. V, 2015, n. 21562, Novembrini, che sottolineano il contrasto esistente tra un primo orientamento per il quale per le nuove mafie al Nord è sufficiente ad integrare il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. che il sodalizio presenti evidenti connotati di "mafiosità" sul piano organizzativo "interno"; ed un secondo che, invece, reputa necessaria la prova dell'esteriorizzazione del "metodo mafioso", quale riflesso dell'avvalersi "della forza di intimidazione del vincolo associativo e dell'assoggettamento e omertà che ne deriva".
Sui requisiti della forza di intimidazione, vincolo di assoggettamento e omertà rilevanti per riconoscere la sussistenza di associazioni di tipo mafioso c.d. "atipiche" o autoctone, cfr. Cass. Pen., Sez. II, 16 marzo 2020, n. 10255 (il caso dei clan di Ostia), conf. Cass. Pen., Sez. V, 14 giugno 2019, n. 26427; Cass. Pen., Sez. II, 18 maggio 2017, n. 24851.
In generale, sui requisiti per il riconoscimento della partecipazione ad associazione di stampo mafioso, cfr., recentemente, Cass. Pen., SS.UU., 11 ottobre 2021 (ud. 27 maggio 2021), n. 36958, Modaffari ed altro; nonché Cass. Pen., SS.UU., 12 luglio 2005, Mannino.

La dottrina

Sul c.d. metodo mafioso in ordine alle c.d. mafie delocalizzate, cfr. G. Amarelli, *Mafie delocalizzate: le Sezioni unite risolvono (?) il contrasto sulla configurabilità dell'art. 416* bis *c.p. "non decidendo"*, in *www.sistemapenale.it*, 18 novembre 2019; I. Merenda - C. Visconti, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416* bis *c.p. tra teoria e diritto vivente*, in *La legislazione antimafia*, diretto da E. Mezzetti - L. Luparìa, Bologna, 2020, 52 ss.; G. Pignatone - M. Prestipino, *Modelli criminali. Mafie di ieri e di oggi*, Roma-Bari, 2019; C. Visconti, *Associazione di tipo mafioso e 'ndrangheta del nord*, in *Libro dell'anno del diritto* 2016, in *www.treccani.it*. Sulle caratteristiche della partecipazione all'associazione mafiosa, cfr. G. Amarelli, *La tipicità debole della partecipazione mafiosa e l'affiliazione rituale: l'incerta soluzione delle Sezioni Unite tra limiti strutturali del 416-*bis *c.p. e alternative possibili*, in questa *Rivista*, 2022, 786 ss.

Reati contro la famiglia

Il delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare: in caso di separazione sussiste anche senza affido condiviso

Cassazione Penale, Sez. VI, 28 dicembre 2022 (u.p. 29 settembre 2022), n. 49323 - Pres. G. Fidelbo - Rel. P. Silvestri - P.M. T. Epidendio (parz. conf.) - Ric. D.C.V.M.A.

La configurabilità del delitto di violazione degli obblighi di natura economica in materia di separazione, di cui all'art. 570-*bis* c.p., non postula l'affidamento condiviso dei figli minorenni (Fattispecie relativa all'omesso adempimento dell'obbligo di versare al figlio minorenne l'assegno periodico di mantenimento, in cui la Corte ha ritenuto irrilevante che del predetto non fosse stato disposto l'affidamento condiviso).

Il caso

La Corte d'Appello di Milano ha confermato la sentenza con cui D.C.V.M.A. è stato condannato per il reato previsto dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, art. 2, in relazione all'art. 12-*sexies*, L. 1° dicembre 1970, n. 898 e all'art. 570 c.p. All'imputato veniva contestato di aver violato gli obblighi di natura economica omettendo di corrispondere, o versando parzialmente, somme di denaro inferiori rispetto all'assegno mensile di mantenimento stabilito durante la separazione in favore della figlia minore, oltre all'aggiornamento annuale con riferimento agli indici Istat. L'imputato proponeva ricorso per cassazione deducendo, tra l'altro, violazione di legge e vizio di motivazione quanto al giudizio di responsabilità, in quanto l'affidamento della figlia minore non era condiviso e dunque, secondo quanto disposto letteralmente dall'art. 570-*bis* c.p., l'inadempimento non sarebbe penalmente rilevante.

La decisione

Il motivo di impugnazione con il quale si sostiene che, in una separazione coniugale, in cui è stato disposto l'affido esclusivo ad uno dei coniugi, l'eventuale inadempimento delle obbligazioni civili non integrerebbe la nuova ipotesi di reato è stato ritenuto dalla VI Sezione della Suprema Corte manifestamente infondato per più ragioni. Sul piano dell'interpretazione letterale, il testo dell'art. 570-*bis* c.p. non sembra concedere alcun dubbio poiché prevede che le pene previste dall'art. 570 c.p. si applichino al coniuge che "viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli". Si tratta, dunque, di una "duplice ipotesi di inosservanza": da una parte, vi sono gli obblighi di natura economica in materia di separazione; dall'altra, gli obblighi di affidamento condiviso dei figli. Anche adottando una interpretazione teleologica, tuttavia, non sembra accoglibile l'interpretazione restrittiva proposta dal ricorrente, poiché si pone in linea di chiara discontinuità rispetto al testo dell'art. 3, L. n. 54 del 2006, che si limitava ad estendere l'applicabilità dell'art. 12-*sexies*, L. n. 898 del 1970 ai casi di violazione degli obblighi di natura economica conseguenti alla separazione, senza pertanto contemplare alcun riferimento all'affido condiviso od

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

esclusivo. Accogliendo, invece, la tesi dell'imputato si dovrebbe ritenere che almeno una classe di fatti, in precedenza contemplati dalla norma incriminatrice, avrebbero perso rilevanza penale, in contrasto con l'intento del legislatore che era invece quello di "operare una mera trasposizione delle norme penali speciali all'interno del codice penale, in esecuzione di una delega meramente compilativa", che escludeva che si apportassero modifiche alle fattispecie incriminatrici, in ossequio solo al principio di "riserva di codice". Infine, la tesi del ricorrente non poteva essere condivisa anche seguendo un'interpretazione sistematica, in quanto "gli artt. 337-*ter* e 337-*quater* c.c. non contengono alcuna differenziazione in ordine alla doverosità e alla quantificazione dell'assegno di mantenimento in favore dei figli a seconda del tipo di affidamento". Pertanto, non vi è ragione di ritenere che la rilevanza penale della condotta di violazione degli obblighi di assistenza familiare dovrebbe essere limitata solo alle ipotesi di affido condiviso e non anche a quelle di affido esclusivo dei figli ad uno dei genitori. Sulla base di tali argomentazioni, i giudici di legittimità dichiarano inammissibile il ricorso, condannando il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

I precedenti

Non risultano precedenti specifici. In generale, su questa ipotesi delittuosa, cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 21 dicembre 2022 (ud. 2 novembre 2022), n. 48593; Cass. Pen., Sez. VI, 22 settembre 2011, n. 36263, C., in *CED*, n. 250879-01; Cass. Pen., Sez. VI, 30 settembre 2014, n. 41832, S.; Cass. Pen., Sez. VI, 19 giugno 2014, n. 34181, V.

La dottrina

P. Pittaro, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in AA.VV., *Diritto penale della famiglia e dei minori*, a cura di E. Palermo Fabris - A. Presutti - S. Riondato, Milano, 2019, 197 ss.; P. Di Geronimo, *Violazione degli obblighi economici nella separazione e nel divorzio*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di G. Fidelbo, Torino, 2021, 255 ss.

Reati contro la libertà sessuale

L'insussistenza dell'attenuante del fatto di minore gravità nella violenza sessuale continuata a danno della stessa vittima minore d'età

Cassazione Penale, Sez. III, 28 dicembre 2022 (ud. 24 novembre 2022), n. 49308, Pres. E. Rosi - Rel. E. Gai - P.M. D. Seccia (conf.) - Ric. F. Puccio

Un episodio di molestia sessuale, se reiterato nel tempo nei confronti del medesimo soggetto passivo minorenne, sebbene considerabile singolarmente di modesta gravità, comporta necessariamente un aggravamento dell'intensità della lesione del bene giuridico, anche solo con riguardo ai danni psichici derivanti dalla reiterazione, tale da escludere l'attenuante speciale prevista dall'art. 609-*bis*, comma 3, c.p.

Il caso

La Corte d'Appello di Torino ha confermato la sentenza del Tribunale di Biella con la quale il ricorrente era stato condannato alla pena di anni quattro e mesi sei di reclusione, previo riconoscimento delle circostanze attenuanti in misura prevalente sulle circostanze aggravanti, in relazione al reato di cui agli artt. 81, comma 2, 609-*bis*, comma 1, 609-*ter*, comma 1, n. 2 e comma 2, c.p. in danno di una minore, figlia del cugino della propria convivente, approfittando del legame di parentela, costringendo la stessa a subire atti sessuali consistiti in baci, palpeggiamenti sopra e dentro i vestiti e facendosi toccare i propri genitali sopra i vestiti, dal 2007 in permanenza sino al 2016. Avverso la sentenza ha presentato ricorso l'imputato, a mezzo del difensore, e ne ha chiesto l'annullamento per quattro motivi. I primi due attinenti l'affermazione della responsabilità penale del ricorrente. I restanti due riguardanti il trattamento sanzionatorio, ed in particolare, ai fini che qui interessano, con il terzo motivo si censura il diniego di riconoscimento della circostanza attenuante speciale di cui all'art. 609-*bis*, comma 3, c.p., poiché la corte territoriale, secondo la difesa, avrebbe operato una valutazione globale del fatto, considerando il reato continuato come fattispecie autonoma di reato, omettendo di valutare singolarmente i singoli episodi e la loro gravità. Tale operazione ermeneutica, a parere del ricorrente, non sarebbe condivisibile sul rilievo che il reato continuato richiederebbe la puntuale indagine sulla gravità delle singole condotte commesse per escludere il riconoscimento della menzionata attenuante.

La decisione

La III Sezione della Corte di cassazione dopo aver dichiarato manifestamente infondati i motivi sulla responsabilità penale, si è soffermata sul terzo motivo di ricorso riguardante il mancato riconoscimento della circostanza attenunate speciale ad effetto speciale del fatto di minore gravità, di cui all'art. 609-*bis*, comma 3, c.p., riprendendo un consolidato indirizzo interpretativo della giurisprudneza di legittimità, secondo il quale l'attenuante in discussione non risponderebbe ad esigenze di adeguamento del fatto alla colpevolezza del reo, bensì riguarderebbe la minore lesività del fatto in concreto, rapportata al bene giuridico tutelato.

Ragione per la quale, ai fini del suo riconoscimento, dovrebbero rilevare i soli elementi indicati dall'art. 133 c.p., comma 1 e non anche quelli di cui al comma 2, utilizzabili esclusivamente per la commisurazione complessiva della pena. Infatti, a tale riguardo un recente orientamento della giurisprudenza di legittimità ha altresì chiarito che "ai fini della configurabilità della circostanza attenuante del fatto di minore gravità, deve farsi riferimento ad una valutazione globale del fatto, quali mezzi, modalità esecutive, grado di coartazione esercitato sulla vittima, le condizioni fisiche e mentali di questa, le caratteristiche psicologiche valutate in relazione all'età, tali da potere ritenere che la libertà sessuale sia stata compressa in maniera non grave, così come al danno arrecato alla vittima anche in termini psichici e le conseguenze sul suo sviluppo psico-fisico", mentre "ai fini del diniego della stessa attenuante è sufficiente la presenza anche di un solo elemento di conclamata gravità". La motivazione addotta nella sentenza di primo grado, confermata in appello, per escludere l'attenuante della minore gravità è perciò apparsa agli ermellini congrua e corretta sotto questo profilo, proprio perché ha dato rilievo alla durata e alla ripetizione degli atti sessuali subiti dalla medesima persona offesa minore, unitamente alla natura sempre più invasiva degli stessi abusi e al trauma che la stessa durata e ripetizione di questi le hanno provocato. Sebbene, in passato, la giurisprudenza avesse affermato che la reiterazione in sé degli atti sessuali a danno di un minore infraquattrordincenne non fosse elemento tale da pregiudicare il riconoscimento dell'attenuante in parola, ciò era avvenuto in considerazione del fatto che gli atti sessuali, singolarmente considerati, non erano di particolare gravità, ed erano avvenuti in danno di persone offese diverse, ciascuno indipendente dall'altro. *A contrario*,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

perciò, nel caso sottoposto al giudizio, si dovrà applicare il condivisibile corollario secondo il quale anche un fatto singolarmente considerato, ritenuto di modesta gravità, se replicato nei confronti del medesimo soggetto minorenne, comportando un naturale aggravamento dell'intensità della lesione del bene giuridico, assume connotati gravi ai fini dell'esclusione dell'attenuante speciale di cui all'art. 609-*bis* c.p., comma 3.

I precedenti

Non risultano precedenti specifici. Sul riconoscimento dell'attenuante in parola in una fattispecie di reiterati "palpeggiamenti" nei confronti di più alunne minorenni cfr. Cass. Pen., Sez. III, 22 settembre 2015, n. 25434, M., Rv. 267451-01.

La dottrina

Per un inquadramento generale dei delitti contro la libertà e dignità sessuale, tra molti, v. G. Balbi, *Violenza e abuso sessuale*, in *Diritto penale, p. sp.*, I, a cura di D. Pulitanò, Torino, 2019, 281 ss e in ptc. 293; A. Cadoppi, *La violenza sessuale alla ricerca della tassatività perduta*, in questa *Rivista*, 2016, 1469; Id. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, Padova, 2006. Specificamente sull'attenuante speciale della minore gravità, prevista al comma 3 dell'art.609-*bis* c.p., v. L. Goisis, *Violenza sessuale e attenuante dei casi di minor gravità: gli incerti confini dell'elemento circostanziale*, in *Giur. it.*, 2015, 984 ss.

Responsabilità da reato degli enti

Responsabilità degli enti *ex* D.Lgs. n. 231/2001 e infortuni sul lavoro: necessario distinguere la "colpa di organizzazione" dell'ente e la "colpevolezza" della persona fisica

Cassazione Penale, Sez. IV, 11 gennaio 2023 (ud. 4 ottobre 2022), n. 570 - Pres. Ciampi - Rel. D. Dawan - P.M. E. Pedicini (diff.) - Ric. V. S.p.a.

L'elemento della "colpa di organizzazione", che caratterizza la tipicità dell'illecito amministrativo di cui all'art. 25-*septies*, comma 3, D.Lgs. n. 231 del 2001, imputabile all'ente, costituisce un modo di essere colposo, specificamente individuato, proprio dell'organizzazione dell'ente, che abbia consentito al soggetto, persona fisica, organico all'ente, di commettere il reato. Essa necessita pertanto di essere rigorosamente provata e non confusa o sovrapposta con la colpevolezza del (dipendente o amministratore dell'ente) responsabile del reato.

Il caso

La Corte d'Appello di Milano, in parziale riforma della sentenza pronunciata dal Tribunale cittadino, aveva dichiarato non doversi procedere nei confronti dell'imputato V.B. per essere il reato a lui ascritto estinto per intervenuta morte del reo, confermando l'impugnata sentenza, invece, con riguardo alla responsabilità amministrativa della V. S.p.a., ritenuta responsabile dell'illecito amministrativo di cui all'art. 25-*septies*, comma 3, D.Lgs. n. 231/2001, per aver tratto vantaggio dalla condotta del reato attribuito all'amministratore unico della Iron Master S.r.l., alla quale aveva affidato in subappalto alcune lavorazioni nella galleria del lotto di sua responsabilità. L'imputato era stato chiamato, unitamente a S.K. amministratore unico della Iron Master S.r.l. a rispondere del reato di cui all'art. 41 c.p., art. 589 c.p., commi 1 e 2, in relazione alle norme per la sicurezza dei lavoratori, perché, con condotte indipendenti e causalmente rilevanti nella produzione dell'evento, cagionavano la morte di un dipendente della Iron Master S.r.l., per colpa generica e per inosservanza delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro. Il vantaggio tratto dalla V. S.p.a. sarebbe consistito nel risparmio derivante dall'impiego di lavoratori solo formalmente dipendenti di altra società (Iron MasterS.r.l.), in realtà sottoposti al potere direttivo di V. S.p.a., e dalla mancata messa a disposizione dei lavoratori medesimi di idonei mezzi di protezione individuale, con specifico riferimento ai sistemi di protezione contro le cadute dall'alto, all'omessa formazione specifica dei lavoratori in materia di montaggio/smontaggio dei ponteggi e all'assenza di un preposto a tali lavori effettivamente nominato e quindi retribuito dalla società. Condotte da cui derivava l'infortunio mortale. Avverso la sentenza di appello ha proposto ricorso il difensore di V. S.p.a., che lamenta il difetto di accertamento in via autonoma, *ex ante* ed in concreto, della sussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa della V. S.p.a.

La decisione

La IV Sezione della Corte Suprema di Cassazione ritiene fondato il ricorso della società ricorrente. La Corte premette alcune nozioni generali afferenti il sistema del D.Lgs. n. 231/2001, affermando che per evitare possibili profili di responsabilità oggettiva non è semplicemente necessario accertare il rapporto di immedesimazione organica tra persona fisica ed ente, né solo il criterio oggettivo (alternativo e concorrente a quello di interesse) del c.d. vantaggio a favore dell'ente ex art. 5, D.Lgs. n. 231 cit., poiché è altresì necessario verificare la sussistenza della c.d. "colpa di organizzazione", consistente in un *deficit* organizzativo, "un modo di essere 'colposo', specificamente individuato, proprio dell'organizzazione dell'ente, che abbia consentito al soggetto (persona fisica) organico all'ente di commettere il reato. In tale prospettiva, l'elemento finalistico della condotta dell'agente deve essere conseguenza non tanto di un atteggiamento soggettivo proprio della persona fisica quanto di un preciso assetto organizzativo 'negligente' dell'impresa, da intendersi in senso normativo, perché fondato sul rimprovero derivante dall'inottemperanza da parte dell'ente dell'obbligo di adottare le cautele, organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione dei reati previsti tra quelli idonei a fondare la responsabilità del soggetto collettivo". Grava sull'accusa l'onere di dimostrare l'esistenza e l'accertamento degli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente, che rendono autonoma la responsabilità del medesimo. Con tale pronuncia la Cassazione torna a ribadire la necessità di non confondere la "colpa di organizzazione" dell'ente con la "colpevolezza" della persona fisica responsabile del reato. Ad avviso dei giudici di legittimità, "la motivazione della sentenza impugnata offre un percorso argomentativo carente in punto di responsabilità dell'ente, per certi versi sovrapponendo e confondendo i profili di responsabilità da reato dell'amministratore/datore di lavoro ai profili di responsabilità da illecito amministrativo della società. I Giudici di merito - si legge nella sentenza - 'fondano la responsabilità amministrativa della società sulla 'genericità ed inadeguatezza' del modello organizzativo' senza tuttavia fornire positiva dimostrazione della sussistenza di una 'colpa di organizzazione' dell'ente". In particolare, gli ermellini puntualizzano che "l'assenza del modello, la sua inidoneità o la sua inefficace attuazione non sono *ex se* elementi costitutivi dell'illecito dell'ente. Tali sono,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

oltre alla compresenza della relazione organica e teleologica tra il soggetto responsabile del reato presupposto e l'ente (c.d. immedesimazione organica 'rafforzata'), la colpa di organizzazione, il reato presupposto ed il nesso causale che deve correre tra i due". Sulla base di tali argomentazioni, gli ermellini affermano perciò che la Corte territoriale avrebbe dovuto motivare sulla concreta configurabilità, nella vicenda in esame, di una colpa di organizzazione dell'ente, per stabilire se tale elemento abbia avuto incidenza causale rispetto alla verificazione del reato presupposto, e concludono per l'annullamento della sentenza con rinvio per un nuovo giudizio ad altra sezione della Corte d'Appello di Milano.

I precedenti

Conformi: recentemente, Cass. Pen., Sez. IV, 10 maggio 2022 (ud. 15 febbraio 2022), n. 18413, Cartotecnica Grafica Vicentina S.r.l., Rv. 283247-01; Cass. Pen., Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, Castaldo; Cass. Pen., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, Scarafia, Rv. 247666. Sulla responsabilità degli enti da reati in tema di violazione delle regole cautelari contro gli infortuni sul lavoro, v. per tutte, anche, la celebre Cass. Pen., SS.UU., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn, Rv. 261113-01, relativa al noto caso Thyssenkrupp.

La dottrina

V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018; A. Picillo, *L'infortunio sul lavoro nell'ambito della responsabilità degli enti. Il criterio d'imputazione oggettiva*, in *Arch. pen.*, 3, 2013, 981 ss. Sul *leading case* "Thyssenkrupp" cfr., *ex plurimis*, R. Bartoli, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del "sistema 231"*, in *Società*, 2, 2015, 219 ss.; Id., *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso "Thyssenkrupp"*, in *Giur. it.*, 2014, 2566 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Osservatorio Corte di cassazione - Processo penale

a cura di Katia La Regina

Intercettazioni

Sopravvenuta mancanza del presupposto legittimante o modifica del quadro degli elementi circostanziali

Cassazione Penale, Sez. VI, 20 dicembre 2022 (ud. 12 aprile 2022), n. 48320 - Pres. Ricciarelli - Rel. Silvestri - P.M. De Masellis (diff.) - Ric. M.M.

In tema di intercettazioni, sono utilizzabili i risultati delle operazioni disposte in riferimento ad un titolo di reato per il quale le stesse erano originariamente consentite, anche quando vi sia stata la successiva modifica della struttura giuridica del fatto di reato o l'esclusione della configurabilità di una circostanza aggravante.

Il caso

Contro l'ordinanza con cui il Tribunale ha applicato nei confronti di M. la misura cautelare interdittiva del divieto di esercitare la professione forense per dodici mesi, il ricorrente deduce, tra l'altro, violazione di legge processuale prevista a pena di inutilizzabilità. Posto l'addebito provvisorio di un fatto corruttivo commesso al fine di agevolare una cosca mafiosa, ritiene l'indagato che l'esclusione da parte del Tribunale della circostanza aggravante di cui all'art. 416-*bis*., comma 1, c.p. dovrebbe comportare l'inutilizzabilità di tutte le conversazioni intercettate mediante captatore informatico, atteso che, al momento della iscrizione nel registro delle notizie di reato del ricorrente (1° giugno 2019), l'uso di tale strumento captativo era consentito solo per fatti qualificabili come delitti di criminalità organizzata, prescindendo dal titolo di reato indicato nella richiesta del Pubblico Ministero e nel provvedimento autorizzatorio.

La decisione

La Corte di cassazione ha rigettato il ricorso condannando il ricorrente al pagamento delle spese processuali. L' assunto prospettato da M. non è stato considerato condivisibile tenendo conto, innanzitutto, che la giurisprudenza è consolidata nell'affermare il principio della irrilevanza del mutamento dell'addebito; in tal senso si valorizza la valenza decisiva della verifica c.d. statica da parte del giudice - di quella cioè da collocare nel momento genetico della intercettazione, ovvero in quelli successivi di autorizzazione di proroghe - della sussistenza del rispetto dei presupposti previsti dalla legge per disporre il mezzo di ricerca della prova, e, in particolare, della sussistenza dei gravi indizi della esistenza del reato (art. 267 c. p.p.). Per tale ragione, in più occasioni sono stati ritenuti utilizzabili i risultati delle operazioni disposte in riferimento ad un titolo di reato per il quale le stesse sono consentite, anche quando vi sia stata una successiva diversa qualificazione giuridica del fatto (Cass. Pen., Sez. I, 19 marzo 2021, n. 12749, in *CED*, n. 280981; Cass. Pen., Sez. I, 19 maggio 2010, n. 24163, *ivi*, n. 247943; Cass. Pen., Sez. VI, 20 ottobre 2009, n. 50072, *ivi*, n. 245699).

Ciò che è indispensabile - in ossequio ai canoni di proporzione e ragionevolezza, a fronte della forza intrusiva del mezzo usato - è, innanzitutto, che la qualificazione, pure provvisoria, del fatto risulti ancorata a sufficienti, sicuri e obiettivi elementi indiziari che ne sorreggano, per un verso, la corretta formulazione da parte del pubblico ministero e, per altro verso, la successiva, rigorosa, verifica dei presupposti da parte del giudice chiamato ad autorizzare le relative operazioni intercettative; fermo restando il sindacato di legittimità della Corte di cassazione in ordine all'effettiva sussistenza di tali presupposti (così, Cass. Pen., SS.UU., 28 aprile 2016, n. 26889, in *CED*, n. 266905, in motivazione).

Dunque, in caso di modifica, a seguito delle captazioni, della struttura giuridica del fatto-reato autorizzato e, a maggiore ragione, della sussistenza di una circostanza aggravante, l'inutilizzabilità delle intercettazioni consegue solo se i presupposti per disporre il mezzo di ricerca della prova mancassero già al momento in cui il procedimento autorizzativo si è compiuto e perfezionato attraverso il controllo del giudice.

I risultati della captazione correttamente autorizzata restano invece immuni rispetto al successivo sviluppo fisiologico del procedimento, atteso che in tal caso non rileva la sopravvenuta mancanza del presupposto legittimante per effetto della riqualificazione del fatto autorizzato o di una modifica del quadro degli elementi circostanziali.

Certo, esiste una forte esigenza di contemperamento tra la necessità di non ritenere inutilizzabili i risultati delle intercettazioni in presenza di un fatto storico rimasto sostanzialmente immutato rispetto a quello autorizzato, ma solo non completamente riscontrato per effetto di fisiologici mutamenti emersi proprio a seguito degli esiti della intercettazione, e quella di evitare abusi, che potrebbero configurarsi con il ricorso pretestuoso alla descrizione di un fatto-reato autorizzabile al fine di aggirare i limiti legali stabiliti.

Si tratta di situazioni in cui assume centrale rilievo il controllo del giudice al momento della autorizzazione del mezzo di ricerca della prova. La questione non riguarda le ipotesi in cui la divergenza tra fatto-reato di cui si chiede l'autorizzazione ad intercettare ed il fatto emergente dalle risultanze investigative si manifesti già al momento in cui l'intercettazione è richiesta, atteso che in tali casi il giudice è tenuto a non autorizzare l'intercettazione se non vi sia rigorosa conformità tra ciò che si richiede e le risultanze delle indagini: ciò impedisce la elusione delle regole poste dal legislatore e delle garanzie dei diritti.

La situazione è invece diversa nei casi in cui vi è corrispondenza tra quanto si richiede e ciò che emerge dalle indagini in ordine al fatto reato per cui si procede, ma l'addebito si modifica solo per motivi sopravvenuti fisiologici, legati cioè alla naturale evoluzione del procedimento che può determinare una modifica del fatto storico e della sua qualificazione giuridica. In tali casi non vi è elusione delle garanzie e la fattispecie non è patologica, considerando la provvisorietà

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dell'addebito, la fluidità degli elementi raccolti, la loro possibile modificazione; ciò che rileva è che al momento in cui viene disposta la intercettazione vi siano i presupposti previsti dalla legge, dunque il controllo da parte del giudice, che investe l'accertamento della conformità di ciò che si richiede rispetto agli atti, al fine di verificare se fin dall'inizio emerga la diversità storica del fatto ovvero sia seriamente prospettabile una differente qualificazione giuridica, più corretta sotto il profilo della sussunzione nella fattispecie.
Ne consegue, nel caso di specie, che nessun rilievo può essere attribuito rispetto alla utilizzabilità delle captazioni, alla circostanza che nello sviluppo del procedimento la iniziale configurabilità della circostanza aggravante sia stata esclusa.

I precedenti

Nello stesso senso, rispetto alla diversa qualificazione giuridica del fatto, v. Cass. Pen., Sez. I, 19 marzo 2021, n. 12749, in *CED*, n. 280981; Cass. Pen., Sez. VI, 20 ottobre 2009, n. 50072, *ivi*, n. 245699; Cass. Pen., Sez. I, 20 febbraio 2009, n. 19852, *ivi*, n. 243780; rispetto alla modifica dell'imputazione, v. Cass. Pen., Sez. I, 19 maggio 2010, n. 24163, *ivi*, n. 247943. Per l'affermazione secondo cui, se i fatti posti a fondamento della imputazione provvisoria di abuso d'ufficio sono gli stessi rispetto a quelli per i quali è intervenuto il provvedimento autorizzatorio in relazione al reato di corruzione, i risultati delle intercettazioni sono utilizzabili, mentre laddove i fatti siano diversi da quelli per i quali è intervenuta l'autorizzazione, i risultati delle intercettazioni non sono utilizzabili e si dovrà procedere alla c.d. "prova di resistenza" per la eventuale formulazione del giudizio di gravità indiziaria, v. Cass. Pen., Sez. VI, 20 gennaio 2021, n. 23244, in *Giur. it.*, 2022, 221. Per l'affermazione secondo cui il divieto di cui all'art. 270 c.p.p. di utilizzazione dei risultati delle captazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le stesse siano state autorizzate - salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza - non opera con riferimento agli esiti relativi ai soli reati che risultino connessi, *ex* art. 12 c.p.p., a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata *ab origine disposta*, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dall'art. 266 c.p.p., cfr. Cass. Pen., SS.UU., 28 novembre 2019, n. 51, in *CED*, n. 277395.

La dottrina

In argomento, v. A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 785; L. Filippi, *Utilizzabile l'intercettazione autorizzata per un reato che, poi derubricato, non la consente?*, in *Giur. it.*, 2022, 226; N. Galantini, *L'inutilizzabilità dei risultati*, in T. Bene (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, Bari, 2018, 228 ss.; A. Innocenti, *Le Sezioni Unite limitano l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni per la prova di reati diversi da quelli per cui sono state ab origine disposte*, in questa *Rivista*, 2020, 993; F. Ruggieri, *Divieti probatori e inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, 97.

Legittimo impedimento del difensore

Stretto contatto con soggetto positivo al Covid

Cassazione Penale, Sez. I, 30 dicembre 2022 (ud. 7 dicembre 2022), n. 49745 - Pres. Siani - Rel. Russo - P.M. Pedicini - Ric. V.A.

La presenza, nel nucleo familiare del difensore, di un soggetto confermato positivo al SARS COV-2 non costituisce causa di legittimo impedimento ai fini del rinvio dell'udienza.

Il caso

Rigettato l'appello proposto avverso il provvedimento del Magistrato di sorveglianza che ha disposto darsi corso all'espulsione *ex* art. 235 c.p., la difesa ricorre con un unico motivo, in cui lamenta la violazione del contraddittorio. Il giorno precedente all'udienza, il legale del ricorrente aveva comunicato l'impedimento a comparire dovuto alla necessità di restare in isolamento fiduciario, avendo il proprio figlio minorenne contratto l'infezione Covid, ed essendo l'unico genitore a poterlo accudire. Il Tribunale di sorveglianza, tuttavia, aveva proceduto a trattare il procedimento e ad emettere il provvedimento con conseguente determinazione della nullità dell'udienza.

La decisione

La Corte ha rigettato il ricorso e ha condannato il ricorrente al pagamento delle spese processuali. Alla data dell'udienza svoltasi dinanzi al Tribunale di sorveglianza era già in vigore la Circolare del Ministero della Salute del 30 marzo 2022, che esclude l'obbligo di isolamento delle persone che hanno avuto un contatto stretto con un soggetto positivo, prevedendo per esse il più liberale regime dell'autosorveglianza; nella circolare si legge: "a coloro che hanno avuto contatti stretti con soggetti confermati positivi al Sars-Cov-2 è applicato il regime dell'autosorveglianza, consistente nell'obbligo di indossare dispositivi di protezione delle vie respiratorie di tipo FFP2, al chiuso o in presenza di assembramenti, fino al decimo giorno successivo alla data dell'ultimo contatto stretto. Se durante il periodo di autosorveglianza si manifestano sintomi suggestivi di possibile infezione da Sars-Cov-2, è raccomandata l'esecuzione immediata di un test antigenico o molecolare per la rilevazione di Sars-Cov-2 che in caso di risultato negativo va ripetuto, se ancora sono presenti sintomi, al quinto giorno successivo alla data dell'ultimo contatto. Gli operatori sanitari devono eseguire un test antigenico o molecolare su base giornaliera fino al quinto giorno dall'ultimo contatto con un soggetto contagiato".
Escluso, pertanto, che la positività del figlio del difensore del ricorrente comportasse legittimo impedimento della stesso a comparire in udienza, la Suprema Corte esclude altresì che il precedente di diverso segno rinvenibile nella giurisprudenza di legittimità (Cass. Pen., Sez. I, 21 aprile 2021, n. 21139 in *CED*, n. 281284) possa porsi in contrasto con la decisione, trattandosi di una pronuncia resa quando vigeva una diversa regolamentazione degli obblighi del soggetto che aveva avuto contatto stretto con un positivo.

I precedenti

Cfr., Cass. Pen., Sez. I, 21 aprile 2021, n. 21139 in *CED*, n. 281284, secondo cui l'art. 420-*ter*, comma 5, c.p.p. si applica anche nel procedimento di sorveglianza, sicché il legittimo impedimento, documentato e tempestivamente comunicato, del difensore di fiducia per motivi di salute - rappresentati dalla presenza nel suo nucleo familiare di un soggetto con "sospetto Covid" (nella specie, sottoposto a tampone) - costituisce causa di rinvio dell'udienza camerale partecipata *ex* art. 127 c.p.p. che, se disattesa, dà luogo a nullità di quest'ultima. In argomento e per l'affermazione secondo cui l'assoluta impossibilità a comparire del difensore non va intesa in senso esclusivamente meccanicistico, quale impedimento materiale che ne precluda la presenza fisica all'udienza, potendo avere riguardo anche a situazioni diverse e riconducibili ad eventi gravi sotto il profilo umano e morale, v. Cass. Pen., Sez. IV, 10 febbraio 2015, n. 18069, in *CED*, n. 263438, che ha ritenuto integrato il legittimo

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

impedimento del difensore stante la necessità di accompagnare e assistere il coniuge ricoverato presso un centro oncologico, posto a notevole distanza dal luogo di celebrazione del processo e concomitante con il giorno di udienza.

La dottrina

Sul tema, A. Barazzetta, sub *art. 420*-ter *c.p.p.*, in A. Giarda - G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, Milano, 2017, 1411 ss.; M. Minafra, *Brevi cenni sul diritto di difesa e sul contraddittorio nel procedimento di sorveglianza*, in questa *Rivista*, 2022, 260; O. Murro, *L'impedimento del difensore nel procedimento di sorveglianza*, in *Giur. it.*, 2021, 2781.

Sospensione del processo con messa alla prova

Irrilevanza del risarcimento del danno

Cassazione Penale, Sez. VI, 13 dicembre 2022 (ud. 17 novembre 2022), n. 47163 - Pres. Fidelbo - Rel. Aprile - P.M. Morosini (diff.) - Ric. P.G. in proc. S.P.

In tema di sospensione del processo con messa alla prova, il risarcimento del danno non è un requisito necessario ai fini dell'ammissione e della valutazione dell'esito positivo.

Il caso

Con sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 464-*septies* c.p.p., il G.I.P. dichiarava estinti i reati contestati a carico di S.P. che aveva chiesto e ottenuto la sospensione del procedimento con messa alla prova, rilevando come, all'esito del periodo di sospensione, fosse risultato che l'imputato aveva positivamente svolto il lavoro di pubblica utilità secondo le modalità del programma recepito.
Avverso tale sentenza ha proposto ricorso il P.G., il quale ha dedotto la violazione di legge, in relazione agli artt. 464-*bis* e 464-*septies* c.p.p., per avere il G.I.P. erroneamente ammesso l'imputato alla sospensione del procedimento con messa alla prova e poi, con la sentenza impugnata, dichiarato la estinzione dei reati, senza che né nell'originaria richiesta né nella sentenza vi fosse cenno alcuno alle prescrizioni inerenti al risarcimento del danno ovvero alle condotte riparative delle conseguenze dannose o pericolose del reato, prescrizioni che costituiscono requisito essenziale per l'instaurazione di quel rito speciale e per la conseguenze adozione della sentenza finale di proscioglimento dell'imputato.

La decisione

La Corte ha rigettato il ricorso.
L'art. 168-*bis*, comma 2 e 3, c.p. stabilisce che "la messa alla prova comporta la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato. Comporta altresì l'affidamento dell'imputato al servizio sociale, per lo svolgimento di un programma che può implicare, tra l'altro, attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali. La concessione della messa alla prova è inoltre subordinata alla prestazione di lavoro di pubblica utilità".
La lettera della norma - evidenzia la Corte - è chiara nell'indicare quali siano le prestazioni che vanno indicate nella richiesta dell'imputato di sospensione del procedimento e la cui esistenza e contenuto vanno poi verificate dal giudice in sede di ammissione alla messa alla prova e di valutazione finale. Tra queste, il risarcimento del danno causato dal reato rappresenta una eventualità che in concreto può mancare, non potendo essere assenti gli altri requisiti necessari per la messa alla prova: prescrizioni multiple dalla verifica del cui rispetto dipende l'emissione della sentenza dichiarativa della estinzione del reato a mente dell'art. 464-*septies* c.p.p.
Applicando tali criteri interpretativi, la Corte rileva che, nel caso esaminato, il G.I.P., valutando l'esito di quella messa alla prova, nulla ha precisato in ordine al risarcimento del danno, perché non previsto nell'ordinanza ammissiva del rito; tuttavia, non si è limitato a riconoscere il positivo svolgimento da parte dell'imputato del lavoro di pubblica utilità (consistente nel recarsi, due giorni alla settimana, presso una parrocchia per curare "l'accoglienza dei fedeli e dei bambini dediti al catechismo"), ma ha altresì attestato come dai risultati di quella esperienza di volontariato fosse stata acquisita anche una "positiva prova di emenda e di risocializzazione" dell'imputato: aspetto, quest'ultimo, che appare idoneo ad integrare gli estremi di un giudizio sintetico circa la sussistenza di una condotta latamente qualificabile come riparativa rispetto alle conseguenze dannose dei reati commessi.

I precedenti

Nella medesima ottica, v. Cass. Pen., Sez. II, 8 novembre 2022, n. 44887, secondo cui, il risarcimento del danno diviene condizione imprescindibile della ammissione al beneficio solo ove sia determinabile ovvero lo stesso sia stato richiesto dalla persona offesa comparsa a seguito di rituale citazione nel procedimento ammissivo ai sensi dell'art. 464-*quater* c.p.p.; ove tale previsione invece manchi per non essere stata mai avanzata dalla persona offesa ovvero per non avere il giudice, anche su istanza del P.M. ed in base alle allegazioni dello stesso, determinato il danno risarcibile, lo svolgimento del lavoro di pubblica utilità e l'affidamento ai servizi sociali *ex* art. 168-*bis* c.p., ove conclusi positivamente, possono giustificare la decisione del giudice di positiva conclusione del procedimento; analogamente, Cass. Pen., Sez. III, 5 aprile 2022, n. 26046, la quale esclude la percorribilità di una impostazione di tipo "meccanicistico retributivo", nonché, Cass. Pen., Sez. III, 29 novembre 2019, n. 3179.

La dottrina

Sul tema, L. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Padova, 2020; M. Miraglia, *La messa alla prova dell'imputato adulto. Analisi e prospettive di un modello processuale diverso*, Torino, 2020; N. Triggiani (a cura di), L*a deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014.

Giudizio abbreviato

Notifica per estratto della sentenza all'imputato assente

Cassazione Penale, Sez. III, 13 dicembre 2022 (ud. 16 novembre 2022), n. 47049 - Pres. Ramacci - Rel. Corbetta - P.M. Manuali - Ric. *Omissis*

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 442, comma 3 c.p.p. e 134 disp. att. c.p.p., in relazione agli artt. 111 e 101 Cost., nella parte in cui, secondo l'interpretazione fornita dal diritto vivente, a seguito della riforma

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

della disciplina della contumacia, l'estratto della sentenza emessa nel giudizio abbreviato non deve essere più notificato all'imputato assente.

Il caso

Contro la sentenza con cui la Corte d'Appello confermava la penale responsabilità dell'imputato per i delitti di cui agli artt. 609-*quater* e 609-*bis* c.p., l'imputato, tramite il difensore di fiducia, promuove ricorso per cassazione, sollevando questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 442, comma 3 c.p.p. e 134 disp. att. c.p.p., in relazione agli artt. 111 e 101 Cost., nella parte in cui, secondo l'interpretazione fornita dal diritto vivente, a seguito della riforma della disciplina della contumacia, l'estratto della sentenza emessa nel giudizio abbreviato non deve essere più notificato all'imputato assente.

Premette il difensore che, in applicazione del principio affermato da Cass. Pen., SS.UU., 21 ottobre 2019, n. 698, in *CED*, n. 277470 - secondo cui la sentenza emessa nel giudizio abbreviato non deve essere notificata per estratto all'imputato assente - il ricorso sarebbe tardivo perché presentato dopo la scadenza del termine. Nondimeno, ad avviso del difensore il principio espresso dalle SS.UU. sarebbe in contrasto con il principio di legalità processuale sancito dall'art. 111 Cost., in quanto esso finisce per abrogare tacitamente l'art. 585 c.p.p., in relazione al combinato disposto degli artt. 442, comma 3, c.p.p. e 134 disp. att. c.p.p. che, per contro, impongono la notifica della sentenza all'imputato assente. A riprova di ciò, sottolinea il difensore, si pone la previsione contenuta nell'art. 1, comma 10, lett. b), n. 3, L. 27 settembre 2021, n. 134 che ha previsto espressamente la delega ad abrogare il comma 3 dell'art. 442 c.p.p. e l'art. 134 disp. att. c. p.p. Se, dunque, il legislatore ha ritenuto di dover intervenire per abrogare le norme in esame, evidentemente le ritiene ancora in vigore, fino a che non saranno abrogate dal Governo delegato.

La decisione

La Corte ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale. Diversamente da quanto opinato dal difensore, il principio di legalità processuale non risulta violato tenuto conto che l'abrogazione *in parte qua* dell'art. 585 c.p.p., nel senso indicato, non è opera della richiamata pronuncia delle Sezioni Unite, bensì del succedersi di provvedimenti normativi che hanno, appunto, determinato un fenomeno di abrogazione tacita.

Le vicende successorie delle norme in questione sono state puntualmente ricostruite nell'indicata sentenza n. 698, la quale ha evidenziato come la compatibilità tra il combinato disposto degli artt. 442, comma 3, c.p.p. e 134 disp. att. c.p. p. da una parte, e l'art. 548, comma 3, c.p.p. dall'altra, va verificata sulla base della L. n. 479/1999, la quale ha introdotto la contumacia anche per il giudizio abbreviato: "è in quel momento, infatti" - osservano le Sezioni Unite - "che si pose il problema di compatibilità fra due normative perfettamente sovrapponibili" e, quindi, si verificò un emblematico caso di abrogazione tacita per rinnovazione della materia; la L. n. 479/1999 - disciplinando *ex novo* l'istituto della contumacia e facendo venir meno, relativamente alla costituzione delle parti, la "specialità" del rito abbreviato che, per tale profili, veniva assimilato alla normativa del rito ordinario - rese applicabile anche al rito abbreviato il solo art. 548, comma 3, c.p.p.

Questa conclusione non risulta scalfita dalla delega, contenuta nell'art. 1, comma 10, lett. b), n. 3, L. n. 134/2021, ad abrogare gli artt. 442, comma 3, c.p.p. e 134 disp. att. c.p.p., perché attraverso tale disposizione il legislatore si prefigge lo scopo di esplicitare l'indicato fenomeno di abrogazione tacita, verificatosi a partire dall'entrata in vigore della L. n. 479/1999.

I precedenti

Cfr., Cass. Pen., SS.UU., 24 ottobre 2019, n. 698, in *CED*, n. 277470, nonché, successivamente, Cass. Pen., Sez. V, 14 novembre 2019, n. 4455, *ivi*, n. 278552.

La dottrina

Sul tema, v. V. Cannas, *Il "nuovo" rito abbreviato: una novità apparente*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Cartabia. Codice penale, codice di procedura penale, giustizia riparativa*, Pisa, 2022, 381; A. Conti, *La notifica per estratto della sentenza all'imputato assente nel giudizio abbreviato*, in questa *Rivista*, 2020, 1593; A. De Francesco, *L'estratto della sentenza emessa nel giudizio abbreviato non deve più essere notificato all'imputato assente*, in *Dir. & Giust*, 2020, 9, 8.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Osservatorio Contrasti giurisprudenziali

a cura di Irene Scordamaglia

Reati contro il patrimonio

Estorsione

Cassazione Penale, Sez. V, 27 ottobre 2022 (C.C. 15 luglio 2022), n. 40803 - Pres. Pezzullo - Rel. Cananzi - P.M. Lori (conf.) - Ric. Mazzitelli

Il delitto di estorsione può concorrere con quello di illecita concorrenza con violenza o minaccia, trattandosi di fattispecie differenti, la cui diversità si misura valutando le modalità con cui si esprime l'azione violenta, posto che integra il delitto di cui all'art. 513-*bis* c.p. la condotta tesa a sovvertire il normale svolgimento delle attività imprenditoriali attraverso comportamenti violenti che incidono direttamente sul funzionamento dell'impresa, mentre si configura il delitto di estorsione nel caso in cui l'azione violenta si risolva in coazione fisica e psichica dell'imprenditore.

Il fatto e l'impugnazione

Il tribunale del riesame confermava l'ordinanza con la quale il ricorrente era stato sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere in relazione ai delitti, provvisoriamente contestatigli, di partecipazione ad associazione di tipo mafioso e di concorso nel reato-fine di estorsione aggravata, per avere costretto un rivenditore ittico a comprare il pesce per la sua pescheria dalle imprese ittiche controllate dall'associazione criminale.

Con il ricorso per cassazione il provvedimento del tribunale veniva censurato per violazione di legge, anche in riferimento alla qualificazione giuridica del fatto nella forma dell'estorsione contrattuale piuttosto che in quella della illecita concorrenza con minaccia o violenza.

La soluzione della Suprema Corte

La Quinta Sezione penale della Cassazione ha respinto il motivo in quanto infondato. Al riguardo, ha ritenuto essere, la qualificazione giuridica della condotta ascritta al ricorrente - funzionale ad obbligare pescatori e pescherie a non intrattenere direttamente rapporti di compravendita del pescato, ma a transitare per l'asta gestita dall'impresa grossista, controllata dall'associazione criminale, che, per l'intermediazione prestata, percepiva un agio del 10% sul prezzo di vendita -, in assoluta sintonia con il principio di diritto per cui il delitto di *estorsione c.d. contrattuale* si realizza quando al soggetto passivo sia imposto di porsi in rapporto negoziale di natura patrimoniale con l'agente o con altri soggetti e l'elemento dell'ingiusto profitto con altrui danno è implicito nel fatto stesso che il contraente-vittima sia costretto al rapporto in violazione della propria autonomia negoziale, essendogli impedito di perseguire i propri interessi economici nel modo da lui ritenuto più opportuno (Cass. Pen., Sez. II, 17 aprile, 2020, n. 12434; Cass. Pen. Sez. V, 27 febbraio 2017, n. 9429; Cass. Pen., Sez. VI, 4 dicembre 2013, n. 48461; Cass. Pen., Sez. VI, 8 marzo 2012, n. 9185). Quanto all'invocata sussunzione della condotta medesima entro la cornice qualificatoria del delitto di cui all'art. 513-*bis* c.p. - che presuppone la concorrenza fra i soggetti operanti nel mercato e l'alterazione della stessa da parte di soggetti inseriti nella "catena commerciale"-, la Corte l'ha ritenuta astrattamente praticabile, avendo agito, l'impresa grossista - valendosi dell'apporto del ricorrente -, quale soggetto che, pur non essendo un concorrente delle pescherie, si era, però, inserito nella catena di produzione, imponendo una intermediazione non richiesta al fine di ottenere un profitto ingiusto, consistente nel compenso del 10% sulle vendite. Donde, richiamato quanto spiegato dal diritto vivente nella sentenza Cass. Pen., Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 13178, Guadagni, ha escluso, in base al criterio di specialità, l'assorbimento della fattispecie di illecita concorrenza con minaccia o violenza in quella, più grave, di estorsione (consumata o tentata): "infatti - ha sostenuto - i due reati, rientranti in una diversa collocazione sistematica, offendono beni giuridici diversi, incidendo, quello estorsivo, sul patrimonio del soggetto passivo, con la previsione dell'elemento di fattispecie relativo all'ottenimento di un ingiusto profitto con altrui danno, senza tradursi in una violenta manipolazione dei meccanismi di funzionamento dell'attività economica concorrente", di modo che, ove di entrambi ricorrano gli elementi costitutivi, va riconosciuto il loro concorso formale.

Il contrasto

Sulla *questio iuris* del rapporto tra il delitto di estorsione contrattuale di cui all'art. 629 c. p. e quello di illecita concorrenza con violenza e minaccia di cui all'art. 513-*bis* c.p. non vi è uniformità di vedute in seno alla giurisprudenza di legittimità. L'orientamento interpretativo che gode di maggior seguito - e cui paiono avere aderito le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza dianzi citata (n. 13178/2020, Guadagni, cit.) - ha affermato che il delitto di estorsione può concorrere con quello di illecita concorrenza con violenza o minaccia, trattandosi di fattispecie differenti, la cui diversità si misura valutando le modalità con cui si esprime l'azione violenta: integra, infatti, il delitto di cui all'art. 513-*bis* c.p. la condotta tesa a sovvertire il normale svolgimento delle attività imprenditoriali attraverso comportamenti violenti che incidono direttamente sul funzionamento dell'impresa; si configura, invece, il delitto di estorsione nel caso in cui l'azione violenta si risolva in una coazione fisica e psichica dell'imprenditore (Cass. Pen., Sez. II, 15 dicembre 2016, n. 53139; Cass. Pen., Sez. F, 31 ottobre 2014, n. 45132; Cass. Pen., Sez. II, 6 febbraio 2014, n. 5793). In proposito, è stato chiarito che la norma di cui all'art. 513-*bis* c.p. ha *portata generale*, incriminando il compimento di atti di concorrenza, caratterizzati dalla violenza o minaccia, posti in essere nell'esercizio di un'attività imprenditoriale nei

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

confronti di aziende operanti nello stesso settore, che si traduce nella turbativa arrecata al libero mercato in un clima di intimidazione e con metodi violenti, ed è volta a ostacolare quei comportamenti intimidatori che, attraverso l'uso strumentale della violenza e della minaccia, incidono sulla concorrenza sul mercato, libera e lecitamente attuata: "ciò, sia nel caso in cui la violenza o la minaccia sia esercitata in maniera diretta contro l'imprenditore concorrente, sia quando l'obiettivo è perseguito in modo indiretto agendo nei confronti di terzi" (Cass. Pen., Sez. F, n. 45132/2014, cit.; Cass. Pen., Sez. II, 21 febbraio 2011, n. 6462), posto che il bene giuridico tutelato è *il buon funzionamento del sistema economico e, indirettamente, la libertà delle persone di determinarsi nel settore* (Cass. Pen., Sez. II, 6 febbraio 2014, n. 5793). Dunque, mentre per l'integrazione del suddetto reato, è richiesta esclusivamente l'esistenza di comportamenti caratterizzati da minaccia o violenza *(indipendentemente dalla direzione della stessa)* idonei a realizzare una concorrenza illecita con il fine di eliminare o scoraggiare l'altrui concorrenza (Cass. Pen., Sez. III, 16 luglio 2010, n. 27681), per l'integrazione del delitto di estorsione è necessario che il patrimonio aziendale, *latu sensu* considerato, subisca un pregiudizio per effetto di atti intimidatori da terzi posti in essere atti, a costringere l'imprenditore stesso al compimento di un determinato atto contrario alla sua libertà negoziale.
Altro orientamento sostiene, invece, che non integra il delitto di illecita concorrenza con minaccia o violenza la condotta intimidatrice posta in essere, in relazione all'esercizio di un'attività imprenditoriale o commerciale, al fine di contrastare o scoraggiare l'altrui libera concorrenza, rilevando la stessa esclusivamente quale condotta estorsiva (Cass. Pen., Sez. II, 21 novembre 2016, n. 49365; Cass. Pen., Sez. II, 4 luglio 2014, n. 29009; Cass. Pen., Sez. II, 26 settembre 2007, n. 35611: fattispecie in cui la Corte ha escluso la ricorrenza del delitto di illecita concorrenza mediante violenza o minaccia, affermandone la rilevanza estorsiva, con riferimento ad una condotta consistita nell'aver minacciato, anche prospettando l'incendio dell'azienda, un imprenditore agricolo, che aveva stipulato con un terzo il contratto per la raccolta delle castagne e la pulizia del fondo, affinché risolvesse detto contratto, dal momento che all'affare era interessato altro imprenditore che già in passato si era occupato della raccolta delle castagne su quel terreno; Cass. Pen., Sez. I, 17 febbraio 2012, n. 6541: fattispecie in cui la Corte ha escluso il delitto *ex* art. 513-*bis* c.p. con riferimento alla condotta di appartenenti ad un *clan* mafioso che svolgevano una funzione di mera intermediazione inducendo agli imprenditori a rifornirsi di ferro presso un'impresa da loro imposta).

La dottrina

La dottrina (N. Pisani, *Bene giuridico e "interpretazione dinamica" del delitto di illecita concorrenza con violenza o minaccia*, in *Giur. it.*, 2020, 12, 2764; E. Basile, *Le Sezioni Unite e l'illecita concorrenza con minaccia o violenza: offensività e legalità "smarrite"?*, in questa *Rivista*, 2020, fasc. 10, 1319; A. Cisterna, *Punito l'inserimento di soggetti estranei al settore per assumere il controllo delle attività economiche. Mafia: anche la minaccia indiretta al concorrente fa scattare l'accusa di turbativa del libero mercato*, in *Guida al diritto - Il Sole 24ore Settimanale*, 2011, fasc. 13, 54) è critica nei confronti dell'opzione interpretativa sposata dalla maggioritaria e più recente giurisprudenza di legittimità, della quale è stigmatizzata la contrarietà rispetto al criterio che impone di utilizzare il bene giuridico in funzione selettiva e garantista, non per duplicare le fattispecie di reato in ipotesi di unicità del fatto storico.

Giudizio

Impedimento a comparire

Cassazione Penale, Sez. VI, 21 settembre 2022 (P.U. 30 marzo 2022), n. 35190 - Pres. Ricciarelli - Est. Silvestri - P.M. Perelli (diff.) - Ric. Ben Amor Saleh

Sussiste il legittimo impedimento a comparire all'udienza dell'imputato sottoposto alla misura cautelare dell'obbligo di dimora in comune diverso da quello in cui ha sede il tribunale procedente, quando lo stesso non abbia manifestato, in modo inequivoco, la volontà di non partecipare all'udienza, trattandosi di impedimento assoluto che non viene meno per la mancata richiesta dell'interessato di autorizzazione a presenziare.

Il fatto e l'impugnazione

Avverso la sentenza d'appello, che aveva confermato la condanna inflittagli per delitti in materia di stupefacenti e contro l'incolumità personale, ricorreva per cassazione l'imputato, deducendo che la sentenza di primo era affetta da nullità assoluta determinata dalla sua mancata partecipazione al processo. Sosteneva, al riguardo, che, essendo stato, egli, sottoposto alla misura cautelare dell'obbligo di dimora in comune diverso da quello ove ha sede il Tribunale, con prescrizione di non allontanarsene senza autorizzazione del giudice, non poteva considerarsi assente all'udienza in cui il processo fu istruito, discusso e deciso, dal momento che, in assenza di autorizzazione del Tribunale a raggiungerne liberamente la sede, avrebbe dovuto considerarsi legittimamente impedito. Stigmatizzava, in particolare, l'assunto della Corte di appello secondo cui egli avrebbe dovuto chiedere l'autorizzazione a partecipare all'udienza, sicché, non avendolo fatto, non poteva considerarsi impedito: il giudice, invece, quando ha conoscenza del fatto che l'imputato è sottoposto a misura restrittiva della libertà personale, che non gli consente di presenziare liberamente all'udienza, non può dichiararne l'assenza ma deve mettere l'imputato in condizioni di parteciparvi.

La soluzione della Suprema Corte

La Sesta Sezione penale della Cassazione, in accoglimento del motivo illustrato, ha annullato sia la sentenza impugnata che quella di primo grado, rinviando per nuovo giudizio al Tribunale. Ha rilevato, a sostegno, che entrambi i giudici di merito avevano omesso di considerare che l'imputato era in una situazione di impedimento legittimo a comparire, nota all'Ufficio, di modo che la circostanza che egli non avesse chiesto di essere autorizzato a recarsi in udienza, non potendo essere ritenuta un'indiretta manifestazione di suo disinteresse a presenziarvi ovvero come una rinuncia a parteciparvi, non esonerava il Tribunale dal dovere di assicurarne la presenza.
In proposito, richiamato quanto statuito dalle Sezioni Unite, con la sentenza 3 marzo 2022, n. 7635, Costantino, secondo cui: "l'assenza può costituire chiara espressione della abdicazione del diritto a partecipare solo ove non risulti in alcun modo la presenza di un impedimento e possa essere ricondotta univocamente ad una libera rinuncia dell'imputato ad esercitare il suo diritto. Tale condizione non sussiste in tutte le ipotesi nelle quali il giudice che procede ha conoscenza dell'esistenza di un impedimento dell'imputato a partecipare al processo a causa della limitazione della libertà personale e non sia stata manifestata da parte dell'interessato, in maniera inequivoca, la volontà di rinunciare a presenziare. In tal caso incombe al

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

giudice procedente l'obbligo di esercitare, di ufficio e senza ulteriori sollecitazioni da parte dell'imputato, tutti i poteri che l'ordinamento gli conferisce al fine di assicurare la partecipazione dell'imputato non rinunciante" e ritenuto che si tratti di *principio generale* che prescinde dalla specifica fattispecie oggetto dell'intervento nomofilattico - ossia *l'impedimento dell'imputato agli arresti domiciliari per altra causa* -, ha stabilito che non può essere configurata una rinuncia nei casi in cui il giudice abbia conoscenza dell'esistenza di un impedimento dell'imputato a partecipare al processo a causa della limitazione della libertà personale e non sia stata manifestata da parte dell'interessato, in maniera inequivoca, la volontà di non presenziare; in particolare - ha sottolineato -: "L'impedimento dell'imputato, sottoposto ad una misura cautelare che di fatto gli impedisce di partecipare al processo, non cessa di essere assoluto in ragione della mancata espressa attivazione dell'interessato e, dunque, della mancata espressa manifestazione di interesse a partecipare. La situazione di diritto fondamentale dell'imputato di partecipare al 'suo processo' non degrada ad interesse perseguibile a sua iniziativa, non essendo detta iniziativa imposta dalla legge".

Il contrasto

La questione del *se possa considerarsi legittimamente impedito l'imputato che, sottoposto alla misura cautelare dell'obbligo di dimora in un comune diverso da quello in cui si celebra il processo, non partecipi al suo processo per non avere richiesto al giudice di essere autorizzato a recarsi libero in udienza* è oggetto di dibattito giurisprudenziale.

Secondo consolidato indirizzo interpretativo *non sussiste il legittimo impedimento a comparire all'udienza* dell'imputato sottoposto alla misura dell'obbligo di dimora in comune diverso da quello in cui ha sede il tribunale procedente, quando lo stesso non abbia chiesto l'autorizzazione al giudice per partecipare all'udienza (Cass. Pen., Sez. V, 17 ottobre 2019, n. 42749; Cass. Pen., Sez. V, 21 maggio 2014, n. 20726; Cass. Pen., Sez. VI, 13 dicembre 2001, n. 44764): "In assenza di una specifica richiesta - si argomenta - l'Autorità Giudiziaria non può sostituirsi alla volontà dell'imputato con l'adozione di provvedimenti autorizzativi non espressamente richiesti da questi, non potendo essere interpretato il silenzio dell'interessato come una richiesta implicita a partecipare" ... "proprio l'ampiezza del diritto di difesa... contiene in sé, fisiologicamente, anche la facoltà dell'imputato di decidere di non essere presente ad una o più udienze, ben potendo egli rinunziare alla traduzione, nel caso in cui sia detenuto, pur avendo in precedenza dichiarato di volere essere presente, essendo detta decisione - che potrebbe essere dettata anche da specifiche strategie difensive, oltre che da personali motivazioni - del tutto insindacabile da parte dell'Autorità Giudiziaria" (Cass. Pen., Sez. V, n. 42749/2019, cit.). Dunque, alla stregua di tale impostazione, il diritto dell'imputato, sottoposto alla misura dell'obbligo di dimora in un comune diverso da quello in cui si celebra il processo, di partecipare all'udienza, presuppone una manifestazione di volontà espressa dell'interessato, in assenza della quale il giudice, pur a conoscenza della esistenza di una situazione di obiettivo impedimento a partecipare al processo, non è tenuto a disporre alcunché: si tratta, infatti, di un diritto "tutelabile" solo in presenza di una espressa richiesta di partecipazione da parte dell'interessato, il cui silenzio, invece, sarebbe, sostanzialmente, espressione della volontà di non partecipare all'udienza, da interpretarsi alla stregua di una rinuncia a comparire o, comunque, di una implicita manifestazione di disinteresse ad essere presente.

Il minoritario orientamento, cui la sentenza annotata ha dato seguito, si è espressa, invece, affermando che costituisce legittimo impedimento a comparire la sottoposizione dell'imputato, in relazione al reato per cui si procede, alla misura dell'obbligo di dimora in un comune diverso da quello in cui ha sede l'ufficio giudiziario, sicché il giudice che procede, senza necessità di preventiva richiesta, è tenuto ad autorizzarlo ad allontanarsi dal comune di residenza ovvero, in mancanza, a differire il processo ad altra data (Cass. Pen., Sez. II, 11 maggio 2022, n. 18659).

A suffragio si è addotto, mutuando l'argomentare delle Sezioni Unite Costantino, che "la difforme interpretazione si fonda sul disconoscimento della natura assoluta dell'impedimento, in quanto superabile da una manifestazione di interesse da parte dell'imputato, ma omette di considerare che tale attività, sicuramente possibile, non è però imposta dalla legge, che non pone a carico dell'imputato ... di attivarsi presso il giudice della cautela". Siffatta interpretazione, infatti, sconterebbe il limite di degradare il diritto dell'imputato a partecipare al suo processo a mero interesse perseguibile su sua iniziativa e, quindi a privilegiare le esigenze di funzionalità e celerità del processo piuttosto che quelle di equità. Si è, pertanto, concluso, evocando la *ratio* della norma di cui all'art. 22 disp. att. c.p.p., nel senso che il giudice che procede, nell'ipotesi in cui emerge, in qualsiasi modo, dagli atti la circostanza che l'imputato sia sottoposto a limitazione della libertà personale, deve attivarsi per consentirgli di partecipare all'udienza e disporre il rinvio del procedimento qualora ciò non sia possibile per l'udienza già fissata.

La dottrina

Ampio consenso è stato manifestato in dottrina (C. Fanuele, *La restrizione dell'imputato per altra causa, comunicata in udienza, integra comunque un'ipotesi di legittimo impedimento a comparire*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, fasc. 4, 981; A. Procaccino, *Rinvio d'udienza e traduzione del ristretto per altra causa: oneri pubblici e privati*, in *Giur. it.*, 2022, fasc. 7, 1745; F. Lombardi, *Sul legittimo impedimento nel caso di sopravvenuta detenzione dell'imputato per altro procedimento comunicata in udienza*, in *Cass. pen.*, 2022, fasc. 6, sez. 2, 2127) per l'ermeneusi più garantista, che ha trovato, indirettamente, l'avallo delle Sezioni Unite della Cassazione.

Misure di prevenzione

Confisca

Cassazione Penale, Sez. II, 23 giugno 2022 (C.C. 1° aprile 2022), n. 24311 - Pres. Di Paola - Est. Salemme - P.M. Senatore (conf.) - Ric. Coscia

In tema di misure di prevenzione reali, la separazione dei beni assoggettati a sequestro o a confisca determina, in ragione dell'autonomia dell'accertamento endo-prevenzionale, la devoluzione al giudice delegato dal tribunale di prevenzione della verifica *ex* artt. 52 ss., D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 150, dei crediti e dei diritti dei terzi, sicché, ove siano pendenti giudizi di impugnazione ai sensi dell'art. 98 l.fall., relativi a crediti e a diritti inerenti a rapporti oggetto del sequestro di prevenzione, prevale l'accertamento interno a tale procedimento.

Il fatto e l'impugnazione

Il Tribunale, decidendo sulle opposizioni al provvedimento del giudice delegato in ordine alla formazione dello stato passivo,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ammetteva con riserva alcuni crediti vantati da terzi nei confronti del proposto, *medio tempore* fallito, in attesa della deliberazione, all'esito dei giudizi d'appello pendenti in sede civile, sulle medesime domande.
I titolari dei crediti ammessi con riserva insorgevano con il ricorso per cassazione, denunciando la violazione degli artt. da 52 a 59, D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento al potere-dovere del giudice penale di decidere nel merito le domande di accertamento dei crediti e dei diritti dei terzi. A sostegno deducevano che la decisione censurata era erronea perché violava la competenza esclusiva del giudice penale di verificare le domande di ammissione dei crediti nell'apposita procedura in seno alla prevenzione.

La soluzione della Suprema Corte

La Seconda Sezione penale ha accolto i ricorsi e per l'effetto ha annullato il provvedimento impugnato, enunciando il seguente principio di diritto: "La separazione dei beni assoggettati a sequestro o confisca di prevenzione produce l'effetto dell'ineludibile devoluzione della verifica dei relativi crediti e diritti in capo al giudice delegato del tribunale di prevenzione, nell'ambito del procedimento di cui agli artt. 52 ss. d.lgs. n. 159/2011, anche a costo della duplicazione dell'attività del giudice delegato del tribunale fallimentare (cfr., per entrambi i casi di sequestro di prevenzione anteriore e successivo alla sentenza dichiarativa di fallimento, gli artt. 63, commi 4 e 5, e 64, comma 2, l.fall.), con la conseguente specificazione che, se sono pendenti giudizi di impugnazione *ex* art. 98 l.fall. 'con riferimento ai crediti e ai diritti inerenti ai rapporti relativi per cui interviene il sequestro', a prevalere è l'accertamento endoprevenzionale, atteso che 'il tribunale fallimentare [deve] sospende[re] il giudizio sino all'esito del procedimento di prevenzione (così disponendo l'art. 64, comma 4, l.fall.)'".
Al riguardo, ha spiegato che, essendo la verifica dei crediti nella prevenzione condotta dal giudice delegato e, di poi - nelle *sedes* delle opposizioni e delle impugnazioni - dal tribunale, mediante l'esercizio (pur nel limite "esterno" della domanda) di poteri officiosi - con la sottrazione alla regola della rimessione alle parti della determinazione del *thema decidendum* e l'insensibilità ad eccezioni (e *lato sensu* difese) di parte - e non assumendo l'amministratore giudiziario, in seno alla verifica e nel giudizio sulle opposizioni ed impugnazioni, la qualità di parte - men che meno in rappresentanza del proposto -, *a priori* non ricorrono le condizioni tecnico processuali affinché l'accertamento (indipendentemente dall'essere definitivo o meno) di un rapporto di credito tra il creditore istante per la verifica ed il proposto (soggetto dunque terzo rispetto alla verifica ed al giudizio sulle opposizioni e sulle impugnazioni) possa dispiegare effetti all'interno del concorso formale, sottraendo al giudice della prevenzione la libertà di decidere secondo il suo convincimento e quindi di eventualmente pervenire (all'esito delle "opportune informazioni" assunte "anche d'ufficio") ad un giudizio diverso da quello del giudice civile, indipendentemente e comunque prima di dover procedere al riscontro delle specifiche condizioni endo-prevenzionali di cui alla lett. b) del comma 1 dell'art. 52, D.Lgs. n. 159/2011 (non strumentalità del credito all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego e buona fede ed incolpevole affidamento del creditore).

Il contrasto

La soluzione, offerta alla questione del *se possa il giudice della prevenzione spogliarsi del dovere di procedere a detto accertamento qualora, contestato* (nell'*an* e/o nel *quantum*) dinanzi al giudice civile il credito per cui sia stata presentata domanda di ammissione, questi siasi già pronunciato, quantunque con sentenza non ancora divenuta definitiva dalla sentenza annotata dalla sentenza annotata, fa leva sulle seguenti argomentazioni:
- nel sistema della prevenzione reale, anche nel *simultaneus processus* che si apre a seguito delle opposizioni (dei creditori i cui crediti non siano stati ammessi o lo siano stati con graduazione o per un ammontare diverso da quello richiesti) e delle impugnazioni (degli altri creditori), *l'amministratore giudiziario non si sostituisce al proposto*, né conseguentemente ne assume la rappresentanza, men che meno processuale, ancorché in relazione ai soli rapporti involgenti il bene vincolato;
- il detto *simultaneus processus* non immuta *la caratterizzazione officiosa già propria della verifica*, trasformandola in un "ordinario" contenzioso civile, cui l'amministratore giudiziario prenda parte, se non come rappresentante del proposto, quantomeno nella sua qualità pubblicistica: da un lato, il *simultaneus processus* in sé appare piuttosto modellato come un mero sviluppo, ancorché a pieno contraddittorio tecnico (ai sensi del comma 7 dell'art. 59 cod. ant.), della prima fase deformalizzata, a fini di una rivalutazione del suo esito "sommario"; dall'altro, l'amministratore giudiziario resta ad esso del tutto estraneo, sia come rappresentante del proposto (quale non è), sia come titolare del *munus publicum di cui è officiato*, di guisa che la relativa decisione non lo attinge;
- nel codice antimafia non è contemplata una norma, come quella degli artt. 96, comma 1, n. 3, l.fall. e 95, comma 3, l.fall. prev. - secondo cui "sono ammessi al passivo con riserva [...] i crediti accertati con sentenza del giudice ordinario o speciale non passata in giudicato, pronunziata prima della dichiarazione di fallimento", funzionale a garantire il principio dell'opponibilità del giudicato formatosi anteriormente alla dichiarazione di fallimento, come tale vincolante per gli organi della procedura (infatti, la riserva è funzionale ad attendere il passaggio in giudicato della sentenza contenente l'accertamento) - e non lo è proprio al fine di salvaguardare l'autonomia della prevenzione rispetto ad accertamenti, non definitivi o definitivi, esterni: "L'inesistenza di alcun vincolo derivante finanche dal giudicato è cioè lo strumento che consente al giudice della prevenzione di godere di piena autonomia di giudizio, alla stregua di una scelta legislativa cui l'interprete deve prestare ossequio, siccome indiscutibilmente coerente con gli interessi in definitiva (anche) pubblicistici connaturati al procedimento di prevenzione";
- nella prevenzione il giudice applica *regole procedimentali sue proprie*, non solo disponendo di poteri istruttori officiosi, e dunque di per sé sottratti all'iniziativa di parte che informa il processo civile, ma potendo viepiù porre a fondamento della propria decisione anche una causa estintiva, modificativa o impeditiva della pretesa fatta valere che, nell'ordinario processo di cognizione (e anche nella verifica del passivo fallimentare così come attualmente strutturata), sono invece rimesse all'eccezione di parte.
Le riportate argomentazioni divergono da quelle poste a sostegno della sentenza Cass. Pen., Sez. I, 4 febbraio 2020, n. 4691, che ha stabilito che, ai fini dell'ammissione allo stato passivo, il giudice della confisca, in assenza di una disposizione di legge che estenda in modo generalizzato il suo ambito di intervento, è vincolato agli esiti dell'accertamento definitivo in sede civile sull'"*an*" e sul "*quantum*" del credito, salvo il potere di verifica della sua strumentalità rispetto alla attività illecita e dell'insussistenza delle condizioni di incolpevole affidamento del creditore.
La Corte, richiamate le considerazioni valoriali espresse dalla sentenza Corte cost. n. 26 del 2019, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità della disciplina introdotta con L. n. 228 del 2012, nella parte in cui limitava la possibilità di soddisfacimento di talune posizioni creditorie incise dalla

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

confisca di prevenzione, ha evidenziato che è da ritenersi immanente al sistema il principio per cui la confisca di beni riferibili al soggetto portatore di pericolosità sociale o condannato (ossia, la confisca di prevenzione o la confisca estesa penale) non può recare pregiudizio ai diritti di credito vantati da soggetti terzi (rispetto al reato o alle dinamiche di inveramento della pericolosità) lì dove tale diritto, ove riferito ad epoca antecedente al sequestro, risulti caratterizzato dalla certezza e assistito dalla condizione di buona fede del titolare (credito di per sé non strumentale alla attività illecita o in caso contrario sorto nella inconsapevolezza di tale nesso di strumentalità), di modo che il giudice della confisca *è anche quello cui l'ordinamento attribuisce il potere-dovere di tutela del superiore principio dell'affidamento - principio su cui si reggono le relazioni commerciali ed economiche - declinato in termini di principio di ordine pubblico*.

Ha, perciò, concluso nel senso che, in presenza di un giudicato maturato in sede civile che riguardi sia l'*an* che il *quantum* del credito, poi azionato in sede di verifica post confisca, il giudice della confisca è titolare esclusivo del potere di verificare gli aspetti - diversi da quelli già accertati - cui la legge ricollega la tutelabilità di "quel" credito, rappresentati essenzialmente dalla eventuale strumentalità del credito alla attività illecita e, ove tale strumentalità sussista, dalla esistenza o meno delle condizioni di incolpevole affidamento, posto che si tratta di aspetti che non vengono in rilievo in sede civile, giudizio teso ad accertare la ricorrenza e l'entità di quanto dovuto dal debitore. Dunque, al di fuori di tale ambito, e salva l'esistenza di una disposizione di legge facoltizzante (ad esempio il contenuto dell'art. 52, comma 2-*bis*, D.Lgs. n. 159/2011, in punto di calcolo degli interessi, o ancora le disposizioni di cui all'art. 53, comma 1, D.Lgs. n. 159/2011 e la graduazione di cui all'art. 61, D.Lgs. n. 159/2011), il giudice della confisca è tenuto a servirsi dei risultati dell'accertamento del credito compiuto in sede civile, non essendo rintracciabile alcuna disposizione di legge che estenda in modo generalizzante l'ambito di intervento.

La dottrina

Salvo il contributo di C. Pistilli, *Ricorso* ex *art. 59, comma 9, Codice Antimafia: la Cassazione annulla l'ordinanza con la quale il Gip riteneva legittima la riduzione del credito nonostante la decisione definitiva del giudice civile*, in questa *Rivista*, 2020 fasc. 8, 1076, non si registrano interventi specifici sull'emergente contrasto interpretativo.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Violenza di genere

Corte Europea dei Diritti Umani, Sez. I, 7 luglio 2022 - *M.S. c. Italia*, n. 32715/19

Nella presente causa la Corte ritiene, tenuto conto degli elementi sopra esposti, che il modo in cui le autorità interne, da una parte, sulla base dei meccanismi di prescrizione dei reati tipici del quadro nazionale, hanno mantenuto un sistema nel quale la prescrizione è strettamente legata all'azione giudiziaria, anche dopo l'avvio di un procedimento, e, dall'altra, hanno condotto l'indagine penale con una passività giudiziaria incompatibile con il suddetto quadro giuridico, non possa soddisfare le esigenze dell'art. 3 della Convenzione *(massima non ufficiale)*.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Corte EDU 7 aprile 2022, *Landi c. Italia*, n. 10929/19; Corte EDU 16 giugno 2022, *De Giorgi c. Italia*, n. 23735/19; Corte EDU 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, n. 41237/14
Difforme	Corte EDU 27 maggio 2014, *Rumor c. Italia*, n. 72964/10

(*Omissis*).

Il costo dell'impunità: da Strasburgo censure alla disciplina italiana in materia di prescrizione e violenza di genere

di Sara Prandi (*)

La recente pronuncia della Corte Edu, che condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU in ragione dell'insufficiente protezione garantita dallo Stato alle vittime di violenza domestica, riaccende l'interesse verso il fenomeno in parola e le strategie di contrasto previste e attuate a livello nazionale. Nel caso di specie, l'attenzione della Corte si sofferma in particolare sulla disciplina nazionale della prescrizione, esprimendo vivida preoccupazione per un sistema che, ammettendo la possibilità di estinzione del reato a processo avviato, finisce spesso per garantire una sostanziale impunità agli autori di simili fatti, a causa delle lungaggini procedimentali e della scarsa tempestività dei giudizi. La pronuncia in commento offre dunque l'occasione per un approfondimento critico del rapporto tra processo e oblio, anche alla luce delle recenti novità introdotte dalla riforma Cartabia, in particolare nel confronto con il diverso - ma non meno problematico - istituto dell'improcedibilità dell'azione, *ex* art. 344-*bis* c.p.p.

*With a recent judgment, the European Court of Human Rights has convicted Italy for a violation of art. 3 ECHR, on the grounds of the unsatisfactory protection granted to the victims of domestic violence; therefore, the judgment draws the attention on the phenomenon of gender-based violence and on the national strategies to tackle it. In the present case, the Court focuses on the Italian limitation period, expressing vivid concern for a system that allows the extinction of the offence after the beginning of the trial; due to the length of the criminal procedures, indeed, Italian regulation often grants substantial impunity to the authors of such acts. The present case thus provides the opportunity to critically examine the relationship between trial and oblivion, also considering the recent changes carried out with Cartabia reform, with specific regard with the new - and no less troublesome - "*improcedibilità*", set forth in article 344-*bis *of the Italian code of criminal procedure.*

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (*double blind*).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Introduzione: la pronuncia M.S. c. Italia

Con una pronuncia del 7 luglio 2022, la Corte EDU ha condannato l'Italia per la violazione delle obbligazioni positive di cui all'art. 3 della Convenzione, in risposta al ricorso presentato da una donna, vittima da anni di condotte persecutorie e violente da parte del marito, che lamentava l'insufficienza e l'ineffettività delle tutele che l'ordinamento nazionale aveva approntato in suo favore. Dal 2007, la ricorrente si era rivolta in più occasioni alle autorità, in ragione dei comportamenti molesti dell'uomo, sfociati talora in vere e proprie aggressioni fisiche. Nonostante l'instaurazione di diversi procedimenti penali per i reati di maltrattamenti, molestie, atti persecutori, lesioni e porto illegale di armi, la donna denunciava che le misure necessarie a proteggerla erano state adottate dalle autorità con grande ritardo, o non erano state adottate affatto; a causa delle lungaggini processuali, inoltre, alcuni dei procedimenti a carico dell'uomo erano terminati con la prescrizione del reato, in aperta violazione degli obblighi di cui alla Convenzione.

Ritenuto il ricorso ricevibile e ammissibile, nonostante l'esistenza di alcuni filoni procedimentali ancora in corso, all'esito dell'esame nel merito della vicenda la Corte ha condannato l'Italia per diverse violazioni dell'art. 3 della Convenzione, esprimendo forti criticità nei confronti del sistema normativo nazionale: di poco successiva alla cause Landi contro Italia (1) e De Giorgi contro Italia (2), a distinguerla dalle precedenti vicende giudiziarie - parimenti legate al profilo dell'insufficiente protezione delle vittime di violenza domestica (3) - è soprattutto la riflessione svolta dalla Corte in merito alla disciplina nazionale della prescrizione. Nella normativa italiana, che contempla la possibilità che la prescrizione maturi anche a processo in corso, i giudici ravvisano infatti la consacrazione di un meccanismo che garantisce impunità all'autore del reato oggetto di accertamento in sede giudiziaria; impunità che, specie laddove sia in discussione il fenomeno della violenza di genere, rappresenta un notevole punto di debolezza del sistema nazionale e giustifica la condanna dello Stato.

L'obbligazione positiva *ex* art. 3 della Convenzione: profili "materiali"...

Nel decidere sul ricorso, la Corte si sofferma anzitutto a considerare la qualificazione giuridica dei fatti, riconoscendo nell'inerzia e nell'ineffettività statale una violazione dell'art. 3 della Convenzione (4), che vieta la tortura ed ogni trattamento inumano e degradante. In quest'ultima nozione, in particolare, la Corte è da tempo orientata a far rientrare non solo l'inflizione di dolore fisico, ma anche la causazione di sofferenza morale e di uno stato di angoscia e *stress*, quale certamente può essere quello che deriva da un contesto di maltrattamenti. Per essere ricondotte all'art. 3 CEDU, tali condotte devono naturalmente raggiungere un certo livello di gravità, secondo una valutazione relativa alla natura e al contesto degli episodi, alla durata e agli effetti fisici e mentali degli stessi, oltre che al sesso della vittima e alla sua relazione con l'autore del reato (5): nel caso di specie, la reiterazione dei comportamenti minacciosi e violenti dell'uomo, testimoniati anche dalle numerose denunce della ricorrente alle autorità italiane, consentono ai giudici di affermare con certezza che il

(1) Corte EDU 7 aprile 2022, *Landi c. Italia*, n. 10929/19, con nota di S. Carrer, *La Corte EDU promuove le riforme dell'Italia in materia di violenza domestica, ma boccia la grave inerzia delle autorità nell'applicare le misure di protezione*, in *Giur. pen. (Web)*, 2022, 4.

(2) Corte EDU 16 giugno 2022, *De Giorgi c. Italia*, n. 23735/19. Tra i precedenti rilevanti in materia, si vedano anche Corte EDU 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, n. 41237/14, con commento di M.F. Cucchiara, *Violenza domestica e inerzia delle autorità: la Corte EDU condanna l'Italia*, in *Giur. pen. (Web)*, 2017, 3; R. Casiraghu, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*; in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, 3, 378 ss.; P. De Franceschi, *Violenza domestica: dal caso Rumor al caso Talpis cosa è cambiato nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo?*, in *Giur. pen. (Web)*, 2018, 1, dove si esamina il caso Talpis alla luce del precedente - di segno opposto - Corte EDU 27 maggio 2014, *Rumor c. Italia*, n. 72964/10. Da ultimo, si veda anche da ultimo, Corte EDU 10 novembre 2022, *I.M. e altri c. Italia*, per violazione dell'art. 8 CEDU, con cui l'Italia è stata condannata per non aver protetto i figli minorenni della ricorrente, costringendoli ad incontrare il padre, accusato di maltrattamenti, per tre anni, nonostante lo stesso continuasse a tenere comportamenti violenti e minacciosi anche durante gli incontri protetti disposti dal Tribunale.

(3) Sul tema, diffusamente, M. Bosio, *La violenza di genere al cospetto della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2020.

(4) "Norma cardine per la tutela dell'integrità psico-fisica dell'individuo": F. Cassibba - A. Colella, *Art. 3*, in G. Ubertis - F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, II ed., Torino, 2022, 78-79, dove si evidenzia l'evoluzione significativa che tale norma ha avuto nel corso degli anni. Nello specifico, il *leading case* dell'estensione della norma ai maltrattamenti in famiglia si fa risalire a Corte EDU 10 maggio 2001, *Z. e altri c. Regno Unito*, n. 29392/95, ma si vedano anche Corte EDU 9 giugno 2009, *Opuz c. Turchia*, n. 33401/02 e Corte EDU 26 marzo 2013, *Valiuliene c. Lituania*, n. 33234/07, oltre alla già menzionata Corte EDU 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, n. 41237/14.

(5) Corte EDU 7 luglio 2022, *M.S. c. Italia*, par. 109. La Corte, in altre parole, riconosce la violazione dell'art. 3 Cedu "solo a fronte delle forme più gravi di *mistreatments*, onde evitare la 'bagatellizzazione' della relativa tutela": così F. Cassibba - A. Colella, *op. cit.*, 79-80.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

comportamento denunciato abbia oltrepassato la soglia di gravità richiesta perché si rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 3 della Convenzione (6).
A questo riguardo, la Corte ribadisce che spetta allo Stato assumere le misure necessarie per proteggere gli individui la cui integrità fisica e psicologica sia minacciata dalla condotta di un membro della propria famiglia (7). Sullo Stato, perciò, non gravano solamente obbligazioni negative, di astensione dalla realizzazione di comportamenti integranti un trattamento disumano e degradante (8); a queste, infatti, si affiancano necessariamente alcune obbligazioni positive, tanto di carattere "materiale" quanto di natura "procedurale", consistenti nella predisposizione di un quadro legislativo e regolamentare di protezione adeguato (9), nell'assunzione in concreto delle misure necessarie a prevenire il rischio di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU e nella conduzione di indagini effettive in caso di denuncia (10). Allo Stato è dunque richiesto di reagire immediatamente alle allegazioni di violenza domestica, conducendo indagini che sappiano cogliere l'esistenza di un rischio per l'incolumità delle vittime e adottando misure preventive adeguate e proporzionate a fronteggiare tale pericolo (11).
Entrando nel merito delle censure formulate dalla ricorrente, la Corte evidenzia *in primis* che il sistema normativo italiano è dotato di una serie apprezzabile di strumenti a tutela delle vittime di violenza di genere, ed offre pertanto una gamma sufficiente di soluzioni, adeguate e proporzionate alla gravità del rischio di volta in volta considerato (12). Dinnanzi ad un quadro legislativo complessivamente adeguato, a giustificare la condanna della Corte è, semmai, il modo in cui le autorità hanno reagito alle denunce della ricorrente: il compito dello Stato, infatti, non può ritenersi esaurito con l'adozione di disposizioni di legge adeguate, ma si estende alla garanzia di effettività di tale protezione (13).
È proprio tale aspetto a giustificare la condanna dell'Italia nel caso di specie: i giudici ritengono infatti che, almeno in un primo periodo, il rischio di reiterazione della violenza non sia stato valutato correttamente dalle autorità. Pur essendo a conoscenza del pericolo corso dalla ricorrente, queste si sarebbero attivate con eccessivo ritardo nell'assumere le misure di carattere preventivo o cautelare necessarie a proteggere la vittima (14). Da questo punto di vista, perciò, la Corte evidenzia una violazione dell'art. 3 CEDU sotto il profilo materiale (15).

...e "procedurali"

Accanto alle obbligazioni positive materiali, d'altro canto, sussistono in capo allo Stato, *ex* art. 3 CEDU, anche obbligazioni di carattere "procedurale", consistenti nell'instaurazione di "un procedimento penale effettivo, teso a individuare e a punire il responsabile della lesione" (16). Dopo aver precisato che l'obbligazione di condurre un'indagine effettiva in relazione

(6) Corte Edu, *M.S. c. Italia*, par. 112.
(7) Corte Edu, *M.S. c. Italia*, par. 114; si vedano, tra i precedenti, Corte EDU 31 luglio 2012, *M. e altri c. Italia e Bulgaria*, n. 40020/03, par. 105.
(8) F. Cassibba - A. Colella, *op. cit.*, 78.
(9) Tale obbligo discende, d'altronde, dalla stessa Convenzione di Istanbul, e in particolare dagli artt. 18 e 56 della stessa.
(10) Corte Edu, *M.S. c. Italia*, par. 115; Corte EDU 15 giugno 2021, *Kurt c. Austria*, n. 62903/15. Si vedano anche F. Cassibba - A. Colella, *op. cit.*, 78, dove gli obblighi positivi vengono dettagliati in "obblighi di protezione a fronte di condotte contrarie all'art. 3 Cedu [...]; obblighi di repressione penale della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti [...]; obblighi procedurali, dai quali discende il dovere per le autorità inquirenti di avviare indagini rapide ed effettive per accertare l'eventuale violazione della norma convenzionale (posta in essere da agenti statali o da soggetti privati) e, se del caso, sanzionare l'autore del fatto".
(11) In questo senso, si è sottolineato che "la portata degli obblighi positivi in capo agli Stati è anticipata al momento iniziale del profilarsi di un rischio e non sorge invece soltanto nell'immediatezza dell'evento lesivo, perché a questo punto sarebbe troppo tardi per un intervento efficace delle autorità": F. Persano, *op. cit.*, 121-122, dove si sottolinea anche come sia la particolare vulnerabilità delle vittime di questi reati ad attivare una protezione rafforzata dello Stato e a richiedere una diligenza particolarmente elevata.
(12) Sull'evoluzione della normativa interna in materia, si veda F. Basile, *Tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal codice Rocco...al codice rosso*, in A. Santangelo - G. Ziccardi (a cura di), *Tra odio e (dis)amore. Violenza di genere e violenza sui minori dalla prospettiva storica all'era digitale*, Milano, 2020, 237 ss.
(13) A. Marandola, *Perché la giornata internazionale per l'eliminazione della violenza contro le donne non sia commemorativa ma propositiva*, in *Sist. pen.*, 25 novembre 2022.
(14) Corte EDU 7 luglio 2022, *M.S. c. Italia*, par. 125. Solo dopo diversi mesi dall'episodio violento denunciato dalla donna, infatti, l'uomo era stato raggiunto dal provvedimento di adozione della misura degli arresti domiciliari, continuando nel frattempo a perseverare nelle condotte moleste e persecutorie a danno della vittima. La misura cautelare era poi stata sostituita, allo scadere del termine massimo per la misura detentiva, dal divieto di residenza nel comune di Potenza e l'obbligo di presentarsi quotidianamente alle forze di polizia.
(15) In un secondo periodo, invece, le autorità avrebbero dato prova di aver effettuato una valutazione dei rischi che soddisfa, secondo i giudici, le esigenze di autonomia, proattività ed esaustività: dal 2008 in avanti, infatti, tre procedure penali erano state aperte a carico dell'uomo ed una misura cautelare era stata assunta dal G.I.P. Nel 2012, inoltre, l'autore delle condotte era stato raggiunto dall'ammonimento di cui all'art. 8, D.Lgs. n. 11/2009, con cui le autorità lo avevano invitato a tenere un comportamento conforme a legge, e che comporta, in caso di una nuova violazione, un aggravamento di pena e l'operatività del regime di procedibilità d'ufficio. In relazione a questo periodo, perciò, la Corte nega l'esistenza di una violazione della Convenzione da parte dello Stato italiano. Corte EDU 7 luglio 2022, *M.S. c. Italia*, par. 128.
(16) F. Cassibba - A. Colella, *op. cit.*, 119.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

agli episodi di violenza domestica implica che tale inchiesta sia rapida (17) e approfondita, la Corte ammette che si tratta di un'obbligazione di mezzi e non di risultato (18): non esiste, in altri termini, un diritto assoluto ad ottenere l'apertura di un procedimento contro l'autore delle condotte, né la condanna di costui, purché non vi siano errori rimproverabili nell'impegno profuso dalle autorità per far sì che il responsabile risponda delle proprie azioni.

Nondimeno, in linea con numerosi precedenti, la Corte ribadisce che le giurisdizioni interne devono evitare di lasciare impunite le aggressioni all'integrità dei consociati, alimentando un pericoloso sentimento di impunità diffusa (19). Ogniqualvolta vengano in considerazione violazioni dolose degli artt. 2 e 3 CEDU, in particolare, i responsabili non dovrebbero poter beneficiare di "una disciplina della prescrizione del reato che vanifichi l'intervento repressivo dello Stato" (20) nei confronti del responsabile dei comportamenti maltrattanti e vessatori. Proprio in relazione a fatti che attentano all'integrità fisica e psichica dei consociati (21), lo Stato non dovrebbe essere disposto a lasciare impuniti gli autori di tali reati, dovendo all'opposto lottare anche contro la diffusione di un clima di tolleranza verso i responsabili, e dissuadendo questi ultimi dal confidare nell'assenza di una risposta sanzionatoria (22).

Non stupisce, allora, che sia soprattutto sul tema della prescrizione che la Corte sofferma la sua attenzione; per le numerose problematiche ad esso sottese - e alla luce delle più recenti novità normative che hanno investito la materia - è proprio tale aspetto a meritare, in questa sede, uno specifico approfondimento.

La prescrizione del reato: tra riforme legislative e incomprensioni tra Corti

Nel panorama nazionale, la prescrizione rappresenta da tempo un nodo irrisolto, al centro di un dibattito aperto (23). In particolar modo dopo l'approvazione della c.d. Legge *ex* Cirielli del 2005 (L. n. 251/2005) (24), il tema è divenuto oggetto di attenzioni sempre crescenti, alimentate dal timore che il nuovo sistema fosse destinato a produrre un paradossale effetto di "certezza di impunità" (25). La nuova disciplina, unita alla modifica costituzionale dell'art. 79 Cost. in materia di amnistia (26) e alla situazione critica di certi uffici giudiziari sul territorio italiano (27), ha infatti trasformato quel che prima era un istituto pressoché ignorato dagli interpreti (28) in un problema effettivo della realtà nazionale, oggetto di grande interesse anche da parte del legislatore.

In anni più recenti, in effetti, diversi interventi normativi si sono susseguiti a ritmi incalzanti (29),

(17) Sulla particolare attenzione riposta dalla Corte sul c.d. "canone cronologico", e quindi sulla tempestività delle indagini, si vedano F. Cassibba - A. Colella, *op. cit.*, 124. Nella giurisprudenza, Corte EDU 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, n. 6884/11, par. 204 ss.

(18) In senso analogo, Corte EDU 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, cit., par. 99, ma anche Corte EDU 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, cit.

(19) Corte EDU 7 luglio 2022, *M.S. c. Italia*, par. 149.

(20) F. Cassibba - A. Colella, *op. cit.*, 127. Così anche Corte EDU 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, cit., par. 208 e par. 218.

(21) Limitandosi alle pronunce nei confronti dell'Italia, si vedano Corte EDU 29 marzo 2011, *Alikaj e altri c. Italia*, n. 47357/08; Corte EDU 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, cit.; Corte EDU 26 ottobre 2016, *Azzolina ed altri c. Italia*, nn. 2892 e 67599/10; Corte EDU 26 ottobre 2016, *Blair e altri c. Italia*, nn. 1442/14, 21319/14, 21911/14; Corte EDU 26 ottobre 2017, *Cirino e Renne c. Italia*, nn. 2539/13 e 4705/13 in tutti questi casi, l'esito estintivo derivante dalla prescrizione viene criticato dalla Corte in quanto ostativo alla condanna per fatti offensivi dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU.

(22) Corte EDU 7 luglio 2022, *M.S. c. Italia*, par. 144, dove si sostiene in particolare che "i reati legati alle violenze domestiche debbano rientrare, anche se commessi da privati, tra quelli più gravi per i quali la giurisprudenza della Corte considera che sia incompatibile con gli obblighi procedurali derivanti dall'articolo 3 che le indagini su tali delitti si concludano per intervenuta prescrizione a causa dell'inattività delle autorità".

(23) Sul tema si vedano L. Siracusa, *Oblio e memoria del reato nel sistema penale,* Torino, 2022; G. Stea, *L'ultima prescrizione. Storia, fondamento e disciplina della prescrizione del reato,* Milano, 2020; A. Peccioli, *La prescrizione del reato. Un istituto dall'incorreggibile polimorfismo*, Torino, 2019; Id., *La prescrizione del reato tra presente e futuro*, Genova, 2017; C. Marinelli, *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, Torino, 2016; S. Silvani, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009; F. Giunta - D. Micheletti, Tempori caedere. *Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003.

(24) M. Pelissero, *La prescrizione tra garanzie sostanziali e processo*, in M. Catenacci - V.N. D'Ascola - R. Rampioni (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Roma, 2021, 777.

(25) In particolare in ragione dell'abbassamento sensibile dei tempi di prescrizione, dovuto soprattutto al termine massimo legato al compimento di atti interruttivi. F. Viganò, *Riflessioni* de lege lata *e* ferenda *su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 3, 18; G. Marinucci, *La prescrizione riformata ovvero dell'abolizione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 4, 980. Si veda anche D. Bianchi, Limitless. *Prescrizione e pretesa punitiva*, in *Sist. pen.*, 3 maggio 2020, dove ci si riferisce ai timori di "amnistia occulta" legati proprio alla riforma del 2005 e ai suoi effetti.

(26) Con L. cost. 6 marzo 1992, n. 1.

(27) G.L. Gatta - G. Giostra, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in *Sist. pen.*, 11 febbraio 2020.

(28) Lo rilevava, a metà anni '80, P. Pisa, *Prescrizione (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986.

(29) Di legislazione "febbrile" parla V. Mongillo, *Essere e dover essere della prescrizione penale tra diritti fondamentali e neopunitivismo*, in M. Catenacci - V. D'Ascola - R. Rampioni (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Roma, 2021, 690.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

in parte ispirati all'idea di un recupero progressivo di una dimensione di "certezza della pena" (30): anzitutto la L. n. 103/2017, c.d. riforma Orlando (31), seguita poco dopo dalla legge c.d. Spazzacorrotti (L. n. 3/2019) (32), e, da ultimo, dalla c.d. riforma Cartabia (L. n. 134/2021). Il rapido avvicendarsi di interventi normativi che, nel giro di un lustro, hanno messo mano all'istituto della prescrizione, segnala evidentemente l'attenzione del legislatore sul punto, ma anche il ripetuto fallimento nell'introduzione di una disciplina che sappia registrare una unanimità - o quantomeno una larga maggioranza - di consensi.

I problemi, d'altro canto, non si esauriscono sul versante nazionale: la stessa prescrizione è già stata oggetto di un impegnativo dialogo tra i giudici italiani e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea; nel celebre caso Taricco (33), la peculiare concezione della prescrizione quale istituto di natura sostanziale, destinato a impattare profondamente sulla punibilità e dunque chiamato a partecipare di tutte le garanzie *ex* art. 25 Cost., aveva comportato qualche attrito, e imposto uno scambio serrato di pronunce tra Corte Costituzionale italiana e giudici di Lussemburgo (34). Se, in passato, il problema della prescrizione si era posto in relazione agli interessi finanziari dell'Unione Europea, che l'impunità generalizzata legata al regime di estinzione del reato avrebbe di fatto sacrificato in modo irreparabile, la questione oggetto dell'attenzione della Corte EDU è differente, e non meno delicata: ad essere in discussione, nel caso di specie, è l'impatto che una disciplina della prescrizione inadatta ad assicurare la conclusione del processo può avere sul versante delle vittime del reato, specie di fronte a fatti di violenza *gender-based*.

Da questo punto di vista, la Corte ritiene incompatibile con le obbligazioni procedurali di cui all'art. 3 CEDU che le indagini relative alle violenze di genere terminino spesso a causa della prescrizione, il cui maturare sia dovuto alle inerzie delle autorità (35). Si tratta di un profilo particolarmente delicato nella materia in esame, sul quale anche il GREVIO - il gruppo di esperti/e sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica - aveva espresso alcune preoccupazioni nel proprio rapporto sulla situazione nazionale: preoccupazioni motivate proprio dall'elevato numero di prescrizioni che colpisce, in particolare in certe zone d'Italia, simili reati (36). Pur valutando in termini positivi le misure normative predisposte a favore delle vittime di violenza di genere (37), soprattutto in anni più recenti, maggiori perplessità erano state espresse, in tale

(30) A tal proposito, si vedano le riflessioni di E. Amodio, *Il populismo penale nell'Italia dell'antipolitica*, in *Cass. pen.*, 2020, 5, 1819.

(31) La riforma ha introdotto un duplice meccanismo sospensivo, legato alla impugnazione della pronuncia di condanna di primo grado e di appello, aprendo per la prima volta alla prospettiva di una "processualizzazione" della prescrizione: D. Bianchi, *Limitless*, cit., 3.

(32) Si vedano, tra gli altri, A. Cavaliere, *Le norme "spazzaprescrizione" nella L. n. 3/2019*, in *Leg. pen.*, 12 febbraio 2020; G. Losappio, *Il congedo dalla prescrizione nel processo penale. Tempus fu(g)it*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 7-8, 8 ss.; V. Manes, *Sulla riforma della prescrizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, 557 ss.

(33) A. Bernardi - C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, Napoli, 2017.

(34) C.G.U.E., Grande Sezione, 8 settembre 2015, causa C-105/14, con commento di F. Viganò, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e* nullum crimen sine lege *in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2015; G. Civello, *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 3, 2015; G. Salcuni, *Legalità europea e prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 3, 2015; V. Maiello, *Prove di resilienza del* nullum crimen: *Taricco* versus *controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, 1250 ss.; A. Venegoni, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2015; V. Manes, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione del sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016; M. Serraino, *Non ogni giorno che passa è un giorno che si aggiunge al libro dell'oblio. La Corte di Giustizia disvela la doppiezza della disciplina interna in materia di prescrizione*, in *Leg. pen.*, 22 ottobre 2015; Corte cost. 26 gennaio 2017, n. 24, con commento di A. Massaro, *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, in *Giur. pen.*, 3-2017; D. Pulitanò, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pent. cont.*, 1, 2016, 228 ss.; V. Manes, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a Taricco (note minime sull'ordinanza n. 24 del 2017)*, in A. Bernardi - C. Cupelli (a cura di), *op. cit.*, 207 ss.

(35) Corte EDU 7 luglio 2022, *M.S. c. Italia*, par. 144-145.

(36) Nel suo Rapporto di valutazione sulla situazione dell'Italia (Grevio, *Rapporto di valutazione di base sull'Italia*, 13 gennaio 2020, par. 220, con commento di N.M. Cardinale, *Il rapporto del GREVIO sull'applicazione in Italia della Convenzione di Istanbul: il lavoro ancora da fare*, in *Criminal justice network*, 13 maggio 2021, par. 220), pur valutando positivamente l'esistenza di una regola di priorità delle indagini giudiziari sui reati più spesso associati a casi di violenza di genere, a partire dai maltrattamenti, lo *stalking* e le violenze sessuali (art. 132-*bis* disp. app. c.p.), il Gruppo aveva criticamente notato come tale norma non incidesse sui tempi massimi per le indagini, né consentisse una dilazione in grado di appello o Cassazione.

(37) Accanto alle numerose previsioni che connotano di specialità la disciplina dei reati di violenza domestica, ad esempio in relazione ai diritti informativi e partecipativi previsti a favore della vittima nel processo penale (ai sensi degli artt. 408, comma 3-*bis*, 299, comma 2-*bis*, 415-*bis*, comma 1, c.p.p.) merita qui di essere citato, per la stretta correlazione al tema del tempo del processo, l'art. 1-*ter* della 362 c.p.p., in cui si prevede che "il pubblico ministero, quando si procede per i reati di cui agli artt. 572, 609-*bis*, *quater*, *quinquies*, *octies*, 612-*bis*, ovvero per gli art. 582 e 583-*quinquies* c.p., nelle ipotesi aggravate *ex* artt. 576, comma 1, n. 2, 5 e 5.1., 577, comma 1, n. 1, e comma 2 c.p., assume informazioni dalla persona offesa o da chi ha presentato denuncia, querela o

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rapporto, in punto efficacia dell'azione di contrasto al fenomeno ed effettiva protezione delle vittime, in cui è proprio il profilo temporale a giocare un ruolo delicatissimo.

Anche nella pronuncia in commento, la Corte si concentra sul problema dell'impunità connessa al decorso del tempo: a giustificare le critiche del giudice di Strasburgo, in particolare, sarebbe la possibilità, ammessa nel regime italiano, che la prescrizione maturi anche ad azione penale avviata. È su tale profilo, che intercetta il tema problematico dei rapporti tra oblio e processo, che i giudici soffermano la propria attenzione, criticando l'Italia e condannandola per la violazione dell'art. 3 CEDU.

Oblio e processo

I giudici ripercorrono anzitutto le evoluzioni normative della disciplina nazionale, soffermandosi a considerare come, nel continuo alternarsi di interventi normativi, solo la riforma del 2019 avesse tentato di svincolare il processo dalla prospettiva dell'estinzione del reato per decorso del tempo, sancendo il definitivo tramonto della prescrizione a partire dalla pronuncia di primo grado, tanto di condanna quanto di assoluzione: pur parlando di una sospensione della prescrizione, la riforma aveva evidentemente introdotto un termine finale legato a un momento specifico dell'*iter* processuale, superato il quale la prescrizione non avrebbe più ripreso il suo corso (38). Da questo punto di vista, l'intervento normativo si muoveva nella direzione di un'attenuazione del rischio-impunità, in un Paese in cui le lungaggini processuali - anche in fase di appello - rischiavano di compromettere molti dei casi portati all'attenzione delle corti: al contrario, tanto più avanzato è lo stadio cui è giunto il processo, tanto più si manifesta l'esigenza di non disperderne i frutti.

Non mancano esempi, nel panorama europeo, di legislazioni che incarnano perfettamente questo paradigma: in Germania, la prescrizione smette di decorrere a partire dalla sentenza di primo grado, sia essa di condanna o di assoluzione (par.78b StGB tedesco) (39). In altri casi, tale *limen* temporale è collocato in un momento persino precedente: basti pensare all'ordinamento austriaco, in cui la sospensione della prescrizione fino al passaggio in giudicato della sentenza è collocata addirittura al momento del primo interrogatorio dell'indagato (40), o alla Spagna, dove è prevista l'interruzione della prescrizione ogniqualvolta un procedimento "*se dirijia contra el culpable*" (41).

Il problema di fondo, a ben vedere, sembra poggiare sul significato attribuibile al tempo, una volta avviata la macchina processuale (42). Il processo, che attualizza l'interesse dello Stato ad accertare e punire, inaugura il tempo della memoria: esso accende le luci su un fatto che, di conseguenza, può dirsi tutto fuorché dimenticato (43). Una volta manifestato l'interesse dello Stato ad accertare le responsabilità e punire i colpevoli, perciò, il tempo dell'oblio non avrebbe più ragione d'esistere; e la prescrizione che

istanza, entro il termine di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, salvo che esistano imprescindibili esigenze di tutela dei minori o di riservatezza delle indagini".

(38) P. Ferrua, *La prescrizione del reato e l'insostenibile riforma "Bonafede"*, in *Giur. pen.*, 2020, 978; V. Mongillo, *op. cit.*, 704.

(39) M. Helfer, *La prescrizione del reato: quali rapporti tra* diritto *e* tempo *in Germania, Austria e, di recente, in Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 11, 105. A ciò si affianca la disciplina di cui al comma 4, in cui si stabilisce una sospensione automatica di cinque anni dopo il decreto di rinvio a giudizio, per tutti i reati in forma aggravata che prevedano una pena massima superiore a cinque anni di reclusione: si veda sul punto anche F. Viganò, *Riflessioni* de lege lata, cit., 34.

(40) M. Helfer, *La prescrizione del reato in Austria: tra tempo della punibilità del fatto e tempo del processo*, in *DPCE online*, 2021, 4, 3669 ss., e in particolare 3678, dove si specifica che la previsione di questa *Fortlaufhemmung* trova giustificazione nelle ragioni di economia processuale, che rendono "inconcepibile la maturazione della prescrizione durante la pendenza del processo". Sulle critiche rivolte in dottrina alla visione di un sistema che fa prevalere "l'efficienza e l'economia processuale sulle ragioni di carattere sostanziale della rinstaurata pace sociale o dell'avvenuta risocializzazione dell'autore", si veda anche M. Helfer, *La prescrizione del reato: quali rapporti*, cit., 105. Sia in Austria che in Germania, peraltro, benché il legislatore parli di "sospensione" della prescrizione, il fatto che la stessa rimanga congelata fino al passaggio in giudicato della sentenza induce a ravvisare, più propriamente, una ipotesi di cessazione della stessa, analogamente a quanto osservato con riguardo alla disciplina nazionale successiva alla riforma Bonafede, con cui si era realizzato un assetto analogo a quello tedesco, con conseguente sospensione *sine die* del tempo dell'oblio.

(41) Tale dizione, che ha posto nel passato seri problemi interpretativi, è stata parzialmente precisata dalla legge: secondo la formulazione attuale, per interrompere il termine, occorre una decisione motivata dell'autorità giudiziaria che attribuisca la presunta partecipazione del soggetto in un fatto di reato. Si veda L. Bachmaier Winter, *Statute of limitation in Spain. Analysis and further challenges*, in *DPCE online*, 2021, 4, 3956.

(42) R. Bartoli, *Il nuovo volto della prescrizione: dalle concezioni garantiste alle concezioni stataliste*, in *Sist. pen.*, 2020, 4, 66, dove l'Autore confronta la "prospettiva processualistico-statalista", e quella "sostanzialistico-garantista": la prima, che valorizza il "potere punitivo dello Stato attualizzatosi con l'avvio del processo penale", la seconda che invece "pone al centro e attribuisce prevalenza alla persona destinataria del potere punitivo".

(43) G.L. Gatta - G. Giostra, *op. cit.*, dove gli Autori sostengono che "non vi dovrebbe essere più la possibilità della prescrizione del reato - che come si è detto sanziona il tempo che la collettività ritiene necessario per dimenticare - una volta iniziato il processo, che è il rito della memoria. Vi potranno essere soltanto strumenti per evitare la sua eccessiva durata". D'altro canto, il ricordo si radica nella memoria dei consociati in modo ancor più netto laddove l'*iter* giudiziario pervenga a una sentenza, specie se di condanna: V. Mongillo, *op. cit.*, 697.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dovesse maturare a processo avviato non farebbe che attestare il fallimento del *law enforcement* (44).
D'altro canto il processo, fisiologicamente orientato all'accertamento dei fatti e delle responsabilità (45), è anche il luogo della soddisfazione degli interessi delle vittime (46): come dimostrano la pronuncia in commento ed i precedenti della Corte sul punto, "il concreto esercizio dello *ius puniendi* si presenta [...] come un'attività *convenzionalmente imposta*, la cui omissione o inesatta attuazione può dar luogo a una *responsabilità dello Stato verso l'individuo al quale lo Stato non abbia voluto o saputo rendere giustizia*" (47).
Alle garanzie dell'imputato, valorizzate anche nella saga Taricco, si affiancano dunque le preoccupazioni per le vittime (48), suscettibili di incarnare una violazione dell'art. 3 CEDU da parte dello Stato inadempiente.
Se è chiaro che esigenze di tenuta complessiva dell'ordinamento e di tutela delle vittime impongono un accertamento delle responsabilità che non venga minato dalla prospettiva della prescrizione del reato, è vero però anche che tale accertamento non può intendersi come svincolato da limiti, legati tanto alla considerazione dei diritti dell'imputato quanto alla dimensione temporale del *fair trial*: il processo, in altre parole, deve essere rispettoso dei canoni di cui all'art. 6 CEDU, vincolanti *ex* art. 117 Cost. (49).
È, allora, attorno alla questione del bilanciamento tra ragioni repressive, che guardano al diritto dello Stato e a quello delle vittime di vedere accertati e puniti i reati, e ragioni difensive, di tutela dei diritti fondamentali dell'imputato, che si gioca la presente pronuncia e, più in generale, tutta la riflessione sviluppatasi attorno alla tematica del tempo nella sua dimensione più strettamente processuale (50). In questo senso, sembra doveroso soffermarsi soprattutto sulle novità apportate con la riforma Cartabia, domandandosi se la nuova disciplina, connotata dalla separazione degli orologi che segnano il tempo sostanziale e quello processuale, abbia raggiunto o meno un equilibrio ragionevole tra le ragioni in gioco.

Il modello Cartabia: tra improcedibilità e rimedi alternativi

Ricompresa tra le modifiche immediatamente precettive della L. n. 134/2021 (51), la modifica della disciplina della prescrizione attuata con la riforma Cartabia ha segnato un momento di profondo cambiamento dell'istituto in parola. Il legislatore, per la prima volta in Italia, ha inteso porre su due piani nettamente separati il tempo dell'oblio e il tempo del processo e delle singole fasi che lo compongono (52): quanto al primo, il tempo sostanziale della prescrizione cessa, definitivamente, con la pronuncia di primo grado (art. 161-*bis* c.p.); a partire da tale momento, inizia a decorrere il tempo processuale, scandito in termini di fase, allo scadere dei quali scatta la sanzione dell'improcedibilità *ex* art. 344-*bis* c.p.p. (53)
Nel pronunciarsi sul caso di specie, la Corte giudica negativamente il nuovo regime disegnato dalla riforma Cartabia: "dopo l'adozione, con la legge n. 3 del 2019, di disposizioni che limitano la prescrizione in corso di procedimento, che avrebbero potuto costituire un passo in avanti nella soluzione dei problemi legati alla prescrizione dei reati" (54), la riforma ha introdotto un istituto che, operando alla stregua di una prescrizione processuale, di fatto consegna il destino del singolo giudizio al rispetto, da parte dei giudici dell'impugnazione, di rigorosi termini di fase. Pur seguendo l'impostazione di altri ordinamenti, con una "netta distinzione sequenziale tra tempo della punibilità del fatto e tempo del

(44) Di "sconfitta del *law enforcement*" parla D. Pulitanò, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 22. D'altro canto, è la stessa Costituzione, nell'ambito del principio di legalità e di obbligatorietà dell'azione penale, a rendere doverosa la repressione delle condotte che violano la legge: Id., *Sui rapporti fra diritto penale*, cit., 959.
(45) *Ibidem*, 961.
(46) D. Bianchi, Limitless, cit., 11-12: "la previsione di termini prescrizionali eccessivamente contratti pregiudica non solo tangibili interessi collettivi a fronte di aggressioni penalmente rilevanti ma anche il diritto alla tutela da parte dello Stato delle vittime in carne ed ossa, in maniera tanto più intollerabile quanto più è significativo il bene giuridico offeso", ma si veda anche A. Marandola, *Prescrizione, effetti collaterali e rimedi*, in *Sist. pen.*, 23 luglio 2020.
(47) F. Viganò, *Riflessioni* de lege lata, cit., 24.
(48) Sul processo come mezzo di soddisfazione "tanto [de]i diritti offesi dal reato, quanto de[i] diritti di chi sia additato e incriminato come autore del reato", si veda D. Pulitanò, *Sui rapporti fra diritto penale*, cit., 953.
(49) O. Mazza, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, in *Sist. pen.*, 21 gennaio 2020.
(50) D. Bianchi, *Limitless*, cit., 4-5.
(51) B. Romano - A. Marandola (a cura di), *La riforma Cartabia*, cit.; F. Palazzo, *Prima lettura della riforma penale: aspetti sostanziali*, in *Pol. dir.*, 2021, 625 ss.; D. Bianchi, *Le modifiche al codice penale immediatamente precettive: prescrizione del reato e sospensione condizionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1468 ss.
(52) Si veda, tra tutti, G. Spangher, *Questioni in tema di sistema bifasico (prescrizione/improcedibilità)*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1444 ss.
(53) D. Negri, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, in *Sist. pen.*, 21 febbraio 2022; G. Leo, *Prescrizione e improcedibilità: problematiche di diritto intertemporale alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Sist. pen.*, 1° marzo 2022.
(54) Corte EDU, *M.S. c. Italia*, par. 146.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

processo" (55), nella prospettiva italiana il tempo successivo alla pronuncia di primo grado appare presidiato da una sanzione non meno radicale dell'estinzione del reato: l'improcedibilità del giudizio.

Secondo la Corte, perciò, l'adozione della riforma Cartabia segna una svolta peggiorativa della disciplina nazionale in materia. Ed in effetti l'improcedibilità, che arresta il processo ed impedisce l'accertamento del reato, finisce per prospettare quel medesimo rischio di impunità sotteso alla disciplina della prescrizione. In questo senso, anzi, la nuova categoria processuale non attenua ma, probabilmente, inasprisce la sensazione di un fallimento dello Stato nello svolgimento delle proprie funzioni essenziali: è ancor più paradossale, infatti, che il reato non sia neppure estinto, ma l'autorità giudiziaria non possa procedere all'accertamento delle responsabilità e si finisca così per rinunciare, di fatto, alla punizione di eventuali colpevoli (56), peraltro in uno stadio ormai avanzato dell'*iter* processuale.

Da questo punto di vista, si sarebbero potute preferire soluzioni diverse, dando spazio a quei meccanismi compensatori da tempo invocati dalla dottrina (57) e che la stessa Commissione Lattanzi aveva ipotizzato: si era infatti proposto di introdurre, *ex* art. 670-*bis* c.p.p. (58), un innovativo meccanismo di rideterminazione della pena a compensazione del pregiudizio subito per la violazione del termine ragionevole di durata del procedimento (59), da coordinare con i rimedi risarcitori previsti dalla c.d. Legge Pinto (L. 24 marzo 2001, n. 89). Sul modello dell'art. 35-*ter*, L. n. 375/1975, che sancisce una riduzione di pena proporzionale ai giorni trascorsi in condizioni di detenzione contrarie agli *standard* di cui all'art. 3 CEDU, si era cioè immaginato di intendere il tempo in eccesso, rispetto a quello della ragionevole durata del processo, come una sorta di pre-sofferto: una soluzione che avrebbe valorizzato l'idea del processo come pena, non meno drammatica della sanzione vera e propria comminata all'imputato con la sentenza di condanna (60).

Anche l'esperienza ordinamentale estera, d'altronde, presenta alcuni esempi di soluzioni compensatorie, che rispondono all'esigenza di tenere conto del tempo - irragionevole - durante il quale l'imputato è stato assoggettato al giogo del processo; e non sembra un caso che tali soluzioni siano adottate in particolare nei Paesi che, come già menzionato, intendono la prescrizione come istituto destinato a cessare definitivamente al compimento di determinati atti processuali, che attualizzano l'interesse pubblico all'accertamento delle responsabilità. Basti pensare all'Austria, dove il codice penale prevede una circostanza attenuante a favore di colui che abbia subito un processo eccessivamente lungo, per un motivo non dipendente da lui o dal suo difensore (61), alla Spagna, in cui la legge disciplina una circostanza attenuante per le "*dilaciones indebidas*" avente una chiara funzione compensatoria (62), e alla Germania, in cui un modello analogo di riduzione della pena finale si è imposto in via pretoria (63).

Da questo punto di vista, il fatto che nessun meccanismo compensativo sia stato introdotto dalla L. n. 134/2021 rappresenta un chiaro limite della recente riforma. Al tempo stesso, però, questo stesso *deficit* deve far riflettere sul ruolo che l'art. 344-*bis* c.p.p. viene a svolgere, oggi, nell'ordinamento italiano: l'assenza di istituti differenti, che avrebbero dotato il sistema di una progressività interna della "sanzione" per il prolungamento eccessivo del processo (64), eleva l'improcedibilità ad ultimo - ed unico - baluardo

(55) M. Helfer, *La prescrizione del reato in Austria*, cit., 3687.

(56) Si veda P. Ferrua, *op. cit.*, 980, dove si afferma che "l'evaporazione del processo a reato non estinto è un'anomalia senza precedenti", "una via legale al diniego di giustizia".

(57) V. Mongillo, *op. cit.*, 716; F. Viganò, *Riflessioni* de lege lata, cit., 36; D. Pulitanò, *Il problema prescrizione fra diritto sostanziale e processo*, in *Giur. it.*, 2020, 976-977.

(58) Analoga soluzione era stata prospettata nel testo presentato dalla Commissione "Gratteri" (Commissione per l'elaborazione di proposte normative in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità organizzata nominata con D.P.C.M. 30 maggio 2014): si veda D. Bianchi, *Limitless*, cit., 17 (nt. 73).

(59) Relazione Finale della Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello, in *Sist. pen.*, 25 maggio 2021, 57 ss.

(60) *Ibidem*, 59, dove si afferma che "l'irragionevole durata del processo penale è ancor più problematica, sotto il profilo dei diritti fondamentali, considerato che quel processo, soprattutto per lo stigma sociale correlato all'accusa di aver commesso un reato, è di per sé infamante e gravido di sofferenze: rappresenta una pena, per il condannato e, ancor più, per l'assolto".

(61) Par. 34, comma 2 del codice penale austriaco: M. Helfer, *La prescrizione del reato in Austria*, cit., 3684.

(62) Art. 21, n. 6 del codice penale spagnolo: sul punto si vedano G.L. Gatta - G. Giostra, *op. cit.*; E. Addante - M. Lombardo *La prescrizione del reato*, Pisa, 2018, 212-213; L. Bachmaier Winter, *op. cit.*, 3960.

(63) E. Addante - M. Lombardo, *op. cit.*, 186, ma anche F. Viganò *Riflessioni* de lege lata, cit., 34.

(64) Anche nella Relazione Finale della Commissione Lattanzi, d'altro canto, la soluzione della improcedibilità dell'azione era stata presentata come "estremo rimedio per la tutela del diritto fondamentale alla ragionevole durata del processo; un rimedio che, in una logica di progressività, è temporalmente preceduto dal rimedio risarcitorio della legge Pinto e, eventualmente, dai rimedi compensativi" (Relazione finale della Commissione, cit., 55).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

per scongiurare il patologico trascinarsi del processo, in un paese tristemente noto per il suo primato di condanne per violazione del canone di ragionevole durata del processo, ai sensi dell'art. 6 CEDU (65).
In questo senso, sebbene si comprendano le preoccupazioni per il numero di episodi di violenza domestica che terminano con la prescrizione dei reati contestati, la decisione dei giudici di Strasburgo merita piena condivisione solo nella parte in cui fonda la condanna sulla "passività giudiziaria" (66) con cui le autorità hanno condotto, nel singolo caso concreto, le indagini e le successive attività processuali; risulta invece meno convincente la parte in cui la Corte censura la disciplina generale della prescrizione/improcedibilità, senza adeguatamente valorizzare la funzione che, anche a processo avviato, essa irrimediabilmente svolge. In assenza di meccanismi compensativi di altro tipo, invero, la nuova improcedibilità sembra necessaria ad assicurare un rimedio alla lesione del diritto di ciascun consociato a non essere assoggettato ad un processo infinito (67), deputando, in casi patologici di irragionevole durata del giudizio, l'esito - patologico anch'esso - del processo: l'arresto definitivo della macchina processuale (68).
Il rischio che si corre, altrimenti, è che il principio di ragionevole durata, rimasto sprovvisto di qualsivoglia "sanzione", assuma i tratti di un'enunciazione di principio, suscettibile di essere violata senza conseguenze (69) - se non, forse, quelle derivanti dai ricorsi dinnanzi alla Corte EDU per mancato rispetto del canone *ex* art. 6 della Convenzione.

Conclusioni: una condanna davvero condivisibile?

Sono plurimi e articolati, in definitiva, i piani di riflessione che si intrecciano attorno al tema del tempo e della sua relazione con la punizione del reo, fuori e dentro al processo. Se non vi è dubbio "che l'inizio del procedimento penale e il suo incedere modifichino la 'qualità' del decorso temporale, affievolendo talune delle esigenze fondative della prescrizione sostanziale e richiedendo un diverso bilanciamento dei vari interessi in gioco" (70), resta fermo che, anche a processo avviato, lo scorrere del tempo continua a manifestare, nella sua relazione con la punibilità del reo e con il finalismo rieducativo della pena (71), un significato pregnante, cui si affiancano le non meno ragguardevoli esigenze di contenimento della durata del processo entro un termine comunque ragionevole e la considerazione degli interessi delle vittime (72).
In un quadro così articolato, alla pronuncia in commento sembra rimproverabile una certa superficialità nel valutare le profonde implicazioni che derivano dalla scelta di subordinare la punibilità dell'imputato al decorso del tempo, anche a processo avviato, e nel giudicare il nuovo assetto disegnato dalla riforma Cartabia: le novità introdotte con la L. n. 134/2021 vengono rapidamente bollate dalla Corte come un arretramento rispetto alla riforma Bonafede, senza tuttavia considerare le notevoli criticità del regime risultante dalla L. n. 3/2019 cui la nuova disciplina ha tentato, almeno in parte, di rimediare. Nonostante le perplessità che il nuovo istituto dell'improcedibilità ha sollevato sin dalla sua approvazione - e per quanto la "prescrizione del processo" possa apparire "un rimedio sproporzionato per eccesso" (73) - esso sembra rappresentare oggi l'unico limite previsto dalla legge all'estensione altrimenti potenzialmente infinita dell'accertamento, garantendo così, *in extremis*, il rispetto di un canone fondamentale per la stessa Corte EDU: il *fair trial* e la ragionevole durata, *ex* art. 6 della Convenzione.
Resta naturalmente da capire se il nuovo istituto riuscirà nell'impresa di configurarsi quale rimedio

(65) Emblematico quanto sottolineato anche nella Relazione Finale della Commissione Lattanzi, dove si segnala che l'Italia è stata condannata, per violazione del canone di ragionevole durata del processo, 1202 volte tra il 1959 e il 2020 sono 1202, fino al doppio o al triplo di paesi come la Turchia (608), la Grecia (542), l'Ucraina (445) e la Polonia (443): Relazione finale della Commissione, cit., 59.

(66) Corte EDU, *M.S. c. Italia*, par. 150.

(67) La stessa giurisprudenza della Corte EDU ha riconosciuto ai meccanismi di prescrizione natura compensatoria del pregiudizio subito da chi, per un tempo irragionevole, sia sottoposto a procedimento penale: Corte EDU, Sez. II, 6 marzo 2011, n. 23563/07, *Gagliano Giorgi c. Italia*, con nota di P. Gaeta, *La prescrizione del reato come compensazione del processo irragionevolmente lungo: ovvero del criterio del "pregiudizio importante" nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 27 aprile 2012.

(68) D'altro canto, anche in altri ordinamenti europei, è prevista in casi estremi la possibilità di una pronuncia di non doversi procedere: E. Addante - M. Lombardo, *op. cit.*, 187, dove si esamina l'ordinamento tedesco.

(69) Considerazioni analoghe sono svolte da O. Mazza, *La riforma dei due orologi*, cit.

(70) D. Bianchi, *Limitless*, cit., 25.

(71) *Ibidem*, 26.

(72) Si consideri, a tale proposito, che non solo è interesse delle stesse vittime che l'accertamento delle responsabilità arrivi a distanza non irragionevole dal fatto di reato, ma anche che queste ragioni non possono obliterare la valenza del principio costituzionale di presunzione di innocenza sino a condanna definitiva: M. Pelissero, *op. cit.*, 777.

(73) D. Bianchi, *Limitless*, cit., 24-25. Si veda, altresì, V. Mongillo, *op. cit.*, 698, che, parlando della prescrizione più in generale, la definisce quale "palliativo improprio [che aggiunge] all'inefficienza del sistema giudiziario l'inefficacia/ineffettività del sistema penale".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

residuale, legato a situazioni eccezionali, e non anche quale esito quasi ordinario dei processi giunti alla fase dell'impugnazione. La scommessa più grande, in questo senso, appare dunque legata alla capacità della riforma Cartabia di intervenire sugli altri fattori di criticità connaturati al processo e responsabili - più della prescrizione in sé e per sé - delle inefficienze della giustizia italiana (74), convergendo così verso un risultato positivo di miglioramento della situazione nazionale sul duplice versante del numero di reati destinati all'oblio e del numero di procedimenti che sforano i tempi ragionevoli.

(74) D. Pulitanò, *Il nodo della prescrizione*, cit., 22, dove si legge che "prescrizioni di massa sono un sintomo di *difetti di sistema*".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Market abuse

Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 2 febbraio 2021- causa C-489/19 - D.B. c. CONSOB

Una persona fisica sottoposta ad un procedimento sanzionatorio amministrativo per abuso di informazioni privilegiate ha il diritto di mantenere il silenzio se le sue risposte possono far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale. Tuttavia, il diritto al silenzio non può giustificare qualsiasi mancanza di collaborazione con le autorità competenti, come in caso di rifiuto di presentarsi ad un'audizione o in caso di ricorso a manovre dilatorie.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	C. eur. dir. umani, 17 dicembre 1996, Saunders; C. eur. dir. umani, 19 marzo 2015, Corbet e a. Non risultano precedenti giurisprudenziali conformi della CGUE.
Difforme	Con riguardo alle persone giuridiche: CGUE, 18 ottobre 1989, in C-374/87, Orkem; 15 ottobre 2002, in C-244/99, Limburgse Vinyl Maatschappij NV.

(Omissis).

Il diritto al silenzio nello spazio giuridico europeo: osmosi delle garanzie se la sanzione amministrativa è "punitiva"

di Susanna Schiavone (*)

La pronuncia in commento compendia una pluralità di profili di interesse non solo per quanto attiene all'approdo garantista cui giunge la Corte di Giustizia ma anche per il proficuo confronto dialettico intrattenuto tra corti nazionali e sovranazionali che, in un comune spirito di leale cooperazione, evoca il mutuo obiettivo di definire un'omogenea applicazione dei diritti fondamentali nell'ambito dello spazio giuridico europeo. Infatti, si evince un avanzamento sul piano del riconoscimento del "diritto a non contribuire alla propria incolpazione" nei confronti di persone fisiche chiamate a fornire un qualsiasi contributo informativo, nell'ambito dell'attività di vigilanza della competente autorità, se da tali risposte possa emergere una loro responsabilità penale o suscettibile di essere censurata con l'applicazione di una sanzione amministrativa di natura "sostanzialmente penale". Peraltro, accogliendo una nozione convenzionalmente orientata del diritto al silenzio, il Giudice lussemburghese conclude per un'interpretazione conforme a tale fondamentale garanzia degli obblighi di sanzionare l'omessa collaborazione con l'autorità di vigilanza, sanciti dal diritto derivato dell'UE.

The ruling in question points out a further progress made in terms of recognizing the "right to remain silent" in relation to subjects called upon to provide any information contribution, as part of the supervisory activity of the competent authority, if such answers may reveal one's criminal or administrative liability punished by a sanction of a "substantially criminal" nature. Furthermore, the Luxembourg Court adopts a compliant understanding of the EU obligations to sanction omissive attitude with the supervisory authority with this fundamental guarantee.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (*double blind*).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Premessa: il rinvio pregiudiziale

La sentenza in commento rappresenta la risposta della Corte di Giustizia al doppio quesito pregiudiziale interposto dalla Corte costituzionale italiana (1). In particolare, si domandava "se l'art. 14, paragrafo 3, della dir. 2003/6/CE (2), in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, paragrafo 1, lett. *b*, del reg. UE n. 596/2014 (3) dovessero essere interpretati nel senso di consentire agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura 'punitiva'".

Ulteriore questione riguardava la compatibilità dell'art. 14, paragrafo 3, della dir. 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e dell'art. 30, paragrafo 1, lett. *b*, del reg. UE n. 596/2014 con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui "impongono di sanzionare anche chi rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura 'punitiva'".

Sottoponendo la "doppia questione pregiudiziale" (4), il Giudice delle leggi affermava convintamente la propria competenza a vagliare gli eventuali profili di contrarietà delle disposizioni (5) nazionali rispetto alle norme della Carta di Nizza, ponendosi su un piano di netta consonanza rispetto all'orientamento inaugurato dalla sentenza Corte Cost. 7 novembre 2017, n. 269 (6).

Tuttavia, appariva quanto mai opportuno l'intervento della Corte di Giustizia, nella sua veste di giudice dell'interpretazione del diritto dell'Unione, al fine di acclarare il significato proprio delle richiamate disposizioni di diritto derivato e di valutare la compatibilità delle previsioni di cui agli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza rispetto agli specifici vincoli sanzionatori gravanti in capo agli Stati membri. In tal guisa si sarebbe scongiurato il rischio che una prematura declaratoria di illegittimità costituzionale della norma di diritto interno esponesse l'ordinamento nazionale ad una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 258 Trattato FUE.

Dal canto suo, la Corte di Giustizia, in riscontro ai quesiti oggetto di rimessione, emetteva il seguente *decisum*: le fonti normative oggetto del rinvio pregiudiziale, "lett[e] alla luce degli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretat[e] nel senso che ess[e] consentono agli Stati membri di non sanzionare una

(1) Corte cost. 10 maggio 2019, n. 117, ord. Nell'affrontare una delle questioni di legittimità poste dalla Corte di cassazione, la Consulta ritiene necessario proporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Per commenti all'ordinanza di rimessione: A. Anzon Demmig, *Applicazioni virtuose della nuova "dottrina" sulla "doppia pregiudizialità" in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, *ibidem*, *179;* G. Marra - M. Viola, *La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 143 ss.; G. Scaccia, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2019, 166 ss.; G. Scaccia, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, 317.

(2) Dir. 28 gennaio 2003, n. 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato).

(3) Reg. UE16 aprile 2014, n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la Dir. 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le Dir. 2003/124/CE, Dir. 2003/125/CE e Dir. 2004/72/CE della Commissione (in *G.U.* 2014, L 173, 1).

(4) La Corte si trova al cospetto di in un caso di doppia pregiudizialità poiché le norme oggetto dell'ordinanza di rimessione parrebbero essere in contrasto sia con la Costituzione - in particolare, con il diritto di difesa (art. 24, comma 2, Cost.); il principio della parità tra le parti (art. 111, comma 2, Cost); gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., come conseguenza della lesione di altri parametri di matrice internazionale- sia con norme europee, segnatamente con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

(5) Il riferimento è all'art. 187-*quinquiesdecies*, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, nel testo originario introdotto dall'art. 9, comma 2, lett. b), L. 18 aprile 2005, n. 62, (vigente all'epoca della commissione della violazione e della irrogazione della sanzione) rubricato "Tutela dell'attività di vigilanza della Banca d'Italia e della Consob", la cui legittimità costituzionale è stata posta in discussione con riferimento alla "parte in cui sanziona la mancata ottemperanza nei termini alle richieste della Commissione nazionale per la società e la borsa (CONSOB), ovvero la causazione di un ritardo nell'esercizio delle proprie funzioni 'anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate'".

(6) Corte cost. 7 novembre 2017, n. 269, nella quale la Consulta, qualificatasi come "'organo giurisdizionale' nazionale ai sensi dell'art. 267 TFUE", afferma di poter "valutare ser la disposizione censurata violi le garanzie riconosciute, al tempo stesso, dalla Costituzione e dalla Carta, attivando rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ogniqualvolta ciò sia necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della Carta; potrà, all'esito di tale valutazione, dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, rimuovendo così la stessa dall'ordinamento nazionale con effetti *erga omnes*. Ciò fermo restando 'che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria'". Nel medesimo filone ermeneutico si inscrivono le successive pronunce: Corte cost. 21 febbraio 2019, n. 20; Corte cost. 21 marzo 2019, n. 63; Corte cost. 10 maggio 2019, n. 112.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

persona fisica, la quale, nell'ambito di un'indagine svolta nei suoi confronti dall'autorità competente [...] si rifiuti di fornire a tale autorità risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale".
Tale approdo ha condotto ad un notevole avanzamento del portato del diritto al silenzio, quale garanzia applicabile anche nell'ambito del procedimento di accertamento relativo all'illecito amministrativo punitivo, contribuendo, complessivamente, ad irrobustire la "tutela multilivello" dei diritti umani e fondamentali, in nome dello spirito di leale cooperazione tra corti nazionali ed Europee (7).

Il caso

La vicenda processuale traeva abbrivio dal procedimento sanzionatorio avviato dalla Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB) nei confronti di un soggetto, destinatario di severe sanzioni amministrative a carattere pecuniario per fatti puniti ai sensi degli artt. 187-*bis* ss., D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.).
Nello specifico, dall'ordinanza interlocutoria (8) emanata dal supremo Collegio, emergeva che tali sanzioni punivano le infrazioni previste all'art. 187-*bis*, comma 1, lett. a) (*insider trading*), con riguardo all'acquisto di azioni di una società quotata, nella quale questi ricopriva la carica di socio e di consigliere di amministrazione, sulla base del possesso dell'informazione privilegiata relativa all'imminente lancio di un'O.P.A. per *delisting* di tale società; dell'art. 187-*bis*, comma 1, lett. c), per avere indotto un terzo all'acquisto di azioni della medesima società; dell'art. 187-*quinquiesdecies* in ragione del comportamento dilatorio a lui addebitabile per avere, dapprima, reiteratamente rinviato la data dell'audizione cui era stato convocato in qualità di persona informata dei fatti, salvo poi essersi rifiutato di rispondere alle domande; veniva disposta, contestualmente, la perdita temporanea dei requisiti di onorabilità, a titolo di sanzione accessoria, e la confisca per equivalente del profitto e dei mezzi usati per ottenerlo ai sensi dell'art. 187-*sexies* T.U.F.
Avverso il rigetto dell'opposizione contro tali sanzioni, l'imputato ricorreva in Cassazione che sottoponeva incidentalmente al Giudice delle leggi la questione di costituzionalità (9) in ordine alla previsione di diritto interno che sanzionava l'omessa collaborazione (10).
Nel dettaglio, il Giudice di legittimità considerava rilevante e non manifestamente infondata la censura sollevata dal ricorrente con riferimento all'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F. - che censurava la mancata tempestiva ottemperanza alle richieste della CONSOB o il fatto di ritardare l'esercizio delle funzioni di vigilanza di tale organismo, anche con riguardo alla persona cui la CONSOB addebitasse un abuso di informazioni privilegiate - in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117 Cost. (quest'ultimo in riferimento all'art. 6 Conv. eur. dir. umani) -, nonché la questione di costituzionalità, rilevata officiosamente dal Collegio, rispetto alla medesima parte della disposizione interna, in relazione all'art. 117 Cost., con riferimento all'art. 14, comma 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici (11) e in relazione agli artt. 11 e 117 Cost., con riferimento all'art. 47 C. dir. fond. UE.

La posizione della Corte costituzionale

La problematica in discorso, fronteggiata con encomiabile pragmatismo dalla Consulta, si polarizzava su due principali snodi: da un lato, si è circoscritto il portato del diritto al silenzio, rintracciandone i fondamenti normativi anche a livello sovranazionale; dall'altro, si riaffermava la corretta qualificazione delle sanzioni amministrative previste nell'ordinamento italiano in materia di abuso di informazioni

(7) M. Aranci, *Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo: la risposta della Corte di Giustizia*, in *Sist. pen.*, 2021, 93; F. Basile, *La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi "punitivi"*, in *Sist. pen.*, 3 febbraio 2021; G. Milizia, *"Il silenzio è d'oro, avvalitene" anche nei processi per* insider trading *innanzi alla Consob*, in *D&G*, 3 febbraio 2021.

(8) Cass. Civ., Sez. II, 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi.

(9) Parimenti, censure di illegittimità costituzionale sono state sollevate con riguardo all'art. 187-*sexies* T.U.F. sulla scorta del quale è stato sottoposto a confisca obbligatoria, in via diretta o per equivalente, oltre al profitto anche l'intero prodotto dell'operazione illecita. La Corte costituzionale, pronunciatasi sul punto, ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione (sia nel testo originario che nella versione introdotta *ex* art. 4, comma 14, D.Lgs. n. 107 del 2018), evidenziando la natura sostanzialmente penale della confisca amministrativa. Per un commento a Corte cost. 10 maggio 2019, n. 112: E. Amati, *Confisca "amministrativa" negli abusi di mercato limitata al solo profitto e persistenti criticità della confisca penale*, in *Giur. comm.*, 2019, 1293.

(10) In particolare, il capo di incolpazione (riportato in calce all'ordinanza) addebita al ricorrente che "1) nel corso delle indagini si sia presentat[o] presso gli uffici della CONSOB per essere sottopost[o] ad audizione [...] circa cinque mesi dopo la convocazione, [...] posticipando più volte il momento in cui sarebbe stata disponibile e fornendo, al riguardo, generiche motivazioni concernenti presunti impegni dei quali non ha fornito evidenza; 2) nel corso della stessa audizione non abbia inteso rilasciare dichiarazioni; [...] ha mancato di ottemperare nei termini alle richieste della CONSOB e provocato ritardo all'esercizio delle sue funzioni".

(11) Il riferimento è al patto adottato a New York il 16 dicembre 1966, reso esecutivo in Italia con la L. 25 ottobre 1977, n. 881.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

privilegiate, deducendone la potenziale applicabilità delle garanzie tipiche della *matiére pènal* (12).

Sotto il primo profilo, la Corte ha enfatizzato l'intrinseca afferenza dello *ius tacendi* all'ordinamento costituzionale (13), europeo e sovranazionale anche in considerazione della pregnante funzione (14) esercitata da tale garanzia nei moderni sistemi democratici (15). In effetti, il complesso delle disposizioni richiamate in sede di ordinanza di rimessione converge nel riconoscerne esplicitamente, nel caso dell'art. 14 del Patto internazionale, ovvero implicitamente, nei casi delle altre disposizioni, la portata di diritto fondamentale che si esplica nel "diritto della persona a non contribuire alla propria incolpazione e a non essere costretta a rendere dichiarazioni di natura confessoria (16)" in ossequio al principio *nemo tenetur se ipsum accusare* (17). Peraltro, la Consulta ha evidenziato come il valore di diritto inalienabile della persona umana fosse riscontrabile nella stessa giurisprudenza della Corte che, per l'appunto, qualifica il ripudio della delazione come connotato identitario della Carta costituzionale italiana (18).

Parimenti, nella prospettiva della tutela convenzionale, il diritto al silenzio "si colloca al cuore della nozione di 'equo processo'" (19), in quanto prodromico all'affermazione della presunzione di innocenza, proclamata dall'art. 6 Conv. eur. dir. umani.

Tuttavia, pur tenendone in debita considerazione il tenore, la Consulta ha individuato la portata applicativa del diritto al silenzio, escludendone l'estensibilità al punto tale da legittimare il totale rifiuto manifestato dal soggetto di presenziare all'audizione disposta dalla CONSOB. È necessario, infatti, bilanciare l'operatività di tale garanzia con la sussistenza di un più generale obbligo di attiva collaborazione (20), incombente su ogni persona che debba essere sentito dall'Authority nonché con l'esercizio della funzione di vigilanza, di cui la CONSOB è tributaria, nell'ambito del quale si inscrive il correlativo obbligo di irrogare sanzioni nel caso di omessa collaborazione. Invero, come già evidenziato dalla stessa Cassazione in sede di rimessione, dal combinato disposto degli artt. 12 e 14, Dir. 2003/6/CE - oggi trasfusi nell'art. 30, par. 1, lett. b), Reg. UE. n. 596/2014 -, sembra evincersi un dovere in capo agli Stati membri di sanzionare, in via amministrativa, il silenzio serbato da parte degli autori di illeciti o di chi abbia impartito l'ordine di compierli a fronte di domande rivoltegli dall'autorità di vigilanza competente al momento dell'audizione, ancorché una loro responsabilità.

Pertanto, nella consapevolezza delle delineate esigenze di ponderazione, la Corte ha ammonito sul rischio derivante dalla potenziale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F. a fronte della quale si sarebbe potuto configurare un'ipotesi di contrasto con il diritto UE, oltreché di incompatibilità con gli artt. 47 e 48 C. dir. fond. UE, a mente dei quali il diritto a non contribuire alla propria incolpazione è ammesso negli stessi limiti costituzionali e convenzionali.

Cionondimeno, le ulteriori argomentazioni sviluppate nella pronuncia hanno rivelato un approccio

(12) Al punto n. 7.1. della sentenza, la Consulta rammenta una pluralità di occasioni in cui è stata riconosciuta l'estensibilità di tali specifiche garanzie a sanzioni qualificate come "punitive": il riferimento è al divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in peius* (Corte cost. 25 novembre 2018, n. 223; Corte cost. 7 aprile 2017, n. 68; Corte cost. 16 dicembre 2016, n. 276), al principio di tassatività del precetto sanzionato (Corte cost. 7 giugno 2018, n. 121) nonché alla retroattività delle modifiche sanzionatorie *in mitius* (Corte cost. 21 marzo 2019, n. 63).

(13) G. Illuminati, Nemo tenetur se detegere, *il pilastro dell'autodifesa nel pensiero di Vittorio Grevi*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1261: l'autore ritiene indiscusso il radicamento del diritto al silenzio nell'ordinamento costituzionale, come corollario del diritto di difesa.

(14) Il diritto al silenzio svolge una funzione cautelativa dell'imputato rispetto all'uso di mezzi coercitivi da parte del potere autoritativo al fine di ottenere la deposizione dell'accusato. Sul punto, V. Grevi, "Nemo tenetur se detegere". *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 7. Tuttavia, autorevole dottrina rileva che spesso al tema del diritto al silenzio "corrisponde uno stereotipato richiamo in termini di principio piuttosto che un adeguato approfondimento da parte dell'interprete circa la reale dimensione normativa ed applicativa": L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, 13.

(15) L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, III ed., 1996, 625.

(16) Punto n. 3 della pronuncia.

(17) Si tratta dell'enunciazione della "prima massima del garantismo processuale accusatorio": L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, III ed., 1996, 623. La valenza polisemantica del principio si esplica in una successiva articolazione nel diritto a non essere interrogato (*right not to be questioned*), diritto a non autoincriminarsi (*priviledge against sefl-incrimination*) e diritto al silenzio (*right to silence*): V. Patané, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, 2.

(18) Paradigmatiche sono: Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238; Corte cost. 6 giugno 1989, n. 323; Corte cost. 2 febbraio 1982, n. 18, richiamate al punto n. 7.1 della sentenza.

(19) In suffragio, la Consulta richiama, C. eur. dir. umani 3 maggio 2001, J.B., punti 63-71; 5 aprile 2012, ricorso n. 11663/04, Chambaz, par. 452, con la quale il giudice di Strasburgo estende la latitudine applicativa del diritto al silenzio anche ad illeciti amministrativi "punitivi".

(20) In termini, V. Patané, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, 1: evidenzia come la problematica relativa all'esistenza, in capo all'imputato, di contribuire con il proprio apporto conoscitivo all'indagine probatoria *contra se* è storicamente connessa alle scelte in ordine alle modalità di utilizzo di tale patrimonio di conoscenze. Sul punto, autorevolmente: E. Amodio, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 412.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

garantista (21) che, in conformità con la più recente giurisprudenza (22) della C. eur. dir. umani, ha indagato la natura delle sanzioni comminabili in materia di *market abuse*, con la precipua finalità di vagliare l'applicabilità dell'intero spettro di garanzie *ex* art. 6 Conv. eur. dir. umani e, in particolare, del diritto al silenzio.

Invero, a tali sanzioni, formalmente qualificate come amministrative, è riconosciuta natura "punitiva" in ragione della particolare afflittività che le connota, deducibile dalla gravosa entità delle stesse, per di più amplificata allorché vengano cumulativamente irrogate.

A tale impostazione aderisce anche la Corte di Giustizia la quale, nella nota pronuncia Di Puma e Zecca (23), ha convalidato la duplice natura - amministrativa e penale - delle sanzioni che, nel caso di specie, si imponevano in materia di abuso di mercato.

Sul punto, è necessario tenere presente che la condotta di abuso di informazioni privilegiate risulta punibile, oltre che attraverso tale tipologia di sanzioni, anche a titolo di illecito penale *ex* art. 184 T.U.F., all'esito di un procedimento che può proseguire parallelamente (24) rispetto all'omologo procedimento amministrativo.

Come si è già avuto modo di avvertire, in difetto della garanzia di un espresso riconoscimento del diritto a rimanere in silenzio in sede di audizione disposta dalla CONSOB, il rischio per l'accusato sarebbe stato quello di dover rendere dichiarazioni auto-incolpanti in risposta a quesiti posti dall'autorità di vigilanza cui, paradossalmente, non si sarebbe potuto sottrarre se non a costo di incorrere in una sanzione per omessa collaborazione; si prospettava ancor più preoccupante l'incontrollata osmosi di materiale indiziario tra procedimenti che, in virtù della loro diversa natura (amministrativa e penale), avrebbero seguito regole disomogenee, sebbene fossero entrambi diretti ad accertare l'applicabilità di sanzioni della medesima natura "punitiva".

A fronte di simili scenari sanzionatori, sarebbe stato plausibile riconoscere al soggetto, incolpato di aver commesso un illecito di natura punitiva, le medesime prerogative poste a difesa dell'imputato, tra le quali figura indubbiamente "*the privilege against self-incrimination*" (25).

Nella ricerca del delicato equilibrio tra istanze punitive ed esigenze garantiste, la Consulta consegnava il doppio quesito al vaglio dei Giudici del Kirchberg, confidando che, attraverso la clausola (26) di equivalenza di cui alla Carta di Nizza, essi potessero risignificare il diritto al silenzio alla luce dell'interpretazione convenzionale.

Il diritto al silenzio nell'interpretazione della Corte di Giustizia.

La sentenza della Corte di Giustizia si articola in tre sezioni argomentative.

Sviluppata una fitta ricognizione del contesto normativo del diritto dell'UE e del diritto italiano in materia di *market abuse*, la Corte si è espressa positivamente in ordine alla ricevibilità delle questioni pregiudiziali per poi pronunciarsi nel merito.

Con riguardo alla ricevibilità, il giudice lussemburghese ha risposto puntualmente alle osservazioni presentate dal Consiglio circa la contestata rilevanza, rispetto alla definizione del procedimento principale, del Reg. n. 596/2014 UE, in considerazione dell'inapplicabilità dello stesso ai fatti di causa, verificatisi in epoca antecedente alla sua entrata in vigore. Sul punto, l'intervento della Corte si presenta tanto

(21) In termini, V. Grevi, *Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1129: evidenzia come un approccio più o meno garantista rispetto al diritto al silenzio sia indicativo del sistema processuale adottato da un determinato ordinamento.

(22) C. eur. dir. umani, 8 giugno 1976, ricorso n. 5100/71, Engel e a.; 5 giugno 2012, in C-489/10, P.G. c. Bonda, punti 37-43; 26 febbraio 2013, in C- 617, Åklagaren, punto 35; 4 marzo 2014, ricorsi nn. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010, Grande Stevens e a.

(23) CGUE 20 marzo 2018, in cause riunite C-596/16 e C-597/16, Di Puma e Zecca, punto 38; nello stesso senso, CGUE 20 marzo 2018, in C-537/16, Garlsson Real Estate e a., punti 34 e 35.

(24) L'instaurazione del doppio binario sanzionatorio trova nel principio del *ne bis in idem* un limite stringente, sancito dall'art. 50 C. fond. dir. UE. Sul punto, CGUE 20 maggio 2018, in C-537/16, Garlsson Real Estate SA e a., punti 42 e 63.

(25) È questa l'icastica espressione utilizzata dalla Carta costituzionale degli U.S.A. per rubricare il diritto al silenzio, introdotto dal "Fifth Amendment" nell'apparato dei diritti costituzionali fondamentali. Per un'indagine storica che interessi le origini del diritto *de quo:* J.H. Langbein, *The historical origins of the priviledge against self-incrimination at common law*, in *Michigan Law Review*, XCII, 1048: "*The privilege against self-incrimination entered common law procedure [...] as part of this profound reordering of the trial. It was the capture of the criminal trial by lawyers for prosecution and defense that made it possible for the criminal defendant to decline to be a witness against himself*". Autorevole dottrina rappresenta il "diritto a non autoincriminarsi" come "un'eccezione al dovere di verità, legittimando il rifiuto da parte di qualsiasi soggetto chiamato a rendere una deposizione di rilasciare dichiarazioni che potrebbero comportare la propria autoincriminazione": V. Patané, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, 3.

(26) Art. 52, par. 3, C. dir. fond. UE: "laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

conciso quanto efficace: rammentata la presunzione di rilevanza che assiste le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'UE, la trattazione converge sul fulcro del giudizio di costituzionalità, di cui è investito il giudice del rinvio, rappresentato dall'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F., sia nella sua formulazione attuale sia in quella in vigore all'epoca della commissione dei fatti (rispettivamente introdotte in attuazione dell'art. 30, par. 1, lett. b, Reg. n. 596/2014 UE e dall'art. 14, par. 3, Dir. 2003/6/CE).

Sicché, tenuto conto del rapporto di continuità esistente tra dette disposizioni e dell'incidenza che una declaratoria di incostituzionalità avrebbe riverberato anche sul disposto della norma al momento in essere, le questioni sollevate dal giudice delle Leggi italiano venivano dichiarate ricevibili.

In difetto di un esplicito addentellato normativo che contemplasse il diritto al silenzio nell'ambito della C. dir. fond. UE, l'angolo prospettico da cui osservare le norme, secondo la Corte, diviene preferibilmente la Conv. eur. dir. umani, alla luce della relativa interpretazione elaborata dai Giudici di Strasburgo.

La praticabilità di questa operazione, tesa ad armonizzare lo *standard* di tutela nello spazio giuridico europeo, si deve all'operatività di due strumenti normativi: da un lato, la già richiamata clausola di equivalenza di cui all'art. 52, par. 3, C. dir. fond. UE la quale, assicurando la necessaria coerenza tra la Carta e la Conv. eur. dir. umani (27), rappresenta il giunto cardanico tra i due sistemi sovranazionali; dall'altro, l'art. 6, par. 3, Trattato UE (28) che, a sua volta, consente l'integrazione del diritto unionale con le garanzie sancite su base convenzionale (29). Ne consegue che la protezione accordata dalla Carta non può in nessun caso situarsi ad un livello inferiore a quello garantito sul piano convenzionale (30). Del resto, accogliere una diversa lettura dei summenzionati principi di equilibrio potrebbe condurre a pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'UE, con ulteriori effetti distorsivi sull'armonizzazione dei poteri sanzionatori delle autorità di vigilanza. Pertanto, accedendo ad una nozione convenzionalmente orientata di diritto al silenzio, la Corte di Giustizia ha confermato la funzione cautelativa della garanzia in parola che, originatasi dall'antica dialettica individuo-autorità, contribuisce a scongiurare errori giudiziari e a garantire l'equità del risultato processuale.

Quanto all'ambito di applicazione oggettivo, il giudicante ha condiviso la posizione dell'Avvocatura generale, allineandosi alle pronunce della C. eur. dir. umani, Saunders (31) e Corbet (32). Infatti, ha ricondotto sotto la scure del diritto al silenzio non solo le confessioni e le osservazioni direttamente auto-incriminanti, ma anche le informazioni vertenti su questioni di fatto idonee ad essere successivamente impiegate a suffragio dell'accusa. In altri termini, in tale impostazione ha assunto rilevanza l'effettiva incidenza sulla condanna o sulla misura della sanzione irrogata del materiale dichiarativo, acquisito in sede di audizione, nonché il suo impiego in un eventuale procedimento penale (33). Effettivamente, solo nell'un caso sarà necessario che il giudice del rinvio esamini la natura (amministrativa o penale) della sanzione alla luce dei criteri sostanzialistici, considerato che, nell'ipotesi di trasmigrazione di elementi probatori nel procedimento penale, le garanzie *ex* art. 6 Conv. eur. dir. umani saranno giocoforza ritenute applicabili.

Per altro verso, in consonanza con una valutazione espressa dalla Corte costituzionale, si è precisato che il principio del *nemo tenetur se detegere* (34) non giustificherebbe qualsiasi forma di omessa collaborazione con l'autorità di vigilanza, escludendo così che un atteggiamento artatamente dilatorio, alla stregua del netto rifiuto a fornire qualsivoglia contributo informativo, potessero andare esenti da precipue censure.

(27) FRA-European Union Agency for Fundamental Rights, *Articolo 52 - Portata e interpretazione dei diritti e dei principi*, in *https://fra.europa.eu/*.

(28) Tale norma prevede che: "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

(29) Sul punto, sono richiamate: C. eur. dir. umani 25 febbraio 1993, Funke; 28 ottobre 1994, Murray.

(30) Nel caso di specie, la protezione offerta dal disposto degli artt. 47, comma 2 e 48, par. 2 della Carta, configurando disposizioni omologhe - rispettivamente - all'art. 6, parr. 1 e 2 della Convenzione, deve intendersi equipollente a quella riconosciuta dalle previsioni convenzionali, per come interpretate dalla giurisprudenza della C. eur. dir. umani.

(31) C. eur. dir. umani 17 dicembre 1996, Saunders, par. 74: facendo appello all'interesse a "perseguire le frodi in materia societaria e a sanzionare i responsabili", evocato dal governo inglese, la Corte ha convintamente negato un'applicazione "temperata" del diritto al silenzio ancorché lo stesso formi oggetto di ponderazione con un interesse pubblico.

(32) C. eur. dir. umani 19 marzo 2015, Corbet e a.

(33) La preoccupazione per l'eventuale successivo impiego del materiale probatorio estorto all'accusato è stata già espressa in passato da, C. eur. dir. umani 17 dicembre 1996, Saunders, par. 71.

(34) Il diritto al silenzio rappresenterebbe "la più lucida espressione" del principio. In termini, V. Patané, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, 3.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Quanto all'ambito applicativo, la Corte di Giustizia ha confermato l'impossibilità di estendere in via analogica alle persone fisiche i principi (35) sanciti con riferimento alle persone giuridiche in materia di illeciti anticoncorrenziali, sulla base dei medesimi presupposti individuati dall'atto conclusivo dell'avvocatura generale, vale a dire una situazione di evidente alterità dei contesti sotto il duplice profilo soggettivo (36) e oggettivo (37). Al contempo, ha fornito un'interpretazione delle controverse disposizioni della Carta, in conformità al contenuto del diritto al silenzio per come riconosciuto al soggetto penalmente "imputato": "tale diritto osta, in particolare, a che tale persona venga sanzionata per il suo rifiuto a fornire all'autorità competente, a titolo della Dir. 2003/6/CE o del Reg. n. 596/2014 UE, risposte che potrebbero far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative a carattere penale oppure la sua responsabilità penale (38)".

Avendo sostenuto una posizione così dirompente, la Corte è giunta ad esaminare il quesito sull'ammissibilità dell'interpretazione adeguatrice delle normative europee rispetto al diritto al silenzio per come tradizionalmente interpretato dalla Corte di Giustizia.

A ben vedere, una presa di posizione sul punto sottende l'attuazione del principio generale che impone di leggere le fonti del diritto derivato dell'UE attraverso la lente del diritto primario, ivi incluse le disposizioni della Carta di Nizza.

In questo senso, è opportuno evidenziare che nel disposto dell'art. 14, par. 3, Dir. 2003/6/CE non è rinvenibile un espresso obbligo per gli Stati membri di infliggere una sanzione anche nello specifico caso in cui un soggetto dovesse rifiutarsi di fornire all'autorità, che abbia disposto la sua audizione, risposte suscettibili di far emergere la sua responsabilità amministrativa (nell'ambito di un procedimento idoneo a sfociare in sanzioni di natura "punitiva") ovvero la sua responsabilità penale. Parimenti, la medesima situazione non appare espressamente contemplata neanche dalla previsione *ex* art. 30, par. 1, lett. b), Reg. n. 596/2014/UE quando vincola gli Stati membri a sanzionare la mancata collaborazione con le autorità di vigilanza.

Sicché, le rappresentate lacune normative, di cui alla direttiva e al regolamento, sarebbero suscettibili di un'interpretazione conforme agli artt. 47 e 48 della C. dir. fond. UE (39).

Da ultimo, il Giudice lussemburghese ha sollecitato gli Stati membri ad esercitare il potere discrezionale, conferito loro dal diritto derivato dell'UE in materia di *market abuse*, nel rispetto dei diritti fondamentali così da restituire piena applicazione al principio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Quali effetti sul piano della normativa nazionale?

Conseguito un riscontro positivo al doppio quesito pregiudiziale, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F., nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Banca d'Italia o alla CONSOB risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato (40).

Con tale declaratoria, la Corte costituzionale ha evidenziato che l'interpretazione sviluppata dai Giudici del Lussemburgo ben si conciliava con la propria, già fatta oggetto del rinvio pregiudiziale, ponendosi così in consonanza rispetto alle indicazioni provenienti dalla C. eur. dir. uomo e dal Patto internazionale sui diritti civili e politici.

A seguito dell'intervento manipolativo della Consulta, non risulta comunque possibile tollerare contegni ostruzionistici con intento artatamente dilatorio

(35) Secondo tale filone giurisprudenziale, alle imprese e alle associazioni di imprese, uniche destinatarie delle sanzioni per violazione del diritto della concorrenza, può essere imposto di fornire informazioni fattuali unitamente alla relativa documentazione di cui dispongano, sebbene attraverso tali elementi possa essere accertata la commissione di un illecito anticoncorrenziale. In altri termini, secondo la Corte di Giustizia, in tale ipotesi, varrebbe un'applicazione "relativa" del diritto al silenzio la cui portata sarebbe altresì limitata alle sole risposte attraverso le quali fosse possibile indurre i soggetti ad ammettere l'esistenza della trasgressione. Conclusioni dell'Avvocato Generale Priit Pikamäe, 27 ottobre 2020, in C-481/19, D.B., punti da 89 a 91. Sul tema, CGUE 18 ottobre 1989, in C-374/87, Orkem; CGUE 15 ottobre 2002, in C-244/99, Limburgse Vinyl Maatschappij NV, punto 273.

(36) Se l'elaborazione di un *discrimen* tra quesiti "puramente fattuali" e quesiti "auto-incriminanti" rappresenta una possibile chiave di lettura del diritto al silenzio nel settore dell'antitrust, un identico percorso interpretativo non appare percorribile nel caso in cui a doversi difendere con l'arma del silenzio dall'irrogazione di sanzioni volte a reprimere abusi di mercato, siano delle persone fisiche (e non già delle persone giuridiche).

(37) Sotto il profilo oggettivo, si precisa che l'elemento di alterità attiene oltre che chiaramente alla materia di riferimento ma anche alla tipologia di sanzione, nella misura in cui alle ammende irrogate dalla Commissione non è riconosciuta natura "penale" dalla CGUE, sulla scorta del dettato dell'art. 23, par. 5, Reg. n. 1/2003 CE.

(38) CGUE, Grande Sezione, 2 febbraio 2021, in C-489/19, D.B., punto 46.

(39) Nello stesso senso, cfr. CGUE, Sez. IV, 9 settembre 2021, n. 546/18.

(40) Corte cost. 30 aprile 2021, n. 84.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dello svolgimento dell'attività di vigilanza, come il rifiuto di presentarsi a un'audizione, ovvero manovre finalizzate a rinviare lo svolgimento dell'audizione stessa, o ancora l'omessa consegna di dati, documenti, registrazioni preesistenti alla richiesta dell'autorità. Atteggiamenti simili, infatti, non potendosi ricondurre al contenuto del diritto al silenzio, non appaiono giustificabili neanche secondo la più ampia lettura dei Giudici d'oltralpe.

Più di recente, il portato del diritto a tacere e a non contribuire alla propria incriminazione, è stato ulteriormente circoscritto dal Giudice di legittimità, che ne ha ammesso l'operatività qualora il procedimento sia già stato attivato. Di talché il diritto in parola non potrebbe esplicare la propria tutela nei confronti di chi, non già taccia di fronte a contestazioni mossegli nell'ambito del medesimo procedimento, bensì "inventi" spontaneamente e senza alcuna sollecitazione proveniente dalla pubblica autorità circostanze a lui favorevoli, per sfuggire alle conseguenze di procedure amministrative neppure ancora emerse al momento in cui le dichiarazioni false siano state rese (41).

Considerazioni conclusive

La sentenza in commento compendia una pluralità di profili di interesse non solo per quanto attiene all'approdo conclusivo cui è giunta la Corte di Giustizia ma anche per il proficuo confronto dialettico intrattenuto dalle Corti nazionali e sovranazionali che ne ha costituito l'immancabile presupposto.

Sotto il primo profilo, la pregevole pronuncia dimostra di accogliere una dimensione onnicomprensiva del diritto al silenzio, in perfetta sintonia con la nozione elaborata dal Giudice di Strasburgo. In effetti, tale convergenza può desumersi anche dall'approccio sostanzialistico, adottato al fine di valutare l'estensibilità del diritto *de quo* nei confronti di soggetti, coinvolti in procedimenti risolvibili nell'applicazione di sanzioni amministrative, di natura "penale" sulla scorta dei noti criteri Engel e Bonda (42).

Peraltro, si osserva come la volontà di assicurare pienezza al diritto al silenzio non sia stata scalfita dall'applicazione analogica dei principi già enucleati con riferimento alle persone giuridiche nell'ambito del diritto anticoncorrenziale: in disparte il *discrimen* tra quesiti "fattuali" e "auto-incriminanti", la Corte riconduce al diritto al silenzio ogni contributo informativo dal quale possa emergere la responsabilità di una persona fisica.

Inoltre, adducendo ad un ulteriore avanzamento sul piano della tutela dell'accusato, la Corte sviluppa una considerazione, già espressa dal giudice del rinvio, attinente alla frequente contiguità tra procedimenti - amministrativo e penale - nell'ambito del contrasto a fenomeni di abusivismo di mercato. Invero, disconoscere la pregnanza del diritto al silenzio in procedimenti amministrativi che conducano a condanne "punitive" rischierebbe di convalidare l'impiego del materiale dichiarativo, ivi raccolto in spregio alla garanzia dello *ius tacendi*, nell'ambito del procedimento penale successivamente instauratosi.

Sotto il secondo profilo, è utile rimarcare il "*trait d'union*" che caratterizza le pronunce esaminate, indubbiamente costituito da un comune spirito di leale cooperazione tra giurisdizioni nazionali e sovranazionali che, più in generale, rievoca il mutuo obiettivo di definire un'omogenea applicazione dei diritti fondamentali nell'ambito dello spazio giuridico europeo.

A tale scopo, se, da un lato, il giudice lussemburghese ha responsabilmente adoperato gli strumenti propri del diritto primario e dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione, dall'altro, deve denotarsi come tale operazione ermeneutica non si sarebbe resa necessaria qualora, ad oggi, l'UE avesse formalmente aderito alla Convenzione. Una maggiore certezza circa l'omogenea applicabilità delle garanzie convenzionali, infatti, avrebbe assicurato al ricorrente una più tempestiva tutela giurisdizionale.

(41) Così, Cass. Pen., Sez. V, 28 aprile 2022, n. 22969.

(42) Cfr. sul punto, CGUE, Sez. IV, 9 settembre 2021, n. 546/18 che riprende gli indici caratterizzanti la natura "penale" della sanzione. La stessa afferma, con riguardo ai limiti del diritto al silenzio, che esso non può essere circoscritto "alle confessioni di illeciti o alle osservazioni che chiamino direttamente in causa la persona interrogata, bensì comprende anche le informazioni su questioni di fatto che possano essere successivamente utilizzate a sostegno dell'accusa ed avere così un impatto sulla condanna o sulla sanzione inflitta a tale persona".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Proporzionalità della pena

Corte costituzionale 9 marzo 2022, n. 95 - Pres. Amato - Red. Viganò

È dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 726 c.p. (atti contrari alla pubblica decenza) come sostituito dall'art. 2, comma 6, del D.Lgs. n. 8 del 2016, nella parte in cui prevede la sanzione amministrativa pecuniaria «da euro 5.000 a euro 10.000» anziché «da euro 51 a euro 309», prevista per la fattispecie di atti osceni colposi all'art. 527, comma 3, c.p.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Sul giudizio di proporzione intrinseco: Corte cost. 10 marzo 2022, n. 63; Corte cost. 1° febbraio 2022, n. 28; Corte cost. 23 settembre 2021, n. 185; Corte cost. 10 maggio 2019, n. 112; Corte cost. 8 marzo 2019, n. 40; Corte cost. 5 dicembre 2018, n. 222; Corte cost. 10 novembre 2016, n. 236; Corte cost. 25 luglio 1994, n. 341. Sul giudizio di proporzione estrinseco: Corte cost. 23 marzo 2012, n. 68; Corte cost. 3 dicembre 1993, n. 422; Corte cost. 28 luglio 1993, n. 343; Corte cost. 18 luglio 1989, n. 409; Corte cost. 5 maggio 1979, n. 26.
Difforme	Non si rinvengono precedenti difformi

(*Omissis*).

Proporzionalità della pena: la Corte torna a valorizzare il *tertium comparationis*

di Federico Valente Bagattini (*)

Il contributo analizza la sentenza della Corte costituzionale, con cui è stata dichiarata illegittima la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 ad euro 10.000 prevista per gli atti contrari alla pubblica decenza (art. 726 c.p.).
Secondo l'Autore, la pronuncia, basandosi sul confronto con due diversi *tertia comparationis* (gli artt. 527, comma 1, c.p. e 142, comma 9-*bis*, D.Lgs. n. 285 del 1992) e sulle rime adeguate, sembra far regredire e allo stesso tempo innovare la giurisprudenza in materia di proporzione sanzionatoria.
Da una parte, infatti, viene valutato positivamente il recupero del giudizio estrinseco "classico", che era stato progressivamente abbandonato negli ultimi anni; dall'altra, si analizzano pregi e rischi di due inedite operazioni effettuate dalla Corte: la comparazione con un *tertium* eterogeneo e il ricorso alle rime adeguate senza una preventiva sentenza monito di rigetto.
The paper analyzes the judgment n. 95 of 2022 of the Constitutional Court, with which the pecuniary administrative sanction from euro 5,000 to euro 10,000 provided for acts contrary to public decency (art. 726 c.p.) has been declared illegitimate.
According to the author, the judgment, based on the comparison with two different tertia comparationis (Art. 527, paragraph 1, c.p. and 142, paragraph 9-bis, c. road) and on the appropriate rhymes, seems to regress and at the same time to innovate the case-law in the matter of proportion of penalty. On the one hand, in fact, it emphasizes the valuable recovery of the extrinsic "classic" judgment, which had been gradually abandoned in recent years; on the other, it analyzes the merits and risks of two new options carried out by the Court: comparison with a heterogeneous tertium and recourse to appropriate remedies without a prior warning of rejection.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (*double blind*).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Premessa

Il giudizio di ragionevolezza/proporzionalità, tanto di tipo prospettico, quanto di tipo retrospettivo (1), è al centro di un elevato numero di decisioni della Corte costituzionale (2). Specie in quest'ultima veste, volta, cioè, a verificare la congruità del rapporto fra l'entità della sanzione comminata e la gravità dell'illecito commesso, tale giudizio è andato incontro negli ultimi anni ad una interessante evoluzione. In effetti, a partire dalla sentenza Corte Cost. n. 236 del 2016 (3), a cui viene tradizionalmente ricondotto l'avvio del "nuovo corso" (4), non solo si sono moltiplicate le decisioni di accoglimento, ma si è fatta più ricca e articolata la relativa riflessione dottrinale (5). La sentenza n. 95 del 2022 (6) che qui si commenta, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità della sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 ad euro 10.000 prevista per gli atti contrari alla pubblica decenza, rappresenta dunque l'ultima tappa di un lungo e interessante cammino. Al fine di comprenderne l'esatta portata, si rende, pertanto, necessario ripercorrere gli sviluppi della giurisprudenza costituzionale in materia di misura delle pene. Questo ormai sconfinato filone giurisprudenziale ci pare possa essere schematicamente suddiviso in tre grandi fasi. La prima, protrattasi fino ai primi anni Settanta, caratterizzata da un atteggiamento di chiusura, durante la quale la Corte riteneva addirittura non fosse di sua pertinenza effettuare sindacati sulla misura della pena (7). La seconda, dagli anni Settanta sino a circa metà dello scorso decennio, caratterizzata dal giudizio di uguaglianza/ragionevolezza, c.d. "estrinseco" (8). Infine, la terza, a partire dal già menzionato "cambio di passo" (9), caratterizzata invece dal giudizio di ragionevolezza/proporzione, c.d. "intrinseco" (10).

(1) Facciamo riferimento alla dicotomia proposta da N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 114-116 e 231-237 e da F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 116-126. Secondo i predetti Autori, i lemmi "ragionevolezza" e "proporzionalità", spesso utilizzati in maniera "fungibile", esprimerebbero in realtà due diverse tipologie di giudizio: una, cui è dedicata l'opera di Recchia, rivolta al futuro e finalizzata a vagliare la legittimità della norma di condotta (*id est*, della scelta di criminalizzazione) alla luce delle finalità preventive del diritto penale. L'altra, cui è dedicata, invece, l'opera di Viganò, rivolta al passato, volta a verificare la legittimità delle scelte sanzionatorie rispetto alla gravità dell'illecito commesso. Con le presenti note faremo riferimento a quest'ultima accezione.

(2) Cfr. V. Manes - V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 344 e G. Zagrebelsky - V. Marcenò, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, 2018, 169, secondo cui "ragionevolezza" è "la parola che, tra tutte, è forse quella che più ricorre nella giurisprudenza costituzionale".

(3) Sentenza Corte cost. 21 settembre 2016, n. 236 a commento della quale si vedano D. Pulitanò, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 48 ss.; E. Dolcini, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale rideterminа la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1956 ss.; F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità delle pene*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 61 ss.; V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2105 ss.; P. Insolera, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen*, 2017, 176 ss.

(4) L'espressione, pur facendo riferimento ad un contesto più ampio dello specifico settore dei giudizi sulla misura delle pene, è di F. Palazzo, *Un "nuovo corso" della Corte costituzionale?*, in *Cass. pen.*, 2019, 2398 ss. Si veda, sul punto, anche A. Pugiotto, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 785 ss.

(5) R. Bartoli, *Il sindacato di costituzionalità sulla pena tra ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità*, in *Scritti in onore di Domenico Pulitanò*, in corso di pubblicazione; A. Bonomi, *Sanzioni amministrative di "seconda generazione", principio di proporzione, diritti fondamentali*, in *Federalismi*, 5, 2022, 1 ss.; F. Viganò, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, *cit.*; M. Gambardella, *Il primato del diritto dell'Unione e la Carta dei diritti fondamentali: il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria*, in *Cass. pen.*, 2021, 25 ss; E. Addante, *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, Pisa, 2020; A. Pugiotto, *Cambio di stagione*, *cit.*; F. Mazzacuva, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale: le variazioni sul tema rispetto alla confisca*, in *Leg. pen.*, 14 dicembre 2020; I. Grimaldi, *Il principio di proporzionalità della pena nel disegno della Corte costituzionale*, in *Giur. pen.*, 5, 2020, 1 ss.; G. Leo, *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2018; F. Palazzo, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglia e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, I, Mantova, 2017, 311 ss.; D. Pulitanò, *La misura della pena*, *cit.*; S. Leone, *Sindacato di ragionevolezza e* quantum *della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. AIC*, 4,2017; S. Corbetta, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 134 ss.; A. Pizzorusso, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, 192 ss.

(6) Corte cost. 9 marzo 2022, n. 95 a commento della quale si veda L. Rodes, *L'illegittimità costituzionale della sanzione amministrativa pecuniaria per atti contrari alla pubblica decenza: dalla Consulta una nuova conferma dell'applicabilità del principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio anche agli illeciti amministrativi a carattere punitivo*, in *Sist. pen.*, 30 maggio 2022 e R. Battistoni, *Un'altra conferma del superamento del* tertium comparationis *e delle rime obbligate: C. cost. 14.4.2022, n. 95*, in *Leg. pen.*, 7 settembre 2022.

(7) Per alcuni esempi, Corte cost. 27 febbraio, 1973, n. 18; Corte Cost. 11 febbraio 1971, n. 22; Corte Cost. 28 gennaio 1971, n. 15; Corte Cost. 20 giugno 1968, n. 109; Corte Cost. 18 gennaio 1967, n. 45.

(8) Corte cost. 23 marzo 2012, n. 68; Corte Cost. 9 luglio 2002, n. 327; Corte Cost. 14 novembre 1997, n. 329; Corte Cost. 3 dicembre 1993, n. 422; Corte Cost. 28 luglio 1993, n. 343; Corte Cost. 18 luglio 1989, n. 409; Corte Cost. 20 maggio 1982, n. 103; Corte Cost. 5 maggio 1979, n. 26; Corte Cost. 9 giugno 1974, n. 218.

(9) Cfr. nt. 4.

(10) Corte cost. 12 gennaio 2022, n. 28; Corte Cost. 9 giugno 2021, n. 185; Corte Cost. 5 marzo 2019, n. 112; Corte Cost. 23 gennaio 2019, n. 40; Corte Cost. 25 settembre 2018, n. 222; Corte

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Per quanto riguarda la prima, non vi è, per la verità, molto da aggiungere. Nei primi due decenni della sua attività, infatti, la Corte non ha mai interferito con le scelte del legislatore in materia di dosimetria sanzionatoria, perché era convinta che la questione attenesse a scelte di politica legislativa, sottratte al suo sindacato (11). Ad onore del vero, in questo stesso periodo si registrano prese di posizione meno nette da parte del giudice delle leggi. In alcune sentenze, infatti, sembra che la Corte abbia effettivamente vagliato la congruità delle cornici edittali portate alla sua attenzione, salvo poi pervenire a decisioni di rigetto perché persuasa della loro legittimità (12). È il caso, per esempio, della sentenza n. 109 del 1968, con la quale era stata chiamata a giudicare della legittimità costituzionale della pena prevista per il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, ritenuta dal giudice *a quo* irragionevolmente più elevata di quella prevista per l'ingiuria. Nel rigettare la questione, la Corte afferma che "la diversità delle sanzioni disposte nei casi di offesa all'onore e al decoro di una persona, nelle due ipotesi previste rispettivamente dagli artt. 341 e 594 del Codice penale, trova un'ovvia giustificazione nella eterogeneità delle fattispecie criminose in essi considerate: una riguardante l'offesa recata ai privati cittadini, l'altra, invece, rivolta contro chi riveste la qualifica di pubblico ufficiale, e nell'atto dell'esercizio dei poteri a lui conferiti". Al di là di queste leggere oscillazioni quel che è certo è che in questa prima fase non si registrano pronunce di accoglimento.

La seconda fase, invece, è più complessa, sia a causa della sua maggiore estensione temporale sia per la ricchezza e la varietà dei contenuti delle relative decisioni. A partire dalla sentenza n. 218 del 1974, la Corte si attribuisce il potere di sindacare la misura delle pene. Lo fa, però, sempre nel segno della cautela e del massimo rispetto della discrezionalità politica. Il *self restraint* della Corte ci pare si manifesti in due modi: innanzitutto, viene effettuato un giudizio "in negativo" e non "in positivo". Con ciò intendiamo dire che il giudice delle leggi non mira a individuare *la* pena proporzionata per una determinata fattispecie criminosa. Più semplicemente, essa si limita a eliminare trattamenti sanzionatori reputati manifestamente incongrui (13). *In secundis*, le pronunce di questo periodo hanno pur sempre carattere relazionale/comparativo e non assoluto. La Corte, cioè, adotta lo schema triadico della uguaglianza/ragionevolezza, basata sul *tertium comparationis* (14). Il suo obiettivo è eliminare dall'ordinamento ingiustificate discriminazioni sanzionatorie - illegittime disparità di trattamento ovvero illegittime parificazioni di trattamento - non già, come detto, garantire un giusto rapporto di corrispondenza fra entità della sanzione, da una parte, e gravità del reato, dall'altra. Tale tipologia di giudizio, c.d. "estrinseco", utilizzato dalla Corte anche per sindacare l'*an* e il *quomodo* delle norme penali (15), si basa sulla comparazione tra il trattamento sanzionatorio oggetto di censura e quello previsto per un'altra fattispecie, denominata, appunto, *tertium comparationis* (16). Più in

Cost. 21 settembre 2016, n. 236, cit. Appartiene, inoltre, al filone dei giudizi intrinseci, la risalente sentenza Corte Cost. 19 luglio 1994, n. 341.

(11) In questi termini, Corte cost. n. 22 del 1971 dove, nel rigettare la questione di costituzionalità avente ad oggetto il minimo edittale del delitto di furto, si afferma che "È ben vero che la severità delle pene previste dal codice vigente per il furto [...] è vivacemente criticata in dottrina, ma la questione esula da un qualsivoglia riscontro di costituzionalità, poiché attiene a scelte di politica legislativa, sottratte al sindacato di questa Corte. Pur se tali scelte, operate in altro clima storico e sociale, apparissero non più attuali rispetto alle conseguenze sanzionatorie delle violazioni di altri beni, la cui protezione assurge - a differenza di quella della proprietà - a diritto presidiato come primario e fondamentale della Costituzione, ciò postulerebbe e solleciterebbe l'intervento del legislatore".

(12) È quanto acutamente rileva A. Pizzorusso, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo di ragionevolezza*, *cit.*, secondo cui dietro le apparentemente nette prese di posizioni della Corte sarebbe possibile riscontrare l'"affermazione della possibilità di controllare la ragionevolezza delle norme sulla fissazione delle pene, la quale ha incoraggiato i giudici ordinari a moltiplicare le impugnazioni di questo tipo".

(13) In questi termini, pur riferendosi sia alla proporzione c.d. "ordinale" e cioè estrinseca, sia a quella c.d. "cardinale" e cioè intrinseca diffusa negli ultimi anni, F. Viganò, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 271, secondo cui "il criterio della proporzionalità della pena non ha affatto come obiettivo quello di stabilire *la* pena appropriata per ogni singolo reato: il suo compito è semplicemente quello di denunciare pene *sproporzionate* al reato commesso. La sua funzione pratica è, insomma, di carattere *negativo*".

(14) Su tale tipologia di giudizio si veda, nell'ambito di una vastissima produzione dottrinale, V. Manes - V. Napoleoni, *op. cit.*, 344-378; R. Bartoli, *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1540 ss.; G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012; V. Manes, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 2012, 99 ss.; M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2000; F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 350 ss.; G. Zagrebelsky, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Roma, 1994.

(15) Da ultimo, sentenza Corte cost. 12 luglio 2022, n. 174 in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova.

(16) Sui caratteri del *tertium comparationis* si sofferma V. Manes, *La legge penale illegittima*, cit., 357-362.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

particolare, sulla comparazione alla luce di un criterio, costituito dal bene giuridico tutelato ovvero da altri elementi strutturali aventi tratti di affinità (17). Il *tertium* ha una duplice fondamentale funzione. Da una parte, consente di "svelare" l'irragionevolezza censurata. Dall'altra, consente di individuare il trattamento sanzionatorio da sostituire a quello dichiarato illegittimo senza che la Corte sconfini nel campo della discrezionalità politica. In buona sostanza, l'idea è che, accertata l'identità in termini di disvalore fra due fattispecie criminose punite in maniera diversa, l'unica soluzione costituzionalmente legittima sia ricondurle sotto la medesima cornice edittale. E tale soluzione, anziché essere frutto di una scelta discrezionale, costituisce, invece, una conseguenza del tutto "automatica" della dichiarazione di accoglimento. Si tratta del noto meccanismo delle "rime obbligate", espressione coniata da Vezio Crisafulli per giustificare l'attività manipolativa e non meramente demolitoria della Corte costituzionale (18). Quanto detto ci sembra trovi pieno riscontro nelle pronunce aventi ad oggetto illegittime disparità di trattamento - che si ha laddove fattispecie uguali sono punite in maniera diversa ovvero una fattispecie più grave è punita in maniera più lieve di una meno grave - mentre alcune precisazioni si rendono necessarie in caso di illegittime parificazioni sanzionatorie - che si ha, invece, quando due fattispecie diverse sono punite in maniera uguale (19). In quest'ultima ipotesi, infatti, la comparazione può essere svolta nella prima fase del controllo di legittimità (c.d. *pars destruens*), ossia quando la Corte è chiamata a verificare la ragionevolezza del trattamento sanzionatorio censurato. Non, però, nella seconda (c.d. *pars construens*), quando invece essa è chiamata a "gestire" gli effetti della eventuale dichiarazione di accoglimento. In questo caso, infatti, non potendo trarre dal *tertium* il sostitutivo sanzionatorio, alla Corte si aprono due possibilità: dichiarare costituzionalmente illegittima la disposizione censurata, nella parte in cui prevede il medesimo trattamento sanzionatorio anche per la fattispecie meno grave (20). Oppure, laddove ciò determinasse insostenibili vuoti di tutela, rigettare la questione invitando il legislatore a farsi carico del problema (21). In caso contrario, laddove, cioè, la Corte non si limitasse ad una pronuncia meramente demolitoria ovvero di rigetto ma individuasse essa stessa in maniera discrezionale una nuova cornice edittale, compirebbe un'operazione considerata fino a pochi anni fa vietata in quanto di pertinenza del legislatore (22).

A partire dagli anni Novanta, inoltre, viene riconosciuta rilevanza costituzionale al principio di proporzione, fino a quel momento assente nella giurisprudenza costituzionale. Riassumendo quanto espresso dal giudice delle leggi nelle fondamentali sentenze n. 313 del 1990 (23) e n. 343 del 1993 (24), l'idea è che la proporzione fra reato e pena sia necessaria per realizzare la funzione rieducativa. Laddove, invece, le pene non fossero ben calibrate sul disvalore del fatto, si svilupperebbe nel reo un sentimento di ingiustizia e ostilità nei confronti dell'ordinamento, che renderebbe impossibile sin dall'inizio aderire al progetto rieducativo.

(17) Che il fulcro del giudizio di uguaglianza/ragionevolezza è costituito dal criterio alla luce del quale effettuare la comparazione è affermato da R. Bartoli, *Il sindacato di costituzionalità sulla pena*, cit., 7, secondo cui "Il giudizio di ragionevolezza estrinseco triadico ha il proprio fondamento nell'eguaglianza. Eguaglianza significa non solo e non tanto comparazione tra due realtà, tra due norme, ma anche, e prima ancora, individuazione di un parametro alla luce del quale compiere la comparazione. L'eguaglianza, la comparazione di per sé nulla dicono, mentre assumono un significato e possono operare nel momento in cui si seleziona un parametro attraverso il quale, nel compiere la comparazione, si può stabilire se due entità sono analoghe oppure differenti". Cfr., sul punto, anche G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., 52-54.

(18) V. Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, 1707 ss.

(19) Sottolinea la differenza fra queste due tipologie di situazioni, V. Manes, *La legge penale illegittima*, cit., 362-364.

(20) È la soluzione adottata dalla Corte proprio con la sentenza Corte cost. 9 luglio 1974, n. 218, con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo assoggettare alla medesima sanzione sia il fatto di chi caccia senza essere coperto da assicurazione, sia il fatto di chi, pur essendo assicurato, è sorpreso a cacciare privo dei relativi documenti dimostrativi, o della sentenza Corte cost. 24 maggio 1979, n. 26 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 186 c.p.m.p. nella parte in cui puniva con la medesima pena dell'ergastolo l'omicidio consumato, l'omicidio preterintezionale e l'omicidio tentato del superiore gerarchico nonché le lesioni dolose gravi e gravissime sempre del superiore.

(21) Sentenza Corte cost. 2 febbraio 2007, n. 22.

(22) Più o meno in questi termini si esprime la sentenza Corte cost. 8 aprile 2014, n. 81 che, proprio distinguendo tra questioni relative ad illegittime disparità di trattamento e illegittime parificazioni di trattamento, chiaramente afferma: "Le due prospettive non sono, peraltro, equivalenti. Nel primo caso - ove ravvisi l'arbitrarietà della soluzione legislativa denunciata - la Corte può rimuovere il *vulnus* allineando la risposta punitiva della fattispecie in discussione a quella della fattispecie analoga; nel secondo dovrebbe scegliere invece essa stessa, in modo 'creativo', la pena da sostituire a quella censurata, così da 'scaglionare' le ipotesi in comparazione sul piano sanzionatorio: operazione che le è preclusa. In effetti, 'se non si riscontra una sostanziale identità tra le fattispecie prese in considerazione, e si rileva invece, come nel caso in esame, una sproporzione sanzionatoria rispetto a condotte più gravi, un eventuale intervento di riequilibrio di questa Corte non potrebbe in alcun modo rimodulare le sanzioni previste dalla legge, senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore' (sentenza n. 22 del 2007)".

(23) Sentenza Corte cost. 2 luglio 1990, n. 313 a commento della quale si veda G. Fiandaca, *Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1990, 2386 ss.

(24) Sentenza Corte cost. 28 luglio 1993, n. 343.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tali sentenze, sebbene abbiano avuto l'effetto di allargare i referenti costituzionali alla stregua dei quali valutare la legittimità della misura delle pene - non più solo l'art. 3, comma 1, Cost. bensì il combinato disposto fra quest'ultimo e l'art. 27, comma 3, Cost. - non pare abbiano inciso sul 'meccanismo di funzionamento' del giudizio stesso. Salvo la pioneristica sentenza n. 341 del 1994 (25), rimasta un caso isolato, infatti, questo ha continuato per lungo tempo ad essere condotto secondo lo schema triadico della uguaglianza/ragionevolezza (26).

È solo in anni recenti, con l'ultima fase della giurisprudenza costituzionale in materia di misura delle pene, che le cose hanno iniziato a cambiare. Come anticipato, infatti, a partire dalla seconda metà dello scorso decennio, la Corte costituzionale ha dato avvio a una vera e propria rivoluzione, attraverso il progressivo abbandono del *tertium comparationis* (27). La prima tappa è costituita dalla già menzionata sentenza n. 236 del 2016, con la quale è stata dichiarata costituzionalmente illegittima la pena della reclusione da 5 a 10 anni prevista per il delitto di alterazione di stato "documentale" (art. 567, comma 2, c.p.). Con tale sentenza la Corte effettua per la prima volta un giudizio "imperniato sulla manifesta irragionevolezza intrinseca della risposta sanzionatoria stabilita dalla norma censurata", anziché una "verifica sull'asserito diverso trattamento sanzionatorio di condotte simili o identiche, lamentato attraverso la mera identificazione di disposizioni idonee a fungere da *tertia comparationis*". In questo caso, però, il *tertium* rimane necessario per individuare il trattamento sanzionatorio da sostituire a quello dichiarato illegittimo, che nel caso di specie viene tratto ancora una volta a rime obbligate dal primo comma del medesimo articolo.

L'ultimo passo viene compiuto dalla successiva sentenza Corte Cost. n. 222 del 2018 (28) con la quale viene meno anche il secondo "dogma" del sindacato estrinseco e cioè proprio le rime obbligate A partire da questa sentenza, infatti, la Corte ritiene che a consentire il suo intervento di fronte a un "riscontrato *vulnus* ai principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio - non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e ratio, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*. Essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte 'precisi punti di riferimento' e soluzioni 'già esistenti' [...] - esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non 'costituzionalmente obbligate' - che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima". Ciò, senza che venga meno "la possibilità per il legislatore di intervenire in qualsiasi momento a individuare, nell'ambito della propria discrezionalità, altra - e in ipotesi più congrua - soluzione sanzionatoria, purché rispettosa dei principi costituzionali".

La differenza fra vecchio e nuovo orientamento è notevole e può essere così sintetizzata. Mentre prima la Corte doveva necessariamente fare riferimento ad un *tertium comparationis* che fungeva da "misura" della sproporzione e da "sostitutivo sanzionatorio" obbligato in quanto unica soluzione possibile, adesso può, per così dire, "fare da sé": sia per quanto riguarda l'accertamento della sproporzione, visto che il nuovo sindacato non mira più ad eliminare contraddizioni sistematiche bensì a valutare direttamente il rapporto tra entità della sanzione e gravità del fatto. Sia per quanto riguarda la gestione degli effetti della dichiarazione di illegittimità, visto che la Corte ritiene di poter scegliere fra più soluzioni costituzionalmente legittime, ancorché già vigenti nell'ordinamento (29).

(25) Sentenza Corte cost. 25 luglio 1994, n. 341 a commento della quale si veda, ancora una volta, G. Fiandaca, *Nota a Corte costituzionale 25 luglio 1994, n. 341*, in *Foro it.*, 1995, 2585 ss.

(26) Lo rileva E. Addante, *op. cit.*, 56-60.

(27) Per la verità, tale rivoluzione non riguarda soltanto lo specifico settore dei giudizi sulla misura della pena, ma coinvolge tutta l'attività della Corte, anche quella non giurisdizionale. Si pensi, solo per fare un esempio, alla adozione delle cc.dd. sentenze di "incostituzionalità differita", dapprima nel noto caso Cappato e nuovamente nel 2020 e nel 2021 per risolvere le questioni di legittimità in materia di diffamazione a mezzo stampa ed ergastolo ostativo. Ma si pensi anche ai viaggi nelle scuole e nelle carceri, al sempre più frequente ricorso ai comunicati stampa ovvero alla più stabile presenza in rete e sui *social network*. Fra i più critici di queste molteplici innovazioni A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cos*t., 2019, 251 ss. e Id, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi*, 2021, 170 ss.

(28) A commento della quale si veda P. Insolera, *Oltre le rime costituzionali obbligate: la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura delle pene*, in *Giur. comm.*, 2020, 39 ss.; R. Bartoli, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. comm.*, 2018, 2566 ss.; P. Pisa, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo "riformatore" della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, 2019; 216 ss.; A. Galluccio, *La sentenza della Consulta su pene fisse e "rime obbligate": costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolente*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2018.

(29) Sulle differenze fra sindacato estrinseco ed intrinseco sulla misura della pena si veda, per tutti, F. Viganò, *La proporzionalità della pena*, cit., 160-171 e 260-274, che distingue tra proporzionalità ordinale e proporzionalità cardinale.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tale nuovo orientamento, espresso per la prima volta con le sentenze Corte Cost. 236/2016 e Corte Cost. 222/2018 ha poi trovato conferma in numerose ulteriori pronunce emesse sino ai giorni nostri (30). Proprio per questo motivo, come anticipato, ci sembra di poter affermare che tale tipologia di giudizio, intrinseco e basato sulle rime adeguate, costituisce, salvo alcune precisazioni di cui si dirà più avanti (31), il metodo di giudizio caratterizzante l'ultima fase della giurisprudenza costituzionale in materia di misura delle pene.
È alla luce di questa lunghissima evoluzione che deve essere analizzata la sentenza in commento, la quale appare particolarmente interessante per almeno due motivi. Come vedremo, infatti, essa sembra, da una parte, riportare la giurisprudenza indietro nel tempo, laddove sottopone il trattamento sanzionatorio censurato ad un duplice sindacato estrinseco (32). Dall'altra, sembra introdurre alcuni elementi di novità, sia per quanto riguarda lo stesso giudizio estrinseco, condotto almeno in parte sulla base di un *tertium comparationis* eterogeneo (33). Sia per quanto riguarda le "rime adeguate", adottate per la prima volta senza una preventiva sentenza monito di rigetto (34).

Il (parziale) ritorno al passato: l'irragionevolezza estrinseca dell'art. 726 c.p.

Come anticipato, oggetto della questione di legittimità costituzionale era la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 ad euro 10.000 prevista per gli atti contrari alla pubblica decenza (art. 726 c.p.). Il Giudice di Pace di Sondrio, chiamato a giudicare sul ricorso avverso un'ordinanza-ingiunzione, riteneva tale trattamento sanzionatorio sproporzionato alla luce di quello previsto per la fattispecie di atti osceni colposi, puniti all'art. 527, comma 3, c.p. con la più lieve sanzione pecuniaria da euro 51 ad euro 309. Il giudice rimettente lamenta quindi una irragionevole disparità di trattamento che potrebbe essere sintetizzata nei termini che seguono: posto che gli atti osceni, per la loro necessaria connotazione sessuale, sono più gravi di quelli contrari alla pubblica decenza è del tutto irrazionale averli sottoposti ad un trattamento sanzionatorio più lieve. Per tale motivo, viene suggerito di parificare le "pene" previste per le due fattispecie, attraverso la trasposizione in seno all'art. 726 c.p. proprio della sanzione pecuniaria da euro 51 ad euro 309 degli atti osceni colposi.
L'Avvocatura generale dello Stato, eccepita l'inammissibilità della questione sotto il profilo della insufficiente descrizione della fattispecie concreta e della carente motivazione della rilevanza della questione, si difende nel merito sostenendone l'infondatezza. In particolare, la difesa erariale ritiene che mutamenti avvenuti a livello sociale abbiano sostanzialmente invertito il grado di disvalore delle due diverse condotte. Mentre, infatti, l'evoluzione dei costumi sessuali avrebbe indotto a "considerare come di ridotto disvalore condotte meramente colpose contrastanti con la morale sessuale [...] inalterata risulterebbe, invece, l'esigenza di sanzionare condotte colposamente contrastanti con le regole del vivere civile, oggi percepite come più fortemente antisociali che in passato, in quanto funzionali 'al fine primo dell'ordinamento giuridico': '*ne cives ad arma veniant*'". Ciò, soprattutto, aggiunge la difesa dello Stato, a causa della "sempre più vasta convivenza di gruppi culturali di origine estremamente diversa sul territorio nazionale per effetto del fenomeno migratorio".
Sul punto si esprime quindi il giudice delle leggi che, respinte le questioni di inammissibilità, ricostruito il contesto normativo di riferimento e ribadita la validità del principio di proporzione anche nel campo degli illeciti punitivi amministrativi (35), dichiara la questione fondata. Nel farlo, decide di seguire, sebbene con alcune differenze, la linea indicata dal giudice rimettente, cioè impostando la questione in termini relazionali ed estrinseci.
Sul punto la Corte è subito estremamente chiara e, alla luce dei recenti sviluppi di cui *supra* (36), decisamente sorprendente. Mentre, infatti, a partire dalla sentenza Corte cost. n. 236 del 2016 fino alla sentenza Corte cost. n. 63 del 2022, la Corte era solita affermare che il limite all'ampia discrezionalità del legislatore in materia di dosimetria sanzionatoria era costituito dal principio di proporzionalità, da intendersi sia in relazione alle pene previste per altre fattispecie (proporzione estrinseca o "ordinale"), sia soprattutto in relazione alla gravità della specifica condotta illecita (37)

(30) Cfr. le sentenze citate alla nt. 10.
(31) *Infra*, par. 3.
(32) *Infra*, parr. 2 e 3.
(33) *Infra*, par. 3.
(34) Par. 4.
(35) Nella sentenza viene fatto esplicito riferimento a Corte cost. n. 112/2019. Si tratta della prima pronuncia con cui la Corte ha esteso il principio di proporzione alle sanzioni amministrative. In argomento, A. Bonomi, *Sanzioni amministrative "di seconda generazione", principio di proporzione, diritti fondamentali*, cit., nonché, con riferimento anche agli altri principi di garanzia penalistici, F. Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1775 ss.
(36) Par. 1.
(37) *Ex plurimis*, sentenza Corte cost. 8 febbraio 2022, n. 63 in cui si afferma che "In base alla costante giurisprudenza di questa

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

(proporzione intrinseca o cardinale (38)), nella sentenza in commento scompare ogni riferimento al rapporto diretto tra disvalore del fatto e livello di afflittività della sanzione. Sul punto, anzi, sembra si assista ad un vero e proprio cambio di paradigma, laddove la Corte afferma, in maniera netta, che "una tale discrezionalità non può sconfinare nella manifesta irragionevolezza e nell'arbitrio, come nei casi in cui la scelta sanzionatoria risulti macroscopicamente incoerente rispetto ai livelli medi di sanzioni amministrative previste per illeciti amministrativi di simile o maggiore gravità (39)".

Dopo, dunque, una parentesi di circa sei anni, il limite alla discrezionalità legislativa torna qui ad essere costituito da una proporzione concepita unicamente in termini relazionali ed estrinseci. Ed anche il sentimento di ingiustizia percepito dal reo, sintomo di illegittimità tanto della sanzione penale in senso stretto quanto di quella punitivo-amministrativa (40), discende dal "*vulnus*" avvertito a quel "valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un Paese civile" tutelato dall'art. 3 Cost., e rappresentato dalla "coerenza tra le parti di cui si compone (41)": una incoerenza, appunto, ancora una volta estrinseca.

Fatta questa premessa, il giudizio, come anticipato, viene in effetti svolto seguendo lo schema della ragionevolezza uguaglianza. Salvo un iniziale abbozzo di sindacato intrinseco (42), infatti, la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 ad euro 10.000 prevista per gli atti contrari alla pubblica decenza (art. 726 c.p.) viene sottoposto ad una duplice comparazione. Dapprima, con il trattamento sanzionatorio previsto per l'illecito amministrativo di cui all'art. 142, comma 9-*bis*, cod. strada (43). Poi con quello degli atti osceni dolosi (art. 527, comma 1, c.p.).

È, dunque, a questi due diversi giudizi estrinseci che verrà dedicato il paragrafo seguente.

Il primo elemento di novità: il confronto con i "livelli medi" di sanzioni previste per illeciti di simile o maggiore gravità

Prima di procedere oltre ci sembra opportuno soffermarsi ancora brevemente sulla questione relativa all'abbandono del *tertium comparationis* caratterizzante l'ultima fase della giurisprudenza costituzionale in materia di misura delle pene (44). Senza voler negare che ciò sia realmente avvenuto, sono doverose alcune precisazioni. In effetti, sebbene da qualche anno l'intenzione dichiarata della Corte sia sindacare la sproporzione intrinseca delle cornici edittali portate di volta in volta alla sua attenzione, ci pare di poter affermare, come peraltro sottolineato già da parte della dottrina, che anche nell'ultimo periodo i giudizi sulla misura della pena abbiano continuato ad essere condotti, se non in maniera esclusiva, quantomeno *anche* in termini comparativo/relazionali (45): nella sentenza Corte cost. n. 40 del 2019, per esempio, la pena di 8 anni di reclusione prevista all'art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309 del 1990 viene considerata irragionevole "sol che si consideri che il minimo edittale del fatto di non lieve entità è pari al doppio del massimo edittale del fatto lieve (46)"; nella sentenza Corte cost. n. 236 del 2016 "un ruolo non secondario" è svolto "dallo specifico riferimento al più mite trattamento sanzionatorio

Corte [...], ai sensi del combinato disposto degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. l'ampia discrezionalità di cui dispone il legislatore nella quantificazione delle pene incontra il proprio limite nella manifesta sproporzione della singola scelta sanzionatoria, *sia in relazione alle pene previste per altre figure di reato* (sentenze n. 88 del 2019, n. 68 del 2012, n. 409 del 1989 e n. 218 del 1974), *sia rispetto alla intrinseca gravità delle condotte abbracciate da una singola figura di reato* (sentenze n. 136 e n. 73 del 2020, n. 284 e n. 40 del 2019, n. 222 del 2018, n. 236 del 2016 e n. 341 del 1994). Il limite in parola esclude, più in particolare, che la severità della pena comminata dal legislatore possa risultare manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del reato: il che accade, in particolare, ove il legislatore fissi una misura minima della pena troppo elevata, vincolando così il giudice all'inflizione di pene che potrebbero risultare, nel caso concreto, chiaramente eccessive rispetto alla sua gravità (da ultimo, sentenza n. 28 del 2022)" (corsivo nostro).

(38) Parla di proporzionalità "ordinale" e di proporzionalità "cardinale", F. Viganò, *La proporzionalità della pena*, cit.

(39) Corte cost. n. 95/2022.

(40) Il legame tra principio di proporzione e finalità rieducativa della pena è sancito, come si è già detto, a partire dalla sentenza Corte cost. 26 giugno 1990, n. 313 e costantemente ribadito nelle sentenze successive. Cfr., *ex plurimis*, Corte cost. 23 marzo 2012, n. 68.

(41) Corte cost. 14 aprile 2022, n. 95.

(42) Compiuto mediante il riferimento al "limitato disvalore" della condotta vietata, che si risolve secondo la Corte "in una espressione di trascuratezza rispetto alle regole di buona educazione proprie di una civile convivenza".

(43) D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285 "Nuovo codice della strada": "Chiunque supera di oltre 60 km/h i limiti massimi di velocità è soggetto alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 845 a euro 3.382. Dalla violazione consegue la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da sei a dodici mesi, ai sensi delle norme di cui al capo I, sezione II, del titolo VI".

(44) *Supra* par. 1.

(45) Cfr. R. Bartoli, *Il sindacato di costituzionalità sulla pena*, cit., in particolare 15-16 nonché gli autori citati nelle successive nt. 16, 17 e 18.

(46) Corte cost. 8 marzo 2019, n. 40, a commento della quale si veda R. Bartoli, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul* quantum *di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 967 ss.; G. Dodaro, *Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità*, in questa *Rivista*, 2019, 1403 ss.; P.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

stabilito per il delitto di alterazione di stato mediante sottrazione di un neonato" (47); nella sentenza Corte cost. n. 222 del 2018, infine, più che un difetto di proporzionalità, oggetto di censura era la fissità della sanzione accessoria prevista all'art. 216, ultimo comma, l.fall. (48).

Il recupero del *tertium comparationis* effettuato dalla Corte con la sentenza in commento, dunque, non sembra rilevare tanto su un piano, per così dire, "pratico-operativo", bensì su quello più generale attinente alle considerazioni di principio che la Corte normalmente antepone allo svolgimento del giudizio stesso.

Ad attenuare l'apparente "passo indietro" compiuto dalla Corte ci sembra concorra altresì una inedita tipologia di comparazione, effettuata per la prima volta con la sentenza in commento sulla base dei già menzionati "livelli medi di sanzioni amministrative previste per illeciti amministrativi di simile o maggiore gravità (49)", anziché sul classico *tertium comparationis*, avente bene giuridico e struttura analoghi alla fattispecie oggetto di censura. Come anticipato, infatti, il trattamento sanzionatorio degli atti contrari alla pubblica decenza viene posto a confronto con quello - pari ad euro 845 nel minimo ed euro 3.382 nel massimo - applicabile nei confronti di chi alla guida di un veicolo supera di oltre 60 km/h il limite massimo di velocità. Si tratta dell'illecito amministrativo previsto all'art. 142, comma 9-*bis*, cod. strada., totalmente eterogeneo sia dal punto di vista strutturale che del bene giuridico tutelato. Nonostante la mancanza di qualsivoglia elemento di affinità che, come detto, aveva invece sempre caratterizzato il *tertium* (50), la Corte ritiene tale comparazione ugualmente idonea a dimostrare la sproporzione per eccesso della sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 ad euro 10.000 censurata. Secondo il giudice delle leggi, infatti, chi commette l'illecito stradale in questione, "lungi dal determinare mera molestia e fastidio nell'occasionale spettatore [...] espon[e] a grave pericolo l'incolumità e la vita stessa di altri utenti del traffico". In buona sostanza, la Corte ritiene che l'illecito di cui all'art. 142, comma 9-*bis*, cod. strada. sia più grave degli atti contrari alla pubblica decenza e che pertanto sia irragionevole aver sottoposto questi ultimi ad un trattamento sanzionatorio più elevato.

Se già quanto appena rilevato sarebbe forse stato di per sé sufficiente per giungere alla dichiarazione di illegittimità, la Corte decide di arricchire la sua pronuncia attraverso una ulteriore considerazione. In particolare, come anticipato, attraverso il confronto fra la sanzione amministrativa pecuniaria degli atti contrari alla pubblica decenza e quella, identica nel minimo (euro 5.000) e tre volte superiore nel massimo (euro 30.000) prevista per gli atti osceni dolosi (art. 527, comma 1, c.p.).

Com'è noto, la riflessione dottrinale intorno a queste fattispecie si è sviluppata nel corso degli anni attorno a due diverse concezioni: una, più tradizionale, di tipo pubblicistico-sovraindividuale, secondo cui il pudore e la pubblica decenza costituiscono beni strumentali propri della collettività (51); l'altra, più moderna, personalistico-individuale, in base alla quale, invece, detti beni afferiscono alla persona, di cui costituiscono libertà negative (52). Ebbene, è proprio prendendo posizione fra queste due diverse concezioni che la Corte può rispedire al mittente le considerazioni

Insolera, *Discrezionalità legislativa in materia penale-sanzionatoria ed effettività della tutela dei diritti fondamentali. La Corte prosegue il suo "nuovo corso" e invalida la pena minima dell'art. 73, c. 1, T.U. Stupefacenti*, in *Ind. pen.*, 2019, 253 ss.

(47) Corte cost. 10 novembre 2016, n. 236. Sottolineano l'importanza assunta dal *tertium* anche in questa sentenza V. Manes, *La legge penale illegittima*, cit., 364-365 e D. Pulitanò, *La misura della pena*, cit., 53 che parla, infatti, di "fascinosa motivazione".

(48) Non a caso, è proprio su questo aspetto, e cioè sulla fissità della pena accessoria, che la Corte è intervenuta con la sentenza Corte cost. 5 dicembre 2018, n. 222, attribuendo al giudice discrezionalità nel momento commisurativo, senza in alcun modo incidere sul limite di 10 anni, rimasto inalterato. In particolare, la fissità della pena accessoria è stata ritenuta contrastante con i noti canoni di mobilità e individualizzazione della pena sanciti sin dalla sentenza Corte cost. 14 aprile 1980, n. 50. Cfr., sul punto, R. Bartoli, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, cit.; P. Insolera, *Oltre le rime costituzionali obbligate: la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura delle pene*, in *Giur. comm.*, 2020, 39 ss.

(49) Corte cost. n. 95/2022.

(50) *Supra* par. 1.

(51) V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, VII, 1984; Mazzanti, voce *Osceno*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, 1968, 241 ss.; R. Venditti, *La tutela penale del pudore e della pubblica decenza*, Milano, 1963; A. R. Latagliata, *Atti osceni e atti contrari alla pubblica decenza*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 49 ss.; R. Pannain, *L'oggettività giuridica dei delitti contro la moralità pubblica*, in *Studi in onore di A. Rocco*, II, 1952, 285 ss.

(52) V. Braschi, *Atti osceni in luogo pubblico e tutela del minore*, in questa *Rivista*, 2018, 887 ss.; B. Romano, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2016; E. Mazzanti, *La giurisprudenza sugli atti osceni, tra tensioni interpretative ed esigenza di riforma*, in *Cass. pen.*, 2012, 2751 ss.; V. Santoro, *Violenza sessuale, atti osceni ed atti contrari alla pubblica decenza: indeterminatezza delle fattispecie e improrogabilità di un intervento riformatore*, in *Crit. dir.*, 2012, 122 ss.; M. Donini, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1546 ss.; C. Farina, *Il reato di atti osceni in luogo pubblico: tensioni interpretative e prospettive personalistiche nella tutela del pudore*, in questa *Rivista*, 2005, 865 ss.; C. Zaza, *Atti osceni e atti contrari alla pubblica decenza*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1988. Fondamentale rimane, ancora oggi, l'opera di G. Fiandaca, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume. Profili penali, costituzionali e politico-criminali*, Padova, 1984.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

difensive espresse dalla Avvocatura generale dello Stato in ordine all'asserito maggior disvalore assunto nel tempo dagli atti contrari alla pubblica decenza (53). Secondo il giudice delle leggi, infatti, mentre quest'ultimo illecito "sanziona [...] condotte scostumate e inurbane, atte a ingenerare molestia e fastidio negli spettatori [...] la fattispecie di atti osceni [...] comprende condotte connotate da gravità tutt'altro che trascurabile, come in particolare gli atti esibizionistici, i quali sono spesso percepiti dalla persona che ne sia involontariamente spettatrice come atti aggressivi, idonei a ingenerarle il comprensibile timore di successivi atti di natura violenta [...]. Di tali condotte oggi semmai si riconosce, assai più chiaramente di quanto non accadesse in passato, la dimensione lesiva non solo e non tanto del 'pudore' [...], quanto soprattutto degli interessi e dei diritti fondamentali delle persone nei cui confronti tali condotte sono, spesso, specificatamente indirizzate". Insomma, mentre gli atti contrari alla pubblica decenza, pur potendo arrecare molestia e fastidio, si risolvono, come affermato in un precedente passaggio della sentenza, "in una espressione di trascuratezza rispetto alle regole di buona educazione proprie di una civile convivenza", gli atti osceni costituiscono per la Corte delle vere e proprie aggressioni alla sfera sessuale della persona, meritevoli di trattamento differenziato rispetto all'affine ma ben più lieve illecito di cui all'art. 726 c.p.

Il secondo elemento di novità: il ricorso alle "rime adeguate" senza una preventiva sentenza monito di rigetto

Accertata la violazione dell'art. 3 Cost., nei termini poc'anzi illustrati, la Corte si trovava di fronte ad una situazione particolarmente delicata. Innanzitutto, deve essere subito sottolineato come la essa non potesse trarre dai due *tertia comparationis* evocati il trattamento sanzionatorio da trasporre nell'art. 726 c.p. Né dall'art. 142, comma 9-*bis*, cod. strada., in quanto fattispecie in grado di svelare l'irragionevolezza della sanzione censurata ma non certo di fornire la soluzione sostitutiva, obbligata o adeguata che fosse poiché, come detto, totalmente eterogenea. Né, tantomeno, dagli atti osceni dolosi, visto che proprio aver previsto per quest'ultimi un minimo edittale identico a quello degli atti contrari alla pubblica decenza era stato ritenuto irragionevole da parte della Corte. Peraltro, si è già detto di come in passato la Corte tendesse ad arrestarsi allorquando, di fronte ad una illegittima parificazione sanzionatoria, avrebbe dovuto scegliere fra più soluzioni costituzionalmente legittime per far fronte al vizio di costituzionalità (54). Per la verità, essendo state introdotte ormai da qualche anno le rime adeguate, ciò ha reso davvero problematica la decisione della Corte è l'assenza, a quanto ci consta, di preventivi "moniti" e cioè di decisioni di rigetto. In effetti, l'analisi della più recente giurisprudenza consente di poter affermare che, quantomeno in materia di misura delle pene, pressoché tutte le pronunce con cui la Corte ha adottato soluzioni a "rime adeguate" sono state precedute da sentenze di rigetto. In particolare, attraverso quest'ultime la Corte, dopo aver accertato l'illegittimità di una determinata disciplina, invitava il legislatore a riformarla in senso costituzionalmente conforme (55). Sembra, anzi, che sia stata proprio la costante inerzia del legislatore, sempre sordo rispetto alle molteplici sollecitazioni provenienti dal giudice delle leggi, ad aver indotto quest'ultimo a mutare il proprio orientamento in senso maggiormente discrezionale. Sul punto è particolarmente esplicativa, fra le altre, Corte cost. n. 156 del 2020 dove, nell'accogliere una questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 131-*bis* c. p., si afferma che "è proprio la circostanza che il legislatore non abbia sanato l'evidente scostamento della disposizione censurata dai parametri costituzionali", già segnalata con la precedente sentenza monito di rigetto Corte cost. n. 207 del 2017, "che impone oggi a questa Corte di intervenire con il diverso strumento della declaratoria di illegittimità costituzionale (56)".

(53) *Supra* par. 1.

(54) Si rinvia sul punto a quanto affermato *supra* par. 1 e nt. 19 e 22.

(55) Ordinanza Corte cost. 31 maggio 2012, n. 134, in materia di pena accessoria per il delitto di bancarotta fraudolenta, sentenza Corte cost. 13 luglio 2017, n. 179 in materia di traffico di sostanze stupefacenti, Corte cost. 17 luglio 2017, n. 207 in materia di particolare tenuità del fatto, Corte cost. 11 febbraio 2020, n. 15 in materia di pena pecuniaria sostitutiva di pena detentiva breve, a cui hanno fatto seguito rispettivamente le sentenze Corte cost. n. 222/2018, Corte cost. n. 40/2019, Corte cost. n. 156/2020, 28/2022, tutte di accoglimento. Costituiscono, altresì, esempi di sentenze-monito, seppur in forma diversa e assai più "pressante", le famose ordinanze di "incostituzionalità differita" Corte cost. 16 novembre 2018 in materia di aiuto al suicidio e Corte cost. 26 giugno 2020, n. 132 in materia di diffamazione a mezzo stampa. Anche in questo caso, al 'silenzio' del legislatore la Corte ha risposto con sentenze di accoglimento Corte cost. 22 novembre 2019, n. 242 (aiuto al suicidio) e Corte cost. 12 luglio 2021, n. 150 (diffamazione).

(56) Sentenza Corte cost. 21 luglio 2020, n. 156 a commento della quale si veda G. Amarelli, *Tenuità del fatto: parzialmente illegittimi i limiti di pena per la sua applicazione*, in *Giur. cost.*, 2021, 1402 ss.; V. Bove, *La particolare tenuità del fatto e i reati senza il minimo edittale di pena detentiva: la Corte decide per l'illegittimità costituzionale parziale*, in questa *Rivista*, 2020, 1565 ss.; E.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nonostante, dunque, si trovasse in una situazione che in passato l'avrebbe verosimilmente indotta a rigettare la questione, la Corte decide ugualmente di intervenire. In particolare, reputando congrua la soluzione "costituzionalmente adeguata" proposta dal remittente di trasporre nell'art. 726 c.p. la sanzione pecuniaria da euro 51 ad euro 309 prevista per gli atti osceni colposi (art. 527, comma 3, c.p.). Secondo il giudice delle leggi, infatti, nonostante questi ultimi siano connotati da un necessario coinvolgimento della sfera sessuale (estranea agli atti contrari alla pubblica decenza), "la natura meramente colposa della condotta [...] esclude in radice quella dimensione aggressiva posseduta, invece, dagli atti sessuali deliberatamente compiuti in pubblico, spesso diretti verso una o più vittime determinate (57)". In definitiva, per la Corte gli atti osceni colposi, al pari di quelli contrari alla pubblica decenza non realizzano un'offesa alla persona. Pertanto, entrambi possono sottoposti al medesimo trattamento sanzionatorio.

La sentenza n. 95 del 2022 della Consulta: un ritorno al passato, con alcune novità

Alla luce di quanto esposto, ci pare di poter concludere affermando che con la sentenza n. 95 del 2022 la giurisprudenza costituzionale in materia di proporzione sanzionatoria abbia fatto un passo indietro e al contempo due passi in avanti. Due di questi sono assolutamente apprezzabili e si spera che troveranno conferma in futuro. Sul terzo, invece, occorre spendere qualche ulteriore osservazione.

Iniziando da quello che ci sembra costituire un passo indietro rispetto ai più recenti sviluppi, ci pare che non possa che essere salutato con favore il pieno recupero del *tertium comparationis*. Pur apprezzando il motivo che probabilmente indusse la Corte al suo abbandono - una più efficace tutela dei diritti fondamentali e la piena affermazione del principio di proporzionalità - ci sembra che davvero non sia sufficiente rimettere il giudizio di sproporzione interamente all'intuito del giudice delle leggi, come pare avvenga quando si effettua un giudizio intrinseco. Come peraltro già segnalato anni orsono da autorevolissima dottrina, infatti, ci sembra che, mancando il *tertium*, il giudizio divenga inevitabilmente apodittico e quindi, in definitiva, non controllabile il ragionamento giuridico ad esso sotteso (58). Meglio, dunque, il giudizio estrinseco che, proprio grazie alla comparazione, si dimostra più solido e trasparente dal punto di vista argomentativo, maggiormente controllabile e, pur con alcuni limiti, altrettanto efficace. Parimenti apprezzabile, inoltre, ci sembra il passo avanti compiuto dalla Corte attraverso l'apertura della comparazione a *tertia* eterogenei. Tale "tecnica argomentativa", da utilizzare evidentemente con cautela visto l'alto tasso di discrezionalità che determina, sembra in grado di mitigare tanto i limiti del giudizio intrinseco quanto quelli dell'estrinseco classico (59). Da una parte, infatti, esso è in grado di fornire un metro di paragone per misurare la sproporzione, senza rimettere tale operazione interamente all'intuito del giudice delle leggi. Dall'altra, tale giudizio, pur mantenendo natura comparativa, finisce per dipendere meno dalla razionalità del "microsistema" sanzionatorio di riferimento, in

Contieri, *Una ragionevolezza "a rime sciolte". Breve commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 156 del 2020*, in *Quest. giust.*, 2020; I. Giugni, *Tenuità del fatto e limiti di pena: la Corte costituzionale suona sempre due volte. Nuove tecniche decisorie e rinnovate strategie di dialogo con il legislatore*, in *Cass. pen.*, 2021, 880 ss.; G. Panebianco, *Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: la Corte costituzionale ridisegna il perimetro applicativo dell'art. 131*-bis *c.p.*, in *Giur. it.*, 2021, 189 ss., nonché, volendo F. Valente, *Ragionevolezza intrinseca e particolare tenuità del fatto: la Corte allarga i presupposti applicativi dell'art. 131*-bis *c.p. con un intervento solo apparentemente a "rime adeguate"*, in *Cass. pen.*, 2021, 2015 ss.

(57) Corte cost. n. 95 del 2022, cit.

(58) Impossibile non fare riferimento alle pagine di F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 374-375, in cui si legge che "La Corte può individuare tutti i fattori che hanno concorso all'opzione legislativa sulla misura della pena, e può altresì ridisegnare il loro intreccio e la ponderazione della loro diversa e reciproca incidenza, ma non potrà mai razionalizzare in termini rigidi la loro 'traduzione quantitativa', l'espressione numerica che essi assumono nel *quantum* di pena comminato. E anche quando il giudizio sulla misura della pena viene circoscritto al pur centrale parametro della proporzione tra disvalore del bene e del fatto ed entità della risposta sanzionatoria, l'eterogeneità delle grandezze a confronto rende pressoché indispensabile cercare di razionalizzare il giudizio attraverso l'uso del t*ertium comparationis*. In sostanza il giudizio di proporzione sulla misura della pena è un giudizio per forza di cose relativo e non già assoluto. Vogliamo dire cioè che, se sostanzialmente impossibile è instaurare una corrispondenza biunivocamente necessaria ('giusta', 'esatta', 'costituzionalmente obbligata') tra un certo fatto criminoso ed una determinata misura di pena, è invece possibile verificare se quel rapporto reato/pena sia proporzionato non in sé ma alla stregua, a confronto di un altro rapporto reato/pena che (implicitamente) si assume invece come proporzionato ('giusto', 'esatto')".

(59) Sembra suggerire una soluzione analoga lo stesso redattore della sentenza in commento, F. Viganò, *La proporzionalità della pena*, cit., secondo cui "potrebbe concedersi che, *in talune ipotesi*, il giudizio sulla sproporzionalità 'intrinseco' [...] si muova ancora all'interno di una logica *comparativa*, mediante il raffronto tra l'entità della pena comminata dalla singola disposizione censurata e i *livelli sanzionatori medi* previsti in un determinato settore dell'ordinamento penale per reati omogenei, o comunque con i *livelli sanzionatori complessivi* previsti nell'ordinamento *stesso*; sì che la rilevazione della sproporzionalità del singolo trattamento sanzionatorio risulterebbe pur sempre 'relativa' a un dato contesto ordinamentale, specificatamente individuato nello spazio e nel tempo".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mancanza della quale l'estrinseco classico non può funzionare (60). In effetti, il necessario riferimento ad un *tertium comparationis* omogeneo, caratterizzante quella che abbiamo definito la seconda fase della giurisprudenza costituzionale in materia di proporzione sanzionatoria, se da una parte poneva la Corte al riparo da critiche di eccessiva politicità, dall'altra poteva talvolta rendere maggiormente difficoltoso se non addirittura impossibile pervenire a decisioni di accoglimento. In particolare, ciò accadeva, oltre che in mancanza di soluzioni a rime obbligate, allorquando il giudice a quo individuava quale *tertium* una fattispecie inconferente ovvero quando, a causa degli elevati livelli sanzionatori medi previsti nell'ordinamento, il *tertium* mancava del tutto. Se nel primo caso, però, l'impasse poteva tranquillamente essere superata sollevando una nuova questione di legittimità sulla base di un diverso (e stavolta corretto) *tertium comparationis*, niente era possibile nella seconda ipotesi. Pur a fronte di pene fortemente indiziate di incostituzionalità, infatti, l'inesistenza del *tertium* non consentiva alla Corte di intervenire. È questo il vero limite che ci sembra affligga il giudizio di sproporzione estrinseco classico e che costituisce un autentico paradosso: come è stato efficacemente sottolineato, più le pene sono nel loro complesso sproporzionate, più in definitiva sarà difficile dichiararle illegittime (61). È quanto ci sembra sia accaduto, per esempio, con la sentenza Corte cost. n. 117 del 2021 (62), con la quale è stata dichiarata addirittura inammissibile la questione relativa al minimo edittale del delitto di furto in abitazione. Sebbene l'esito della pronuncia si spieghi in parte anche sulla base di alcuni difetti dell'ordinanza di rimessione, il rigetto della questione della questione è stato principalmente dovuto dall'impossibilità di individuare un adeguato *tertium comparationis* a causa della "pressione punitiva ormai estremamente rilevante" in materia di reati contro il patrimonio. In effetti, fintanto che ci si mantiene entro il sistema delineato dal Titolo XIII, Libro Secondo del Codice penale, - si far per dire - *nulla quaestio*: la pena della reclusione da 4 a 7 anni prevista all'art. 624-*bis*, comma 1, c.p. è del tutto coerente con le severe pene previste per gli altri delitti contro il patrimonio. Se, però, si allargasse l'area di comparazione, estendendola, per esempio, a delitti contro la vita e l'incolumità individuale, tale draconiana cornice edittale sembrerebbe perdere di legittimità. Come si potrebbe giustificare, infatti, che il furto in abitazione sia punito in modo complessivamente più severo delle lesioni dolose, dell'omicidio colposo "semplice" e di quello stradale non aggravato? Ed ancora, com'è possibile che il suo minimo edittale sia identico a quello dell'infanticidio? (63).

Ci rendiamo conto che un simile modo di procedere lascerebbe aperta, aggravandola, l'ulteriore problematica della individuazione del trattamento sanzionatorio "di risulta". Si tratta, però, di questione che deve essere tenuta distinta, in quanto attinente, più che al giudizio di sproporzione, alle tecniche decisorie della Corte (64). Anche perché abbiamo visto come la Corte sia ormai solita superare il problema attraverso il costante ricorso alle "rime adeguate".

Veniamo, dunque, al secondo passo in avanti, realizzato, come anticipato, proprio attraverso l'utilizzo delle adeguate senza un preventivo monito (65). Abbiamo visto come il loro utilizzo trovi solitamente

(60) F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza*, cit.; R. Bartoli, *Il sindacato sulla pena*, cit.; D. Brunelli, *La Corte costituzionale "vorrebbe ma non può" sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. cost.*, 2007, 181 ss.

(61) Così, quasi testualmente, D. Brunelli, *La Corte costituzionale "vorrebbe ma non può" sulla entità delle pene, cit.*, secondo cui "più sono prive di razionalità le previsioni sanzionatorie meno è possibile caducarle per irrazionalità. Il metodo del confronto suppone un minimo di coerenza interna".

(62) Sentenza Corte cost. 7 giugno 2021, n. 117 a commento della quale si veda Y. M. Citino, *Il moto oscillatorio della Corte costituzionale in tema di proporzionalità della pena: notazioni minime alla sent. n. 117 del 2021*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1108 ss.

(63) Cfr., già con riferimento già alla precedente riforma Orlando, F. Palazzo, *La Riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 52 ss.; D'Auria, *Gli inasprimenti sanzionatori della c.d. riforma Orlando*, in *Giust. pen.*, 1, 2017, 566 ss.; A. Leopizzi, *Gli aumenti sanzionatori previsti dalla Riforma Orlando. Asimmetrie sistematiche e segni di sfiducia nella dosimetria della pena da parte del giudice*, in *Giust. pen.*, 2017, 566 ss. Problematica analoga sembra essersi posta, con riferimento alla materia dell'immigrazione, in sentenza Corte cost. 6 dicembre 2006, n. 22, a commento della quale si veda D. Brunelli, *La Corte costituzionale "vorrebbe ma non può" sulla entità delle pene*, cit.

(64) In questi termini, R. Bartoli, *Il sindacato sulla pena*, cit.

(65) Da segnalare che taluno, a seguito di recenti pronunce, aveva invece immaginato un ridimensionamento delle rime adeguate, se non addirittura un loro progressivo abbandono. Cfr. L. Tomasi, *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *Sist. pen.*, 4 ottobre 2021. *Contra*, C. De Luca, *La Corte costituzionale torna sulle "rime possibili": un'insolita pronuncia di mero accoglimento per caducare una sanzione amministrativa fissa (osservazioni a margine della sent. n. 185 del 2021)*, in *Cons. Onl.*, 3, 2021, 111 ss., in particolare 1017 e Pinardi, *L'*horror vacui *nel controllo di costituzionalità su misure di carattere sanzionatorio (nota a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 185 del 2021)*, in *Nomos*, 3, 2021. Sulla particolarità della tecnica decisoria adottata dalla sentenza Corte cost. n. 185 del 2021 (la caducazione secca della norma censurata) si sofferma anche N. Recchia, *Principio di proporzione e sanzioni amministrative. Ancora un importante intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2021, 1942 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

la propria base di legittimazione nell'inerzia del legislatore. La Corte, cioè, dopo aver lasciato primariamente al legislatore la possibilità di intervenire su una determinata materia, si appropria dopo un certo lasso di tempo di una certa dose di discrezionalità proprio sul presupposto che quest'ultimo sembra aver abdicato alle sue funzioni. Così non è nel caso di specie, dove la Corte interviene direttamente. Occorre, pertanto, interrogarsi sul significato di questa operazione. Ebbene, a noi pare che un simile modo di procedere, se dovesse trovare conferma in altre future sentenze, rischi di porsi in tensione con il potere legislativo. Così facendo, infatti, la Corte non solo si pone sul suo stesso livello, ma forse addirittura al di sopra proprio perché compie una scelta discrezionale riservata ad un altro potere senza aver dato previamente ad esso la possibilità di intervenire. È pur vero, però, che nel caso di specie erano coinvolti interessi posti davvero ai margini del sistema e sanzioni estremamente esigue. Fintanto che, dunque, il ricorso alle rime adeguate nei termini di cui sopra si limiterà ad ipotesi siffatte, ci sembra che i possibili profili di frizione risultino decisamente ridimensionati.

Infine, bisogna anche aggiungere che un'attenta analisi della sentenza consente forse di poter affermare che la soluzione adottata dalla Corte - la trasposizione nell'art. 726 c.p. della sanzione amministrativa pecuniaria degli atti osceni colposi - sia in realtà meno discrezionale e molto più "obbligata" di quanto in apparenza possa sembrare. In effetti, una volta affermata l'identità disvaloriale tra le due fattispecie poste a confronto, ci sembra che l'unica soluzione possibile sia proprio quella adottata dalla Corte e cioè la parificazione sanzionatoria. Del resto, non sarebbe la prima volta che, come è stato sottolineato, la Corte propende per una accezione molto estesa di rime adeguate, comprensiva non solo delle soluzioni già presenti nell'ordinamento ma anche di quelle possibili in ottica *de iure condendo* (66).

(66) Cfr. R. Bartoli, *Il sindacato di costituzionalità sulla pena*, cit., 12 secondo cui "a volte la mancanza di rime obbligate è derivata o da una concezione troppo rigorosa e restrittiva di rima obbligata, per cui si è ritenuto che non fosse obbligata nemmeno quella che nell'eliminare la norma illegittima fa rientrare l'ipotesi speciale in quella generale; oppure da una concezione troppo estesa di 'mancanza di soluzione obbligata', ricomprendendo tra le 'più soluzioni possibili' anche quelle non ancora vigenti, ma adottabili *de iure* condendo", Id., *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità?*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 149-152 dove, a commento della sentenza Corte cost. n. 222 del 2018, si distingue tra più soluzioni configurabili in astratto e più soluzioni configurabili in concreto. Con riferimento alla sentenza Corte cost. n. 156/2020, volendo, Valente, *Ragionevolezza intrinseca e particolare tenuità del fatto: la Corte allarga i presupposti applicativi dell'art. 131*-bis *c.p. con un intervento solo apparentemente a "rime adeguate"*, cit., 2019-2021.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Abnormità degli atti

Cassazione Penale, SS.UU., 5 ottobre 2022 (ud. 28 aprile 2022), n. 37502 - Pres. Cassano - Rel. Ricciarelli - P.M. Pratola (Conf.) - Ric. Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Prato

È abnorme, e quindi ricorribile per cassazione, l'ordinanza del giudice dell'udienza preliminare che, investito di richiesta di rinvio a giudizio, disponga, ai sensi dell'art. 33-*sexies* c.p.p., la restituzione degli atti al pubblico ministero sull'erroneo presupposto che debba procedersi con citazione diretta a giudizio, trattandosi di atto che impone al pubblico ministero di compiere una attività processuale *contra legem* ed in violazione dei diritti difensivi, successivamente eccepibile, ed è idoneo, pertanto, a determinare una indebita regressione, nonché la stasi del procedimento.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass. Pen., Sez. II, 21 luglio 2021, n. 28304, rv. 281802; Cass. Pen., Sez. I, 29 ottobre 2020, n. 30062, rv. 279729; Cass. Pen., Sez. III, 16 giugno 2020, n. 18297, rv. 279238; Cass. Pen., Sez. V, 8 marzo 2018, n. 10531, rv. 272593; Cass. Pen., Sez. V, 19 agosto 2016, n. 35153, rv. 267766; Cass. Pen., Sez. I, 12 marzo 2015, n. 10666, rv. 262694; Cass. Pen., Sez. III, 11 dicembre 2014, n. 51424, rv. 261397; Cass. Pen., Sez. V, 18 aprile 2012, n. 15051, rv. 252475; Cass. Pen., Sez. V, 30 luglio 2008, n. 31975, rv. 241162; Cass. Pen., Sez. III, 20 giugno 2008, n. 25204, rv. 240246.
Difforme	Cass. Pen., Sez. II, 11 agosto 2020, n. 23814, rv. 279547; Cass. Pen., Sez. VI, 13 febbraio 2019, n. 6945, rv. 275083; Cass. Pen., Sez. VI, 26 ottobre 2009, n. 41037, rv. 245033; Cass. Pen., Sez. I, 23 dicembre 2008, n. 47766, rv. 242747.

In fatto e in diritto

Il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Prato, con ordinanza *ex* art. 33-*sexies* c.p.p., disponeva la restituzione degli atti al Pubblico Ministero rilevando che per le ipotesi di reato di cui all'art. 4 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 avrebbe dovuto procedersi con citazione diretta a giudizio, dati i limiti edittali della pena prevista al momento del compimento del fatto.

Avverso tale ordinanza proponeva ricorso il Pubblico Ministero presso il Tribunale di Prato, deducendo l'abnormità del provvedimento in relazione agli artt. 4, 416 e 550 c.p.p. con conseguente stasi del procedimento. In particolare, la pubblica accusa rilevava che, in relazione alla fattispecie contestata, i limiti edittali della pena erano stati aumentati in pendenza di procedimento e, invocando l'orientamento giurisprudenziale prevalente, sottolineava che in tali ipotesi deve comunque procedersi con richiesta di rinvio a giudizio ai sensi dell'art. 416 c.p.p. qualora la modifica sia già intervenuta al momento dell'esercizio dell'azione penale dovendosi applicare il principio del "*tempus regit actum*", a prescindere dall'irretroattività rilevante ai soli fini sostanziali. In base a tale assunto, ad avviso del Pubblico Ministero, l'ordinanza del Giudice non era soltanto erronea ma anche abnorme poiché idonea a determinare una stasi del procedimento in quanto la pubblica accusa avrebbe dovuto ottemperare al provvedimento esercitando l'azione penale con citazione diretta ponendo in essere, in tal modo, un atto nullo e chiedeva, pertanto, l'annullamento dell'ordinanza stessa.

Il Procuratore Generale presso la Corte di cassazione, con requisitoria scritta, dinnanzi alla Terza Sezione, chiedeva l'annullamento senza rinvio del provvedimento impugnato, condividendo le ragioni del Pubblico Ministero.

La Terza Sezione della Suprema Corte, investita del ricorso, rilevava, tuttavia, un contrasto giurisprudenziale in merito alla qualificazione del provvedimento come abnorme e rimetteva, pertanto, la questione alle Sezioni Unite. In particolare, nell'ordinanza di rimessione si dava atto del fatto che il P.M. aveva correttamente esercitato l'azione penale tramite la richiesta di rinvio a giudizio, proprio in considerazione dell'ormai consolidato orientamento che, in ambito processuale, impone di applicare il principio del "*tempus regit actum*", in virtù del quale occorre guardare alla normativa vigente nel momento in cui la norma processuale deve essere applicata e, quindi, nel caso di specie, occorreva fare riferimento alla pena prevista al momento in cui è stata esercitata l'azione penale e non a quella prevista al momento del compimento del fatto. Quanto al profilo connesso all'abnormità, la Terza Sezione, ferma restando la distinzione tra abnormità strutturale e abnormità funzionale, richiamava la più recente elaborazione giurisprudenziale in base alla quale, in generale, sarebbe da escludersi l'automatica ricorrenza dell'abnormità quando l'atto, anche se erroneo, rientri nei poteri del giudice poiché la regressione del procedimento, di per sé, non avrebbe valore sintomatico. In particolare, però, con specifico riguardo alla natura del provvedimento con cui sia erroneamente disposta la restituzione degli atti al pubblico ministero in base all'art. 33-*sexies* c.p.p., la Sezione rimettente rilevava un primo orientamento, minoritario, in ragione del quale sarebbe da escludere che il provvedimento di restituzione sia abnorme, in quanto non si porrebbe né al di fuori del sistema normativo né determinerebbe l'irrimediabile stasi processuale poiché rappresenterebbe uno dei possibili esiti decisori dell'udienza preliminare e, quindi, verrebbe in gioco un potere riconosciuto al giudice; a tale orientamento, si contrappone l'impostazione maggioritaria che ritiene che nelle

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ipotesi di indebita restituzione sia sempre ravvisabile una regressione anomala del procedimento che, in quanto tale, dà luogo ad abnormità derivante dall'imposizione, al pubblico ministero, di emanare di un atto nullo.
Il Procuratore Generale, con successiva requisitoria, concludeva per l'inammissibilità del ricorso modificando quindi le conclusioni precedentemente formulate. Sottolineava, infatti, che la citazione a giudizio emessa nei casi in cui è prevista l'udienza preliminare dà luogo a nullità non assoluta bensì intermedia e dall'accoglimento della relativa eccezione deriverebbe la regressione del procedimento al fine di porre rimedio alla violazione dei diritti della difesa. Inoltre, l'ulteriore regresso non darebbe luogo a stasi in quanto troverebbe soluzione nella dinamica processuale in base all'art. 550, comma 3, c.p.p. e l'unico limite per il G.U.P. sarebbe quello di non poter disporre la restituzione degli atti ai sensi dell'art. 33-*sexies* c.p.p. previa riqualificazione del fatto poiché in tali casi si avrebbe effettivamente una stasi processuale ma nei casi in cui la restituzione non è dipesa dalla previa riqualificazione sarebbe da escludersi l'abnormità.
Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno concluso per l'abnormità dell'ordinanza del G.U.P. ed hanno dunque disposto l'annullamento senza rinvio del provvedimento impugnato.
In primo luogo, il Supremo Collegio osserva che nel caso di specie è stato correttamente applicato il principio del "*tempus regit actum*" e, dunque, il P.M. ha correttamente esercitato l'azione penale tramite la richiesta di rinvio a giudizio in quanto, in caso di modifica normativa, qualora si tratti di applicare una norma processuale incidente sulla competenza o sulle modalità dell'esercizio dell'azione penale, deve guardarsi al contenuto delle disposizioni vigenti nel momento in cui la norma processuale deve essere applicata. Posto che, quindi, l'ordinanza del G.U.P. è effettivamente erronea ed ha prodotto un'indebita regressione del procedimento, le Sezioni Unite rivolgono l'attenzione alla questione connessa all'abnormità. In primo luogo, i Giudici della Suprema Corte esaminano l'istituto in questione evidenziandone la *ratio*, la disciplina e richiamando la consolidata impostazione che distingue tra abnormità funzionale ed abnormità strutturale. Dopo aver effettuato tale premessa, le Sezioni Unite si concentrano sulla disamina della giurisprudenza in tema di abnormità e regressione anomala del procedimento, precisando che in alcuni casi, quest'ultima è stata ritenuta indice di abnormità funzionale, in altri casi di abnormità strutturale, mentre in altri casi ancora è stata esclusa la possibilità di riconoscere automaticamente valore sintomatico, in termini di abnormità, alla regressione del procedimento.
Dopo aver analizzato il quadro generale, le Sezioni Unite, in accordo con la Sezione rimettente, effettivamente ravvisano la sussistenza del contrasto interpretativo, così come delineato nell'ordinanza di rimessione, in ordine alla qualificazione come abnorme del provvedimento *ex* art. 33-*sexies* c.p.p. con cui il giudice dell'udienza preliminare indebitamente restituisce gli atti al P.M. sull'erroneo presupposto che debba procedersi con citazione diretta a giudizio. I Supremi Giudici affermano, innanzitutto, di condividere l'orientamento favorevole alla ravvisabilità dell'abnormità del provvedimento in esame sia nelle ipotesi di previa riqualificazione del fatto, sia nei casi di restituzione indebita disposta per motivi diversi, come nel caso di specie, dalla riqualificazione. In questi ultimi casi, sottolineano le Sezioni Unite, viene in rilievo un potere in astratto attribuito al giudice ma in violazione della disciplina sul riparto dei procedimenti e oltre i limiti consentiti, così da determinare un'alterazione dello sviluppo procedimentale. Tale situazione, ad avviso del Supremo Collegio, non si pone soltanto in contrasto con i principi di efficienza e ragionevole durata del processo, ma determina anche una stasi processuale non connessa alla regressione in sé bensì al fatto che si imporrebbe al P.M. un adempimento *contra legem* che darebbe certamente luogo ad un atto affetto da nullità a regime intermedio in quanto l'udienza preliminare rappresenta una fase processuale maggiormente garantita la cui mancanza produce un pregiudizio al diritto di difesa.

Una nuova dogmatica in tema di abnormità: il principio del giusto processo come parametro di valutazione per la sussistenza del vizio

di Matilde Perruccio (*)

Con la sentenza in commento, le Sezioni Unite hanno risposto al quesito se sia abnorme il provvedimento del giudice dell'udienza preliminare con cui sia erroneamente disposta la restituzione degli atti al pubblico ministero al fine di procedere con citazione diretta a giudizio anziché con richiesta di rinvio a giudizio. Il presente contributo si pone quindi l'obiettivo di indagare la varia e complessa dogmatica attualmente esistente in tema di abnormità per comprendere, da un lato, se la decisione della Suprema Corte sia condivisibile e, dall'altro lato, se siano prospettabili delle diverse ricostruzioni di quello che, con grandi sforzi dottrinali e giurisprudenziali, viene generalmente definito "atto abnorme".

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (*double blind*).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

With the decision under consideration, the United Sections of the Court of Cassation answered the question if it is abnormal the decision of the judge of the preliminary hearing that erroneously orders the return of the documents to the public prosecutor to proceed with a direct summons for trial instead of a request for referral to trial. The present paper aims to investigate the various and complex dogmatic currently existing in terms of abnormality in order to understand, on one hand, if the decision of the Supreme Court can be shared and, on the other hand, if it is possible to propose different reconstructions of what, with great doctrinal and jurisprudential efforts, is generally called "abnormal act".

La questione rimessa all'attenzione delle Sezioni Unite

Con la sentenza in commento, le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono state chiamate a risolvere il quesito "se sia abnorme il provvedimento del giudice dell'udienza preliminare che, ai sensi dell'art. 33-*sexies* c.p.p., disponga la restituzione degli atti al pubblico ministero sull'erroneo presupposto che, per il reato per il quale è stato richiesto il rinvio a giudizio, l'azione penale debba essere esercitata con citazione diretta a giudizio", in riferimento ad un caso nel quale la pena prevista per il reato ipotizzato era stata ridotta dopo la commissione del fatto, ma prima dell'esercizio dell'azione penale.

La decisione riveste quindi un particolare interesse in quanto ha rivisitato l'annosa questione del concetto e dei limiti di applicazione dell'abnormità dell'atto processuale penale in una ipotesi che involge anche problemi di diritto intertemporale. La sua analisi prenderà quindi le mosse da quest'ultimo aspetto.

Irretroattività e *tempus regit actum*

Il primo profilo che merita di essere esaminato è relativo ai principi che regolano l'applicazione della legge processuale penale nel tempo. Come è noto, con riferimento alla legge penale sostanziale, assumono rilievo due principi fondamentali: il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole ed il principio di – tendenziale – retroattività della legge penale favorevole. Il primo fa divieto di applicare la legge penale a fatti commessi prima della sua entrata in vigore qualora da essa derivino effetti sfavorevoli per il reo; per contro, il secondo consente di applicare retroattivamente la legge penale non ancora entrata in vigore al momento del compimento del fatto qualora essa comporti effetti favorevoli per il reo (1).

Viceversa, in ambito processuale trova applicazione il principio del *tempus regit actum* in ragione del quale, in caso di modifica normativa, gli atti processuali ancora da compiere dovranno essere regolati dalla nuova disciplina (2). Da ciò deriva che quando occorre applicare una legge processuale si dovrà guardare alla disciplina vigente nel momento in cui deve essere compiuta l'attività processuale.

Se, dunque, in linea generale, è pacifico che, in caso di modifica normativa, legge penale sostanziale e legge penale processuale seguono sorti diverse, nel caso di specie la questione è resa più problematica dal fatto che la novella, come premesso, intacca direttamente la legge penale sostanziale e solo indirettamente la legge processuale. Infatti, con riguardo alle ipotesi di reato di cui all'art. 4, D.Lgs. n. 74 del 2000, prima della modifica, la pena massima corrispondeva a tre anni di reclusione e solo successivamente all'intervento del Legislatore (3) i limiti edittali sono stati aumentati ad anni quattro e mesi sei di reclusione. In una simile situazione, gli effetti che si riverberano sul processo penale riguardano proprio le modalità dell'esercizio dell'azione penale, perché se si prende in considerazione la pena prevista al momento del compimento del fatto (quindi quella vigente prima della modifica) dovrebbe procedersi con citazione diretta a giudizio; per contro, se ci si riferisce alla pena modificata dovrebbe procedersi con la richiesta di rinvio a giudizio.

In siffatte ipotesi, in base ai principi precedentemente esposti dovrebbe assumere rilievo la disciplina vigente nel momento in cui la norma processuale deve essere applicata e, dunque, dovrebbe concludersi per

(1) Data l'ampiezza del tema e della bibliografia in materia, per ragioni di economia del presente contributo si rinvia a G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., 2019, Torino, 97 ss.

(2) Per una disamina di maggior dettaglio si veda P. Tonini - C. Conti, *Manuale di procedura penale*, XII ed., 2022, Milano, 62 ss. Gli Autori, in particolare, sottolineano la problematicità sottesa all'ipotesi in cui la nuova legge non disponga alcuna previsione circa i rapporti giuridici pendenti nel momento in cui la novella entra in vigore. In tali ipotesi, tuttavia, deve ritenersi applicabile l'art. 11 disp. prel. c.c. che, da un lato, sancisce l'efficacia immediata della nuova disciplina e, dall'altro lato, ne afferma l'irretroattività.

(3) Art. 39, comma 1, lett. d), D.L. 26 ottobre 2019, n. 124 conv. con modificazioni dalla L. 19 dicembre 2019, n. 157.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'esercizio dell'azione penale tramite la richiesta di rinvio a giudizio. In questo senso si è espressa anche la giurisprudenza che, infatti, afferma che nel caso di modifica normativa con la quale vengono introdotti più elevati limiti edittali, deve procedersi con richiesta di rinvio a giudizio ai sensi dell'art. 416 c.p.p., qualora la modifica sia già intervenuta al momento dell'esercizio dell'azione penale, dovendosi applicare il principio del *tempus regit actum*, a prescindere dall'irretroattività sul piano sostanziale del trattamento deteriore (4); profilo, quest'ultimo, che rileverà solo in termini di determinazione della pena.

L'abnormità dell'atto processuale penale

Tanto premesso, va osservato che la questione centrale intorno a cui ruota la sentenza in commento inerisce all'abnormità dell'atto processuale, tema particolarmente complesso e, per certi aspetti, farraginoso di cui si ricostruiranno i profili di maggior importanza per la sentenza in commento.
La categoria dell'abnormità non trova nessun riferimento codicistico in quanto si tratta di un istituto di creazione giurisprudenziale volto a rendere impugnabili quei "provvedimenti affetti da anomalie così gravi da renderli del tutto eccentrici rispetto al sistema del codice" (5). Si tratta, infatti, di un vizio non tipizzato che legittima il ricorso immediato per Cassazione, prima dell'irrevocabilità della sentenza, in virtù dell'art. 111, comma 7, Cost. (6) Dunque, attualmente, l'abnormità dell'atto costituisce autonomo motivo di ricorso davanti alla Suprema Corte (7).
Come osservato in dottrina, anche nella *Relazione al progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale* si dà conto del fatto che, proprio in ragione dell'eccezionalità del vizio, vi è una presa di consapevolezza da parte del Legislatore in ordine all'impossibilità di tipizzare con rigore i casi in cui un determinato atto sarebbe da considerarsi come abnorme; viene, dunque, rimessa alla sensibilità dei giudici l'individuazione delle caratteristiche del vizio in esame (8). La giurisprudenza, chiamata quindi a delineare il volto dell'abnormità, ha prospettato una ricostruzione, ormai consolidata, che tende a distinguere tra abnormità strutturale ed abnormità funzionale: la prima ricorre nei casi in cui un determinato provvedimento, in ragione della singolarità del suo contenuto, risulti essere avulso dall'intero ordinamento; la seconda ricorre qualora un determinato provvedimento, pur essendo estrinsecazione di un legittimo potere riconosciuto dall'ordinamento, si collochi al di fuori dei casi consentiti determinando, in tal modo, una stasi del processo (9).

(4) *Ex multis* Cass. Pen., Sez. II, 12 febbraio 2021, n. 9876, rv. 280724; Cass. Pen., Sez. III, 4 marzo 2020, n. 18297, Castigliola, rv. 279238.

(5) P. Tonini - C. Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., 229.

(6) P. Tonini - C. Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., 229 in cui si evidenzia che l'impugnabilità del provvedimento non dipende dalla sua conoscenza legale, che può ben mancare, bensì dalla sua conoscenza effettiva; per un approfondimento relativo ai termini di impugnazione si veda M.F. Cortesi, *Poteri del giudice di pace e abnormità del provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in questa *Rivista*, 2006, 7, 901 ss.; in relazione alla ricorribilità per Cassazione sono interessanti le riflessioni di V.G. Foci, *Il provvedimento abnorme nel decreto penale di condanna*, in questa *Rivista*, 2011, 11, 1386 ss. con cui si sottolinea che proprio perché il provvedimento abnorme incide sul corretto sviluppo della progressione processuale, non potrebbe essere il giudice *a quo* a dichiarare inammissibile l'impugnazione volta a lamentare l'abnormità del provvedimento. Questo perché la *ratio* dell'impugnazione è proprio quella di rimuovere dal processo una situazione anomala che, in quanto tale, contrasta con il potere del giudice *a quo* di bloccare l'impugnazione stessa. In una simile situazione, peraltro, il giudizio circa l'ammissibilità del gravame, davanti alla Cassazione, coincide con il problema della fondatezza della questione relativa all'abnormità poiché una volta stabilita la natura abnorme dell'atto, ne deriva in automatico l'ammissibilità e la fondatezza del ricorso proposto;

(7) M. Catalano, *Il concetto di abnormità fra problemi definitori ed applicazione giurisprudenziale*, in questa *Rivista*, 2000, 9, 1240 ss. sottolinea che a seguito della novella del 1955, l'abnormità è passata da essere una deroga alla tassatività dei mezzi di impugnazione ad una deroga alla tassatività dei motivi di ricorso.

(8) M. Torre, *L'abnormità nella procedura di archiviazione, tra obbligatorietà dell'azione penale e separazione delle funzioni*, in questa *Rivista*, 2022, 10, 1319 ss.; M. Cecchi, *Non è abnorme il provvedimento che invita il P.M. a (ri)valutare l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in questa *Rivista*, 2018, 9, 1165 ss.; C. Papagno, *Ancora incertezze sul giudizio di abnormità dell'atto processuale penale*, in questa *Rivista*, 2007, 9, 1200 ss.; M.F. Cortesi, *Poteri del giudice di pace e abnormità del provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto, cit.,* 901 ss.; non è dunque difficile immaginare la copiosità della giurisprudenza sul tema.

(9) *Ex multis* Cass. Pen., SS.UU., 10 dicembre 1997, Di Battista, in *CED*, n. 209603; Cass. Pen., SS.UU., 24 novembre 1999, Magnani, in *CED*, n. 215094; Cass. Pen., SS.UU., 22 giugno 2009, n. 25957, Toni, in *Cass. pen.*, 2009, 12, 4549; Cass. Pen., SS.UU., 1° febbraio 2008, Battistella, in *Cass. pen.*, 6, 2310; A. Capone, *Per una dogmatica dell'abnormità*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1, 68 ss. L'Autore, peraltro, sottolinea che secondo parte della dottrina, in un simile contesto, oltre all'impossibilità di delimitare l'abnormità in ragione dell'imprevedibilità che caratterizza il vizio, sarebbe altresì inopportuno cercare di delimitare uno strumento che consente flessibilità al sistema ; M. Catalano, *Il concetto di abnormità fra problemi definitori ed applicazione giurisprudenziale*, cit., 1240 ss.; G. Quagliano, *Imputazione coatta: casi di abnormità oggettiva e soggettiva del provvedimento del G.I.P.*, in questa *Rivista*, 2014, 10, 1202; A. Scella, *Un uso improprio del concetto di atto processuale abnorme*, in questa *Rivista*, 1997, 10, 1233 ss.; F. Agnino, *Il P.M. chiede l'archiviazione ed il giudice impone l'interrogatorio dell'indagato: non c'è abnormità*, in *Ilpenalista.it*, 10 febbraio 2021; P. Tonini - C. Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., 229. Per comprendere meglio la distinzione si possono richiamare i due esempi riportati dagli Autori: un'ipotesi di abnormità strutturale si avrebbe nel caso in cui il pubblico ministero ha chiesto al giudice per le indagini preliminari l'archiviazione perché è ignoto l'autore del reato e il giudice ordini alla

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tuttavia, in dottrina è stato ritenuto che una simile distinzione sia, almeno parzialmente, ingannevole in quanto ha ad oggetto "due alternative concettuali in parte sovrapposte ed in parte eterogenee" (10). Infatti, la distinzione tra abnormità strutturale e abnormità funzionale rischia di essere fuorviante perché fa desumere che esistano, necessariamente, due tipologie di abnormità connesse, rispettivamente, al profilo genetico e al profilo funzionale: è da tenere presente, però, che il vizio inerente alla struttura e quello inerente alla funzione, in relazione a tale tematica, dovrebbero coesistere e l'abnormità dovrebbe quindi essere qualificata come un fenomeno unitario; e ciò perché, ad esempio, la stasi del processo, lungi dall'essere una causa autonoma di abnormità, indicherebbe semmai la conseguenza derivante dall'esercizio di un potere che la legge non prevede (11).

In realtà, tali categorie sono ormai pacificamente riconosciute e confermate dalla giurisprudenza, ed infatti altra dottrina, pur prendendo atto della fondatezza delle suddette criticità, ha cercato di colmare le lacune definitorie mutuando nell'ambito processuale penale le categorie dell'invalidità dell'atto amministrativo, al fine di rendere maggiormente individuabili i casi in cui, effettivamente, si possa configurare l'abnormità (12). Si osserva in proposito che l'abnormità strutturale potrebbe essere accostata alla carenza di potere in astratto poiché il potere è esercitato da chi è totalmente privo del potere di adottarlo: in tal caso, dunque, si avrebbe abnormità qualora il vizio si manifesti già nel momento genetico dell'atto (13). Per contro, l'abnormità funzionale potrebbe essere rapportata alla carenza di potere in concreto e dunque ricorrerebbe in tutti i casi in cui un determinato potere, pur esercitato da chi ne è legittimo detentore, non è esplicato correttamente (si parla, infatti, di cattivo uso del potere); più correttamente, potrebbe dirsi che è funzionalmente abnorme l'atto inficiato da eccesso di potere in quanto quest'ultimo è esercitato fuori dalle ipotesi previste dando luogo alla stasi o alla regressione del procedimento (14).

Nonostante questi pur apprezzabili sforzi ricostruttivi, non può sottacersi che non vi sono ancora punti fermi sul tema in esame che continua quindi ad essere permeato da un alone di indeterminatezza. La giurisprudenza, a più riprese, è infatti intervenuta con lo scopo di individuare in maniera più marcata ulteriori criteri per delimitare il raggio di azione dell'abnormità e recentemente ha affermato che un atto è abnorme quando: i) sia affetto da un vizio per il quale non sono previste nullità o inutilizzabilità; ii) non sia altrimenti impugnabile; iii) non sia altrimenti inquadrabile nella struttura procedimentale prevista dall'ordinamento ovvero determini una stasi processuale non altrimenti superabile (15).

pubblica accusa di formulare l'imputazione; un esempio di abnormità funzionale si avrebbe invece qualora il pubblico ministero abbia chiesto al giudice dell'udienza preliminare il rinvio a giudizio ed egli dispone l'archiviazione; per un'analisi di dettaglio in ordine alla difficoltà di definire l'abnormità si veda G. Santalucia, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, 2003, Padova, 1 ss.

(10) A. Capone, *Per una dogmatica dell'abnormità*, cit., 68; M. Catalano, *Il concetto di abnormità fra problemi definitori ed applicazione giurisprudenziale*, cit., 1240 ss.

(11) M. Catalano, *Il concetto di abnormità fra problemi definitori ed applicazione giurisprudenziale*, cit., 1240 ss.; in effetti, parte della giurisprudenza ha poi ritenuto di poter ricondurre il profilo funzionale e quello strutturale all'interno di un fenomeno unitario, sul punto si vedano M. Cecchi, *Non è abnorme il provvedimento che invita il P.M. a (ri)valutare l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, cit., 1165 ss.; F. Urbinati, *Abnormità degli atti processuali – sull'abnormità della restituzione degli atti al P.M. per valutare la particolare tenuità*, in *Giur. it.*, 8-9, 2011 ss.

(12) G. Santalucia, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, cit., 113 ss.; M. Torre, *L'abnormità nella procedura di archiviazione, tra obbligatorietà dell'azione penale e separazione delle funzioni*, cit., 1319 ss.; A. Capone, *Per una dogmatica dell'abnormità*, cit., 68 ss., rileva in particolare che in alcuni casi, si fa coincidere l'abnormità con la carenza di potere in astratto; in altri casi, oltre alla carenza di potere in astratto, vi è chi ritiene che ricorra l'abnormità anche nei casi di carenza di potere in concreto ma, in entrambi casi, il vizio assumerebbe un certo rilievo soltanto quando assuma una consistente capacità lesiva in ragione di un superamento dei limiti funzionali della giurisdizione, tale da potersi inquadrare l'eccesso di potere; in altri casi ancora, si ritiene che l'abnormità possa essere qualificata in termini di eccesso di potere *tout court*; si potrebbe affermare che tali orientamenti risentono della ricostruzione che, sotto la vigenza del codice del 1865 e del 1913, era prospettata per l'abnormità. In tale contesto, infatti, l'abnormità degli atti processuali rientrava nello schema dell'eccesso di potere, inteso sia in termini di straripamento sia di sviamento del potere discrezionale del giudice. Per una ricostruzione storica sul punto si veda M. Torre, *L'abnormità nella procedura di archiviazione, tra obbligatorietà dell'azione penale e separazione delle funzioni*, cit., 1319 ss.; M. Catalano, *Il concetto di abnormità fra problemi definitori ed applicazione giurisprudenziale*, cit., 1240 ss.

(13) M. Torre, *L'abnormità nella procedura di archiviazione, tra obbligatorietà dell'azione penale e separazione delle funzioni*, cit., 1319 ss.

(14) M. Torre, *L'abnormità nella procedura di archiviazione, tra obbligatorietà dell'azione penale e separazione delle funzioni*, cit., 1319 ss.; M. Catalano, *Il concetto di abnormità fra problemi definitori ed applicazione giurisprudenziale*, cit., 1240 ss. muovendo sempre in chiave critica rispetto alla distinzione tra abnormità funzionale e abnormità funzionale, osserva che la carenza di potere e la stasi o la regressione del procedimento coesistono sempre nelle ipotesi di abnormità.

(15) Cass. Pen., SS.UU., 31 maggio 2005, Minervini, in *Cass. pen.*, 2005, 2860; M. Torre, *L'abnormità nella procedura di archiviazione, tra obbligatorietà dell'azione penale e separazione delle funzioni*, cit., 1319 ss.; M. Cecchi, *Non è abnorme il provvedimento che invita il P.M. a (ri)valutare l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, cit.,1165 ss.; per un confronto tra abnormità, nullità ed inesistenza si vedano A. Capone, *Per una dogmatica dell'abnormità*, cit., 68 ss., G. Guerrera, *L'abnormità dell'atto processuale*, in *D&G*, 2004, 21, 14 ss.; E.M. Catalano, *Giurisprudenza creativa nel processo penale italiano e nella* Common Law*: abnormità, inesistenza e* plain error rule, in *Riv. it. dir.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In altre parole, l'abnormità non rappresenterebbe tanto un vizio dell'atto in sé, bensì uno sviamento della funzione giurisdizionale con conseguente incompatibilità dell'atto con i principi del giusto processo, tra cui quello di ragionevole durata (16). Ma va anche evidenziato come gli orientamenti in materia non siano affatto univoci (17). Proprio in tale incerto contesto si inserisce un profilo che, come si vedrà più avanti, è essenziale ai fini del commento della sentenza in epigrafe. Infatti, tra i vari casi controversi, sussiste un contrasto interpretativo anche in relazione alla qualificazione, in termini di abnormità, del provvedimento con cui erroneamente sia disposta la restituzione degli atti al pubblico ministero ai sensi dell'art. 33-*sexies* c.p.p.

È possibile cogliere meglio la questione se si prendono le mosse da una considerazione generale: parte della giurisprudenza ha escluso l'automatico riconoscimento dell'abnormità nei casi in cui l'atto, anche se esercitato in mancanza dei presupposti, rientra nell'alveo dei poteri del giudice; secondo tale indirizzo, quindi, in presenza di un provvedimento giuridicamente erroneo, pur potendosi sicuramente ravvisare un profilo di illegittimità, non ricorre necessariamente anche l'abnormità dell'atto e dunque la sua automatica ricorribilità in Cassazione (18). Basandosi su di esso, in riferimento alla specifica questione connessa all'ordinanza *ex* art. 33-*sexies* c.p.p., parte della giurisprudenza ha escluso che l'erroneo provvedimento di restituzione si ponga fuori dal sistema normativo e determini la stasi processuale (19); per contro, altra giurisprudenza – maggioritaria – ritiene invece che in tali ipotesi si configuri una indebita regressione del procedimento che dà luogo ad un profilo di abnormità (20). Il primo orientamento, in particolare, si basa sul fatto che l'art. 33-*sexies* c.p.p. si riferisce ad ipotesi in cui il vizio risulta dall'imputazione così come formulata dal pubblico ministero e non ai casi in cui esso derivi da una riqualificazione dei fatti da parte del giudice (che darebbe pacificamente luogo ad abnormità) la cui decisione in ordine alla restituzione rientra nei possibili esiti decisori dell'udienza preliminare; peraltro, in tali casi, qualora effettivamente l'ordinanza sia erronea, sarebbe comunque possibile porvi rimedio tramite l'art. 550, comma 3, c.p.p. in virtù del quale il giudice competente potrà disporre la restituzione degli atti al pubblico ministero col conseguente obbligo di celebrare l'udienza preliminare, per cui non sarebbe configurabile una stasi del procedimento (21). Al contrario, l'orientamento opposto ritiene che dall'ordinanza di restituzione derivi una grave stasi processuale in quanto il pubblico ministero si troverebbe costretto ad emanare un atto nullo (22). Vedremo, poi, nei paragrafi successivi come la Corte di cassazione ha risolto tale contrasto.

È però possibile trarre delle prime conclusioni in ordine alle riflessioni sin qui svolte: può senza dubbio affermarsi che i numerosi tentativi "definitori" da parte della dottrina nonché l'eterogeneità della giurisprudenza sul tema, oltre alla complessità della tematica, dimostrano senza ombra di dubbio una persistente difficoltà nel tracciare le linee di confine di un istituto che, se è vero che nasce come flessibile, è altrettanto vero che rischia però di essere applicato sconsideratamente ed illegittimamente con la conseguenza che siano proposti innumerevoli – ed infondati – ricorsi per Cassazione (23).

Se, dunque, quello esaminato è il contesto che fa da sfondo alla sentenza in commento, occorre allora prendere in esame la decisione e le motivazioni della Suprema Corte.

La sentenza

Si è già dato conto, nei paragrafi che precedono, della vicenda da cui trae origine la sentenza in epigrafe, e cioè del contrasto giurisprudenziale in ordine alla

proc. pen., 1996, 1, 299 ss.; C. Conti, *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2008, 4, 1651B ss.; G. Santalucia, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, cit., 163 ss.

(16) E. Turco, *Procedimento per decreto – "Tenuità del fatto" e restituzione degli atti nel rito monitorio: regressione "abnorme"?*, in *Giur. it.*, 2017, 7, 1699; A. Trinci, *Decreto penale e particolare tenuità del fatto: un nuovo caso di abnormità strutturale a tutela del contraddittorio*, in *Ilpenalista.it.*, 10 maggio 2017.

(17) Per una disamina della casistica si vedano A, Capone, *Per una dogmatica dell'abnormità*, cit., 68 ss., M. Catalano, *Il concetto di abnormità fra problemi definitori ed applicazione giurisprudenziale*, cit., 1240 ss.; S. Riccio, *Le sezioni unite sull'atto abnorme*, in *Ilpenalista.it*, 9 maggio 2022; G. Santalucia, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, cit., 37 ss.

(18) Da ultimo Cass. Pen., SS.UU., 26 marzo - 22 giugno 2009, n. 25957, Toni, cit.

(19) Cass. Pen., Sez. II, 17 luglio 2020, n. 23814, rv. 279547; Cass. Pen., Sez. VI, 5 febbraio 2019, n. 6945, rv. 275083; Cass. Pen., Sez. VI, 20 ottobre 2009, n. 41037, rv 245033.

(20) Cass. Pen., Sez. I, 29 settembre 2020, n. 30062, rv. 279729; Cass. Pen. Sez. III, 4 marzo 2020, n. 18297, rv. 279238; Cass. Pen., Sez. V, 20 febbraio 2018, n. 10531, rv. 272593; Cass. Pen., Sez. V, 19 aprile 2016, n. 35153, rv. 267766; Cass. Pen., Sez. III, 18 settembre 2014, n. 51424, rv. 261397.

(21) In particolare, Cass. Pen., SS.UU., 18 aprile 2019, n. 48590, Sacco, non massimata.

(22) Cass. Pen., Sez. III, 4 marzo 2020, n. 18297, rv. 279238, cit.

(23) Infatti, proprio le difficoltà riscontrate da dottrina e giurisprudenza nel prospettare una valida definizione dell'atto abnorme, hanno fatto sì che si sia giunti ad un ampliamento dell'area di applicazione di tale vizio, M. Tiberi, *Un caso ai limiti dell'abnormità*, in *Giur. it.*, 2003, 11.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

possibilità di qualificare come abnorme l'erronea ordinanza *ex* artt. 33-*sexies* c.p.p. e, quindi, del quesito posto dalla Terza Sezione alle Sezioni Unite. Per evitare inutili ripetizioni, è dunque opportuno calarsi *in medias res* nelle – ampie – motivazioni del Supremo Collegio.

La Corte inizia la propria riflessione col rilevare che, non essendo previsto uno specifico mezzo di impugnazione, l'ammissibilità del ricorso è strettamente correlata alla configurabilità del profilo di abnormità (24). Tuttavia, prima di valutare tale profilo, la Cassazione afferma di dover valutare, a monte, se, effettivamente, il provvedimento del G.U.P. sia erroneo con conseguente indebita regressione del procedimento. I Supremi Giudici affrontano quindi la questione, a cui si è fatto riferimento in precedenza, della modifica normativa in ordine ai limiti edittali per i reati previsti all'art. 4, D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, rimarcando che il fatto oggetto di contestazione è stato commesso sotto la vigenza della disposizione più favorevole ma l'esercizio dell'azione penale risale ad un momento successivo rispetto all'introduzione della novella. Sul punto, vengono richiamati gli artt. 550 e 416 c.p.p. che disciplinano, rispettivamente, i casi in cui deve procedersi con citazione diretta a giudizio e i casi in cui invece l'azione penale deve essere esercitata mediante la richiesta di rinvio a giudizio. In particolare, i Supremi Giudici precisano che per comprendere se ricorre l'una o l'altra ipotesi, ai fini della determinazione della pena, occorre guardare all'art. 4 c.p.p. che ha natura processuale e non si occupa di stabilire il trattamento sanzionatorio "ma di regolare una sequenza procedimentale di atti, volta a consentire l'ulteriore svolgimento del processo". In un simile contesto, si afferma in sentenza, non si può prescindere dall'ormai consolidata giurisprudenza che, basandosi sull'art. 11 prel. c.c., afferma che la materia processuale è regolata dal principio del *tempus regit actum* (25); dunque, "allorché si tratti di applicare una norma processuale incidente sulla competenza o, come nel caso in esame, sulle modalità di esercizio dell'azione penale e di riparto di attribuzioni, deve apprezzarsene il contenuto nel momento in cui l'applicazione avviene attraverso il concreto esercizio dell'azione penale, così da dare luogo ad una correlata sequenza procedimentale" (26).

Posto che, dunque, il Pubblico Ministero aveva correttamente richiesto il rinvio a giudizio e che, quindi, l'ordinanza del G.U.P. è effettivamente erronea, le Sezioni Unite rivolgono l'attenzione al profilo connesso all'abnormità.

Dapprima, il Supremo Collegio effettua un approfondito *excursus* storico in ordine all'abnormità, richiamando la *ratio* sottostante all'istituto e le difficoltà, di cui si è dato conto nella trattazione, relative alla sua definizione. In particolare, anche in questo caso i Supremi Giudici aderiscono alla distinzione tra abnormità strutturale ed abnormità funzionale, concentrando la propria attenzione sul profilo della regressione del procedimento e precisando che, in linea generale, la regressione del procedimento ad una fase anteriore è stata spesso considerata sintomo di abnormità dell'atto, in alcuni casi strutturale, mentre in altri casi funzionale. In effetti, secondo tale orientamento, "ogni indebita regressione costituisce un serio vulnus all'*ordo processus*, inteso come sequenza logico-cronologica ordinata di atti, in spregio dei valori costituzionali dell'efficienza e della ragionevole durata del processo". Tuttavia, a fronte di tale perentoria conclusione, si staglia una giurisprudenza che, per contro, tende a ridimensionare la possibilità di riconoscere automaticamente valore sintomatico alla regressione del procedimento nei casi in cui un determinato atto costituisce espressione dei poteri riconosciuti al giudice, non potendosi ravvisare una stasi in tutti quei casi in cui sia possibile porre rimedio all'eventuale errore. Questo orientamento si basa sull'assunto per cui abnormità strutturale e abnormità funzionale sono da ricondurre ad un fenomeno unitario e se vi è l'attribuzione del potere in capo al giudice gli eventuali vizi potrebbero essere solo quelli previsti dalla legge e tutto ciò a prescindere dalla regressione anomala.

Una volta esaminato il contesto generale in cui si inserisce la specifica questione, le Sezioni Unite, in accordo con l'ordinanza di rimessione, ravvisano un contrasto in riferimento alla qualificazione come abnorme del provvedimento con cui il G.U.P. indebitamente restituisce gli atti al pubblico ministero sull'erroneo presupposto che debba procedersi con

(24) Si tratta di un profilo cui si è fatto riferimento anche nei precedenti paragrafi, cui si rinvia; sul punto viene richiamata Cass. Pen., SS.UU., 9 luglio 1997, n. 1, Quarantelli, rv. 209221.

(25) Infatti, non viene in rilievo in queste ipotesi l'art. 2 c.p.; sul punto, Cass. Pen., SS.UU., 17 luglio 2014, n. 44895, Pinna, rv. 260927; Cass. Pen., SS.UU., 17 gennaio 2006, n. 3821, Timofte; Cass. Pen., SS.UU., 31 marzo 2011, n. 27919, Ambrosio, rv. 250196.

(26) Si precisa, quindi, che la questione connessa ai differenti limiti edittali rileverà solo sul piano sostanziale ai fini della determinazione della pena che, senza dubbio, dovrà basarsi sul trattamento più favorevole.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

citazione diretta a giudizio (27). In tali casi, infatti, alcune sentenze riconoscono l'abnormità perché il giudice, pur esercitando un potere che gli è attribuito, imporrebbe al pubblico ministero un successivo adempimento che si concretizzerebbe in un atto nullo con conseguente stasi processuale; l'orientamento contrario, invece, ritiene che il provvedimento, anche se giuridicamente erroneo, non è estraneo al sistema normativo e non determina nessuna stasi processuale in quanto non assume rilievo il mero fatto della stasi del procedimento ben potendosi attivare il rimedio di cui all'art. 550, comma 3, c.p.p. (28).

Ricostruito il contrasto, le Sezioni Unite accolgono l'orientamento favorevole alla ravvisabilità dell'abnormità del provvedimento con cui sia indebitamente disposta la restituzione degli atti al pubblico ministero (29). Afferma, infatti, la Corte che in questi casi viene in rilievo un potere che, è vero che è in astratto attribuito al giudice ed esercitato nella corretta sede, tuttavia è esplicato in violazione della disciplina sul riparto dei procedimenti e oltre i limiti consentiti, tale da dar luogo ad un'alterazione nello sviluppo della sequenza procedimentale. In particolare, sottolinea la Corte, che "ciò non si traduce solo in una violazione dei principi di rilievo costituzionale, *ex* art. 111, comma 2 Cost., di efficienza e di ragionevole durata [...] ma anche in una situazione di stasi, derivante non dal mero fatto della regressione in sé, quanto dall'imposizione al pubblico ministero di un adempimento *contra legem*, che dà luogo ad un atto affetto da nullità, rilevabile nel corso del giudizio".

Ad avviso della Corte, infatti, non v'è dubbio che l'udienza preliminare rappresenti una fase processuale tendente a riconoscere maggiori garanzie; la sua omissione, dunque, produrrebbe un consistente pregiudizio alle facoltà difensive per cui, pur in mancanza dell'espressa qualificazione del vizio derivante dalla sua omissione in termini di nullità, non sono ravvisabili ostacoli al suo inquadramento in termini di nullità intermedia che, atterrebbe, all'atto propulsivo. Inoltre, la mancanza dell'udienza preliminare darebbe altresì luogo ad una grave alterazione della corretta sequenza procedimentale.

Precisano, inoltre, i Giudici che tali considerazioni non valgono però nell'ipotesi opposta, ossia quando viene a celebrarsi l'udienza preliminare anche nei casi in cui non sarebbe prevista. Questo perché verrebbe comunque a svolgersi una fase maggiormente garantita che non pregiudicherebbe in nessun caso il diritto di difesa dell'imputato. Rileva, poi, la Corte che il rimedio di cui all'art. 550, comma 3, c.p.p. non sarebbe sufficiente a porre rimedio al vizio ma non perché si vuole evitare il tortuoso meccanismo processuale che esso implicherebbe, ma semmai perché occorre "scongiurare l'imposizione di un atto derivante da una patologia processuale e affetto da nullità rilevabile, e del conseguente interesse a ricorrere, correlato all'esigenza di assicurare l'ordinato svolgimento del processo, secondo le cadenze prestabilite, evitando l'adozione di un successivo atto nullo, idoneo ad arrecare pregiudizio alle parti, la cui costituzione nel giudizio dibattimentale si sarebbe potuta prevenire con lo svolgimento dell'udienza preliminare".

In conclusione, afferma la Corte che "è abnorme, e quindi ricorribile per cassazione, l'ordinanza del giudice dell'udienza preliminare che, investito di richiesta di rinvio a giudizio, disponga, ai sensi dell'art. 33-*sexies*, cod. proc. pen., la restituzione degli atti al pubblico ministero sull'erroneo presupposto che debba procedersi con citazione diretta a giudizio, trattandosi di atto che impone al pubblico ministero di compiere una attività processuale *contra legem* ed in violazione dei diritti difensivi, successivamente eccepibile, ed è idoneo, pertanto, a determinare una indebita regressione, nonché la stasi del

(27) Per completezza, è bene precisare che la disamina delle Sezioni Unite sul punto è particolarmente articolata. I Giudici, infatti, nella motivazione, nel prendere atto del citato contrasto, precisano che i provvedimenti che, aderendo a soluzioni e ricostruzioni divergenti, hanno ravvisato o meno l'abnormità afferiscono a diverse tipologie, tra cui: sentenze aventi ad oggetto casi analoghi a quello di specie; sentenze in cui non era stata debitamente valutata la tipologia di reato, rientrante tra le attribuzioni del collegio, o non era stata calcolata correttamente la pena in ordine al riconoscimento delle circostanze; provvedimenti in cui la restituzione degli atti era stata disposta alla luce della riqualificazione del fatto. Per una disamina maggiormente approfondita in merito si rinvia alla lettura della sentenza.

(28) In merito al contrasto e alla giurisprudenza si rinvia anche alle osservazioni prospettate nel paragrafo che precede.

(29) Peraltro, la sentenza in commento aderisce all'impostazione che era stata prospettata nell'ordinanza di rimessione, volta a mettere in luce la diversità dell'ipotesi in cui la restituzione sia disposta previa riqualificazione del fatto. Sul punto, infatti, si legge in sentenza che l'art. 33-*sexies* c.p.p. dovrebbe trovare applicazione in tutti i casi in cui il vizio della modalità dell'esercizio dell'azione è desumibile dalla stessa formulazione dell'imputazione e non alle ipotesi in cui vi è una riqualificazione dal giudice. In questi casi, infatti, è da escludersi che la riqualificazione possa giustificare una regressione del procedimento in quanto nel corso dell'udienza preliminare sarebbe da ritenersi preclusa a monte la possibilità di restituzione *ex* art. 33-*sexies* c.p.p. previa riqualificazione del fatto. Afferma, infatti, la Corte che nei casi di previa riqualificazione il provvedimento sarebbe da considerarsi sempre abnorme perché determina uno sviamento della funzione giurisdizionale "per effetto di una regressione disposta in radice al di fuori dei casi in astratto contemplati".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

procedimento", con conseguente annullamento senza rinvio dell'ordinanza del G.U.P. e trasmissione degli atti al Tribunale per l'ulteriore corso.

Considerazioni conclusive

All'esito della disamina svolta, emerge chiaramente la portata dirompente della sentenza in commento. È, infatti, significativo che il Supremo Collegio, in presenza di un'ipotesi dubbia e di non facile risoluzione, abbia superato le incertezze ricostruttive ed applicative sussistenti in tema di abnormità quasi prescindendo dalle categorie tradizionali e muovendo, piuttosto, da un ragionamento fondato sui princìpi generali che regolano il processo penale.
Può senza dubbio affermarsi che la Suprema Corte abbia introdotto una nuova e condivisibile dogmatica in tema di abnormità, che impone di approcciare il vizio in esame - e, conseguentemente, di dare risposta affermativa al quesito relativo alla sua sussistenza - valutando, caso per caso, se a seguito dell'adozione di un determinato atto vi sia o meno uno sviamento della funzione giurisdizionale caratterizzato dalla violazione del principio del giusto processo. Ciò non significa che i numerosi sforzi di dottrina e giurisprudenza volti a delimitare il volto dell'atto abnorme siano da scartare ed anzi è sicuramente opportuno tenere sempre a mente le valide ricostruzioni da esse prospettate, in quanto utili anche solo per finalità descrittive; tuttavia, alla luce della sentenza in epigrafe, deve essere valorizzato un modello che, a prescindere dalla distinzione tra abnormità funzionale e strutturale, qualifica il vizio in esame come sviamento della funzione giurisdizionale che si esplica al di fuori dei limiti di quanto consentito e che determina quindi la violazione dei principi del giusto processo, primo su tutti quello di ragionevole durata. Sarebbe quindi opportuno valutare le modalità con cui il potere giurisdizionale è esercitato, tenendo a mente come parametro l'art. 111 Cost. e mettendo solo in secondo piano l'analisi delle categorie ideate dalla giurisprudenza ormai decenni fa e che, probabilmente, non si confanno più ad una realtà giuridica profondamente mutata.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Reati contro la pubblica amministrazione

Cassazione Penale, Sez. VI, 28 settembre 2022 (ud. 14 settembre 2022), n. 36769 - Pres. Pretruzzellis - Rel. Di Geronimo - P.M. Morosini - Ric. C.A.

Deve escludersi l'attenuante della collaborazione allorché l'imputato per il reato di induzione indebita abbia reso delle dichiarazioni spontanee quando siano già stati acquisiti elementi gravemente indizianti, a fronte dei quali il contributo dell'imputato non è stato ritenuto determinante *(massima non ufficiale)*.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass. Pen., Sez. VI, 5 novembre 2020, n. 9512, in *Guida dir.*, 2021, 15.
Difforme	Nessun precedente.

La Corte (*omissis*).

1. Con il primo motivo, la ricorrente deduce: "Violazione dell'art. 115 c.p.c. in connessione con gli artt. 1362, 1363, 1364 e 1367 c.c. nell'interpretazione dell'accordo aziendale 23.09.97". Premessa la parte di motivazione dell'impugnata sentenza oggetto di censura, assume che: "La norma contrattuale collettiva, contenuta nell'accordo sindacale del 1997 (produzione della parte ricorrente n. 2 e produzione della società n. 1) così individua nel suo regolamento al capo 3 'dopo due rinunce consecutive o tre non consecutive si cancella la posizione dalla graduatoria'".
Secondo la ricorrente l'errore della Corte d'appello starebbe, da un lato, nell'aver considerato la ricorrente rinunciataria con riferimento al contratto con decorrenza 1/8/1999-30/9/1999 laddove vi era stato tra le parti un accordo per il differimento dell'inizio del contratto (al 1/9/1999) - e, dall'altro, nell'aver ritenuto sussistenti tre rinunce "non consecutive" - laddove la Salt aveva già proceduto a cancellare la lavoratrice dalle graduatorie del 2001, non procedendo ad alcuna ulteriore chiamata della stessa per assunzione a termine. Tale convincimento era frutto di una non corretta lettura dell'accordo sindacale del 1997.
2. Con il secondo motivo, si denuncia "Violazione dell'art. 1372 c.c.". Premessa altra parte della motivazione della sentenza di secondo grado (a pag. 2 della stessa), la ricorrente assume che: "La Corte di Appello non ha considerato che la parte ricorrente ha già nel ricorso introduttivo giustificato il tempo che è ricorso per l'esercizio dell'azione, in particolare al capo 22, ove si legge di una consapevolezza al proprio diritto a seguito del colloquio con il proprio avvocato nell'anno 2009 e che ha condotto alla presentazione del ricorso introduttivo, avvenuto il 3.3.2009:
A fondamento del motivo, la ricorrente sostiene che la circostanza di aver avuto consapevolezza del proprio diritto solo nell'anno 2009 non era stata contestata dalla società convenuta e, in ogni caso, il tempo giustificato dall'assenza di una consapevolezza del proprio diritto è insufficiente da solo a concretizzare un mutuo dissenso, ovvero una rinuncia tacita a fruire della graduatoria.
3. Ritiene il Collegio che entrambe tali censure debbano essere reputate inammissibili per difetto della specificità, richiesta dall'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 4), in termini segnatamente di pertinenza rispetto a quanto effettivamente considerato e deciso dalla Corte distrettuale.
4. Si nota anzitutto in tal senso che ambedue i motivi debbano essere ricondotti esclusivamente all'ipotesi di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), pur non essendosi specificato in ricorso il riferimento a quest'ultima previsione come ad un qualsiasi altro dei distinti mezzi d'impugnazione previsti dall'art. 360, comma 1, ora cit.
Invero, la ricorrente non si duole di eventuali difetti di motivazione, nei limiti in cui ciò possa essere ammissibile in sede di legittimità, né si duole dell'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti *ex* art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5).
5. Orbene, la prima censura, come s'è visto, è formulata esclusivamente in chiave di violazione dell'art. 115 c.p.c. sebbene in una "connessione", non meglio specificata, con talune norme in tema di interpretazione del contratto (gli artt. 1362, 1363, 1364 e 1367 c.c.), con riferimento all'accordo sindacale aziendale del 23.9.1997.
6. Osserva, allora, questa Corte che la pretesa violazione dell'art. 115 c.p.c., in tema di "Disponibilità delle prove", in termini non meglio precisati dalla ricorrente, come emerge chiaramente dall'esposizione del motivo innanzi riferita, è fatta valere del tutto genericamente dalla ricorrente. Ella, infatti, si limita a sostenere in modo assertivo che la Corte di appello avrebbe errato "nell'individuare la ricorrente quale rinunciataria", e che la stessa avrebbe "certamente deciso in modo del tutto scollegato dai fatti di causa".
Va invero ricordato che per giurisprudenza ormai costante di questa Corte "in tema di ricorso per cassazione, può essere dedotta la violazione dell'art. 115 c.p.c. qualora il giudice, in contraddizione con la prescrizione della norma, abbia posto a fondamento della decisione prove inesistenti e, cioè, sia quando la motivazione si basi su mezzi di prova mai acquisiti al giudizio, sia quando da una fonte di prova sia stata tratta un'informazione che è impossibile ricondurre a tale mezzo (ipotesi diversa dall'errore nella valutazione dei mezzi di prova - non censurabile in sede di legittimità - che attiene alla selezione da parte del giudice

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di merito di una specifica informazione tra quelle astrattamente ricavabili dal mezzo assunto), a condizione che il ricorrente assolva al duplice onere di prospettare l'assoluta impossibilità logica di ricavare dagli elementi probatori acquisiti i contenuti informativi individuati dal giudice e di specificare come la sottrazione al giudizio di detti contenuti avrebbe condotto a una decisione diversa, non già in termini di mera probabilità, bensì di assoluta certezza" (da ultimo, Cass. 26/4/22, n. 12971). È invece inammissibile la diversa doglianza che egli, nel valutare le prove proposte dalle parti, abbia attribuito maggior forza di convincimento ad alcune piuttosto che ad altre, essendo tale attività valutativa consentita dall'art. 116 c.p.c. (Cass. Sez. Un. 30/9/2020, n. 20867).

6.1. In realtà, la ricorrente prospetta inammissibilmente una diversa interpretazione dell'accordo, sostituendo a quella formulata dal giudice del merito altra interpretazione, senza tuttavia specificare in concreto quale delle regole di interpretazione dei contratti sarebbe stata violata dal giudice del merito, apparendo del tutto insufficiente la semplice indicazione delle norme citate in rubrica.

Invero, anche la Corte d'appello, nel passo motivazionale trascritto in ricorso (pag. 9), ha addirittura dato per pacifico che l'accordo in questione prevedesse la cancellazione del candidato dalla graduatoria "dopo la seconda rinuncia consecutiva", non attribuendo perciò alla fonte collettiva aziendale un significato differente da quello sostenuto dalla ricorrente, in base soltanto al tenore letterale del capo 3 dello stesso accordo, da considerare *ex* art. 1362 c.c., comma 1 (piuttosto che in base a tutte le altre norme di esegesi contrattuale pur richiamate dall'impugnante). Più nello specifico, la Corte d'appello non ha *ivi* annesso alcun significato particolare e diverso da quello comune all'aggettivo "consecutive", adottato in quella clausola dell'accordo in riferimento alle rinunce ad offerte di altro contratto a termine stagionale da parte di chi fosse inserito in graduatoria.

Piuttosto, come ben emerge dal testo della decisione oggetto di ricorso in parte qua, la Corte distrettuale, in base ai dati fattuali evidenziati, ha considerato consecutive la rinuncia per l'anno 1999 e quella per l'anno successivo 2000, da parte dell'attrice, ritenendo per ciò solo integrati gli estremi previsti per la sua cancellazione dalla graduatoria in questione.

E a questa conclusione raggiunta dalla Corte fiorentina, che attiene all'evidenza non all'interpretazione del capo 3 dell'accordo sindacale aziendale, ma a differenti risultanze processuali, la ricorrente contrappone, infatti, una propria valutazione, secondo la quale la seconda rinuncia per l'anno 2000 non poteva reputarsi consecutiva alla precedente perché si collocava dopo che la A.A. aveva lavorato per il periodo dall'1.9.1999 al 30.9.1999. Trattasi, però, di differente valutazione dei fatti che non può essere presa in considerazione in questa sede di legittimità, essendo peraltro del tutto estranea al terreno dell'interpretazione dell'accordo sindacale sul punto delle due rinunce consecutive.

Fuori tema, inoltre, sono le considerazioni della ricorrente circa l'ipotesi delle tre rinunce non consecutive (pure contemplata dalla fonte collettiva quale produttiva di cancellazione dalla graduatoria), ipotesi che la Corte di merito neppure ha preso in esame, appunto per aver creduto integrati gli estremi di due rinunce consecutive, necessarie, ma sufficienti a dar luogo alla cancellazione.

7. Parimenti inammissibile è il secondo motivo, nel quale si lamenta la violazione di un'unica norma di diritto (sostanziale), vale a dire, dell'art. 1372 c.c.

7.1. Anche in questo caso, infatti, come risulta dallo svolgimento della censura, innanzi riportato, la ricorrente anzitutto, da una parte, si duole in realtà della mancata considerazione di talune risultanze processuali da parte della Corte e, dall'altra, asserisce che mancherebbe la prova del mutuo dissenso ritenuto dalla stessa, il che nulla a che vedere con la pretesa violazione (o falsa applicazione) dell'art. 1372 c.c.

Notato, peraltro, che quest'ultimo articolo, al comma 1, secondo periodo, si limita a considerare il "mutuo consenso" quale causa di scioglimento del contratto (a rigore senza neppure definire il mutuo consenso), non risulta a questa Corte che il mutuo consenso presupponga "un contratto di durata", come invece opina la ricorrente.

Nemmeno è vero, poi, che "i principi in tema di mutuo consenso valgono per quanto attiene alla risoluzione del rapporto del quale si chiede la ricostituzione", il che non è certamente scritto nell'art. 1372 cit.

Esclusivamente allora per completezza di disamina, osserva questa Corte che è la stessa ricorrente a dare per implicito ma chiaro che *inter partes* vi fosse stato un rapporto di natura contrattuale (differente e distinto ovviamente da quelli relativi ai pregressi contratti a termine stagionali, rapporti che piuttosto rappresentavano presupposto per l'inserimento nella graduatoria privata della società convenuta e per rivestirvi una determinata posizione); una relazione in forza della quale, una volta ella inserita nella graduatoria, e in base alla posizione assunta (anche con il c.d. scorrimento della graduatoria stessa), poteva aspirare a riceversi nuove offerte di contratto a termine stagionale dalla società che l'aveva già analogamente impiegata in passato, offerte che ella era libera di accettare o meno, potendo, come si è visto, rinunciare ad ogni singola offerta.

Un siffatto rapporto contrattuale, perciò, come qualsiasi contratto, era ben suscettibile di sciogliersi per mutuo consenso *ex* art. 1372 c.c., comma 1, secondo periodo. E tanto ha ritenuto acclarato nel caso particolare la Corte territoriale alla luce delle emergenze considerate, in una motivazione che, secondo quanto già evidenziato, non è come tale qui censurata, né ha formato oggetto d'impugnazione *ex* art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5).

8. La ricorrente, pertanto, di nuovo soccombente, dev'essere condannata al pagamento, in favore della controricorrente, delle spese di questo giudizio di legittimità, liquidate come in dispositivo, ed è tenuta al versamento di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello previsto per il ricorso, ove dovuto.

(*omissis*).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La circostanza attenuante della collaborazione processuale nei delitti contro la pubblica amministrazione: quale portata applicativa?

di Annamaria Peccioli (*)

La pronuncia in esame consente di valutare la reale portata applicativa della circostanza attenuante della collaborazione processuale prevista all'art.323-*bis* c.p. e l'efficacia nella prassi della misura premiale.

The decision under exam provides an opportunity to assess the actual applicative scope of the extenuating circumstance of the "procedural cooperation" provided by art. 323 bis *of the Italian Criminal Code and to measure the effectiveness of this mitigating factor in the case law.*

Premessa

Il provvedimento in commento offre l'occasione per ripercorrere la genesi normativa della circostanza attenuante prevista nel secondo comma dell'art. 323-*bis* c.p. e per valutare l'efficacia nella prassi (1) delle scelte del legislatore (si fa riferimento alla L. n. 69/2015 (2)) di modificare il trattamento sanzionatorio dei reati contro la pubblica amministrazione affiancando all'aumento delle cornici edittali delle fattispecie di corruzione la previsione di una misura premiale.

Solo nel 2015 il legislatore ha integrato il sistema sanzionatorio dei reati di corruzione con una disposizione che accorda una diminuzione di pena in presenza di precisi e circostanziati contributi collaborativi, nonostante vi fossero, già da tempo, alcune sollecitazioni (3) di introdurre una più ampia ed estesa causa di non punibilità.

Con tale provvedimento si è andato ad integrare il catalogo delle circostanze premiali speciali, basate sulla collaborazione processuale (4), già previste nel nostro ordinamento nel sistema dei reati di criminalità organizzata comune (*ab initio* previsto nell'art. 8, D.L. n. 152/1991 ed ora nell'art. 416-*bis*, comma 3, c.p.) e terroristica (in origine previsto nell'art. 4, D.L. n. 625/1979 ed ora nell'art. 270-*bis*, comma 3, c.p.), nonché in tema di sequestro di persona a fini di estorsione (art.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (*double blind*).

(1) Per l'indicazione di alcuni profili di criticità sul piano dell'efficacia della circostanza attenuante, già in sede di primo commento, si veda M. Pelissero, *Addenda di Aggiornamento, La riforma dei delitti di corruzione nella legge 27 maggio 2015, n. 69*, in C.F. Grosso - M. Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione. Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro, Milano, 2015, 9 ss.

(2) Per un commento specifico dei requisiti di operatività della circostanza attenuante si veda C. Benussi, *Commento all'art. 323* bis *c.p.*, in E. Dolcini - G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, II, Milano, 2021, V ed., 1018 ss.; Id., *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323*-bis *c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 giugno 2015; V. Mongillo, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n.69 del 2015, Voce per il "Libro dell'anno del diritto Treccani 2016"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 dicembre 2015.; M. Pelissero, *Addenda di Aggiornamento, La riforma dei delitti di corruzione nella legge 27 maggio 2015, n. 69*, in C.F. Grosso - M. Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione. Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro, Milano, 2015; M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, IV ed., Milano, 2019; V. Russo, *Aggravanti e attenuanti nella corruzione. La causa di non punibilità*, in G. Forte - V. Forre - P. Guercia - F.P. Lasalvia - R. Russo - E. Zaniboni, *Concussione e corruzione*, in *Omnia*, *Diritto penale*, diretto da A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa, I, Torino, 2021, 1854 ss.; A. Spena, *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (legge n.69/2015)*, in *Studium juris*, 2015, 10, 1120 ss.

(3) Si richiama in proposito il c.d. progetto Cernobbio del 1994 che, contemporaneamente ad un inasprimento dei limiti edittali per l'ipotesi di corruzione (reclusione da quattro a dodici anni), prevedeva una causa di non punibilità a favore del corrotto e del corruttore che "prima che la notizia di reato sia stata scritta a suo carico sul registro generale, o comunque entro tre mesi dalla commissione del fatto, spontaneamente lo denunci, fornendo indicazioni utili per la individuazione di altri responsabili". L'operatività della causa di non punibilità era, altresì, condizionata dal versamento o dall'irrevocabile messa a disposizione dell'autorità giudiziaria di una somma pari a quanto ricevuto o versato. L'ipotesi estendeva la non punibilità anche ai reati strumentali alla corruzione (altri delitti contro la pubblica amministrazione, delitti contro la fede pubblica, false comunicazioni sociali, reati fiscali). Si veda, sul punto, *Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento dei partiti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1024 ss. Si ricorda, altresì, il disegno di legge (C-3286), di ratifica ed esecuzione della *Convenzione internazionale sulla disciplina penale della corruzione*, che prevedeva l'introduzione, all'art. 360-*bis* c.p., di una circostanza attenuante ad effetto speciale (con riduzione della pena sino a due terzi e con applicazione della sola interdizione temporanea dai pubblici uffici, in luogo dell'interdizione perpetua), a favore dell'autore dei delitti di corruzione o di traffico di influenze illecite che, prima dell'esercizio dell'azione penale, fornisse indicazioni utili all'individuazione degli altri responsabili ed al sequestro delle somme delle altre utilità trasferite.

(4) Per un'analisi della *ratio* e dei contenuti delle diverse forme di collaborazione si veda C. Ruga Riva, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, *passim.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

630, comma 5, c.p.) o di delitti contro la personalità individuale (art. 600-*septies*.1 c.p.) o di sequestro di minori (art. 605, comma 4, c.p.). A tale elenco si aggiunge anche il riferimento all'attenuante collaborativa prevista nell'ambito dei delitti contro il patrimonio a partire dal 2001 all'art. 625-*bis* c.p.
La circostanza dell'art. 323-*bis*, pur presentando un'analoga *ratio* giustificatrice (assicurare la rottura del *pactum sceleris* (5) corruttivo offrendo un beneficio premiale) non prevede gli stessi requisiti costitutivi delle pre-esistenti fattispecie in cui la diminuzione di pena viene accordata al soggetto a condizione che si adoperi per evitare che l'attività sia portata a conseguenze ulteriori o che aiuti concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive. Come è stato efficacemente notato (6) la scelta del legislatore del 2015 di concedere una diminuzione di pena (da un terzo a due terzi) al collaboratore si ispira ad una logica premiale minima dove la previsione di più stringenti requisiti condiziona le scelte dei soggetti rendendo poco vantaggiosa la condotta delatoria.

Il fatto

Nel caso oggetto della pronuncia in esame un Comandante della Polizia Municipale era stato condannato, in primo e in secondo grado, a seguito di plurime condotte di induzione indebita commesse pretendendo la consegna di importi modesti (nella misura di due o di tre euro) da parte di commercianti, che non avevano presentato la dovuta richiesta di occupazione del suolo pubblico, a fronte della prospettazione del rischio di non poter continuare a vendere la merce nella zona di svolgimento del mercato comunale.
Il Comandante aveva proposto ricorso per il mancato riconoscimento della circostanza attenuante del secondo comma dell'art. 323-*bis* c.p. evidenziando di aver fornito un contributo collaborativo nell'individuazione degli ambulanti controparti della transazione illecita. Sottolinea, infatti, nel ricorso che i militari, che procedettero all'arresto in flagranza, avevano assistito *de visu* solo alla consegna della somma di due euro mentre l'identificazione degli ulteriori destinatari della condotta induttiva era collegata alle dichiarazioni rese dall'interessato in merito all'aver ricevuto denaro anche da parte di altri venditori ambulanti dopo la perquisizione del proprio veicolo di servizio.

Le diverse forme di collaborazione *post-delictum*

Per valutare se le dichiarazioni rese dal Comandante abbiano in concreto offerto un contributo collaborativo efficace tale da giustificare la concedibilità della circostanza premiale è necessario premettere alcune riflessioni sugli elementi costitutivi della fattispecie.
A stretto rigore il secondo comma dell'art. 323-*bis* c.p. distingue fra due forme di collaborazione: da un lato, l'attenuante della collaborazione processuale, consistente nell'essersi "efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili"; dall'altro, la diminuente della collaborazione patrimoniale, che richiede di adoperarsi efficacemente per il "sequestro delle somme o altre utilità trasferite".
In sede di primo commento si era evidenziato (7) che le condizioni per l'applicazione della circostanza attenuante processuale potessero essere cumulative alla luce della presenza della congiunzione "e": la circostanza non avrebbe potuto essere applicata nel caso in cui il soggetto avesse fornito prove decisive in ordine alla propria responsabilità o per evitare che l'attività sia portata a conseguenze ulteriori, ma non avesse contestualmente aiutato all'individuazione dei responsabili. Per garantire un'applicazione della fattispecie premiale (già condizionata, come vedremo, dalla presenza di alcuni elementi) è preferibile

(5) M. Pelissero, *Addenda di Aggiornamento, La riforma dei delitti di corruzione nella legge 27 maggio 2015, n. 69*, in F. Grosso - M. Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione. Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro, Milano, 2015; Id. *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in R. Bartoli - M. Pelissero - S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2022, 591; F. Cingari, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in questa *Rivista*, 2015, 805 ss.

(6) M. Pelissero, *Addenda di Aggiornamento, La riforma dei delitti di corruzione nella legge 27 maggio 2015, n. 69*, in F. Grosso - M. Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione. Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro, Milano, 2015, 10-11. Evidenziano, non solo le riserve di carattere etico e morale, il rischio di potenziali strumentalizzazioni in chiave di ricatto (quando i pubblici agenti rivestono cariche pubbliche): C. F. Grosso, *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli: il progetto anticorruzione di mani pulite fra utopia punitiva e suggestione premiale*, in *Cass. pen.*, 1994, 2345; F. Cingari, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in questa *Rivista*, 2015, 813.

(7) M. Pelissero, *Addenda di Aggiornamento, La riforma dei delitti di corruzione nella legge 27 maggio 2015, n. 69*, in F. Grosso - M. Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione. Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro, Milano, 2015, 10.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

adottare, invece, un'interpretazione ampia (8) considerando le diverse condotte come forme alternative di collaborazione processuale.

Un primo fattore che ha inciso negativamente sulla portata applicativa è rappresentato dalla previsione di una necessaria caratterizzazione in termini di efficacia delle diverse modalità collaborative. Infatti l'utilizzo dell'avverbio *efficacemente* (9) comporta la verifica della sussistenza di un'effettiva collaborazione processuale che dovrà necessariamente concretizzarsi nell'acquisizione di prove o nell'individuazione degli altri soggetti responsabili, da identificare non solo nella controparte che ha dato o ricevuto l'utilità indebita, ma anche negli eventuali concorrenti nel reato (si pensi, per esempio, a possibili intermediari).

Analogo requisito è previsto anche nella seconda forma di misura premiale a contenuto patrimoniale: si richiede, infatti, che il soggetto si adoperi efficacemente per il "sequestro delle somme o altre utilità trasferite": è necessario, pertanto, una condotta che si traduca in un contributo concreto per garantire il sequestro delle utilità indebitamente trasferite.

Tale elemento e la non necessaria volontarietà della condotta delatoria evidenziano il carattere oggettivo della circostanza: la collaborazione ha carattere meramente utilitaristico (10) ed è incentrata unicamente sull'efficacia del contributo a spezzare l'accordo corruttivo.

Un altro aspetto che sembra aver condizionato la portata applicativa della circostanza è rappresentato dalla mancata previsione di limiti temporali di natura processuale (11): l'art. 323-*bis*, comma 2, c.p. non fissa scadenza processuale entro il quale tenere le condotte *ivi* previste, con il rischio però, che più si procrastina la collaborazione e più diventa difficile che si integrino i presupposti della circostanza attenuante.

La posizione della giurisprudenza sui requisiti di operatività del comma 2 dell'art. 323 *c.p.*

La giurisprudenza (12) successiva all'entrata in vigore della riforma ha nella quasi totalità negato la configurabilità della circostanza attenuante interpretando in chiave di estremo rigore i requisiti di operatività. Le due forme di contributo collaborativo sono da intendersi come alternative e sono caratterizzate da un progressivo allontanamento dal piano dell'offesa arrecata con la condotta illecita. Gli elementi che li contraddistinguono sono la concretezza e l'utilità (13) dell'aiuto non essendo sufficiente una mera ed astratta idoneità di agevolazione processuale. In particolare, per l'aiuto sostanziantesi nell'assicurazione delle prove dei reati occorre che questo dispieghi la sua efficacia in concreto in funzione del conseguimento della prova e non solo del rafforzamento del quadro probatorio acquisito. Per esempio ai fini della configurabilità della circostanza attenuante andrà valutata la concreta efficacia della dichiarazione confessoria ai fini del conseguimento della prova e, inoltre, non potrà, essere ritenuto sufficiente ai fini dell'applicazione del beneficio premiale, per esempio la mera indicazione di un nominativo di un correo (14).

La condivisibile esclusione del beneficio premiale

Una volta ricostruita la portata applicativa della circostanza attenuante è possibile condividere la scelta della Suprema Corte di escludere il riconoscimento della diminuzione di pena in quanto il presunto contributo del Comandante, reso al momento dell'arresto e delle successive spontanee dichiarazioni, nulla ha aggiunto al quadro indiziario a fronte delle precedenti acquisizioni. Le ammissioni rese non

(8) C. Benussi, *op. cit.*, par. 9.

(9) M. Pelissero, *Addenda di Aggiornamento, La riforma dei delitti di corruzione nella legge 27 maggio 2015, n. 69*, in F. Grosso - M. Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione. Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro, Milano, 2015, 10. Il requisito dell'efficacia del contributo collaborativo induce, inoltre, a considerare la circostanza in oggetto di natura oggettiva. La circostanza potrà essere applicata solo ai concorrenti che abbiano dato un contributo efficace *ex* art. 323-*bis*, comma 2, c.p., così come statuito to dalle Sezioni unite in tema di circostanza di ravvedimento *post delictum ex* art. 62, n. 6, c.p. (Cass. Pen., SS.UU., 11 febbraio 2009, n. 5941).

(10) M. Pelissero, *Addenda di Aggiornamento, La riforma dei delitti di corruzione nella legge 27 maggio 2015, n. 69*, in C.F. Grosso - M. Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione. Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro, Milano, 2015, 11; A. Spena, *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (legge n. 69/2015)*, in *Studium juris*, 2015, 10, 1120 ss. *Contra* C. Benussi, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323*-bis *c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 giugno 2015, par. 9.

(11) M. Pelissero, *Addenda di Aggiornamento, La riforma dei delitti di corruzione nella legge 27 maggio 2015, n. 69*, in C.F. Grosso - M. Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione. Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro, Milano, 2015, 9 ss.

(12) Cass. Pen., Sez. VI, 5 novembre 2020, n. 9512, in *Guida dir.*, 2021, 15.

(13) *Ex plurimis* Cass. Pen., Sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 11490, in *Cass. pen.*, 2014, 3, 943 (in relazione all'attenuante di cui all'art. 625-*bis* c.p.).

(14) Cass. Pen., Sez. VI, 19 maggio 2014, n. 32937, in *DeJure*, in relazione all'ipotesi di cui all'art. 625-*bis* c.p.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

possono definirsi rilevanti in punto di efficacia nell'evitare "conseguenze ulteriori" essendo il reato già consumato a fronte della consegna del denaro.
Inoltre l'indicazione dei nominativi degli altri componenti della transazione illecita non può integrare gli estremi della collaborazione processuale in quanto non si tratta di un contributo destinato ad avere un effetto favorevole per le indagini o per l'esito del processo volto ad accertare la responsabilità del soggetto. Nonostante le forze dell'ordine avessero assistito direttamente alla consegna della somma da parte di un solo commerciante ambulante, la perquisizione aveva portato, infatti, al sequestro di una somma di denaro nettamente superiore, indicativa, pertanto, della già avvenuta consumazione del reato e della presenza di una pluralità di controparti interessate. L'ammissione da parte del Comandante della Polizia municipale non ha offerto alcun contributo efficace, concreto e utile ai fini della conferma del *modus operandi* già accertato e ricostruito dalle forze dell'ordine.
La pronuncia in commento si inserisce, pertanto, nel consolidato *trend* interpretativo, emerso già all'epoca dell'introduzione nel 2015, volto a circoscrivere l'efficacia della misura premiale e conferma come la previsione degli stringenti requisiti abbia reso poco vantaggiosa la condotta delatoria (15). Solo con la l. n. 3/2019 viene introdotta una causa di non punibilità all'art. 323-*ter* c.p., che accorda un beneficio premiale di più ampio respiro e che risponde alle sollecitazioni indicate in premessa. L'efficacia della causa di non punibilità, che sembra presentare maggiore appetibilità per il soggetto che offre la collaborazione processuale, è nuovamente pregiudicata dalla presenza di due cumulative condizioni, quali la denuncia volontaria del reato, corredata da *indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili* e la messa a disposizione dell'utilità percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro equivalente o l'indicazione di elementi utili per individuare il beneficiario effettivo: pertanto la rigorosa dimostrazione della sussistenza di entrambi i requisiti, a cui si affianca un ulteriore elemento rappresentato dal limitato limite cronologico entro il quale debbano realizzarsi, ha, ad oggi, fortemente pregiudicato (16) l'ambito di applicazione anche della misura premiale dell'art. 323-*ter* c.p.

(15) M. Pelissero, *Addenda di Aggiornamento, La riforma dei delitti di corruzione nella legge 27 maggio 2015, n. 69*, in C.F. Grosso - M. Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione. Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro, Milano, 2015, 10-11.

(16) M. Pelissero, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in R. Bartoli - M. Pelissero - S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2022, 593.; C.D. Leotta, *La corruzione*, in B. Romano - A. Marandola, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione,* Torino, 2020, 627 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Giudizio abbreviato

Cassazione Penale, Sez. V, 28 giugno 2022 (ud. 7 giugno 2022), n. 24907 – Pres. Zaza – Rel. Caputo – P. M. Passafiume (conf.) – Imp. S.P. e B.G.

In caso di annullamento delle sentenze di primo e di secondo grado e di regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari, gli atti probatori acquisiti o formati nel corso del giudizio in cui è intervenuto l'annullamento possono essere utilizzati, a norma dell'art. 438, comma 6-*bis*, c.p.p, nel successivo giudizio, celebrato con le forme del rito abbreviato, nei confronti dell'imputato rispetto al quale è stato disposto l'annullamento.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass. Pen., Sez. V, 17 gennaio 1997, n. 1151, in *CED*, n. 206919.
Difforme	Non constano precedenti difformi.

(*Omissis*).

Quali limiti all'acquisizione di atti probatori e di sentenze di merito nel giudizio abbreviato?

di Anna Chiara Dellerba (*)

Con la sentenza in commento la suprema Corte delimita l'estensione del patrimonio probatorio utilizzabile nel giudizio abbreviato instaurato a seguito di annullamento e di regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari.
La prima questione affrontata riguarda gli effetti che la nullità intermedia della richiesta di rinvio a giudizio produce sugli atti successivi e, in particolare, sulle risultanze probatorie cristallizzate in dibattimento. I giudici di legittimità concludono per l'utilizzabilità, *ex* art. 438, comma 6-*bis*, c.p.p., dei verbali istruttori della fase dibattimentale del precedente giudizio, poiché la materia della prova si presenta totalmente inospitale per quel tipico metabolismo giuridico di trasmissione della patologia dell'atto a quello susseguente.
Il secondo nodo problematico attiene, invece, alla possibilità di impiegare, ai fini della decisione pronunciata nel giudizio abbreviato, le precedenti sentenze di merito oggetto di annullamento. La Corte fornisce una risposta negativa: consentirne l'impiego nel "nuovo" giudizio a prova contratta significherebbe, infatti, contaminare il libero apprezzamento del giudice con precedenti responsi giudiziali non più in essere.
With the judgment in question the supreme Court delimits the evidence that can be used in the summary trial established as a result of annulment with referral and regression of the procedure to the phase of the investigations.
The first issue concerns the effects of the intermediate nullity of the request for committal to trial on subsequent acts and, in particular, on the evidence already gathered at the first trial. The Court of Cassation considers that the previous trial transcripts can be used, ex art. 438, paragraph 6-bis, c.p.p., because the mechanism of derived invalidity is not operating in evidence matters.
The second issue relates to the possibility of using the previous annulled judgments during the summary trial. The Court gives a negative answer: it is not allowed to use those sentences in the new trial because this contaminates the inner conviction of the judge by verdicts already overturned.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (*double blind*).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Patologie degli atti nel giudizio abbreviato

La sentenza in epigrafe interviene sul tema dell'utilizzabilità in sede di giudizio abbreviato sia degli atti probatori formati nel precedente processo, che delle sentenze di merito di primo e di secondo grado, concludendo per l'annullamento della pronuncia impugnata con rinvio per un nuovo giudizio ad altra Sezione della corte di Assiste compente (1).

Preliminarmente, al fine di comprendere la *ratio* sottesa alla scelta dei giudici di legittimità, occorre ricostruire la disciplina probatoria nel giudizio abbreviato (2) e il sistema delle invalidità in caso di ammissione dell'imputato a tale rito differenziato (3). L'ontologia del processo senza accertamento pretende l'impiego di un "patrimonio probatorio modesto" (4) che comporta l'utilizzazione, previo consenso dell'imputato (5), di atti legittimamente assunti nel corso delle indagini (6).

(1) Del tutto peculiare l'*iter* procedimentale: a seguito della sentenza di annullamento senza rinvio emessa dalla suprema Corte (Cass. Pen., Sez. II, 4 giugno 2015, n. 24998, in *CED*, n. 264285, secondo cui "la proposizione della richiesta di rinvio a giudizio prima del decorso del termine di 20 giorni, previsto dall'art. 415 *bis* c.p.p., integra una nullità di ordine generale a regime intermedio che, ove tempestivamente dedotta, determina la nullità della richiesta di rinvio a giudizio e di tutti gli atti consecutivi che da esso dipendono, senza alcun onere di specifica allegazione, a carico dell'imputato, circa il proprio interesse ad eseguire la predetta nullità"), vi è stata la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica competente per il prosieguo con conseguente regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari. Rinnovato l'atto colpito da nullità, gli imputati hanno optato per la celebrazione del ("nuovo") giudizio nelle forme del rito abbreviato, offrendo al giudice una piattaforma conoscitiva basata su quanto legittimamente contenuto nel fascicolo del pubblico ministero.

(2) Tale giudizio deflattivo, ritoccato negli anni dal legislatore, ha mutato fisionomia: costruito nel codice 1988 come un giudizio "allo stato degli atti", a prova bloccata e subordinato al consenso del pubblico ministero, è stato interessato da varie spinte riformatici, tese a normativizzare gli approdi della giurisprudenza. Lo considera un rito a "prova a contratta" G. Di Chiara, *Considerazioni in tema di rito abbreviato, finalità del processo e tecniche di giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 583, "non solo nel senso che non verrà integrata dalle risultanze dibattimentali, a contraddittorio pieno, ma soprattutto in quanto, nel suo procedimento di formazione, il principio del contraddittorio è stato poco o per nulla osservato"; S. Lorusso, *La decisione "allo stato degli atti" nel giudizio abbreviato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1519, ritiene che la richiesta di accesso all'abbreviato finisca per "'congelare' il processo, vincolando il giudice ad emettere una sentenza sulla base degli atti al momento esistenti". Sulla nozione di 'stato degli atti', si veda, S. Giambruno, *Il giudizio abbreviato*, Padova, 1997, 109, che inquadra il criterio come regola prognostica di giudizio; S. Lorusso, *Provvedimenti "allo stato degli atti" e processo penale di parti*, Milano, 1995, 544, lo considera non solo come criterio che orienta la pronuncia di accoglimento della richiesta di ammissione al rito differenziato "ma anche [quale] regola di giudizio a cui il giudice deve conformarsi nella decisione finale"; P. Tonini, *I procedimenti semplificati*, in AA.VV., *Studi in memoria di Pietro Nuovolone, Il nuovo processo penale. Studi di diritto straniero e comparato*, III, Milano, 1991, 478, secondo cui se nella legge delega era concepito come un criterio di scelta, nel nuovo codice è diventato "un vero e proprio 'limite' all'ampiezza del contraddittorio".
Con la novella introdotta con L. 16 dicembre 1999, n. 479 è stato rimodulato il requisito della definibilità della regiudicanda allo 'stato degli atti' e rimosso quello del consenso dell'accusa per l'instaurazione del giudizio abdicativo; contestualmente, il legislatore ha predisposto due diverse forme di abbreviato: "secco", in cui il rito è instaurato sulla base di una mera richiesta svincolata dall'assunzione di nuove prove, e "condizionato", subordinato all'accoglimento della domanda di integrazione probatoria. In dottrina, sul punto, G. Canzio, *Giudizio abbreviato*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento IV, Milano, 2000, 617; F.S. Cassibba, *Inutilizzabilità degli atti e poteri probatori del giudice nel "nuovo" giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2001, 405; F. Cordero, *Procedura* penale, Milano, 2012, 1057; V. Veneroso - M. Carlisi, *Il giudizio abbreviato*, Torino, 2007, 79; F. Zacché, *Nuovi poteri probatori nel rito abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2001, 2611; sulla prassi applicativa *post* riforma, si veda, R. Angeletti, *Il giudizio abbreviato riformato*, Torino, 2005, 81.
Il legislatore del 2017 è intervenuto nuovamente sulla materia recependo orientamenti sedimentati in giurisprudenza. Sulle novità delle "Riforma Orlando", R. Aprati, *Maggiori incentivi, minori garanzie: ridimensionato l'accesso ai riti differenziati?*, in AA.VV., *Il fragile mosaico delle garanzie difensive. Dalla legge Orlando alle scelte della VXIII legislatura*, a cura di S. Lorusso, Torino, 2020, 121; A. Macchia, *La riforma del giudizio abbreviato e degli altri riti speciali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 novembre 2017; G. Spangher, *La riforma Orlando della giustizia penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 ottobre 2016; D. Vigoni, *La richiesta di giudizio abbreviato: tipologie e sviluppi del procedimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1926.
Da ultimo la "Riforma Cartabia" ha tentato di renderlo più "appetibile". In argomento, V. Cannas, *Il nuovo rito abbreviato: una "novità" apparente*, in AA.VV., *La riforma Cartabia. Codice penale - Codice di procedura penale - Giustizia riparativa*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2022, 375; F. Mazzacuva, *La giustizia penale* inter pares: *logiche di scambio e percorsi di incontro. Uno studio a partire dalla "Riforma Cartabia"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 688; A. Vassallo, *Modifiche al Titolo I "Giudizio abbreviato" del Libero Vi "Procedimenti speciali"*, in AA.VV., *La riforma del processo penale. Commento articolo per articolo del D.lgs. 150/2022 di attuazione della Riforma Cartabia, come modificato dal D.L. 31. Ottobre 2022, n. 162, c.d. Decreto Nordio*, a cura di A. Conz - L. Levita, Napoli, 2022, 401; F. Zacché, *I riti alternativi nella legge delega e l'obiettivo giustizia -25%*, in AA.VV., *"Riforma Cartabia" e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di A. Marandola, Padova, 2022, 200.

(3) Sull'opportunità di privilegiare tale denominazione, S. Lorusso, *Provvedimenti "allo stato degli atti" e processo penale di parti*, cit., 30, nota 68; sul possibile equivoco che potrebbe generare l'espressione riti 'speciali', P. Tonini, *I procedimenti semplificati*, cit., 473, che preferisce la terminologia 'procedimenti semplificati'.

(4) L'espressione è tratta da G. Di Chiara, *Considerazioni in tema di rito abbreviato, finalità del processo e tecniche di giudizio*, cit., 578.

(5) Sulle caratteristiche del consenso, O. Mazza, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, 257.

(6) O. Mazza, *Contraddittorio (principio del)*, cit., 259, sostiene che "non si è in presenza di una rinuncia alla formazione della prova in contraddittorio quanto, piuttosto, del consenso all'impiego probatorio per la decisione sul merito dell'imputazione di atti di indagine privi delle garanzie epistemologiche che solo il metodo dialettico può offrire".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sebbene il principio del "contraddittorio" (7) costituisca l'insostituibile perno su cui s'innesta l'intera impalcatura del sistema accusatorio, è l'art. 111, comma 5, Cost. a legittimare una deroga alle ordinarie dinamiche processuali su consenso dell'imputato (8).

Gli accusati scegliendo di accedere al giudizio abbreviato "secco" volontariamente rinunciano "alla formazione *coram partibus* degli elementi di prova utilizzabili per la decisione" (9), sacrificando il contraddittorio e astenendosi dal "difendersi provando" (10), in un'atmosfera in cui "la prova dei fatti è (tendenzialmente) indiscutibile, non perché il dubbio resta eliminato, ma perché il metterla in discussione risulterebbe contrario alle regole del gioco" (11).

Entro questa premessa si inserisce la sentenza annotata, che offre lo spunto per approfondire il peculiare meccanismo di deducibilità delle invalidità degli atti nel corso del rito abbreviato.

È ben noto come, in un primo momento, in assenza di indicazioni codicistiche esplicite sul punto, sia stata la giurisprudenza a chiarirne il regime giuridico: salve le incertezze iniziali (12), i giudici di legittimità hanno affermato, per un verso, la rilevabilità delle sole nullità assolute (13), con conseguente effetto sanante - determinato proprio dalla scelta del rito - delle nullità intermedie e relative (14) e, sotto altro profilo, la deducibilità unicamente dell'inutilizzabilità di atti probatori assunti *contra legem* (15).

(7) Ne analizza le declinazioni, O. Mazza, *Contraddittorio (principio del)*, cit., 252.

(8) In dottrina, G. Canzio, *Giudizio abbreviato*, cit., 634, evidenzia come la "l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, d'inserimento nell'art. 111 cost. dei principi del 'giusto processo', nel delineare in termini rigorosi e tassativi le ipotesi di deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova quale canone regolatore del processo penale, ammette che questa possa non avere luogo in contraddittorio tra le parti 'per consenso dell'imputato' (art. 111 comma 5 Cost), facendo pertanto salvo il riferimento ai riti alternativi di stampo negoziale quali il giudizio abbreviato e il patteggiamento"; N. Mani, *I percorsi della prova nel giudizio abbreviato. Limiti di sistema e adattamenti necessari*, in *Arch. pen.*, 2014, 3, 4, considera il contraddittorio come unico metodo di conoscenza nell'attività di formazione della prova, per cui ogni deviazione "costituisce una soluzione in deroga tollerata nell'ordinamento per garantire la tenuta del sistema in situazioni processuali peculiari, in cui le parti scelgono metodi di conoscenza parzialmente alternativi". Si veda, altresì, la critica di H. Belluta, *Prova (circolazione della) (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, I, Milano, 2008, 958, che reputa il peso delle deroghe capace di trasformare il contraddittorio da regola ad eccezione, aprendo il sistema processuale a pratiche probatorie alternative. In giurisprudenza, cfr., Corte cost. 5 luglio 2002, n. 325, ord., in *Giur. cost.*, 2002, 2517, secondo cui il contraddittorio come "metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio [...] esprime una generale regola di esclusione probatoria, in base alla quale nessuna dichiarazione raccolta unilateralmente durante le indagini può essere utilizzata come prova del fatto in essa affermato, se non nei casi eccezionali, contemplati dal quinto comma dell'art. 111 Cost."; Corte cost. 9 maggio 2001, n. 115, sent., in *Cass. pen.*, 2001, 2609, con nota di F. Zacché, *Nuovi poteri probatori nel rito abbreviato*, cit., affronta per la prima volta le questioni di legittimità costituzionale sul rito abbreviato, così come modificato dalla L. n. 479/1999 e, nel dichiararne la infondatezza, afferma che "l'art. 111, quarto comma, Cost. ha enunciato il principio del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale, ma poi ha espressamente previsto il consenso dell'imputato tra i casi di deroga al principio stesso (quinto comma)".

(9) In tal senso, F. Zacché, *Nuovi poteri probatori nel rito abbreviato*, cit., 2614.

(10) Cfr., Cass. Pen., Sez. VI, 15 febbraio 1993, n. 4800, in *CED*, n. 194538, secondo cui "con la richiesta di giudizio abbreviato l'imputato non soltanto rinuncia a difendersi provando, ma accetta che rientrino nel novero delle risultanze probatorie utilizzabili, ai fini della decisione 'allo stato degli atti', tutte le emergenze acquisite antecedentemente alla sua istanza, quali atti di polizia, rogatorie, interrogatori di imputati di reati connessi etc., senza potere né sceverare né eccepire alcunché nell'ambito di tali risultanze, salve le eccezioni di nullità assolute, peraltro rilevabili di ufficio in ogni stato e grado del procedimento".

(11) In questi termini, E. Somma, *Il giudizio abbreviato*, in AA. VV., *I riti differenziati nel nuovo processo penale, Atti del convegno presso l'Università di Salerno 30 settembre - 2 ottobre 1988*, Milano, 1990, 105.

(12) Per una ricostruzione delle ondivaghe pronunce giurisprudenziali in tema di invalidità degli atti e regime di deducibilità in abbreviato, si rinvia a R. Angeletti, *Il giudizio abbreviato riformato*, cit., 78; F.S. Cassibba, *Inutilizzabilità degli atti e poteri probatori del giudice nel "nuovo" giudizio abbreviato*, cit., 402; V. Veneroso - M. Carlisi, *Il giudizio abbreviato*, cit., 121.

(13) Inizialmente si soleva distingue tra difformità degli atti probatori, su cui vi era acquiescenza, e vizi degli atti propulsivi, per i quali non era ammessa la possibilità di deviare dai consueti meccanismi di invalidità, cfr., *ex multis*, Cass. Pen., Sez. V, 18 maggio 1992, n. 7349, in *CED*, n. 190998; ad oggi, la giurisprudenza è concorde nel consentire la rilevabilità anche di nullità assolute di atti probatori, cfr., Cass. Pen., Sez. II, 22 marzo 2016, n. 13465, *ivi*, n. 266748; Cass. Pen., Sez. II, 27 marzo 2014, n. 19454, *ivi*, n. 260377; Cass. Pen., Sez. VI, 11 giugno 1997, n. 6703, *ivi*, n. 209736.

(14) La giurisprudenza è da sempre dell'idea che la richiesta di giudizio abbreviato, operando alla stregua di una sanatoria, precluda la deducibilità di nullità di ordine generale a regime intermedio e relativo, cfr., Cass. Pen., Sez. II, 27 marzo 2014, n. 19454, in *CED*, n. 260377; Cass. Pen., Sez. I, 8 novembre 2011, n. 949, *ivi*, n. 251669; Cass. Pen., SS.UU., 26 settembre 2006, n. 39298, *ivi*, n. 23483501, con nota di Morisco, *Imputato alloglotta e avviso di conclusione delle indagini* ex *art. 415*-bis *c.p.p.*, in questa *Rivista*, 2007, 4, 468; Cass. Pen., Sez. IV, 11 novembre 1994, Presta, in *Cass. pen.*, 1996, 3032.

(15) Le Sezioni Unite, intervenute a composizione del contrasto giurisprudenziale formatosi in materia di deducibilità dell'inutilizzabilità in abbreviato, anche alla luce del quadro normativo riformato ad opera della c.d. Legge Carotti, hanno precisato che "il giudizio abbreviato costituisce un procedimento 'a prova contratta', alla cui base è identificabile un patteggiamento negoziale sul rito, a mezzo del quale le parti accettano che la regiudicanda sia definita all'udienza preliminare alla stregua degli atti di indagine già acquisiti e rinunciano a chiedere ulteriori mezzi di prova, così consentendo di attribuire agli elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari quel valore probatorio di cui essi sono normalmente sprovvisti nel giudizio che si svolge invece nelle forme ordinarie del 'dibattimento'. Tuttavia tale negozio processuale di tipo abdicativo può avere ad oggetto esclusivamente i poteri che rientrano nella sfera di disponibilità degli interessati, ma resta privo di negativa incidenza sul potere-dovere del giudice di essere, anche in quel giudizio speciale, garante della legalità del procedimento probatorio. Ne consegue che in esso, mentre non rilevano

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Con L. 23 giugno 2017, n. 103, sulla scia di alcune pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione (16), il legislatore ha finalmente codificato all'art. 438, comma 6-*bis*, c.p.p. i margini di operatività della disciplina dei vizi degli atti nel giudizio abbreviato (17): le nullità (relative e intermedie) si sanano, l'inutilizzabilità (fisiologica) non è più deducibile e l'incompetenza per materia è preclusa (18).
Lo speciale effetto sanante (19) *ex* art. 183 c.p.p. delle nullità a regime intermedio e relativo si profila come tipico per comportamento significativo (20), sostituendo quello generico dell'accettazione tacita per comportamento concludente; restano deducibili unicamente le nullità assolte che, in quanto tali, sono insanabili.
Il dato normativo prevede, accanto alla nullità, l'inutilizzabilità intesa quale disfunzione processuale a tutti gli effetti (21), non più rilevabile se non derivi dalla violazione di un divieto probatorio (22).
Ebbene, la doppia anima delle anomalie della prova ("fisiologica" e "patologica" ovvero declinata secondo il binomio prove "illegittime" e prove "illegali" (23)) si riflette sul regime di rilevabilità del vizio. Sebbene, come autorevolmente sostenuto, tale distinzione susciti "incertezze e questioni processuali" (24), nella disciplina attuale non rileva né l'inutilizzabilità fisiologica (25) - coessenziale ai peculiari connotati del processo accusatorio - né quella relativa (26) - prevista per disciplinare i rapporti tra diverse fasi del procedimento -, attribuendosi valore unicamente a quella declinazione "forte", detta patologica, che vieta l'utilizzazione, in ogni momento del processo, di atti assunti in violazione di una regola probatoria (27).
Benché bilanciato da altri incentivi processuali, insomma, l'accesso al giudizio abbreviato non condizionato comporta una serie di rinunce: è innegabile che tale scelta dell'imputato - configurabile come un diritto potestativo per la natura premiale sottesa al rito - determina inevitabilmente l'ulteriore "scadimento della qualità della verità giudiziale" (28), cristallizzata nell'esile bagaglio probatorio a disposizione dell'organo giudicante.

né l'inutilizzabilità cosiddetta fisiologica della prova, cioè quella coessenziale ai peculiari connotati del processo accusatorio, in virtù dei quali il giudice non può utilizzare prove, pure assunte '*secundum legem*', ma diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento secondo l'art. 526 c.p.p., con i correlati divieti di lettura di cui all'art. 514 stesso codice (in quanto in tal caso il vizio-sanzione dell'atto probatorio è neutralizzato dalla scelta negoziale delle parti, di tipo abdicativo), né le ipotesi di inutilizzabilità 'relativa' stabilite dalla legge in via esclusiva con riferimento alla fase dibattimentale, va attribuita piena rilevanza alla categoria sanzionatoria dell'inutilizzabilità cosiddetta 'patologica', inerente, cioè, agli atti probatori assunti 'contra legem', la cui utilizzazione è vietata in modo assoluto non solo nel dibattimento, ma in tutte le altre fasi del procedimento, comprese quelle delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, nonché le procedure incidentali cautelari e quelle negoziali di merito" (Cass. Pen., SS.UU., 21 giugno 2000, n. 26, con nota di F.S. Cassibba, *Inutilizzabilità degli atti e poteri probatori del giudice nel "nuovo" giudizio abbreviato*, cit., 400); conf., Cass. Pen., Sez. IV, 23 giugno 2000, n. 9346, in *Guida dir.*, 2000, 39, 99-100, secondo cui nel rito abbreviato è rilevabile sia l'inutilizzabilità patologica che la nullità assoluta poiché trattasi di situazioni "sottratte al potere dispositivo o negoziale o abdicativo delle parti [e] aderenti alla legalità del procedimento probatorio di cui il giudice è e deve farsi garante".

(16) Cfr., Cass. Pen., SS.UU., 25 settembre 2008, n. 1149, in *CED*, n. 241882, con nota di R.A. Ruggiero, *I discutibili confini dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni tardive dei "collaboratori di giustizia"*, in *Cass. pen.*, 2009, 2278; Cass. Pen., SS.UU., 26 settembre 2006, n. 39298, cit.; Cass. Pen., SS.UU., 21 giugno 2000, n. 26, cit.

(17) In argomento, R. Aprati, *Maggiori incentivi, minori garanzie: ridimensionato l'accesso ai riti differenziati?*, cit., 122; A. Macchia, *La riforma del giudizio abbreviato e degli altri riti speciali*, cit., 13; G. Spangher, *La riforma Orlando della giustizia penale*, cit., 7.

(18) Critica la scelta terminologica del legislatore R. Aprati, *La riforma Orlando sui riti speciali: quattro nodi problematici*, in *Cass. pen.*, 2019, 1403.

(19) Sulla "categoria sintattica" della sanatoria, F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 1191.

(20) R. Aprati, *La riforma Orlando sui riti speciali: quattro nodi problematici*, cit., 1403, la qualifica "come una sanatoria 'a fascia': 'sanatoria speciale' a 'contenuto generale'".

(21) Il legislatore ha 'soggettivizzato' l'inutilizzabilità, che da "innominata anomalia processuale" (così, F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 1196) diviene patologia "nominata e tipica" (in tal senso, R. Aprati, *Maggiori incentivi, minori garanzie: ridimensionato l'accesso ai riti differenziati?*, cit., 126; R. Aprati, *La riforma orlando sui riti speciali: quattro nodi problematici*, cit., 1404).

(22) Sull'individuazione dei divieti probatori, R. Aprati, *La riforma Orlando sui riti speciali: quattro nodi problematici*, cit., 1406; F.M. Grifantini, *Inutilizzabilità*, cit., 247; A. Scella, *Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*, cit., 484; P. Tonini - C. Conti, *Manuale di procedura penale*, 23° ed., Milano, 2022, 224 ss.; P. Tonini - C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, 2° ed., Milano, 2014, 98.

(23) Ipotizza tale diversa ricostruzione della categoria, R. Aprati, *Maggiori incentivi, minori garanzie: ridimensionato l'accesso ai riti differenziati?*, cit., 127; R. Aprati, *La riforma Orlando sui riti speciali: quattro nodi problematici*, cit., 1406.

(24) In questi termini, P. Tonini - C. Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., 831.

(25) Cfr. Cass. Pen., SS.UU., 1° ottobre 1991, n. 11060, in *CED*, n. 188581, secondo cui "nel giudizio abbreviato non rileva l'inutilizzabilità cosiddetta 'fisiologica' della prova, funzionale cioè ai peculiari connotati del processo accusatorio in forza dei quali il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove, pure assunte *secundum legem*, ma diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento".

(26) Sull'inutilizzabilità relativa, si veda, F.M. Grifantini, *Inutilizzabilità*, cit., 251.

(27) Critico sulla scelta legislativa, G. Spangher, *La riforma Orlando della giustizia penale*, cit., 7, secondo cui "non può negarsi che la previsione della sanatoria, soprattutto in relazione alle ipotesi di inutilizzabilità, susciti forti perplessità, venendosi a sanare anche situazioni apparentemente formali ma invece fortemente incidenti sulla validità della prova, come in materia di intercettazioni".

(28) L'espressione è di O. Mazza, *Contraddittorio (principio del)*, cit., 261.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La fenomenologia dell'invalidità "derivata" tra nullità e inutilizzabilità

Premessa la complessiva intelaiatura della rilevabilità delle patologie degli atti nel rito abbreviato, è possibile ora occuparsi del concetto di invalidità "derivata" - chiave di volta della sentenza annotata - differenziandone i piani operativi.

Preliminarmente deve chiarirsi che le sanzioni processuali della nullità e dell'inutilizzabilità, "pur operando [entrambe] nell'area della patologia della prova, restano distinte ad autonome, siccome correlate a diversi presupposti" (29).

Nel caso in esame la difesa dei ricorrenti sovrappone due distinte questioni. Sganciato dal problema dell'utilizzabilità di atti dibattimentali nel corso del giudizio abbreviato "secco" è infatti il tema degli effetti della dichiarazione di nullità intermedia della richiesta di rinvio a giudizio per violazione dei termini *ex* art. 415-*bis* c.p.p., ovvero della diffusione di detto vizio agli atti successivi, ai sensi dell'art. 185, comma 1, c.p.p. e della regressione del procedimento allo stato e al grado in cui l'atto nullo è stato compiuto *ex* art. 185, comma 3, c.p.p.

Com'è noto, l'invalidità di un atto del procedimento può dipendere dalla nullità del suo "predecessore": questa si propaga agli atti consecutivi dipendenti da quello dichiarato nullo ed "investe le sequele dinamiche necessarie (in particolare, gli elementi propulsivi)" (30).

Pertanto, l'"effetto genetico negativo" (31) che deriva dall'anomalia originaria presuppone un rapporto di dipendenza causale, logica e giuridica che deve intercorrere tra l'atto seguente e quello dichiarato nullo: non basta, in sostanza, un mero rapporto di successione occasionale o cronologica (32).

La *ratio* di tale disposizione è chiara: la nullità derivata richiede che vi sia un legame funzionale o di presupposizione indispensabile degli atti, coinvolgendo unicamente quelli che "s'inseriscono, con carattere di necessità, nel ciclo effettuale del procedimento, costituendo il presupposto indefettibile per il compimento di almeno un atto successivo" (33).

Il fluido magma della nullità, nell'esondare, non può però invadere il fertile terreno probatorio e cospargerlo dei detriti dell'atto imperfetto invalidato. Infatti, tale disciplina è congegnata per operare con riferimento ad "atti di impulso processuale piuttosto che non agli atti di acquisizione probatoria" (34), i quali si inseriscono nelle scansioni del procedimento in via solo eventuale e, qualora compiuti, "costituiscono episodi dotati di propria autonomia" (35). La materia probatoria si presenta, insomma, totalmente inospitale per quel tipico metabolismo giuridico di trasmissione della patologia dell'atto a quello susseguente.

Il principio transitivo dell'invalidità, dunque, richiede l'esistenza di una relazione intercorrente i tra diversi momenti del procedimento tale da rendere l'atto "contaminato" - di per sé pienamente valido ed efficace - affetto da una nullità della stessa *species* di quella dell'atto originariamente invalido.

Pertanto, nel caso *de quo*, se pure si ammettesse che gli atti posteriori (*ivi* comprese le emergenze istruttorie dibattimentali) fossero contagiati dalla nullità di ordine generale a regime intermedio del primo atto (richiesta di rinvio a giudizio), questa non sarebbe più deducibile poiché neutralizzata dalla scelta negoziale abdicativa compiuta dagli imputati.

Dunque, come correttamente rilevato dai giudici di Piazza Cavour nella sentenza in commento, se l'opzione processuale del rito abbreviato arresta la rilevabilità delle nullità e, di conseguenza, la sua diffusione agli atti seguenti, è parimenti inibita la propagazione del predetto vizio nel giudizio differenziato instaurato a seguito di regressione del procedimento al momento investigativo.

Difatti, se la sanzione connessa al vizio di un determinato atto processuale è la nullità - relativa o a regime intermedio - e non la inutilizzabilità, questo entra a far parte del compendio probatorio utilizzabile dal giudice nel rito abbreviato ai fini del suo convincimento, poiché è l'imputato che ha acconsentito all'impiego di tutto il materiale contenuto nel fascicolo dell'accusa (36).

(29) Così, Cass. Pen., Sez. I, 21 febbraio 1997, n. 2690, in *CED*, n. 207271, ove si legge che "la prima [nullità] attiene sempre e soltanto all'inosservanza di alcune formalità di assunzione della prova, vizio che non pone il procedimento formativo o acquisitivo completamente al di fuori del parametro normativo di riferimento, in quanto consiste nel mancato rispetto del parametro normativo stesso in alcuni dei suoi peculiari presupposti; la seconda [inutilizzabilità] presuppone invece una prova 'vietata' per la sua intrinseca illegittimità oggettiva, ovvero per effetto del procedimento acquisitivo, la cui manifesta illegittimità lo pone certamente al di fuori del sistema processuale".

(30) Lo afferma F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 1192.

(31) L'espressione è di F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 1192.

(32) In dottrina, per tutti, T. Rafaraci, *Nullità (diritto processuale penale)*, cit., 622.

(33) In tal senso, A. Scella, *Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*, cit., 480.

(34) In questi termini, E. Amodio, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 338. Sulla distinzione tra atti propulsivi e prove, F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 1174.

(35) Così, T. Rafaraci, *Nullità (diritto processuale penale)*, cit., 622.

(36) Cfr., *ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. I, 8 gennaio 2002, n. 4501, in *CED*, n. 220622, ove si precisa che "in tema di giudizio abbreviato, qualora il prossimo congiunto, alla cui assunzione sia

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Neppure avrebbe senso procedere con la rinnovazione dell'atto a contenuto probatorio colpito dalla presunta nullità derivata, atteso che questa sarebbe impedita dalla genetica del rito contratto non condizionato ad una integrazione probatoria e, anzi, concepito come giudizio "allo stato degli atti".
L'inutilizzabilità - a differenza della nullità - non è trasmissibile per osmosi all'atto successivo, atteso che tale anomalia riguarda solo le prove acquisite illegittimamente e non quelle la cui assunzione è avvenuta in modo autonomo e nelle forme consentite (37): secondo il consolidato dogma del *male caput bene retentum*, infatti, la patologia dell'atto istruttorio non contamina l'ulteriore seguito (38).
Pertanto, né il vizio di nullità si estende agli elementi che compongono la piattaforma probatoria, né l'inutilizzabilità di una certa prova può riflettersi su altri atti istruttori, poiché tra loro totalmente slegati (39).
Dunque, è evidente l'esistenza di un limite logico al meccanismo di diffusione automatica della patologia processuale dall'atto propulsivo a quello probatorio, atteso che "le prove rappresentano un tipico caso di atto eventuale, svincolato da una preordinata concatenazione di effetti" (40), indipendenti da quello dichiarato nullo e, quindi, incapaci di assorbirne i vizi.
Peraltro, se pure si ammettesse l'estensione del congegno della nullità derivata anche agli atti di acquisizione della prova, ontologicamente slacciati l'uno dall'altro, tale invalidità diffusa dovrebbe arrestarsi al primo elemento probatorio investito dalla patologia, poiché incapace di trasmettersi agli atti successivi della sequenza istruttoria.
Di conseguenza, esclusa la possibilità che la originaria nullità di un atto propulsivo possa contaminare l'intera sequela probatoria - che rimane pienamente valida ed utilizzabile -, appare corretta la strada intrapresa dai giudici di legittimità che, nel caso di specie, hanno ritenuto gli atti dibattimentali utilizzabili, poiché non investiti da alcuna tipologia di invalidità rilevabile nel giudizio abbreviato.
Deve inoltre evidenziarsi che, nella circostanza, la regressione del procedimento (41) alla fase delle indagini preliminari è stata disposta unicamente per rinnovare l'atto propulsivo viziato (42) e non può coinvolgere le emergenze probatorie assunte in dibattimento *secundum legem*, che costituiscono possibili fonti di convincimento del giudice utili per accertare la penale responsabilità degli accusati.

Dall'utilizzabilità degli atti probatori assunti nel giudizio ordinario...

La suprema Corte, nella pronuncia in epigrafe, afferma il principio secondo cui gli atti istruttori assunti nella fase dibattimentale del precedente giudizio sono utilizzabili, ai sensi dell'art. 438, comma 6-*bis*, c.p.p., nei confronti dell'imputato ammesso al rito abbreviato, travolto dalla decisione di annullamento e dalla conseguente regressione del procedimento al momento investigativo.
Ciò in quanto, tale scelta processuale consente che sia impiegata, ai fini decisori, una base probatoria "non garantita", poiché costituita da tutto il materiale legittimamente acquisito al fascicolo della pubblica accusa (43), atteso che su tali atti si è formata la volontà abdicativa del richiedente (44).

stata condizionata la richiesta di accesso al rito, si avvalga della facoltà di non rendere testimonianza ai sensi dell'art. 199 c.p.p., ben possono essere utilizzate le dichiarazioni da lui rese nel corso delle indagini preliminari, ancorché viziate da nullità relativa per l'omissione dell'avviso della facoltà di astensione, atteso che con la scelta del rito l'imputato ha acconsentito all'utilizzazione di tutti gli elementi di prova acquisiti dal pubblico ministero ed inseriti nel fascicolo di cui all'art. 416, comma 2, c.p.p.".

(37) Cfr., *ex multis*, Cass. Pen., Sez. V, 20 novembre 2011, n. 12697, in *CED*, n. 263031; Cass. Pen., Sez. II, 29 novembre 2011, n. 44877, *ivi*, n. 251361.
In dottrina, A. Scella, *Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*, cit., 493, secondo cui "la dichiarazione d'inutilizzabilità finisc[e] con l'assolvere soltanto una funzione d'igiene processuale".

(38) Si contrappone a tale teoria quella dei "frutti dell'albero avvelenato" di matrice statunitense. Sulla compatibilità della presunta inutilizzabilità diffusa con la tenuta del sistema processuale penale, F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 634; F.M. Grifantini, *Inutilizzabilità*, cit., 253; P. Tonini - C. Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., 227, nota 87; P. Tonini - C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., 115.

(39) Cfr., Cass. Pen., Sez. I, 29 settembre 2015, n. 45550, in *CED*, n. 265285.

(40) Così, A. Scella, *Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*, cit., 480.

(41) Sul principio di regressione del procedimento, per tutti, T. Rafaraci, *Nullità (diritto processuale penale)*, cit., 624.

(42) Sulla rinnovazione dell'atto dichiarato nullo, si veda, T. Rafaraci, *Nullità (diritto processuale penale)*, cit., 623.

(43) Si veda, in dottrina, V. Veneroso - M. Carlisi, *Il giudizio abbreviato*, cit.,124, secondo i quali per atti legittimamente acquisiti al fascicolo processuale s'intendono "soltanto quegli atti probatori non affetti da gravi e irreversibili patologie, quali l'inutilizzabilità e le nullità assolute, caratterizzate da insanabilità e rilevabilità anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento". In giurisprudenza, fra le tante, Cass. Pen., Sez. I, 8 gennaio 1997, n. 697, in *CED*, n. 206791, secondo cui l'imputato, nell'accettare il rito abbreviato, rinuncia ad avvalersi delle regole ordinarie del processo, per cui il giudice può utilizzare tutti gli atti legittimamente confluiti nel fascicolo del pubblico ministero; Cass. Pen., SS.UU., 1° ottobre 1991, n. 11060, cit.

(44) O. Mazza, *Contraddittorio (principio del)*, cit., 264, secondo cui "la scelta di farsi giudicare sulla base di elementi raccolti unilateralmente, di materiali spuri non garantiti dal metodo dialettico, è logico che sia ad esclusivo appannaggio dell'imputato".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Considerato che i giudici di legittimità - nell'annullare i precedenti giudizi di merito - hanno ordinato la trasmissione degli atti al pubblico ministero, facendo confluire nel fascicolo processuale sia i verbali d'indagine che quelli istruttori che hanno preceduto la richiesta di giudizio abbreviato, è evidente che debba optarsi per la piena utilizzabilità di siffatto bagaglio conoscitivo nel successivo processo, in quanto "la piattaforma probatoria è cartolare e predefinita; tutto quanto è stato raccolto, a meno che non si riscontrino i vizi degli atti e delle prove individuati dall'art. 438, comma 6-*bis*, c.p.p. può essere utilizzato ai fini della decisione" (45).

Pertanto, la rinuncia alla piena dialettica probatoria comporta il blocco dell'ulteriore e fisiologico accertamento della responsabilità degli accusati, cristallizzando il dato istruttorio già acquisito; residua unicamente uno spazio di sopravvivenza per il contraddittorio sulla prova (46), inteso come principio e non come regola epistemologica.

I ricorrenti, nell'articolare la doglianza relativa alla inutilizzabilità delle prove acquisite nel giudizio ordinario investito dalla sentenza di annullamento, richiamano una pronuncia della supremo Consesso (47) che, nel dichiarare la nullità (assoluta) del decreto di citazione a giudizio, non ha ritenuto utilizzabili nel nuovo processo, ai sensi dell'art. 238 c. p.p. (48), gli atti probatori formati nel procedimento conclusosi con la sentenza cassata, atteso che, da un lato, non si era ritualmente costituito il c.d. rapporto processuale e, dall'altro, non risultava in alcun modo la consensualità delle parti all'acquisizione dei verbali.

Tuttavia, nel caso in esame, non solo vi è stata la corretta instaurazione dell'*iter* processuale nel rispetto dei diritti di difesa degli accusati - la richiesta di rinvio a giudizio è affetta, infatti, da una nullità intermedia e non assoluta - ma, inoltre, il consenso che difettava nella vicenda richiamata è stato regolarmente prestato optando per il giudizio abbreviato.

Il congegno attraverso cui la suprema Corte, nella sentenza annotata, legittima l'utilizzabilità di verbali di prove precedentemente assunte in dibattimento non riposa sul dettato di cui all'art. 238 c.p.p., che - come si sa - ne ammette l'impiego solo in un diverso procedimento (49), richiedendo quale presupposto fondamentale l'alterità delle regiudicande, posto che non può servire "per consentire il recupero del materiale probatorio formatosi in una fase precedente" (50).

Al contrario, l'utilizzabilità dei materiali probatori provenienti dal giudizio annullato trova giustificazione - oltre che in ossequio alla logica della libera circolazione della prova e della non dispersione delle conoscenze processuali - in virtù della corretta acquisizione al fascicolo del pubblico ministero dei verbali istruttori ed è rafforzata dal consenso prestato dagli imputati che hanno chiesto la definizione del processo in udienza preliminare "allo stato degli atti".

Nella sentenza annotata, i giudici della Corte evidenziano, in più, che gli atti probatori impiegati per la decisione, oltre a costituire una mera specificazione delle risultanze degli atti d'indagine da cui si poteva già desumere la penale responsabilità dei coimputati, sono stati formati nel contraddittorio tra le parti e, per tale ulteriore ragione, appaiono pienamente utilizzabili nei confronti di chi ne è stato protagonista (51).

Milita a favore della predetta utilizzabilità la totale assenza di vizi - originari o sopravvenuti - rilevabili nel giudizio abbreviato: tali atti privi di imperfezioni sono, a ragione, impiegati per formare il (libero) convincimento del giudice.

Considerata, inoltre, l'origine endoprocessuale delle acquisizioni raccolte in dibattimento, create appositamente per soddisfare una data esigenza probatoria, è chiaro che il loro impiego nel modulo procedimentale scelto dagli imputati risponde a precisi bisogni di economia, speditezza ed efficacia che permeano la materia processuale e si consolidano nell'area dei riti differenziati.

(45) In tal senso, D. Vigoni, *La richiesta di giudizio abbreviato: tipologie e sviluppi del procedimento*, cit., 1932.

(46) H. Belluta, *Prova (circolazione della) (diritto processuale penale)*, cit., 957, precisa che "la discussione sul dato preformato non è contraddittorio per la prova, poiché carente di immediatezza; il confronto delle parti sulla prova garantisce un'oralità critica, ma non genetica".

(47) Cass. Pen., Sez. V, 17 gennaio 1997, n. 1151, in *CED*, n. 206919, con nota di F. Zacché, *Giudizio abbreviato e verbali dibattimentali*, in *Giust. pen.*, 1998, III, 4.

(48) Sull'utilizzabilità di verbali di altro procedimento, H. Belluta, *Prova (circolazione della) (diritto processuale penale)*, cit., 953. Si veda, altresì, F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 800.

(49) In argomento, si veda, A. Laronga, *La prova documentale nel processo penale*, Torino, 2004, 86.

(50) F. Zacché, *Giudizio abbreviato e verbali dibattimentali*, cit., 4.

(51) Sul punto, H. Belluta, *Prova (circolazione della) (diritto processuale penale)*, cit., 956, secondo cui "se il cuore della garanzia esige che l'utilizzabilità di un elemento sia vincolata alla possibilità che il destinatario prenda parte al momento formativo, non dovrebbero mai spendersi nel processo le prove alla cui genesi l'interessato sia rimasto estraneo".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

...all'inutilizzabilità delle sentenze di merito annullate

Un'altra questione su cui si soffermano i giudici di legittimità nella sentenza *de qua* è la possibilità di impiegare, ai fini della decisione pronunciata all'esito del giudizio abbreviato, le precedenti sentenze di merito oggetto di annullamento.

Il gancio normativo su cui fa leva la suprema Corte è rinvenibile nell'art. 238-*bis* c.p.p. (52), che riconduce le sentenze irrevocabili dell'autorità giurisdizionale italiana o straniera alla categoria dei documenti (53), ai fini della valutazione della personalità dell'imputato o della persona offesa ovvero per saggiare la credibilità di un testimone nonché per la prova dei fatti ivi accertati (54).

Secondo tale disciplina ad acquisire importanza a fini probatori è, oltre al dispositivo - parte imperativa del provvedimento che ordina il prodursi di un determinato effetto giuridico -, la motivazione della sentenza che fornisce un supporto logico-giustificativo alla decisione e si estrinseca "nei giudizi di fatto contenuti nei passaggi argomentativi" (55).

Il valore probatorio degli accertamenti giurisdizionali maturati in altri procedimenti è precisato nella legge di conversione (L. 7 agosto 1992, n. 346) dell'intervento riformatore che ha introdotto nel tessuto codicistico l'art. 238-*bis* c.p.p. (D.L. 8 giugno 1992, n. 306): sebbene le sentenze irrevocabili siano idonee a dimostrare i fatti in esse provati, non costituiscono prova piena; a tal fine è richiesto che vi sia - nel momento valutativo dell'atto-documento - una solida *corroboration* ovvero che sussistano quei riscontri estrinseci di cui all'art. 192, comma 3, c.p.p., già previsti per le chiamate di correo (56).

Invero, nel caso che ci occupa, nel corso del giudizio abbreviato instaurato a seguito di regressione del procedimento sono state utilizzate le sentenze di primo e di secondo grado, investite dall'annullamento disposto dalla suprema Corte, come prova dei fatti in esse rappresentati e oggetto di imputazione.

Tuttavia posto che, secondo l'art. 238-*bis* c.p.p., l'uso a fini probatori delle pronunce di merito richiede, quale requisito indefettibile, che le medesime siano irrevocabili (57), è evidente che i provvedimenti in questione, non contenendo un accertamento definitivo, non possono essere impiegati nel processo *ad quem*, neppure quali meri documenti *ex* art. 234 c.p.p. (58).

Alcun giudicato - neanche parziale (59) - è maturato con riferimento alle sentenze di merito oggetto

(52) Sull'impiego a fini probatori del provvedimento del giudice, I. Calamandrei, *La prova documentale*, Padova, 1995, 125; L. Iafisco, *La sentenza penale come mezzo di prova*, Torino, 2002, 1; A. Laronga, *La prova documentale nel processo penale*, cit., 155.

(53) In argomento, H. Belluta, *Prova (circolazione della) (diritto processuale penale)*, cit., 963; L. Iafisco, *La sentenza penale come mezzo di prova*, cit., 38.

(54) La scelta legislativa di configurare la sentenza, sia pure irrevocabile, come mezzo di prova è stata ampiamente contestata in dottrina da F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 804, che considerava "infelice" ed inapplicabile la norma, atteso che "gli interpolatori violano la sintassi confondendo dato istruttorio, decisione, argomenti dedotti dal motivante, cosa giudicata. I precedenti giudiziari servono a vari fini ma non provano niente". Di diverso parere L. Iafisco, *La sentenza penale come mezzo di prova*, cit., 46, secondo cui il sistema processuale già ammette prove a contenuto valutativo, per cui non è possibile disconoscere validità probatoria alla sentenza per il sol fatto che questa contiene un "giudizio".

Dubitava della costituzionalità dell'art. 238-*bis* c.p.p., A. Laronga, *La prova documentale nel processo penale*, cit., 167, in quanto siccome il "diritto dell'imputato di confrontarsi con il giudice autore della sentenza irrevocabile appare completamente inattuabile, la via d'uscita più ovvia per gli operatori giuridici sarà rappresentata dalla proposizione della relativa questione di legittimità costituzionale".

(55) Così, L. Iafisco, *La sentenza penale come mezzo di prova*, cit., 29. Tale concetto è stato affermato anche dalla giurisprudenza, cfr., *ex multis*, Cass. Pen., Sez. V, 14 aprile 2000, n. 5618, in *CED*, n. 216306, secondo cui "il principio di prova, contenuto nel giudicato penale acquisito ai sensi dell'art. 238 *bis* c.p.p., va considerato alla stregua del criterio valutativo fissato dall'art. 192 comma 3 c.p.p., ma ha come oggetto non solo il 'fatto' direttamente riferibile alla statuizione fissata nel dispositivo, ma ogni acquisizione fattuale evidenziata anche nel corpo della motivazione. Ne consegue, pure al di fuori di ogni obbligo per il giudice che l'utilizza, in ordine alla valutazione dei fatti contenuti nella sentenza irrevocabile che, una volta identificato il 'fatto' accertato, rimane esclusa la possibilità di un controllo della sua fonte probatoria, anche sotto il profilo della rituale acquisizione in quel processo concluso con sentenza irrevocabile".

(56) Tuttavia, secondo I. Calamandrei, *La prova documentale*, cit., 128, il richiamo a tale ultima norma risulta "poco comprensibile e formalmente inopportuno" poiché "richiede il riscontro di altri elementi che confermino l'attendibilità... della sentenza!". Si veda, altresì, L. Iafisco, *La sentenza penale come mezzo di prova*, cit., 266, che considera calzante il rinvio alla predetta norma, sebbene non reputi definibile in maniera precisa né la tipologia né la natura dei riscontri ammessi, individuando, invece, la provenienza dei medesimi; l'Autore sostiene, infatti, che "la condizione che gli elementi da affiancare alla prova-sentenza provengano dal processo *ad quem* si è rivelata di fondamentale importanza per assicurare concreta attuazione alle finalità che si è inteso attribuire al rinvio operato dall'art. 238 *bis* c.p.p. al comma 3 dell'art. 192 c.p.p.: garantire spazi accettabili per l'esercizio del contraddittorio (anche per la prova) nel processo in corso e congrue forme di raccordo tra le fattispecie giudiziali dei diversi procedimenti".

(57) Ciò in quanto "la sentenza, quale atto di natura decisoria fondato sulle prove, non può non subire i condizionamenti derivanti da quella fisiologica instabilità della rappresentazione offerta dai diversi mezzi di prova, il cui valore diviene non più suscettibile di alcuna modificazione solo una volta che sia intervenuto il passaggio in giudicato", L. Iafisco, *La sentenza penale come mezzo di prova*, cit., 65.

(58) In questo senso, H. Belluta, *Prova (circolazione della) (diritto processuale penale)*, cit., 963. Sulla nozione di documento, I. Calamandrei, *La prova documentale*, cit., 5.

(59) In argomento, L. Iafisco, *La sentenza penale come mezzo di prova*, cit., 91; A. Laronga, *La prova documentale nel processo penale*, cit., 159.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dell'annullamento *tout court* già disposto dalla Corte di legittimità, che coinvolge l'accertamento complessivo effettuato dai precedenti giudicanti. Non restando in vita alcuna parte del provvedimento cassato, le sentenze non possono acquisire dignità di prova nel processo successivamente instaurato nelle forme del giudizio abbreviato (60).

Oltra a difettare il requisito della definitività degli accertamenti, inoltre, non vi è neppure quello della alterità delle regiudicande, trattandosi, in sostanza, di un "nuovo" giudizio sul medesimo fatto storico oggetto del precedente procedimento annullato.

Se si riconoscesse l'utilizzabilità di detti provvedimenti come mezzo di prova, del resto, verrebbe svuotato di significato l'annullamento disposto dalla Corte di cassazione, vanificandone il risultato. Non è ammissibile, infatti, una tale sterilizzazione dei poteri del giudice, il quale, come chiarito dalla Corte costituzionale, "è tenuto a formarsi il proprio convincimento in base alle prove di cui dispone e che sono utilizzabili, senza che ad una di tali prove possa essere attribuita efficacia cogente e risolutiva dell'obbligo di apprezzamento e motivazione da parte del giudicante" (61).

Inoltre, considerato che l'art. 238-*bis* c.p.p. consente "al giudice di apprezzare liberamente l'apporto probatorio scaturente dagli esiti di altro processo conclusosi con sentenza irrevocabile e di permettere correlativamente alle parti di utilizzare, come elementi di prova, i risultati che da quella sentenza sono emersi" (62), è chiaro che consentire l'impiego delle sentenze cassate nel "nuovo" giudizio a prova contratta significherebbe contaminare il libero apprezzamento del giudice con precedenti responsi giudiziali non più in essere.

Pertanto, nel caso che ci occupa, le doglianze della difesa colgono nel segno quando lamentano l'impropria utilizzazione nel successivo giudizio abbreviato delle precedenti pronunce investite dall'annullamento: il collegio giudicante di provenienza ha errato, da un lato, nel riportarsi integralmente a tali decisioni e, dall'altro, nel ritenere che gli accertamenti *ivi* contenuti - circa la sussistenza dei fatti oggetto di imputazione - fossero definitivi e intangibili ovvero idonei a fondare l'affermazione di colpevolezza degli accusati poiché passate in giudicato, almeno con riferimento a taluni coimputati.

La sentenza in commento, dissipando ogni dubbio sul punto, afferma quindi il principio di diritto secondo cui in caso di annullamento delle sentenze di primo e di secondo grado nei confronti di alcuni correi, la decisione cassata non può essere utilizzata ai fini dell'accertamento della responsabilità penale di quell'imputato per il quale è intervenuto l'annullamento.

Dalla trama della sentenza annotata è possibile pertanto evincere che l'esclusione di tali pronunce dal materiale probatorio utilizzabile ai fini della decisione in abbreviato risponde ad un'istanza sistematica: l'anatomia del processo penale - e, in particolare, il principio del libero convincimento - verrebbe compromessa se si utilizzasse nel medesimo procedimento (non in un separato giudizio) e nei confronti dei medesimi imputati investiti dall'annullamento la pronuncia di merito cassata, privando di effettività il vaglio di legittimità e, contestualmente, frustrando il ruolo del giudice di merito.

(60) Sebbene il meccanismo di acquisizione delineato dall'art. 238-*bis* c.p.p. escluda la possibilità di acquisire le decisioni *sub iudice*, la giurisprudenza talvolta ammette l'utilizzabilità anche di provvedimenti non irrevocabili - pure senza riconoscere il medesimo valore probatorio delle sentenze definitive - consentendo che il giudice possa desumerne elementi utili alla formazione del proprio convincimento, limitatamente alla esistenza della decisione nonché delle vicende processuali in essa rappresentate, non anche ai fini della valutazione delle prove e della ricostruzione dei fatti oggetto di accertamento in quei procedimenti (cfr., Cass. Pen., Sez. V, 21 novembre 2019, n. 15, in *CED*, n. 278389-03; Cass. Pen., Sez. IV, 12 giugno 2019, n. 29279, *ivi*, n. 276342). Tuttavia, in passato, nonostante le critiche della dottrina, i giudici di legittimità, si sono spinti ben oltre, ampliando la portata probatoria di provvedimenti giudiziari non passati in giudicato, fino a riconoscerne l'impiego anche ai fini del giudizio di colpevolezza dell'imputato, precisando però che l'acquisizione è limitata al solo scopo documentativo del fatto storico in esse accertato (Cass. Pen., Sez. V, 1° settembre 1999, n. 3540, *ivi*, n. 214477).

(61) Così, Corte cost. 20 maggio 1996, n. 159, sent., in questa *Rivista*, 1996, 801.

(62) In questi termini si è espressa la Consulta (Corte cost. 6 febbraio 2009, n. 29, sent., con nota di L. Iafisco, *Acquisizione della prova-sentenza* ex *art. 238* bis *c.p.p. e contraddittorio nel momento di formazione della prova*, in *Giur. cost.*, 2009, 217) investita della questione di legittimità relativa all'incompatibilità del congegno *ex* art. 238-*bis* c.p.p. con il principio del contraddittorio: con una sentenza interpretativa di rigetto, infatti, pur riconoscendo che la sentenza "non può essere considerata un documento in senso proprio, poiché si caratterizza per il fatto di contenere un insieme di valutazioni [...] [e] neppure può essere equiparata alla prova orale", ha chiarito che il contraddittorio trova naturale esplicazione non nel momento dell'acquisizione della prova-sentenza bensì in quello successivo della sua valutazione ed utilizzazione in giudizio.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Udienza predibattimentale

L'udienza predibattimentale: tra "nuova" regola di giudizio ed efficienza nel "sistema Cartabia"

di Luca Forte (*)

L'autore, nel contesto della recente riforma Cartabia, affronta il tema dell'udienza predibattimentale, con specifico riferimento al ruolo del giudicante ed alle nuove prospettive di efficienza poste alla base della novella normativa. In quest'ottica, particolare attenzione viene riservata al profilo della nuova regola di giudizio ed alle regole organizzative di questa nuova ed inedita figura processuale.
The author, in the context of the recent Cartabia reform, deals with the theme of the pre-trial hearing, with specific reference to the role of the judge and the new perspectives of efficiency placed at the basis of the new legislation. From this point of view, particular attention is paid to the profile of the new judgment rule and to the organizational rules of this new and unprecedented procedural figure.

Brevi premesse di sistema

La novella normativa introdotta con la L. 27 settembre 2021, n. 134 (1), ha segnato l'introduzione di una serie di nuove regole improntate sulla efficienza e sulla gestione del carico pregresso all'interno degli uffici giudiziari. In particolare, il legislatore ha esteso il modulo prognostico anche ai procedimenti relativi ai reati a citazione diretta a giudizio (2), attraverso la previsione di una inedita udienza predibattimentale nel corso della quale il giudice del dibattimento è chiamato a valutare la consistenza della provvista indiziaria acquisita nel corso delle indagini preliminari da parte del pubblico ministero, per fondarvi, o meno, il giudizio di ragionevole plausibilità quanto all'accoglimento, all'esito del futuribile giudizio dibattimentale, della prospettazione accusatoria. Muta, dunque, la regola di giudizio, sulla base di un criterio nuovo, improntato sulla strada della ragionevole previsione di condanna, che necessariamente impegna ad un esercizio di merito in funzione di quell'epilogo decisorio, tale per cui in assenza di richieste di definizioni alternative, il giudice valuti, sulla base degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, se sussistono le condizioni per pronunciare sentenza di non luogo a procedere perché gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna.
Ciò posto, udienza predibattimentale e udienza preliminare hanno in comune due attività fondamentali, che lasciano intendere come le analogie siano più importanti delle differenze: il vaglio preliminare dell'accusa rafforzato, nonché la possibilità per il giudice, anche d'ufficio, di controllare la correttezza dell'imputazione.

La "nuova" regola di giudizio e le ripercussioni sul sistema processuale

La "novità di maggiore rilievo [...] e, indubbiamente, una delle più significative dell'intera riforma" (3) è però rappresentata dalla introduzione, in seno al

(*) Assegnista di ricerca in Diritto Processuale Penale presso l'Università degli Studi di Roma - Tor Vergata.

(1) In *G.U.*, 4 ottobre 2021, Serie generale, n. 237.

(2) L'art. 1, comma IX, lett. l), L. 27 settembre 2021, n. 134, il legislatore delegato è invero chiamato a "estendere il catalogo dei reati di competenza del tribunale in composizione monocratica per i quali l'azione penale è esercitata nelle forme di cui all'articolo 552 del codice di procedura penale a delitti da individuare tra quelli puniti con la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni, anche se congiunta alla pena della multa, che non presentino rilevanti difficoltà di accertamento".

(3) Bassi A. - Parodi C., *La riforma del sistema penale*, cit., 37. Quasi negli stessi termini si esprime il Parere approvato dal Consiglio superiore della magistratura con delibera del 29 luglio 2021, in *www.giurisprudenzapenale.it*. Per Amodio E., *Filtro "intraneo" e filtro "estraneo" nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *Cass. pen.*, 2022, 16, si tratterebbe di uno "snod[o] di grandissimo rilievo".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

modulo procedimentale in parola, di un'udienza predibattimentale in camera di consiglio destinata alla verifica dei presupposti per l'emissione di una sentenza di non luogo a procedere (4). Si tratta di un istituto di rilevante interesse, colmo di conseguenze sistematiche e organizzative. Per i procedimenti passibili di citazione diretta a giudizio, l'art. 1, comma 12, lett. a), L. n. 134 del 2021 prevede la celebrazione di "un'udienza predibattimentale in camera di consiglio, innanzi a un giudice diverso da quello davanti al quale, eventualmente, dovrà celebrarsi il dibattimento". La sua funzione precipua è esplicitata dalla successiva lett. d), nella quale si legge che "il giudice valuterà, sulla base degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, se sussistono le condizioni per pronunciare sentenza di non luogo a procedere perché gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna". In forza della lett. g), a tale sentenza "si applicheranno", previo adeguamento da parte del legislatore delegato, "gli articoli 426, 427 e 428 del codice di procedura penale e le disposizioni del titolo X del libro V dello stesso codice".

Già da queste poche battute, è agevole comprendere come il "nuovo" istituto - previsto dall'originario d.d. l. Bonafede e rimaneggiato dalla Commissione Lattanzi - manifesti evidenti affinità con l'udienza preliminare, oggetto di restyling da parte della legge delega: identici saranno infatti la regola di giudizio, la forma e il contenuto dell'epilogo decisorio nonché la disciplina della condanna del querelante alle spese e ai danni, dell'impugnazione e della revoca. Non stupisce allora che la dottrina non abbia esitato a parlare subito di "mini-udienza preliminare" (5).

Seppur meno vistosi, punti di contatto si rinvengono inoltre con le c.d. udienze di smistamento, molto diffuse nella prassi, e, specie laddove si ponga l'accento sul contraddittorio finalizzato all'emissione di una pronuncia liberatoria per l'imputato, con la dinamica descritta nell'art. 469 c.p.p. (6).

Quella che di primo acchito parrebbe una assoluta novità era stata in realtà già invocata nell'ambito dei lavori parlamentari precedenti al varo della L. 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. Legge Carotti), che aveva tuttavia finito per non introdurla. L'idea di una udienza anteriore all'apertura del dibattimento veniva, con alcune variazioni, altresì presa in considerazione dalla Commissione di studio per la riforma del codice di procedura penale, istituita con D.L. 29 luglio 2004 e presieduta dal Professor Andrea Antonio Dalia, e da quella istituita con D.L. 27 luglio 2006 e presieduta dal Professor Giuseppe Riccio (7), entrambe impegnate, tra l'altro, nella ridefinizione di percorsi che, dall'esercizio dell'azione penale, conducono alla sede naturalmente deputata alla formazione della prova e all'accertamento della colpevolezza dell'imputato. Simili rilievi mostrano dunque che le proposte di riforma, anche quando non coronano il loro scopo, "costituiscono un punto di osservazione significativo, perché, come un fiume

(4) In modo più approfondito, sul tema, si veda Alvino F., *Rifondazione delle "udienze preliminari" e implicazioni di sistema: riflessioni a prima lettura a margine del recente disegno di legge delega di riforma del processo penale*, in Arch. pen., 2020, 2, 8.; Amodio E., *Filtro "intraneo" e filtro "estraneo"*, cit., 18 ss.; Bassi A. - Parodi C., *La riforma del sistema penale*, cit., 37-38; Bontempelli M., *Udienza preliminare ed efficienza del sistema*, in questa *Rivista*, 2021, 1152-1153; Daniele M., *La riforma della giustizia penale e il modello perduto*, in *Cass. pen.*, 2021, 3070 ss.; De Caro A., *Le ambigue prospettive di riforma del processo penale contenute nel d.d.l. n. 2435/2020*, cit., 530; Gialuz M., *La deflazione processuale e sostanziale*, in Gialuz M. - Della Torre J., *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, 313 ss.; Ianniello R., *Osservazioni critiche in merito alla udienza filtro per i procedimenti a citazione diretta*, in *Quest. giust.*, 4, 2021, 156 ss.; La Rocca N., *Il modello di riforma "Cartabia"*, cit., 34-35; Marzaduri E., *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali*, cit., 22 ss.; Spangher G., *Riforma processo penale: l'udienza predibattimentale del rito monocratico*, in *Il Quotidiano giuridico*, 6 settembre 2021; Id., *L'udienza predibattimentale e il giudizio abbreviato condizionato: dalla Relazione Lattanzi due discutibili novità*, in *www.ilpenalista.it*, 1-2; Trapella F., *La citazione diretta a giudizio: una riflessione*, cit., 3042 ss.; Triggiani N., *L'udienza predibattimentale monocratica*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 143 ss.; Id., *Riflessioni sull'udienza predibattimentale monocratica prefigurata nella proposta di riforma della "Commissione Lattanzi"*, in Arch. pen., 2021, 2, 1.

(5) Hanno coniato l'espressione Gialuz M. - Della Torre J., *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera*, cit., 182. Grossomodo dello stesso tenore le parole di La Rocca N., *La prima delega del decennio*, cit., 16 e Marandola A., *Introduzione*, in *"Riforma Cartabia" e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di Marandola A., Milano, 2022, XVII. Piuttosto *tranchant* Bassi A. - Parodi F., *La riforma del sistema penale*, cit., 37, per cui quella in discorso sarebbe "a tutti gli effetti [...] un'udienza preliminare (anche se definita 'predibattimentale')".

(6) Amodio E., *Filtro "intraneo" e filtro "estraneo"*, cit., 20-21. Cfr. Spangher G., *Riforma processo penale*, cit., che reputa il congegno in discorso "qualcosa di inedito, che si differenzia dalla udienza predibattimentale di cui all'art. 469 c.p.p.".

(7) Cfr. gli artt. 513-519 e 603 della Proposta di articolato avanzata dalla Commissione Dalia nonché le direttive nn. 66 ss. e 80 ss. di quella della Commissione Riccio, tutte e due reperibili in *www.giustizia.it*. Per qualche notazione su tali progetti di riforma, Canzio G., *Il Progetto "Riccio" di legge delega per il nuovo codice di procedura penale*, in *Criminalia*, 2007, 167 ss.; Garuti G., *I poteri decisori del giudice dell'udienza di conclusione delle indagini nel progetto di riforma del c.p.p.*, in questa *Rivista*, 2007, 1265 ss.; Maffeo V., *L'udienza preliminare. Tra diritto giurisprudenziale e prospettive di riforma*, Padova, 2008, 219 ss. e le relazioni raccolte in *Verso un nuovo processo penale. Opinioni a confronto sul progetto di riforma Dalia*, a cura di Pennisi A., Milano, 2008, 1 ss. Intravedono un nesso tra i lavori di tali commissioni e l'udienza predibattimentale monocratica Amodio, *Filtro "intraneo" e filtro "estraneo"*, cit., 18-19 e Marandola A., *Introduzione*, cit., XVII.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

carsico - prima o poi - finiranno per riaffiorare e (ri)proporsi al confronto" (8).
È stato in primis osservato che il giudice dibattimentale, avvezzo a pronunciarsi sull'imputazione, sarebbe "più idoneo ad effettuare la valutazione sulla sufficienza o meno degli elementi raccolti dal pubblico ministero a determinare la condanna dell'imputato". Secondariamente, si è evidenziato che il numero dei giudici per le indagini risulta di gran lunga minore a quello dei giudici della fase dibattimentale, sicché "la quantità, che comunque rimarrà elevata, delle richieste del pubblico ministero di disporre il giudizio potrà essere distribuita tra questi ultimi più equamente ed efficientemente". Una volta rammentato che, tra gli epiloghi della udienza di cui all'art. 1, comma 12, L. n. 134 del 2021, la sentenza di non luogo a procedere, necessitando della motivazione, si palesa quella che impone al giudicante uno sforzo maggiore, è stato da ultimo sostenuto, che "[l]'elevato carico di lavoro incombente sul singolo magistrato o altre possibili situazioni personali possono costituire ragioni idonee ad orientare, almeno nei casi dubbi, la sua scelta, forse anche inconsapevolmente, verso la strada meno impegnativa dal punto di vista lavorativo". Orbene, "queste situazioni eventuali possono trovare una efficace controspinta, sul piano psicologico, quando la decisione meno faticosa [...] sia effettuata, anziché da magistrati appartenenti ad una diversa ed estranea struttura organizzativa [...], da magistrati appartenenti alla medesima struttura e quindi soggetti ai giudizi di stima dei colleghi". Si ritiene, insomma, che il coinvolgimento dei giudici operanti nel dibattimento in luogo di quelli per le indagini preliminari implicherà che "la valutazione sarà più rigorosa ed effettiva" (9).
Parimenti in linea con le sollecitazioni della Commissione ministeriale si pone la modalità di svolgimento del vaglio predibattimentale previsto dalla delega. Al pari dell'udienza preliminare, esso sarà celebrato "in camera di consiglio", senza, cioè, la garanzia della pubblicità (10), nel rispetto della "natura delle questioni da trattarsi" e in modo da "garantire le esigenze di riservatezza delle parti" (11). Ciò posto, è dato certo come all'incirca il 60% delle azioni esercitate dall'organo della pubblica accusa mediante la citazione diretta "sfocia", alla fine del giudizio di primo grado, in una sentenza di proscioglimento (12). Ecco allora che il legislatore ha collocato, tra le indagini preliminari e il dibattimento, una sorta di diaframma, affidandogli il compito di verificare se il Pubblico Ministero ha formulato l'imputazione nel rispetto dei necessari presupposti normativi (13) e di valutare se la celebrazione del dibattimento ne confermerà la bontà. Sul punto, in particolare, si discute di due controlli di tipo preventivo, finalizzati ad evitare che eventuali difetti dell'accusa vengano rilevati solo a processo inoltrato, magari vanificando tutta l'attività istruttoria svolta fino a quel momento.
Un primo controllo riguarda la "precisione" dell'imputazione: in base all'art. 554-*bis*, comma 5, c.p.p., qualora l'accusa non sia enunciata in modo chiaro e preciso, così come richiesto dall'art. 552, comma 1, lett. c), c.p.p., il giudice, anche d'ufficio, "sentite le parti", invita il pubblico ministero a "riformularla"; "ove lo stesso non vi provveda, dichiara, con ordinanza, la nullità dell'imputazione e dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero" (14).
Si ribadisce, in questo modo, la presenza di una nullità (15), ma al contempo si cerca di evitare la regressione che, in base alle regole generali (art. 185, comma 3), dovrebbe immediatamente conseguirne. A questo fine, l'espediente utilizzato è la codificazione del rimedio a suo tempo introdotto in via pretoria dalle Sezioni Unite con la sentenza *Battistella* in rapporto all'udienza preliminare (16), ma finora

(8) La suggestiva similitudine si deve a Marandola A., *Il (permanente) dibattito sulla riforma del processo penale*, in questa *Rivista*, 2019, 1319.

(9) Le citazioni che precedono sono tutte tratte da Relazione finale e le proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435 (24 maggio 2021), cit., 32.

(10) *Amplius*, Cassibba F.S., *L'udienza preliminare*, cit., 178 ss.; Garuti G., *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, Padova, 1996, 154 ss.; in chiave generale, Di Chiara G., *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, 265 ss.

(11) Relazione finale e le proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435 (24 maggio 2021), cit.,33.

(12) Il dato, relativo al periodo 2015-2019, è riportato in Relazione finale e le proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435 (24 maggio 2021), cit., 31. Commentano i valori emersi dalle statistiche giudiziarie Della Torre J., *Esiti, impugnazioni, sovraffollamento ed errori giudiziari*, in Gialuz M. - Della Torre J., *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, 142 ss.; Trapella F., *La citazione diretta a giudizio*, cit., 3032 ss. e, da una più ampia visuale, Valentini C., *Riforme, statistiche e altri demoni*, in Arch. pen., 2022, 1, 1.

(13) L'art. 1, comma 9, lett. a), L. n. 134 del 2021 onera il Governo di provvedere anche alla "modific[a] [del]la regola di giudizio per la presentazione della richiesta di archiviazione, prevedendo che il pubblico ministero chieda l'archiviazione quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non consentono una ragionevole previsione di condanna".

(14) Di tenore simile, in relazione all'udienza preliminare, il nuovo art. 421, commi 1 e 2, c.p.p.

(15) Comunque già specificamente prevista dall'art. 552, comma 2 in caso di "mancanza" o "insufficiente indicazione" del requisito dell'enunciazione in forma chiara e precisa dell'imputazione.

(16) Cfr. Cass. Pen., SS.UU., 20 dicembre 2007, n. 5307, Battistella.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

non ritenuto estendibile al processo di fronte al tribunale monocratico instaurato con citazione diretta (17).

Resta da chiarire di che tipo di nullità si tratti. In passato la giurisprudenza, a fronte della specifica previsione rinvenibile nell'art. 552, comma 2, l'ha sempre considerata di ordine speciale e, quindi, relativa (18). Il fatto, però, che l'art. 554-*bis*, comma 5 consenta al giudice di dichiararla d'ufficio, sia pure solo a seguito della mancata attivazione del pubblico ministero, dà nuova linfa alla tesi secondo cui ci troveremmo in presenza di una nullità intermedia di ordine generale *ex* art. 178, lett. c), c.p.p., come tale rilevabile entro la deliberazione della sentenza di primo grado (art. 180 c.p.p.). La formulazione imprecisa dell'imputazione, infatti, impedisce alla difesa di esplicarsi nel modo dovuto, venendo in gioco la violazione di una norma attinente all'assistenza dell'imputato (19).

Non dissimile il *modus operandi* dell'altro controllo preventivo d'ufficio introdotto dall'art. 554-*bis*, comma 6, c.p.p., che riguarda invece la "corrispondenza" dell'imputazione agli atti del processo.

Quest'ultimo è un vaglio consequenziale a quello sulla precisione. L'imputazione potrebbe anche essere formulata in termini estremamente puntuali. Ma è possibile che "il fatto, la definizione giuridica, le circostanze aggravanti e quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza" non siano "indicate in termini corrispondenti a quanto emerge dagli atti", e pure in tal caso il giudice può attivarsi: invitando il pubblico ministero ad apportare le necessarie modifiche e, qualora tale sollecitazione non abbia l'esito sperato, restituendo gli atti all'organo di accusa.

Il rimedio è volto a prevenire la necessità di intervenire sull'imputazione nel corso dell'istruzione dibattimentale per l'emersione di un fatto diverso o addirittura nuovo ai sensi degli artt. 516 ss. c.p.p., in modo da prevenire una possibile nullità della sentenza di merito per difetto di contestazione (art. 522).

L'intervento *ex officio* sulla definizione giuridica del fatto, dal canto suo, consente di instaurare un contraddittorio immediato sui profili *in iure* dell'imputazione. Si offre, così, all'imputato la possibilità di difendersi in merito alla nuova qualifica penale già nel giudizio di primo grado, evitando che l'individuazione del titolo di reato più corretto avvenga solo al momento della deliberazione della sentenza (art. 521, comma 1, c.p.p.).

Al pari della reformanda udienza preliminare, il congegno normativo a vocazione selettiva sin ora tratteggiato si propone dunque di dar seguito esclusivamente a quei procedimenti che, se considerati allo stato degli atti, lasciano "presagire" l'emissione di una futura sentenza di condanna. Diversamente dalla prima, detto compito viene nondimeno assolto - come si è detto - da un componente del Tribunale al quale spetta la decisione di merito, tant'è che in dottrina è stato subito fatto notare che il legislatore, in questa occasione, ha preso le distanze dal modello anglo-americano, secondo cui i meccanismi di controllo dell'imputazione sono "estrane[i]", e non "intrane[i]", al giudizio (20).

Ad ogni modo, a specificare la *ratio* giustificativa della "nuova" "udienza 'filtro'" provvede pure la più volte richiamata Relazione finale, che evidenzia come essa sia preordinata a saggiare l'attitudine delle regiudicande a pervenire al dibattimento, "non solo e non tanto per fini deflattivi, ma soprattutto perché il dibattimento per chi è costretto a subirlo costituisce già di per sé una 'pena', che non deve essere inflitta se ne mancano le ragioni". Altro punto di interesse particolarmente significativo, è riconducibile al limite per la costituzione di parte civile, previsto a pena di decadenza, così come previsto dal riformulato art. 79, comma 2, c.p.p. La norma contempla, per vero, una duplice, alternativa possibilità quando manchi l'udienza preliminare, potendo in tal caso la costituzione avvenire fino a che non siano compiuti gli adempimenti previsti dall'art. 484 c.p.p. - dunque, in sede di atti introduttivi del dibattimento - oppure fino alla verifica della regolare costituzione delle parti a norma dall'art. 554-*bis*, comma 2, c.p.p.; con la precisazione che, nella prima ipotesi, ove la costituzione si realizzi dopo la scadenza del termine previsto per la presentazione della lista di cui all'art. 468, comma 1, c.p.p. la parte civile non potrà avvalersi della facoltà di presentare la propria lista dei testimoni, periti e consulenti tecnici.

(17) V. ad esempio Cass. Pen., Sez. V, 11 marzo 2022, n. 22140.

(18) *Ibidem*.

(19) In questo senso, prima della riforma, G. Garuti, *Il procedimento per citazione diretta a giudizio davanti al tribunale*, Milano, 2003, 126.

(20) La terminologia è ripresa da Amodio, *Filtro "intraneo" e filtro "estraneo"*, cit., 14 ss.: in altre parole, "[r]ispetto all'udienza preliminare improntata alla logica dell'uscita dalle indagini viene privilegiata la logica dell'entrata nel dibattimento, che mira a vagliare se l'imputazione è idonea a far nascere un giudizio". Sulla evoluzione dei modelli inglese e americano, Garuti G., *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, cit., 3 ss. e 47 ss.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

A dispetto di una formulazione letterale non priva di ambiguità, stante l'uso di un'asettica disgiuntiva tra le due ipotesi, tra le quali non vi è alcuna graduazione di priorità, deporrebbe in senso contrario alla tesi della loro sostanziale equivalenza la funzione ontologicamente riconosciuta dal legislatore alla udienza predibattimentale, quale *sedes* naturale per la risoluzione di tutte le questioni che abbiano carattere prodromico, diverse da quelle propriamente istruttorie e decisorie.

Un argomento che vale a suffragare tale ipotesi ricostruttiva si evince dal terzo comma dell'art. 554-*bis* c.p.p., lì dove prescrive che le questioni indicate dall'art. 491, commi 1 e 2, o quelle che la legge prevede siano proposte entro i termini di cui all'art. 491, comma 1, c.p.p. - tra le quali figurano, appunto, le questioni inerenti alla costituzione di parte civile - sono precluse se non sono proposte subito dopo compiuto per la prima volta l'accertamento della costituzione delle parti, sono decise immediatamente e non possono essere riproposte nella udienza dibattimentale.

Dunque, allo stato, sembra che nei procedimenti per reati per cui è prevista la citazione diretta la costituzione della parte civile debba avvenire in limine all'udienza predibattimentale e possa utilmente avvenire nella fase introduttiva del giudizio dibattimentale, prima che siano ultimati gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti, ai sensi dell'art. 484 c.p.p., solo quando l'udienza predibattimentale non abbia luogo per essere stata esercitata l'azione penale, come di seguito si vedrà, con il giudizio immediato.

Il pre-dibattimento tra problematiche organizzative e nuovi epiloghi

La relazione illustrativa della riforma (21) rileva *prima facie* come la più significativa novità della riforma risieda proprio nell'introduzione di un'udienza predibattimentale, la cui trattazione è affidata ad un giudice monocratico del settore penale diverso da quello cui è assegnato il giudizio dibattimentale, nella quale - sulla scorta dell'esame degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero - verrà valutata, oltre alla ricorrenza delle situazioni che impongono una immediata pronuncia di proscioglimento, l'idoneità prognostica del compendio d'accusa a condurre ad una decisione di condanna. Ove, anche attraverso il contributo argomentativo del contraddittorio, questa previsione non appaia ragionevolmente sostenuta, il giudice dell'udienza predibattimentale dovrà pronunciare sentenza di non luogo a procedere. Tale impostazione viene rilevata altresì nella relazione del massimario sulla riforma Cartabia (22), la quale testualmente specifica come "nell'impianto della riforma, l'istituto processuale su cui convergono le più alte aspettative di razionalizzazione dei procedimenti a citazione diretta (23), da cui dovrebbero irradiarsi, in particolare, i più rilevanti effetti deflattivi per il giudizio di primo grado, è costituito dalla inedita udienza di comparizione predibattimentale".

Questa udienza, che sembrerebbe evocare per similitudine l'udienza preliminare e contraddire apparentemente la scelta acceleratoria perseguita attraverso l'ampliamento dello *spatium operandi* della citazione diretta a giudizio, in realtà è stata immaginata con lo spirito di *liberare* la fase di cognizione istruttoria da tutte le cause di rallentamento e di stasi che ostacolano spesso la rapida definizione dell'accertamento dibattimentale. È, quindi, un'udienza destinata a fare ordine, selezione e filtro su ciò che richiede effettivamente una verifica dibattimentale mediante il ricorso alla *cross examination* nella formazione della prova. Resta ferma e preliminare ad assicurare la funzionalità della nuova disciplina la cura che il pubblico ministero saprà comunque assicurare nell'operare la sua selezione tra le scelte di azione e quelle di archiviazione.

Riguardo agli epiloghi dell'udienza predibattimentale, occorre segnalare innanzitutto che in tale udienza potranno innestarsi tutti i procedimenti speciali, dando così luogo ad una immediata definizione

(21) Si veda sul punto, relazione illustrativa del Ministero della Giustizia - Dipartimento per gli affari di giustizia, del 22 ottobre 2022, intitolata "l'udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta".

(22) Il riferimento è alla rel. n. 2/2023 del 5 gennaio 2023 della Corte di cassazione, Ufficio del Massimario - Servizio Penale, intitolata "Relazione su novità normativa - La riforma Cartabia".

(23) L'udienza filtro è stata valutata uno snodo cruciale per il successo dell'impresa riformatrice, unitamente all'udienza preliminare, da G. Canzio, *Il modello "Cartabia": una riforma di sistema tra rito e organizzazione*, in *Guida dir.*, 42, 2022, che così ne descrive l'essenza: "A tale udienza è demandata, oltre l'esercizio di poteri di controllo sulla legalità delle indagini e sulla chiarezza e precisione delle imputazioni, la funzione strategica di temperare l'incontrollato dispiegarsi dell'obbligatorietà dell'azione penale, precludendo l'accesso ai processi inutili e superflui secondo il più rigoroso criterio prognostico di condanna dell'imputato, così da sollecitarne il ricorso ai riti alternativi". Da altri si è posto in luce come "L'udienza filtro, introdotta in funzione decongestionante del sistema e plasmata in chiave puramente processuale, avulsa dal merito proprio per manifestare una netta presa di posizione in favore del processo penale accusatorio, sembra ormai proiettata, per cadenze e valutazioni, verso l'udienza dibattimentale", A. Gaito - R. Landi, *L'altare e le (forse inevitabili) vittime. Osservazioni sul processo penale à la Cartabia*, in *Arch. pen.*, 2, 2022.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del processo. Al riguardo, va rilevato che nell'originario d.d.l. ministeriale era previsto che l'udienza predibattimentale fosse la sede per le richieste di giudizio abbreviato, patteggiamento ed oblazione: nella *Relazione illustrativa* del "d.d.l. Bonafede" si legge, infatti, che, allo scopo di dare alla nuova udienza predibattimentale un più ampio contenuto, "si è ritenuto di anticipare in questa fase anche le scelte relative ai riti alternativi, e precisamente, il giudizio abbreviato, il patteggiamento e l'oblazione, così contenendo gli effetti negativi sulle incompatibilità derivanti dall'introduzione di questa verifica preliminare sulla fondatezza dell'esercizio dell'azione penale" (24).

Con la riformulazione dell'art. 6 del d.d.l. A.C. 2435 proposta dalla "Commissione Lattanzi", è stato poi ampliato il ventaglio delle definizioni procedimentali alternative al dibattimento, essendo state affiancate ai tradizionali riti alternativi la messa alla prova, l'estinzione del reato per condotte riparatorie, la remissione di querela e la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto *ex* art. 131-*bis* c.p. Non solo: la verifica circa la concreta percorribilità di tali esiti non è stata rimessa all'iniziativa delle parti, ma configurata quale preciso compito del giudice investito della trattazione dell'udienza predibattimentale (25).

Nel successivo percorso parlamentare, il punto è stato nuovamente modificato. Per un verso, si è fatto generico (e omnicomprensivo) riferimento ai "procedimenti speciali"; per altro verso, si è eliminata la possibilità del giudice di "promuovere" le richieste di riti deflattivi.

Dal momento che la funzione principale assegnata alla nuova udienza predibattimentale è quella di verificare la fondatezza dell'esercizio dell'azione penale, a norma dell'art. 1, comma 12, lett. d), L. n. 134 del 2021, si è previsto che, in assenza di richieste di definizioni alternative, il giudice dovrà valutare, sulla base degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, "se sussistono le condizioni per pronunciare sentenza di non luogo a procedere perché gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna" (26).

L'ampiezza della valutazione che il giudice dovrà compiere "avrà ad oggetto un giudizio allo stato degli atti sulla fondatezza dell'accusa e, dunque, sulla colpevolezza o innocenza dell'imputato, senza che gli sia consentito di avvalersi di mezzi istruttori integrativi, contrariamente a quanto previsto in sede di udienza preliminare, dove oggi, in perfetto allineamento con quanto previsto nella udienza predibattimentale, il giudice dovrà emettere sentenza di non luogo a procedere allorquando gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna" (27).

La sentenza di non luogo a procedere, secondo le regole generali (art. 425, comma 4, c.p.p.), non potrà essere pronunciata laddove il giudice ritenga che dal proscioglimento debba conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca (art. 1, comma 12, lett. f, L. n. 134 del 2021).

Secondo quanto previsto dalla lett. g) dell'art. 12, comma 1, L. n. 134 del 2021, a tale sentenza dovranno applicarsi gli artt. 426, 427 e 428 c.p.p., che disciplinano rispettivamente i requisiti della sentenza, la condanna del querelante alle spese e ai danni, l'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere, e le disposizioni del Titolo X del Libro V, in tema di revoca della sentenza di non luogo a procedere, adeguandone il contenuto in rapporto alla competenza del tribunale in composizione monocratica (28).

Nel caso, poi, in cui il processo non venga definito nell'udienza predibattimentale né con un procedimento speciale, né con una sentenza di non luogo a procedere, il giudice fisserà la data per una nuova udienza, da tenersi non prima di venti giorni, di fronte ad un altro giudice, per l'apertura e la celebrazione del dibattimento (art. 1, comma 12, lett. e, L. n. 134 del 2021).

In caso di prosecuzione dell'iter nella sede propriamente dibattimentale, si è prevista la necessità di un

(24) In senso analogo alle direttive di cui all'art. 1, comma 12, lett. b) e c) - introdotte negli emendamenti governativi (v. riformulazione dell'art. 6, comma 1, lett. a-*bis* e a-*ter*, d.d.l. A.C. 2435) - dispone per l'udienza preliminare la direttiva di cui all'art. 1, comma 9, lett. n), L. n. 134 del 2021.

(25) Così la *Relazione illustrativa* in *Atti parlamentari, Camera dei Deputati, XVIII Legislatura - Disegni di legge e relazioni - Documenti - Disegno di legge C. n. 2435*, cit., 8.

(26) Così già la lett. a-*ter* dell'art. 6, d.d.l. A.C. 2345, inserita dalla "Commissione Lattanzi".

(27) In questi termini M. Di Iesu, *Procedimento davanti al tribunale monocratico*, cit., 129, ove si osserva altresì che "la *ratio* della norma è quella di voler superare la scarsa efficacia deflattiva imposta fino ad oggi dalla regola decisoria dell'udienza preliminare oggetto di accesi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali in ordine alla natura meramente processuale o anche di merito quale probabile colpevolezza dell'imputato". Secondo l'autore, "l'introduzione dell'udienza camerale predibattimentale conduce pericolosamente ad un 'vaglio di colpevolezza' dell'imputato prima della celebrazione del processo, con un'anticipazione di giudizio di dubbia costituzionalità" (*ivi*, 129).

(28) Originariamente il d.d.l. ministeriale richiamava solo gli artt. 426, 427 e 428 c.p.p.; l'applicabilità anche degli artt. 434-437 c.p.p. in tema di revoca della sentenza di non luogo a procedere si deve alle proposte emendative della "Commissione Lattanzi" (v. art. 6, d.d.l. A.C. 2345, nel testo riformulato dalla Commissione), poi condivise da Governo e Parlamento.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

adeguamento della disciplina relativa alla presentazione della c.d. "lista testimoniale" *ex* art. 468 c.p.p.: si tratta di una modifica di mero coordinamento (art. 1, comma 12, lett. f, L. n. 134 del 2021).

Con particolare riferimento all'auspicio di instaurare "un meccanismo virtuoso" attribuendo il vaglio preliminare dell'imputazione agli stessi giudici del tribunale, va rilevato che "la difficile situazione in termini di carichi di lavoro di molti tribunali costringe già oggi i giudici che ne fanno parte ad un continuo dosaggio delle proprie forze", sicché "non ci sarà da stupirsi se essi, in qualità di giudici predibattimentali, dedicheranno meno energie ed attenzioni ad un'attività processuale che potrà essere più efficacemente svolta dai giudici del dibattimento in un momento successivo" (29).

Quanto alla scarsa rilevanza delle conseguenze sul piano organizzativo della soluzione adottata - sul rilievo che anche nei tribunali di più modeste dimensioni è sempre assicurata la presenza di almeno tre magistrati addetti al dibattimento, sicché all'incompatibilità del giudice della udienza-filtro potrà agevolmente ovviarsi mediante l'adozione di criteri tabellari che stabiliscano regole predeterminate di riassegnazione dei procedimenti - si può agevolmente replicare come il rischio di notevoli problemi organizzativi nei tribunali di piccole dimensioni appaia, invece, assolutamente concreto. A ciò si aggiunga, inoltre, come già peraltro osservato, che con l'avvento dell'udienza predibattimentale monocratica, il modello di accertamento per citazione diretta a giudizio smarrisce il suo principale connotato identitario, rappresentato, come si è ricordato in precedenza, dalla carenza di un controllo giurisdizionale sulla fondatezza della imputazione elevata dal Pubblico Ministero.

Occorre d'altronde osservare come la previsione di una stringente regola decisoria per l'emissione della sentenza di non luogo a procedere non sia idonea a garantire, per ciò solo, l'efficacia del filtro in parola: i giudici incaricati di celebrarlo potrebbero, infatti, "disapplicare l'imperativo che li costringe a formulare la prognosi di colpevolezza dell'imputato ritenendo anomalo il compito di anticipare il giudizio di merito" (30). Eppure, l'esperienza quasi trentennale della udienza preliminare avrebbe dovuto suggerire ai *conditores* che, nei contesti di snodo, agire in senso restrittivo sul criterio di giudizio (v. art. 425, comma 3, c.p.p.) non impedisce certo la nascita e l'affermazione di orientamenti giurisprudenziali che lo trascendano.

Valore decisivo non sembra avere neppure la scelta, promossa dalla Commissione Lattanzi e poi accolta dalla legge delega, di affidare lo screening delle regiudicande ai magistrati del Tribunale, nella convinzione che costoro saranno più inclini di quelli per le indagini preliminari a emettere provvedimenti di non luogo a procedere (31). Non va invero reputato peregrino il rischio che i giudici "prescelti", abituati ad assistere alla formazione della prova nel contraddittorio tra le parti e a disporre di notevoli strumenti cognitivi, reputino i procedimenti sempre meritevoli di giungere in dibattimento, salvo i casi di macroscopiche lacune investigative (32).

Alla luce di tali considerazioni, pare dunque altamente probabile che la futura prassi quotidiana tradisca le speranze di chi ha asserito che "se l'udienza preliminare si è spesso rilevata 'un luogo di passaggio delle carte', altrettanto si confida che non si dirà dell'udienza filtro predibattimentale" (33).

La normativa transitoria e l'adattamento al sistema processuale (34)

Le nuove previsioni normative in tema di udienza predibattimentale necessitano di un adattamento al sistema in essere, al fine di uniformare le nuove disposizioni processuali con il carico di lavoro dei tribunali. Il profilo più problematico viene individuato nel rilievo secondo il quale la funzione di giudice dell'udienza predibattimentale, consentendo

(29) Così M. Daniele - P. Ferrua, *Prefazione. Tre aspetti controversi della riforma "Cartabia"*, in A. Conz - L. Levita (a cura di), *La riforma Cartabia della giustizia penale*, cit., XVIII ss.

(30) Del Coco, *Rimaneggiamento delle regole per non procedere*, cit., 87. Sugli interventi che, negli anni, hanno riguardato l'art. 425, comma 3, c.p.p., in sede monografica, Cassibba F.S., *L'udienza preliminare*, cit., 89 ss.; Daniele M., *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Torino, 2005, 39 ss.;

(31) Secondo Spangher G., *L'udienza predibattimentale e il giudizio abbreviato condizionato*, cit., 1, "sono sicuramente tutte da verificare le argomentazioni per le quali la valutazione di questo giudice si lascerebbe apprezzare, rispetto al giudice dell'udienza preliminare, sotto i vari profili - indicati nella Relazione - peraltro a doppio taglio"; concorde Triggiani, *L'udienza predibattimentale monocratica*, cit., 151.

(32) All'opposto, Ianniello R., *Osservazioni critiche in merito alla udienza filtro per i procedimenti a citazione diretta*, cit., 157 sostiene che il "giudice chiamato a celebrare l'udienza filtro [...] sapendo di dover operare per deflazionare il defatigante dibattimento di primo grado, potrebbe divenire più sensibile a emettere sentenze di non luogo a procedere, dando ingresso - nella formazione del suo giudizio - a esigenze che non attengono alla stretta valutazione dei fatti".

(33) In questi termini, Gatta G.L., *Riforma della giustizia penale*, cit., 13.

(34) Sul punto, si veda, più diffusamente, la relazione del massimario della Corte di cassazione, del 7 novembre 2022, Rel.: n. 68/22.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'accesso al fascicolo delle indagini, crea un'incompatibilità con la funzione di giudice del dibattimento (35). Dunque, come autorevolmente rilevato (36), lo stesso processo, finora gestito da un solo magistrato, dovrà essere amministrato da due magistrati, e perfino da tre magistrati nelle ipotesi in cui l'eventuale sentenza di non luogo a procedere, a seguito di un'impugnazione, fosse annullata con rinvio dalla Corte di cassazione.

Certo, qualora il nuovo filtro dovesse funzionare in modo efficace, ad un iniziale periodo di assestamento dovrebbe con il tempo seguire una riduzione del numero delle udienze dibattimentali, arrivando nel lungo periodo a rendere gestibili i carichi di lavoro.

A questo riguardo, i compilatori della riforma confidano nel mutuo soccorso suscettibile di operare all'interno del medesimo ufficio. La dottrina (37), recentemente, ha avuto modo di sottolineare come i frettolosi rinvii a giudizio indotti da una lettura superficiale del fascicolo peserebbero sui colleghi che dovrebbero celebrare il dibattimento. Verrebbe, cioè, meno quel fattore di deresponsabilizzazione indotto dalla possibilità di addossare la decisione ad un diverso ufficio, che spesso spinge il giudice dell'udienza preliminare a rimettersi alle valutazioni del giudice del dibattimento. È evidente, però, che l'efficacia di uno stimolo del genere è strettamente legata al livello di professionalità dei singoli magistrati: un requisito che non può essere creato artificialmente per legge, e la cui mancanza è in grado di compromettere anche le migliori riforme.

Sotto un profilo strettamente normativo, come si è detto di raccordo rispetto alla gestione del carico di lavoro dei tribunali, e con particolare riferimento alle disposizioni relative all'udienza di prima comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta, emerge come esse si applicheranno ai processi nei quali il decreto di citazione a giudizio è emesso in data successiva al 30 dicembre 2022. Tali previsioni rientrano tra le modifiche più incisive della disciplina del giudizio dibattimentale operate dal decreto attuativo della riforma, riguardando l'articolazione del procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica. In attuazione dei criteri enunciati dalla legge delega, è stata disposta, in particolare, un'ampia estensione del catalogo dei reati per cui l'azione penale va esercitata mediante citazione diretta a giudizio. Sul punto, si evidenzia invero come l'art. 32, comma 1, D.Lgs. n. 150/2022, attraverso l'integrale riscrittura del comma 2 dell'art. 550 c.p.p., ha esteso il catalogo dei reati per i quali l'esercizio dell'azione penale si realizza nelle forme del decreto di citazione diretta a giudizio del pubblico ministero, includendovi fattispecie criminose - individuate dal legislatore delegato tra quelle di non particolare complessità - il cui trattamento sanzionatorio si colloca, in conformità al criterio di delega (art. 1, comma 9, L. n. 134 del 2021), in una forbice edittale massima tra i quattro ed i sei anni di reclusione (38). Si è correlativamente ridotto, pertanto, il catalogo dei reati per i quali l'esercizio dell'azione penale "passa" dall'udienza preliminare e si è indirettamente allargato anche l'ambito di applicazione dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, dato il richiamo dell'art. 168-*bis*, comma 1, c.p. all'art. 550, comma 2, c.p.p. Ciò posto, le questioni di diritto intertemporale riguardano in modo particolare la sorte dei procedimenti penali relativi a fattispecie di reato che sono state, *a regime*, inserite nel catalogo previsto dall'art. 550, comma 2, c.p.p. ma per i quali, prima del 30 dicembre 2022, sia stata già esercitata l'azione penale con la richiesta di rinvio a giudizio già depositata *oppure* sia stata già fissata l'udienza preliminare da parte del

(35) L'art. 554-*ter*, comma 3, c.p.p. prescrive che, qualora non vi siano le condizioni per il non luogo a procedere, la prosecuzione del dibattimento dovrà avvenire "davanti ad un giudice diverso".

(36) Cfr. G. Spangher, *Riforma processo penale: l'udienza predibattimentale del rito monocratico*, in *Quotid. giur. Altalex*, 6 settembre 2021.

(37) Si veda E. Amodio, *Filtro "intraneo" e filtro "estraneo"*, cit., 21 ss.; G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, in *www.sistemapenale.it*, 15 ottobre 2021, 13; M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 69.

(38) Il legislatore delegato ha inserito nel novellato comma 2 dell'art. 550 c.p.p. reati che, di norma, non richiedono indagini complesse. Come spiega la Relazione illustrativa, sono considerati tali, per esempio, i reati che avvengono in pubblico di fronte ad una pluralità di testimoni, come gli atti osceni in luogo pubblico aggravati (art. 527, comma 2, c.p.), il danneggiamento di cose mobili o immobili in occasione di manifestazioni pubbliche (art. 635, comma 3, c.p.), l'apologia di delitto (art. 414 c.p.), l'istigazione a disobbedire alle leggi (art. 415 c.p.); la violazione della pubblica custodia di cose (art. 351 c.p.), la bigamia (art. 611 c.p.). Vi ha altresì incluso, tra gli altri: l'evasione aggravata da violenza o minaccia (art. 385, comma 2, prima parte, c.p.); la violenza o minaccia per costringere a commettere un reato (art. 611 c.p.), le falsità in monete (artt. 454, 460, 461 c.p.), le contraffazioni di pubblici sigilli (artt. 467 e 468 c.p.), l'indebito utilizzo, la falsificazione, la detenzione o la cessione di carte credito (art. 493-*ter* c.p.), la truffa aggravata (art. 640 cpv. c.p.), la frode in assicurazione (art. 642 c.p.); l'appropriazione indebita (art. 646 c.p.). Nell'ambito della legislazione speciale, si segnala l'inserimento, tra gli altri, dei reati di: contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*bis*, d.P.R. n. 43 del 1973), falsa attestazione della presenza in servizio e la giustificazione dell'assenza con certificato medico falso (art. 55-*quinquies*, comma 1, D.Lgs. n. 165 del 2001), istigazione pubblica, proselitismo e induzione all'utilizzo di stupefacenti (art. 82, comma 1, d.P.R. n. 309 del 1990); omessa dichiarazione dei redditi (art. 5, commi 1 e 1-*bis*, D.Lgs. n. 74 del 2000).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

giudice per l'udienza preliminare. Per operare la selezione affidabile degli affari soggetti alla previgente regola di azione sulla *vocatio in ius* (udienza preliminare) piuttosto che alla nuova (citazione diretta), occorre senz'altro avere riguardo all'avvenuto esercizio dell'azione penale alla data del 30 dicembre 2022, da intendersi come deposito presso la cancelleria dell'ufficio gip/gup della richiesta di rinvio a giudizio.
In forza dei principi di irretrattabilità dell'azione penale e del *tempus regit actum* - il quale impone che il regime dispositivo sia quello della fase procedurale già conclusa -, si reputa che, in tali ipotesi, detti procedimenti pendenti dovrebbero comunque proseguire davanti al giudice dell'udienza preliminare già investito del relativo fascicolo, essendo ormai definitiva ed irrevocabile detta attribuzione in virtù del deposito della richiesta di rinvio a giudizio (c.d. *perpetuatio iurisdictionis*); di contro, potrebbe essere addirittura abnorme l'eventuale restituzione degli atti al pubblico ministero - in sede di udienza o addirittura fuori udienza - in quanto implicherebbe un'indebita regressione del procedimento (39), tanto più che l'adozione di una sequenza processuale complessivamente più garantita - qual è l'udienza preliminare (40) - non può dare luogo ad alcuna lesione del diritto di difesa, offrendo anzi una più pregnante tutela all'imputato (41).
Conseguentemente, tutti i procedimenti per i quali, alla data del 30 dicembre 2022, l'azione penale è stata esercitata nelle forme di cui all'art. 416 c.p.p. (essendo, fino a tale data, quella la *regula iuris* di azione prevista *ratione temporis*), dovrebbero continuare ad essere trattati mediante il passaggio per l'udienza preliminare (42). In tal caso il giudice dell'udienza preliminare dovrà attenersi per l'eventuale emissione della sentenza di non luogo a procedere alla nuova regola di giudizio fissata a seguito della modifica operata sull'art. 425 c.p.p. di immediata operatività.
Altra questione intertemporale riveniente dall'introduzione dell'udienza-filtro innanzi al Tribunale monocratico *ex* art. 554-*bis* c.p.p., il cui possibile esito, come visto può essere una sentenza di non luogo a procedere, riguarda l'individuazione dei procedimenti a citazione diretta pendenti alla data del 30 dicembre 2022 per i quali dovrà celebrarsi tale adempimento *predibattimentale*, in luogo di quello *dibattimentale* in senso stretto. Conformemente al criterio risolutivo sopra individuato, può pervenirsi ad analoga conclusione per quanto concerne i decreti di citazione a giudizio che alla data di entrata in vigore del decreto risulteranno già emessi (ancorché in corso di notifica) secondo la previgente disciplina procedurale *ante riforma*. Anche in tal caso, la corretta osservanza del principio *tempus regit actum* implicherebbe l'applicazione della norma processuale vigente al momento dell'esercizio dell'azione penale allorquando il pubblico ministero, sulla base delle norme di rito *ratione temporis* applicabili sino al 29 dicembre 2022, abbia però emesso il decreto di citazione a giudizio innanzi al giudice *dibattimentale*.
Problema diverso si porrà, semmai, rispetto alle migliaia di fascicoli per i quali gli uffici di Procura, prima dell'entrata in vigore del decreto, abbiano già avanzato ai locali Tribunali richiesta di determinazione della data dell'udienza dibattimentale ai sensi dell'art. 160 disp. att. c.p.p. ai fini dell'emissione del decreto di citazione diretta a giudizio, e non saranno stati "restituiti" alla data del 30 dicembre 2022 in ragione dei notori ritardi, frequenti e reiterati (talora di molti mesi, specie negli uffici giudiziari più grandi), dei Tribunali (43), tali peraltro da determinare una

(39) Si veda sul punto, Nello stesso senso, a prima lettura, G. Amato, *Obiettivo creare un filtro "di merito" per evitare dibattimenti inutili*, in *Guida dir.*, 2022, 41, 74. In giurisprudenza, Cass. Pen., SS.UU., 28 aprile 2022, n. 37502, Proc. Rep. Prato in proc. Scarlini e altri, Rv. 283552-01, che ha ritenuto abnorme, e quindi ricorribile per cassazione, l'ordinanza del giudice dell'udienza preliminare che, investito della richiesta di rinvio a giudizio, disponga, ai sensi dell'art. 33-*sexies* c.p.p., la restituzione degli atti al pubblico ministero sull'erroneo presupposto che debba procedersi con citazione diretta a giudizio, trattandosi di un atto che impone al pubblico ministero di compiere una attività processuale *contra legem* e in violazione dei diritti difensivi, successivamente eccepibile, ed è idoneo, pertanto, a determinare una indebita regressione, nonché la stasi del procedimento).

(40) La relazione del Massimario citata ha invero specificato come a differenza di quanto espressamente previsto dall'art. 421 c.p.p. per l'udienza preliminare, all'interno dell'udienza di comparizione predibattimentale introdotta dal novello art. 554-*bis* c.p.p. (come introdotto dall'art. 32, D.Lgs. n. 150 del 2022) - non è dato spazio all'ipotesi che l'imputato possa rendere spontanee dichiarazioni o l'interrogatorio, dal momento che, in relazione alle prime, la previsione dell'art. 494 c.p.p. non opera per questa fase del dibattimento (inserendosi dopo l'esposizione introduttiva) e, per il secondo, la ragione di esclusione è collegata al fatto che, trattandosi di attività probatoria, può svolgersi solo nelle forme e nei termini dell'esame previsto dall'art. 503 c.p.p.

(41) Sul punto, si veda Corte cost. n. 183 del 2003, ord.

(42) In termini Ministero della Giustizia - Dipartimento per gli affari di giustizia, circ. 20 ottobre 2022, cit., par. 3.0, 8 ss., secondo cui tale soluzione consentirà, da un lato, agli uffici di Procura di non dover provvedere alla riemissione dei decreti di citazione che a quella data risultino già completi e, ove necessario, alla loro rinotificazione alle parti private ed ai loro difensori; dall'altro, consentirà ai dirigenti dei tribunali di prevedere la riorganizzazione delle udienze (con l'inserimento delle udienze di comparizione predibattimentali) a partire da un momento temporale differito.

(43) il C.S.M., con la delibera dell'11 maggio 2016, nell'affrontare i rapporti tra uffici requirenti e giudicanti, in materia di criteri di priorità e gestione dei flussi, ha stigmatizzato le tempistiche molto lunghe nella fissazione dell'udienza dibattimentale, ritenendo "non conforme al sistema ordinamentale vigente" che la Presidenza del Tribunale, a fronte di richieste di fissazione di udienze

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

"stasi" nell'esercizio dell'azione penale che incide sul decorso della prescrizione.
Orbene, poiché in questi casi non sarà stata esercitata l'azione penale al 30 dicembre 2022 - e non lo sarà, verosimilmente, per diversi mesi ancora, come ritenuto nella relazione in commento, si potrebbe ritenere che gli uffici di Tribunale dovrebbero evadere le richieste di fissazione dell'udienza dibattimentale inoltrate prima dell'entrata in vigore della riforma "convertendole" in richieste di fissazione dell'udienza di comparizione *ex* art. 554-*bis* c.p.p. innanzi al giudice dell'udienza predibattimentale designato secondo il criterio tabellare. Conseguentemente, l'ufficio di Procura dovrà curare gli adempimenti preliminari, aggiornare la modulistica con i pertinenti avvertimenti previsti dal novellato art. 552 c.p.p. ed assicurare le notifiche del decreto di citazione, non più per l'udienza dibattimentale come in origine predisposto sulla base della pregressa normativa, bensì per l'udienza di comparizione predibattimentale, evitando di trasmettere il fascicolo alla cancelleria del giudice prima di aver contezza della regolarità delle notificazioni compiute. Difatti, dalla lettera dell'art. 553 c.p.p., come ora modificato, si evince che il fascicolo per il dibattimento vada formato dal pubblico ministero e da questi trasmesso, unitamente al proprio fascicolo, ed al decreto di citazione dopo la notificazione, con ciò riferendosi, quindi, all'esecuzione dell'intero procedimento notificatorio e non soltanto al suo avvio (44). Il superamento del regime transitorio consentirà di tirare le somme, seppur in via del tutto preliminare, rispetto alla auspicata migliore efficienza del sistema processuale.

Considerazioni conclusive

L'innovativo e radicale intervento del legislatore, sotto il profilo della tenuta del sistema, potrà essere complessivamente valutato nei prossimi mesi, stante la situazione di sostanziale transitorietà tra la vecchia e la nuova disciplina, ancora alle prime battute sul piano dell'applicazione pratica.
Per quanto concerne l'ambito decisorio, si evidenzia come al giudice venga imposto di decidere sulla base degli atti trasmessi, come se si versasse nell'ambito di un abbreviato ordinario senza poteri istruttori integrativi. Potrà decidere nel senso della estinzione del reato, del difetto della condizione di procedibilità, o ancora adottare qualunque formula assolutoria, inclusa quella derivante dall'applicazione di una causa di non punibilità (tra cui quella *ex* art. 131-*bis* c.p.). Del resto, si considerino i poteri spettanti al giudice prima della entrata in vigore della novella in commento: *in primis*, l'art. 469 c.p.p., norma quasi desueta, che consente l'adozione di una sentenza di non doversi procedere per difetto di procedibilità, per estinzione del reato, o per non punibilità *ex* art. 131-*bis* c.p., strade tuttavia lastricate di ostacoli, in considerazione dei meccanismi oppositivi previsti (per i primi due casi) e della necessaria audizione della persona offesa (per il terzo caso). *In secundis*, l'art. 129 c.p.p., adoperabile, quanto alle formule assolutorie, dopo aver almeno assunto le prove a carico e con esclusione della esimente di cui all'art. 131-*bis* c.p. e di tutte le cause di non punibilità; secondo la tesi maggioritaria, inoltre, l'art. 129 c.p.p. è incompatibile con l'assoluzione con formula dubitativa (45). *Nulla quaestio* invece per l'applicazione immediata delle cause estintive e della improcedibilità, qualora immediatamente evincibili. Con l'udienza predibattimentale la ristrettezza dell'angolo decisionale è superata, consentendosi al giudice di adottare tutte le pronunzie di proscioglimento.
Il giudice, inoltre, come ampiamente rappresentato, pronuncia sentenza di non luogo a procedere sulla base della nuova regola di giudizio della *ragionevole previsione di condanna*. I primi commenti sul punto, sicuramente non allineati, vedono una parte degli

monocratiche formulate dalla Procura, le lasci inevase per un tempo superiore a quello che ragionevolmente necessita per i soli profili organizzativi di espletamento delle relative procedure. La delibera, infatti, affrontando il tema delle "determinazioni di alcuni presidenti di Tribunale che unilateralmente non 'concedono' (*rectius*: fissano), o non concedono per lungo tempo le date di udienza per i processi a citazione diretta, così non consentendo di fatto l'esercizio tempestivo dell'azione penale da parte del Procuratore della Repubblica di numerosi procedimenti ad indagini concluse", ha affermato così che si tratta "all'evidenza di un potere che non può essere unilateralmente esercitato in questi termini, sia perché fortemente confliggente con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, sia perché incidente su una fase processuale che non è nella disponibilità del Tribunale, bensì del pubblico ministero, unico *dominus* dell'esercizio dell'azione, che non può ricevere ostacoli o uno stallo per iniziativa di altra autorità, sebbene giurisdizionale". Nel senso che la dilatazione delle ipotesi di citazione diretta per effetto del novellato comma 2 dell'art. 550 c.p.p., ad opera dell'art. 32, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 150 del 2022, fonda, anche per il futuro, il rischio di ripetersi di tali inaccettabili metodiche operative, v., a prima lettura, G. Amato, *Obiettivo creare un filtro "di merito" per evitare dibattimenti inutili*, cit., 74.

(44) Nello stesso senso, Ministero della Giustizia - Dipartimento per gli affari di giustizia, circ. 20 ottobre 2022, intitolata *L'udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta*.

(45) Cfr. Cass. Pen., Sez. II, 12 dicembre 2014, dep. 2015, n. 1390, in *CED*, 261857; Cass. Pen., Sez. IV, 7 giugno 2012, n. 27952, in *CED*, 253588; Cass. Pen., Sez. III, 8 ottobre 2015, n. 50215; in dottrina, H. Belluta - M. Gialuz - L. Lupària, *Codice sistematico di procedura penale*, Torino, 2020, 224).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

autori sostenere che il giudice potrebbe ragionevolmente prevedere la condanna quando le risultanze siano sì carenti, insufficienti o contraddittorie ma complessivamente il quadro probatorio sia aperto all'epilogo della colpevolezza mediante un dibattimento che plausibilmente correggerà i difetti delle indagini o farà luce sui punti d'ombra (46); la lettura elastica del criterio e la sua vocazione a incoraggiare il passaggio della controversia al dibattimento, si renderebbero necessarie anche per far fronte alla impossibilità per il giudice dell'udienza predibattimentale - a differenza di quanto accade nell'ambito delle indagini e dell'udienza preliminare - di integrare il compendio probatorio attivando poteri officiosi (47).

L'intento normativo è, quindi, quello di rendere più rigoroso il vaglio sui risultati dell'indagine, in modo da arginare le imputazioni inutili o azzardate, quelle per le quali non appaia probabile la condanna. Deve allora ritenersi superato definitivamente il canone della sostenibilità dell'accusa in giudizio, interpretata come utilità del dibattimento, per cui il procedimento passa alla fase dibattimentale laddove questa fase sia in grado di completare o meglio specificare le risultanze disponibili.

Il criterio della ragionevole previsione di condanna dunque incrementa lo sforzo valutativo e trova il proprio terreno elettivo - nel senso di negare il passaggio al dibattimento - nei casi di incompletezza, insufficienza o contraddittorietà delle prove, nonché nel caso di ragionevole dubbio, da intendersi - per opinione consolidata - quale area inferenziale più ampia delle prime tre citate, annoverando, oltre ad esse, il caso della plausibile lettura alternativa del medesimo compendio istruttorio, propugnata dall'imputato o dalla sua difesa.

Il supporto investigativo deve in altri termini essere integro e idoneo a condurre, già allo stato degli atti, ad un'affermazione di responsabilità; si applica la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, la cui insostenibilità, nella specifica fase in esame, costituirà espressione del principio *in dubio contra actionem*. Potrebbe residuare il caso, diverso, della "non persuasività" del compendio probatorio, in tutte quelle ipotesi in cui gli elementi a carico dell'imputato siano costituiti da dichiarazione accusatoria di estensione proporzionata alla natura cartolare dell'atto, tendenzialmente sintetica e insufficiente a fondare una condanna all'esito del dibattimento, ma per natura idonea a meglio articolarsi nella fase naturalmente caratterizzata dall'oralità.

Il compendio probatorio, in questo caso, non può né dirsi lacunoso, perché le piste investigative sono state tutte integralmente percorse, né contraddittorio, perché gli atti disponibili risultano convergenti verso l'affermazione di responsabilità; residuerebbe il problema se questo tipo di base accusatoria sia "insufficiente" o consenta, allo stato degli atti, una previsione di condanna poiché destinato a meglio esplicitarsi nel dibattimento. Potrebbe propendersi per la seconda soluzione: si tratta di un caso peculiare in cui la natura stessa della fase dibattimentale è in grado, con ogni probabilità, di espandere le potenzialità dimostrative del compendio cartolare, consentendo al medesimo di assumere una forza chiarificatrice più elevata, giustificativa di una condanna in difetto di dirimenti prove a favore. Resta dubbio se una simile previsione di condanna possa essere svolta dal giudice predibattimentale anche con riferimento a casi in cui, pur essendo la prova lacunosa o contraddittoria, appaia del tutto naturale e consequenziale, e dunque prevedibile, l'assunzione - ad opera del giudice del dibattimento - di una prova decisiva a carico *ex* art. 507 c.p.p.

Non si pongono particolari problemi, invece, sul ritorno dei poteri di integrazione del giudice predibattimentale nel caso di accesso al rito abbreviato, ai sensi degli artt. 556 e 441, comma 5, c.p.p.; l'anomalia sarà certamente oggetto di approfondito studio da parte dei difensori, che adegueranno la propria strategia processuale a seconda del tipo di prognosi adottabile in merito alla responsabilità del proprio assistito.

Una perplessità avanzata da più parti è che il giudice successivo, vale a dire il giudice dell'udienza

(46) M. Arcaro, *Dalla sostenibilità dell'accusa in giudizio alla ragionevole previsione di condanna: cambia la regola di giudizio per l'archiviazione e il non luogo a procedere*, in *Penale diritto e procedura*, 21 luglio 2022, 15; C. Naimoli C., *Considerazioni sulla "ragionevole previsione di condanna" per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere*, in questa *Rivista*, 2022, 834.

(47) Cfr. Alvino F., *Il controllo giudiziale dell'azione penale: appunti a margine della "Riforma Cartabia"*, in *Sistema penale*, 2022, 3, 32, anche alla luce dei criteri di lettura valorizzati nella stessa Relazione della Commissione Lattanzi, ove si legge limpidamente: "la Commissione ritiene che, alla luce dell'evoluzione della fase preliminare, vada superato il criterio dell'astratta utilità dell'accertamento dibattimentale; a seguito di indagini che - in linea con quanto richiesto dalla Corte costituzionale - devono risultare tendenzialmente complete (e possono avere una durata significativa), il pubblico ministero sarà chiamato a esercitare l'azione penale solo quando gli elementi raccolti risultino - sulla base di una sorta di 'diagnosi prognostica' - tali da poter condurre alla condanna dell'imputato secondo la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, tanto in un eventuale giudizio abbreviato, quanto nel dibattimento. Al contrario, laddove il quadro cognitivo si connoti per la mancanza di elementi capaci di sorreggere una pronuncia di condanna, il pubblico ministero dovrà optare per l'inazione".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dibattimentale, appaia condizionato e assuma le vesti di un mero ratificatore di quanto già sostenuto dal collega dell'ufficio dibattimento.

Il giudice in altri termini adotta una decisione applicando la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio (*risvolto "diagnostico"*), e tale decisione, laddove ossequiosa del fondamentale criterio, istituisce *ex se* una "ragionevole previsione" (*risvolto "prognostico"*), tenuto conto del momento prodromico in cui essa è svolta, caratterizzata dalla conoscenza dei soli atti cartolari unilateralmente acquisiti dall'organo inquirente: la ragionevolezza, insomma, ove si volesse accedere a questo tipo di lettura, costituirebbe un connotato della decisione alla luce della *fase* in cui essa è svolta. Peraltro, si è autorevolmente sostenuto (48) come non possa avere valore la scelta, promossa dalla Commissione Lattanzi e poi accolta dalla legge delega, di affidare lo screening delle regiudicande ai magistrati del Tribunale, nella convinzione che costoro saranno più inclini di quelli per le indagini preliminari a emettere provvedimenti di non luogo a procedere. Non va invero reputato peregrino il rischio che i giudici "prescelti", abituati ad assistere alla formazione della prova nel contraddittorio tra le parti e a disporre di notevoli strumenti cognitivi, reputino i procedimenti sempre meritevoli di giungere in dibattimento, salvo i casi di macroscopiche lacune investigative (49). Per non parlare della potenzialità del provvedimento con cui viene decretato il passaggio in giudizio di influenzare il "collega della porta accanto" in ordine alla colpevolezza dell'imputato (50).

Ciò posto, l'udienza predibattimentale aumenterà il carico di lavoro dei giudici di tribunale, potendo mandare in sofferenza soprattutto gli uffici più piccoli (51). Del resto, la funzione di giudice dell'udienza predibattimentale, consentendo l'accesso al fascicolo delle indagini, crea un'incompatibilità con la funzione di giudice del dibattimento. Dunque lo stesso processo, finora gestito da un solo magistrato, dovrà essere amministrato da due magistrati, e perfino da tre magistrati nelle ipotesi in cui l'eventuale sentenza di non luogo a procedere, a seguito di un'impugnazione, fosse annullata con rinvio dalla Corte di Cassazione (52).

Certo, qualora il nuovo filtro dovesse funzionare in modo efficace, ad un iniziale periodo di assestamento dovrebbe con il tempo seguire una riduzione del numero delle udienze dibattimentali, arrivando nel lungo periodo a rendere gestibili i carichi di lavoro. A questo riguardo, i compilatori della riforma confidano nel mutuo soccorso suscettibile di operare all'interno del medesimo ufficio. Frettolosi rinvii a giudizio indotti da una lettura superficiale del fascicolo peserebbero sui colleghi che dovrebbero celebrare il dibattimento. Verrebbe, cioè, meno quel fattore di deresponsabilizzazione indotto dalla possibilità di addossare la decisione ad un diverso ufficio, che spesso spinge il giudice dell'udienza preliminare a rimettersi alle valutazioni del giudice del dibattimento (53). Può essere dunque condiviso il pensiero autorevole secondo il quale desterebbe perplessità la effettiva capacità di questa nuova udienza ad "intercettare" imputazioni azzardate, se non altro perché inevitabilmente si riproducono in relazione a questa udienza filtro tutte le ombre emerse con riguardo alla udienza preliminare. Se si considera, poi, che, per come strutturata, l'udienza de qua non vede nemmeno una vera a propria fase dedicata alla trattazione del "merito" della imputazione, è prevedibile che saranno poche le iniziative del pubblico ministero bloccate nella fase dell'udienza predibattimentale.

In secondo luogo, l'utilità di creare per via normativa una sede ad hoc per trattare questioni riguardanti la costituzione delle parti e quelle preliminari lascia a desiderare, soprattutto se ricordiamo che in effetti l'art. 555 c.p.p. già prevedeva un'udienza di prima comparizione, dalla prassi destinata alla trattazione e

(48) Secondo Spangher G., *L'udienza predibattimentale e il giudizio abbreviato condizionato*, cit., 1, "[s]ono sicuramente tutte da verificare le argomentazioni per le quali la valutazione di questo giudice si lascerebbe apprezzare, rispetto al giudice dell'udienza preliminare, sotto i vari profili - indicati nella Relazione - peraltro a doppio taglio"; concorde Triggiani N., *L'udienza predibattimentale monocratica*, cit., 151.

(49) All'opposto, Ianniello R., *Osservazioni critiche in merito alla udienza filtro per i procedimenti a citazione diretta*, cit., 157 sostiene che il "giudice chiamato a celebrare l'udienza filtro [...] sapendo di dover operare per deflazionare il defatigante dibattimento di primo grado, potrebbe divenire più sensibile a emettere sentenze di non luogo a procedere, dando ingresso - nella formazione del suo giudizio - a esigenze che non attengono alla stretta valutazione dei fatti".

(50) De Caro A., *Le ambigue prospettive di riforma del processo penale contenute nel d.d.l. n. 2435/2020*, cit., 530; Spangher G., *Riforma processo penale: l'udienza predibattimentale del rito monocratico*, cit., alla cui opinione aderiscono pure Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali*, cit., 22 e Triggiani N., *L'udienza predibattimentale monocratica*, cit., 152. Parimenti scettica Ianniello R., *Osservazioni critiche in merito alla udienza filtro per i procedimenti a citazione diretta*, cit., 157.

(51) Cfr. N. Triggiani, *L'udienza predibattimentale monocratica*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 1, 151 ss.; C. Trabace, *L'udienza predibattimentale che verrà*, in *Arch. pen. web*, 2022, 2, 21 ss.

(52) Cfr. G. Spangher, *Riforma processo penale: l'udienza predibattimentale del rito monocratico*, in *Quotid. giur. Altalex*, 6 settembre 2021.

(53) Così, condivisibilmente, M. Daniele, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, in *sistemapenale.it*, 16 gennaio 2023.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

risoluzione delle varie questioni preliminari. Lo sdoppiamento di queste fasi dell'udienza e l'attribuzione di esse a due giudici diversi rischia a ben vedere di porsi come fattore che non contribuisce alla semplificazione ed all'accelerazione del processo (54).

L'unica vera innovazione a questo riguardo è costituita dalla possibilità attribuita ad un giudice di verificare la esattezza della contestazione, avendo a disposizione gli atti del pubblico ministero. La finalità, in quest'ottica, può apparire certamente apprezzabile; essa peraltro corrisponde anche all'ampliamento dei poteri che, in tale senso, può esercitare il giudice nell'ambito dell'udienza preliminare ai sensi degli artt. 421, comma 1, e 423, comma 1-*bis*, c.p.p., come risultanti dalle modifiche da ultimo introdotte. C'è solo da chiedersi, nell'ottica di un bilanciamento di costi-benefici, quanto questi ultimi siano in grado di compensare i primi.

(54) Così, si cfr. A. Diddi, *L'udienza-filtro nei procedimenti davanti al tribunale in composizione monocratica*, in questa *Rivista*, 2023, 180. Sul punto, inoltre si consideri come per scongiurare l'incompatibilità, la circ. DAG del 20 ottobre 2022 prevede, tra le "Segnalazioni organizzative", una serie di accorgimenti di non semplicissima attuazione, tra i quali, in primo luogo, la necessaria "rimodulazione del documento tabellare nella parte relativa all'organizzazione delle udienze monocratiche attraverso la previsione di criteri predeterminati di abbinamento fisso (ed eventualmente reciproco ove le dimensioni organiche lo impongano) tra il magistrato che è chiamato a celebrare l'udienza *ex* art. 554 *bis* c.p.p. e quello che sarà investito del compito della celebrazione del dibattimento", e la individuazione di "specifiche soluzioni (...) per quegli Uffici in cui i magistrati addetti al settore monocratico svolgano anche funzioni di componenti del tribunale del riesame in relazione alle procedure di riesame cd. reale. Ovviamente, in questi casi, dovrà provvedersi all'adozione di un modulo organizzativo (necessariamente parametrato sulle dimensioni dell'ufficio) che scongiuri ragioni d'incompatibilità tra i componenti del collegio di questa fase incidentale ed i magistrati del settore monocratico investiti della cognizione predibattimentale e dibattimentale sui medesimi procedimenti. In tali evenienze, un'eventuale soluzione potrebbe, ad esempio, rinvenirsi nel coinvolgimento, sempre secondo criteri predeterminati, dei giudici per le indagini preliminari (non funzionalmente incompatibili) quali giudici dell'udienza predibattimentale limitatamente alle procedure ove sia impossibile individuare a tal fine un giudice del settore monocratico".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo

a cura di Carlotta Conti

Neutralità dell'esperto

Parità tra le parti e neutralità dell'esperto nominato dal giudice

Corte europea dei diritti umani, Sez. II, 13 dicembre 2022 - Pres. Bårdsen - Test-Achats c. Belgio

La Corte, all'unanimità, ha riconosciuto una violazione dell'art. 6 (equo processo) Cedu, relativamente al principio di parità delle armi processuali, in un caso in cui l'esperto nominato dal giudice non è risultato essere neutrale, considerati i suoi legami con una parte del procedimento.

Il caso

La ricorrente, Test-Achats, è un'associazione registrata in Belgio, il cui scopo, come dichiarato nello statuto, è quello di difendere e rappresentare gli interessi dei consumatori e di salvaguardare i diritti umani in generale, nonché di combattere ogni forma di discriminazione.
Nel 2004, la Test-Achats intentava un'azione civile contro una compagnia di assicurazioni, chiedendo che quest'ultima abbandonasse certe pratiche considerate discriminatorie nei confronti di alcuni assicurati in ragione della loro età. Nel 2005 il presidente del Tribunale di Bruxelles accoglieva la richiesta. La compagnia assicurativa impugnava e nel 2006 la Corte d'Appello di Bruxelles disponeva una perizia supplementare, nominando un esperto, il quale presentava la propria relazione finale nel 2008. Nel corso del procedimento, la Test-Achats contestava la neutralità del perito nominato dal tribunale, sostenendo in particolare che, mentre la causa era pendente dinanzi alla Corte d'Appello, nel 2009 era stata conclusa una *partnership* tra la controparte e un istituto universitario presieduto dallo stesso esperto. Pertanto, la ricorrente chiedeva l'esclusione dal procedimento della perizia presentata dall'esperto ritenuto non imparziale.
Nel 2010 la Corte d'Appello ribaltava la decisione di primo grado e respingeva la richiesta avanzata dalla Test-Achats, ritenendo che vi fosse una giustificazione oggettiva e ragionevole per la differenza di trattamento basata sull'età da parte della compagnia assicurativa. Per giungere alla sua decisione, la Corte d'Appello si basava sulla perizia presentata dall'esperto, la cui neutralità era stata contestata dalla ricorrente ma che i giudici ritenevano affidabile anche sulla base del fatto che il perito aveva risposto ai vari quesiti avanzati dalle parti e relativi altresì all'incarico affidatogli.
Nel 2012 la Corte di cassazione respingeva l'impugnazione della Test-Achats, la quale allora, invocando l'art. 6, par. 1 (diritto a un equo processo), adiva la Corte europea, per lamentare una violazione dei principi di parità delle armi e del contraddittorio, avuto riguardo alla mancata neutralità dell'esperto nominato dalla Corte d'Appello, il cui apporto è stato decisivo ai fini della decisione.

La decisione

La Corte ha ritenuto che l'esistenza di una *partnership* tra l'esperto e una parte avrebbe dovuto necessariamente indurre dei dubbi oggettivi sull'imparzialità del perito nominato, e di conseguenza sull'equità del procedimento nel suo complesso. Ciò soprattutto considerato l'impatto decisivo che la perizia ha avuto sull'esito del giudizio di appello, avendo la corte basato le proprie conclusioni sulla relazione tecnica, nonostante la ricorrente ne avesse chiesto l'esclusione dal panorama probatorio. A tal proposito, i giudici europei hanno osservato che la Test-Achats ha avuto l'opportunità di criticare il contenuto e la forma dell'elaborato peritale dinanzi ai giudici nazionali, ma questa manifestazione di contraddittorio non è stata ritenuta sufficiente a sanare la violazione del principio di parità tra le parti.
Conseguentemente, è stato ritenuto violato l'art. 6, par. 1, Cedu per quanto riguarda tale ultimo principio, mentre non è stato ritenuto violato l'art. 6, par. 1, Cedu per quanto riguarda il principio del contraddittorio, poiché rispetto ai quesiti sollevati dalle parti (anche dalla ricorrente) il perito ha effettivamente risposto; e peraltro non vi è obbligo di fornire una risposta dettagliata rispetto a ogni questione sollevata, laddove si tratti di questioni non pertinenti o estranee rispetto all'incarico affidato.

Art. 41 (equo indennizzo)

La Corte ha stabilito che il Belgio debba corrispondere all'associazione ricorrente 4.000,00 euro per danni non patrimoniali e 4.000,00 euro per costi e spese.

I precedenti

Sulle questioni affrontate dalla Corte, v. Cedu, Sez. III, 18 maggio 2021, Manzano Diaz c. Belgio, in *www.echr.coe.int*; Cedu, Sez. IV, 22 maggio 2018, Devinar c. Slovenia, *ivi*; Cedu, Sez. II, 3 maggio 2016, Letincic c. Croazia, *ivi*; Cedu, Sez. III, 5 luglio 2007, Sara Lind Eggertsdottir c. Islanda, *ivi*.

Utilizzo probatorio di dati GPS

L'utilizzo di dati GPS come elemento di prova per il licenziamento non viola la Convenzione

Corte europea dei diritti umani, Sez. IV, 13 dicembre 2022 - Pres. Grozev - Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo c. Portogallo

La Corte, a maggioranza, ha dichiarato che non vi è stata alcuna violazione degli artt. 6, par. 1 (equo processo) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) Cedu, in un caso di licenziamento basato su dati ottenuti da un sistema di geolocalizzazione installato all'interno di un'auto che il datore di lavoro aveva messo a disposizione del ricorrente per svolgere l'attività di rappresentante sanitario.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il caso

Il ricorrente, Fernando Augusto Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo, è un cittadino portoghese nato nel 1967 e residente a Vila Real (Portogallo).

Il 7 marzo 1994 iniziava a lavorare come informatore scientifico presso un'azienda farmaceutica. A causa degli spostamenti che il suo lavoro comportava, la società gli assegnava, tra gli altri benefit, un veicolo aziendale. L'azienda gli consentiva peraltro l'uso del veicolo per viaggi privati e al di fuori dell'orario di lavoro, sebbene le spese relative al chilometraggio per i viaggi privati dovessero essere rimborsate. A tal ultimo proposito, la società adottava una procedura per la gestione delle spese di viaggio dei dipendenti. In base a tale procedura, tutti gli informatori scientifici dovevano registrare, tramite un'applicazione informatica, le loro attività giornaliere, settimanali e mensili, le visite effettuate, le assenze, le spese e un calendario delle prossime visite e dei prossimi viaggi. Nel settembre 2011 veniva installato il sistema GPS nei veicoli aziendali.

Nell'ottobre 2011 il ricorrente presentava un reclamo alla Commissione nazionale per la protezione dei dati (CNPD) in merito all'introduzione del sistema di geolocalizzazione nei veicoli aziendali degli informatori scientifici e al trattamento dei dati personali così raccolti. Nel novembre 2011 la società riferiva alla CNPD circa il sistema GPS installato e, ricevute queste informazioni, la CNPD avviava un procedimento che nel settembre 2013 si concludeva a favore della società. La CNPD emetteva infatti una risoluzione in cui riteneva che le norme sulla protezione dei dati personali non fossero state violate. Nel gennaio 2014 il ricorrente impugnava tale risoluzione, ma il ricorso veniva respinto in quanto la Commissione non rilevava motivi di annullamento della decisione assunta.

Nel maggio 2014 la società avviava un procedimento disciplinare nei confronti del ricorrente, sostenendo che egli aveva aumentato le distanze percorse a titolo professionale, in modo da ridurre la percentuale di viaggi privati nei fine settimana e nei giorni festivi, così da evitare di dover rimborsare gli importi corrispondenti. Il ricorrente veniva inoltre accusato di aver manipolato il GPS, rimuovendo la scheda GSM dal dispositivo. Infine, sulla base dei dati GPS relativi agli orari in cui il veicolo partiva e si fermava a fine giornata, la società sosteneva che il ricorrente non avesse lavorato le otto ore giornaliere pattuite.

Nel settembre 2014, a conclusione del procedimento disciplinare, la società comunicava al ricorrente che i fatti a lui contestati erano stati accertati e che ne seguiva il suo licenziamento. Il ricorrente impugnava il licenziamento davanti alla Divisione Lavoro del Tribunale distrettuale di Vila Real, che tuttavia, nel luglio 2015, lo riteneva pienamente giustificato. In particolare, richiamando una decisione della Corte Suprema del novembre 2013, il tribunale respingeva l'argomentazione secondo cui il sistema di geolocalizzazione era illegittimo, avuto riguardo agli obiettivi perseguiti dall'azienda come diritto da bilanciare con gli altri diritti in gioco. I giudici nazionali ritenevano che il dispositivo GPS in questione non costituisse un mezzo di sorveglianza a distanza ai sensi degli artt. 20 e 21 del codice del lavoro e che, anche supponendo che si trattasse di un mezzo del genere, i dati che trasmetteva non rientrassero nell'ambito della vita privata.

Nell'agosto 2015 il ricorrente ricorreva in appello, ma la corte di secondo grado confermava la decisione di prime cure, pur argomentando diversamente. A differenza del Tribunale distrettuale, i giudici di appello ritenevano un mezzo di sorveglianza a distanza ai sensi dell'art. 20, par. 1 del codice del lavoro l'utilizzo di un dispositivo GPS in ambito professionale per monitorare l'attività di un dipendente, così come affermato dalla CNPD nella ris. n. 1565/2015 dell'ottobre 2015. In questo modo, alla luce dell'evoluzione della tecnologia di geolocalizzazione in questione, veniva superato l'orientamento della Suprema Corte del 2013. La sentenza di primo grado veniva quindi annullata relativamente al mancato rispetto dell'orario di lavoro da parte del ricorrente. Al contrario, però, veniva ritenuto comunque legittimo l'utilizzo del GPS al fine di determinare le distanze percorse dal signor de Almeida nell'ambito del controllo delle prestazioni professionali a cui questi era tenuto; e considerate le violazioni riscontrate, i giudici di appello ritenevano legittimo il suo licenziamento. Il ricorrente, infatti, non aveva segnalato il chilometraggio dei viaggi professionali e aveva interferito nel funzionamento del dispositivo GPS installato nel proprio veicolo, così cercando di impedire la corretta trasmissione dei dati di geolocalizzazione all'azienda e pertanto violando il dovere di lealtà nei confronti del proprio datore di lavoro, con consequenziale venir meno del vincolo fiduciario.

Invocando gli artt. 6 e 8 Cedu, il signor de Almeida adiva la Corte europea sostenendo che il trattamento dei propri dati di geolocalizzazione da parte della società violava il diritto al rispetto della vita privata e lamentando l'iniquità del procedimento subito dinanzi ai giudici nazionali, poiché le decisioni assunte si erano basate su prove illegalmente ottenute tramite il contestato sistema GPS.

La decisione

Dal momento che l'ingerenza nella vita privata del ricorrente è derivata da un'azione del suo datore di lavoro, una società privata, e non da parte delle autorità pubbliche, la Corte ha deciso di esaminare il ricorso dal punto di vista degli obblighi positivi dello Stato *ex* art. 8 Cedu. La Corte ha anzitutto osservato che il ricorrente non aveva impugnato in sede amministrativa la decisione della CNPD del settembre 2013, in merito al reclamo relativo all'effettiva installazione del dispositivo GPS sul proprio veicolo aziendale, cosa di cui era stato peraltro debitamente informato.

La Corte ha quindi inteso stabilire se i giudici nazionali, nel bilanciare gli interessi in gioco, abbiano o meno tutelato sufficientemente il diritto del ricorrente al rispetto della sua vita privata. Al riguardo, la Corte ha ritenuto che i tribunali nazionali abbiano accertato che il ricorrente è stato informato che qualsiasi veicolo fornitogli sarebbe stato dotato di un dispositivo GPS. E difatti, nel gennaio 2012, il ricorrente ha firmato un documento che la società aveva inviato ai suoi dipendenti interessati, relativo proprio all'installazione del dispositivo GPS e alle ragioni per cui veniva adottata tale misura. In tale documento si indicava chiaramente che il sistema era destinato, in particolare, a monitorare le distanze percorse durante l'attività da parte dei dipendenti. Il documento specificava inoltre che, in caso di discrepanza tra i dati chilometrici forniti dal GPS e quelli forniti dal dipendente, si sarebbe potuto avviare un procedimento disciplinare. Non vi è quindi alcun dubbio che il ricorrente fosse a conoscenza del fatto che la società aveva installato un sistema GPS sul suo veicolo, allo scopo di monitorare le distanze percorse nell'ambito dell'attività professionale e, se del caso, anche gli spostamenti privati.

La Corte ha poi rilevato che il ricorrente è stato licenziato dal suo datore di lavoro per due motivi. In primo luogo, l'azienda lo ha sanzionato per aver indebitamente aumentato le distanze percorse a fini professionali, con l'intento di nascondere quelle percorse privatamente, e per non aver rispettato gli orari di lavoro prescritti. In secondo luogo, il ricorrente è stato sanzionato per aver interferito con il funzionamento del GPS, alterandolo, durante i fine settimana.

Mentre il tribunale distrettuale di Vila Real ha ritenuto giustificati i motivi del licenziamento, la Corte d'Appello di Guimarães ha annullato il primo di questi due motivi, quello relativo al mancato

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rispetto dell'orario di lavoro da parte del ricorrente. Ciò è avvenuto tenendo conto della risoluzione adottata nel frattempo dalla CNPD e non impugnata dalla società dinanzi ai giudici amministrativi, che vietava alla società di utilizzare dispositivi di geolocalizzazione nei propri veicoli aziendali per monitorare le prestazioni dei dipendenti o il rispetto del loro orario di lavoro. D'altra parte, tuttavia, gli altri dati raccolti tramite il dispositivo GPS, cioè quelli relativi alle distanze percorse, restavano legittimi in un'ottica di bilanciamento con gli interessi aziendali (controllo delle spese societarie); e tali ultimi dati, sommati con il comportamento tenuto dal ricorrente, che aveva cercato di sabotare il sistema di geolocalizzazione, hanno portato alla legittima decisione di licenziamento.
Non vi è quindi alcuna violazione dell'art. 8 Cedu, avendo le autorità nazionali bilanciato il diritto del ricorrente al rispetto della propria vita privata con il diritto della società di garantire il buon funzionamento della propria azienda. Né, secondo i giudici europei, vi è stata una violazione dell'art. 6 Cedu, in quanto il provvedimento di licenziamento è giunto all'esito di un iter procedimentale dove il ricorrente ha potuto far valere i propri diritti, avendo anche avuto la possibilità di impugnare il licenziamento dinanzi ai giudici nazionali, dove ha potuto presentare gli argomenti e le prove ritenuti rilevanti per la sua difesa. Le decisioni adottate, inoltre, sono state debitamente motivate e sono seguite a una valutazione probatoria avvenuta nel pieno contraddittorio tra le parti. Nel complesso, l'utilizzo a fini probatori dei dati di geolocalizzazione (relativi alle distanze percorse dal ricorrente con il veicolo aziendale affidatogli) non hanno compromesso l'equità complessiva del procedimento.

I precedenti
Sull'art. 8 Cedu, v. Cedu, Sez. I, 20 settembre 2018, Solska e Rybicka c. Polonia, in *www.echr.coe.int*; Cedu, Sez. V, 7 novembre 2013, Belousov c. Ucraina, *ivi*; Cedu, Sez. IV, 29 aprile 2002, Pretty c. Regno Unito, *ivi*; Cedu, Grande Camera, 16 febbraio 2000, Amann c. Svizzera, *ivi*.

Equità processuale

Il mancato esame di alcuni testimoni ha reso convenzionalmente iniquo il processo

Corte europea dei diritti umani, Sez. I, 15 dicembre 2022 - Pres. Bośnjak - Vasarab e Paulus c. Slovacchia

La Corte, all'unanimità, ha ritenuto che vi sia stata una violazione dell'art. 6, parr. 1 e 3 (equo processo) Cedu, in un caso in cui i giudici nazionali hanno immotivatamente rifiutato di esaminare alcuni testimoni che avrebbero potuto contrastare le prove che hanno portato alla condanna dei ricorrenti.

Il caso
I ricorrenti, Ladislav Vasaráb e Roman Paulus, sono cittadini slovacchi nati nel 1971 e nel 1977, che vivono rispettivamente a Diakovce e a Pata (Slovacchia).
Nel febbraio 2010 un individuo veniva colpito da un proiettile mentre guidava nella città di Šal'a. Durante il procedimento che ne seguiva, i giudici nazionali stabilivano che il signor Paulus aveva sparato su ordine del signor Vasaráb. Tra gli altri accertamenti, i giudici accertavano che l'omicidio era stato eseguito in base a un contratto e correlativo pagamento, che il signor Vasaráb aveva "divergenze di lunga data" con la vittima e che il signor Paulus aveva ottenuto un fucile (l'arma del delitto) da una terza persona. Al termine del processo, i ricorrenti venivano condannati sia per l'omicidio che per alcuni reati ad esso connessi. Vasaráb veniva condannato a 22 anni di reclusione, mentre Paulus a 25 anni di reclusione.
Durante il processo, i ricorrenti, dichiaratisi fin dall'inizio non colpevoli, venivano rappresentati da un avvocato e chiedevano, tra le altre cose, l'escussione di cinque testimoni in grado di attestare il rapporto di parentela tra Vasaráb e la vittima, nonché l'escussione di altri sette testimoni in grado di pronunciarsi sulla veridicità della testimonianza dell'individuo che aveva fornito alle autorità l'arma usata per commettere il crimine. L'esame di tali soggetti è stato rifiutato perché non ritenuto necessario. I ricorrenti hanno impugnato tale diniego, ribadendo le proprie argomentazioni relative alla mancata assunzione delle prove a loro difesa, ma le loro doglianze sono state rigettate sul presupposto che le autorità hanno nel complesso accertato adeguatamente i fatti.
Invocando l'art. 6, parr. 1 e 3, Cedu, i ricorrenti adivano la Corte europea, lamentando l'ingiustificato rifiuto di esaminare prove a proprio favore.

La decisione
La Corte ha ritenuto rilevanti le richieste avanzate dai ricorrenti di esaminare testimoni in grado di attestare la relazione tra il signor Vasaráb e la vittima, oltre che il luogo in cui si trovava la persona che aveva presumibilmente venduto l'arma del delitto. Si tratta, infatti, di due elementi determinanti per la decisione finale; e le ragioni addotte dai giudici nazionali per non assumere tali prove sono consistite principalmente in riferimenti a norme procedurali applicabili, senza alcun richiamo specifico alle peculiarità della vicenda di specie, dove le norme processuali avrebbero dovuto essere invece concretamente calate. La Corte ha in particolare ritenuto che, anche supponendo che la rilevanza delle prove in questione fosse stata in realtà adeguatamente considerata nel complesso dell'intero panorama probatorio, i tribunali nazionali non hanno fornito ragioni sufficienti per non averle raccolte e debitamente esaminate.
Alla luce di ciò, è accaduto che il processo nei confronti dei ricorrenti si sia svolto essenzialmente sulla base di prove presentate soltanto dall'accusa. In tal modo, ai giudici europei è parso che le autorità abbiano considerato solo una versione dei fatti - quella accusatoria - e abbiano invece omesso di esaminare la versione della difesa. Ad esempio, l'affermazione avanzata dai ricorrenti, secondo cui alcuni testimoni chiave che non sono stati esaminati rischiavano di essere incriminati e quindi avevano incriminato i ricorrenti in cambio dell'immunità, non sembra essere stata approfondita dai giudici nazionali.
Nel complesso, pertanto, il processo a carico dei ricorrenti è stato ritenuto ingiusto per violazione dell'art. 6, parr. 1 e 3(d), Cedu.

Art. 41 (equo indennizzo)
La Corte ha stabilito che la rilevata violazione della Convenzione costituisce di per sé un'equa riparazione per i danni non patrimoniali patiti dai ricorrenti. In aggiunta, la Corte ha osservato che l'aver riconosciuto una violazione della Convenzione non comporta, nel caso di specie, che i ricorrenti siano stati erroneamente condannati in sede nazionale.

I precedenti
Sulle questioni affrontate dalla Corte, v. Cedu, Sez. III, 12 novembre 2019, Adamco c. Slovacchia, in *www.echr.coe.int;* Cedu, Grande Camera, 15 dicembre 2015, Schatschaschwili c. Germania, *ivi*; Cedu, Grande Camera, 6 maggio 2003, Perna c. Italia, *ivi*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

INDICE DEGLI AUTORI

Aiuti Valerio
Osservatorio Corte Costituzionale **378**

Braschi Sofia
Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider? **367**

Conti Carlotta
Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo .. **469**

Dellerba Anna Chiara
Quali limiti all'acquisizione di atti probatori e di sentenze di merito nel giudizio abbreviato? **447**

Forte Luca
L'udienza predibattimentale: tra "nuova" regola di giudizio ed efficienza nel "sistema Cartabia" **456**

Garuti Giulio
Osservatorio Corte di Cassazione - Sezioni Unite . **383**

Gialuz Mitja
La giustizia penale come servizio pubblico: completare la "riforma Cartabia" **357**

Kalb Luigi
Novità normative **364**

La Regina Katia
Osservatorio Corte di cassazione - Processo penale **388**

Peccioli Annamaria
La circostanza attenuante della collaborazione processuale nei delitti contro la pubblica amministrazione: quale portata applicativa? **441**

Penco Emmanuele
Osservatorio Corte Costituzionale **378**

Perruccio Matilde
L'abnormità dell'atto processuale penale tra vecchi retaggi e nuove prospettive **432**

Prandi Sara
Il costo dell'impunità: da Strasburgo censure alla disciplina italiana in materia di prescrizione e violenza di genere **402**

Rocchi Francesca
Osservatorio Corte di cassazione - Diritto penale . **393**

Schiavone Susanna
Il diritto al silenzio nello spazio giuridico europeo: osmosi delle garanzie se la sanzione amministrativa è "punitiva" **412**

Scordamaglia Irene
Osservatorio contrasti giurisprudenziali **397**

Valente Federico
Proporzionalità della pena: la Corte torna a valorizzare il *tertium comparationis* **420**

INDICE CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI

Legislazione

D.L. 5 gennaio 2023, n. 2, conv., con modif., in L. 3 marzo 2023, n. 17 ..... **364**

D.Lgs. 2 marzo 2023, n. 19 ..... **364**
D.L. 29 dicembre 2022, n. 198, conv., con modif., in L. 24 febbraio 2023, n. 14 ..... **365**

D.L. 24 febbraio 2023, n. 13 ..... **364**
D.Lgs. 23 febbraio 2023, n. 18 ..... **364**
Decisione (UE) 2023/436 del Consiglio del 14 febbraio 2023 ..... **364**

Giurisprudenza

Corte costituzionale

9 marzo 2022, n. 95 ..... **420**
10 febbraio 2023, n. 18 ..... **381**
24 gennaio 2023, n. 5 ..... **380**
20 gennaio 2023, n. 3 ..... **379**
12 gennaio 2023, n. 2 ..... **378**

Corte di cassazione (Sezioni Unite)

5 ottobre 2022 (28 aprile 2022), n. 37502 ..... **432**
12 gennaio 2023 (14 luglio 2022), n. 877 ..... **383**
15 dicembre 2022 (29 settembre 2022), n. 47502 **386**
17 novembre 2022 (26 giugno 2022), n. 43668 ... **384**

Corte di cassazione (Sezioni semplici)

Sez. IV, 11 gennaio 2023 (ud. 4 ottobre 2022), n. 570 **391**
Sez. I, 30 dicembre 2022 (ud. 7 dicembre 2022), n. 49745 ..... **394**

Sez. VI, 28 dicembre 2022 (u.p. 29 settembre 2022), n. 49323 ..... **390**

Sez. III, 28 dicembre 2022 (ud. 24 novembre 2022), n. 49308 ..... **389**

Sez. VI, 20 dicembre 2022 (ud. 12 aprile 2022), n. 48320 ..... **393**

Sez. II, 16 dicembre 2022 (ud. 18 novembre 2022), n. 47538 ..... **388**

Sez. VI, 13 dicembre 2022 (ud. 17 novembre 2022), n. 47163 ..... **395**

Sez. III, 13 dicembre 2022 (ud. 16 novembre 2022), n. 47049 ..... **395**

Sez. V, 27 ottobre 2022 (C.C. 15 luglio 2022), n. 40803 ..... **397**

Sez. VI, 28 settembre 2022 (ud. 14 settembre 2022), n. 36769 ..... **441**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sez. VI, 21 settembre 2022 (P.U. 30 marzo 2022), n. 35190 398

Sez. V, 28 giugno2022 (ud. 7giugno 2022), n.24907 447

Sez. II, 23 giugno 2022 (C.C. 1° aprile 2022), n. 24311 399

Corte europea dei diritti umani

Sez. I, 15 dicembre 2022 - Pres. Bo⊠njak - Vasarab e Paulus c. Slovacchia 471

Sez. II, 13 dicembre 2022 - Pres. Bårdsen - Test-Achats c. Belgio 469

Sez. IV, 13 dicembre 2022 - Pres. Grozev - Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo c. Portogallo . . 469

Sez. I., 7 luglio 2022, n. 32715/19, M.S. c. Italia . . 402

Corte di Giustizia dell'UE

CGUE, Grande Sezione, 2 febbraio 2021, in C-489/19 412

INDICE ANALITICO

Diritto penale

Concorso di circostanze eterogenee

Giudizio di bilanciamento (*Cassazione Penale, SS. UU., 12 gennaio 2023 (14 luglio 2022), n. 877*) . . . 383

Confisca

Confisca obbligatoria in materia di armi e procedimento per oblazione: infondate le questioni sollevate dal Tribunale di Milano (*Corte costituzionale 24 gennaio 2023, n. 5*) 380

Confisca "allargata" e tutela dei terzi: incostituzionale la norma di "interpretazione autentica" relativa alle confische ante 2011 (*Corte costituzionale 10 febbraio 2023, n. 18*) 381

Delitti contro l'ordine pubblico

Sussistenza del reato di associazione mafiosa con riferimento ad una nuova articolazione periferica (*Cassazione Penale, Sez. II, 16 dicembre 2022 (ud. 18 novembre 2022), n. 47538*) 388

Misure di prevenzione

Avviso orale "rafforzato": illegittima la possibilità per il questore di inibire l'utilizzo del telefono cellulare (*Corte costituzionale 12 gennaio 2023, n. 2*) 378

Proporzionalità della pena

Proporzionalità della pena: la Corte torna a valorizzare il *tertium comparationis* (*Corte costituzionale 9 marzo 2022, n. 95*) di *Federico Valente* 420

Reati contro il patrimonio

Estorsione (*Cassazione Penale, Sez. V, 27 ottobre 2022 (C.C. 15 luglio 2022), n. 40803*) 397

Reati contro la famiglia

Il delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione sussiste anche senza affido condiviso (*Cassazione Penale, Sez. VI, 28 dicembre 2022 (u.p. 29 settembre 2022), n. 49323*) 390

Reati contro la libertà sessuale

L'insussistenza dell'attenuante del fatto di minore gravità nella violenza sessuale continuata a danno della stessa vittima minore d'età (*Cassazione Penale, Sez. III, 28 dicembre 2022 (ud. 24 novembre 2022), n. 49308*) 389

Reati contro la pubblica amministrazione

La circostanza attenuante della collaborazione processuale nei delitti contro la pubblica amministrazione: quale portata applicativa? (*Cassazione Penale, Sez. VI, 28 settembre 2022 (ud. 14 settembre 2022), n. 36769*) di *Annamaria Peccioli* 441

Responsabilità da reato degli enti

Responsabilità degli enti *ex* D.Lgs. n. 231/2001 e infortuni sul lavoro: necessario distinguere la "colpa di organizzazione" dell'ente e la "colpevolezza" della persona fisica (*Cassazione Penale, Sez. IV, 11 gennaio 2023 (ud. 4 ottobre 2022), n. 570*) 391

Responsabilità dei provider

Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider? di *Sofia Braschi* 367

Violenza di genere

Il costo dell'impunità: da Strasburgo censure alla disciplina italiana in materia di prescrizione e violenza di genere (*Corte Edu, Sez. I., 7 luglio 2022, M.S. c. Italia, n. 32715/19*) di *Sara Prandi* 402

Giustizia sovranazionale

Equità processuale

Il mancato esame di alcuni testimoni ha reso convenzionalmente iniquo il processo (*Corte europea dei diritti umani, Sez. I, 15 dicembre 2022 - Pres. Bośnjak - Vasarab e Paulus c. Slovacchia*) 471

Neutralità dell'esperto

Parità tra le parti e neutralità dell'esperto nominato dal giudice (*Corte europea dei diritti umani, Sez. II, 13 dicembre 2022 - Pres. Bårdsen - Test-Achats c. Belgio*) 469

Utilizzo probatorio di dati gps

L'utilizzo di dati gps come elemento di prova per il licenziamento non viola la convenzione (*Corte europea dei diritti umani, Sez. IV, 13 dicembre 2022 - Pres. Grozev - Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo c. Portogallo*) 469

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Processo penale

Abnormità

L'abnormità dell'atto processuale penale tra vecchi retaggi e nuove prospettive (*Cassazione Penale, SS. UU., 5 ottobre 2022 (28 aprile 2022), n. 37502*) di *Matilde Perruccio* **432**

Giudizio

Impedimento a comparire (*Cassazione Penale, Sez. VI, 21 settembre 2022 (P.U. 30 marzo 2022), n. 35190*) **398**

Giudizio abbreviato

Quali limiti all'acquisizione di atti probatori e di sentenze di merito nel giudizio abbreviato? (*Cassazione Penale, Sez. V, 28 giugno2022 (ud. 7giugno 2022), n.24907*) di *Anna Chiara Dellerba* **447**

Notifica per estratto della sentenza all'imputato assente (*Cassazione Penale, Sez. III, 13 dicembre 2022 (ud. 16 novembre 2022), n. 47049*) **395**

Intercettazioni

Sopravvenuta mancanza del presupposto legittimante o modifica del quadro degli elementi circostanziali (*Cassazione Penale, Sez. VI, 20 dicembre 2022 (ud. 12 aprile 2022), n. 48320*) **393**

Legittimo impedimento del difensore

Stretto contatto con soggetto positivo al covid (*Cassazione Penale, Sez. I, 30 dicembre 2022 (ud. 7 dicembre 2022), n. 49745*) **394**

Market abuse

Il diritto al silenzio nello spazio giuridico europeo: osmosi delle garanzie se la sanzione amministrativa è "punitiva" (*CGUE, Grande Sezione, 2 febbraio 2021, in C-489/19*) di *Susanna Schiavone* **412**

Misure di prevenzione

Confisca (*Cassazione Penale, Sez. II, 23 giugno 2022 (C.C. 1° aprile 2022), n. 24311*) **399**

Revocazione e prova nuova (*Cassazione Penale, SS. UU., 17 novembre 2022 (26 giugno 2022), n. 43668*) **384**

Pena

Legittimazione ad impugnare (*Cassazione Penale, SS.UU., 15 dicembre 2022 (29 settembre 2022), n. 47502*) **386**

Riforma Cartabia

La giustizia penale come servizio pubblico: completare la "riforma Cartabia" di *Mitja Gialuz* **357**

Sospensione dell'ordine di esecuzione

Incendio boschivo colposo e sospensione dell'ordine di esecuzione (*Corte costituzionale 20 gennaio 2023, n. 3*) **379**

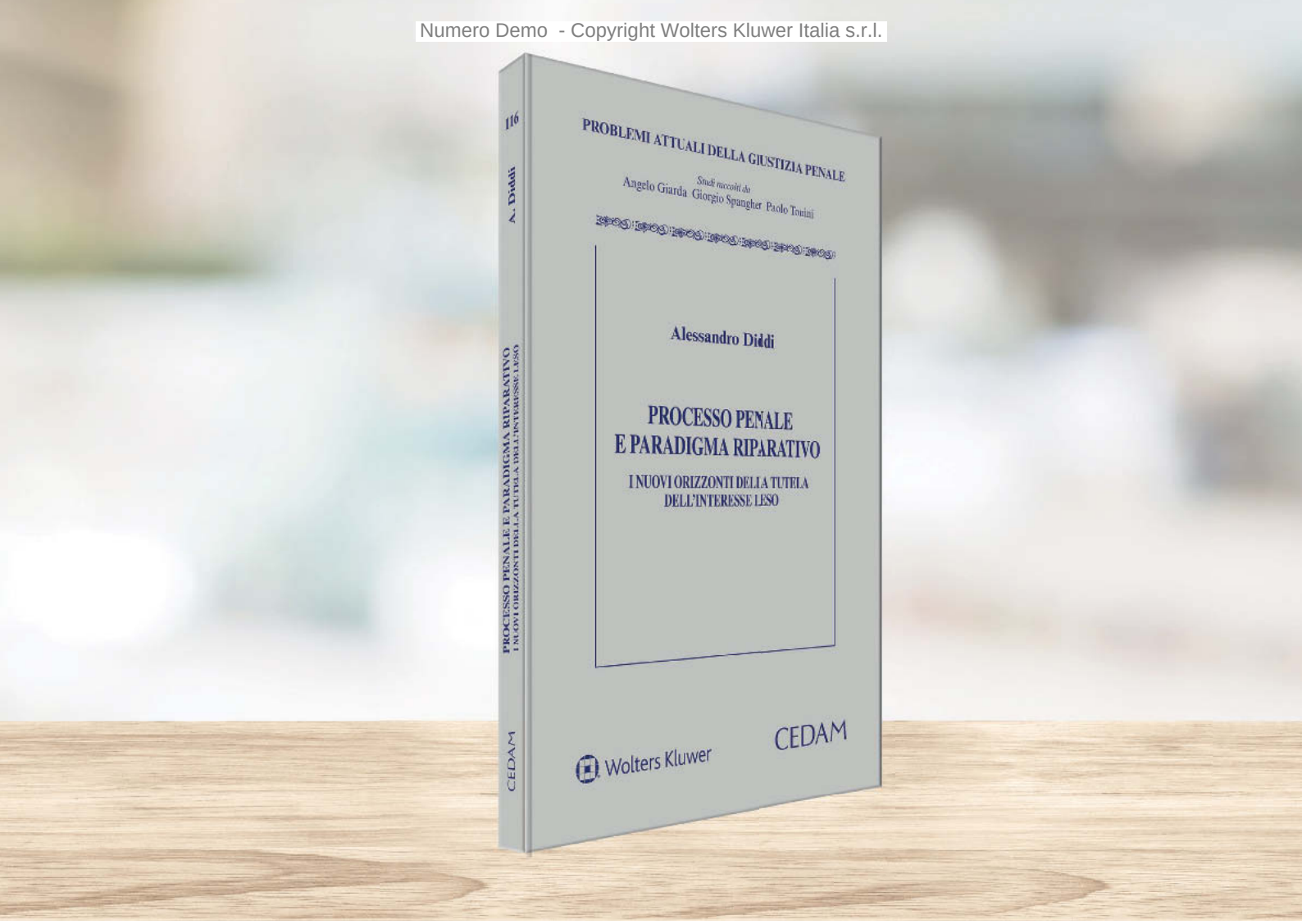
Sospensione del processo con messa alla prova

Irrilevanza del risarcimento del danno (*Cassazione Penale, Sez. VI, 13 dicembre 2022 (ud. 17 novembre 2022), n. 47163*) **395**

Udienza predibattimentale

L'udienza predibattimentale: tra "nuova" regola di giudizio ed efficienza nel "sistema Cartabia" di *Luca Forte* **456**

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.



Problemi attuali della giustizia penale / Giarda - Spangher - Tonini

Processo penale e paradigma riparativo

I nuovi orizzonti della tutela dell'interesse leso

Negli ultimi anni il diritto penale e quello processuale sono stati attraversati da numerose trasformazioni. Anche se le direttrici seguite non sono state sempre chiare e lineari, è possibile rinvenire nel rafforzamento del ruolo assegnato alla vittima del reato nel processo e nel sempre maggior rilievo riconosciuto alle condotte riparatorie una costante degli interventi riformatori.

Alessandro Diddi

Y710LCL

Wolters Kluwer

wolterskluwer.com

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

DIRITTO PENALE

Curatori:
A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa

3 tomi e oltre 8.000 pagine

Analizza il sistema penale e tutti i tipi di reati e di contravvenzioni previsti dal codice penale.

Focus su stupefacenti e prostituzione.

Y35OICL

www.shopwki.it

Wolters Kluwer

Wolters Kluwer

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro

CEDAM IPSOA UTET GIURIDICA il fisco ALTALEX